



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

INTERPONEN RECURSO DE CASACIÓN

Señores Jueces de Cámara:

José Luis Agüero Iturbe, Fiscal General Adjunto a cargo de la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, y **Sergio Leonardo Rodríguez**, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, con domicilio este último en la calle Teniente Juan Domingo Perón 2455 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, manteniendo este último el domicilio electrónico mediante el CUIL 20180595482, en el marco del **Expediente CFP 18346/2018/CA1** del registro de esa Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, caratulado **“Rodríguez Larreta, Horacio y otros s/sobreseimiento”**, nos presentamos ante los señores jueces y respetuosamente decimos:

I.- OBJETO

Que en la oportunidad y formas prescriptas por el artículo 463 del Código Procesal Penal de la Nación, venimos por el presente a interponer recurso de casación, en los términos del artículo 456, inciso 2 del CPPN, contra la resolución de fecha 21 de mayo de 2020 (notificada por cédula electrónica al MPF ese mismo día), a través de la cual se dispuso confirmar la decisión por la cual se había ordenado el sobreseimiento de Carlos María Frugoni, Horacio Rodríguez Larreta, Guillermo Dietrich, Franco Moccia y Natalia Bustos.

II.- PROCEDENCIA DEL RECURSO

La resolución que se ataca por esta vía procesal es una resolución definitiva que pone fin a la acción penal pública, toda vez que cierra el proceso al confirmar el sobreseimiento dispuesto por el juez de grado y, consecuentemente, cierra e impide profundizar la investigación de la maniobra que resulta objeto de autos, al concluir arbitrariamente que el hecho ilícito no se cometió (conf. art. 336, inc. 2 del CPPN).

De esta manera, el resolutorio impugnado se ubica dentro del catálogo de aquellos que resultan recurribles por esta vía, de acuerdo a lo normado por el artículo 457 del CPPN, toda vez que pone fin a la acción ejercida por estos acusadores públicos y torna imposible la continuación de las actuaciones.

Como se demostrará en el curso de esta presentación, este MPF considera que la decisión a la que arribó el Tribunal es arbitraria, pues se funda en una valoración de las constancias probatorias que resulta parcializada, cuando no tergiversada en su verdadero sentido. Ello significó un apartamiento de las reglas de la sana crítica racional y el consecuente arribo a una conclusión errónea, cual es la de la existencia de una certeza negativa sobre la ocurrencia del hecho denunciado, único grado de convencimiento que tendría la virtualidad de justificar el dictado de una resolución desincriminatoria en el estadio procesal que se transita.

Todo ello la convierte en una decisión contraria a derecho, por resultar prematura, apartarse de las constancias recolectadas y no se pronuncia sobre las líneas investigativas pendientes, algunas de las cuales fueron señaladas expresamente por este MPF en oportunidad de acusar y luego apelar.

Como se explicará en los sucesivos apartados del presente, el razonamiento realizado por los señores jueces al analizar el caso a la luz de las constancias probatorias arrojadas se aparta de las reglas de la lógica, lo que torna inválida la fundamentación del resolutorio y lo convierte en arbitrario. En otras palabras, lo que se señalará no son meras diferencias en cuestiones de hecho y prueba, sobre cuya valoración pueden existir divergencias válidas, sino que se demostrará la invalidez de la fundamentación ensayada, cuya consecuencia es la palmaria arbitrariedad del decisorio.

De este modo, y conforme se demostrará, ello importó incumplir las mandas procesales previstas en los art. 123 y 404, inc. 2° del Código Procesal Penal Nacional, en cuanto requieren que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente, con relación a las circunstancias comprobadas en la causa, violando así la garantía constitucional de la defensa en juicio, que también ampara al Ministerio Público Fiscal.

Por lo demás, esta parte tiene un interés directo en la promoción del presente recurso puesto que la resolución criticada le impide promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, siendo una de las funciones propias del Ministerio Público Fiscal (artículo 120 de la Constitución Nacional).

Finalmente, el presente recurso se interpone ante el Tribunal que dictó la resolución cuestionada y dentro del término legal, atento a su notificación de fecha 21/05/2021 y la suspensión de plazos dispuesta por la Acordada 8/21 de la CSJN, cumpliéndose de este modo las mandas del art. 463 del CPPN.

III.- BREVE RESEÑA DEL OBJETO PROCESAL

La causa se inició a raíz de la denuncia efectuada el día 25 de octubre del 2018 ante la Excma. Cámara del fuero por Fernando Míguez, en su carácter de Presidente de la Fundación por la Paz y el Cambio Climático de Argentina.

En dicha presentación se hizo referencia a la concesión de la obra conocida como “Paseo del Bajo”; que consiste en un corredor vial de 7,1 kilómetros que conecta las autopistas Illía y Buenos Aires-La Plata y se emplaza entre las arterias Alicia Moreau de Justo – Avenidas Huergo-Madero de la ciudad de Buenos Aires.

Particularmente se señaló que la licitación pública a través de la cual se había adjudicado dicho proyecto urbano a la firma IECSA (tramo “C”) fue llevada a cabo de manera irregular por el Estado, con la finalidad de favorecer a la empresa que finalmente fue contratada al efecto.

Se trató de una obra que poseía financiamiento mixto ya que los fondos eran aportados por el Estado Nacional (a través de un préstamo obtenido ante el Banco



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de Desarrollo de América Latina -CAF-) y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante el aporte de fondos de contrapartida local (cfr. fs. 10).

Conforme surge de la denuncia y del Informe final -Proyecto nro. 1.17.03- practicado por la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires a la que accedió este Ministerio Público Fiscal¹ los pliegos de la licitación pública de la obra “Paseo del Bajo Autopista Ribereña” establecían tres tramos identificados como “A” ; “B”; “C”, a saber: “A”.- Proyecto Ejecutivo y Construcción de la obra Paseo del Bajo Tramo A-Viaductos); “B” (Proyecto Ejecutivo y Construcción de la obra Paseo del Bajo Tramo B- trinchera Semicubierta Sur) y “C” (Proyecto Ejecutivo y Construcción de la Obra Paseo del Bajo Tramo C-Trinchera Semicubierta Norte).

El procedimiento previsto originalmente habría establecido dos cuestiones centrales: por un lado, que la empresa que ganara un tramo no podía competir en los otros dos y, por el otro, que se licitaría en primer lugar el tramo más caro a efectos que ganara la oferta de más conveniente en beneficio del Estado.

En efecto, primero se licitaría el tramo “C”, con un presupuesto estimado de \$4.480 millones; segundo el “B” de 2.350 millones y tercero el “A” por 1.870 millones.

En consecuencia el objeto procesal de esta causa se circunscribió a determinar si a través de Circulares Sin Consulta de AUSA se alteró de algún modo el orden de las licitaciones, con la finalidad de que la empresa IECSA se quedara con el tramo “C”, que era el más contrato más oneroso.

Es relevante destacar que para el tramo “A” la empresa Corsan Corviam (Isolux) había ofertado 1.547 millones de pesos (un 17% menos del presupuesto estimado) y la empresa IECSA 1.627 millones (un 13% menos que lo presupuestado). Así, el tramo “A” se adjudicó a Isolux y no pudo participar del tramo “C”. Cuando se abrieron los sobres del tramo “C”, la oferta más baja resultó ser la efectuada por IECSA, que ofreció 3.183 millones de pesos, un 29% menos de lo que el Estado estimó que valía la obra.

A la presente causa nro. 18.346/2018 se acumuló la causa nro. 29.910/2018 del registro del Juzgado Federal nro. 7, la que tuvo su génesis en la denuncia efectuada por uno de los suscriptos, en su carácter de Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

Dicha denuncia inició con motivo de la presentación de un escrito junto con documentación en copia, por parte de la Presidenta de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Cecilia Segura Rattagan.

En la *notitia criminis* se expresó que los hechos reputados delictivos consistirían en la adjudicación indebida, mediante direccionamiento y a un precio mayor al que

¹ http://www.agcba.gov.ar/docs/inf-20181113_1863---PASEO-DE-BAJO-AUTOPISTA-RIBERENA..pdf

hubiese correspondido, del tramo más oneroso de la licitación pública internacional en cuestión, en favor de la empresa IECSA.

El presupuesto de esa obra habría sido de \$ 8.700.000.000, solventados en un 43% con fondos de la CABA y en un 57% con fondos nacionales, provenientes estos de un préstamo de hasta U\$S 400.000.000 otorgado por la Corporación Andina de Fomento (CAF), cuyo modelo fue aprobado mediante decreto PEN 67/2017. Este decreto delegó en el Ministro de Finanzas la suscripción del convenio y designó al Ministerio de Transporte de la Nación como “Organismo Ejecutor”, el cual a su vez, mediante la suscripción de un convenio, delegó la ejecución de la obra en el Ministerio de Desarrollo Urbano y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires.² Finalmente, la contratación de las obras fue realizada por Autopistas Urbanas S.A. (AUSA³).

La obra en cuestión contemplaba tres tramos, designados “A”, “B” y “C”. Este último, el más oneroso de los tres, tenía un presupuesto estimado de \$4.480.000.000.

A resumidas cuentas, la parte nuclear de la maniobra radicaría en haber adjudicado este último tramo a la unión transitoria conformada por IECSA y Fontana Nicastro SA, mediante la alteración de las normas previstas para el proceso de selección de la licitación, a través de circulares sin consulta libradas por funcionarios de AUSA. Esto habría permitido eliminar a otros posibles candidatos a quedarse con este tramo, beneficiando indebidamente a la UT en cuestión.

La alteración habría consistido en la modificación del orden de apertura de los sobres N° 2 de las propuestas de los oferentes y la supresión de su prelación, comenzando por el tramo más económico, adjudicado a CORSAN – CORVIAM, que de esta forma quedó eliminada de la posibilidad de competir por el Tramo “C”. Ello, toda vez que habría sido conocido que esa empresa había planteado ofertas a la baja para asegurarse un contrato que le permitiera hacer frente a una situación financiera por entonces crítica.

Se señaló también la falta de cualquier respuesta a la observación realizada en el dictamen de la Procuración General de la Ciudad acerca de la capacidad económica de Corsan–Coviam. Esta objeción habría sido obviada pues, de haber prosperado, el adjudicatario del tramo “A” debería haber sido el segundo, es decir, IECSA – Fontana Nicastro. Por el contrario, el mismo día de emitido ese dictamen, AUSA –sin dar respuesta alguna- avanzó con el trámite de adjudicación.

La denuncia cuestionó también otros dos aspectos de la obra: la inclusión de las obras de infraestructura civil del RER y la remoción de un gasoducto, situaciones no incluidas en la auditoría original, sino que fueron producto del análisis de las constancias por parte del MPF.

Respecto a la primera cuestión, se señaló que las Obras de Infraestructura Civil del RER fueron incorporadas a la obra del Paseo del Bajo, a pesar de

² Punto B. El financiamiento de la obra, a fs. 4 de la presentación.

³ Sociedad Anónima cuyo accionista principal es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Información obtenida del sitio web www.ausa.com.ar



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

tratarse de una obra independiente y cuya financiación completa se encontraría a cargo del Ministerio de Transporte de la Nación.

Según el informe de Auditoría, nada de lo vinculado a esta obra tendría justificación en las actuaciones administrativas. Se trataría de un contrato celebrado por una suma cercana a los \$600.000.000 que fue incluido en el paquete de licitación que conformó el Tramo “C”, precisamente aquél sobre el que se habrían realizado las maniobras desarrolladas más arriba.

Respecto al gasoducto, se explicó que se trataba de una interferencia prevista en la traza de las obras, por lo cual se llamó a una licitación para la remoción y relocalización del gasoducto. El presupuesto estimado para ello fue de \$73.000.000.

A fines de sustanciar ese procedimiento, se consultó previamente a Metrogas, que hizo saber la lista de empresas aprobadas para realizar ese tipo de obra, a pesar de lo cual también expresó se le podría proponer el nombre de otra compañía, la cual sería evaluada para prestar conformidad o no a su certificación.

El día 9/11/16, AUSA decidió sorpresivamente que la obra se haría por Sistema de Precios Reembolsables, a cargo del Contratista del Tramo “C”, para lo cual la empresa adjudicataria debía obtener de Metrogas el listado de proveedores certificados.

Ahora bien, de forma paralela, al día siguiente la propia AUSA decidió iniciar otro proceso. A pesar de que por el monto correspondía acudir a una licitación pública, decidió convocar a una licitación privada, con el argumento de que los trabajos sólo podían ser realizados por una empresa autorizada por Metrogas. La licitación tramitó mediante legajo de compra 2016-02-0144-00, con un presupuesto estimado, como se dijo, de aproximadamente \$73 millones. Sin embargo, la mejor oferta, incluso después de un descuento, fue la de Víctor M. Contreras y Cía., que ofertó \$350.753.531,80 más IVA. Es decir, casi cinco veces la previsión oficial.

En ese contexto, recibidas las opiniones de la Gerencia de Contratos de AUSA y de la Procuración General de la Ciudad en contra de la continuación del proceso de contratación, en razón de que las ofertas eran *“inconvenientes a los intereses de AUSA”* y que *“superan ampliamente el presupuesto oficial de obra”*, el 16 de enero de 2017 se declaró fracasada la contratación.

Meses después, en abril de 2017, resucitando la circular del 9 de noviembre de 2016, con el tramo “C” ya adjudicado a IECSA – Fontana Nicastro SA, se pidió al Directorio de AUSA que se aceptara la contratación de José Cartellone Construcciones Civiles SA para la remoción del gasoducto. Ello, a pesar de que la empresa no se encontraba previamente certificada por Metrogas, que su oferta de más de \$259.000.000 era ampliamente superior a los \$73.000.000 originalmente presupuestados y a que no se había cumplido con la presentación de una terna de presupuestos tal como era exigido por el Sistema de Precios Reembolsables.

Nada de ello impidió la aprobación de la contratación de Cartellone y del pago adicional del 15% exigido por el sistema de Precios Reembolsables (destinado este porcentaje a la UT integrada por IECSA), totalizando un monto de 298 millones de pesos.

IV.- LA RESOLUCIÓN PUESTA EN CRISIS

Los señores magistrados estructuraron la decisión ahora recurrida en tres acápites en los que agruparon lo que denominaron “*posibles falencias o contravenciones en la tramitación administrativa de la obra*” que habían sido identificadas por este MPF. Sin perjuicio de remitirnos a la literalidad del resolutorio en crisis, a fines de evitar extensas transcripciones que resultarían redundantes, expondremos brevemente las conclusiones arribadas en cada uno de esos acápites, el grueso de las cuales no encuentran apoyo en un adecuado análisis de las constancias agregadas a la causa, tal como se adelantó y se profundizará en el apartado siguiente.

Como ya se adelantó, ello convierte a dichas conclusiones en prematuras, cuando no antojadizas, pues no derivan razonablemente de la simple lectura de las pruebas recolectadas.

Así, en un primer acápite que llamaron “*Tamos de la Obra, su división, el orden y su alteración*”, que resulta el más extenso, analizaron las cuestiones vinculadas a la modificación de la prelación en la adjudicación de la obra, las circulares que tendieron a ello, la cuestionada adjudicación a Corsan Corviam, entre otros extremos.

Al analizar el dictamen de la Procuración General de la CABA, pieza que esta parte consideró ignorado, expresaron al respecto que “*si la Procuración llegó a expedirse sobre una posible adjudicación a Corsan fue porque antes, necesariamente, las autoridades competentes ya habían efectuado la evaluación técnica y económica de rigor. De hecho esa es la respuesta que dio el juez, pues el propio dictamen aclara que se ciñe a cuestiones jurídicas pero no técnicas o de oportunidad, mérito y conveniencia*”.

Tras citar una postulación defensiva y una nota de la CAF señalan también que “*no se puede obviar, sin embargo, (...) que aun cuando AUSA no tenía obstáculos para contratar con Corsan lo hizo adoptando un régimen en el cual se tomaron, a su vez, las mayores garantías. Entre otras cuestiones, las partes suscribieron una adenda que imponía a la adjudicataria la obligación de ceder los derechos de cobro de anticipo financiero a favor de sus subcontratistas. Además concretaron otra adenda, que creaba un fideicomiso con el Banco Ciudad por el que se canalizarían todos los fondos a la empresa, aunque no se terminó aplicando porque se hacían pagos y endosos simultáneos a los subcontratistas*”.

Respecto al cambio de orden, valoraron que “*se encuentra acreditado que la variación referenciada se debió a un objetivo lícito y razonable, dirigido exclusivamente a obtener un préstamo bancario que beneficiaría el financiamiento y concreción de la obra, circunstancia que se encuentra plenamente corroborada en autos y anula toda sospecha relacionada con un posible direccionamiento del proceso licitatorio tendiente a beneficiar a una empresa en particular*”. Ello, según entendieron, encontraría apoyo en



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

declaraciones testimoniales y en “*documental confeccionada con anterioridad a la presentación de las ofertas*”, en aparente alusión a la impresión de un correo electrónico aportada a la causa y un memo de la CAF. Tras extensas citas de esos elementos, concluyen que ellos “*dan debida respuesta a los agravios planteados por los recurrentes, y no se advierte la contingencia de producir nuevas diligencias tendientes a modificar la base fáctica comprobada*” (sic, el subrayado nos pertenece).

Se adentran luego en las circulares cuestionadas, sus fechas y su forma de notificación. La conclusión es que “[*e*]ste análisis efectuado, evidencia que los motivos concretos por los que AUSA dispuso las modificaciones a la licitación no se vinculan con la hipótesis investigada. Entonces, resulta plausible lo manifestado en cuanto a que adjudicando en primer lugar el tramo A (más económico, de menor magnitud y complejidad), se proporcionaría un escenario mucho más sencillo y rápido para intentar acceder al préstamo del CAF aprovechando al máximo el cupo correspondiente al año 2016 -motivo que llevó a alterar el orden de las licitaciones-, sino que además, si se suprimiera este aspecto, la modificación tal cual se efectuó, tampoco podría haber resultado una herramienta eficaz para direccionar el proceso licitatorio y beneficiar a una empresa en particular” (el subrayado nos pertenece).

En relación a la suscripción tardía del contrato de préstamo (a pesar de que su suscripción había sido el motivo invocado para toda la modificación cuestionada), se limitan escuetamente a expresar que “*Los motivos por los cuales la fecha terminó demorándose exceden el marco de la situación que necesariamente debe evaluarse, que resulta ser la del momento de los hechos*”.

Descartan luego lo alegado por esta parte en punto a que al presentarse las ofertas para el Tramo A las empresas interesadas desconocían el modo en que se priorizaría la adjudicación. Aunque el orden lógico seguido para llegar a dicha conclusión resulta inexplicable. Los señores jueces consideran que ello queda descartado por “*las constancias ya citadas, que hacen a las fechas en que se decidió la modificación del orden de apertura (26/10/16), la notificación a los oferentes (26/10/16) y la presentación de las ofertas (14/11/16)*”.

En relación a la falta de publicidad adecuada de las circulares (punto sobre el que esta parte ha insistido a lo largo de estas actuaciones) manifestaron: “*Lo que no se comprende bajo la óptica de la hipótesis delictiva, qué incidencia tiene, que una vez retirados los pliegos y concretado el número de oferentes participantes, las demás notificaciones se hayan efectuado vía mail a todos los interesados -conforme reglamentación específica contenida en el Pliego de Condiciones que regía el supuesto específico*”, sin perjuicio de que luego -invocando ser una observación obiter dictum- ponen en duda el régimen jurídico que este MPF considera aplicable a la publicidad de la licitación en cuestión. Concluyen que “*respecto de la publicidad de las circulares, no evidenciamos la infracción de las reglas aplicable y descartamos que se*

hubiera causado perjuicio alguno a los interesados en las licitaciones y, por lo tanto, que dicha cuestión pueda incidir en el reproche penal objeto de estas actuaciones”.

En torno al cálculo del presunto perjuicio que esta parte había ensayado a los meros efectos de desvirtuar aquél que -con serias limitaciones- el juez de grado había realizado para justificar que la maniobra no sólo no había sido perjudicial sino beneficiosa para las arcas estatales (!), e ignorando ese propósito que había sido dejado expreso en el recurso de apelación, los señores jueces manifestaron que *“consideramos en primer término que no es atendible construir una hipótesis delictiva en torno a un perjuicio patrimonial cuya apreciación depende de circunstancias posteriores al desarrollo de la licitación y, que no podían ser conocidas ni previstas con antelación por ninguna de las partes involucradas; esto como principio general. Adelantamos que ni siquiera el análisis posterior lleva a esa conclusión. En definitiva, tratándose de un elemento objetivo del tipo penal, el mismo debía ser cognoscible para quienes llevaban adelante el proceso de contratación. Lo cual se descarta de plano si el supuesto perjuicio sólo puede ser advertido a partir de un análisis posterior y contra fáctico. Por tanto, entendemos que no resulta posible extraer ex post dicha conclusión sobre el perjuicio patrimonial y asignar responsabilidad en base a ella”.* Agregan luego, sin una finalidad que esta parte logre discernir, que a pesar de todo lo sucedido *“se terminó abonando una cifra menor al precio base fijado en los pliegos”.*

Para cerrar este extenso acápite, los señores jueces le atribuyen a la hipótesis de esta parte una “contradicción lógica” en relación a la actitud del organismo licitante para con Corsan-Corviam pues *“si esta última no logró ejecutar el tramo A (lo cual surge de la rescisión contractual y conclusión de los trabajos por el oferente que le seguía en menor precio), menos aún hubiera podido culminar el tramo C”.*

Menor atención y extensión le dedicaron los señores jueces a los acápites siguientes.

En primer lugar se adentran en la “Red de Expresos Regionales”. Señalaron al respecto que *“el agravio deducido se funda solamente en el aspecto jurídico de la cuestión, sin cuestionamientos respecto de las circunstancias técnicas detalladas”* y que por tanto *“la irregularidad es centrada por los apelantes en forma exclusiva en una cuestión de competencia sobre quién debe ejecutar la obra”.* Nuevamente le atribuyen a esta parte una contradicción lógica, en este caso porque *“si no lo cuestionan técnicamente y es justamente el informe técnico el que determina que las obras se deben hacer en forma conjunta, no se advierte cómo puede sostenerse que existiría irregularidad porque debían ser realizadas en forma desdoblada. Deberíamos entonces concluir que la delegación sería o podría ser correcta y lo que faltaría es el acto administrativo concreto que la autorice. Esta falta, para adquirir relevancia en el presente, debería tener relación con la supuesta irregularidad del direccionamiento”.* Descartan así la supuesta imposición de un desdoblamiento que esta parte jamás alegó (el recurso de apelación no incluye siquiera la palabra “desdoblamiento”), desvirtuando el agravio expresado.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Consideran los señores jueces que todo este tramo del objeto procesal debe ser leído a la luz del supuesto direccionamiento, y en base a ello, dado que *“al momento de aprobarse el pliego de la licitación del tramo C, que incluía los trabajos del RER, no se sabía quiénes se presentarían, cómo serían sus ofertas, ni quién ganaría”*, concluyen que *“no advertimos fundamentos para afirmar que estos extremos pudieran haber formado parte del direccionamiento”*.

Por último, se aborda la “remoción del gasoducto”. Aquí también hacen una lectura expresamente circunscripta a la luz del direccionamiento, y expresan que *“no hay posibilidad alguna que se sostenga este agravio, ya que al momento en que AUSA emitió la Circular con consulta N° 10 para el tramo C, de fecha 9 de noviembre de 2016, por la que estableció que el contrato de remoción del gasoducto estaría a cargo de la adjudicataria (cfr. fs. 258 y vta.), la fecha de presentación de ofertas no había transcurrido aún”*; sin mención alguna a la existencia -en paralelo- del procedimiento de licitación privada referido en la denuncia y en el recurso de apelación (que no otorgaría ganancia alguna al adjudicatario del Tramo C), a pesar de que luego sí la mencionan para contrastar el precio ofertado y el finalmente abonado. Precisamente en base a este contraste, señalan que *“tampoco puede el Ministerio Público inferir un perjuicio en el precio abonado”*.

Continúan refiriendo y descartando otros extremos cuestionados por este MPF en relación al gasoducto, tales como el carácter privado del llamado a licitación, la necesidad de contar con tres presupuestos para aprobar la contratación por sistema de precios reembolsables y una inconsistencia en la fecha de la documentación.

En una evaluación integral de lo desarrollado en los tres acápite concluyen los señores jueces que *“las circunstancias referenciadas permiten explicar razonablemente ambos cuestionamientos formulados por el recurrente. Lo expuesto hasta aquí nos lleva a coincidir con la postura del magistrado instructor sobre la inexistencia de una maniobra tendiente a favorecer a una de las contratistas, causándole un perjuicio patrimonial al erario público”*, todo lo cual los lleva a confirmar por unanimidad la resolución dictada por el juez de grado.

V.- AGRAVIOS

A continuación se desarrollarán -siguiendo la misma sistematización y orden propuesto por la resolución aquí recurrida- los distintos extremos críticos del procedimiento de contratación. Los mismos, en lo sustancial, ya formaban parte del objeto de la denuncia oportunamente impetrada por la PIA. Lo cierto es que los resultados de las escasas, erráticas y en ocasiones incomprensibles medidas probatorias dispuestas por el Juez que tuvo a su cargo la instrucción, lejos de descartar dichos extremos, vinieron a sembrar más dudas sobre la regularidad del procedimiento administrativo desarrollado en el seno de AUSA. Todo ello, correctamente valorado, es indicativo de que la pesquisa debe ser profundizada y de

modo alguno habilita a la judicatura a dictar y confirmar un pronunciamiento exculpatorio definitivo como el que nos ocupa.

Y es que por la recurrida se ocluye la pretensión de esta vindicta pública dirigida a dilucidar si efectivamente nos enfrentamos a un acto de corrupción. Se convalida así una decisión adoptada en función de un escaso cuadro probatorio, el que por lo demás, sana crítica racional mediante, no permite sostener la conclusión a la que arriba esa Sala. Nuestro cuestionamiento no surca la concreción material de la obra, ni los beneficios que trajo aparejada; sino sobre el procedimiento licitatorio y su –posible- direccionamiento, para beneficiar a empresarios a costa del Estado frente a la existencia de indicios más que suficientes que dan acabada cuenta de la necesaria profundización de la investigación. Tareas éstas a desarrollarse respetando todos los derechos y garantías, entre los cuales se inscribe el de obtener un juicio justo; no existiendo en nuestro catálogo constitucional un derecho al no juicio, es decir a no ser investigado, máxime frente al carácter de funcionarios públicos que revestían varios de los supuestos involucrados.

Al desarrollar cada uno de los tres puntos hemos de insistir en argumentos ya vertidos en oportunidad de interponer el recurso de apelación contra la sorpresiva resolución del juez de grado. No se pretende con ello agobiar con reiteraciones innecesarias, sino remarcar cómo los agravios oportunamente expuestos por este MPF fueron tergiversados o ignorados en la decisión aquí recurrida con el único intuito de avanzar a una decisión exculpatoria que se enfrenta palmariamente con los indicios arrojados por la prueba recolectada, tornándola así arbitraria.

Todo ello debe ser leído, como no escapa a los señores Jueces, a la luz del momento procesal que se transitaba al momento de dictarse el sobreseimiento de los funcionarios públicos (cuyos nombres fueron extraídos por el juez de grado de la mención hecha en la denuncia). No puede perderse de vista que el juez -en uso de sus facultades- decidió llevar adelante la instrucción. Así desarrolló una labor investigativa errática en la que quedó de manifiesto un dispar tratamiento de los requerimientos formulados por este MPF y aquellos propuestos por las defensas. Así las cosas, sin haberse citado a imputado alguno a prestar declaración indagatoria y sin requerir la opinión previa de este órgano acusador, arribó intempestivamente al pronunciamiento apelado, mediante el cual dispuso archivar la causa y sobreseer a determinados funcionarios.

Como es sabido, el sobreseimiento “cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta” (art. 335 del CPPN) y -en lo que aquí interesa- debe ser dictado cuando se arriba a la conclusión de que “el hecho investigado no se cometió” (art. 336, inc. 2). Vale el repaso ensayado en el párrafo anterior para dejar en claro lo siguiente: tanto el juez de grado como esa Alzada ***esmerilaron la valoración de la prueba*** y concluyeron de ella que las hipótesis delictivas de este MPF (provisorias, dada la primigenia etapa procesal que se transita) no se encontraba suficientemente probadas.

Ahora bien, recuérdese que el estadio que atravesaba la causa no se trataba de la etapa de plenario ante un pedido de condena tras el desarrollo de un juicio oral, que



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

exigiría haber producido en los magistrados un convencimiento con grado de certeza más allá de toda duda razonable. No se trataba siquiera de un pedido de procesamiento de imputados indagados, para el que bastaría el grado de “probabilidad” exigido por la ley procesal. Más aún: ni siquiera citados en los términos del art. 294 del CPPN.

Aplicar estándares propios de un juez de tribunal oral en la etapa final de un proceso penal a una resolución intermedia de la etapa de instrucción, como la que se viene a criticar en el presente caso, pone de relieve una grosera confusión de roles. Confusión que se agiganta frente a la comprobación de que, como se detallará a continuación, como supuesta motivación de una decisión razonada y razonable en base a evidencias, se abusó de supuestos elementos de conocimiento cuyo exclusivo origen se encuentra en presentaciones espontáneas y declaraciones testimoniales de personas cuyo rol en el caso, son precisamente objeto de investigación.

Al cuadro precedente se suma que estas supuestas manifestaciones esclarecedoras, no se encuentran acompañadas de ninguna prueba documental que las avale y por ende, permitan no solo poner en cuestión la documentación en que se basa la hipótesis de este Ministerio Público Fiscal, sino que ni siquiera, por su ausencia, confrontarla.

Dicho abuso procesal, y racional, en la valoración de la prueba seleccionada por los Jueces de la Sala 1 para construir la solución dirimente, permite entrever un estándar de creencia mágica en versiones de personas, cuya calificación para ser fuente de conclusiones ajustadas a derecho se encuentra cuanto menos cuestionada.

Dicho cuestionamiento toma dimensiones de arbitrariedad manifiesta, cuando dichas versiones, carentes de apoyo, al menos hasta el momento, en ninguna prueba documental que avalen lo que se sostiene, son el pilar central de la desvaloración de los argumentos de este Ministerio Público Fiscal.

Descarte que además, no surge de ninguna operación lógica que supere un mero voluntarismo de quien la emite.

Para concluir, antes de avanzar hacia el detalle de las argumentaciones específicas, si un poco de la clarividencia mágica asignada en forma absoluta a versiones desvinculatorias se hubiera aplicado, al menos en forma igualmente arbitraria, pero en modo proporcional, a los argumentos de este Ministerio Público Fiscal, no estaríamos acá pidiendo la casación de esta Resolución judicial, sino recolectando elementos de conocimiento que permitan esclarecer en forma definitiva, pero sobre todo, ajustada a las formas del debido proceso, las graves imputaciones formuladas en este expediente judicial, no sólo por el denunciante inicial, sino por un órgano institucional de control, de la máxima jerarquía en la órbita de su funcionamiento, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como lo es la Procuración General de la CABA, cuyas autoridades, en representación de las distintas fuerzas políticas, firmaron el informe de auditoría que dio inicio a la investigación preliminar de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, luego formalizada en denuncia judicial.

Siguen pendientes en este expediente judicial, entre otras tantas medidas de prueba, las declaraciones y aportes técnicos de sus integrantes, pero se pretende consolidar un cierre definitivo de estas actuaciones, sin siquiera oírlos.

La postulación de este MPF fue, en ese sentido, mucho más embrionaria: señaló en el recurso, en consonancia con la actividad desplegada en sus intervenciones a lo largo de la instrucción, que la evidencia no permitía de ningún modo descartar la comisión de posibles delitos y que existían distintas líneas investigativas que debían ser profundizadas. El dictado de un auto de sobreseimiento exige, en esta instancia, certeza sobre la inexistencia del hecho (o su falta de encuadre en una figura típica) o, cuanto menos, un estado de duda insuperable al respecto. No estamos ante una ni otra de esas situaciones.

La certeza negativa queda echada por tierra por una valoración correcta e integral de las distintas irregularidades que, como indicios de direccionamiento, fueron detectadas en el análisis de la prueba producida. La duda insuperable no puede sostenerse: este MPF propuso un catálogo (que cabe tener por enunciativo) de distintas medidas de prueba que resultarían útiles, a esta altura ya se podría hablar de medidas básicas, para el descubrimiento de la verdad, a las cuales no les dedicaron siquiera un mínimo espacio en su valoración.

Ello sin perjuicio de la mención (en cuanto a la justificación de la eliminación del orden de prioridad en la adjudicación de los tramos) de la siguiente frase, sin indicar expresamente a cuál/es de todas las medidas propuestas se referían: “*no se advierte la contingencia de producir nuevas diligencias tendientes a modificar la base fáctica comprobada*”. Con esa escueta frase (por otro lado incomprensible, pues “contingencia” es la “posibilidad de que algo suceda o no suceda” -conforme a la RAE-), los señores jueces pretenden desechar todas las líneas investigativas pendientes y los medios de prueba concretamente propuestos.

En pocas palabras, en esta clave corresponde que sean leídos los agravios: el limitado conocimiento al que se arribó en esta causa no puede ser catalogado como un grado de duda insuperable, ni mucho menos de certeza negativa. A consecuencia de ello, una decisión exculpatoria como la recurrida resulta intempestiva, arbitraria y sólo lesiona el debido proceso mediante la denegación de justicia que se viene impulsando desde el inicio por este MPF.

Así la decisión es nula, porque se veda al Ministerio Público accionar para probar legalmente su hipótesis -la posible criminalidad de un conjunto de hechos-. La decisión que lo impide (a) se aparta de la solución normativa que corresponde (Fallos 329:5323), (b) conduce sus razonamientos con un excesivo rigor formal, que desnaturaliza la esencia de los instrumentos e institutos a que se refiere (Fallos 330:1072) y (c) su lectura demuestra que, esencialmente, contiene asertos dogmáticos para fundar la decisión (Fallos 328:4497 y 329:3006). Ello toda vez que (d) el modo en que esa Sala ha procedido frente al tema se ha fagocitado toda posibilidad de ejercer el derecho de defensa en juicio de esta parte bajo las premisas de respeto del debido proceso adjetivo (art. 18 C.N.), en cuanto obstruye el



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

acceso a una investigación jurisdiccional que permita acreditar la hipótesis informada en la denuncia y aceptada en el requerimiento de instrucción.

Adentrémonos, entonces, en los tres ejes de irregularidades que los señores Magistrados -tras elogiar el análisis realizado por este MPF- calificaron como “*posibles falencias o contravenciones en la tramitación administrativa de la obra*”. Basta adelantar que a criterio de esta acusación se trata de algo más que eso, estamos en presencia de graves irregularidades que resultan indicativas del direccionamiento de la licitación y del favorecimiento de una de las empresas adjudicadas; sin perjuicio de otros posibles significados delictuales autónomos que en esta etapa no pueden ser descartados.

En la misma línea, la centralidad que los señores jueces le dedican a la modificación del orden de adjudicación de los tramos resulta antojadiza. En efecto, nada de esencial hay en dicha irregularidad que imponga que el análisis jurídico-penal de las otras falencias denunciadas sólo pueda hacerse a su luz. En otras palabras: no podría descartarse la existencia de delitos penales en la adjudicación del RER y de la remoción del gasoducto incluso si se arribara a una conclusión desincriminante en la modificación del orden de prelación (algo que, vale aclarar, a criterio de esta parte tampoco puede sostenerse en esta etapa procesal).

V.- a) Los tres tramos de la obra: modificaciones sobrevinientes al orden de prelación original.

Ya se ha explicado en numerosas oportunidades la forma en que estaba prevista la adjudicación de los tres tramos que constituían la obra “Paseo del Bajo”. Se trata de un extremo incontrovertido que surge de la simple lectura de los Pliegos de Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas. Basta aquí recordar que estaba establecido un orden de prelación (C-B-A) para la apertura de los sobres número 2 y la comparación de las ofertas económicas, y -complementariamente- se preveía la exclusión para competir en los tramos restantes a quienes resulten preadjudicados para otro tramo. Teniendo en cuenta que el tramo C era el de mayor valor (y por tanto, mayor utilidad), era esperable que los oferentes que participaran en todos los tramos fueran por el premio mayor, ofertando así el precio más competitivo para su volumen de negocios y, por tanto, más económico para la administración pública.

En este tipo de sistema escalonado y excluyente de licitaciones lo que se busca es que quienes pueden ofrecer precios más competitivos obtengan los tramos más onerosos, reportando un mayor ahorro para la administración.

Es por ello que la alteración de estas condiciones de contratación y prelación entre la selección de los oferentes de los tramos debe ser comunicada con la suficiente antelación para que todos puedan adecuar su oferta económica a las nuevas modalidades de contratación.

Resulta ajena a la lógica empresarial, que una empresa que esté interesada en ser adjudicataria de un determinado tramo, solo decida ofertar en ese tramo a fin

de evitar ser ganadora en algún otro y perder el mejor contrato. Esa potestad decisoria de no participar utilizada por los magistrados para justificar las modificaciones impuestas por AUSA y desvincularlas con la hipótesis investigada, se ve confrontada con la realidad de lo acontecido.

Ninguna empresa con capacidad técnica deja de participar en algún tramo de la misma obra para evitar su adjudicación. De esta manera, la realidad de los hechos permite verificar que en los tres tramos presentaron ofertas 4 idénticos oferentes: Benito Roggio-Cartellone-Soletanche UTE, Iecsa-Fontana Nicaastro UT, Chediack – Solini Impregilio-Iglys UTE y Corsan Corviam Construcciones SA, es decir la mitad de los oferentes que presentaron oferta. Pero además el cotejo de las actas de apertura de los tramos B y C certifican que la TOTALIDAD de los oferentes que se presentaron en cada uno de esos dos tramos son idénticos (8 en total).

Ha de resaltarse que a lo largo de la causa se describió a la obra del Paseo del Bajo como una de las mayores obras realizadas en el ámbito de la CABA, por su extensión, presupuesto, afectación y modificación del espacio urbano. Frente a este escenario claro está que para los potenciales oferentes el armado de su oferta técnica y de la ecuación económica financiera de la obra iba a insumir un tiempo considerable. Igualmente debían delinear la estrategia a seguir para el caso de ofertar por más de un tramo, por lo que las modificaciones a elementos esenciales del pliego debían realizarse con la antelación suficiente como para readecuar la estrategia proyectada.

Debe recordarse que inicialmente la fecha límite para la presentación de las ofertas del tramo A era el 1° de noviembre de 2016, mientras que para los tramos B y C era el 14 de noviembre de 2016, fechas que coincidían también con la de apertura de los sobres “1” de cada tramo. Siempre estuvo planeada la entrega de los sobres del tramo A con antelación a los sobres de los restantes tramos pese a que este (por el A) era el último que se adjudicaría.

Hasta aquí hemos realizado una mera reiteración de la descripción de las previsiones originales, sobre la que en lo sustancial coincidimos con lo sostenido en ambas resoluciones judiciales. Vayamos ahora a las modificaciones sobrevinientes, su (no) justificación y su (falta de) publicidad.

Debe tenerse en claro que la emisión por parte de AUSA de las circulares Sin Consulta nros. 8 (tramo A) y 7 (tramos B y C) implicó disponer la independización de los tramos. Esto es: al menos en un primer momento, la prelación original no fue sustituida por otra diferente. Sólo subsistía la imposibilidad de resultar adjudicatario de más de un tramo de forma paralela. Es importante subrayar esta circunstancia porque los señores jueces considera que lo sostenido por esta parte en el recurso de apelación (en punto a que “a la fecha de presentación para el tramo A, los representantes de las empresas sólo estaban al tanto de que sus empresas no podrían ser adjudicatarias de más de un tramo”) quedaría descartado atendiendo a las fechas de las circulares y sus notificaciones.

Esto no sólo no es así, sino que la lectura de las circulares citadas, lejos de descartar lo sostenido, lo confirma. A pesar del esmero puesto por este MPF en explicar



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

este punto en el recurso de apelación (incluso a riesgo de parecer redundante), ello parece haber sido insuficiente, o bien la explicación ha sido deliberadamente pasada por alto. En uno u otro caso, redoblabamos esfuerzos en vistas a obtener una resolución jurisdiccional que brinde adecuado tratamiento a la cuestión.

Comencemos. El orden de prelación que regía hasta ese momento imponía abrir los sobres 2 todos el mismo día y adjudicar primero el tramo C, luego el B y finalmente el A. Quien tuviera el mejor presupuesto en un tramo quedaba excluido para seguir participando en el resto de los tramos. Ese orden de prelación queda eliminado por las circulares mencionadas y no sustituido por otro (en el caso del tramo A por circular 8 del 26/10/16, mientras que en el tramo B y C por circular 7 de fecha 3/11/16).

Como correctamente señalan en la recurrida, no corresponde hacer juicios *ex post*, sino juicios *ex ante*. Ello con la complejidad propia del trámite paralelo de tres expedientes administrativos que se vinculaban a una misma obra, en los que se libraban circulares de contenido disímil y que se comunicaban a distintos destinatarios. En ese complejo marco, insistimos, hay que reconstruir qué circunstancias estaban en conocimiento de las empresas interesadas al producirse cada hito, presumiendo que -conforme a los principios de transparencia y publicidad- no existían otras vías de comunicación paralelas o extraoficiales.

Hasta las primeras horas del 26 de octubre de 2016 ello resulta claro. Las empresas que habían descargado los pliegos conocían el sistema de prelación original ya descrito, que había sido establecido meses antes y que resultaba lógico y comprensible.

Ahora bien, ese miércoles 26 de octubre de 2016 a las 16:41 horas, AUSA notifica la circular n° 8 del tramo A, a través de su página web y solo mediante correo electrónico dirigido a quienes habían retirado el pliego. Como ya se señaló en el recurso anterior, restaban sólo tres días hábiles para la fecha límite entonces prevista para la presentación de las ofertas para ese tramo. A pesar de ello, AUSA efectuó esta sustancial modificación al pliego consistente en suprimir el orden de prelación de la apertura de los sobres.

Ello sin perjuicio de insistir en que esta circular está fechada el 28 de octubre de 2016, esto es, dos días después de su notificación (ver fs. 818/830 del Tomo II del expediente del tramo A), “error” en la fecha se repite en varios hitos de los expedientes administrativos de la licitación y que no fueron advertidos en el resolutorio puesto en crisis ni por la auditoría realizada por la Procuración del GCBA.

Del mismo modo, el viernes 28 de octubre de 2016 (último día hábil antes de la fecha de presentación y apertura de sobres 1 originalmente prevista y por entonces vigente), AUSA dictó otra circular: la circular Sin Consulta n° 10, mediante la cual prorrogó la fecha de apertura de los sobres 1 del tramo A para el día 4 de noviembre de 2016. Los señores jueces (en un criterio no compartido por este MPF) consideran que esta prórroga llevaba ínsita (como sería de uso) la postergación de la fecha de presentación de sobres. Sin embargo, lo cierto es que nada en la literalidad de su texto modificaba el anexo n° 3 del Pliego de Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas que establecía como fecha de presentación de las

ofertas el 1º de noviembre. Sólo se hacía referencia a la apertura de sobres. Una cuestión más sobre la que habría que profundizar.

Corrámonos por un momento de lo advertido y sigamos con lo postulado por los señores jueces para advertir la falta de logicidad del razonamiento realizado, sin perjuicio de insistir en que es un elemento más de la confusión y contradicciones con que las autoridades administrativas tramitaron el procedimiento desde el 26/10/2016 hasta la firma de los contratos.

Continuemos con el análisis *ex ante* que siempre esta parte efectuó. ¿Qué sabían las empresas interesadas en los múltiples tramos entre el 28/10/2016 y la tarde del 03/11/2016, día en que se volverían a introducir modificaciones mediante circulares libradas en los otros tramos? El panorama era cuanto menos incierto:

-Sabían que los sobres del Tramo A debían ser presentados hasta el 04/11/2016 (con la salvedad ya señalada).

-Sabían que no podían resultar adjudicatarios de más de un tramo.

-Ahora bien, respecto a la prelación en la adjudicación, reinaba la confusión. Es que en el Tramo A se había eliminado la prelación (sin sustituirla por otro sistema), pero en los tramos B y C ésta continuaba prevista en los términos originales, incluyendo la mención al Tramo A. ¿Qué debían suponer las empresas interesadas cuando sólo restaban horas para presentar su oferta económica para el tramo más barato y último de la prelación original (residual, si se quiere)? ¿Acaso se continuaría privilegiando el orden lógico de comenzar por el más caro, tal como continuaba previsto expresamente en los otros dos expedientes? ¿Que se daría prelación al Tramo A, aunque ello fuera contra la letra de lo dispuesto en los otros dos tramos y no surgiera de ninguna constancia administrativa? ¿O que ello quedaba librado a la más abierta discrecionalidad de los funcionarios de AUSA, a pesar de que la decisión que adoptaren podría significar una diferencia multimillonaria en los montos contractuales a los que tenían expectativas de acceder? Esta última pregunta parece tener respuesta afirmativa por lo que finalmente aconteció.

Así llegamos a las 18:00 horas del 3 de noviembre de 2016. En ese momento, las empresas interesadas reciben mediante correo electrónico las circulares Sin Consulta nº 7 correspondientes a los tramos B y C, mediante las cuales se suprimía el orden de prelación en el acto único de apertura de sobres 2 de todos los tramos.

De este modo, faltando 22 horas para la apertura de los sobres del Tramo A (prevista para las 16 horas del día siguiente), el panorama quedaba sólo un poco más claro. Al menos, quedaba eliminado el orden de prelación originalmente previsto en el pliego (C-B-A). **Pero éste no quedaba sustituido por otro sistema, o bien en realidad, la prelación reglada quedaba reemplazada por la más abierta discrecionalidad de los funcionarios de AUSA.**

Nada que constara en los expedientes ni en las comunicaciones libradas permitía en esa instancia concluir que se privilegiaría la adjudicación del Tramo A. Aunque nos adentraremos con más detalles en la justificación aparente del cambio (la supuesta



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

necesidad de utilizar el cupo otorgado por la CAF a la Argentina para el año 2016), no debemos dejar de subrayar que nada de ello surge de las actuaciones administrativas. La supuesta necesidad de contar con un contrato firmado antes de fin de año y la decisión de priorizar para ello el tramo más barato son explicaciones *ex post* (ahora sí) que los funcionarios ensayaron en sede penal. Nada de ello tenía por qué estar en conocimiento de las empresas interesadas.

El principio de transparencia en las contrataciones públicas está ligado a conceptos claves, como ser la fundamentación de acciones y decisiones, sin embargo las decisiones adoptadas en el trámite licitatorio solo resultan explicadas a partir de declaraciones de funcionarios en el marco de la pesquisa, que resultan pobres y carentes de razonabilidad.

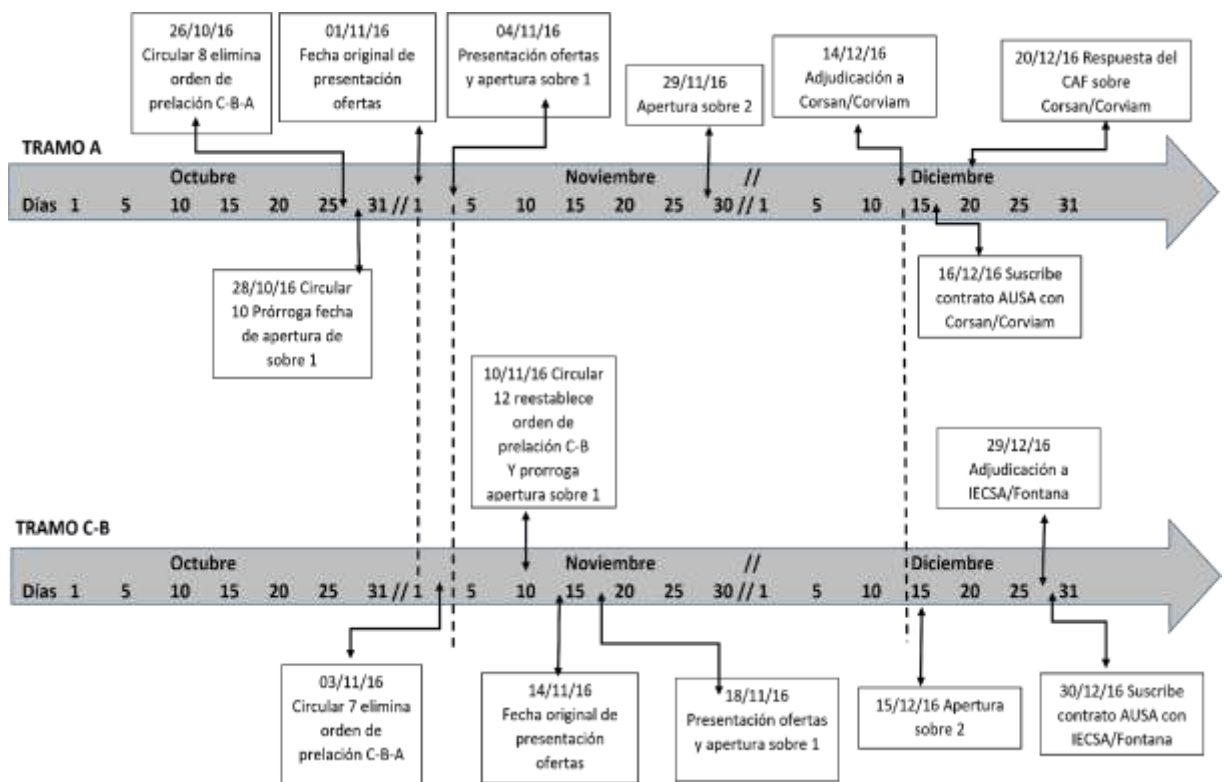
Al 03/11/2016, y suponiendo que fuera del horario de oficina las empresas accedieron a las comunicaciones libradas, no había prelación reglada. No existía. Y así se mantendría la situación cuando, a las 16:00 horas del día siguiente, se procedió a abrir los sobres del Tramo A. Como ya se valoró, en ese contexto, la posibilidad real de analizar el nuevo procedimiento, requerir aclaraciones y eventualmente modificar la estrategia de ofertas era poco menos que ficticia.

Así fue descripto en el recurso de apelación *“a la fecha de presentación de la oferta para el tramo A, los representantes de las empresas sólo estaban al tanto de que sus representadas no podrían ser adjudicatarias de más de un tramo. Pero carecían de cualquier indicación respecto a cómo AUSA priorizaría la adjudicación de los tramos, cuestión que quedaba aparentemente librada a la discreción de los funcionarios”* pero que con una confusa argumentación dieron por descartado.

Es en ese cuadro de situación que tiene lugar el acto de apertura de los sobres 1 del Tramo A, el 4/11/2016. Las ofertas (entre las que se encontraba la de Corsan Corviam) ya no podían ser modificadas, aunque se desconociera el contenido de la propuesta económica.

Llegamos así al 10 de noviembre, día en el que AUSA libra las circulares Sin Consulta n° 10 para los tramos B y C. Mediante éstas, se reestableció un orden de prelación exclusivamente entre dichos tramos, sin mención al A. Respecto a este último, vale aclarar, ya se conocía que Corsan-Corviam había ofertado, pues los sobres 1 habían sido abiertos y se había comenzado a analizar su oferta.

Es dable citar nuevamente el recurso de apelación de esta parte, porque a pesar del esfuerzo colocado en describir de la forma más clara posible este complejo cuadro de situación, el mismo fue ignorado o tergiversado en la resolución de esa Sala: *“en términos prácticos, entre el 26 de octubre y el 3 de noviembre los funcionarios de AUSA eliminaron el orden de prelación sin sustituirlo por ningún otro distinto a su libre arbitrio. El 4 de noviembre conocieron qué empresas presentaban ofertas para el tramo A. Y, finalmente, con los sobres 1 del tramo A ya abierto, decidieron reestablecer un orden de prelación (exclusivamente para los tramos B y C) en fecha 10 de noviembre”*.



Repasemos el escenario que se conocía a partir del 10 de noviembre:

-Se mantenía la incompatibilidad de ser adjudicatario de más de un tramo.

-Se conocía la identidad de los ofertantes del Tramo A.

-Se había reestablecido una prelación entre los Tramos B y C, privilegiando la adjudicación de este último en un acto de apertura conjunto.

-No se había dictado norma alguna que estableciera una prelación entre los Tramos A (por un lado) y C/B (por otro): las licitaciones corrían en paralelo y este sustancial extremo quedaba librado a la discrecionalidad de los funcionarios de AUSA. Concretamente se descalzó al tramo A de los tramos B y C cuando siempre estuvieron ligados.

En ese sentido, desconocemos de donde infieren los señores Jueces que “*la modificación del orden de prelación de los tres tramos*” habría consistido en un “*adelantamiento del tramo A respecto de los demás*”, a partir de la circular del 26/10/2016 (segundo párrafo página 13 del resolutorio). Como se explicó, ni el orden de prelación fue modificado en los tres tramos en esa fecha; ni dicha modificación implicó un adelantamiento del tramo A, sino su independización de los otros dos. En este sentido hay que ser sumamente contundentes, a partir de las circulares sin consulta indicadas no existía reglamentación alguna que estableciera que el tramo A debía adelantarse de los tramos B y C.

Para ser categóricos, este descalce del tramo A respecto a los otros C-B (según el orden de prelación establecido) le dio discrecionalidad a los funcionarios de AUSA para adjudicar los tramos C/B antes que el A o viceversa. No existía más norma que reglara el orden de adjudicación de tramos sino solamente un orden de prelación C-B y por otro lado el A, subsistiendo aun la situación de quedar excluido para los siguientes ante la adjudicación de un tramo.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Corresponde en cambio añadir aquí que, al ignorar por completo los aspectos señalados, se incurrió en una grave omisión de valorar prueba dirimente, configurando de ese modo un supuesto típico de selección arbitraria del material probatorio. Se afecta así, el principio de razón suficiente, aspecto que no puede escapar al control que reclamamos (cfr. C.N.C.P., Sala III, “Edelap”, rta. el 11/08/94 y Sala II, autos “Arseni, Horacio s/recurso de revisión”, rta. el 24/08/94).

Solo como hipótesis de trabajo puede decirse que estas nuevas reglas de juego le permitían por ejemplo a AUSA dos opciones al abrir los sobres 2 del tramo A:

a- para el caso que IECSA hubiese efectuado la oferta más competitiva, demorar la adjudicación de los sobres del tramo A. Luego proceder a la apertura de los sobres 2 del tramo C y cotejar si IECSA tenía la mejor oferta. Para el caso de ser así asignarle el tramo C y respecto al A asignárselo al segundo, ya que quedaría IECSA excluida por haberse asignado en el tramo C.

b-adjudicarle a Corsan por haber ofertado lo más económico, con anterioridad a la apertura de los sobres 2 del tramo C (se aclara solo del tramo C porque en este caso si se sabía que se hacía con anterioridad al del tramo B), para correrla de la posible oferta más competitiva del tramo C haciendo eco de los rumores que corrían para esa época.

Todos los excelentes argumentos vertidos en el Pliego de Bases y Condiciones en pos de la transparencia, concurrencia y objetividad habían quedado atrás con las decisiones adoptadas por AUSA con estas circulares Sin Consulta, las que valga la aclaración también son sin justificativo aparente y contrastable en el expediente administrativo.

Al apelar, este MPF expuso algunos interrogantes que continúan pendientes de respuesta a la luz de las magras medidas probatorias ordenadas por el malogrado juez de instrucción. Se desconoce el motivo por el cual el orden de prelación no fue definido en todos los tramos en forma simultánea (tema que abordaremos in extenso más adelante). Se desconoce por qué éste sólo se reestableció posteriormente, pero sólo limitado a los dos tramos más caros. Tampoco se indagó en el motivo que llevó a prorrogar la presentación y apertura de los sobres, a pesar de la premura invocada por los funcionarios de AUSA.

En la criticada se pretende dar respuesta a estos interrogantes dando por válida la alegación defensiva de que todo ello se debía a una supuesta necesidad de suscribir uno de los tres contratos antes de que finalizara el año 2016. Nos detendremos sobre este extremo en un subacápite posterior. Baste aquí adelantar que de ningún modo los escuetos elementos aportados en la instrucción avalan suficientemente dicha justificación: ello sólo surge de una lectura parcial y aislada de un documento aportado por la defensa que no encuentra respaldo en los expedientes administrativos ni se condice con la actuación posterior de los funcionarios intervinientes.

Por lo demás no puede obviarse, por principio, que previo al llamado a licitación debe existir la necesaria previsión o partida presupuestaria, por lo que el apuro por conseguir financiación carecería de asidero.

V. a). 1. El cupo de la CAF y el correo electrónico de Astorga

Singular relevancia brindó el resolutorio impugnado al supuesto correo electrónico que Marcelo Astorga habría enviado el 26/10/2016 a otros funcionarios de AUSA, del cual inclusive realiza una cita textual integral. Ello nos exige detenernos nuevamente sobre él, a pesar de que ya le dedicamos un tramo del recurso de apelación.

Preliminarmente tenemos que insistir en que ni siquiera estamos en presencia de un correo electrónico que haya sido válidamente incorporado a la causa. Se trata de la impresión del supuesto reenvío de ese correo electrónico a otra persona, de cuyo tenor se desprende que hace referencia a un archivo adjunto que no está incorporado.

Pero sí resulta llamativa la liviandad con la cual dicha impresión fue dada por válida sin ordenarse ninguna medida de prueba tendiente a verificar su autenticidad y, sobre todo, reconstruir las conversaciones electrónicas anteriores y posteriores. Simplemente la judicatura da por válido que el correo electrónico reenviado era real y textualmente igual al aportado, que éste contenía un archivo adjunto y que ese archivo adjunto se correspondía exactamente con la circular librada ese mismo día en el marco del expediente del Tramo A.

Todo ello sin ningún tipo de asidero mayor a la confianza en quien aportó la impresión, a pesar de la trascendencia que se le brinda como sustento de la conclusión exculpatoria definitiva a la que se arriba. No se trata de una cuestión novedosa, ya lo expuso este MPF al apelar en un tramo al que los magistrados no dieron absolutamente ningún tratamiento: *“no parece ser un elemento de valoración convincente para dar por probado ese extremo exculpatorio, o al menos no resulta suficiente. Correspondería indagar al respecto, como así también en la cadena de correos electrónicos en cuestión para interiorizarnos sobre las respuestas brindadas a esta sugerencia”*.

Tamaña es la virtualidad otorgada por los señores jueces a este correo electrónico, que expresaron al respecto que *“se encuentra acreditado que la variación [del orden de apertura] se debió a un objetivo lícito y razonable, dirigido exclusivamente a obtener un préstamo bancario que beneficiaría el financiamiento y concreción de la obra, circunstancia que se encuentra plenamente corroborada en autos y anula toda sospecha relacionada con un posible direccionamiento del proceso licitatorio”*. Esa conclusión se apoya en dos elementos: declaraciones testimoniales prestadas en autos⁴ y en *“documental confeccionada con anterioridad a la presentación de ofertas”*, en referencia a este supuesto correo electrónico y otras constancias cuya relación con este asunto es cuanto menos dudosa.

⁴ Las personas citadas, cabe aclarar, fueron determinadas por el juez instructor y en algunos casos se trató de quienes tuvieron injerencia directa en el proceso licitatorio y el direccionamiento denunciado en autos por lo que debería reevaluarse en el futuro, una vez abierta la investigación, el carácter en el que amplíen sobre los hechos. Por ello sus dichos deben ser valorados en ese contexto.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Resultó ilustrativo acompañar una captura de la foja 143 de la causa ya que pese a haberse mencionado en el recurso de apelación, los señores jueces no lograron advertir las cuestiones que se indicaron al respecto y que ameritaban profundizar la investigación o directamente decidieron no tenerlo en cuenta.

143

Maria Paula Ranucci Fontana

De: Claudio Rimauro
Enviado el: viernes, 15 de febrero de 2019 12:26
Para: Leonardo Mladenic; Matilde Uzal; Herman Perez Zarlenga; Maria Paula Ranucci Fontana
Asunt RV: PDB | Circular para Independizar Apertura Tramo A del B y C
Datos adjuntos: Circular sin consulta N° XX (Apertura sobre 2) - Tramo A.docx

De: Marcelo Astorga
Enviado el: miércoles, 26 de octubre de 2016 10:53 a.m.
Para: Carlos Frugoni <CFRUGONI@ausa.com.ar>; Marcelo Palacio <mpalacio@buenosaires.gob.ar> (mpalacio@buenosaires.gob.ar) <mpalacio@buenosaires.gob.ar>
CC: Matilde Uzal <MUZAL@ausa.com.ar>; Claudio Rimauro <CRIMAURO@ausa.com.ar>
Asunto: PDB | Circular para Independizar Apertura Tramo A del B y C

Adjunto Propuesta Circular sin Consulta para Tramo A, para evitar la dependencia de la apertura del Sobre N°2 del Tramo A con la apertura del Tramo B y C

Es importante para garantizar la firma de un contrato en el 2016, ya que si tenemos algún imprevisto para Tramo B y C nos arrastraría la apertura del A y complicaría el primer desembolso de CAF

De todas maneras, esta aclaración no complica la apertura de los 3 tramos en el mismo día como tenemos hoy estimado.

Por favor revisar. Si no tengo comentarios, mañana la circulo (no complica a los contratistas en nada la presentación para próximo Martes 1/11)

Saludos

Marcelo A.

MARIA PAULA RANUCCI FONTANA
Abogada
T° 73 - F° 104 C.P.A.C.F.
T° XXXVIII - F° 20 C.A.S.I.

Concretamente, se puede ver que en la causa obra agregado un mail de fecha 15 de febrero de 2019 emitido por Claudio Rimauro y dirigido a Mladenic, Uzal, Pérez Zalerga y Ranucci Fontana en el que reenvía un mail de Marcelo Astorga de fecha 26 de octubre de 2016.

Rápidamente se advierte que el mail del año 2019 contiene datos adjuntos, mientras que **el supuesto mail de Astorga del año 2016 -tan importante para el objeto de esta investigación- no contiene adjuntos.**

Es decir que la resolución puesta en crisis valora un correo electrónico que no se encuentra agregado al expediente por sí, sino que a través de un reenvío y le atribuye cualidades y contenido que no tiene, o por lo menos las constancias agregadas desacreditan esa posición.

En este sentido se ha dicho que “*Es nula la sentencia (...) que no valoró una prueba con decisiva influencia en la resolución del proceso, pues la falta de*

valoración de prueba decisiva, constituye sin más un caso típico de selección arbitraria del material probatorio que afecta el principio lógico de razón suficiente aspecto éste que, en modo alguno, puede resultar ajeno a la vía casatoria...” [CNCas. Penal, Sala II, 26/10/01, "Ruggerio, Eduardo A.", Df, 2002-1-455; LL, 2002-B-215L.

Como ya se ha dicho precedentemente, la magia aplicada al caso; en este caso, judicial. Así se ve derruido el presunto sostén probatorio plasmado en la criticada.

Sin perjuicio de ello, hagamos el ejercicio hipotético de tener por existente la comunicación electrónica invocada por la defensa y valorada por los señores jueces. Aun así, las conclusiones que se pretenden extraer de él resultan forzadas.

En primer lugar, porque como ya se mencionó, se desconoce si el archivo adjunto al que hace referencia fue efectivamente enviado. Se desconoce si, en caso de haber sido enviado, el mismo resulta textualmente idéntico al de la circular finalmente librada. Se desconoce también, si los destinatarios hicieron algún tipo de devolución o corrección que llevara a modificarla.

En segundo lugar, porque el cuerpo del mail no se condice con la actuación que posteriormente tendrían los funcionarios. Expresa Astorga en el supuesto correo que la circular tendía a “*evitar la dependencia de la apertura del Sobre N° 2 del Tramo A con la apertura del Tramo B y C*”. Esto se condice, es cierto, con lo dispuesto por la circular ya descripta, sin perjuicio de insistir en que en los Tramos B y C la dependencia continuó establecida por varios días más. Continúa Astorga brindando la supuesta justificación de la modificación, relacionada con los cupos de préstamo de la CAF (cuestión que valoraremos más adelante pero que desde ya es ajena a las competencias de AUSA): “*es importante para garantizar la firma de un contrato en el 2016*”.

Ahora bien, el supuesto correo continua, en tramos que fueron parte de la cita realizada por los señores jueces pero que no fueron valorados de modo alguno. Esa necesidad de garantizar la firma de un contrato se debía, según Astorga, a “*que si tenemos algún imprevisto para el Tramo B y C nos arrastraría la apertura del A*”, pero que “*de todas maneras, esta aclaración no complica la apertura de los 3 tramos en el mismo día como tenemos hoy estimado*” y “*si no tengo comentarios, mañana la circulo (no complica a los contratistas en nada la presentación para el próximo Martes 1/11)*”. En otras palabras: incluso dando el correo electrónico por materialmente auténtico, y por veraces las afirmaciones que en él habría volcado Astorga,⁵ la independización de la adjudicación del Tramo A habría sido establecida como resguardo para el caso de que se presentara algún “imprevisto” con los otros dos. Pero el plan original de AUSA -siempre según la literalidad del correo- continuaría siendo abrirlos y adjudicarlos conjuntamente, textualmente “*no complica la apertura de los 3 tramos en el mismo día como tenemos hoy estimado*”.

⁵ Quien era Director Ejecutivo del Proyecto Paseo del Bajo (es decir, director ejecutivo de la obra cuyo direccionamiento y otras irregularidades se investigan en la presente), a pesar de lo cual fue citado como testigo por el malogrado juez de grado.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Esta cuestión es fundamental, originalmente los sobres 2 debían abrirse el mismo día y adjudicarse con el orden de prelación establecido (C-B-A). Esto continuaba reflejado en el presunto proyecto de circular que acompañaba Astorga en el correo en cuestión, pero finalmente la circular que se emitió nada decía de la apertura simultánea. En este sentido, la hipótesis de este Ministerio Público no fue descartada como se indicó en el apartado precedente, sino todo lo contrario, se suman interrogantes que emanan de documentos aportados por AUSA que contradicen la versión oficial exculpante.

¿Qué hubiese pasado si respetaban la apertura de los sobres 2 todos el mismo día? La respuesta que podemos aventurar es que no hubiesen sabido que tramos adjudicar primero. ¿El A o el C? a lo que debe sumarse que en ambas tramos Corsan tenía la oferta más competitiva. Hubiese sido un escándalo ver como resolvían esa cuestión ya que las modificaciones que incluyeron en los pliegos vía circulares habían desvirtuado el orden de prelación en aras de permitir a discreción adjudicar los tramos.

En idéntico sentido a les llamó la atención que el supuesto mail de Astorga mencionara “si no tengo comentarios, mañana la circulo (no complica a los contratistas en nada la presentación para el próximo Martes 1/11)” cuando en realidad dos días después sin aparente comunicación o reparo, emitieron la circular Sin Consulta 10 del tramo A prorrogando la fecha de apertura de los sobres para el 4 de noviembre.

Tampoco se advirtió en la recurrida, sino que solo transcribió y dio por válido los dichos de Pagano (ver página 11 del resolutorio cuestionado) cuando refirió que *“...la solución más lógica era la de cambiar el orden de apertura de las ofertas, decidiéndose abrir primero el A...”*. Claro no dudamos que se decidió abrir primero el sobre 2 del tramo A y adjudicarlo, el problema es en base a que norma del pliego o circulares hicieron eso. No existe norma o circular que así lo establezca. Fue un acto completamente arbitrario de las autoridades de AUSA al llevar adelante la licitación. Circunstancia que sin dudas permitió direccionar el resultado que se pretendía. Debería preguntárseles a quienes llevaron adelante la licitación el por qué de no haber establecido si esto era así un esquema de prelación A-C-B mediante una circular.

A ello cabe agregar que, como se señaló y siempre según el texto del correo electrónico impreso, la modificación del orden sería un resguardo ante posibles imprevistos que pudiera presentar la adjudicación de los Tramos B y C. A contrario sensu, de no presentarse esos imprevistos, se mantenía el plan original de abrir los tres conjuntamente. Ahora bien, no hay constancia alguna en los expedientes de que los Tramos B y C hayan presentado algún “imprevisto” de ese tipo, que permitiera vislumbrar que su adjudicación se demoraría. Situación que se corroboró luego de abiertos los sobres, al punto que estos contratos también fueron suscriptos en el 2016 e incluso en un plazo menor que el tramo más barato y supuestamente más sencillo. Pero ello no es todo: AUSA procedió a adjudicar el Tramo A un día antes de la apertura de sobres 2 de los otros dos tramos, a pesar de que faltaban más de dos

semanas para finalizar el año y que -al menos en el análisis de los sobres 1- los tramos B y C no habían presentado ningún “imprevisto” de los temidos por Astorga.

Nuevamente quedan patentes las fallas en el razonamiento lógico que lleva a los señores jueces a la prematura desincriminación. En este caso, en base a una lectura parcializada de un supuesto correo electrónico, a algunos de cuyos párrafos resuelven otorgarle carácter de verdad irrefutable por coincidir con las posturas defensistas y/o con declaraciones de testigos cuanto menos interesados en el resultado de este proceso. Ello mientras otros párrafos son totalmente omitidos de la valoración. Así, esta pretendida prueba documental se convierte casi en baluarte argumentativo del resolutorio a pesar de que su texto hace mención expresa de que la apertura de los sobres continuaba “estimada” para el mismo día, cosa que no sólo no sucedió, sino que nadie (sean testigos, sean imputados presentados espontáneamente) ensayó siquiera una explicación de qué “imprevistos” habían llevado a hacerlas en fechas separadas.

También resulta llamativa la celeridad otorgada al trámite en relación a la evaluación del contenido del sobre 1 de cada oferta en virtud de que el mismo contenía la propuesta técnica, más aun considerando la envergadura de la obra en cuestión.

Y en este aspecto vale destacar que la fundamentación de la supresión del orden de prelación y su restablecimiento posterior para los tramos B-C debió haber estado incorporado en las actuaciones, explicitando las razones que determinaron su decisión y su relación con el interés público perseguido, siendo mayor la necesidad de motivación de los actos cuando se están ejerciendo facultades discrecionales.

Máxime en atención a la finalidad que persiguen las contrataciones públicas, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable⁶.

Ello sin perjuicio de que deberá indagarse también, no sólo si la supuesta necesidad de firmar un contrato antes de finalizar el año era real, sino también si ella subsistía hacia mediados de diciembre de 2016. Ello pues, como ya fuera señalado, el propósito de utilizar el cupo 2016 de la CAF no sólo no habría sido logrado, sino que habría estado muy lejos de cumplirse (la suscripción del contrato fue a fines de enero de 2017 y se introdujo en él un plazo de desembolso de seis meses). Esto es, independientemente de las intenciones (reales o ficticias; jurídicas o antijurídicas) de los funcionarios de AUSA al eliminar el orden de prelación a fines de octubre; lo que debe valorarse es su accionar posterior (a mediados de diciembre del mismo año) a la luz del margen de discrecionalidad abierto por el juego de las circulares libradas entre octubre y noviembre.

Aunque la justificación del cupo existiera en octubre (cuestión sobre la que debe indagarse más pues está lejos de encontrarse corroborada), nada nos dice ello sobre su subsistencia al 14 de diciembre; ni -en tal caso- sobre el pronóstico que ese día habrían realizado los funcionarios de AUSA para estimar que la adjudicación de los tramos B y C (cuyos sobres 2 todavía desconocían, pero cuyos sobre 1 ya habrían sido abiertos y analizados) demorarían más allá del año calendario. **Téngase presente que si sólo postergaban un (1) día**

⁶ CSJN, “SA Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado, 17/02/1998.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

la adjudicación del Tramo A, el 15/12/2016 se habrían encontrado con que CORSAN CORVIAM había presentado la mejor oferta para el tramo más costoso, tal como quedó corroborado por el secuestro y apertura de este sobre en una medida sugerida por este MPF.

En este contexto de orfandad, las interpretaciones que se han hecho de los pocos y claramente insuficientes elementos reunidos en torno a este punto, denegando el acceso a información relevante pedida por este Ministerio Público Fiscal, resultan de una imaginación importante.

Los señores jueces completan la valoración de la prueba respecto a este extremo citando el memo de la CAF de fs. 378/382 del que extraen (de modo inexplicable, pues no es una cuestión contradictoria) que ya en septiembre de 2016 “*el proyecto Paseo del Bajo está siendo financiado mediante una operación CAF de préstamo...*”. Lo cierto es que nunca estuvo en debate que los fondos nacionales provendrían del CAF, pues así estuvo planificado desde un primer momento. El contrapunto se relaciona con el cupo anual de préstamos del que se obtendría ese monto, y no a la obtención del financiamiento en sí. De este modo, la cita resulta gratuita.

En ese sentido, el capítulo del financiamiento de la CAF no puede cerrarse sin poner de resalto, tal como se hizo en el recurso de apelación, que el decreto que autorizó la firma del préstamo y aprobó el modelo de convenio (decreto 67/2017) recién fue suscripto el 25 de enero de 2017. Mediante él, el entonces Presidente Mauricio Macri aprobó el modelo de contrato de préstamo que suscribirían la CAF y la República Argentina por U\$S 400.000.000, facultó al Ministro de Finanzas o funcionarios que él designe a la firma del contrato de préstamo y designó al Ministerio de Transporte como organismo ejecutor del proyecto Paseo del Bajo.

Es decir, ya había transcurrido casi un mes de la firma de los contratos de obra pública entre AUSA y los contratistas (diciembre de 2016). Tampoco se encontraba suscripto el convenio para la ejecución del préstamo correspondiente al proyecto Paseo del Bajo entre el Estado Nacional y el GCBA del 20 de febrero de 2017, el cual establece entre otras cosas, la asignación de recursos, las condiciones para los desembolsos, las obligaciones de las partes y los recursos de contraparte local.

Como también se expresó al apelar, el contrato entre el Estado Argentino y la CAF fue suscripto el 30 de enero de 2017 entre Caputo y Rugeles Pineda. La cláusula 7 de dicho contrato -en cuanto regula el plazo para solicitar desembolsos- disponía que para el primer desembolso (que es el que habría motivado el cambio del orden de prelación) éste es de seis meses a partir de la fecha de entrada en vigencia.

Como ya se señaló, es preciso indagar más, en primer lugar, si el pago fue imputado al cupo 2016 (tal era la supuesta intención de los funcionarios de AUSA al modificar toda la estructura de adjudicaciones) o si, a pesar de la celeridad impresa, ello no pudo ser logrado.

La finalidad no es hacer un análisis *ex post* como el que los señores jueces atribuyen críticamente a esta parte, sino comprender si el objetivo de imputar el desembolso al cupo 2016 era realizable al 26/10/2016 (primero) y al 14/12/2016 (después). Para ello deberá determinarse también si la cláusula 7 (que establece el primer desembolso a los seis meses) era de uso, formaba parte de las negociaciones previas que el Ministerio de Finanzas haya mantenido con la CAF o bien fue una imposición sorpresiva del organismo de crédito. Sólo así podrá determinarse si la justificación del cambio era aparente o tenía visos de veracidad.

La declaración brindada por Héctor Alan Dottore (Director Nacional de Financiamiento con Organismos Regionales de Crédito dependiente de la Subsecretaría de Relaciones Financiera Internacionales del Ministerio de Hacienda, ver fs. 400/401 *in fine*), que ya fue traída a colación por esta parte y que incluso fue citada por en el resolutorio impugnado, apoya la conclusión negativa: “*si bien el contrato se firmó en 2017, se tenía la expectativa de que se pudiera firmar, cumplir las condiciones previas del art. 8.3 y con ello desembolsar el dinero en el año 2016, para que de esta forma se utilizara el cupo de desembolsos previstos para ese año, pero no fue posible pese a los esfuerzos realizados*” (el resaltado me pertenece).

Pretenden sortear esta clara incongruencia entre los supuestos objetivos y el devenir de los hechos afirmando que “*los motivos por los cuales la fecha terminó demorándose exceden el marco de la situación que necesariamente debe evaluarse, que resulta ser la del momento de los hechos*”. Con ello pasan por alto que no se cuenta con un solo elemento de convicción que permita afirmar que, tanto a fines de octubre como durante diciembre de 2016, la posibilidad de recibir el primer desembolso en ese año fuera realmente existente, máxime con la introducción del plazo de seis meses en el contrato a la postre firmado, casi finalizando el mes de enero de 2017.

Lo cierto es que no existe soporte documental que se haya obtenido en la instrucción que respalde esta alegada necesidad de contar con un contrato firmado antes de finalizar 2016 para poder utilizar el cupo de ese año. Sólo se tiene el (supuesto) mail de Astorga, funcionario de AUSA, que presenta las falencias ya apuntadas.

Tampoco es posible encontrar un apoyo consistente a esta versión en las declaraciones prestadas por quienes fueron citados como testigos por el juez de grado (inclusive aquellos que para este MPF cuanto menos deberán dar mayores explicaciones por su accionar). Veamos.

Marcelo Astorga (quien fue inexplicablemente oído en carácter de testigo a pesar de haberle hecho saber al juez instructor que había sido “Director del Proyecto Paseo del Bajo” y que en tal carácter “[encabezó] lo que era el proyecto de licitación”) expresó que “[Roberto] Pagano planteó que la CAF para tener disponible el primer proyecto de desembolso planificado para el 2016, debía haberse firmado ya uno de los tres contratos antes del 31 de diciembre de 2016” (fs. 194/6).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En sentido similar se pronunció Marcelo Palacio: “el área que se encargaba de la relación con la CAF -cuya cabeza era Roberto Pagano- recomendó acelerar la firma de al menos un contrato para asegurar el cupo de financiamiento de 2016” (fs. 218/9).

Sin embargo, Pagano (quien fue también citado en carácter de testigo en dos oportunidades) no asumió esta recomendación de forma expresa, ni fue preguntado al respecto por el juez instructor. Se limita a expresar que “se intentó (...) apurar la formulación y el inicio de las actividades para poder ingresar el primer desembolso del préstamo en el año 2016” (fs. 197/8). Nada dijo sobre un supuesto plazo límite para la firma de un contrato que otros testigos le atribuyeron.

Héctor Dottore también fue citado en dos oportunidades, y aunque se explayó respecto a los cupos del CAF, nada dijo respecto a una supuesta necesidad de contar con un contrato firmado antes del 31 de diciembre.

Así, la versión sólo recibe un tenue apoyo en la declaración de Manuela López Menéndez (funcionaria subordinada directa del sobreseído Guillermo Dietrich), quien manifestó que “tener el contrato firmado antes de fin de año (...) era una condición de CAF para el primer desembolso” (fs. 217). Téngase presente además que López Menéndez era al momento de los hechos la titular de la Secretaría de Obras de Transporte del Ministerio de Transporte y, en función del Decreto 547/16 (aun cuando la obra Paseo del Bajo no se encuentra incluida en el Anexo I), la coordinadora general de la Unidad Ejecutora Central a la que se le otorgó el carácter de organismo ejecutor del Proyecto Paseo del Bajo conforme el Decreto 67/17.

En este sentido no debe perderse de vista que esta recomendación no documentada llegó a escasos días de comenzar a recibir las ofertas por la licitación más grande de la historia de AUSA. ¿Pese a que muchos meses antes comenzó a gestarse la licitación, tan solo 5 días antes de la recepción original de las ofertas se dieron cuenta que necesitaban firmar un contrato antes que finalice el año para cumplir con ese cupo? Suena de una ingenuidad supina sostener sin repreguntar este argumento. A lo que cabe agregar, ¿si existía apuro por suscribir un contrato antes que terminara el año, qué sentido tendría postergar la fecha de apertura de los sobres? Cuando todos sabemos que el tiempo que se posterga es tiempo muerto.

Pero a ello debe agregarse que se llevó adelante todo un proceso licitatorio sin que se contara con la certificación de los fondos necesarios para la misma, por cuanto a dicho momento no había sido celebrado el respectivo contrato de préstamo con la CAF ni había sido aprobado por el PEN el modelo del mismo.

V. a). 2. Sobre la publicidad dada a las circulares modificatorias

Este MPF ha de insistir sobre los déficits hallados en la publicidad brindada a las circulares cuestionadas, a pesar de que pretendieran restar importancia a este extremo que hace a la transparencia y regularidad de las contrataciones públicas.

En este sentido, al momento de impetrar recurso de apelación habíamos destacado que cualquier modificación que se efectuara en el trámite de las licitaciones debía ser comunicada por los mismos medios de difusión dispuestos para la convocatoria, a fin que cualquier potencial oferente pudiera tomar noticia de las eventuales modificaciones y decidir avanzar o no con su decisión de competir. Los mismos medios en el caso particular implicaron necesariamente la publicación en el Boletín Oficial, dos diarios de circulación nacional, medios gráficos del exterior, web y cartelera de AUSA.

Hasta el momento establecido como vencimiento para la presentación de los sobres con las ofertas, cualquier potencial oferente puede convertirse en un oferente real y es por ello que resulta un requisito esencial la difusión de estas circulares.

Por otra parte, también correspondería profundizar la pesquisa a fines de determinar la verdadera difusión que recibió en el extranjero el llamado a licitación, atento a su carácter internacional, extremo que resulta esencial al momento de investigar una hipótesis de direccionamiento. Sin perjuicio de que este MPF propuso ciertas medidas en este sentido (parcialmente denegadas por el juez de grado), existen líneas investigativas adicionales que hasta el momento no han sido exploradas.

En línea con lo antes expresado, el reglamento de contrataciones de AUSA, en su artículo 3 refiere a los principios de transparencia en los procedimientos, publicidad y difusión de las actuaciones e igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Establece asimismo que desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato u orden de compra, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia a estos principios.

Retomando lo antes expuesto, en el ámbito del derecho administrativo toda modificación a los términos de un llamado a licitación debe ser publicada en los mismos medios a través de los que se realizó la convocatoria. Lo expuesto se traduce en la necesidad que los potenciales oferentes conozcan con claridad y exactitud qué es lo que la Administración necesita, cómo lo necesita, cuándo lo necesita, entre otros hitos fundamentales.

Las aclaraciones y modificaciones a las circunstancias esenciales de los pliegos “pueden ser solo admisibles antes de la presentación de las ofertas, en tanto se emitan con antelación suficiente como para permitir que todos los potenciales interesados preparen sus ofertas en paridad de condiciones, y cuenten con la misma publicidad que los pliegos originales”.⁷

De modo tal que toda modificación debe necesariamente ser realizada con antelación suficiente y publicidad real. Sin embargo, como expusiéramos en su oportunidad, AUSA intentó sortear esta situación a partir de la omisión de categorizar las circulares emitidas. Sin embargo, aún sin título expreso, la diferencia es básica, la circular aclaratoria brinda explicaciones o aclaraciones que se consideran necesarias frente a una

⁷ Rejtman Farah, Mario; *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, ed. Abeledo Perrot, 2010, pág. 158



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

consulta de un potencial oferente, mientras que la circular modificatoria modifica algún elemento de la convocatoria.

Si AUSA decide suprimir el orden de prelación o postergar la fecha de apertura de ofertas, no existe posibilidad alguna de considerar que esas decisiones pueden ubicarse dentro de la categoría de las circulares aclaratorias, sino que resultan claras modificaciones a las bases del llamado. Si decide cambiar las especificaciones técnicas de la obra a realizarse, modifica. Si decide eliminar algún requisito antes obligatorio, modifica. Es claro entonces que AUSA dictó circulares modificatorias.

El propio expediente de licitación brinda las respuestas tan poco claras para la Sala Interviniente. De suyo al momento de solicitar la aprobación de lo actuado al Directorio hacen expresa mención a lo antes indicado. De la transcripción del acta 1299 de directorio obrante en el tomo 3, página 363 (de la documentación del tramo C) se puede leer que el Ingeniero Astorga "...Concluye su exposición el Director del Proyecto Paseo del Bajo manifestando que durante el curso de la licitación se han emitido las siguientes Circulares-y-Comunicaciones Circular N° 1 Sin Consulta; Circular N° 2 – Con Consulta - Sin Consulta; Circular N° 3. - Sin Consulta; Circular N° 4 – Con Consulta - Sin Consulta; Circular-N-º-5 - Sin Consulta;--Circular--N° 6 – Sin Consulta; Circular. N° 7 - Sin Consulta; Circular N° 8 - Con Consulta – Sin Consulta; Circular N° 9 - Con Consulta – Sin Consulta – Circular N° 10 Con Consulta,--Sin-Consulta- Circular N° 11 Con Consulta Sin Consulta; Circular N° 12 - Aviso de Prórroga - Sin Consulta; Circular N° 13 - Sin Consulta; Comunicado a los oferentes N° 1 y Comunicado a los oferentes N° 2, cuya ratificación corresponde a este Cuerpo, toda vez que modifican condiciones del Pliego, oportunamente aprobado" (la negrita nos pertenece).

De modo tal que es claro que al menos algunas circulares (cuando no todas) emitidas por AUSA resultan ser circulares modificatorias.

Partiendo de la norma de menor jerarquía legal aplicable al caso, debe señalarse que el Reglamento de AUSA nada dispone en materia de circulares modificatorias; tampoco se ha podido verificar norma alguna relacionada al tema publicidad de las circulares en el PBCP que rigió el proceso. Sin embargo, existen normas vinculadas a esta temática en el PBCG.

Así, en su punto 8 indica que el cambio en la fecha de apertura de ofertas será comunicado a todos a quienes se les hubiese cursado invitación y publicado por un día en los mismos medios en los que se haya publicado el llamado y notificado en forma fehaciente a quienes hayan retirado el pliego.

La norma es clara, requiere no solo la notificación de los interesados, sino también la comunicación a los invitados y la publicidad en los mismos medios de la convocatoria. Y ello tiene por fin evitar procesos pocos transparentes, en los que se pretende restringir la competencia a fin de beneficiar a algún/algunos oferente/s en particular.

Sin embargo, aunque esta norma resulta categórica, y en la recurrida se le restó importancia, considerando que los interesados fueron notificados de cada una de las

circulares emitidas, y por ello descartada la posibilidad de direccionar un proceso de selección. Esta afirmación tampoco resultó corroborada. Para mayor comprensión, a título ejemplificativo se destaca que en el proceso licitatorio del Tramo C obra a fojas 573 un print titulado Registros “*Listado de Registros y Cantidad de downloads*” SIN FECHA que refiere a 138 registros relativo a lo que se interpreta como descargas de pliego, cuyo marco temporal es el 20/09/16 al 15/11/2016. El proceso de licitación se erige en un proceso dinámico en el que los interesados descargan el pliego en diferentes horarios dentro del marco temporal que inicia con la difusión de la convocatoria hasta la fecha de presentación de la oferta.

Sin embargo, las constancias obrantes en la causa no permiten verificar que se haya cotejado la notificación a todos los que retiraron el pliego, ni siquiera que los mails remitidos hayan llegado a destino. Tampoco las constancias de los expedientes administrativos permiten aseverar el cumplimiento atribuido por los señores jueces.

Por otra parte, no se han localizado constancias de publicidad de la difusión de la prórroga de la fecha de apertura, en el Boletín Oficial CABA, en los dos diarios de mayor circulación ni en los medios gráficos del exterior por tratarse de una licitación internacional (conforme el propio PBCG de AUSA). Sin embargo, ninguna mención se realizó a estas omisiones que se consideran groseras y manifiestas, considerando la Sala interviniente que la sola notificación de los interesados (aun no comprobada) echaba por tierra un posible direccionamiento de la contratación.

Pero además, la prórroga de la fecha de apertura, tampoco cumplió con lo dispuesto en el art. 27 del Reglamento de Contrataciones de AUSA, que exige una antelación de 5 días hábiles a la fecha fijada para la apertura de ofertas. Agregándose, que si aplicamos la normativa local vigente (Ley 13.064) a la que luego nos referiremos, el plazo de antelación debería haber sido aún mayor.

Las circunstancias mencionadas no resultan meras cuestiones formales incumplidas o incluso someras irregularidades administrativas como intenta conformar la resolución. Existe una base normativa incumplida, una hipótesis de direccionamiento con irregularidades administrativas observadas, que exigen se aborde con mayor honestidad la comprobación del cumplimiento del requisito de publicidad.

Esa Sala pretende restar importancia a la difusión de las circulares al sostener que “no se evidencia que maniobra ilícita podría constituir no haber notificado a los oferentes de conformidad como lo entiende el Sr. Fiscal, o cual es el perjuicio del procedimiento cuestionado – finalmente adoptado – o qué incidencia tiene en un supuesto direccionamiento o a favor de un contratista en especial”. Cuando la consecuencia de una defectuosa publicidad importa limitar la concurrencia de operaciones en competencia y con ello tender a un posible direccionamiento de la contratación.

En este sentido, se ha dicho que “de haberse conocido desde el inicio del llamado a licitación el tenor de estas modificaciones, que en muchos casos poseen directa incidencia en el cierre de la ecuación económica financiera del contrato o en el nivel del beneficio industrial esperado o en el incremento o disminución de riesgos a cargo del proveedor,



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

contratista o concesionario, la concurrencia o competitividad entre los agentes económicos hubiese incrementado o en su caso, disminuido”. El contexto propicio para la generación de actos de corrupción es aquel donde impera la falta de publicidad.

Rejtman Farah señala que autorizada doctrina ha sostenido que conforme a la Ley 24.759, no parece que en adelante pueda afrontarse válida y legalmente sin incurrir en responsabilidad personal e institucional, una contratación de gran significación sin el cumplimiento de tales recaudos previos, debiendo dichas contrataciones efectuarse y transitar al amparo del principio de transparencia, vinculado a la publicidad, equidad, eficiencia y concurrencia, para así lograr los cometidos públicos y mantener la validez de la contratación.

La publicidad se erige en un reaseguro preventivo contra los actos de corrupción y no en vano se encuentra en la ya citada Convención Interamericana contra la Corrupción, receptada tanto por la Ley 24759, artículo III inciso 5, como por la Ley 25188 de Ética Pública, en su artículo 2 inciso h.

Por lo tanto, a nuestro criterio se encuentra acreditado que las circulares no fueron comunicadas en debida forma, contrariamente a lo sostenido en la resolución recurrida⁸.

En este caso en particular los funcionarios que llevaron adelante el proceso de licitación internacional, no sólo incumplieron el PBCG de AUSA sino también los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de lucha contra la corrupción, y por otra parte los principios consagrados por la CAF en el préstamo celebrado con el EN. En este sentido, las convenciones internacionales en materia de lucha contra la corrupción suscriptas por la República Argentina, no pueden ser dejadas de lado al momento de analizar la conducta de funcionarios públicos. Recuérdese que la decisión que aquí se recurre no solo importo el archivo de la causa sino también distintos sobreseimientos.

En este sentido, el principio de publicidad se encuentra consagrado normativamente en la Convención Interamericana contra la Corrupción, como así también en el decreto delegado 1023/01, y su función esencial es lograr que el Estado compre lo mejor al mejor precio. Para ello es trascendente la competencia que solo se logra con una convocatoria amplia. Este principio es fundamental en materia de contrataciones públicas porque a partir de él se puede garantizar la igualdad y concurrencia. Sin publicidad, no hay conocimiento; con publicidad restringida, el conocimiento es poder de unos pocos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido en que “es absolutamente nulo el contrato que, debiendo celebrarse previa licitación, la desvirtúa por la inclusión de cláusulas sustanciales modificatorias de las generales de aquella” (Fallos: 179:249). A su vez, resolvió que era nulo el contrato en el que una de sus cláusulas, de trascendental importancia, no figura en las bases de la licitación, ello en tanto “la adjudicación que no respecta

⁸ La resolución judicial, frente a una cuestión reglada, magnifica al paroxismo la teoría del “siga, siga”.

estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad” (Fallos: 311:2831 y 314:491, entre otros).

En otro orden de ideas corresponde señalar que la obra pública Paseo del Bajo fue abonada con fondos provenientes del préstamo celebrado entre el EN y la CAF por una parte y con fondos locales del GCBA por la otra.

Es por ello que corresponde abordar el análisis no solo del Reglamento de AUSA como pretende la criticada, sino también las normas de mayor jerarquía que resultan aplicables al proceso.

Si bien no resulta ésta la oportunidad para cuestionar la delegación que el GCBA realizó a AUSA del trámite del proceso de licitación de la obra (AUSA por Ley GCBA 6085 resultó luego concesionaria del Paseo del Bajo) lo cierto es que AUSA integra el Sector Público de la CABA.

AUSA indica en su web que “Somos una sociedad anónima cuyo accionista principal es el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Nuestra empresa integra el Sector Público de la Ciudad y es alcanzada por los sistemas de control internos y externos de la Ciudad de Buenos Aires”.

De esta manera AUSA no solo debe regir sus contrataciones por su reglamento interno, sino también en materia de obra pública por la Ley 13.064.

Conforme surge de la web <https://www.legislatura.gov.ar/posts/obra-publica-avanza-creacion-de-regimen-de-contrataciones883.html> “el Sector Público de la C.A.B.A. en esta materia, por aplicación de la Cláusula Transitoria Tercera de la ley N° 70 se rige mediante las leyes nacionales 13.064 y 17.520 -normas que datan de los años 1947 y 1967 respectivamente- complementadas por un conjunto de textos normativos.”

El Sector público de la CABA está definido en el artículo 4 de la ley 70 que dispone: “Las disposiciones de esta Ley son de aplicación al Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires el cual comprende la Administración Central (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), las comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, organismos de la seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias y las entidades.

Esta misma ley, establece en su Cláusula Transitoria Tercera que “Hasta tanto no se sancione una Ley que regule el sistema de contrataciones del Estado y que organice la administración de sus bienes, continuará rigiendo la normativa vigente a la fecha de la sanción de esta Ley”.

Es claro y contundente que el marco normativo aplicable además del reglamento de AUSA (con los cuestionamientos esbozados) está integrado por la Ley 13.064. Pero esta obra posee un componente adicional, léase los fondos provenientes de la CAF. Aun cuando no resulta necesario se aclara que al utilizarse fondos de organismos internacionales, corresponde estar a sus normas o manuales de procedimientos.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En este caso la CAF establece que en el propio Manual suscripto entre CAF y la República Argentina se establecen en su página 22 los distintos principios que deben regir la gestión de las contrataciones, entre los que se destacan los principios de concurrencia e igualdad, legalidad, publicidad y difusión, eficiencia y eficacia, transparencia y libre competencia. También se establece que durante el proceso licitatorio hasta la ejecución de la obra, toda cuestión que se suscite debe ser interpretada sobre la base de una rigurosa observancia a los principios mencionados. El punto 3 del título transparencia en la relación convocante-interesados (página 44 del Manual celebrado entre la CAF y la República Argentina - Anexo I) “si alguna respuesta del convocante modifica los términos y condiciones previamente anunciados en los documentos de licitación, esta respuesta deberá ser notificada a CAF antes de ser informada a los proponentes/proveedores para su aprobación. CAF se reserva el derecho de seguir o no financiando el programa/proyecto en caso de ocurrir un cambio que considere que debilita los principios de transparencia o competitividad.” También indica que para la apertura de los procesos 2. Se debe fomentar la participación del mayor número de licitantes calificados para lograr competencia efectiva y obtener las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer”.

Estos principios también se encuentran incumplidos, aun cuando su aplicación resultaría en un proceso tramitado y finalizado; lo que tampoco pudo despejar este MPF ante la clausura de la investigación.

Por último, corresponde destacar que el 14/07/16 se suscribió entre el EN y el GCBA un convenio marco en materia de transporte en el que se acordó se realizarían los mayores esfuerzos para garantizar un desarrollo eficaz de los sistemas de tránsito y transporte, promover la realización de obras y servicios que mejoren la movilidad, la circulación y el tránsito en el ámbito de sus respectivas competencias.

El 13/06/16 se habrían acordado los términos y condiciones del préstamo por el Proyecto Paseo del Bajo entre funcionarios del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, Ministerio de Transporte, el GCBA, la JGM y representantes del CAF (así resulta del considerando 5to del Convenio para la Ejecución del Préstamo correspondiente al proyecto Paseo del Bajo del 20/02/17).

Sin embargo, recién el 25/01/2017, se emitió el Decreto 67/2017 por el que se aprobó el modelo de contrato de préstamo CAF a celebrarse entre la República Argentina y la CAF por un monto de hasta U\$S 400.000.000. Es decir este decreto se emite con posterioridad, a la firma de los tres contratos de OP (cuatro dado que el RER se firmó por separado). En el citado decreto se designó al Ministerio de Transporte, a través de la Unidad Ejecutora Central como organismo Ejecutor del Proyecto Paseo del Bajo.

El contrato entre la República Argentina y la CAF fue suscripto el 30 de enero de 2017.

Por último el 20/02/17 se celebró el convenio para la ejecución del préstamo correspondiente al Proyecto Paseo del Bajo entre el titular del Ministerio de Transporte de la Nación y el Ministro de Desarrollo Urbano y Transporte del GCBA.

Como podrá observarse las actuaciones reseñadas vieron su nacimiento con posterioridad a la culminación de los procesos de licitación que llevó adelante AUSA.

Ahora, no obstante la celebración posterior de estos convenios, volviendo al régimen jurídico aplicable, de los mismos también se extrae la aplicación al caso de la Ley 13.064, ello teniendo en cuenta que al utilizarse en su financiamiento fondos de organismos internacionales corresponde estar a sus normas o manuales de procedimientos.

Véase que el mencionado Decreto 67/2017 el Organismo Ejecutor (Ministerio de Transporte de la Nación) debía realizar todas las operaciones necesarias para la ejecución del proyecto “conforme las normas y procedimientos contenidos en el Modelo de Contrato de Préstamo” que se aprobada por dicho decreto (art. 4).

En el contrato de préstamo se dispone en el punto F del anexo único de las condiciones particulares (párrafo 5) que las adquisiciones de bienes y servicios y la contratación de obras se realizarán de acuerdo a la normativa vigente y los parámetros establecidos en el contrato de préstamo.

Asimismo, en el Convenio para la ejecución del préstamo correspondiente a Paseo del Bajo suscripto entre el EN y el GCBA el 20/02/17 (celebrado luego de fenecidos los procesos licitatorios), en su cláusula 15 estableció el orden de prelación de las normas:

1. Contrato de préstamo
2. Manual Operativo
3. Convenio de ejecución del préstamo

Por ende, en lo atinente a la “normativa vigente” cabe considerar la aplicación de la Ley 13.064, por regir para el Sector Público de CABA tal como se expuso.

¿Si GCBA solo disponía de parte de los fondos para afrontar la obra, AUSA no incumplió el art. 7 de la ley 13.064? ¿Por qué se decide invocar el cupo de la CAF cuando el decreto 67/17 se emite luego de finalizado el proceso de licitación? ¿Por qué todas las circulares se emiten sin consulta? ¿Existen otros correos electrónicos como el indicado en el acápite anterior que justifican otras circulares? ¿Por qué GCBA decide delegar en AUSA la obra? Ante la hipótesis de direccionamiento, todas estas aristas deben ser evaluadas, no solo por tratarse de una obra de relevancia institucional, no solo por ser otorgada a la empresa vinculada a quien había sido designado como titular del PEN sino en función a la existencia de indicadores de direccionamiento que no pudieron ser evaluados y descartados, con motivo del archivo prematuro de la causa.

En conclusión, este MPF considera que el principio de publicidad que rige las contrataciones públicas y que se encuentra reglado en los diversos instrumentos normativos antes señalados, ha sido ponderado de manera laxa por la Sala Interviniente, al



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

momento de analizar la difusión de las circulares del proceso de selección. Esta interpretación ha permitido, siempre conforme el razonamiento de la Sala, considerar de manera arbitraria, que la hipótesis de direccionamiento denunciada NO se habría producido.

Sin embargo, tal como se ha señalado en forma precedente, la omisión incurrida por quienes llevaron adelante un trámite licitatorio; se erige en un comportamiento restrictivo de la concurrencia y competencia que se traduce en un indicador central de posible direccionamiento.

Ergo, el cumplimiento parcial de una norma expresa, no puede devenir en un argumento válido y razonable para rebatir la hipótesis de direccionamiento, más aún cuando comportamientos o conductas como las denunciadas son indicios plenos y suficientes de conductas restrictivas de la competencia.

El archivo de la causa, a partir de la argumentación de la Sala del cumplimiento parcial de la normativa aplicable, importa una resolución arbitraria que afecta en forma grosera las potestades persecutorias de este MPF y que resulta cuestionable desde la lógica jurídica de aplicación normativa.

Por último, en lo que respecta al obiter dictum dictado por la Sala interviniente en el que se “cuestiona” el régimen jurídico aplicable a AUSA, se considera sorteado a partir de la explicación realizada en los párrafos anteriores, que permitirán evacuar las dudas que podría este cuestionamiento provocar en los señores jueces.

Resta afirmar que el conocimiento y la falta de reparos de la CAF respecto a los pliegos utilizados por AUSA, que completan los argumentos de la sentencia recurrida, no pueden sortear normas de orden público como la Ley 13.064 ni evitar el test convencional de la licitación; máxime cuando no resultó controvertido para ninguna de las partes que intervienen en el proceso ni para los sentenciantes, que se trata de una obra solo financiada en forma PARCIAL por la CAF.

En definitiva, los señores jueces mediante obiter dictum cuestionan el régimen jurídico que rigió el caso, afirmando que por haber llevado a cabo AUSA la gestión del procedimiento de selección correspondía la aplicación de su propio reglamento de contrataciones. De este modo, dejaron de lado que se trataba también de una obra con financiamiento externo y como tal correspondía estar a su propia normativa, la cual culmina remitiendo a la Ley 13.064 aplicable al Sector Público de CABA.

V. a). 3. La situación económica de Corsan-Corviam

Los magistrados atribuyen a la hipótesis de esta parte una incongruencia respecto al contenido del “deber ser” que los funcionarios debían respetar en relación a la situación de Corsan Corviam. Expresan que de haberse excluido a esta sociedad de las adjudicaciones, la mejor oferta le correspondía a IECSA y -de esta forma- el resultado hubiera sido el mismo en lo que hace al favorecimiento de la UT.

Preliminarmente cabe resaltar, una vez más, que las postulaciones de este MPF son hipotéticas y provisorias, tal como es propio de la etapa procesal que se transita. La precisión de las posibles imputaciones es propia de una etapa procesal ulterior, y a ello apunta una de las finalidades de la instrucción (art. 193 inc. 1 del CPPN). La precisión otorgada por el magistrado instructor a dichas imputaciones fue resuelta unilateralmente y al único efecto de descartarlas.

Desde la perspectiva y las atribuciones de este órgano acusador, en aplicación de los principios de legalidad procesal y objetividad, las irregularidades que se detectaron en el procedimiento administrativo debían ser puestas en conocimiento de la autoridad jurisdiccional. Delinearlas, confirmarlas o descartarlas, y eventualmente darles sentido en el marco de una hipótesis delictiva, sería precisamente el resultado de la tarea instructora que el juez de grado resolvió asumir en cabeza propia.

Hecha esa salvedad, de todos modos no podemos dejar de señalar que en este caso son los señores jueces quienes incurren en el análisis *ex post* que repetidas veces le atribuyen a esta parte.

Debemos reconstruir los hechos situándonos en los días previos a la apertura de los sobres 2 de los tramos B y C: los primeros días de diciembre de 2016. En esa fecha, los funcionarios de AUSA ya conocían los montos de las ofertas del tramo A. Sabían también, la nómina de oferentes de los otros dos tramos. Sabían que en el tramo A la oferta más económica era la de Corsan-Corviam y que la segunda era la de IECSA-Fontana Nicastro, ambas muy lejos de las restantes. Sabían que Corsan-Corviam había ofertado por el Tramo C y que era por lo menos posible (como en efecto luego se comprobaría) que su oferta allí fuera la más económica.

Corresponde dedicarle algunas palabras al ya aludido dictamen jurídico emitido por la Procuración General de la CABA con anterioridad a la adjudicación del Tramo A, mediante el cual aconsejó que previo a efectivizar dicha adjudicación se debería verificar la capacidad técnica y económica de la contratista.

La Sala pretende minimizar el valor que el dictamen jurídico detenta en un proceso de selección. Las observaciones que realiza un servicio jurídico, y en este caso directamente la Procuración General de la CABA, requieren ser subsanadas a fin de brindar un marco de legalidad a la decisión que adopta la autoridad política. Los vicios en el proceso que observa el servicio jurídico o las recomendaciones que efectúa, no buscan proteger al funcionario, sino resguardar la legalidad del accionar administrativo. Bajo este prisma debe comprenderse que su actuación es esencial en un proceso de contratación de obra pública. Las actuaciones que preceden su intervención son valoradas por ella y precisamente son las que fundamentan la decisión que adopte. De otro modo este elemento esencial exigido en el proceso de formación de la voluntad administrativa devendría en una especie de formalidad carente de efectos prácticos, colisionando con el espíritu que nutre su actuación.

Ya el juez de grado había incurrido en similar desatino, al atribuirle al accionar de la Procuración una suerte de extralimitación en sus funciones, dado que su competencia se limita a cuestiones de índole legal. Esta parte ya destacó al apelar que la



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Procuración se había expedido sobre la falta de informes técnicos (que es, precisamente, una exigencia legal) y no sobre la conveniencia o no de la oferta.

En esta oportunidad, es esa Sala quien valora el dictamen en los siguientes términos: *“si la Procuración llegó a expedirse sobre una posible adjudicación a Corsan fue porque antes, necesariamente, las autoridades competentes ya habían efectuado la evaluación técnica y económica de rigor”* (sic). No se comprende si con ello se pretende atribuir al órgano asesor incompetencia o malicia en la emisión de su parecer, al señalar como faltante una evaluación técnica y económica que -según los magistrados- existía.

El argumento incurre además en una falacia: extraen de una conclusión (el dictamen se expidió) dos supuestas premisas: 1- los pasos administrativos previos necesariamente existieron y 2- esos pasos fueron correctos (¡!). El ámbito de intervención del servicio jurídico, así, resultaría tan acotado que casi cabría catalogarlo de inexistente. Llevemos el criterio a sus consecuencias últimas: el servicio jurídico no podría señalar que un informe técnico posee vicios manifiestos que lo tornan nulo pues, según los señores jueces, si llegó a expedirse es porque antes, necesariamente, se realizó ese informe técnico y además es correcto. La conclusión no se sostiene de modo alguno.

Lo cierto es que, ante los cuestionamientos de la Procuración, los funcionarios de AUSA no hicieron nada dirigido a resolverlos. Tampoco lo hicieron respecto a las observaciones de otros oferentes que también señalaron la situación que atravesaba la firma, como las realizadas por Queiroz en el marco del procedimiento del Tramo C.

La resolución recurrida cita y da por válidas las apreciaciones vertidas por la defensa del presidente de AUSA, en relación a la existencia de nuevos inversores en la casa matriz de la firma española. Nada de eso se documentó, sin embargo, en el expediente administrativo.

La remisión de una nota a la CAF, fechada el 14/12/2016 y recibida por ese organismo internacional al día siguiente (fs. 665), lejos de descartar la irregularidad detectada, viene a confirmarla. No se trató más que de un burdo intento de subsanar las observaciones realizadas en el parecer jurídico, pero hecho con posterioridad al dictado del acto administrativo. Ello le quita cualquier virtualidad y función al dictamen jurídico previo que es, precisamente, previo. A la nota se acompañan diferentes documentos, entre los que se destaca *“la aprobación de la adjudicación de fecha 14/12/16”*. Su supuesto fin era el de verificar si para la CAF existía algún impedimento en adjudicar la obra del Tramo A Corsan-Corviam. Entiéndase bien: se consultó a la CAF si había impedimentos para adjudicar el tramo a Corsan cuando ya había sido adjudicado.

En ese contexto, la contestación que emite la CAF el 20 de diciembre de 2016, cuya fecha de recepción en AUSA se desconoce (fs. 664), prácticamente carece de virtualidad. En la nota un ejecutivo del sector público llamado Juan Carlos Fernandez de Avila, indica que *“a priori no se tienen observaciones respecto de la empresa que resultó adjudicataria. No obstante, una vez formalizado el contrato de préstamo entre CAF y la*

República Argentina se analizará la información remitida a fin de confirmar que el procedimiento de adquisición llevado a cabo por AUSA este en total acuerdo a lo establecido en las condiciones contractuales”.

Los señores jueces citan esta nota de la CAF sin realizar mención alguna a que fue recibida con posterioridad a la adjudicación, a pesar de haber sido señalado expresamente por esta parte en la apelación. Es otro análisis *ex post*: para los señores jueces, la carta de la CAF viene a confirmar que Corsan podía ser adjudicataria. Pero lo cierto es que el presunto incumplimiento funcional en este punto se produjo al adjudicarle la obra el 14/12/2016 sin contar con esos recaudos, no pudiendo ser subsanado con posterioridad.

Tampoco se realizó valoración alguna de la contestación que la CAF emite al momento de acompañar la documentación mencionada. Expresamente indica que la CAF no emite conformidad y no participa en los procesos licitatorios de las obras que financia. La implementación de los procesos licitatorios y sus resultados son de estricta responsabilidad del prestatario y/o del organismo ejecutor, según corresponda y su aprobación está a cargo de las autoridades competentes y órganos de control designados como tal en el respectivo país. De modo tal que “la no objeción de la CAF” a la adjudicación del tramo A Corsan, además de efectuarse en forma tardía, no tiene consecuencias jurídicas porque nada le compete a este organismo respecto de tal decisión.

¿Qué hubiera sucedido si AUSA remitía esta consulta -como es lógico- antes de adjudicar la obra, y la respuesta demoraba los cinco días corridos que como mínimo demoró? Sin el tramo A adjudicado, no habría óbice para abrir el sobre 2 de Corsan el 15/12/2016, y se hubieran deparado allí con que esta oferta era más conveniente que la de IECSA, que quedaría así relegada al Tramo B, cuyo monto contractual era de menos de la mitad del que efectivamente se le adjudicó.

Otra muestra de que lo importante, al menos en la hipótesis denunciada, no investigada por las denegaciones sistemáticas de producir prueba, era eliminar a Corsan, no de cualquier tramo, sino del más oneroso y el que más le interesaba a IECSA: el tramo C. El mismo que de un modo hasta ahora no explicado tenía incorporado un financiamiento nacional para una obra ajena a la solventada por la CAF y a cuyo adjudicatario también se le otorgaría, por sistema de precios reembolsables, el retiro de un gasoducto.

Cerraremos este acápite apuntando que, una vez más, son los señores jueces quienes incurren en un análisis *ex post* al valorar los recaudos que AUSA tomó respecto a la ejecución del tramo adjudicado a Corsan. Siguiendo la lógica propuesta por el resolutorio recurrido, nada de ello importa en esta instancia: lo relevante es lo que tenían sobre la mesa los funcionarios de AUSA el día 14/12/2016 cuando decidieron pasar por alto todas estas observaciones, adjudicarle el Tramo menos oneroso a Corsan y eliminar así al principal competidor que tendría IECSA en la apertura pautada para el día siguiente.

En ello incurren cuando derivan de la mera emisión de un dictamen jurídico, la conclusión de que todo el trámite administrativo anterior existió y fue válido, en contraposición al texto expreso de ese parecer. Nuevamente lo hacen cuando valoran una



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

comunicación de la CAF posterior a los hechos para sostener la juridicidad del dictado de un acto administrativo que ya se encontraba perfeccionado. Y finalmente, reiteran similar vicio al derivar de “recaudos” adoptados por AUSA, meses después de la adjudicación del Tramo A, la conclusión de que esta última fue válida y carece de significado delictual. Ello cuando, de haber existido un delito, el mismo se encontraba sobradamente consumado.

V. a). 4- El perjuicio

Nos detendremos muy brevemente en este punto, sólo porque le dedicaron algunos tramos de su resolutorio, cuestionando lo que al respecto se había sostenido en el recurso de apelación.

No escapa a esta parte que un verdadero y acabado cálculo del eventual perjuicio causado a las arcas públicas exige un análisis detallado de las constancias de la etapa de ejecución de la obra, y que no puede hacerse mediante el mero cotejo del contenido de las ofertas presentadas. Esto es, una instrucción seria y dirigida al descubrimiento de lo realmente acontecido, que sobre este punto (como otros) el juez de grado jamás desarrolló, y que la Cámara, pretende convalidar.

En ese sentido, el cálculo ensayado en oportunidad de presentar la apelación no tenía pretensiones de arribar a un resultado definitivo sino el de desvirtuar la operación similar que, con las mismas limitaciones, había ensayado el magistrado instructor, llevándolo a concluir que el método de adjudicación realizado no sólo no había sido perjudicial para el Estado, sino que incluso había sido beneficioso.

Ello se dejó expresamente sentado en el recurso mencionado: “*el agravio en este punto se centra en la equívoca e irrazonable conclusión arribada en cuanto al supuesto ahorro o beneficio que obtuvo el Estado al licitar alterando las condiciones iniciales, es decir primero el tramo “A”, segundo el “C” y tercero el “B”*” (el subrayado no corresponde al original).

Amén de todo lo reseñado, no puede dejarse de mencionar que, incluso en ausencia de perjuicio (seriamente demostrada, y no con un mero cálculo abstracto y erróneo como el del juez de grado), el direccionamiento de una licitación pública no deja de tener inusitada gravedad y significado delictual.

Por último, carece también de virtualidad que se haya terminado “*abonando una cifra menor al precio base fijado en los pliegos*”. De lo contrario, el mero recurso de inflar artificialmente los presupuestos estimados en los pliegos convertiría a cualquier contratación pública en beneficiosa para las arcas estatales.

A pesar de que -hemos de insistir- falta profundizar considerablemente la instrucción para afirmar o descartar con seriedad la existencia de un perjuicio a las arcas estatales, encontramos una nueva muestra del apartamiento de los señores jueces de las reglas de la lógica. Para sostener como conclusión la inexistencia de perjuicio, no basta como premisa que la adjudicación haya sido por un monto menor al precio base. Falta

muchas otras, que muy lejos están de encontrarse demostradas en esta causa: que ese precio base se ajustaba al verdadero precio de mercado, que no existían otras empresas en condiciones de ofertar por un precio menor y que el precio por el que se adjudicó guarde correspondencia con el que efectivamente se abonó (sin modificaciones o readecuaciones inválidas, por ejemplo), entre otras muchas.

Es decir, la inexistencia de perjuicio afirmada en la resolución que aquí se cuestiona, aparece carente de fundamentación suficiente, en atención a la cantidad de medidas pendientes de producción para poder establecer, razonablemente, su presencia en el caso o por el contrario, su ausencia. Concluir como se lo hace, en su inexistencia por mera comparación aritmética, muestra que se apeló a una fórmula tan solo “aparente” de justificación en el silogismo utilizado, pero que no da trato, ninguno, a los interrogantes que deben despejarse, planteados por esta parte.

Planteos que resultan pertinentes y oportunos para la etapa del proceso en la que se encuentran estas actuaciones. Según la mirada de este MPF, medidas de prueba solicitadas por quien tiene bajo su responsabilidad la carga de la prueba de la hipótesis delictiva denunciada, podrían no ser atendidas siempre y cuando se fundamente el motivo por el cual se las descarta. Fundamentación que, en este caso, se encuentra ausente.

V.- b) Red de Expresos Regionales (RER)

Tal como se expuso en el recurso de apelación, la inclusión del RER en la obra Paseo del Bajo (y, más precisamente, en su tramo C) habría obedecido a dos alegadas cuestiones técnicas: lograr un muro lateral de menor espesor y evitar el entorpecimiento del ferrocarril. Así fue explicado por Astorga el 08/08/2017 en una nota dirigida a la Gerencia de Asuntos Internos de AUSA. Una nota como esta, al igual que el correo por la cuestión de la CAF, podrían ser indicios de coberturas un poco más sofisticadas. Como ya se ha expresado, no se trata de cuestionar la decisión desde el punto de vista técnico, sino atender a la competencia para su adopción. Este aspecto parece ser minimizado por el resolutorio impugnado, que expresa al respecto “*el agravio deducido se funda solamente en el aspecto jurídico de la cuestión, sin cuestionamientos respecto de las circunstancias técnicas detalladas*”.

Ahora bien, el aspecto “jurídico” de la cuestión al que hacen referencia no es para nada secundario. Es una cuestión de competencia entre distintos niveles estatales que exige echar luz sobre la afectación de fondos nacionales, a la realización de una obra pública nacional, cuya adjudicación fue decidida, controlada y abonada por un ente local (AUSA), la cual forma parte de un proyecto más amplio que se suspendió sin fecha posible de continuidad (el RER) y que -con todos los cuestionamientos que ya fueron señalados- terminó siendo adjudicada a una empresa. El manto de incertezas respecto a este millonario contrato de obra pública resulta tan escandaloso que volver a reseñar lo poco que se ha podido reconstruir en la pesquisa sólo insumirá algunos párrafos.

En primer lugar se determinó que las obras del RER no se habían incluido dentro de las que serían financiadas con el préstamo de la CAF, y ese habría sido el



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

motivo por el cual en el tramo C se suscribieron dos contratos y dos órdenes de compra con la UT integrada por IECSA.

Según el memorándum emitido por Astorga y dirigido a la UAI de AUSA, aportado a fs. 230, se indica que las obras relativas a la RER debían ser solventadas por el Ministerio de Transporte de la Nación. Como ya se sostuvo, si los fondos serían aportados por el Estado Nacional (en este caso sin mediar un préstamo de la CAF), ello implica que la obra debía ser ejecutada por Nación, o en su defecto -actuaciones administrativas mediante- Nación debía delegar su ejecución en otra jurisdicción estadual. Sin embargo, nada se halló al respecto.

A pesar de ese cuadro de situación, existió un contrato suscripto con IECSA-Fontana por la obra de la RER que superaba los 700 millones de pesos (IVA incluido) al mes de diciembre de 2016.

A sugerencia de este MPF, el juez de grado requirió y obtuvo escuetas y superficiales contestaciones al respecto por parte del Ministerio de Transporte de la Nación (v. decreto de fs. 542/543). Como ya se sostuvo, la información obtenida está muy lejos de satisfacer los requerimientos efectuados y de echar luz sobre este punto, situación que exige una profundización de la pesquisa sobre la que este MPF no puede menos que insistir.

La primera presentación de ese Ministerio (PV-2019-93784179-APN-DALYJ#MTR), recibida en fecha 17/10/2019 (fs. 548/551), acompañó nota NO-2019-92956997-APN-DALYJ#MTER, a la que adjuntó copia del contrato de préstamo con la CAF, del Manual Operativo del Proyecto y de la Res. 938/2016 del GCBA. Consideró ese organismo que con ello “*se da[ba] cumplimiento con el punto 2) del oficio*” y requirió una prórroga a fin de completar la información (fs. 551), la cual fue otorgada por V.S. (fs. 588).

Su segunda presentación (fs. 593/595) consistió en un proveído de idéntico número, fecha y texto que el anterior (nótese la identidad entre fs. 551 y 595), lo que aparentemente respondió a un error material, pues el proveído cuyo texto se condice con la documentación acompañada a esta presentación es el que luego se agregaría a fs. 656 (PV-2019-97164442-APN-DALYJ#MTR). En este caso la documentación anexada consistió, en primer lugar, en copia de una nota remitida por el Secretario de Planificación de Transporte de la Nación al Secretario de Transporte del GCBA en fecha 17/12/2018, en la que el primero le informaba a este último que las obras ferroviarias relacionadas con el proyecto RER a ser realizadas en el sector de Puerto Madero se encontraban postergadas (fs. 593). En segundo lugar, a fs. 594 se informó que las obras del RER no resultaban financiadas con el préstamo cuyo contrato y manual operativo habían acompañado en la anterior presentación; motivo por el cual “*no obran en esta repartición constancias de pago realizadas para la respectiva obra y consecuentemente tampoco antecedentes sobre su trámite o ejecución*”.

Lo cierto es que existe una contradicción hasta el momento no salvada entre los criterios adoptados por AUSA (al fragmentar los contratos del tramo C invocando que uno de ellos correspondía al RER y tenía distinta fuente de financiamiento, al ser

solventado con fondos nacionales) y la escasa -casi nula- existencia de antecedentes en la cartera nacional.

Inclusive, la escasa documentación aportada por el Ministerio de Transporte de la Nación daría cuenta de que en octubre de 2018 dichas obras se encontraban postergadas (sin perjuicio de que se acompañó una mera nota dirigida al GCBA y no un verdadero acto administrativo, v. fs. 593).

Esa cartera informó que la obra no estaba financiada por el préstamo con la CAF (fs. 594), lo que es coincidente con lo sostenido por AUSA. Pero existe todavía un gran interrogante respecto a qué fuente de financiamiento efectiva tuvieron esas obras, las cuales se habrían llevado adelante, toda vez que el tramo C al 31 de agosto de 2019 habría estado prácticamente culminado (según lo informado a fs. 555 vta.).

Si -como invoca AUSA- esas obras fueron “*solventadas por el Ministerio de Transporte de la Nación*” (fs. 232) deberían existir actuaciones administrativas al respecto en esa cartera nacional y –sobre todo– un acto administrativo de delegación que justifique que la licitación haya sido llevada adelante por un ente local. Sin embargo, ante el pedido de que se aportara dicho acto de delegación, el Ministerio en cuestión sólo aportó una resolución del propio gobierno local por el que se designaba a AUSA como Unidad Ejecutora de Proyecto para las obras del Paseo del Bajo.

Si la obra era solventada por el Tesoro de la Nación como se afirmó desde el comienzo, la licitación debió ser llevada adelante por el Estado Nacional o en su defecto, si esos fondos se incorporaron al presupuesto de GCBA debería haberse suscripto algún acuerdo entre Estado Nacional y el GCBA con relación a este punto. Como viene sosteniendo este MPF, debe aclararse si se trataba de una competencia federal exclusiva o concurrente con la CABA. En este último caso debería existir al menos alguna actuación administrativa que validara el proceso, máxime cuando los fondos serían aportados por Nación. La escasa documentación aportada por el Ministerio de Transporte -titularizado por entonces por el ahora sobreseído Guillermo Dietrich- no permite de ningún modo reconstruir este hecho.

Por ello, continúan sin respuestas los interrogantes oportunamente planteados por este MPF. De la revocación de los sobreseimientos depende que se abra una línea investigativa seria para encontrarlas: ¿Por qué AUSA decidió incorporar una obra como el RER en el tramo C, si se trataría de una obra nueva que debía llevar adelante el Estado Nacional con un proceso de selección en su cabeza? ¿Cuál es el instrumento válido que permitió a AUSA adjudicar las obras de infraestructura civil de la RER? ¿Esta obra estaba incluida en la ley de presupuesto de la Nación o del GCBA?

Como ya se ha señalado, el convenio para la ejecución del préstamo correspondiente al proyecto Paseo del Bajo entre el Estado Nacional y el GCBA CAF N° 9710, suscripto el 20/02/17 entre Franco Moccia y Guillermo Dietrich, no contiene ninguna norma relacionada con el RER y ello es así pues el préstamo no financiaría la obra del RER, dado que es una obra distinta de la obra Paseo del Bajo.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

La decisión de una delegación a nivel local de una competencia federal es cuestionable constitucionalmente y en este caso ni siquiera hay un ensayo de opiniones de áreas técnicas nacionales que permitiesen comenzar a analizar esa posición, todo lo cual debe ser objeto de profundización. Respecto a la ejecución de la obra, los interrogantes pendientes guardan igual o mayor gravedad: ¿se realizó la obra? ¿El Estado Nacional le pagó por ella a la empresa de la familia del entonces Presidente? ¿Cuánto pagó?

Atiéndase a la gravedad: más de 700 millones de pesos (a valores de 2016) destinados a IECSA a través de AUSA para realizar la obra civil del túnel de una Red de Expresos Regionales que jamás se construyó ni existen planes de que se construya en un futuro cierto.

Ello en el marco, al menos hasta ahora, de no haberse dado con un único informe técnico nacional que habilite, valide o convalide el trámite licitatorio y la adjudicación de esta obra.

Como ya expresó este MPF: *“Parecería que las cuestiones planteadas exceden las meras irregularidades, permitiendo inferir que este –hasta el momento– descontrol administrativo sirvió de marco para incluir una obra a priori nacional y de gran envergadura en una licitación local llevada a cabo por AUSA y que habría sido direccionada hacia una empresa determinada”*.

El resolutorio recurrido, en una lectura sumamente parcializada, considera que *“lo que faltaría es un acto administrativo concreto que la autorice [a la delegación]”*. Así se pretenden pasar a un segundo plano el millonario desembolso en el que habría incurrido el Estado Nacional para financiar esta obra.

En ese marco y a pesar de todas las falencias, primero el juez de grado y luego los señores jueces consideran descartado definitivamente cualquier contenido delictual de la licitación en este punto. Ello con el agravante de que el entonces Ministro de Transporte Guillermo Dietrich está alcanzado expresamente por los términos del sobreseimiento, a pesar de no haberse investigado ni producido prueba alguna al respecto. ¿Cuál es el alcance de esta resolución a la luz del principio de prohibición de la persecución penal múltiple?

Para llegar a esa conclusión, valoran que para adquirir relevancia, el agravio *“debería tener relación con la supuesta irregularidad del direccionamiento”*, la cual consideran excluida (en pocas palabras) por haber estado prevista la obra desde antes de las circulares cuestionadas. Lo que parece escapar a los señores jueces es que se trata de un elemento más que muestra por qué el tramo C era el más redituable para las contratistas, una cuestión a tener en cuenta a la hora de analizar la hipótesis de posible direccionamiento hacia IECSA: no sólo era el más oneroso, sino que en parte lo era por la inclusión de la obra civil del RER, solventada con fondos nacionales (en este punto sin financiamiento de la CAF) y parte de un proyecto más amplio y ambicioso que jamás se completó. A esa onerosidad se le incorporaría

luego una prima del 15% por la remoción de un gasoducto (punto sobre el que nos detendremos en el acápite siguiente).

Como cierre de este ítem, atiéndase a la conclusión final que arriban en la recurrida respecto al RER. Expresan que “*no hay tampoco siquiera insinuado un perjuicio al fisco derivado de este hecho*”. Este MPF se ve obligado a insistir, incluso a riesgo de resultar repetitivo: 700 millones de pesos (valores de 2016) para una obra que, como resulta de público y notorio para quienes viven y transitan por la CABA, formaba parte de un proyecto que jamás se culminó ni avanzó siquiera hacia otras etapas.

Resulta palmaria, a criterio de este Ministerio Público Fiscal, por lo dicho, la falta de fundamentos suficientes de los señores jueces respecto de este punto, al extremo que en una primera lectura que se hizo de la resolución aquí cuestionada, se evaluó la posibilidad de que por algún error material se hubieran traspapelado algunas páginas con mayor desarrollo. De la lectura de lo que sigue se llegó a la conclusión contraria, toda vez que esta escasez de fundamentos tan notoria, resulta una constante de la resolución luego de haber dedicado sus esfuerzos a tratar el tema de la apertura de los sobres.

V.- c) Gasoducto

Resulta incontrovertido que la existencia del gasoducto que debía ser removido se conocía en forma previa a ordenarse la convocatoria para la licitación.

Este MPF ya señaló la discrepancia entre los criterios adoptados por AUSA en un mismo marco temporal. Por un lado, el 10 de noviembre de 2016 el Directorio de AUSA autoriza el llamado a licitación privada para la remoción del gasoducto. Por otro lado, sólo un día antes, libra la circular número 10 de fecha 9 de noviembre de 2016 que estableció que la remoción se encontraba a cargo del contratista adjudicatario del tramo C.

Como ya se señaló, no queda claro quién efectuó la consulta (pregunta 838) que motivó esa respuesta por circular, ni se justifican las decisiones contradictorias tomadas por AUSA en apenas 24 horas.

¿Debía incluirse la interferencia en el costo de la oferta económica de los interesados en el Tramo C? ¿Se aplicaría el sistema de precios reembolsables (sobre el que nos referiremos más adelante)? Es un punto que resulta de suma trascendencia. Si debiera estar incluida en la oferta, ello encarecía los trabajos de los interesados e impactaba en el precio que podían ofertar. Si tramitaba por precios reembolsables, no sólo no impactaba en el monto de la oferta, sino que además garantizaba una ganancia extra al adjudicatario, del orden del 15% del trabajo de remoción. En ese contexto, la inclusión de la resolución de la interferencia a cargo de la contratista del tramo C pudo impactar en la decisión de presentarse o no a la licitación. Son demasiados interrogantes que deben evacuarse para lograr una verdad categórica sobre este punto y que pueden denotar en un indicio de direccionamiento.

El Sistema de Precios Reembolsables exige un análisis específico. Este MPF ya señaló que se trata de un sistema solamente previsto en el PBCP correspondiente



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

a la obra Paseo del Bajo. Es decir que ni el PBCG ni el manual de AUSA establece este instituto. Y menos aún la LOP.

Según el PBCP para las interferencias que requieren remoción, el trabajo será ejecutado por la empresa prestadora del servicio público, sus contratistas o tercera empresa del registro de empresas calificadas por la prestataria del servicio. En este último caso se requería la presentación de al menos una terna de presupuestos. Nunca se contó con los tres presupuestos, pese a lo cual se continuó irregularmente con el procedimiento que finalmente reportó un beneficio superior a \$50.000.000 para la empresa (IECSA) que, según la hipótesis de este Ministerio Público, fue beneficiada por el direccionamiento de la obra.

Los trabajos serían contratados, supervisados y coordinados por el contratista de la obra a quien se le pagaría el total de la retribución con más un 15%.

Este sistema no se encuentra habilitado o contemplado normativamente en forma previa, sino que fue creado para el caso particular de la obra Paseo del Bajo. Sería entonces una excepción al procedimiento general establecido en las normas generales y superiores y no contemplado en ellas, que vulnera el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, conforme el cual la administración no puede establecer excepciones en casos particulares que importen la modificación de normas generales.

El procedimiento habilitaba un sobreprecio del 15% para las tareas de supervisión y coordinación que realizara la contratista; lo que le aseguró a la contratista ganadora un 15% a su favor, que en el caso de autos -como se dijo- ascendía a la suma de \$50.000.000 aproximadamente.

Se desconoce el motivo por el cual si la obra podía ser realizada por la prestataria del servicio, sus contratistas o terceros registrados, debía abonarse un plus del 15% a la empresa ganadora. Esto es, un 15% extra al precio que en principio AUSA hubiera podido obtener acudiendo a los mismos contratistas.

Más aún, tampoco se cumplió con el sistema establecido en el pliego particular. Tal como se referenció antes, se requería de al menos una terna de presupuestos, a pesar de lo cual la UT integrada por IECSA sólo aportó dos. Es decir, la obra no se debería haber podido adjudicar.

Debemos recordar que existió una licitación privada para la remoción del gasoducto que transitaba en forma independiente y paralela a la obra. Al mismo tiempo, a partir de una consulta web (cuya autoría, recordamos, debería ser profundizada), se determinó que la remoción debía ser soportada por el contratista del tramo C.

Este gasoducto no era una dificultad material imprevista: ya había sido analizado en la memoria PDB-IN-MD-01 del 17/08/16 titulado “Análisis de interferencias”. De suyo en el acta de directorio N° 1292 (libro fs. 103) cuando se aprueba la adjudicación para la provisión de caños para gasoducto, se hace mención a que la licitación para la reubicación del gasoducto tramitaba por separado. ¿Qué cambió para que la decisión de efectuar una licitación en forma separada, decisión que originariamente se mantuvo en forma

paralela al trámite del expediente administrativo del Tramo C, se declarara fracasada y se otorgara la ejecución de la obra a Cartellone con un plus del 15% a favor de IECSA? En el ínterin lo único que ocurrió fue la adjudicación de ese tramo C a IECSA, por lo que resulta necesario también en este punto profundizar la pesquisa para echar luz sobre la cuestión y así eliminar estos indicios de direccionamiento.

¿Por qué ante el fracaso de la licitación por precio inconveniente, no se llevó adelante una nueva licitación que importaría ahorrar el 15% de sobreprecio? ¿Por qué Astorga efectuó informes técnicos para justificar el excesivo importe de la oferta de Cartellone, pero no adoptó la misma posición en la licitación previa? Otro indicio más.

En un sentido más amplio, tampoco se poseen precisiones sobre el instituto de precios reembolsables que habilitaba estas subcontrataciones a cambio de un 15% para la contratista. ¿Se creó para esta licitación? ¿Lo adoptó AUSA en otros procesos? En tal caso, ¿para qué tipo de tareas y por qué montos? ¿En qué normativa se funda?

Lo cierto es que ni el Manual de AUSA, el PBCG ni la LOP no contemplaban este sistema. Solo se encuentra habilitado el *ius variandi*; pero de aplicar este instituto IECSA no percibiría el 15% legitimado de sobreprecio. Tengamos en cuenta que en este caso Cartellone incorporó a su presupuesto el margen de ganancia esperado; ninguna empresa efectúa una cotización sin tener en cuenta la rentabilidad del trabajo a efectuarse.

Este porcentaje debe adicionarse al que se le pagó a IECSA (15%) para tener en claro el mayor precio que AUSA abonó por una obra que podría haber sido contratada por un sistema de selección transparente, incorporada al tramo C a partir de los institutos establecidos en la norma general o en su defecto soportada por el contratista (de ahí la profesionalidad que se le exige a quien contrata con el estado, calidad reconocida por la jurisprudencia en forma unánime).

Por ello debería analizarse si las demás ofertas contemplaron la remoción del gasoducto, cuestión que hasta el momento no ocurrió y -como ya se expresó- no fue sugerido por este Ministerio Público Fiscal porque su añadido fue poco antes del sorpresivo sobreseimiento dictado por el juez de grado.

A todo esto debe agregarse que al momento de la firma del contrato de préstamo con la CAF, se definió en el punto 8.4 del manual operativo de la CAF y el Ministerio de Transporte que previo al inicio de la obra debía presentarse a la CAF “*evidencia de que el gasoducto que se encuentra a lo largo de la traza del proyecto ha sido reubicado, o al menos que se encuentre fuera de servicio*”. ¿Esta cuestión se cumplió? Téngase presente que el contrato por el tramo C se suscribió a fines de diciembre de 2016 y el contrato por la remoción del gasoducto se formalizó meses después.

El manual de procedimientos suscripto entre la CAF y la República Argentina refiere en su página 11 para el tramo 3 (Trinchera Norte) a distintas interferencias entre las que destaca las cañerías de gas de alta y baja presión.

Así indica que la remoción de las interferencias estará a cargo de la UEP. También dispone que según el tipo de interferencia a remover y al alcance de la obra se



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

efectuará la inclusión en el contrato de cada uno de los tramos de la obra de los trabajos necesarios para la resolución de las interferencias; asimismo podrá preverse el tratamiento de las mismas mediante convenios específicos con las empresas prestadoras de servicios públicos, tales como Edesur.

La CAF determinaba de aplicación el Decreto 1023/01 en primer lugar, con lo cual la remoción del gasoducto debería haber sido evaluada por alguno de los institutos que establece el 1023/01 o en su defecto el 1030/16.

No podría haberse contratado por precios reembolsables, lo que conllevó además al pago del 15% de honorarios de la subcontratación, que justamente se decidieron una vez que se supo que IECSA era la adjudicataria.

Reitérese que se habría tratado de un sistema de contratación creado solo para esta obra Paseo del Bajo, no contemplado en la normativa aplicable, constituyendo por ende una excepción al procedimiento general vigente, lo que se encuentra a todas luces vedado.

De esta forma los interrogantes se mantienen. ¿Por qué Astorga sólo confeccionó un informe técnico a fin de “justificar” el mayor precio de la obra a adjudicarse a IECSA y ejecutarse por Cartellone y omitió consideración alguna en el marco de la licitación privada? ¿Quiénes son los especialistas a que hace mención? ¿Por qué el inspector de obra que recomienda su realización indica que los precios son acorde al mercado (téngase en cuenta que el inspector de obra es una consultora denominada EUROSTUDIOS SL)?

Por otro lado, en cuanto al requisito de que exclusivamente tenían que ser las empresas mencionadas por Metrogas las que hicieran la obra y por ello se sustanció una licitación privada, el devenir de los hechos terminó desvirtuando este argumento. Puntualmente, la firma que terminó contratada por IECSA-Fontana no estaba en el listado original remitido por Metrogas y tramitó de forma expés la autorización.

En este sentido, debe recordarse que la decisión de acudir al mecanismo de licitación privada a pesar de que por el monto correspondía convocar a una licitación pública encontró fundamento en una nota remitida por Metrogas S.A., suscripta por Nicolás Jaurena y fechada el día 28/09/2016. Sin embargo, ya esta nota expresaba (luego de enumerar ocho empresas habilitadas) que *“el listado se puede ampliar con los contratistas que Uds. puedan proponer y en todo caso Metrogas los evaluará y/o aprobará si es que no tenemos antecedentes de los mismos”*.

En efecto, la empresa que a la postre acabaría llevando adelante la remoción (contratada a través del sistema de precios reembolsables) no se encontraba incluida en ese listado original. Según se desprende de la documentación remitida por Metrogas, la solicitud de inscripción fue presentada por Cartellone ante dicha empresa el 31 de mayo de 2017 y entre el 15 y el 16 de junio de ese mismo año recibió las aprobaciones de las áreas técnicas y legales correspondientes.

El mismo 16 de junio de 2017 (tan solo 15 días después del inicio del trámite) se emitía el Certificado de Inscripción al Registro de Contratistas de Obras por Terceros Supervisadas por METROGAS en favor de José Cartellone Construcciones Civiles S.A., bajo el número 138, bajo la observación de que la habilitación era “solo válida para la RE-1652 ‘Remoción Tramo VIII’”.

Es decir: la restricción del proceso licitatorio obedeció a un argumento aparente, consistente en la necesidad de contar con habilitación de Metrogas, cuando el proceso para su obtención era abierto y breve.

Al valorar este extremo, los magistrados pasan nuevamente por alto distintas aristas de la prueba documental recolectada y del análisis formulado por este MPF. Sostiene, en base a un análisis parcializado sesgado, que al 9 de noviembre de 2016 se “estableció que el contrato de remoción del gasoducto estaría a cargo de la adjudicataria”, y que como a esa fecha se desconocía su identidad, no podría significar un beneficio a IECSA. Pasa por alto de este modo que el día inmediato siguiente se aprobó el llamado a licitación privada por la misma tarea, extremo totalmente omitido en el análisis al valorar este punto.

Justifican la conclusión desincriminante también en la previsión del mecanismo en el PCET (sin alusión alguna a la validez del instituto) y en una supuesta inexistencia de perjuicio, sustentada esta última en el mero cotejo del monto abonado con la mejor oferta de la licitación fracasada por precio inconveniente. Justifica así el 15% extra por tener la adjudicataria a cargo la “contratación, supervisión y coordinación”, sin valorarse por qué una vez patente el costo real de la obra, AUSA se la delegó a la contratista en lugar de celebrar una nueva licitación ajustando su presupuesto.

Es decir que existían dos procedimientos por los que AUSA contemplaban la realización de la obra, uno a cargo del adjudicatario del tramo C y otro a través de una licitación privada, todas variables que fueron adecuándose a lo largo del tiempo sin mucha explicación, pero siempre a favor del contratista que se sindicó por este MPF como beneficiario de una licitación direccionada.

VI.- COROLARIO:

En este apartado enunciaremos y aglutinaremos las cuestiones que hacen a lo medular de los agravios y que serían indicativos del direccionamiento que se entiende efectuado en la contratación bajo investigación, en tanto habrían tendido a beneficiar al adjudicatario del Tramo C de la obra:

- La eliminación del orden de prelación de la apertura de las ofertas económicas mediante circulares emitidas en los tres tramos sin que se encontraran motivadas en las actuaciones, cuando el orden de prelación inicial obraba justificado en generar una mejor oferta para el Estado.
- La defectuosa publicidad de esas circulares (modificaciones esenciales según el PBC), lo que impactó sin lugar a dudas en la vulneración de la concurrencia y competencia de ofertas.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

- La fundamentación de la supresión del orden de prelación en un correo electrónico que no está agregado en la causa (por lo que se desconoce fecha cierta y texto original). A lo que debe sumarse que de su lectura se desprende consideraciones disímiles o contrarias al contenido de las circulares emitidas o que cuanto menos que requiere de una mayor investigación.
- La supuesta fundamentación relativa a la utilización del cupo 2016 de CAF cuando el contrato de préstamo recién se formalizó en el año 2017.
- La omisión de cumplir con lo sugerido en el dictamen de la Procuración General relativo a evaluar la situación económica de Corsan, procediéndose en su lugar a la adjudicación a dicha empresa del tramo A.
- La incorporación de la obra del RER en el tramo C, cuando no se han localizado actuaciones que habiliten esa delegación y justifiquen que el proceso no haya sido llevado adelante por el Estado Nacional en función de ser una obra pública nacional que se abonaba con fondos nacionales.
- La utilización del Sistema de Precios Reembolsables para la remoción de un gasoducto que implicó un beneficio extra del 15 % al adjudicatario del Tramo C, procedimiento que habría sido creado para esta licitación en particular y que paralelamente tenía también otro sistema de adjudicación (licitación privada), que fue descartado una vez se conoció que la adjudicataria del tramo C era la presunta empresa hacia quien se direccionó la licitación.

VII.- DECISIÓN PREMATURA Y MEDIDAS SUGERIDAS:

En este punto insistiremos, como ya lo hicimos en oportunidad de apelar, en que el cierre de la investigación resultaba prematuro. Ello, que era cierto respecto al resolutorio del juez de grado, es extensible a la resolución ahora impugnada, que no dedica apartado alguno a evaluar la pertinencia de las líneas investigativas señaladas por este MPF. Todo ello como aparente consecuencia de la certeza sobre la inexistencia del delito a la que pretenden arribar en base a falsas premisas, todas las cuales se entiende fueron rebatidas en los acápites anteriores.

Este MPF ya ha expresado que, en el contexto procesal que enmarca la presente causa, el conjunto de elementos de juicio reunidos, valorados adecuadamente, conduce a un camino mucho más cercano al que impone escuchar a los implicados en las maniobras en los términos del art. 294 del CPPN, que adoptar un temperamento desincriminatorio.

Incluso, resultaba y resulta antojadiza la selección de los posibles implicados respecto de quienes se dicta el sobreseimiento, cuando ninguno de los fiscales intervinientes limitó los hechos a sus exclusivas intervenciones. Así, en ningún momento se hace referencia a los privados que se habrían visto beneficiados con el direccionamiento de la licitación, ni tampoco a otros funcionarios públicos con intervención directa en el trámite

licitatorio (con el agravante de que algunos de ellos fueron escuchados como testigos y cuyos dichos fueron utilizados como prueba desincriminante de los sobreseídos).

Estas circunstancias abonan la postura de este Ministerio Público acerca de la premura con la que fueron dictados los sobreseimientos de Carlos María Frugoni, Horacio Rodríguez Larreta, Guillermo Dietrich, Franco Moccia y Natalia Bustos, efectuada sobre los acotados elementos probatorios que se recolectaron, incluso por parte de los propios involucrados.

Sobre ese caudal de pruebas, tanto el sobreseimiento de los funcionarios públicos implicados como el cierre de la investigación resultan prematuros, en la medida que aún no se agotaron las diligencias probatorias que debieron ineludiblemente adoptarse para estar en condiciones de dictar un temperamento liberatorio como el que nos ocupa.

Inclusive, se han evidenciado y destacado irregularidades administrativas de suma relevancia para la hipótesis sostenida, sumado a que, como surge de la propia decisión jurisdiccional en cuestión, han existido beneficios económicos hacia empresas contratistas de obra pública sobre los que recaen dudas verosímiles acerca de su transparencia y legalidad. En el contexto actual, es nuestra obligación requerir que se agoten las medidas de investigación suficientes para despejar todos los cuestionamientos existentes.

Es sabido que el procedimiento penal está enderezado a la búsqueda de la verdad; resulta un deber de las autoridades que lo dirigen investigar la verdad.⁹ Si bien no escapa a los suscriptos, como ya se expresó, que el Juzgado instructor tomó las medidas que consideraba pertinentes y útiles, lo cierto es que subsiste el derecho de este Ministerio Público Fiscal de expedirse sobre su mérito y sobre la necesidad de otras diligencias una vez que el juez estime completa su labor, en un sentido, o en otro. La apelación como mecanismo de control de la actividad del juzgador, encuentra su fundamento en el resguardo del sistema republicano de gobierno previsto en nuestra CN.

En este contexto, desde el inicio de la investigación se hicieron lugar sin objeción alguna a las medidas de prueba sugeridas en las presentaciones espontáneas efectuadas por Carlos María Frugoni. Sin perjuicio de ello, han quedado pendientes de realización muchas de las diligencias solicitadas por esta parte, las que tenían por finalidad la averiguación efectiva de lo sucedido en torno a las tramitaciones de las licitaciones públicas analizadas desde la mirada de quienes representamos el impulso de la acción penal.

Es que como puede advertirse, la complejidad del objeto procesal de estos actuados, demanda para la confirmación de la hipótesis criminal planteada, como para su descarte, la realización de numerosas medidas de prueba y el análisis minucioso de la documentación colectada por parte del órgano encargado de llevar adelante la instrucción.

La valoración probatoria que llevó al juez de grado a tomar una decisión conclusiva y a los señores jueces a confirmarla, presenta déficits de motivación y fundamentación en el análisis de las pruebas incorporadas, las pruebas que restan aún incorporar

⁹ Derecho Procesal Penal III Parte general Actos Procesales Julio B.J. Maier, página 99.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

y la interpretación del derecho aplicable a la plataforma fáctica que compone la hipótesis criminal que atraviesa este caso. Todo ello fue minuciosamente explicado en los acápites anteriores.

No se ha alcanzado el nivel de certeza necesario para afirmar que en ningún tramo de la maniobra en cuestión se haya cometido delito alguno. Por el contrario, se han hallado diversas irregularidades y no se han explorado todas las vías de investigación posible ni se han agotado las medidas probatorias pertinentes.

Y es que, más allá de gran parte de las manifestaciones vertidas por los distintos testigos citados al efecto, no se cuenta aún con un análisis pormenorizado e integral de toda la información obtenida durante la investigación, para lo cual es imprescindible, justamente, llevar adelante otras medidas de prueba que despejen los cuestionamientos realizados.

Justamente, no se han respondido a los interrogantes planteados por este Ministerio Público Fiscal con arreglo al cuadro probatorio hasta aquí obtenido.

En esa línea,

OMISION



En relación con la evidencia que se pretende coleccionar, permitirá sostener la hipótesis delictiva delineada por este Ministerio Público Fiscal (direccionamiento de la licitación y posible administración fraudulenta de fondos), y lo que debe valorarse especialmente es que con las declaraciones testimoniales se trata de corroborar información emanada de la documentación formalmente agregada a la causa y que forma parte del cúmulo probatorio oportunamente identificado y valorado.

“Si bien los jueces no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos que se arriban al pleito, ello es así cuando la elocuencia de los estudiados torna inoficioso profundizar sobre los restantes, pero en cambio no es un principio válido en el extremo en que el o los elegidos, están distantes de convencer sobre la racionalidad de la valoración efectuada...” (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo). [CSJN, 2/12/04, "Helguero, Ramón M. c. Greco Hnos. S.A.", LL, On Line].

Se enfrentan aquí dos principios rectores, a un lado el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (conf. C.S.J.N. “Mattei”, Fallos 272:188), por el otro la preservación del ejercicio pleno de las funciones que la Constitución (artículo 120) y la ley (27.148) encomiendan al Ministerio Público Fiscal en su carácter de titular de la pretensión punitiva, labores que en un proceso penal, además, convergen con las de control y custodia del orden público y defensa de la legalidad en su integridad.

Las actividades regladas del acusador público, confinadas normativamente en el estatuto procesal penal vigente, condicionan la validez del litigio criminal

en la medida que no habrá decisión ajustada constitucionalmente sin un previo acto de acusación: “nullum indicium sine accusatione”; que se presupone sustentado en pruebas: “nulla accusatio sine probatione”. Entonces, la correcta concatenación de actos procesales tendientes a la construcción de la decisión jurisdiccional requiere, como premisa previa, la producción de diversas diligencias orientadas a verificar los enunciados asertóricos que constituyen la hipótesis del caso que presenta la fiscalía ante un tribunal, y del lado de la defensa las réplicas necesarias para repeler los cargos, en un sistema de contradicción donde compiten aserciones acusatorias y aserciones de descargo. Pero si las primeras (cargo) no lograsen verificarse a través de los medios probatorios habilitados por ley, entonces fracasará la pretensión punitiva, de igual modo que si se albergase duda acerca de la producción y/o autoría del hecho.

A su vez, debe entenderse prueba a aquella que posee “*indiscutible aptitud conviccional potencial o hipotética*” per se “*para provocar conocimiento, de acuerdo con las reglas de la lógica, de las ciencias o de la experiencia común*”, obtenida en cumplimiento de los estándares de objetividad, legalidad, relevancia y pertinencia¹⁰.

La índole de las deficiencias apuntadas torna anticipado el pronunciamiento recurrido e impone una profundización de la pesquisa según los lineamientos indicados.

Los pocos elementos probatorios con que se cuenta no permiten arribar al grado de certeza negativa que se requiere para el dictado de un sobreseimiento; máxime cuando la complejidad de la maniobra demanda una exhaustiva investigación mediante la cual se descarte la posible comisión de delito alguno.

Completar la prueba con las diligencias requeridas u otras que se estimen pertinentes no solo deviene posible, sino necesario, a la hora de reconstruir la verdad histórica de los hechos y en miras a la determinación de responsabilidades.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que: “*...En dichas circunstancias, según lo anticipado, cabe concluir que no se constata en autos un supuesto de certeza negativa o duda insuperable que impida el avance de la causa (cfr. art. 336 del C.P.P.N.). En consecuencia, el sobreseimiento dictado por el “a quo”, que viene cuestionado por el Ministerio Público Fiscal, resulta prematuro*”¹¹.

A criterio de esta parte la valoración desarrollada en el resolutorio que pone fin al proceso carece de argumentos que se encuentren apoyados en elementos de prueba contundentes, ya que, además, al no haber concretado las diligencias pendientes que arrojen luz sobre los sucesos, no es posible aún alcanzar al nivel de certeza requerido por el artículo 336 del CPPN.

¹⁰ Ver Cafferata Nores, José y Hairabedian, Maximiliano, *La Prueba en el Proceso Penal*, séptima edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 19 y ss.

¹¹ cfr. C.F.C.P., en lo pertinente y aplicable, Sala IV: causa n° 946/2013, “Pereyra, Mario Ariel s/recurso de casación”, 672/14.4 del 24/04/2014 y causa CFP 12438/2008/CFC2, “De Vido, Julio Miguel y otra s/recurso de casación”, reg. n° 1122 del 15/06/2015; Sala I: causa FSM 76000339/2009/1/CFC2, “Ferreira, Alicia Andrea s/recurso de casación”, reg. n° 1529/16.1 del 25/08/2016, entre otras. Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, B., A. s/ recurso de casación • 25/11/2016. Registro N° 1513/16.4, CFP 8826/2014/1/CFC1, “La ley”.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Es que la resolución que aquí se critica no contiene una explicación suficiente de los motivos que llevaron a finalizar con la investigación cuando aún resta llevar a cabo diligencias, las que eventualmente podrían confirmar o descartar la hipótesis del caso; lo que permite afirmar que estamos ante dos resoluciones (la del juez de grado y la de los señores jueces) que poseen ambas una fundamentación sólo aparente, lo que podría determinar su invalidez como acto jurisdiccional por arbitrario. Las leyes exigen un razonamiento claro, completo, coordinado entre los distintos argumentos y entre éstos y las conclusiones, apoyado en los elementos de autos y en las normas jurídicas vigentes, de manera que sin dificultad se advierta una correcta valoración de la prueba para obtener su encuadramiento jurídico.¹²

En este sentido, “...*si bien atañe a los jueces de la causa ponderar cuáles son las constancias que fundamentan sus conclusiones, la falta de valoración de los elementos de prueba expresamente invocados y que pudieran tener una decisiva influencia en la resolución de la causa (...), priva de sustento a la sentencia recurrida*”. [CSJN, 2/12/04, “Varando Jorge E.”, LL, 2005-A-545].

En virtud de lo establecido en los artículos 1 y 18 de la Constitución Nacional, resulta obligatorio que los actos de gobierno, entre los que se cuentan las sentencias judiciales, no solo expliciten los motivos y razones de lo que se decide, sino también que dichos motivos y razones exhiban una línea de razonamiento que sea lógica, coherente y que guarde conformidad con el derecho vigente, excluyendo del marco constitucional decisiones basadas tan solo en la voluntad de los juzgadores. La observancia de este principio debe guardarse durante todo el curso del proceso y respecto de todas las partes que en él intervengan. Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo ha entendido que: “... *a la condición de órganos para aplicar el derecho va entrañablemente unida la obligación de los jueces de fundar sus sentencias, para acreditar que son derivación razonada del derecho vigente y no producto de la voluntad individual, y que dicha exigencia se cubre con la seriedad de los fundamentos, pues reconoce raíz constitucional*”¹³ y que “*si se omitieran esos recaudos se incurriría en una causal de arbitrariedad*”, sino que además ha reconocido que la doctrina de la arbitrariedad, “*toda vez que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, que también amparan a este Ministerio Público Fiscal*”¹⁴, se ha exigido que “*las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa*”¹⁵.

Como ya se ha sostenido, no hay entonces elementos suficientes que autoricen confirmar los sobreseimientos que se cuestionan en los términos del art. 336 inc. 2° del C.P.P.N, ello así, tomando en consideración que no se ha producido toda la prueba

¹² Clariá Olmedo, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Ediar, Buenos Aires, 1964, pág. 295.

¹³ Fallos 297:362; E.D. del 8/11/93 ff. 44795

¹⁴ cf. Doctrina de fallos: 199:617; 299:17 y 308:1557.

¹⁵ Fallos: 301:978; 311:948; y 2547; 313:559; 315:28 y 321: 1909.

pertinente que se solicitó, se utilizaron elementos de convicción que no obran agregados correctamente al expediente (no existen en él) y que la logicidad utilizada para arribar a tal conclusión adolece de vicios que no encuentran explicación en la racionalidad del examen.

VIII.- CONSIDERACIONES FINALES:

La investigación que aquí nos convoca, que como es sabido versa sobre hechos cuyo núcleo duro habría acontecido entre los años 2016 y 2017, inició el 25 de octubre de 2018, es decir que ya cuenta con 2 años y 5 meses aproximadamente de trámite, sin perjuicio de ello gran parte de ese tiempo lo insumió la instancia recursiva iniciada a partir del recurso de apelación deducido por este Ministerio Público Fiscal en el mes de febrero de 2020, hace ya 1 año y 3 meses, es decir más de la mitad.

La deficiente instrucción llevada a cabo hasta el momento decantó en una resolución con deficiencias argumentativas, arbitrarias e irrazonables conclusiones que en este acto se pone en crisis con este recurso.

Sigue transcurriendo el tiempo y esta parte se ve impedida de recolectar la prueba necesaria para efectuar un análisis conglobante y definitivo de la hipótesis que se trajo a estudio que permita sostenerla o descartarla. Tal lapso temporal no es atribuible a esta parte sin perjuicio de lo cual, generó y sigue generando consecuencias negativas para los intereses representados por este Ministerio Público Fiscal, es decir el interés general de la sociedad (art. 1 de la Ley 27.148). Han transcurrido con holgura los plazos establecidos en el código de rito para la resolución de una cuestión como esta.

Desde el inicio se planteó que la trascendencia institucional del hecho de corrupción objeto del proceso. Parafraseando el Preámbulo de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada por Ley 26.097 “[l]a gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley” por lo que estos actuados exigen un adoptar un rápido temperamento definitorio que permita continuar con la investigación.

Más allá de las pretensiones de este MPF, no puede desconocerse que median en la cuestión llevada a su conocimiento razones de gravedad institucional que exigen ser dirimidas con premura, toda vez que media un supuesto de esa índole cuando lo decidido excede el interés individual de las partes y afecta de manera directa a la comunidad (Fallos: 316:716), comprometiendo las instituciones básicas de la Nación (Fallos: 316:3025); a lo que cabe agregar que la gravedad institucional privilegia la defensa del interés de la sociedad nacional como un todo, y de su organización jurídica globalmente considerada que encabeza la Constitución Nacional, por sobre obstáculos nacidos en consideraciones parcializadas de ese ordenamiento (Fallos: 313:863, disidencia del Dr. Fayt) (Cons. II).

Una injustificada dilación en el pronunciamiento jurisdiccional, a más de la afectación del interés social, en función del fondo del asunto en cuestión deja latente un flagrante incumplimiento por parte del Estado Nacional a la Convención Interamericana



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (aprobada por Ley 24.759) y la citada Convención de las Naciones Unidas contra La Corrupción (aprobada por Ley 26.097).

En consonancia con la gravedad antes indicada, debe destacarse que este Ministerio Público Fiscal tuvo en miras al momento de incoar estas actuaciones el descubrimiento de la verdad objetiva basada en una investigación integral y no sesgada de un hecho irregular, finalidad que se va debilitando a medida que el tiempo indefectiblemente produce su efecto multiplicador negativo.

En ese sentido, bien se ha señalado que para que proceda el dictado del sobreseimiento la ausencia de responsabilidad debe ser evidente, requiriéndose para ello certeza y no duda, pues dicho temperamento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación a quien se dicta (confr. D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", 9ª edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás D'Albora, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, pág. 599), la certeza debe erigirse sobre elementos probatorios suficientes que acrediten en el caso su ajenidad al hecho enrostrado y que resistan el embate de aquellos pendientes de producción, atento a la etapa de investigación que se transita.

En tal inteligencia, bajo las condiciones reseñadas, tal pronunciamiento debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido, al no mediar relación directa e inmediata entre lo resuelto y las constancias comprobadas en la causa. Desde esta óptica, los extremos señalados e interpretados bajo el imperio de la sana crítica racional, imponen llegar a una conclusión diametralmente opuesta a la signada por el Tribunal.

Dejar que adquiera firmeza el pronunciamiento atracado implica aceptar la vigencia de una resolución que entra en pugna con la correcta administración de justicia, al contener *“vicios intrínsecos advertidos en el acto jurisdiccional, vinculados con la violación de las reglas de la sana crítica, [que] le confirieron al fallo una fundamentación tan sólo aparente y por ende arbitraria”* (confr. CFCP Sala I, causa nro. 49 “Almeyra, María Del Rosario s/recurso de queja”, resuelta el 10/12/93 y causa nro. 76 “Jajan, Emilio s/recurso de queja”, resuelta el 4/02/94; entre muchas otras).

Sentado lo expuesto, es claro que en el presente caso ha mediado inobservancia de la ley procesal, sancionable con nulidad, ya que la omisión o el carácter sólo aparente de la fundamentación del acto jurisdiccional lo tiñen de arbitrario por afectación del principio lógico de razón suficiente y compromete la debida motivación que, bajo esa sanción, prescriben los arts. 123 y 404, inc. 2º del CPPN, reglamentarios de la garantía constitucional de la defensa en juicio en cuanto exigen que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyen una derivación razonada del derecho vigente en relación con las constancias de la causa (confr. CFCP, Sala I, causa n° 172, “Arias, Laura S. s/recurso de casación” con reg. n° 264, rta. el 10/8/94).

IX.- RESERVA:

Para el hipotético caso de que no prospere el recurso de casación aquí interpuesto, y dado que desde ya se advierte que el temperamento adoptado es contrario a compromisos asumidos ante la comunidad internacional en materia de corrupción por impedir, tras una deficiente valoración de la prueba, que un caso de estas características pueda ser investigado, juzgado y eventualmente sancionado como demandan esos instrumentos internacionales, se hace la correspondiente reserva del caso federal (art. II Convención Interamericana contra la Corrupción, aprob. por ley 24.759; arts. 1 y 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprob. por ley 26.097, art. 75, inc. 22 CN; art. 14, ley 48).

X.- PETITORIO:

Por las consideraciones expuestas a esa Alzada solicitamos:

1. Se conceda el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fecha 21 de mayo de 2021, que fuera notificado a esta parte el mismo día.
2. Se eleven las actuaciones a la Excma. Cámara Federal de Casación Penal con el objeto de que dirima la cuestión planteada, en los términos del art. 471 del Código Procesal Penal.
3. Se tenga presente la reserva del caso federal efectuada.

Buenos Aires, 8 junio de 2021.

José Luis Agüero Iturbe
Fiscal General Adjunto

Sergio Leonardo Rodríguez
Fiscal Nacional de
Investigaciones Administrativas