

Tribunal Arbitral Prohibicion De Innovar Justicia Penal

JURISPRUDENCIA

Tribunal arbitral. Prohibición de innovar. Justicia penal

Se

hace lugar a la prohibición de innovar peticionada por la Oficina Anticorrupción, y se ordena al Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires que suspenda la prosecución del trámite de cualquier expediente en que la ?Constructora Odebrecht? demande con motivo de los Contratos de Construcción y/o los Fideicomisos de Gas hasta la conclusión del presente proceso penal.

Buenos Aires, 8 de junio de 2018. Autos y vistos Para resolver en el presente expediente 13.404/2007/13 caratulado ?Incidente de Medida Cautelar? promovido por la Oficina Anticorrupción, del registro de la Secretaría n° 5 del Tribunal; y, Considerando I. La solicitud de la Oficina Anticorrupción Las presentes actuaciones tienen su origen en la presentación formulada en fecha 6 de junio de 2018 por 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; Ignacio Martín Irigaray, Subsecretario de Investigaciones Anticorrupción del citado organismo; Sergio Orlando Aleo, investigador de la Dirección de Investigaciones precitada; conjuntamente con el Ministerio de Energía y Minería de la Nación, representado por la Dra. María Valeria Mogliani en su carácter de Subsecretaria Legal, y con el patrocinio legal del Sr. Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Bernardo Saravia Frías (Decreto N° 313/17, B.O. 04/05/17) -fs. 1/10-. La Oficina Anticorrupción, parte querellante en estos obrados, requirió que este Tribunal decrete una medida cautelar que tenga por objeto ordenar al Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, suspenda la prosecución de los autos caratulados ?CONSTRUTORANORBERTO 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. La orden de suspensión de las actuaciones arbitrales en trámite tendría por efecto, en la inteligencia de los peticionantes, hacer cesar los efectos del delito objeto de esta investigación, e impedir que se consumen consecuencias perjudiciales. II. La opinión del Sr. Fiscal Recibido el planteo se corrió vista al Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal -fs. 11-. El Dr. Federico Delgado dictaminó a fs. 12 de la presente incidencia en sentido favorable a la pretensión de la querella. El Fiscal consideró acertado el criterio de la O.A. ?en tanto tiene como objeto desarticular un reclamo dinerario de parte de la multinacional brasileña, por el supuesto incumplimiento del contrato aludido, celebrado en connivencia con funcionarios que actuaron ilegalmente?. Asimismo, se puso de relieve que la actuación del organismo peticionante se ajusta a los lineamientos de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción -incorporada por ley 26.697-, en particular en lo reglado por el art. 34 en el que se estableció que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, ?adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción 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?. III. Antecedentes relevantes De modo previo adentrarnos en el tratamiento de la cuestión traída a decisión del Tribunal, entiendo necesario destacar algunos antecedentes relevantes. III.a. La rescisión de los contratos con Odebrecht. El primer antecedente destacable es la Resolución-2016-224-E-APN-MEM del Ministerio de Energía y Minería de la Nación de fecha 13 de octubre de 2016 por medio de la cual el Ministro de Energía dispuso instruir a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima -CAMMESA- que le requiera a Nación Fideicomisos Sociedad Anónima -NAFISA-, en su carácter de comitente del Contrato EPC que fuera celebrado entre CAMMESA y la Constructora Norberto Odebrecht Sociedad Anónima el día 6 de diciembre de 2006, que proceda en forma inmediata a tomar todas las medidas necesarias para rescindir el contrato mencionado y a peticionar a la empresa constructora que cese con todas las actividades originadas a partir de ese contrato a excepción de las acciones necesarias para la protección de las personas, bienes y la seguridad del medio ambiente. Asimismo, se ordenó requerir a la Contratista la transferencia a Nación Fideicomisos Sociedad Anónima de todos los activos, documentación e información de propiedad del Comitente o de los Fideicomisos de Financiamiento y los Fideicomisos de Obra afectados a las obras de ampliación de los gasoductos. También, se resolvió que CAMMESA le indicara a Nación Fideicomisos Sociedad Anónima que, en cumplimiento de las instrucciones impartidas, tome todos los recaudos que sean necesarios para el resguardo de los derechos e intereses de CAMMESA y del Estado Nacional. III.b. El auto de procesamiento adoptado en autos En segundo lugar, en fecha 28 de marzo del corriente año este Tribunal dispuso procesar a Julio Miguel de Vido por considerarlo prima facie cómplice necesario del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (arts. 45,55 y 265 del Código Penal; y 306, 308, 310 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación), y a Daniel Cameron, Bautista Jacinto Marcheschi y Cristian Folgar por considerarlos prima facie

autores del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (arts. 45, 55 y 265 del Código Penal; y 306, 308, 310 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación). Se le reprochó a Cameron, Folgar y Marcheschi la coautoría en las maniobras que, en ajenidad a los intereses de la Administración, culminaron con la suscripción del contrato que benefició a la empresa Odebrecht en perjuicio de los Intereses del Estado Nacional. En cuanto a Julio Miguel de Vido, se lo consideró cómplice necesario en los términos del art. 45, C.P., al no resultar aceptable la posibilidad de que quien fuera Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y tuviera a su cargo las responsabilidades que le asignara el decreto PEN n°180/04- hubiese simplemente delegado sus funciones desentendiéndose de lo que sucedía durante los procedimientos de contratación finalmente autorizados en su propia jurisdicción y respecto, de obras de singular magnitud física y económica, y regidas por un andamiaje legal particular apartado del régimen normal de contratación de la Administración Pública.

III.c. La existencia de investigaciones en curso Las diversas irregularidades denunciadas respecto de los distintos contratos por obras de infraestructura obtenidos por la Constructora Norberto Odebrecht en nuestro país, se encuentran siendo investigadas por otros dos Tribunales de este mismo fuero (los Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal n° 7 y n° 8). En las actuaciones que tramitan ante el Dr. Casanello -causa n° 1614/2016- se investiga la participación de la Constructora Norberto Odebrecht y otras empresas en dos contratos suscriptos con Aguas y Saneamientos Argentinos -AYSA- contra el pago de presuntos sobornos. En la misma, se ha dictado auto de procesamiento por administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública contra Carlos Humberto Ben, Oscar Raúl Biancuzzo, Carlos María Donnoli, Carlos Di Somma, Antonio Ernesto Caucino, Aldo Benito Roggio, Tito Biagini, Carlos Wagner, Eduardo Miguel Blomberg, Conrado Martín, Pedro Antonio Casiraghi, Lucas Patricio Cesa, Diego Luis Pugliesso, Roberto Fabián Rodríguez, Gustavo Dalla Tea, Miguel Cabanne, Raúl Batallán, Sergio Chividini, Jaime Juraszek Junior. A su vez, se dispuso el llamado a indagatoria de Marcelo Odebrecht y Antonio Marques. También, citó 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 Biancuzzo, Fabián López, Edigardo Atilio Bortolozzi, Aldo Benito Roggio y Tito Biagini. Es necesario resaltar, que el Dr. Casanello decretó el embargo sobre los bienes y dinero de la Constructora Norberto Odebrecht 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 disponiendo 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 a 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). Por otra parte, en las actuaciones que tramitan en el Juzgado del Dr. Martínez De Giorgi -causa n° 2885/16- se investiga el pago de sobornos en la ampliación de Gasoductos 2006-2008 y la obra de soterramiento del Ferrocarril Sarmiento. Por la obra de soterramiento, el distinguido colega 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 Figueira, 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.

III.d. La demanda de Odebrecht La demanda de arbitraje fue promovida por los apoderados de la Constructora Norberto Odebrecht contra Nación Fideicomisos S.A. en los siguientes términos:

- * en su carácter de comitente de los Contratos de Construcción EPC Ampliación de la Capacidad de Transporte Firme de Gas 2006-2008 celebrado con Rafael G. Albanesi S.A. el 30 de noviembre de 2006 y, el contrato de Construcción EPC Ampliación de la Capacidad de Transporte Firme de Gas 2006-2008 celebrado con Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A.- Cammesa y Nación Fideicomisos S.A. el 6 de diciembre de 2006 (ambos contratos fueron cedidos inmediatamente a Nación Fideicomisos S.A. por los comitentes originarios).
- * en su carácter de fiduciario del Fideicomiso Financiero de Financiamiento CAMMESA de fecha 6 de diciembre de 2006, Fideicomiso Financiero de Financiamiento-ALBANESI de fecha 6 de diciembre de 2006, y Fideicomiso Financiero de Obra Gasoducto Norte 2006-2008 de fecha 6 de diciembre de 2006.
- * por su presunta responsabilidad personal como fiduciario de esos fideicomisos.

La demanda tiene como objeto que se condene a la demandada -Nación Fideicomisos S.A.- a pagar la suma total estimada aproximadamente en \$457.578.828,18 y u\$s45.281.205,30 mas impuestos, ajustes e intereses moratorios. A su vez, la parte demandante hace explícita

reserva de iniciar otras demandas arbitrales contra Nación Fideicomisos S.A. y quienes corresponda por otros conceptos originados en los mismos contratos, fideicomisos y relaciones jurídicas. Los apoderados de Odebrecht invocan la competencia del Tribunal de Arbitraje con fundamento en lo establecido en las secciones 27.3 de los Contratos de Construcción EPC. IV. Decisión a adoptar Llegados al momento de resolver el planteo formulado por la Oficina Anticorrupción adelanto que, en coincidencia con la opinión de la Fiscalía, el suscripto estima pertinente adoptar un temperamento favorable a la petición, en la inteligencia de que concurren en autos los presupuestos requeridos para afirmar su procedencia, esto es, competencia del tribunal, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. IV.a. La competencia del Tribunal Debe recordarse que, en términos generales, el proceso cautelar ha sido previsto para asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso?(Cfr. Lino Palacio, Enrique: Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1985, tomo VIII, pág. 14) en el sentido de que lo decidido en ella pueda ejecutarse y que, por el transcurso del tiempo, el objeto del litigio no haya desaparecido convirtiendo la cuestión en abstracta o insustancial? (cfr. Gallegos Fedriani, Pablo: Las medidas cautelares contra la administración nacional. Principios Jurisprudenciales, La Ley 1996-B, Bs. As., pág. 1052). Considerando que el fin primordial del proceso penal es la aplicación del derecho sustantivo al caso concreto, las medidas cautelares que resultan inherentes al régimen procesal represivo son las que aseguran el objeto del delito, o los empleados para su comisión (art. 231 C.P.P.N.), las que aseguran la comparecencia del sujeto pasivo del proceso (prisión preventiva, art. 321 C.P.P.N.) y las que aseguran el patrimonio del imputado ante una eventual pena pecuniaria o imposición de costas (embargo, art. 518 C.P.P.N.). No obstante, no queda allí agotado el repertorio de medidas cautelares admisibles en el curso del proceso penal. Así, se ha considerado que resulta un cometido propio de nuestro ordenamiento ritual, lograr el cese de los efectos disvaliosos del delito o su continuación. Aunque estos fines podrían encuadrarse más apropiadamente en la coacción administrativa directa, lo cierto es que la jurisprudencia los ha admitido como herramienta de actuación de la Justicia penal(CNCCFed, Sala I in re ?Glavina s/denegación de la medida cautelar solicitada?, rta. el 6-XI-2001, reg. 1062 y ?Garrido,Manuel s/medida cautelar?, rta. el 19-IX-2006, reg. 969). En efecto, en el primero de los fallos citados, al resolver un recurso contra la denegatoria de una medida cautelar, el Superior consideró, entre las funciones propias de los jueces, evitar el agotamiento de la actividad delictual, mientras que, en el segundo, se hizo hincapié en la necesidad de un obrar urgente y expedito de los Tribunales, para impedir que la comisión de un delito continuara arrojando consecuencias perniciosas. La medida de no innovar que aquí se requiere, tiende a ?...preservar, mientras se sustancia el proceso principal, la inalterabilidad determinada situación de hecho o de derecho? (cfr. Palacio, op. cit. tomo VIII, pág. 176), resultando aplicables a su trámite las previsiones del Libro I, título IV, Capítulo III del C.P.C.C.N. -en especial, su art. 230- y, por tratarse de una medida en la que interviene el Estado Nacional -como solicitante-, también resultan de aplicación las previsiones de la ley 26.854 que, a su vez, remiten con carácter supletorio, a las previsiones del código ritual precedentemente aludido. Las referencias contenidas en el art. 2º de la ley de mención y el art. 196 del C.P.C.C.N. aluden a la competencia del Tribunal, tópico con relación al cual, el suscripto considera, que la decisión de la medida requerida se encuentra alcanzada por la jurisdicción de esta sede. Al respecto, corresponde afirmar que lo ya expresado -en términos generales- respecto a las posibilidades de adopción de medidas cautelares como herramientas de actuación de la Justicia penal, se concreta en autos al advertirse la íntima conexión existente entre el objeto de la demanda promovida ante el Tribunal de Arbitraje por la empresa Odebrecht y la dimensión fáctica sobre la que se apoya la instrucción en curso ante este Tribunal, como parte de una serie de investigaciones que se sustancian actualmente en el fuero. En efecto, la presente causa n° 13.404/2007, se inició como una investigación sobre posibles irregularidades que habrían ocurrido durante el proceso de proyección, aprobación, contratación y desarrollo de la obra pública denominada ?Ampliación Gasoductos TGS y TGN -obras 2006/2008-? bajo la sospecha de que ex funcionarios del Estado Nacional, pertenecientes a la órbita del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, directivos de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA) en representación del Estado Nacional y autoridades de la empresa brasileña Constructora Norberto Odebrecht S.A. habrían intervenido en calidad de autores y/o partícipes, según cada caso, en la comisión de actos de corrupción y delitos contra la Administración pública previstos en el título XI del libro II del Código Penal argentino. Ahora bien, desde que se asumiera la instrucción en esta sede en fecha 11 de mayo de 2017, la pesquisa dirigida a la elucidación de eventuales irregularidades se fue orientando a la determinación de la probable existencia de maniobras tendenciosamente beneficiantes de parte de funcionarios de distintos organismos públicos, propiciada por entidades privadas colaboradoras, en miras a que fuera la constructora Odebrecht la que asumiera la ejecución de las obras de ampliación de la capacidad de transporte de gas de los gasoductos Norte, Centro Oeste, San Martín, Neuba I y/o Neuba II, explotados por las licenciatarias del servicio público Transportadora Gas del Norte S.A. y Transportadora Gas del Sur. S.A., como finalmente ocurrió. La hipótesis criminosa que se tiene por probada, con el grado de certeza que esta etapa procesal requiere -ver punto III.b.-, señala que, a partir de la constitución, en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, del programa denominado ?Fideicomisos 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 delegativo constituido por numerosísimos actos de la Administración Pública -con intervención de la Secretaría de Energía, Subsecretaría de Combustibles, entre otros-, se arribó a la suscripción del contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction), celebrado el día 6 de diciembre de 2006, entre CAMMESA, empresa de gestión privada con propósito público y participación estatal, y la constructora Odebrecht S.A. como contratista, beneficiando a esta última por sobre otras empresas presuntamente contendientes. El suscripto ha considerado acreditada (con los estándares probatorios requeridos en la instancia) dicha hipótesis, estimando que el ingreso de la constructora Odebrecht a la obra de infraestructura en cuestión se habría realizado a través de la comisión por parte de una serie de funcionarios, del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 del C.P.). El punto de intersección entre aquel reclamo y esta investigación, se encuentra dado, por la suscripción del ?Contrato de Construcción EPC? por parte de Odebrecht, en el marco del Plan de Ampliación de la Capacidad de Transporte Firme de Gas 2006-2008, en tanto la demanda formulada por la compañía precitada invoca lo establecido en las secciones 27.3 de los ?Contratos de Construcción de EPC? suscriptos en dicho marco para habilitar la intervención arbitral -ver punto III.d.-. Se advierte entonces, que esa realidad contractual se erige, al mismo tiempo, como el momento de la concreción del desvío de la voluntad negocial de la Administración -objetivo al que se dirigieron diversos actos investigados en autos- y como fuente del pretendido derecho que invoca Odebrecht. Así las cosas, el origen reputado aquí como espurio, de la suscripción de ese contrato, constituye, a criterio del suscripto, fundamento de su competencia para resolver sobre lo requerido, y también de la procedencia sustancial de la medida cautelar, como se verá más adelante. La querella atribuye competencia al suscripto haciendo referencia no sólo al origen ilícito de los contratos que permitieron el ingreso de Odebrecht como constructora de las obras de infraestructura, sino también a la totalidad de irregularidades que rodearon las distintas fases del Plan de Ampliación de Gasoductos 2006-2008. En ese sentido, destacan los hechos denunciados por el Presidente de Nación Fideicomisos S.A. basados en informes, conclusiones y observaciones realizadas por la Auditoría General de la Nación y por la Sindicatura General de la Nación, que llevaron a detectar irregularidades durante la etapa de ejecución de las obras y 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 empresa Odebrecht (causa n°7239/16) -cfr. fs. 3vta.-. También hacen alusión a que toda esta realidad, tuvo como contrapartida, el pago de sobornos a los funcionarios públicos con capacidad de decisión, accionar que se desplegó no sólo respecto de los contratos vinculados al Plan de Ampliación de Gasoductos 2006-2008, sino también respecto a otras obras de infraestructura, tales como el soterramiento del tren Sarmiento e instalaciones de AySA. Correspondiendo que nos centremos en lo que a este acápite concierne -Plan de Ampliación de Gasoductos 2006-2008-, los tramos aludidos, propios de la fase ejecutiva de las obras, resultan actualmente ajenos a la investigación del Tribunal, no obstante lo cual, a criterio del suscripto, dicha circunstancia no determina la falta de jurisdicción para entender sobre la pretensión aquí analizada. En primer lugar, por lo ya señalado, respecto de que los supuestos derechos que Odebrecht pretende hacer valer ante el Tribunal Arbitral, encuentran fundamento en la suscripción de contratos en los que -según la hipótesis instructoria- existe un origen ilícito, al punto que, tal como lo indica la querella, la suspensión de las actuaciones arbitrales, fundadas en dicha realidad contractual, permitiría impedir consecuencias perjudiciales del delito investigado en autos. Tales consecuencias perjudiciales, no se agotan necesariamente con la consumación del delito investigado en autos, sino que deben entenderse en el sentido amplio, previsto en el art. 34 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26.097), invocado como fundamento, tanto por la Oficina Anticorrupción en su solicitud, como por el Fiscal Delgado en su dictamen. En segundo lugar, corresponde destacar que, sin perjuicio, de que la inhibición parcial de competencia adoptada por este Tribunal en fecha 6 de octubre de 2017 determinó circunscribir el objeto de investigación, quedando en conocimiento del Juzgado del Fuero n° 8 la fase ejecutiva de la obra, lo cierto es que ambas realidades se encuentran en íntima conexión fáctica, precisamente, por haber formado parte de un mismo objeto procesal. En dicha resolución, se dejó sentada la hipótesis de que, durante la fase ejecutiva contractual, podría haber acontecido el pago de sobornos a intermediarios, con destino final en funcionarios públicos argentinos, por una cifra próxima a los treinta cinco millones de dólares -según reconoció la compañía Odebrecht en el acuerdo celebrado con el Departamento de Justicia de Estados Unidos-. No obstante, se escindió dicho tramo fáctico a los efectos de su acumulación a la investigación del esquema general de pago de sobornos reconocido entre los años 2007-2014 por Odebrecht en torno a diversas licitaciones de infraestructura pública del país de las cuales, al menos dos -soterramiento línea Sarmiento y planta potabilizadora /depuradora AYSA-, se hallaban siendo exploradas en un evidente contexto de comunidad probatoria por otros Juzgados del Fuero. Es decir, la separación (adoptada en inteligencia compartida por los Magistrados intervinientes: Dr. Martínez de Giorgi, los Fiscales Delgado y Picardi y el suscripto) obedeció a estrictas razones vinculadas a una mejor gestión jurisdiccional de las investigaciones, concentrándose ese segmento bajo un sólo instructor y no porque se consideraran hechos sin conexión objetiva. Así las cosas, una decisión basada

exclusivamente en criterios de mejor ordenamiento instructorio, no puede redundar en perjuicio de la competencia del Tribunal para atender a un planteo relacionado con el objeto procesal en cuestión, máxime cuando lo requerido, se presenta como de urgente resolución ante la posibilidad verosímil de un perjuicio económico para el Estado Nacional. Por tales motivos, entiendo que se encuentra habilitada la competencia del Tribunal para resolver la cuestión.

IV. b. Verosimilitud en el derecho Como fuese dicho, en fecha 28 de marzo del corriente año, este Tribunal dispuso procesar a Julio Miguel de Vido por considerarlo prima facie cómplice necesario del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (arts. 45,55 y 265 del Código Penal; y 306, 308, 310 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación), y a Daniel Cameron, Bautista Jacinto Marcheschi y Cristian Folgar por considerarlos prima facie autores del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (arts. 45, 55 y 265 del Código Penal; y 306, 308,310 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación). Se entendió en dicho resolutorio ?...que el bienjurídico protegido en la figura de negociaciones incompatibles es el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en favor del interés público, de manera que la actuación de los órganos se encuentre a salvo de toda sospecha de parcialidad favorecedora de un interés privado, ajeno al de la Administración pública; por consiguiente, lo relevante es el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del interés unilateral necesario que debe arrimar toda actuación de un órgano estatal, del proceder con tendencia beneficiante y condicionar la voluntad negocial de la Administración por la inserción de un interés particular (cfr.CCCFed., sala I, in re: «Álvarez, José A. y otros», rta.: 18/8/05, Lexis, 1/1007976, 1/1007974, 1/1007975 y 1/1007977)?. En consecuencia, se le reprochó a Cameron, Folgar y Marcheschi la coautoría en las maniobras que, en ajenidad a los intereses de la Administración, culminaron con la suscripción del contrato que benefició a la empresa Odebrecht en perjuicio de los Intereses del Estado Nacional. Por otra parte, a Julio Miguel de Vido se lo consideró cómplice necesario en los términos del art. 45, C.P., alno resultar aceptable la posibilidad de que quien fuera Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y tuviera a su cargo las responsabilidades que le asignara el decreto PEN n° 180/04- hubiese simplemente delegado sus funciones desentendiéndose de lo que sucedía durante los procedimientos de contratación finalmente autorizados en su propia jurisdicción y respecto, de obras de singular magnitud física y económica, y regidas por un andamiaje legal particular apartado del régimen normal de contratación de la Administración Pública. Se entendió, en el auto de mérito que los actos realizados por los funcionarios públicos provocaron el ?...desvío de la voluntad negocial de la Administración, en incumplimiento del deber de fidelidad en la correcta prelación de los intereses de la Administración pública, con tendencia beneficiante en favor de la Constructora Norberto Odebrecht S.A., compañía que finalmente resultó adjudicataria de los contratos de prestación de servicios requeridos para la construcción de la obra denominada «Ampliación Gasoductos TGS y TGN -obras 2006/2008»?. El suscripto consideró que ?[e]sta exigencia de una injerencia aprovechadora de parte del funcionario público como condición indispensable para definir la acción típica de «interesarse» se ajusta, por otra parte, al artículo VI, inc. 1, punto c de la CICC[Convención Interamericana contra la Corrupción] en tanto caracteriza como un acto de corrupción «la realización de parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero» (cfr. Hegglin, María Florencia: La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal, publ. en Nueva Doctrina Penal, 2000/A, p. 223)?. Por otro lado, conforme se desprende del pedido efectuado por la Oficina Anticorrupción el día 6 de junio de2018, la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A. inició una demanda ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires mediante la cual se reclamaría -en el marco de los Contratos de Construcción EPC (CAMMESA) y los Fideicomisos de Gas- la suma de u\$s 45.281.205,30 y \$457.578.828,18. Ante tal posibilidad, y frente al grado de certeza arribado sobre la hipótesis instructoria, que afirma la ilicitud que diera origen al ingreso de Odebrecht a las obras del Plan de Ampliación de Gasoductos, entiendo que es verosímil el derecho que asiste al Estado Nacional, de que se suspenda la prosecución del trámite del reclamo, presentado por la constructora ante el Tribunal Arbitral. Aparece como razonable, a su vez, que dicha suspensión alcance a la prosecución de los autos caratulados ?CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. C/NACIONFIDEICOMISOS S.A. S/COBRO DE SUMAS DE DINERO?(EXPTE.N°1221/18)? y a 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, en la medida en que todos ellos se encuentran vinculados entre sí, los derechos de los mismos fueron cedidos a CAMMESA y presentan a NAFISA como comitente o fiduciario.

Y es que, en este contexto, se impone evitar cualquier decisión que pueda implicar un serio perjuicio económico al Estado Nacional, en tanto y en cuanto esté en curso averiguar la verdad acerca de la hipótesis delictual que fuera planteada en autos, y en la cual con fecha 28 de marzo del corriente año escaló a la convicción suficiente para que este Tribunal dictara un auto de procesamiento respecto de una base fáctica directamente relacionada con el tema a decidir en este libelo. Nótese, asimismo, que resta que dicho temperamento sea revisado por los Tribunales Superiores. A su vez, resta comprobarse el resto de las hipótesis instructorias sustanciadas en otros Tribunales del Fuero cuya afirmación implicaría, además, la comisión de delitos que importarían

un perjuicio económico directo para el Estado y con intervención de personas físicas vinculadas a la empresa que formula tales reclamaciones. En este sentido, las medidas cautelares en general propenden a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido. Dentro del catálogo de las medidas cautelares, la prohibición de innovar tiene por finalidad el mantenimiento de la situación de hecho o de derecho existente, para no desvirtuar la eficacia de la sentencia. Se ha entendido que [1] la prohibición de innovar constituye la orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o la convirtiera en ineficaz o imposible (CNCiv., Sala C, 18/6/92, LL, t. 1992-D, p.559) (Martínez Botos, Raúl, "Medidas Cautelares", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, pág. 325).

Así, debemos recordar, que la medida cautelar de prohibición de innovar, persigue conjurar los riesgos que, para el resultado de las investigaciones en curso, tendría un resarcimiento económico a la Constructora Norberto Odebrecht cuando su llegada a los Contratos de Construcción EPC y a los Fideicomisos de Gas se viera rodeada de irregularidades y que continuaría provocando perjuicios al patrimonio estatal. En tal sentido, el suscripto entiende que le asiste razón a la peticionante en su planteo en cuanto sostiene que si el procedimiento arbitral continuara hasta el dictado del laudo arbitral, se configuraría un escándalo jurídico. Ello así, ya que por un lado podría existir un laudo arbitral que beneficie a la Constructora Norberto Odebrecht en perjuicio del Estado Nacional y por otro lado, se podría llegar a una sentencia penal que confirme lo sostenido por este Tribunal en cuanto se resolvió que, en la llegada a esos contratos EPC, hubo irregularidades que prima facie se vinculan con el delito de negociaciones incompatibles con la función pública. En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que las medidas cautelares "...no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (cfr. CSJN, Fallos: 318:107, 326:4963, 327:305). Es decir, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante tengan una consistencia que permitan valorar en esta instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado. Cassagne y Perrino sostienen que "se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso" (Cassagne, Juan Carlos - Perrino, Pablo E., El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 341). Cabe aquí resaltar lo establecido por nuestro Código Penal en su art. 23 en cuanto dispone que "[e]n todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros" y continua "[e]l mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros. Por consiguiente, la medida a adoptar resulta verosímil toda vez que en las presentes actuaciones con fecha 28 de marzo de este año se resolvió procesar a Julio Miguel de Vido por considerarlo prima facie cómplice necesario del delito de negociaciones incompatibles con la función pública y a Daniel Cameron, Bautista Jacinto Marcheschi y Cristian Folgar por considerarlos prima facie autores del delito de negociaciones incompatibles con la función pública; y que de recibir un laudo favorable la Constructora Norberto Odebrecht S.A. tendría derecho a acceder a un pago monetario por contratos que al día de la fecha se encuentra siendo investigados por irregularidades para llegar a su suscripción y en su posterior cumplimiento, todo esto en perjuicio del Estado Nacional. IV.c. Peligro en la demora Conforme lo señalado anteriormente en torno a la verosimilitud del derecho, existe un grado de sospecha suficiente acerca de la hipótesis delictiva y, por ende, de la ilicitud de las maniobras que derivaron en las contrataciones mencionadas. Con lo cual, como se adelantara, si el proceso arbitral continuara, podría dictarse un laudo que obligue directa o indirectamente al Estado Nacional a hacerse cargo de una indemnización derivada de contrataciones que habrían sido producto de las conductas que se investigan en esta y otras causas, y respecto de las cuales existe ya una probabilidad positiva de que ocurrieron, al menos en este proceso. Más aún, tal como surge de la sección 27.3 del contrato EPC CAMMESA y del artículo 63 del Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, dicho laudo sería definitivo, vinculante e irrecurrible y los árbitros tendrían la facultad de rechazar sin sustanciación alguna los recursos que contra él se intentaran. Asimismo, en la presentación se ha indicado que "...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" y "[d]e 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?. Considerando el estado procesal en el que se encuentran las actuaciones penales, todavía restan instruirse, debatirse y resolverse cuestiones que se omitirían total y/o parcialmente en el proceso arbitral si este continuara, quitándole así al demandado, herramientas fundamentales, tanto para defenderse del reclamo como para reconvenir. Todo lo expuesto permite afirmar la existencia de un riesgo cierto e inminente sobre el patrimonio estatal, cumpliendo entonces la medida cautelar solicitada con lo requerido por el inciso 1 del artículo 16 de la ley 26.854. Por último, considerando que la medida cautelar fue solicitada por reparticiones y entidades descentralizadas del Estado Nacional, es que corresponde la exención de la contra cautela a los peticionantes en virtud del inciso 1° del artículo 11 de la ley 26.854. Resuelvo

I) DECRETAR LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR y en consecuencia ordenar al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires con domicilio en la calle Sarmiento n° ?, piso ? de esta ciudad, suspenda la prosecución del trámite de los autos caratulados ?Constructora Norberto Odebrecht S.A. c/Nación Fideicomisos S.A. s/Cobro de sumas de dinero? (expte. n° 1221/18) y/o de cualquier otro expediente en el que la Constructora Norberto Odebrecht realice una demanda con motivo de los Contratos de Construcción EPC y/o los Fideicomisos de Gas correspondientes a las ampliaciones de Gasoductos TGN y TGS 2006-2008, hasta la conclusión del presente proceso penal (art. 230 del C.P.C.C.N). II) Comuníquese al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, a la Oficina Anticorrupción y a los apoderados de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. A tal fin, líbrese oficio del estilo y cédula urgente a diligenciarse en el día de su recepción. III) Líbrese oficio al Juzgado del Fuero n° 8 haciéndose saber lo resuelto a los efectos que se estime corresponder. Notifíquese a los apoderados de la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A., de conformidad con los datos que surgen de la copia demanda aportada por el peticionante y en atención a lo prescripto por el art. 198 C.P.C.C.N. Notifíquese a la Oficina Anticorrupción mediante cédula electrónica y en la forma de estilo al Sr. Fiscal. Ante mí: En la misma fecha se libraron cédulas. CONSTE. En del mismo notifiqué al Sr. Fiscal (6) y firmé, doy fe. Buenos Aires, 8 de junio de 2018. Al Presidente Tribunal de Arbitraje General De la Bolsa de Comercio de Buenos Aires S / D Tengo el agrado de dirigirme a V.S. en la causa n° 13404/2007 caratulada ?Cameron Daniel y otros s/Incumplimiento de autoridad y violación de los deberes de funcionario público? en trámite ante éste Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 3, a mi cargo, Secretario interviniente Sergio Alfredo Ruiz (tel. ? mail:?), a fin de hacerle saber que en el día de la fecha este Tribunal resolvió DECRETAR LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR y en consecuencia ordenar al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires con domicilio en la calle Sarmiento n° ?, piso ? de esta ciudad, suspenda la prosecución del trámite de los autos caratulados ?Constructora Norberto Odebrecht S.A. c/Nación Fideicomisos S.A. s/Cobro de sumas de dinero? (expte. n° 1221/18) y/o de cualquier otro expediente en el que la Constructora Norberto Odebrecht realice una demanda con motivo de los Contratos de Construcción EPC y/o los Fideicomisos de Gas correspondientes a las ampliaciones de Gasoductos TGN y TGS 2006-2008, hasta la conclusión del presente proceso penal (art. 230 del C.P.C.C.N). Saludo a V.S. muy atenta mente. Correlaciones: Liuzzi, Carlos Emilio y otros s/delito de acción pública-Juzg. Nac. Crim. y Correc. Fed. - N° 8- 10/10/2017 - Cita digital: IUSJU021150E

028844E