Registro nro.: 101/22

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 11 días de marzo de dos mil veintidós, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez Carlos A. Mahiques, como Presidente, y los jueces Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar, como vocales, reunidos de conformidad con lo establecido en las Acordadas 24/21 y ccds. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 5/21 ccds. de este cuerpo, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos, en la presente causa **CFP 15384/2017/19/CFC2** del registro de esta Sala, caratulada: ***"DALLA TEA, Gustavo Horacio y otros s/ recurso de casación"***. Representa al Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General, doctor Javier A. De Luca, y asiste técnicamente a Gustavo Dalla Tea y Luis María Cenoz, el doctor Matías Morán; a Carlos Fabián De Sousa, el doctor Sebastián A. Bagini; a Gabriela Alejandra Tamame, el doctor Juan Pablo Alonso y; a Cristobal Manuel López, los doctores Fabián Lertora y Juan Pablo De Feo.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el señor juez Guillermo J. Yacobucci y, en segundo y tercer lugar, los señores jueces Carlos A. Mahiques y Alejandro W. Slokar, respectivamente.

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

-I-

1º) Esta Sala, el pasado 7 de mayo, por mayoría, resolvió *"**HACER LUGAR** a la queja planteada y, por lo tanto, **CONCEDER EL RECURSO DE CASACIÓN** deducido por la defensa contra*

la resolución de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal…” (causa Nº CFP 15384/2017/19/RH2).

Con la misma fecha y también por mayoría, este Tribunal hizo lugar a los recursos de queja por casación denegados presentados por la defensa de Carlos Fabián De Sousa (CFP 15384/2017/20/RH3), por la asistencia letrada de Cristóbal Manuel López (CFP 15384/2017/21/RH4) y por la defensa de Gabriela Alejandra Tamame (CFP 15384/2017/22/RH5). Estos tres incidentes fueron acumulados a este expediente.

En definitiva, se concedieron los recursos de casación presentados por las defensas de todos los antes nombrados y que fueran interpuestos contra la resolución de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal por medio de la cual se dispuso, por mayoría y en lo que aquí interesa, *“**2. CONFIRMAR PARCIALMENTE** los **PROCESAMIENTOS** de Sergio Daniel BENET, Ricardo Antonio Alberto WILLIAMS, Gabriela Alejandra TAMAME, Gustavo Horacio DALLA TEA y Luis María CENOZ, **MODIFICANDO** la **CALIFICACIÓN** por la de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en carácter de partícipes necesarios (arts. 45 y 265 del Código Penal), y **DISPONER la FALTA DE MÉRITO** para procesarlos y/o sobreseerlos en orden a los demás extremos de la imputación (art. 309 del Código Procesal Penal de la Nación) -puntos II, III, IV, V y VI, en su parte pertinente, del auto apelado-. **3. CONFIRMAR PARCIALMENTE** los **PROCESAMIENTOS** de Carlos Fabián DE SOUSA y Cristóbal Manuel LÓPEZ, **MODIFICANDO** la **CALIFICACIÓN** por la de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en carácter de partícipes necesarios (arts. 45 y 265 del Código Penal), y **DISPONER la FALTA DE MÉRITO** para procesarlos y/o sobreseerlos en orden a los demás extremos de la imputación (art. 309 del Código Procesal Penal de la Nación) -puntos X y XI, en su parte pertinente, del auto apelado-. **4. CONFIRMAR PARCIALMENTE** los **EMBARGOS** decretados respecto de los encartados, **MODIFICANDO** el monto hasta cubrir*

la suma de $ 45.000.000 (cuarenta y cinco millones de pesos) respecto de Lucio Mario TAMBURO, Carlos Fabián DE SOUSA y Cristóbal Manuel LÓPEZ, y $ 30.000.000 (treinta millones de pesos) respecto de Sergio Daniel BENET, Ricardo Antonio Alberto WILLIAMS, Gabriela Alejandra TAMAME, Gustavo Horacio DALLA TEA y Luis María CENOZ -puntos I a VI, X y XI, en su parte pertinente, del auto apelado-".

2º) a) Recurso de casación del doctor Matías Morán por la defensa de Gustavo Dalla Tea y Luis María Cenoz.

El casacionista entendió que la decisión de la mayoría de la Cámara de Apelaciones resultaba violatoria del derecho constitucional a la defensa en juicio y las garantías del debido proceso y contra el doble juzgamiento; a la vez que contrarió el fallo "Pompas" de la CSJN.

Estimó que la sentencia incurría en vicios de procedimiento y la inobservancia de la ley sustantiva y se dirigía contra una sentencia equiparable a definitiva porque el procesamiento del Tribunal intermedio se funda en hechos distintos a los de primera instancia y porque el embargo decretado genera un perjuicio de imposible reparación ulterior. Asimismo, entendió que se trata de un caso de gravedad institucional.

Concretamente, adujo que los imputados se habían defendido por la acusación de administración fraudulenta agravada y que la sentencia "*cambió aquella base fáctica y a pesar de estar en tela de juicio los aspectos económicos de la obra realizada, la Excma. Cámara dividió el hecho en -por lo menos- dos. Por un lado, las supuestas negociaciones incompatibles y por el otro la administración fraudulenta que deberá seguir investigándose, dado que la decisión recurrida dispuso la falta de mérito*". Al respecto, manifestó que se incurrió "*además de la violación al principio de congruencia,*

[en] *una violación a la garantía contra el doble juzgamiento, porque –expresamente en contra de la doctrina del fallo `Pomas ´- la Cámara dividió la imputación según su propia voluntad*".

Por otro lado, entendió que resultaba arbitrario que en la sentencia no se hiciera mención a la existencia de una emergencia hídrica en la zona, que constituía una razón de gravedad institucional por la cual el Poder Ejecutivo debía actuar y que la planta de ósmosis inversa está actualmente funcionando. En este sentido, señaló que "[e]*l avance del Poder Judicial, sin fundamentos, sobre el modo de resolver una emergencia y afectación del derecho humano al agua de la población, constituye un supuesto de gravedad institucional porque el Poder Judicial abandona su función natural de dictar sentencias acorde a derecho, para condicionar la actividad del PEN prescindiendo del derecho aplicable al caso (art. 9 inc. c de la ley 13064)*".

Más aún, señaló que se omitió valorar que que había existido un llamado a licitación pública (11/SPSE/2015) por la planta de ósmosis inversa, la cual quedó desierta.

En otro orden de ideas, tachó de "arbitraria" la intervención de Dalla Tea y Cenoz en los hechos. Con relación al primero, puso de resalto que el tribunal fundó su participación en un suceso del 2015 por un mail de 2013 que no tiene relación con el hecho por el cual resultó procesado, sino –en todo caso- por el que se declara su falta de mérito. Respecto de Cenoz señaló que "*su rol de representante técnico demuestra claramente su ajenidad –por definición- al modo de contratación decidido por el Estado"* y que "[l]*as funciones de Cenoz en nada contribuyeron a la comisión del hecho, dado que él realizaba un trabajo técnico que nada tenía que ver con el modo de contratación objetado…*".

Por último, respecto de los montos de embargo, refirió que, pese a que se reconoció la inexistencia de prueba respecto de un perjuicio económico para el Estado, se fijó esa

medida en $45.000.000. A ello, agregó que el tribunal no explica cómo llegó a ese monto, motivo por el cual la sentencia es nula.

Hizo reserva del caso federal.

b) Recurso de casación interpuesto por el doctor Sebastián A. Bagini en defensa de Carlos Fabián de Sousa.

El recurrente solicitó que se declare la nulidad o se revoque la resolución recurrida y, como consecuencia, se aparte del conocimiento del proceso a los magistrados Bruglia y Bertuzzi (art. 173, CPPN).

Manifestó que *"el procesamiento dictado por la Cámara de Apelaciones se funda en circunstancias fácticas y jurídicas que no fueron objeto de debate en la primera instancia, las cuales conforman una imputación totalmente distinta a la endilgada a mi representado en su indagatoria"*. Más aún, adujo que se dictó la falta de mérito *"en orden al hecho por el que se dictara el auto de procesamiento impugnado y, al propio tiempo, sin que mediara recurso fiscal,* [se ordenó] *otro procesamiento en base a una conducta diferente, a partir de un delito cuya modalidad punitiva tiene consecuencias más severas. De esta manera, los jueces no solo transgredieron el principio de congruencia, sino también las reglas establecidas en el art. 445 del ordenamiento de rito (prohibición de la reformatio in pejus), vulnerando, de manera grosera, el derecho de defensa en juicio (art. 18, CN)"*.

En definitiva, entendió que se dictó el procesamiento *"en orden a una nueva conducta, subsumida en un tipo penal más gravoso, cuyos elementos objetivos y subjetivos no fueron siquiera remotamente acreditados en la causa"*.

Señaló que De Sousa había sido indagado por haber participado en una defraudación y que, frente al hecho de que el perjuicio que fuera invocado es inexistente, la Cámara de

Apelaciones construyó una *"nueva acusación"* que resulta *"fáctica y jurídicamente"* diferente a la formulada en primera instancia. Así, agregó que *"si se tratara del mismo sustrato fáctico, la Cámara de Apelaciones no habría dictado ninguna falta de mérito y simplemente habría modificado la calificación legal de los hechos"*.

Más aún, adujo que se modificó la significación jurídico legal del hecho, violentando el derecho de defensa en juicio pues no hubo debate en torno al *"haberse interesado ilegítimamente en la contratación de CPC S.A."* lo que, además, negó.

En otro orden de ideas, señaló que se dictó un procesamiento por un delito de mayor gravedad en tanto en el tipo penal de negociaciones incompatibles se prevé la pena de reclusión. Ello, aun sin mediar recurso de la parte acusadora.

Con relación a la arbitraria aplicación de la ley sustantiva, indicó que frente al hecho de que la *"falsa acusación de la causa naufragó"* se construyó una *"nueva imputación, totalmente diferente, comprometiendo fatalmente su imparcialidad frente al caso y afectando la garantía de la defensa en juicio"*. A lo anterior, sumó que no se explicó cuál sería la *"ratio"* del interés o desvío de voluntad ni cuáles serían las pruebas que lo acreditarían y tampoco se demostró una connivencia entre directivos o accionistas de CPC S.A. y funcionarios del ENOHSA. Más aún, indicó que su asistido no ocupaba cargos en el directorio de la empresa y tampoco tenía una participación accionaria directa y que en la resolución no se precisan las conductas realizadas a título personal.

Por último, estimó que el embargo también tiene vicios y que su monto no fue siquiera explicado; motivo por el cual solicitó sea dejada sin efecto.

Hizo reserva del caso federal.

c) Recurso de casación de la defensa de Cristóbal Manuel López ejercida por los doctores Fabián Lertora y Juan

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

Pablo De Feo.

Los impugnantes entendieron que se trata de una sentencia equiparable a definitiva por los efectos de imposible reparación ulterior y consideraron que esta Alzada debe abocarse al estudio y *"corrección"* de cuestiones constitucionales. Agregaron que la violación al principio de congruencia, con la afectación al derecho de defensa y debido proceso *"le da a ese pronunciamiento el carácter definitivo y habilita la instancia casatoria"*.

Concretamente, indicaron que se había incurrido en una falta de congruencia entre el hecho imputado en ocasión de que López prestara declaración indagatoria y aquel por el que fuera procesado. Así, concluyeron que no se trataba sólo de una modificación en la calificación legal sino de una modificación en el sustrato fáctico de la imputación.

En este sentido, señalaron que, con relación al delito de administración fraudulenta, *"la imputación se refiere a todo el periodo de tiempo transcurrido desde la adjudicación y suscripción del contrato -14/08/2013-, hasta el año 2017; involucra la realización de una pluralidad de actos: certificaciones, pagos, ausencia de informes técnicos, ampliación de contrato, causación de un perjuicio económico; y, por último, basa la supuesta intervención de Cristóbal López en el hecho en razón de que sería `accionista titular´ de C.P.C. S.A."*; mientras que en el procesamiento dictado por la Cámara de Apelaciones *"se* [lo] *ha edificado* […] *en una serie de hechos que, si bien se encuentran relacionados con la contratación pública analizada, difieren de los descriptos en la indagatoria y el procesamiento; a saber: acota la realización del hecho típico a la modificación del contrato de obra, suscripta con el objetivo de la realización de la planta de ósmosis inversa; modifica sustancialmente el foco: lo más*

relevante ya no es la actuación de la contratista C.P.C. S.A., sino el actuar de los funcionarios; cambia también la naturaleza del vínculo y la base de la relación entre el ENHOSA y C.P.C. S.A.: ya no es la ampliación de un contrato legal y legítimamente adjudicado –algo que no estaba discutido en la imputación realizada en la indagatoria-, sino que ahora se transformó en un `nuevo´ contrato que se habría realizado irregularmente porque no se realizó mediante una licitación pública; el fundamento de la imputación de la participación en el hecho también varió sustancialmente: en la resolución recurrida Cristóbal López se transformó en `socio controlante´ a través de su participación en Inversora M&S".

En definitiva, entendieron que hubo modificaciones sustanciales del hecho imputado y que hay diferencias en el tipo subjetivo pues en el delito de negociaciones incompatibles "*tiene que estar relacionada con el conocimiento de que los funcionarios se interesan en esa contratación a favor de C.P.C. S.A., mientras que en la administración fraudulenta la prueba del tipo subjetivo debe estar orientada a demostrar el conocimiento de todos los aspectos de una maniobra ocurrida a lo largo de varios años y de la coordinación entre todos los participantes y de la actuación infiel de los funcionarios que tienen el deber de administrar el patrimonio estatal – en general- y del ENHOSA, en particular*".

Más aún señalaron que López dejó de ser "titular accionista" para ser "controlante", pese a que Inversora M&S tenía una participación societaria en CPC S.A. de 1,16% del paquete accionario; aspecto sobre el cual López no pudo defenderse porque la imputación original era otra.

En ese marco, adujeron que podrían haberse realizado otras defensas. A saber: que la ampliación del contrato era necesaria, legítima y había cumplido con el ordenamiento administrativo; que era una ampliación y no un nuevo contrato

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

que debía realizarse por licitación pública; que la situación de emergencia hídrica ameritaba y legitimaba las formas contractuales elegidas; que Inversora M&S no tenía el manejo administrativo ni el control de C.P.C. S.A., ni intervenía en los procesos licitatarios; que no había motivo objetivo alguno que demuestre que los funcionarios del ENHOSA se interesaron a favor de C.P.C. S.A. en el marco de la contratación pública realizada.

En especial, entendieron que se procesó por un hecho que "*surgió en esa instancia*" y que el resto de la imputación quedó igual "*ya que, sino, si fuera similar, se estaría ante una resolución autocontradictoria -que, por el mismo hecho, proceso y dicta la falta de mérito- y violatoria del ne bis in idem*".

Por otro lado, se refirieron a la violación al principio de inocencia por recurrir a prueba referida a hechos "*públicos y notorios*" respecto a que López maneja el Grupo Índalo y, en el marco de ese grupo económico, a CPC S.A.

Hicieron reserva del caso federal.

d) Recurso de casación interpuesto por el doctor Juan Pablo Alonso en defensa de Gabriela Alejandra Tamame.

Entendió que la resolución resultaba arbitraria y sostuvo que el procesamiento era improcedente por no estar demostrado un perjuicio patrimonial al erario público y, a la vez, lo confirmó por otro delito distinto por el cual su asistida no fuera indagada; motivo por el cual la decisión es nula (arts. 167 inc. 3 y 307 CPPN), a la vez que viola el principio de doble instancia. Asimismo, consideró que se incurrió en arbitrariedad al valorar la prueba y determinar los hechos y el rol que se le adjudicó a su asistida.

Estimó que no estaban acreditados los elementos del tipo previsto en el art. 265 CP pues el accionar de Tamame no

fue contrario a derecho ni se aparta de las reglas de la contratación pública sino que, en todo caso, se trata de una diferencia respecto al mejor modo de actuar frente a la urgencia del caso. Negó que Tamame quisiera beneficiar a la contratista pues todos los trabajos obedecieron a la optimización del sistema hídrico y, respecto de la modalidad de pago, entendió que la excedía.

Agregó que para hablar de interés particular por parte del funcionario se debió demostrar un vínculo entre Tamame y CPC S.A. En este punto señaló que, en el marco de la causa 9608/2018 (“cuadernos”) no surgió ningún llamado entre Dalla Tea y su defendida y que el mail del nombrado con Benet referido a que “apurara” a Tamame demuestra que su accionar “no se condecía” con el de la empresa.

Por otro lado, entendió que para una abogada no era evidente la diferencia entre el contrato original y lo que fuera agregado con posterioridad en tanto los aspectos técnicos no le competen, lo mismo que las cuestiones económicas. En definitiva, señaló que “*la Dra. Tamame actuó conforme a su rol de asesora jurídica al momento de emitir su dictamen 288/2015, apoyándose en informes técnicos preexistentes en el expediente administrativo que indican la necesidad de modificar* [la] *obra de acuerdo con el proyecto presentado por la contratista”.*

Cuestionó el informe de la SIGEN en tanto afirmó que la planta de ósmosis inversa era contraria al objeto del contrato en tanto no pueden describir adecuadamente una cuestión de ingeniería sanitaria. En este sentido, adujo que “*la implementación de la* [planta de ósmosis interna] *obedeció a la misma causa que la del contrato original y, si bien no era parte de su objeto inicial no hay dudas que está relacionado con el objeto inicial y es parte de la causa del contrato, y luego pasó a integrarlo desde su incorporación a la obra, dada su necesidad por razones de urgencia*”. Agregó

que lo relativo al objeto del contrato se basa en lo dicho por el testigo Imposti pero éste no firma el informe de la SIGEN a la vez que no estaba agregada su declaración en el sistema del LEX100.

De otra parte, pone énfasis: en la necesidad de la planta de ósmosis inversa en función de la emergencia hídrica, que Caleta Olivia era la última de las ciudades del sistema y por ende la más perjudicada, que CPC S.A. ya estaba trabajando en la zona sobre el sistema de provisión de agua potable, que la demora que llevaría un proceso de licitación o contratación directa y los problemas que sucederían con dos empresas trabajando en el mismo lugar y tema. Así, concluyó que era una obra complementaria de la anterior.

Estimó que se reunían los requisitos para asignar una obra bajo licitación pública en función de la emergencia reconocida y que era necesario para satisfacer el acceso al agua potable de toda una región. Agregó que la urgencia fue debidamente evaluada en el dictamen de Tamame.

También entendió que se daba el supuesto del art. 9 inc b de la ley de obra pública referido a cuando surjan trabajos indispensables para una obra en curso y que no hubiesen sido previstos. En el caso, adujo que la contratista no hizo uso de su derecho a rescindir el contrato por el supuesto de que la modificación superara el 20% del valor de la obra, por lo que aceptó tácitamente la modificación de la obra. Asimismo, manifestó que no es claro cuál es el porcentaje de aumento dado que no se considera la inflación y el aumento del valor del dólar.

En definitiva, consideró que el ENOHSA podía ampliar una obra en curso que obedecía a la misma causa y con una misma identidad de trabajos a realizar; a la vez que tachó de arbitraria la sentencia por la inadecuada interpretación a la

ley de obra pública y concluyó en que el dictamen de Tamame no se apartó de la ley.

Cuestionó lo dicho por Luján en torno a que debían realizarse unos estudios hacia el año 2026 para evaluar la implementación de la planta de ósmosis inversa teniendo en cuenta que la planta está finalizada y en funcionamiento. Además, señaló que sus dichos están viciados con subjetividad por haber sido reemplazado en su cargo y que al momento en que su asistida dictaminó había un informe técnico favorable a la implementación de esa planta.

Hizo reserva del caso federal.

4º) Que se pusieron los autos en Secretaría a los efectos contemplados en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del CPPN, oportunidad en que se presentó el Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier De Luca y las defensas de Tamame y López.

a) El acusador público en la instancia señaló que "[l]*a resolución impugnada contiene una contradicción en sí misma: Por un lado, los jueces que conformaron el acuerdo en este punto describen todo tipo de irregularidades o ilicitudes que habrían sido cometidas en torno a la adquisición de la planta de ósmosis* […] *pero, luego, se inclinan por una calificación legal (negociaciones incompatibles del art. 265 CP) que presupone que el acto jurídico en el que se interesa el funcionario público sea lícito*". De esa manera, estimó que la sentencia tiene defectos de fundamentación que impiden considerarla como un acto jurisdiccional válido por no ser derivación razonada del derecho vigente.

En esa línea, adujo que "*la sentencia dictada excedió el límite de la jurisdicción apelada, conforme a las previsiones del art. 445 del CPPN* […] *y sin que esa parcialización de los hechos y su nueva calificación legal se viniera discutiendo siquiera de manera alternativa o subsidiaria*".

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

Agregó que "*los jueces determinaron cuáles debían ser los lineamientos de la actuación del Ministerio Público Fiscal (en violación al art. 120 CN* […])*y del Juez de la instrucción, y dejaron en estado de indefensión a los imputados (art. 18 CN), así como les cercenaron la posibilidad de revisión en una segunda instancia*".

Aclaró que el principio *iura novit curia* tiene su límite en el principio de congruencia y en el derecho de defensa en juicio de los imputados y sostuvo que la Cámara de Apelaciones "*decidió fraccionar el hecho y encuadrar sólo una parte de él en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, pero al hacerlo, cambió radicalmente el sentido de las conductas. Para ello, consideró que la contratación de CPC SA para la instalación de planta de ósmosis, se trató de una obra distinta e independiente, que debió haber pasado previamente por un proceso de selección porque `no tenía relación alguna con el objeto del contrato original´*" y que ello implica "*una alteración en la plataforma fáctica porque el hecho indagado siempre fue descripto dentro del marco de la misma contratación. La Cámara en cierto modo lo `reconstruyó´ añadiendo distintos aspectos sobre los cuales las defensas no pudieron ejercer acabadamente su ministerio*". En este sentido, expuso que "[n]*o fue materia de discusión en la etapa anterior este asunto, ya que sólo fue mencionado en la denuncia y en el requerimiento fiscal de instrucción sin fundamentación alguna, es decir, como cuando se hace cualquier denuncia, como una mera hipótesis a estudiar*".

En definitiva, concluyó que "*los elementos típicos de este delito tanto en su faz objetiva como en la subjetiva difieren significativamente de los del delito de defraudación a la administración pública por administración fraudulenta o infiel*".

b) El doctor Juan Pablo Alonso, por la defensa de Tamame, sostuvo que la toma de decisiones en el ENOHSA excedía las facultades y competencias de su asistida y que el informe técnico decía que era una obra complementaria a la principal. Así, entendió que no pudo haber realizado una negociación incompatible porque no hay desviación de poder atento a que no tenía competencia para beneficiar a la contratista. En el caso, la licitación como obra nueva no era posible porque hubiera sido ir en contra del informe técnico, el cual no podía cuestionar conforme la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro. Ello, además de que la emergencia hídrica –que fuera analizada en su dictamen- y la unidad de obra sustentaban la forma en que se actuó, pues sin esta obra, no se hubiera podido abastecer de agua potable a las localidades comprendidas.

Por otro lado, mencionó que una contratación directa no era una decisión de la asesoría jurídica y que igual se hubiera contratado a CPC S.A. porque ya estaba trabajando en la zona.

Finalmente, señaló que no estaba dado el elemento subjetivo del delito de negociaciones incompatibles pues no está probado que Tamame haya querido beneficiar a CPC S.A. o que tuviera vínculo alguno con sus integrantes; antes bien, existe prueba en contra de ello.

c) Los doctores Lertora y De Feo, por la defensa de López, en oportunidad del término de oficina presentaron un escrito titulado “Breves Notas” donde reeditaron los agravios introducidos en el recurso de casación.

5º) Que en el expediente digital se dejó constancia que se cumplió con las previsiones del art 465 en función de los arts. 454 y 455 del CPPN, oportunidad en la se presentaron los doctores Lertora y De Feo por la defensa de Cristóbal López, el doctor Moran por la defensa de Dalla Tea y Cenoz y el doctor Bagini por la defensa de De Souza.

6º) En función del temperamento asumido por parte de mis colegas respecto de la admisibilidad de los recursos en trato y respecto de lo cual he quedado en disidencia, sólo habré de señalar que, a mi modo de ver, las impugnaciones no superan el análisis de admisibilidad (art. 444, CPPN).

Así, de conformidad con lo que sostuviera al momento de resolver los recursos de queja por casación denegados (CFP 15384/2017/19/RH2, CFP 15384/2017/20/RH3, CFP 15384/2017/21/RH4 y CFP 15384/2017/22/RH5), entiendo que la decisión recurrida no resulta sentencia definitiva ni es equiparable a tal. A ello se agrega que no fue debidamente introducida por las defensas la existencia de una cuestión federal (Fallos: 328:1108).

Así voto.

El señor juez doctor **Carlos A. Mahiques** dijo:

I. *In primis*, los remedios interpuestos resultan formalmente admisibles, de conformidad con lo resuelto por esta Sala al conocer de las quejas opuestas por las defensas, y conceder los recursos de casación oportunamente presentados (cfr. legajos RH2, RH3, RH4 y RH5, y las resoluciones del 7 de mayo de 2021, reg. n° 685/21, 686/21, 687/21 y 688/21, respectivamente).

En aquella ocasión procesal, esta Sala se pronunció, por mayoría, en el sentido de que pudiendo constituir los agravios articulados por los recurrentes alguna de las causales previstas en el art. 456 del C.P.P.N., *prima facie* se hallaban abastecidas las condiciones de admisibilidad del recurso de casación, así como la pertinencia de la cuestión federal requerida para habilitar la competencia de este tribunal.

En esas condiciones, si bien la sentencia impugnada no es, en rigor, definitiva -en tanto no impide la prosecución

del proceso ni se pronuncia de modo final sobre el fondo del asunto-, resulta en este caso equiparable pues resultaron controvertidas garantías que afectarían la defensa en juicio y el debido proceso (cfr. Fallos: 316:826; 319:2720; 328:1491; 330:2361; 335:1305, entre otros).

II. Cumple reseñar aquí que las presentes actuaciones se iniciaron *"(…) el 10 de octubre de 2017 mediante la denuncia efectuada por la Oficina Anticorrupción, luego de haber recibido un informe realizado por la auditoría interna del ENOHSA –Ente Nacional de Obras Hídricas y de Saneamiento-. Dicho informe (nro. 2/13) analizó el expediente N° 505/2012 del organismo, mediante el cual se licitó y ejecutó la obra adjudicada a la empresa CPC S.A. llamada 'Optimización del Sistema Acueducto Regional Lago Musters –Comodoro Rivadavia- Rada Tilly- Caleta Olivia- Provincias del Chubut y Santa Cruz'. Allí se expusieron diversas irregularidades vinculadas con la definición del proyecto, la tramitación de las ampliaciones de obra, las redeterminaciones y adecuaciones provisorias de precios y la ampliación del plazo de las obras, todo lo que habría generado una alteración en los resultados esperados."*

También se consignó que *"[l]uego de la correspondiente licitación pública –que no fue aún cuestionada-, se asignó el proyecto a la empresa CPC S.A. por haber efectuado la oferta más conveniente, por el monto total de $329.980.383,67. El contrato de obra pública fue firmado por Lucio Tamburo –como administrador del ENHOSa- y Gustavo Dalla Tea –en su calidad de apoderado de CPC- el día 14 de agosto de 2013, oportunidad en la que se estableció el plazo de 730 días para finalizar los trabajos, a contar desde la realización del Acta de Replanteo Parcial e Inicio de Obra (con fecha del 28/08/13), previendo la imposición de multas en caso de mora. Previo a ello el ENOHSa, a pedido del Gobierno Nacional, suscribió un convenio específico de colaboración con AySA tendiente a*

obtener su asistencia técnica, tecnológica y de recursos humanos a fin de solucionar la emergencia que aquejaba al Golfo San Jorge." "En cuanto al proyecto en sí, su formato original contemplaba la realización de las siguientes tareas: 1. provisión y reemplazo de las estaciones de bombeo existentes por 4 sumergibles para alcanzar un mayor caudal de agua; 2. instalación de un nuevo módulo en la planta potabilizadora para ampliar la capacidad máxima de potabilización; 3. construcción de una nueva conducción en paralelo en el tramo Sarmiento- Cerro negro de 25.000 mts. aproximadamente; 4. nueva instalación de 21.200 mt. de tubería en el ramal Cerro Arenal – Caleta Olivia." (…). "Asimismo se incluyó la posibilidad de efectuar una nueva conducción en el tramo Cerro Dragón- Cerro Arenal que garantizara el incremento de la capacidad de transporte del sistema hasta Comodoro Rivadavia y desde allí hacia Caleta Olivia."(…)"Sin perjuicio de las pautas que fueron fijadas en aquel contrato, durante su ejecución, se fueron sucediendo varias modificaciones de las obras y en las condiciones estipuladas, a saber: - CPC S.A. ofreció como alternativa el cambio en la rigidez de los caños del tramo Cerro Arenal -Caleta Olivia pasando de SN5000 a SN10000; - La empresa solicitó la adición de una cámara de carga general de la planta de potabilización para poder completar la labor; - El ENHOSA solicitó a CPC –a raíz de una nota de la municipalidad de Caleta Olivia- la cotización de cuatro módulos de tratamiento de agua de mar por ósmosis inversa y la instalación y montaje de esos módulos; - La metodología utilizada para redeterminar los precios, habiendo sido una constante las adecuaciones provisorias; - La ampliación del plazo de obra."

En relación a lo expuesto, el 2 de noviembre de 2017, el fiscal federal Jorge Felipe Di Lello, requirió la

instrucción de estos actuados en los términos del art. 180 del ordenamiento ritual, por entender que *"(…) las acciones podrían encuadrarse en la comisión del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265 del Código Penal), en tanto y en cuanto existieron una concatenación de acciones realizadas por cada uno de los funcionarios (…), dentro de su competencia y con autonomía propia, que puede configurar un obrar interesado en beneficiar a un tercero…* [t]*rasladando esto a los hechos, desde el ENOHSA, cuanto menos por parte de* [los funcionarios]*, existió una actuación con una clara tendencia beneficiante en la posibilidad de que CPC SA, pudiera realizar cambios innecesarios, algunos con sobrecostos y ajustes en exceso"*.

Concluyó, no obstante, que "*(…) como ha sido relatado, la acción excedería el mero actuar interesado en beneficio de un tercero (art. 265 del Código Penal), provocando un desvío de fondos que daría paso a una administración fraudulenta en perjuicio de una administración pública (art. 173, inc. 7mo., en función del art. 174, inc. 5 del Código Penal)"* (cfr. fs. 108/118 del principal).

El 22 de agosto de 2019, el juez instructor citó a prestar declaración en los términos del art. del 294 del C.P.P.N., en cuanto a esta revisión concierne, a Gabriela Tamame, Luis María Cenoz, Gustavo Horacio Dalla Tea, Cristóbal Manuel López y Carlos Fabián de Souza (cfr. fs. 754/755).

El 10 de septiembre de ese año, fue el turno de la nombrada en primer término, a quien se le hizo saber que el hecho imputado consistía en "*(…) haber participado de la defraudación perpetrada en perjuicio del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento(ENOHSA)dependiente de la Secretaria de Obras Publicas del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, durante el periodo comprendido entre los años 2013 y 2017, en el marco de la obra pública denominada 'Optimizacion del Sistema Acueducto*

Regional Lago Musters – Comodoro Rivadavia - Rada Tilly - Caleta Olivia y Provincias de Chubut y Santa Cruz' que tramitó bajo expediente n° 505/12 del registro del Organismo antedicho y resulto ser beneficiada la firma C.P.C. S.A. En dicha maniobra ilícita tuvieron participación Lucio Mario Tamburo, Administrador del ENOHSA; Gabriela Tamame, Asesora Jurídica del ENOHSA, Sergio Benet, Gerente Técnico del ENOHSA; Ricardo Williams, Inspector de Obras del ENOHSA; Gustavo Horacio Dalla Tea, Apoderado de la firma CPC S.A.; Luis María Cenoz, Representante Técnico de la CPC S.A.; Cristóbal Manuel López, Titular accionista de la firma CPC S.A.; Carlos Fabián De Sousa, Titular accionista de la firma CPC S.A.; Osvaldo Manuel de Sousa, Presidente de la firma CPC S.A.; Raúl Esteban Zamora, Titular accionista de la firma CPC S.A.; y Cristóbal Nazareno López, Presidente de la firma CPC S.A. Dicha obra pública consistió en el mejoramiento del abastecimiento de agua potable por medio de un acueducto que toma agua desde el lago Musters, ubicado en la provincia de Chubut, y que finaliza en la ciudad de Caleta Olivia, ubicada en la provincia de Santa Cruz. Uno de los actos infieles consistió en haber pagado a la firma C.P.C. la suma de pesos trece millones ciento cuarenta y un mil novecientos cuarenta y dos con seis centavos ($13.141.942,06) por obras incompletas que el ENHOSA certifico como culminadas, las cuales se detallan a continuación del Módulo de Tratamiento M-III: Instalación de válvula de fondo de DN 200 mm accionamiento manual, incluyendo vástago y su pedestal, instalación de 4 dispersores tipo turbina AISI 316, incluyendo su motor eléctrico de 1,5, variador electrónico de velocidad, vástago de 1,5 sujetado al hormigón armado, instalación electromecánica en sector de floculadores, instalación de 18 floculadores a paletas AISI 304, la totalidad de las carpinterías metálicas y vidrios de

muros perimetrales, instalación de 6 válvulas mariposa tipo wafer DN 450 mm, PN 10, instalación de canaletas AISI 304 con vertederos laterales, instalación de bomba de achique para galería de conductos, volantes de accionamiento de compuertas en sector filtros, la cubierta sobre el Sector de Filtros en su totalidad, la colocación de placas de hormigón para cierre del falso fondo en sector de filtros, la colocación del manto dual de filtración en el falso fondo, instalación electromecánica de la Estación de Bombeo, Instalación de todos los packs de seditubos en sector de Sedimentadores de Alta Tasa, Conexión de la cañería de entrada a la Cámara de Carga General en el cruce del Rio Falso Senger, para poder abastecer a la Cámara de Carga desde el Acueducto, la instalación de las dos bombas sumergibles para el bombeo de los Desagues Industriales a la laguna de amortiguamiento; la instalación de carpinterías metálicas correspondientes a 4 ventanas y un portón de ingreso en la Planta Baja, más 4 cerramientos circulares y 6 ventanas rectangulares en la Planta Alta y en caso de corresponder la colocación de sus respectivos vidrios, Instalación de la cubierta metálica para cerramiento del Sector, con cabriadas metálicas y chapa trapezoidal calibre BWG N° 22, Provisión e Instalación de 4 (cuatro) Motobombas de eje vertical 917 m3/h; 17 m.c.a. Potencia del motor 75 kW, Provisión e Instalación de 1 (una) Válvula reguladora DN, Instalación de 1 (una) Válvula mariposa DN, Instalación de 1 Medidor de Caudal DN 24", Instalación de 4 (cuatro) Medidores -transmisor electrónico de Presiona Manometrica, Tramos de cañerías y accesorios, incluyendo los soportes, apoyos, juntas de desarme y todo otro elemento para una correcta instalación y funcionamiento del conjunto; no se habían iniciado los trabajos en la Sala de Filtros de Tasa constante del módulo M-I y la provisión y montaje de actuadores de comando; en la construcción de la Estación de Bombeo 'Sarmiento' y en la Estación de Bombeo 'Cerro Negro' se advirtieron faltantes en

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

pieza de ajuste y cierre en cañería de impulsión en salida del caudalimetro, falta de instalación del conducto de ventilación y la válvula reguladora de caudal y presión, falta de montaje de las instalaciones eléctricas y de control, falta de instalación del caudalimetro, falta de conexión al Acueducto de la Aspiración y la Impulsión, y falta de instalación del conducto de ventilación. Además, otro acto infiel consistió que, en el marco del expediente 505/12 de ENOHSA, se aprobó una modificación al proyecto original que consistió en el cambio en la rigidez de cañerías que pasaba de SN5000 a SN10000 para el tramo 'Cerro Arenal-Caleta Olivia' sin un informe técnico ni estudios de suelo con la profundidad necesaria que justificaran dicho cambio de rigidez de la cañería. Asimismo, en el marco de dicha obra pública pudo advertirse la infracción a la ley de obras públicas (n° 13.064), al momento en que las modificaciones al proyecto original alcanzaron un 87,25 %, superando así el límite legal previsto en la ley, siendo que en ese marco se dispuso la provisión, instalación, montaje y obras complementarias para la puesta en servicio de un sistema de potabilización por Osmosis Inversa para la ciudad de Caleta Olivia, provincia de Santa Cruz. Por último, en el marco de la obra pública indicada se advirtió que el ENOHSA emitió pagos a la firma CPC por la suma de pesos veintiún millones setecientos noventa y siete mil trescientos once con setenta y dos centavos ($21.797.311,72), en concepto de materiales y equipamiento acopiado en obra sin sus respectivos certificados de acopio; la suma de pesos cinco millones trescientos ochenta y ocho mil quinientos tres con veinte centavos ($5.388.503,20) en modificaciones al proyecto que no fueron debidamente convalidadas; y la suma de pesos un millón cuatrocientos veintidós mil cuatrocientos cuarenta y siete con siete

centavos ($1.422.447,07) en materiales con certificado de acopio que no fueron instalados en la obra." (cfr. fs. 791/795).

En análogos términos fueron intimados Gustavo Horacio Dalla Tea y Luis María Cenoz –el 12 de septiembre-, Carlos Fabián De Souza –el 16 de septiembre- y Cristóbal Manuel López -el 17 de septiembre-, siempre en 2019 (cfr. fs. 932/934, 942/944, 948/951 y 1022/1025, respectivamente).

Recuérdese que Tamame era, al momento de los hechos imputados, asesora jurídica del ENOHSA; Dalla Tea, apoderado de la firma CPC S.A.; Cenoz, representante técnico también de CPC S.A.; López, titular accionista de CPC S.A., al igual que De Souza.

En orden a la presunta responsabilidad por los sucesos antes reseñados, el juez de primera instancia procesó el 29 de octubre de 2019 a Tamame, Dalla Tea, Cenoz, De Souza y López. A la primera nombrada como coautora de defraudación contra la administración pública por administración fraudulenta, mientras que a los restantes como participes necesarios de ese mismo delito (cfr. arts. 45, 174 inc. 5° en función del art. 173 inc. 7° del Código Penal).

Aseveró el magistrado instructor que *"(…) conforme fuera acreditado en las auditorías realizadas tanto por la auditoria interna del ENOHSA como por la Sindicatura General de la Nación, así como también la pericia en ingeniería hidráulica realizada en la presente, se pudo advertir distintos actos infieles llevados a cabo en el marco de la realización de la obra pública mencionada que concluyeron en una defraudación perpetrada en perjuicio de dicho organismo público"*.

Circunscribió entonces la maniobra defraudatoria vinculada al Ente Nacional de Obras Hídricas y de Saneamiento (ENOHSA) delineando los "cuatro actos infieles" principales, a saber: (A) El haber pagado a la firma C.P.C. la suma de pesos

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

trece millones ciento cuarenta y un mil novecientos cuarenta y dos con seis centavos ($13.141.942,06) por obras incompletas que el ENHOSA certificó como "culminadas"; (B) haber aprobado, en el marco del expediente 505/12 de ENOHSA, una modificación al proyecto original que consistió en el cambio en la rigidez de cañerías que pasaba de SN5000 a SN10000 para el tramo "Cerro Arenal-Caleta Olivia" sin un informe técnico ni estudios de suelo con la profundidad necesaria que justificaran dicho cambio de rigidez de la cañería; (C) haber emitido pagos a la firma CPC por la suma de pesos veintiún millones setecientos noventa y siete mil trescientos once con setenta y dos centavos ($21.797.311,72), en concepto de materiales y equipamiento acopiado en obra sin sus respectivos certificados de acopio; la suma de pesos cinco millones trescientos ochenta y ocho mil quinientos tres con veinte centavos ($5.388.503,20) en modificaciones al proyecto que no fueron debidamente convalidadas; y la suma de pesos un millón cuatrocientos veintidós mil cuatrocientos cuarenta y siete con siete centavos ($1.422.447,07) en materiales con certificado de acopio que no fueron instalados en la obra; y (D) haber infringido la ley de obras públicas (n° 13.064), al momento en que las modificaciones al proyecto original alcanzaron un 87,25%, superando así el límite legal previsto, siendo que en ese marco se dispuso la provisión, instalación, montaje y obras complementarias para la puesta en servicio de un sistema de potabilización por Osmosis Inversa para la ciudad de Caleta Olivia, provincia de Santa Cruz (cfr. fs. 1109/1159).

En oposición a lo anterior, las defensas de los procesados interpusieron recursos de apelación, cuestionando, en lo medular, la insuficiencia de un fundamento adecuado para legitimar la disposición cautelar adoptada, lo cual derivó en la intervención de la Sala I de la Cámara de Apelaciones

Criminal y Correccional Federal.

Ese órgano de alzada, el 1º de febrero de 2021 resolvió, por mayoría, en lo pertinente, *"(…) 2. CONFIRMAR PARCIALMENTE los PROCESAMIENTOS de (…) Gabriela Alejandra TAMAME, Gustavo Horacio DALLA TEA y Luis María CENOZ, MODIFICANDO la CALIFICACIÓN por la de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en carácter de partícipes necesarios (arts. 45 y 265 del Código Penal), y DISPONER la FALTA DE MÉRITO para procesarlos y/o sobreseerlos en orden a los demás extremos de la imputación (art. 309 del Código Procesal Penal de la Nación) -puntos II, III, IV, V y VI, en su parte pertinente, del auto apelado-. 3. CONFIRMAR PARCIALMENTE los PROCESAMIENTOS de Carlos Fabián DE SOUSA y Cristóbal Manuel LÓPEZ, MODIFICANDO la CALIFICACIÓN por la de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en carácter de partícipes necesarios (arts. 45 y 265 del Código Penal), y DISPONER la FALTA DE MÉRITO para procesarlos y/o sobreseerlos en orden a los demás extremos de la imputación (art. 309 del Código Procesal Penal de la Nación) -puntos X y XI, en su parte pertinente, del auto apelado-."*

El juez Mariano Llorens, por la minoría y como primer ponente, afirmó que *"(…) la solución más justa al caso conlleva a la revocación de los procesamientos decretados y la adopción de un temperamento expectante respecto de los imputados (…)"*.

Sostuvo, en esa senda discursiva, la necesidad de realizar un peritaje multidisciplinario, toda vez que las pruebas reunidas en el *subexamine* no resultan suficientes para tener por comprobado el perjuicio económico derivado al Estado Nacional requerido por la figura penal imputada.

Precisó el mencionado magistrado que aquel extremo no se completa con los informes de la auditoría interna del ENOHSA, el reporte contable de la SIGEN, y el peritaje oficial

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

realizado *in situ* por un ingeniero hídrico, puesto que respecto de algunos puntos de pericia lucían contradictorios e imprecisos como, por ejemplo, en lo relativo a los precios unitarios de los caños de mayor rigidez utilizados en la obra licitada.

Expresó que no obstante haber sido solicitado por el fiscal en su requerimiento de instrucción (art. 180 CPPN), y por la mayoría de las defensas, se les denegó la posibilidad de obtener un peritaje con especialistas en la materia que permitiera confirmar si efectivamente existió el perjuicio patrimonial invocado por el magistrado instructor. Subrayó que tampoco se evacuaron las citas solicitadas por los propios imputados al momento de brindar su versión de los hechos, "(…) *algunas de las cuales aparecen incluso razonables para desvirtuar –en parte- las imputaciones".*

Concluyó que *"(…)de momento, no puedo afirmar –ni aún con el grado de certeza exigida en esta etapa- que nos encontramos frente a una defraudación a la administración pública por administración fraudulenta (…) evidentemente existió una tramitación irregular del contrato aludido con la adición de nuevas obras que alteraban el proyecto original y sendas desprolijidades que, de acuerdo a las pruebas con las que contemos, puede constituir un mero incumplimiento contractual –debiendo intervenir el fuero contencioso administrativo federal- o un hecho delictivo –habilitando a este fuero de excepción-."*

Análoga inferencia expresó acerca del rol cumplido por los presuntos implicados desde su emplazamiento institucional dentro de la firma CPC S.A. ya sea como directores, presidentes, apoderados, responsable técnico de obra y accionistas. Así, afirmó que no se había podido *"(…) demostrar -con la convicción propia de esta instancia- la*

connivencia delictiva entre éstos y los funcionarios públicos del ENHOSa”.

De su parte, los jueces Bruglia y Bertuzzi, quienes conformaron el voto mayoritario, coincidieron con el juez Llorens en cuanto a que no se logró corroborar la causación de un perjuicio patrimonial a la Administración Pública Nacional, lo cual condujo a que el reproche por la administración infiel no pudiera ser mantenido en esa primera instancia revisora y a que se decretara la falta de mérito.

Luego, diferenciándose del primer votante, sostuvieron que la posible significación penal de la maniobra investigada no se agotaba en la administración fraudulenta, sino que también comprendía el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, previsto en el art. 265 de C.P., conforme lo señaló “*(…) la denuncia en que se originaron las actuaciones y el requerimiento fiscal que impulsó la pesquisa*”.

En esa línea, expresaron “*(…) una parte del sustrato fáctico analizado en la presente causa encuadra en el ámbito típico de [el art. 265 C.P.]”* por cuanto, según entendieron, en esa figura no es relevante si el hecho supuso un beneficio para el agente o un tercero, o implicó un perjuicio para el Estado. De ese modo entonces, subsumieron en dicho tipo penal al "acto infiel" identificado *supra* como “D”, mediante el que ENOHSA resolvió modificar el contrato de obra suscrito con CPC SA. (el 14 de agosto de 2013) en infracción de la Ley de Obra Pública (ley n° 13.064), aprobado finalmente por resolución N° 363 de fecha 30 de junio de 2015. A su través, recuérdese, se incorporó la provisión, instalación y puesta en servicio de un Sistema de Potabilización por Ósmosis Inversa para la ciudad de Caleta Olivia.

Sobre dicha base fáctica concluyeron los magistrados de la mayoría que *“(…) es dable advertir un desvío en la voluntad administrativa del organismo, que tuvo lugar mediante*

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

el apartamiento de las reglas obligatorias de contratación pública, para la inclusión en un contrato vigente de una obra que -por sus características- resultaba distinta e independiente del objeto de aquél, el cual consistía en la reparación de determinados tramos del acueducto Lago Musters-Sarmiento-Comodoro Rivadavia- Rada Tilly-Caleta Olivia a los fines de su optimización." Enumeraron de seguido los elementos probatorios que respaldarían la selección de la figura penal mencionada como así también la intervención de los agentes públicos imputados y los particulares de CPC S.A.

En definitiva, se pronunciaron por mantener los procesamientos aunque desplazando la calificación legal al art. 265 C.P., y dispusieron la falta de mérito con relación a la administración fraudulenta agravada.

III. Sentado cuanto precede, entiendo que la resolución impugnada debe ser revocada, pues aplicó erróneamente la ley procesal, lo que trajo aparejada una afectación a las garantías de debido proceso legal y la defensa en juicio.

Como principio rector, el ordenamiento ritual impone la insoslayable motivación de los pronunciamientos judiciales. El juzgador debe, en consecuencia, consignar las razones que determinan la resolución, y expresar sus propias argumentaciones de modo de hacer controlable el *iter* lógico seguido en el discurso judicial (art. 123 del CPPN). Resoluciones como la aquí recurrida requieren estar fundadas y constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa, pues de esta forma se asegura la publicidad y el control republicano de tales decisiones (cfr. arts. 1 y 28 de la CN).

En el caso medió una errónea aplicación de la ley procesal originada en el improcedente desdoblamiento de un

mismo *factum* en dos calificaciones legales diversas. Al dictar el procesamiento de los imputados por negociaciones incompatibles con la función pública por un tramo de la conducta investigada, y la falta de mérito por el restante -calificado como administración fraudulenta agravada-, el voto de la mayoría desdobló de modo inadecuado la factualidad tenida por probada en el acto procesal objeto de revisión.

Según surge de las indagatorias y los procesamientos dispuestos en primera instancia, se les reprochó a los imputados haber llevado a cabo una maniobra de defraudación en perjuicio de la administración pública mediante diversos actos infieles. Al analizar esa conducta, el *a quo* sostuvo que no se verificaban elementos de prueba suficientes para confirmar el procesamiento por el mentado delito defraudatorio atento la falta de comprobación del perjuicio económico, y dispuso que continúe la investigación a fin de ratificar ese extremo.

El reconocimiento de la maniobra defraudatoria como un único hecho, impedía a los jueces de la anterior instancia escindir uno de los presuntos actos infieles atribuidos a los imputados –hecho D-, calificarlo, sin más, como negociaciones incompatibles con la función pública, y al mismo tiempo dictar un pronunciamiento *abierto* como la falta de mérito, para darle continuidad a la investigación por el remanente fáctico en los términos del art. 173 inc. 7 y 174 inc. 5 C.P.. Dicho proceder conlleva el riesgo de vulnerar el principio de *ne bis in ídem* y desnaturaliza al hecho único de la presunta administración fraudulenta imputada.

La mencionada infracción es un delito de carácter continuo, que necesariamente reconduce a un hecho único y a una misma intencionalidad que la que gobierna la pluralidad de operaciones propias de la gestión. En su decurso, cada acto infiel no implica reiteración ni convierte al delito en plural sino que conforma una única conducta ilícita insusceptible de una consideración autónoma o separada ya que la gestión es un

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35361757#319531438#20220311132342264

concepto jurídico indivisible.

En el fallo "Pompas" de la Corte Suprema, la hermeneusis del tipo penal en cuestión considera a la unidad de la administración como una de las pautas para la determinación del hecho punible. En ese precedente, la Corte hizo suyos los fundamentos del representante del Ministerio Público Fiscal al afirmar que "[l]*a Administración, como sujeto de este delito en términos carrarianos, es un concepto normativo expresado en un nombre colectivo, es decir, en singular, si bien admite un conjunto de hechos y actos jurídicos. Pero cada uno de estos elementos que integran la estructura están inseparablemente unidos por voluntad de la previsión típica (…) Y resulta obvio que el atributo, o sea el fraude, califica a toda la gestión en su compleja unidad conceptual y multiplicidad fáctica". "Obtenemos, entonces, que si una es la administración, una es, también, la conducta fraudulenta -independientemente de la repetición de actos ilegítimos cumplidos bajo el mandato, los que no logran multiplicar la 'delictuosidad' del agente- y hay un único designio, y una sola rendición de cuentas final, sin perjuicio de las parciales que se pacten. Así, la gestión es un concepto jurídico indivisible sin perjuicio de su divisibilidad material, espacial o temporal"."Y si sostenemos la tesis de que las distintas acciones de infidelidad o abuso son constitutivas de un hecho único y global de administración fraudulenta, logramos, tal como lo propiciaran los autores de este inciso, la coherencia del sistema, pues cada uno de esos actos espurios podrá constituir un delito particular, verbigracia: una estafa, una falsedad documental, una insolvencia fraudulenta, una quiebra punible, una omisión de restituir, una maniobra con cheques, o las distintas infracciones contra el comercio y la industria, el régimen*

impositivo o aduanero, la libre competencia."

Conforme a lo expuesto resulta improcedente fraccionar en varias calificaciones legales un único suceso defraudatorio. Las decisiones de mérito se adoptan en relación a hechos y no por subordinaciones normativas, por lo que planteado el caso como una única conducta genérica no puede ser seccionada en diversos hechos y diferentes calificaciones. Como tal podrá, eventualmente, encuadrarse en una u otra figura jurídica, pero no en varias imputaciones independientes según cada tramo del suceso.

En nada modifica esta situación que en la denuncia que origina estas actuaciones y en el requerimiento fiscal de instrucción se haya citado el tipo penal del art. 265 del código de fondo. Por fuera de la mutabilidad que puede operarse en las distintas secuencias del proceso penal, lo cierto es que tanto en las declaraciones indagatorias de los imputados como en el procesamiento dictado por el juez instructor se puso en conocimiento de aquellos un hecho, *prima facie* calificado como defraudación al Estado Nacional (art. 174 inc. 5to. del CP) el que, en tanto tal, habrá de permanecer inescindible mientras se mantenga como hipótesis delictiva base de la inculpación.

En las condiciones expuestas, es de aplicación al caso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de que la contradicción de criterios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión jurídicamente significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes, cuestión que, como quedó expresado, no se da en la resolución recurrida (Fallos: 307:146; 327:608).

En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35361757#319531438#20220311132342264

auto impugnado y devolver las presentes actuaciones al tribunal de origen para que, con arreglo de la doctrina aquí expuesta, dicte un nuevo pronunciamiento.

IV. De todos modos, y aun obviando la cuestión examinada en el acápite anterior, tampoco advierto un adecuado fundamento en el procesamiento por negociaciones incompatibles con la función pública. En este punto es posible verificar un quiebre lógico en el razonamiento seguido por los magistrados de la mayoría, en el que no se hallan expresados con claridad y precisión los motivos que signaron el *iter* discursivo y las conclusiones del pronunciamiento impugnado.

Es cierto que el juzgador cuenta con un margen de discrecionalidad a la hora valorar la prueba y seleccionar aquella útil conforme las reglas de la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo del C.P.P.N). Empero será siempre la razonabilidad el criterio que fijará los límites en la apreciación de la evidencia producida y en el valor que ella asume en la determinación de los hechos. Cuando dicha ponderación se exhibe fuera del marco de la razonabilidad procesal la conclusión devendrá arbitraria. En el caso, ello aparece como el resultado de una valoración errónea o derivada de la omisión de compulsar prueba dirimente válidamente incorporada al proceso, y que, de haberse tenido en cuenta, hubiera -con cierto grado de probabilidad- conducido a un resultado diverso.

En palabras de la Corte Suprema, resultan arbitrarias aquellas decisiones judiciales que se dictan sin considerar constancias o pruebas decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso (cfr. Fallos 268:48; 268:393; 295:790), y cuya valoración puede ser de importancia para alterar el significado del juicio (Fallos 284:115; 324:915). Ello, claramente, excede el ámbito de las meras discrepancias entre

los puntos de vista de las partes y el juez, quedando incluidas aquellas situaciones en las que se prescinde de pruebas fehacientes regularmente traídas al juicio o se hace remisión a las que no constan en él (Fallos 207:72).

En el *subexamine*, y como con acierto lo subraya en su presentación en término de oficina, el fiscal ante esta sede casatoria, el fundamento expuesto por el a quo -en el contexto y según el sentido del discurso del auto impugnado- cuando afirma que el hecho "D" configura una conducta incompatible con la función pública, lleva entrañada una insalvable contradicción en sus propios términos, lo que impide subsumirla dentro del tipo del art. 265 C.P.

Repárese en que la acción típica del mencionado delito es la de *interesarse*, con miras a la obtención de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en el que el funcionario intervenga en razón de su cargo. La doctrina ha explicado este *interés* en el entendimiento que existe en el agente una escisión de su personalidad, actuando a la vez con un interés particular y en su rol de funcionario público.

El objeto que se intenta tutelar por la figura del art. 265 resulta ser el *"interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de administración en sentido amplio de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad"* (S. Soler, *Derecho Penal Argentino,* Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, t. V, p. 246).

La norma analizada y su respectivo bien jurídico coinciden con lo previsto -en el ámbito comparado- por el art. 323 del Código Penal italiano, que protege el correcto desempeño y fundamentalmente la imparcialidad de los funcionarios públicos en lo que hace a la toma de decisiones, con relación a la función pública que desempeñan. Se exige, en efecto, que los funcionarios públicos que se desempeñan en la

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35361757#319531438#20220311132342264

administración pública, lo hagan con imparcialidad, de manera prístina, transparente y que se prescinda de todo otro interés que no sea el de la administración (C. Creus, *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 369).

El propio tipo penal "*(…) especifica cual debe ser el acto en el cual debe centrar el funcionario su interés. No debe ser cualquier acto de la administración, sino debe tratarse de 'contrato u operación'.*" El interés del funcionario público debe plasmarse en actos legítimos: "*(…) si son contratos u operaciones de índole ilegítima, el agente podrá quedar comprendido en otros delitos, pero no en las negociaciones incompatibles, pues solo en ellas pueden darse las incompatibilidades que se punen. Además, el contrato u operación tiene que pertenecer a la competencia funcional del autor ('por razón de su cargo' dice el tipo)*". Se insiste en que "[l]*a norma en estudio busca la imparcialidad de los funcionarios públicos en los contratos u operaciones que pueden llevarse adelante legítimamente, no cuando se está frente a actos ilegítimos, en donde el funcionario puede quedar comprendido en otros delitos*." (cfr. D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 10, 1º ed., 2011, Hammurabi, p. 786 y 790).

La mayoría de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, tras reseñar algunos elementos probatorios -y la supuestas irregularidades que ellos demostrarían-, concluyó en la aplicación a la especie de la figura de las negociaciones incompatibles con la función pública, con relación al supuesto individualizado como "D" donde se habría la verificado la infracción a la ley de obras públicas (ley nro. 13064). Con cita del informe elaborado por

la SIGEN, en el que se analizó específicamente la ampliación contractual que habría sido el objeto de la incompatibilidad, afirmó que *“(…) al no transitar un procedimiento licitatorio nuevo, no se resguardó el interés público por cuanto el Estado no se aseguró contar con diversas propuestas que le permitieron la elección de la oferta más conveniente.”* Agregaron que *“(…) el organismo de control también advirtió la presencia de costos superiores a los valores de mercado y de un mecanismo de pago inusual, que redundaban en beneficio de la contratista”*. Finalmente, destacaron que *“(…) los precios de la ampliación contractual –referente a la planta de ósmosis inversa- superaron en $11.843.330,37 el calculo de los valores de mercado (cfr. fs. 425/427 y tabla N° 2, a fs. 427). Y a ello se agrega que este exceso ha sido reconocido por la propia empresa, que procedió a descontar el importe actualizado de los créditos reclamados al organismo (cfr. fs. 582/583 -copia de nota de CPC S.A. del 13-11-2017-).”*

Sin embargo, son precisamente las características de las presuntas irregularidades en el procedimiento de adquisición de la Planta de Ósmosis Inversa aludidas en el párrafo citado, las que impiden la subordinación legal al tipo penal del art. 265 C.P. La calificación escogida por el *a quo*, entonces, aparece en principio ajena a una correcta subsunción legal porque el objeto sobre el cual recae la acción típica de este delito (el "*interesarse*"), no podría ser nunca un contrato u operación ilícitos. El art. 265 C.P. no sanciona negocios prohibidos sino negocios incompatibles con la función pública y, por tanto, la tutela de la imparcialidad que persigue el tipo penal solo se refiere a actos legítimos, es decir, a aquellos que se elaboran y ejecutan de acuerdo a las normas aplicables vigentes.

El referido defecto de fundamentación del acto jurisdiccional impugnado lo priva de validez al no ser una derivación razonada del derecho vigente, y conduce

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35361757#319531438#20220311132342264

inexorablemente a su nulidad (art 123 del CPPN).

V. Por lo demás, y no estando controvertido, como lo reconoce el propio *a quo*, que hasta ahora no se haya determinado por la prueba rendida la concurrencia de un perjuicio real y concreto en perjuicio de la Administración Pública, las medidas probatorias enunciadas en el voto minoritario podrían, eventualmente, resultar de utilidad para el esclarecimiento del hecho. Ello es así en tanto el propio fiscal, el 28 de septiembre de 2021, al contestar la vista del art. 346, expresó que *"(…) luego de un estudio pormenorizado de las actuaciones, debo inferir que para éste Ministerio Público la instrucción, a la fecha, no se encuentra completa. (…)"*.

De tal modo, dijo el fiscal federal interviniente en sentido coincidente con el voto del juez Llorens, *"que en el requerimiento de instrucción de fs. 108/118 ésta Fiscalía solicitó la realización de un estudio contable a fin de determinar su hubo un perjuicio al Estado Nacional, destacándose además que dicha medida resulta de vital importancia, pues permitirá acercar elementos determinantes que ilustren acerca de si existieron aportes favorables para la empresa CPC S.A. o en definitiva la situación financiera descripta no permitió que aquella pudiera llevarse adelante en debida forma. De hecho la totalidad de la actividad que se comprometiera a realizar, pudo haberse visto modificada y en definitiva alterar el normal desempeño de su actividad y cumplir con el plan proyectado por los involucrados."* Agregó que entendía *"necesario la realización de una pericia contable a fin de determinar el margen bruto del contrato que obtuvo CPC S.A. según sus estados contables a partir del año 2013, que indique si el mismo resultó razonable para el sector de la construcción en la ejecución de obras públicas, ya que dicha*

medida permitirá analizar la ilicitud de las conductas imputadas”. Que *"esta diligencia puede verse nutrida con los aportes de las partes, precisándose el mejor retrato de la situación financiera de la empresa, pues la definición legal traída a estas instancias necesita de una mirada que clarifique si los elementos reunidos en orden a su situación contable, permite sostener el enrostre penal de autos”.*

El juez de la minoría expresó, de su parte, que no se habían evacuado las citas solicitadas por los propios imputados al momento de dar su versión de los hechos, cuestión que aparece *ex ante* como conducente y que podría aportar datos relevantes sobre los hechos materia de investigación. Esta propuesta también fue recogida por el titular de la acción penal quien, en la referida vista, *“considero atinado escuchar en declaración testimonial a las personas propuestas por la defensa de Luis María Cenoz a fs. 941 (ex empleado de CPC desde el 31/10/2015 fecha en la que renunciara) quien actuó como representante técnico de CPC y refirió no tener poder de decisión alguno. En ese sentido, se solicita se arbitren los medios necesarios para la obtención del testimonio del Ingeniero Ricardo Quiroga quien se desempeñaba en ese entonces como Inspector de obra en distrito 12 Trelew de la Dirección de Vialidad; el Inspector Alejandro Maguez inspector de la misma repartición pero de Esquel; y el Ingeniero José Luis Quiñonez de la Dirección General de Vialidad”.* Requirió igualmente que se arbitraran *“(…) los medios para la obtención de copia certificada de los autos “CPC S.A c/EN .- Ministerio del Interior y otro s/ proceso de conocimiento ‘Expte 83219/18’ que tramita ante Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 1. Allí CPC S.A. habría objetado la finalización del contrato dispuesta por el ENHOSA reclamando los pagos pendientes (ver recurso de apelación de Dalla Tea 1184/188)”.*

En definitiva, de estimárselas conducentes a los

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264

fines del proceso, habrán de practicarse oportunamente las medidas enunciadas así como aquellas incluidas en el dictamen fiscal reseñado precedentemente.

VI. Por todo lo expresado, propongo al acuerdo hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por las defensas particulares, anular la resolución recurrida y devolver las presentes actuaciones al tribunal de origen para que, de conformidad con los lineamientos aquí expuestos y con la celeridad que el caso impone, por ante quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, contemplando a su vez la situación de Lucio Mario Tamburo, Sergio Daniel Benet y Ricardo Antonio Williams, sin costas (arts. 441, 456, 465, 471, 530, todos del C.P.P.N.).

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que, en las concretas circunstancias de la especie, en los términos expuestos en el sufragio que antecede y de conformidad con el dictamen fiscal ante esta instancia, comparte la solución que propicia al acuerdo el distinguido colega preopinante.

Así vota.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

HACER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las defensas particulares, **ANULAR** la resolución recurrida y **DEVOLVER** las presentes actuaciones al tribunal de origen para que, de conformidad con los lineamientos aquí expuestos y con la celeridad que el caso impone, por ante quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, contemplando a su vez la situación de Lucio Mario Tamburo, Sergio Daniel Benet y Ricardo Antonio Williams, sin costas (arts. 441, 456, 465, 471 y 530, todos del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de

Información Judicial –CIJ- (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Carlos A. Mahiques, Guillermo J. Yacobucci -en disidencia- y Alejandro W. Slokar.
Ante mí: Mariana Andrea Tellechea Suarez.

Fecha de firma: 11/03/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#35361757#319531438#20220311132342264