

SOLICITAN MEDIDA CAUTELAR CON CARÁCTER URGENTE

SR. JUEZ:

LAURA ALONSO, Secretaria de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, a cargo de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Decreto N° 252/2015, B.O. 29/12/15) e **IGNACIO MARTIN IRIGARAY** (Decreto N° 303/17, B.O. 03/05/17), Subsecretario de Investigaciones Anticorrupción del citado organismo; junto con el **Dr. SERGIO ORLANDO ALEO** investigador de la Dirección de Investigaciones precitada, con domicilio legal en la calle Tucumán N° 394 de esta ciudad (domicilio electrónico 23247814809), en la causa **N° 13.404/07** caratulada “Cameron Daniel y otros s/ incumplimien. de autor. y viol. de los deb. de func. publ. (art. 249) y defraudación contra la Administración Pública”, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, Secretaría N° 5, conjuntamente con el Ministerio de Energía y Minería de la Nación, representado por la **Dra. MARÍA VALERIA MOGLIANI** en su carácter de Subsecretaria Legal (Decreto N° 187/2018 B.O. 08/03/18), y con el patrocinio legal del **Dr. BERNARDO SARAVIA FRIAS**, Procurador del Tesoro de la Nación (Decreto N° 313/17, B.O. 04/05/17), que en este acto se presentan, a V.S. respetuosamente decimos que:

I. INTRODUCCION.

El 31 de mayo de 2018 esta Oficina Anticorrupción recibió una comunicación de la Procuración del Tesoro de la Nación a través de la cual se puso en su conocimiento que la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A. (“Odebrecht”) inició una demanda ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (“Tribunal de Arbitraje”) por la que reclama, en el marco de los Contratos de Construcción EPC (CAMMESA) y los Fideicomisos de Gas objeto de esta investigación, la suma de **U\$S 45.281.205,30** y **\$ 457.578.828,18** (“Demanda de Arbitraje”) (se adjunta copia).

Es doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (v. Diccámenes 234:486 y Resolución PTN N° 3/2017) que corresponde a las autoridades enumeradas en el art. 1° del Decreto N° 411/80 decidir si promueven las acciones judiciales ante la justicia civil o las necesarias para constituirse como actor civil en aquellas causas donde la Nación es representada por la Oficina Anticorrupción y tenida como parte querellante; que puede, a todo evento, instarlas o requerir las medidas urgentes necesarias para evitar perjudicarlas.

En atención a lo expuesto, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación, emisor de la Resolución MEyM N.° 224/16 que ordenó la resc-

sión de los Contratos de Construcción EPC (CAMMESA), sobre cuya celebración gira la investigación del delito que lleva a cargo V.S., contando con el patrocinio del señor Procurador del Tesoro de la Nación, se presentan ante V.S. y atento a la verosimilitud del planteo y el peligro en la demora que entraña, solicitan la medida cautelar que se expone a continuación.

II. OBJETO.

A través de esta presentación solicitamos a V.S. que decrete una medida cautelar que tenga por objeto ordenar al Tribunal de Arbitraje, con domicilio en la calle Sarmiento N°299, piso 1° de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suspender la prosecución de los autos caratulados "CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. C/NACION FIDEICOMISOS S.A. S/COBRO DE SUMAS DE DINERO" (EXPTE.N°1221/18) y/o cualquier otro expediente, presente o futuro, en que Odebrecht demandare a Nación Fideicomisos S.A. ("NFSA") con motivo de los Contratos de Construcción EPC y/o los Fideicomisos de Gas involucrados en estos obrados.

La orden de suspensión de las actuaciones arbitrales en trámite tiene por **finalidad de hacer cesar los efectos del delito** objeto de esta investigación, **e impedir que se consumen consecuencias perjudiciales**, por las razones que sintéticamente exponemos a continuación:

- (i) Tanto la compleja estructura financiera y de inversión que se montó a expensas de la resolución N° 608/2005 como los contratos de EPC derivados, dieron origen a la querrela del ESTADO NACIONAL a través de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION. A resultas de ella, V.S. dictó la resolución de mérito de fecha 28 de marzo de 2018. Conforme se ha acreditado con el rigor propio de la etapa, se ha verificado una hipótesis compatible con el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, por el desvío de poder en contra del interés estatal y por consiguiente, una irregular conformación de la voluntad y la libertad en la negociación y firma de esos contratos de construcción EPC.
- (ii) Por ese motivo se ha dictado el procesamiento y embargo de Julio De Vido, Miguel Cameron, Cristian Folgar y Bautista Marcheschi.
- (iii) Además de los sucesos y resoluciones de esta causa, como se verá, otras dos circunstancias denuncian la ilegitimidad de esos contratos. La primera es el reconocimiento de Odebrech

de que hubo pagado sobornos para la consecución de las obras y el acuerdo en las condiciones favorables con que se pactaron; la segunda es la determinación de condiciones abusivas en la celebración y ejecución del negocio, las que incluyen una verosímil hipótesis de sobre precio y fraude al estado que resulta objeto de investigación (causa 18670/17 "Constructora Norberto Odebrecht s/ cohecho" que se reseñará).

- (iv) La resolución MINEM N° 224/16 implicó la extinción del Contrato a partir de las confirmaciones que obtuvo V.S. en esta causa, antecedente necesario para la posterior y oportuna ratificación de la nulidad absoluta e insanable que afectó a los contratos EPC, por encontrarse viciada su causa (ilicitud) y la voluntad negocial de las partes.
- (v) Entre las condiciones abusivas destinadas a favorecer los intereses de la empresa y blindar a futuro el negocio espurio y sus beneficios, el Contrato de EPC tenía pactada una prórroga de jurisdicción a favor del Tribunal de Arbitraje para discutir posibles controversias. La ilicitud genética de los contratos EPC tuvo como consecuencia inmediata la invalidez de la prórroga de competencia en favor del Tribunal de Arbitraje para entender en la Demanda de Arbitraje. Es contrario a una mínima noción de justicia, frustraría la garantía constitucional y convencional de tutela jurídica efectiva (arts. 25 CADH y 75 inc. 22 CN) y configuraría un escándalo jurídico que Odebrecht prosiga un reclamo en un tribunal de arbitraje fundado en un contrato nulo por ilicitud en su causa y objeto. Máxime cuando Odebrecht ya percibió de los Fideicomisos constituidos para financiar las obras de ampliación de gasoductos que se investigan en autos, la suma de \$ 18.441.978.345 y en sede arbitral pretende un reconocimiento de aproximadamente \$ 1.500.000.000 adicionales.

Por tales motivos, que a continuación se describirán en detalle, solicitamos a V.S. que decrete la medida cautelar solicitada.

Todo ello hasta tanto se dicte sentencia definitiva en las presentes actuaciones (o bien en el proceso específico a que den lugar, siguiendo las reglas vigentes de prejudicialidad), a cuyos efectos desde ya se solicita se libren con carácter de urgente los despachos del caso.

III. PERSONERIA.

Como parte de la resolución de fecha 28 de marzo pasado, según consignaremos más adelante, VS estableció que la sucesión de fideicomisos que se instituyeron a partir de la resolución N° 608/05, tuvieron por finalidad disimular lo que era un contrato de obra estatal y desviar la regulación de un negocio hacia un entorno normativo impropio de aquella naturaleza.

En tal sentido, las relaciones jurídicas consecuentes (el EPC y los actos derivados) constituyeron la ejecución propia de aquella maniobra delictiva.

Así, lo que se solicita por este medio es la protección del interés estatal considerado en sentido amplio.

El interés del Estado Nacional está presente tanto en el Ministerio de Energía y Minería que advirtió las irregularidades en el diseño del mecanismo de ampliaciones de capacidad y ordenó a CAMMESA (*regulada, sujeta de sus transferencias, parcialmente de su propiedad y controlada*) que ejerciera las funciones administrativas tendientes a extinguir el Contrato (*Resolución MEyM N° 224/16*), y en NFISA, (*empresa de propiedad estatal, incluida en el art. 8° de la Ley 25.344, con su gerencia de legales conformando parte del Cuerpo de Abogados del Estado – PTN Dictámenes 271:127*) que actuó como fiduciaria y comitente.

Por esa razón, concurrimos ante V.S. los querellantes, junto con el Ministerio de Energía y Minería, patrocinado por la Procuración del Tesoro de la Nación.

IV. ANTECEDENTES.

1) La Demanda de Arbitraje

La Demanda de Arbitraje fue promovida respecto de Nación Fideicomisos S.A. en los siguientes términos: (i) en su carácter de Comitente de los Contratos de Construcción EPC Ampliación de la Capacidad de Transporte Firme de Gas 2006-2008 celebrados con Rafael G. Albanesi el 30 de noviembre de 2006 y con Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA) el 6 de diciembre de 2006; (ii) en su carácter de fiduciario del Fideicomiso Financiero de Financiamiento CAMMESA de fecha 6 de diciembre de 2006, Fideicomiso Financiero ALBANESI de fecha 6 de diciembre de 2006, Fideicomiso Financiero de Obra Gasoducto Sur 2006-2008 de fecha 6 de diciembre de 2006 y Fideicomiso Financiero de Obra Gasoducto Norte 2006-2008 de fecha 6 de diciembre de 2006; y (iii) por su responsabilidad personal como fiduciario de esos fideicomisos.

El objeto de la Demanda de Arbitraje es que se condene a NFSA a pagar a Odebrecht la suma total estimada de \$457.578.828,18 y U\$S

45.281.205,30. Asimismo, Odebrecht hace reserva de formular nuevas demandas por otros conceptos derivados de los contratos EPC.

Odebrecht invoca la competencia del Tribunal de Arbitraje con fundamento en lo establecido en las Secciones 27.3 de los Contratos de Construcción EPC. Sostiene que los contratos EPC se encuentran regidos por el derecho privado sin que la ex Secretaría de Energía haya tenido injerencia o participación alguna en su celebración y ejecución. Asimismo, Odebrecht evidencia estar en conocimiento de la presente causa penal y señala que lo indicado por V.S. en el auto de procesamiento sería falso (ver página 75 último párrafo).

Odebrecht omite señalar en la Demanda de Arbitraje que ha percibido \$8.888.199.523 del Fideicomiso Financiero de Obra Gasoducto Norte 2006-2008 y \$9.553.778.822 del Fideicomiso Financiero de Obra Gasoducto Sur 2006-2008, lo que arroja **un total de \$18.441.978.345 en el marco de los Contratos de Construcción EPC**, de cuyas irregularidades en los diversos actos que culminaron en la suscripción de los mismos se ha expedido V.S. en el auto de procesamiento de fecha 28 de marzo de 2018.

El monto referido incluye los pagos de ambos fideicomisos de financiación (CAMESA y ALBANESI) lo que resulta pertinente destacar a VS. Esto por cuanto parte del reclamo en la demanda incluye obligaciones que en origen podían corresponder a Rafael G. Albanesi SA.

Sin perjuicio que, en relación con este fideicomiso, rigen las mismas consideraciones que para el de CAMMESA (en punto a la irregularidad de sus contrataciones y al disimulo de una relación jurídica estatal, como se desarrollará), lo cierto es que las obligaciones y títulos pendientes de aquél, pasaron a la sociedad de participación estatal conforme el documento de Contrato de Cesión de Derechos de Capacidad de Transporte Firme de Gas de fecha 22 de noviembre de 2013.

Ante ello se impone a esta parte querellante la obligación de poner en evidencia ante V.S. la situación descrita a los efectos de que se disponga el dictado de una medida cautelar que impida la continuidad del proceso arbitral que pretende llevar adelante Odebrecht, a la espera del resultado de la presente investigación penal, a los efectos de evitar que puedan continuar consumándose beneficios irregulares a favor de dicha empresa (como por ejemplo derivar la discusión de los contratos EPC a un tribunal de arbitraje) en perjuicio del patrimonio estatal comprometido, directa o indirectamente a través de los Fideicomisos organizados por el Estado Nacional.

2) Los hechos y la competencia de V.S.

En estos actuados se encuentra incorporada la causa 7239/16 que tuvo su origen en la denuncia efectuada por el presidente de Nación Fideicomisos S.A. La denuncia fue realizada en base a distintos informes, conclusiones y observaciones realizadas por la Auditoría General de la Nación y por la Sindicatura General de la Nación, en la que el denunciante alegó una serie de irregularidades advertidas durante la etapa de ejecución de las obras y destacó que en el mencionado proceso se habría generado un apartamiento de las disposiciones legales vigentes, habiéndose creado al efecto procedimientos especiales para eludir los sistemas de contratación y control que resultaban aplicables al sector público, colocando de este modo en situación de ventaja a la Odebrecht.

V.S. definió oportunamente la hipótesis criminosa bajo consideración del Tribunal, según la cual, a partir de la constitución en el ámbito del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios del programa denominado "Fideicomiso de Gas –Fideicomisos Financieros (resolución N° 185/2004) y la aprobación del "Plan de Acción para la Ampliación de la Capacidad de Transporte de Gas Natural 2006 (resolución N°608/05) y en el marco de un esquema de delegaciones constituido por numerosísimos actos de la Administración Pública –con intervención de la ex Secretaría de Energía, la ex Subsecretaría de Combustibles, entre otros- se arribó a la suscripción del contrato EPC celebrado el día 6 de diciembre de 2006 entre CAMMESA, empresa de gestión privada con propósito estatal, y la constructora Odebrecht, como contratista, beneficiando a esta última por sobre otras empresas contendientes.

En el auto de procesamiento de fecha 28 de marzo de 2018 entiende V.S. que las irregularidades señaladas a lo largo de dicha resolución respecto de diversos actos que culminaron, el 6 de diciembre de 2006, en la suscripción del contrato de EPC entre CAMMESA y Odebrecht para la realización de obras correspondientes al "Plan de Ampliación de Gasoductos 2006-2008", revisten relevancia penal.

En efecto, parafraseando la resolución de VS, ha quedado en evidencia a lo largo de este proceso judicial cómo el ex Ministro de Planificación Julio De Vido y otros ex funcionarios de distintas áreas bajo su órbita: Secretario de Energía, Subsecretario de Energía Eléctrica y Subsecretario de Combustibles, se valieron de un intrincado sistema de normas y delegaciones de facultades que derivaron en la contratación de la firma Odebrecht por parte de CAMMESA en el marco de la ampliación de los gasoductos TGS y TGN (obras 2006 – 2008) y cómo esos funcionarios desviaron mediante distintos actos la voluntad negocial del Estado para favorecer indebidamente a la firma.

También, se acreditó que la empresa celebró tratativas prohibidas con funcionarios públicos con anterioridad y por fuera del proceso de con-

currencia simulada que luego se montó, extremo que desbarata la idea de que se trató de una negociación privada con una sociedad anónima (CAMMESA) y de que Odebrecht participó en los concursos TGN 1/05 y TGS 2/05 en forma regular.

Además, la primera de las circunstancias antedichas –la negociación con CAMMESA- se hizo por cuenta y orden del Estado Nacional (mediante normativa y modificación ad hoc de su estatuto). Tan es así que los pliegos de ambos concursos (TGS y TGN) fueron modificados en virtud de recomendaciones y señalamientos realizados por la empresa.

En esa línea es que esta Oficina como querellante procuró extender aún más la atribución de responsabilidad, promoviendo ante la Excm. Cámara Federal que el procesamiento incluya a Luis Alberto Beuret y Julio Armando Bragulat.

Por su parte, CAMMESA es una sociedad anónima que para preservar su rol inicial de controlador del despacho físico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI) y administrador del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) fue constituida por los diferentes participantes: generadores, transportadores, distribuidores, grandes usuarios y el Estado Nacional, cada uno con el 20% del paquete accionario de la firma; aunque el Estado Nacional mantiene una participación especial en el directorio que le otorga cierto control, emite órdenes en atención a lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 24.065 y le realiza transferencias de fondos públicos para la ejecución de diversos cometidos públicos (subsidios, asegurarse suministros críticos frente a la escasez, etc.). Por ello, si bien se estructura como una sociedad comercial, como bien señaló VS en el auto de procesamiento, se encuentra más cerca de ser un ente autárquico del Estado que una sociedad comercial.

Su elección como delegado de la función estatal -formular las ofertas irrevocables en los concursos- como bien se indicó en esa resolución del 28 de marzo, se hizo a favor de su estructura de sociedad comercial y de la posibilidad formal que brindaba de no aplicar en sentido estricto la normativa de obras públicas, de procedimiento administrativos y los controles del Estado a través de la SIGEN y la AGN.

Así, como V.S. indicó en su resolución, la firma del contrato EPC el 6 de diciembre de 2006 se hizo sobre la ardidosa y deliberada confusión entre lo público y lo privado; proyecto que de todos modos había contado con la previa revisión y aprobación de la ex Secretaría de Energía.

Como se indicará, luego CAMMESA, en su carácter de fiduciante, cedió sus derechos y obligaciones del contrato firmado con Odebrecht a NFSA, cediéndole su calidad de comitente para que el fiduciario transfiera la obra al fideicomiso de obra respectivo.

En relación causal con esto, el negocio ruinoso así estructurado tuvo como contrapartida el pago de sobornos a los funcionarios públicos con capacidad de decisión. Esta conducta, violatoria de los arts. 256 y 258 del Código Penal, conlleva otra causal de nulidad de los contratos, que será ratificada como consecuencia de los procesos judiciales en marcha.

El proceso penal de conocimiento de estos hechos ha quedado circunscripto a la causa n° 18.670/17 del Juzgado Federal Criminal y Correccional 8 Secretaría 16. No obstante la división funcional de los procesos, entiendo VS que conceptualmente los sucesos están vinculados, en especial si se atienden desde el punto de vista del interés estatal.

Y sin perjuicio del avance de esa investigación y de otras vinculadas, lo cierto es que el cohecho está reconocido oficial y extraoficialmente por la empresa.

En primer lugar y conforme surge de la causa, Odebrecht suscribió el Plea Agreement -Cr. No. 16-643 (RID) con la Sección Fraudes de la División Criminal del Departamento de Justicia y la Oficina de Fiscales del Distrito Este de New York, de los EEUU (al que se le relacionan los documentos de acusación Information Cr. No. 16-643 (RJD) y la nota JMK:JN/AES - F. #2016R00709 del 11 de abril de 2017 -Case 1:16-cr-00643-RJD Document 15 Filed 04/11/17- T. 18, U.S.C., §§ 371 and 3551 et) por el que reconoció el pago de sobornos, entre otros países, en Argentina, cuando menos en el período 2007/2014 y por una suma global de U\$S 35 millones.

El pago de sobornos así reconocido, se ratifica con el rigor propio de la etapa procesal, en la causa que mencionamos y en la causa n° 1614/16 del Juzgado Federal Criminal y Correccional 7, Secretaría 13.

En la primera de ellas el Fiscal ha requerido la instrucción en punto al pago de sobornos tanto para este negocio como para la obra de soterramiento del Ferrocarril Sarmiento (Causa 2885/16). Y por esta última obra, el juez ha llamado a indagatoria a Julio De Vido, Roberto Baratta, Pablo Emilio Campi, Rafael Enrique Llorens, José López, Ricardo Raúl Jaime, Juan Pablo Schiavi, Manuel Vázquez, Julio Tito Montaña, Carlos Guillermo Astudillo, Emilio Javier Alzaga, Nelson Ariel Lucentini, Hugo Marcelo Vallone, Hugo Martínez, Graciela E. Cavazza, Pedro Ochoa Romero, Horacio Faggiani, Carlos Retuerto, Fernando Cortes, Osvaldo F. Biset, Yolanda M. Eggink, Valeria Pomodoro, Enrique María Filgueira, Ángel Antonio Calcaterra, Santiago Ramón Altieri, Pablo Guillermo Previde, Manuel España, Javier Sánchez Caballero, Eduardo Fernández, Diego Alonso Hernández, Alejandra María Kademian, Diego Luis Pugliesso, Roberto Fabián Rodríguez, Flavio Bento da Faria, Alenxandre Assaf Abo Assali, Mauricio Couri Ribeiro, Rodney Rodríguez de Carvalho, Luiz Antonio Mameri, Marcelo Odebrecht, Hilberto Mascarenhas Da Silva, Ricardo

Vieira, Héctor Ramón Castro, Juan José Rampoldi, Gianvincenzo Coppi, Mario Blanco, Ricardo Dina, Mario Cenciarini, Ignacio Soba Rojo y Jorge Ernesto Rodríguez (<https://www.cij.gov.ar/nota-29954-Resoluci-n-del-juez-Mart-nez-de-Giorgi-en-la-causa-por-el-soterramiento-del-tren-Sarmiento.html>).

En la segunda, que investiga la participación Odebrecht y otras empresas en dos contratos suscriptos con Aguas y Saneamiento Argentinos S.A. (AYSA) contra el pago de sobornos, se ha dictado auto de procesamiento por administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública contra : Carlos Humberto Ben, Oscar Raul Biancuzzo, Carlos María Donnoli, Carlos Di Somma, Antonio Ernesto Caucino, Aldo Benito Roggio, Tito Biagini, Carlos Wagner, Eduardo Miguel Blomberg, Conrado Martin, Pedro Antonio Casiraghi, Lucas Patricio Cesa, Diego Luis Pugliesso, Roberto Fabián Rodríguez, Gustavo Dalla Tea, Miguel Cabanne, Raul Batallán, Sergio Chividini, Jaime Juraszek Junior. Además se dispuso el llamado a indagatoria de Marcelo Odebrecht y Antonio Marques (<https://www.cij.gov.ar/nota-30191-Caso-Odebrecht--el-juez-Casanello-proces--a-exautoridades-de-AySA-y-a-empresarios-y-cit--a-indagatorias.html>).

Cabe resaltar que el Juez resolvió decretar el embargo sobre los bienes y dinero de CONSTRUCCIONES NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL ARGENTINA por la suma de quinientos setenta y cuatro millones de pesos (\$ 574.000.000) en los términos del art. 518 del CPP y se resolvió: Disponer la prohibición de cualquier inscripción que implique la venta de bienes o activos, el desmembramiento y/o modificación del estatus jurídico de la empresa Construcciones Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Argentina, ya sea través de la transferencia de paquetes accionarios, escisiones, fusiones y todo otro tipo de reorganización, como así el cambio de sede social siempre que implique la modificación de jurisdicción de los Órganos de Control (Conf. art. 230 CPCC).

A la vez y en paralelo se ha convocado a declaración indagatoria por el esquema de pagos de sobornos efectivamente comprobados, a Jorge Ernesto Rodríguez, Osvaldo Roberto Gandini, Marcos Samuel Sankowicz, Carlos Dentone Loinaz, Martín Molinolo Menafrá, Pablo Antonio Correa Calcagno, Julio Miguel De Vido, Roberto Baratta, José Francisco López, Carlos Humberto Ben, Raúl Biancuzo, Fabián López, Edigardo Atilio Bortolozzi, Aldo Benito Roggio y Tito Biagini.

La publicación de las declaraciones dadas en delación premiada entre otros de Marcio Faria, van en el mismo sentido.

De otro lado, la empresa Odebrecht ha ratificado en presentaciones públicas su reconocimiento de haber pagado sobornos en los negocios en el país (<https://www.infobae.com/politica/2018/05/19/odebrecht-rompe-el>

silencio-en-argentina-estamos-colaborando-con-la-justicia-local-para-esclarecer-los-hechos-de-corrupcion).

El tercer pilar de ilicitud de los negocios que incluyen a Odebrecht y en particular el contrato de EPC en que pretende basar su reclamo, radica en la verosimilitud acerca de la existencia de sobrepuestos y sobre costos que causaron un perjuicio al Estado a través de los entes y sociedades vinculadas intervinientes.

En tal sentido, en lo que respecta al EPC de CAMMESA, el titular del Juzgado 8 del fuero a instancias del Fiscal Federal y de lo promovido inicialmente en la querrela de la Oficina Anticorrupción, dio formal intervención a la Procuraduría de Investigaciones Administrativas para que realice un examen del “devenir de la fase ejecutiva de los contratos” de ampliación de las redes troncales de transporte de gas a efectos de establecer la magnitud de los sobrepuestos y la existencia de fraude y consecuente perjuicio (providencia del 28/5/18 en la causa 18670/17 “Constructora Norberto Odebrecht s/ cohecho”).

3) Resoluciones en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional

Como consecuencia de lo que se viene decidiendo, el Estado Nacional dictó actos administrativos tendientes a la protección de su interés.

Además de promover las querrelas criminales pertinentes, se destacan dos resoluciones:

- (i) La Resolución RESOL-2016-224-E-APN-MEM del Ministerio de Energía de fecha 13 de Octubre de 2016. En ella se dispuso instruir a CAMMESA) a requerir a NFSA, en su carácter de Comitente del CONTRATO EPC celebrado entre CAMMESA y la firma CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT SOCIEDAD ANÓNIMA con fecha 6 de diciembre de 2006 que proceda a tomar todas las medidas necesarias para su rescisión y a requerir a la Contratista el cese de toda actividad con motivo del citado Contrato. Al mismo tiempo ordenó requerir a la Contratista la transferencia a NFSA de todos los activos, documentación e información de propiedad del Comitente o de los Fideicomisos de Financiamiento y los Fideicomisos de Obra.

Para eso en sus considerandos tuvo en cuenta que “mediante Nota de fecha 31 de mayo de 2016, NACIÓN FIDEICOMISOS SOCIEDAD ANÓNIMA (NAFISA) notificó a este Ministerio la radicación de una denuncia penal por presuntas irregularidades detectadas por sus auditores internos y en virtud de los Informes producidos por la

SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN y la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN”, y que la AGN había señalado diversas irregularidades (Actuación AGN 188/12).

En definitiva consideró que “...debido al estado de incertidumbre creado por las circunstancias descritas, continuar con la finalización y remediación de esa obra a través del CONTRATO EPC CAMMESA implicaría la validación de valores contractuales que han sido motivo de cuestionamientos y que forman parte de la denuncia penal formulada por NACIÓN FIDEICOMISOS SOCIEDAD ANÓNIMA (NAFISA)”; y en su lugar adoptar las medidas “...necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas legales aplicables y evitar perjuicios para el ESTADO NACIONAL...”.

- (ii) La resolución 6/2017 del CONSEJO DEL REGISTRO NACIONAL DE CONSTRUCTORES Y FIRMAS CONSULTORAS DE OBRAS PUBLICAS que resolvió suspender de modo preventivo la tramitación del certificado de Capacidad de Contratación Anual para la Licitación de Odebrecht.

Para ello tuvo en cuenta las prácticas corruptas que están ratificadas ante la presencia de fuertes indicios, que “*resultan incluso de la documentación aportada por la propia empresa*”.

V. FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN.

Tal y como surge de los presentes obrados, las maniobras investigadas involucran la intervención de diversos organismos del ámbito de la Administración Pública Nacional.

Por su parte, la Demanda de Arbitraje persigue el cobro de sumas de dinero cuya génesis encuentra fundamento en las acciones ilícitas bajo investigación en los presentes obrados.

En consecuencia, en los términos del artículo 16 de la Ley 26.854 y sus concordantes y complementarias, vengo a solicitar a V.S. la protección cautelar de los intereses del Estado, solicitando se ordene la suspensión del proceso en curso ante el Tribunal de Arbitraje y/o cualquier otro expediente, presente o futuro, en el cual Odebrecht pretenda ejecutar la cláusula de prórroga de jurisdicción y el cobro de sumas de dinero de parte del Estado, en base a los contratos EPC investigados en estas actuaciones.

VI. PROCEDENCIA SUSTANCIAL.

Tal y como se acredita a continuación, en el presente caso se cumplen los extremos requeridos a efectos de ordenar la protección cautelar de los intereses del Estado aquí solicitada.

1.- Garantía constitucional y convencional de tutela efectiva frente a las consecuencias de un delito de corrupción contra el Estado.

Repudia una noción básica de justicia y equidad, el hecho de que alguien pretenda sacar rédito a costa del interés público con fuente en una actividad delictiva, lo que es más grave cuando el pretense beneficiario es quien estructuró su propia organización para esos fines espurios, como surge en el caso de la hipótesis reconocida por Odebrecht en los EEUU.

Tiene dicho la Excma. Cámara Federal que “Es un principio reconocido en todas las tradiciones jurídicas la noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas y de que el delito comprobado no rinda beneficios (cfr. Jorge, Guillermo, “El decomiso del producto del delito”, en “Recuperación de activos de la corrupción” del mismo autor, 1° Edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2008, cap. 3, ps. 67/106; CNCP, Sala IV, “Alsogaray, María Julia”, 9/6/05; en especial, voto del Dr. Hornos y del Dr. David; CFed, Sala I, en composición anterior, c/n° 33.477, “Glavina, Bruno s/ denegación de medida cautelar solicitada”, rta. El 6/11/01, Reg. N° 1062; estos principios, por lo demás, fueron tenidos en cuenta por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes en que se estudiaron los fundamentos de la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente) –C.C.C.F Sala I, Causa N° 43.214 “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo” Reg. N°: 819.

Se trata de la extensión lógica a fortiori de la manda del art. 23 del C.P., en cuanto prevé que en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en el Código Penal o en leyes especiales, ella decidirá el decomiso de las ganancias que son el producto o el provecho del delito, el cual podrá alcanzar a personas de existencia ideal, cuando se hubiese beneficiado en razón de esas ganancias y el autor o los partícipes del delito hubiesen actuado como sus órganos, miembros o administradores (párrafos 1 y 3).

Sin embargo en un caso como el que nos ocupa, la base normativa reconoce además y de manera primordial, origen constitucional y convencional.

La manda del artículo 36 de la CN resulta fundante del valor primordial que tiene en nuestra organización republicana, la lucha contra la corrupción en perjuicio del Estado y la defensa del interés público. Su ubicación y contenido importa establecer que la inteligencia correcta de todas las normas inferiores, solo puede ser aquella que sea sostén de su cumplimiento, y que la

repudian todas las que por formalistas, restrictivas o rigoristas, neutralicen los recursos e instrumentos aptos para su consecución.

En el mismo orden, en lo específico, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – ratificada por Ley N° 26.097, del 9/6/06- en especial, su art. 31, incs. 1, 2, 4, 26 y 34-.

En efecto, la Convención establece, en su artículo 1, que cada Estado parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico, las medidas necesarias para autorizar el decomiso del producto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención (o de bienes cuyo valor corresponda al del producto) y de los equipos o instrumentos destinados o utilizados a la comisión de esos delitos. Sin perjuicio de lo prescripto por el art. 26 respecto del compromiso de avanzar en materia de responsabilidad de las personas jurídicas –penal, civil o administrativa- en orden a los delitos tipificados según la Convención, el art. 34, bajo el título: "consecuencias de los actos de corrupción", establece que, con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción y, en ese contexto, podrán considerar a esta última un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Una y otra norma (nacional y supranacional) se iluminan del mandato retributivo de reponer las cosas al estado anterior a la comisión del delito y de evitar que su perpetración no produzca beneficios (arts. 29, inc. 1 y 32 del CP). De allí que la extensión de las medidas tuitivas a personas jurídicas no se traduce en la atribución de responsabilidad penal, sino en la necesidad de evitar, en caso de recaer una sentencia de condena, la consolidación del provecho o beneficios del delito.

Frustraría el mandato, el conceder a una relación jurídica derivada del delito, efectos aunque sea parciales y temporales que pueden acarrear perjuicio al Estado y a otorgar beneficios a los autores directos de prácticas corruptas o a sus mandantes.

En esa situación, como se viene diciendo y se desarrollará, la sola interposición de la demanda genera al Estado un perjuicio que no debería soportar.

Pero lo que lo coloca en estado de indefensión es la prórroga de competencia prohibida a un Tribunal Arbitral, que reconoce su fuente en una de las cláusulas del contrato insanablemente nulo.

Desde otro punto de vista, lo que tal demanda y su consecuente prórroga de competencia legalmente prohibida pretenden, es la tutela por el

derecho de una actividad delictiva, ejercicio irregular de una facultad subjetiva que no puede ser protegida por el sistema de justicia constitucional.

En tales circunstancias, la actividad cautelar pretendida tiene su base convencional en la tutela del acceso a la jurisdicción y de tutela efectiva (art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en función del artículo 75 inciso 22 de la CN).

Por ello, no resulta válido imponer más condiciones ni exigencias que las que marca la ley reglamentaria, cualesquiera que sean los efectos concretos de las medidas.

Esta garantía debe proteger los intereses de todas las partes del proceso, incluso los del Estado en cuanto tal, por aplicación del principio de igualdad de armas.

Se sostuvo que si el Código Procesal Penal de la Nación reconoce personería para actuar en juicio criminal por delito de acción pública al particular ofendido (Art. 82), su derecho debe ser examinado a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de Fallos: 286:266, en donde se consideró que "todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el Art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución. No se observa, en efecto, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude a un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho -así fuere el de obtener la imposición de una pena- y el de quien se opone a tal pretensión, pues la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate (los casos de Fallos: 307:484 y 312:2480, entre otros, son ejemplo de la vigencia de esta doctrina)".

2.- Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad – Peligro en la demora.

Atento a haberse notificado a NFSA la demanda incoada por la constructora en fecha 23 de mayo del 2018, se encuentran corriendo los 15 días hábiles fijados por el Tribunal de Arbitraje para la contestación del traslado, cuyo plazo vence el día 14 de junio de 2018.

Ahora bien, la cláusula arbitral se encuentra pactada en los Contratos EPC como asimismo en los Fideicomisos Financieros cuyos actos

preparatorios se encuentran bajo sospecha en esta causa, todo lo cual implica que la voluntad negocial se encontraba viciada al tiempo de celebrarse los contratos EPC.

Como quedó expuesto en el capítulo anterior, Odebrecht en la Demanda de Arbitraje omitió referirse a sus negociaciones con las autoridades públicas que fueron determinantes para la celebración de los contratos EPC. Por el contrario, sistemáticamente sostuvo que los contratos se celebraron entre partes privadas sin injerencia de las autoridades públicas.

El avance de las actuaciones arbitrales implicará una continuidad de los efectos del delito que se investiga en las presentes actuaciones que debe ser prevenido con el dictado de la medida cautelar que se solicita.

Las negociaciones incompatibles de los funcionarios públicos procesados en autos beneficiaron a Odebrecht. Producto de esos beneficios se celebraron los contratos EPC. Con fundamento en esos contratos EPC Odebrecht demandó en sede arbitral a los Fideicomisos de Financiamiento para la ampliación de gasoductos y a NFSA por una suma del orden de los \$ 1.500.000.000.

Las características de la relación jurídica subyacente a la celebración de los contratos EPC y de los Fideicomisos de financiamiento a la ampliación de gasoductos, determina que el Estado Nacional deba ser parte necesaria en cualquier controversia con Odebrecht que tuviera su origen en las obras de ampliación de gasoductos (CAMMESA con fondos aportados por el Tesoro Nacional destinó la suma de \$ 21.533.324.065).

El Estado Nacional, que no es formalmente parte en los contratos EPC y en los Fideicomisos de Financiamiento de la ampliación de los gasoductos, se encuentra igualmente legitimado para concurrir en procura de tutela judicial efectiva en el caso de autos.

Por lo tanto, más allá de la causa ilícita de los contratos EPC, de mantenerse la sede arbitral, la discusión será parcial y sesgada en beneficio de Odebrecht porque no podrán ventilarse con amplitud de debate las cuestiones de naturaleza penal y de reparación de daños y perjuicios que el Estado Nacional en sentido lato mantiene respecto de Odebrecht.

Además, si el procedimiento arbitral continuara hasta el dictado del laudo arbitral, se configurará un escándalo jurídico. Por un lado existirá un laudo arbitral que, fundado en un contrato determinado (EPC) podría condenar a CAMMESA o a los Fideicomisos de Financiamiento o al Estado Nacional a indemnizar a Odebrecht. Pero, por otro lado, existirá una sentencia penal que declarará que la negociación de esos contratos EPC se encuentra gravemente viciada al derivar del delito de negociaciones incompatibles con la función pública.

El interés jurídico actual y concreto se configura en el caso en tanto Odebrecht con su pretensión: (i) afectará la ecuación económica financiera de las obras de ampliación de la red de gas, en clara contradicción con la política económica nacional en materia de servicio público de gas e hidrocarburos; (ii) interferirá de manera manifiesta sobre los fines específicos del establecimiento de utilidad nacional constituido por las obras involucradas en los contratos EPC y en los Fideicomisos respectivos; (iii) violentará el interés nacional que conllevan esas obras; y (iv) perjudicará, en última instancia, a los usuarios del servicio público de gas que deben contribuir con los cargos específicos creados para el repago de las obras.

Es por tales razones que se hace imperioso el dictado de la medida cautelar que se solicita en esta presentación.

3. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada

La verosimilitud en el derecho surge palmariamente del punto II del presente y de todo lo hasta aquí expuesto, demostrando que en el caso se configura mucho más que el *fumus bonis iuris* requerido para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Así, de verificarse en el presente proceso la comisión de los delitos imputados, ello traerá aparejada –entre otros efectos- la nulidad de los instrumentos en los que se funda (i) la solicitud de intervención del Tribunal de Arbitraje y (ii) la pretensión resarcitoria interpuesta por Odebrecht y/o de los actos ejecutados en su consecuencia.

En virtud de los ilícitos penales subyacentes a la celebración de los contratos EPC, el Tribunal Arbitral no podrá ni deberá entender en la Demanda de Arbitraje. Ello es así, puesto que “las cuestiones que afectan el orden público no pueden ser sometidas a juicio arbitral”¹. La Corte Suprema de Justicia, así lo tiene dicho en forma reiterada: “*la libertad para contratar la solución arbitral en caso de diferencias tiene, sin embargo, un límite y es el de que no pueden serle sometidas las cuestiones que afectan el orden público o social*”².

Los requisitos que hacen válida una eventual prórroga como la pretendida, fueron analizados por la CSJN en “Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c/ Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas

¹ CNCom. Sala C “CRI Holding Inc. Sucursal Argentina c/ Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia Explotación de Petróleo S.A.” sentencia del 10 de mayo de 2010, publicada en LL 2011-A-555.

² CSJN, 16.8.37, “Cia. Italo Argentina de Electricidad v. la Nación s. constitución de tribunal arbitral”, Fallos 178:293

en liquidación S.A. e I. y Nucleoeléctrica Argentina S.A.". En ella se sostuvo que "...según tiene dicho esta Corte, no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca (Fallos: 152:347; 160:133; 194:105 y 235:940)

Por ello y "...En virtud de este carácter extraordinario es que no cabe hacer extensiva la jurisdicción arbitral a aspectos que no se encuentren contemplados en las normas que habilitan su intervención (Fallos: 133:61)" (Considerando 4°).

De continuar el arbitraje, Odebrecht podría obtener un laudo que haga cosa juzgada respecto de los reclamos que el Estado Nacional tiene para perseguir la reparación patrimonial vinculada con los hechos investigados en autos.

La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos "YPF S.A. c/ AES Uruguaiana Emprendimientos S.A. y otros s/ recurso directo de organismo externo", por sentencia del 7 de octubre de 2014, dispuso la suspensión de un proceso de arbitraje en función del interés público existente en el caso, donde se discutían las consecuencias de incumplimientos a contratos de suministro de gas natural.

4. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal – La inexistencia de otra medida

De todo lo hasta aquí expuesto deviene insoslayable la vinculación del reclamo impetrado por Odebrecht ante el Tribunal Arbitral con los delitos investigados en autos, resultando evidente la necesidad del dictado de una medida de no innovar a los efectos señalados.

En este sentido, cabe en este punto vincular las irregularidades advertidas en autos, las cuales habrían generado un apartamiento de las disposiciones legales vigentes -colocando de este modo en situación de ventaja a Odebrecht- con el artículo 1014 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual determina la nulidad de los contratos concluidos por motivos ilícitos.

Ello, en tanto que el resultado de los presentes obrados podría resultar determinante de la legitimidad del reclamo interpuesto ante el Tribunal de Arbitraje. Como fuere anteriormente señalado, de mantenerse la discusión en sede arbitral, dicha discusión será parcial y sesgada, claramente en beneficio de Odebrecht, en tanto no podrán ventilarse allí con amplitud de debate las cuestiones de naturaleza penal y de reparación de daños y perjuicios que el Estado en sentido lato mantiene con ésta.

Finalmente, se señala que atento a los plazos en curso y la premura del caso, resulta la vía intentada la más idónea a efectos de evitar mayores perjuicios a los intereses del Estado.

VII. CASO FEDERAL.

La raíz constitucional y convencional del pedido cautelar que aquí se efectúa y que fue desarrollada más arriba (arts. 36, 75 inciso 22 CN, 25 CADH y 1 y cctes UNCAC) impone dejar planteado desde el inicio el pertinente Caso Federal (art. 14 Ley 48).

A la vez, a nuestro juicio se verifica un supuesto de gravedad institucional como lo ha definido la CSJN -cuando el asunto trasciende el interés de las partes comprometiendo a toda la comunidad, están comprometidas las instituciones básicas de la Nación (Fallos 289:36; 292:229 y 307:973), o su buena marcha de las instituciones (Fallos 300:417)-; que se agrava por el efecto deletéreo en términos éticos que un absurdo como el pretendido por Odebrecht tendría en las normas de convivencia general, atento la penetración que la temática y el asunto particular tienen en la opinión pública.

VIII. DOCUMENTAL.

Se acompaña la siguiente:

- a) Copia de la demanda presentada por la firma CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en autos caratulados: "CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. C/NACION FIDEICOMISOS S.A. S/ COBRO DE SUMAS DE DINERO" (EXPTE.Nº1221/18).
- b) Resolución N° 6/2017 del Consejo del Registro Nacional de Constructores y firmas Consultoras de Obras Públicos de fecha 3 de julio de 2017.
- c) Resolución RESOL-2016-224-E-APN-MEM de fecha 13 de octubre de 2016, suscripta por el Ministro de Energía y Minería.
- d) NOTA- 2018-00000056-NAFISA. de fecha 4 de junio de 2018 remitida a la Sra. Secretaria de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción.
- e) Contrato de cesión de derechos de capacidad de transporte firme de gas natural, celebrado entre Rafael G. Albanesi S.A y Cía. Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A y Nación Fideicomisos S.A de fecha 22 de noviembre de 2013.

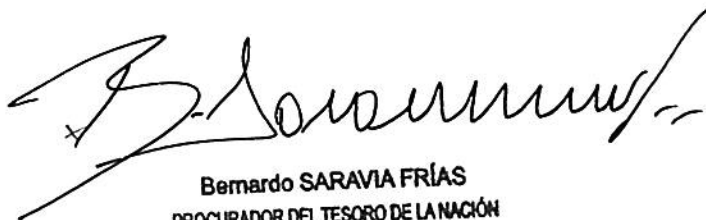
IX. PETITORIO.

En razón de todo lo expuesto, solicitamos a V.S. que decrete una medida cautelar por la que se ordene al Tribunal de Arbitraje, con domicilio en la calle Sarmiento N°299, piso 1° de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suspender la prosecución de los autos caratulados "CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. C/NACION FIDEICOMISOS S.A. S/COBRO DE SUMAS DE DINERO" (EXPTE.N°1221/18) y/o cualquier otro expediente, presente o futuro, en que Odebrecht demandare a Nación Fideicomisos S.A. con motivo de los Contratos de Construcción EPC y/o los Fideicomisos de Gas involucrados en estos obrados .

Proveer de conformidad,
SERÁ JUSTICIA



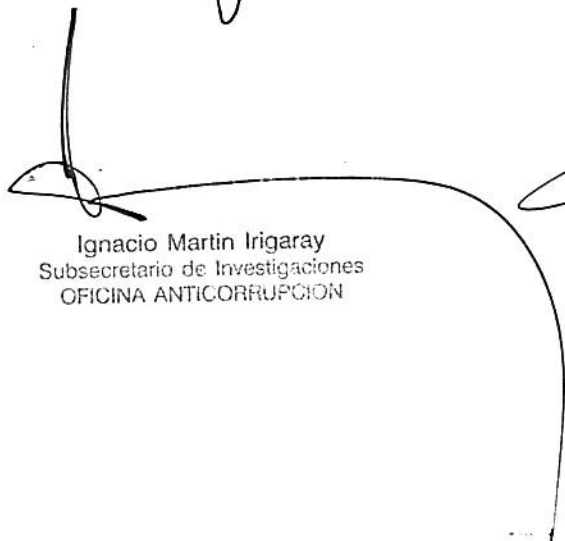
LAURA ALONSO
Secretaría de Ética Pública, Transparencia y
Lucha contra la Corrupción
Oficina Anticorrupción



Bernardo SARAVIA FRÍAS
PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN



MARÍA VALERIA MOGLIANI
Subsecretaria Legal
Ministerio de Energía y Minería



Ignacio Martín Irigaray
Subsecretario de Investigaciones
OFICINA ANTICORRUPCIÓN



Dr. SERGIO O. ALEO
ABOGADO
T°75 F°102 C.P.A.C.F.



do/06/2018.

