



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

SE PRESENTA E INFORMA POR ESCRITO

Excma. Sala:

Claudia Alejandra Sosa, Directora de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción, creada en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, querellante en el Expediente N° 43.214, caratulado “**INCIDENTE DE APELACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO DE SKANSKA**”, del registro de esa Sala I, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de la Capital Federal, junto con los **Dres. Patricio José O’Reilly**, y **Luis. F. Arocena**, Coordinador de Investigaciones e Investigador de esta Oficina, respectivamente, con domicilio legal y constituido en la calle Tucumán 394, de esta ciudad de Buenos Aires, nos presentamos ante VV.EE. y respetuosamente decimos:

I.- OBJETO:

Que, en tiempo¹ y forma, concurrimos en esta instancia a fin de informar por escrito, en los términos del Art. 454 del C.P.P.N. y conforme al diferimiento de la realización de audiencias orales, dispuesta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, en pleno, mediante Acordada N° 59/08², solicitando a VV.EE el rechazo del recurso de apelación intentado por los letrados apoderados de la firma Skanska S.A. y, en consecuencia, que se confirme, en todos sus términos, la resolución de fecha 8 de mayo próximo pasado.

¹ De conformidad con lo dispuesto por la CSJN en la Acordada N° 21/09, mediante auto de fecha 2/07/2009, se prorrogó la presente audiencia para el día de la fecha (11/08/2009).

² Del 5/09/2008.

II.- FALLO IMPUGANDO:

A través del recurso interpuesto, los representantes de Skanska S.A. atacaron la resolución de fecha 8 de mayo del corriente año en la que, a instancia de esta querrela y con la adhesión del Ministerio Público Fiscal, se dispuso el embargo preventivo de la mencionada firma, hasta cubrir la suma de diecisiete millones trescientos veintitrés mil novecientos veintiséis pesos con cuarenta y seis centavos (\$17.323.926,46).

En dicho auto el Dr. Oyarbide indicó que “*merece destacarse que el artículo 23 del Código Penal establece la posibilidad desde el inicio de las actuaciones de adoptar medidas cautelares suficientes, tendientes a asegurar el hipotético decomiso de las cosas o ganancias que fuesen el producto del delito que se investiga en caso de recaer sentencia condenatoria*”. Agregando que la norma de referencia prevé que tales medidas pueden hallarse dirigidas directamente contra las personas de existencia ideal beneficiadas con el producto o provecho del delito, siempre y cuando los autores o partícipes en éste, hayan actuado como sus mandatarios o representantes.

Más adelante, se señaló que “*el comiso o decomiso, tiene como razón impedir la reutilización de los objetos de los que el delincuente se ha valido para cometer el delito o que han sido provecho de él*”. Respecto de la posibilidad que el mismo se pronuncie contra personas de existencia ideal, el fallo indicó que en “*este caso el comiso no conserva su calidad de pena accesoria, porque la ley no exige que el mandante haya sido partícipe en el delito; y las personas de existencia ideal no son susceptibles de responsabilidad penal, teniendo la medida por finalidad reponer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito y evitar que no se obtengan beneficios de su perpetración, intenciones que hallan*



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

*asimismo concreción legislativa también en los artículos 29, inciso 1º y 32 del Código Penal*³.

Sobre la aplicabilidad de la norma invocada por la querrela, el juez de grado destacó, entre otros hechos materia de investigación, que en la presente causa “*se investiga el pago de ilegítimos sobreprecios en las contrataciones llevadas a cabo con las firmas Skanska S.A., Techint S.A., BTU S.A. y Contreras Hnos. S.A., para la realización de las obras comprometidas en la ampliación del Gasoducto Norte y con la empresa Odebrecht S.A. que a su vez subcontrató a las firmas Techint S.A., Skanska S.A. y Contreras Hnos. S.A., para la ampliación del Gasoducto Sur, como así también el supuesto pago ilegítimo de mayores costos y gastos adicionales, en concepto de ordenes de cambio y/o readecuación de contratos, que importaron un precio mayor al pactado al momento de las contrataciones*”.

Y que “*los sucesos descriptos habrían permitido la obtención de sumas dinerarias que habrían ingresado ilegítimamente al patrimonio de los funcionarios públicos y/ de las empresas que a la postre fueran adjudicatarias de las obras indicadas...; todo ello, en perjuicio del fideicomiso financiero constituido a los fines del financiamiento de las obras, del Estado Nacional, de los aportantes que constituyeron el fideicomiso...*”.

Sentado el objeto procesal, el magistrado instructor, en coincidencia con lo sostenido por esta querrela y el Ministerio Público, entendió que “*deviene procedente la adopción en el caso de medidas*

³ En la resolución aquí cuestionada se citó “El comiso en las reformas del Código Penal”, de Breglia Arias, Omar, en DJ 11/10/2006, 1-La Ley 2006-F, 879.

tendientes a garantizar la incolumidad del patrimonio de la firma Skanska, en la medida necesaria para posibilitar, en el supuesto de recaer sentencia condenatoria en autos, en orden a los hechos investigados, el posible decomiso del producto de tales delitos". Precisamente, respecto de la hipótesis constituida por los sobrepuestos abonados ilegítimamente, el Dr. Oyarbide concluyó que los beneficios del accionar de las personas físicas que habrían intervenido en esos hechos *"habrían sin duda redundado en provecho de la persona de existencia ideal, de la cual fueran dependientes"* y más adelante agregó que *"los extremos apuntados permiten afirmar, que con motivo de los actos referenciados, resultó ser la firma Skanska, quien en definitiva percibiera por parte del fiduciario, las sumas dinerarias convenidas para la realización de las obras comprometidas"* y que en el supuesto de haber existido sobrepuestos ilegítimos, que comportan la obtención de beneficios indebidos, tales ganancias habrían redundado a favor del patrimonio de la empresa.

En definitiva se dijo que *"resulta dable concluir que en caso de verificarse el supuesto materia de pesquisa, con el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, independientemente de la responsabilidad penal de aquellos individuos que habrían participado en los delitos, el producto de tales ilícitos habría beneficiado a la firma de referencia - en alusión a Skanska S.A., pudiendo ser alcanzada por las previsiones del artículo 23 del Código Penal de la Nación"*.

III.- ARGUMENTOS DE LA PARTE CAUTELADA:

A lo largo de este incidente, los letrados apoderados de la empresa cautelada se han opuesto al dictado de la medida cuestionada.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

Los principales argumentos esbozados por la parte apelante consistieron en:

1) Que en esta causa no existe una relación litigiosa que permita sostener la existencia de pretensión patrimonial dirigida a Skanska con base a su posible responsabilidad como empleadora; indicándose asimismo que el pedido de esta querrela estaba orientado a atender cuestiones cautelares propias de la responsabilidad civil del empleador.

2) La inexistencia de la verosimilitud del derecho. Para esta oposición los apelantes se apoyan en la inteligencia de que la diferencia habida entre lo presupuestado para las obras contratadas y el valor ofrecido por Skanska, en modo alguno puede tener efecto para descalificar la oferta, sostener una irregularidad y mucho menos a la luz del fraude. Además señalaron que los informes en los que se sostiene la existencia de tal diferencia no son más que una tarea comparativa y acrítica sobre un presupuesto no vinculante para las partes; quedando pendiente la finalización de la pericia interdisciplinaria que según su modo de ver abordará la consideración del aspecto fáctico que se desconoce.

3) Aseveraron que no existe un peligro procesal, refiriendo que la propia gestión interna de la empresa fue la que detectó las irregularidades y que a raíz de auditorias por parte de una consultora externa se habría procedido voluntaria y espontáneamente a realizar la rectificación impositiva.

4) También mencionaron genéricamente que la adopción de medidas cautelares sobre los bienes de Skanska S.A. produciría una seria afectación de la continuidad de la empresa

IV.- POSICIÓN DE LA QUERELLA:

1) Inexistencia de pretensión patrimonial contra Skanska como responsable de la maniobra investigada:

Sobre el primer cuestionamiento de la apelante, tal como lo sostuvo oportunamente la querrela y el juez así entendió, debemos remarcar que no se juzga aquí la responsabilidad penal de la empresa y, por tal motivo, aquí no está en juego su responsabilidad como empleadora, tal como se ha afirmado.

En ese sentido esta parte ha partido de la premisa que, con el ordenamiento legal vigente, la dogmática penal contemporánea hoy no puede serle aplicada a las personas jurídicas⁴. En función de ello, expresamente indicamos que el pedido formulado no se dirigía a atribuir una responsabilidad de naturaleza penal contra Skanska S.A., sino que se dirigía exclusivamente a la recuperación de los bienes habidos por la misma y que fueran el producido de un delito cometido por sus administradores o representantes.

Debemos repetir en esta instancia que el derecho reconoce la personalidad legal a las sociedades comerciales; personalidad que es distinta de las de sus miembros. Esa personalidad diferenciada les otorga también capacidad de actuar, a través de sus representantes, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones. Asimismo, el ordenamiento legal también las dota de atributos propios de las personas,

⁴ Esa situación puede llegar a cambiar ya que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, impulsado por el MJyDH mediante resoluciones N° 303/04 y 136/05, prevé la aplicación de sanciones de contenido económico para las personas jurídicas.



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

como lo es su patrimonio. Al igual que en las personas físicas, el patrimonio de las personas jurídicas reúne los requisitos de individualidad universalidad, en el sentido de estar integrado por bienes perfectamente diferenciados de los pertenecientes a sus integrantes (ver arts. 30 al 44 del Código Civil).

Ahora bien, siguiendo el argumento de que las entidades de existencia ideal no tienen responsabilidad jurídica en materia penal, se podría concluir que si ellas no pueden ser perseguidas penalmente, ya que actúan a través de sus representantes, sin tener responsabilidad por los delitos que estos cometen⁵, tampoco se les podrían imponer penas.

Sin embargo debemos reiterar que, con la medida propuesta y finalmente decretada se pretende cumplir con el principio de justicia que impone, más allá de las sanciones de carácter penal contra los responsables, la restitución de los bienes que resulten del beneficio de un delito; ello, sin perjuicio de que los beneficiarios sean personas físicas o de existencia ideal.

Si bien es cierto que en nuestro derecho, el decomiso fue tradicionalmente considerado como una pena accesoria, creemos que a partir de la sanción de la ley de ética pública –Ley N° 25.188-, esta concepción fue abandonada, pues se introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados ni sometidos a proceso. Este es por ejemplo, el caso de los mandantes o personas jurídicas que

⁵ Cfr. Art. 43 Cód. Civ.

resultaron beneficiados por el delito del mandatario o de los administradores de la persona jurídica⁶.

En consecuencia, la medida decretada contra Skanska S.A. no constituye una pena⁷, en el sentido del castigo a un sujeto condenado por la comisión de un delito, sino que intenta recuperar un bien adquirido por los mandatarios o terceros y a partir de la premisa que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que la propiedad sea adquirida a través de los medios que el derecho permite. La propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y por lo tanto, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta⁸.

Según el trabajo citado, este cambio de perspectiva introducido por la ley 25.188, que permitió ver al decomiso a partir de entonces como una medida dirigida a impedir el provecho derivado de hechos ilícitos (sobre el que no existe ningún derecho de propiedad) se adecua a la forma que este instituto es regulado por otros Estados⁹.

No debe dejar de advertirse en esta instancia que el principio de restitución de las ganancias indebidas es distinto al principio de reparación de los daños ocasionados con un actuar ilícito. El primero, tal como lo señaló en su resolución el Dr. Oyarbide, tiende a que las cosas vuelvan, al menos respecto de su beneficiario, al estado anterior a la

⁶ Cfr. Marcelo Colombo y Agustina Stabile, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, LL 2005-D, 1400.

⁷ Sobre este punto, el Dr. Oyarbide destacó que: “*la adopción del criterio señalado, en nada importa atribuir responsabilidad penal a la firma Skanska S.A. en orden a los hechos que constituyen objeto de investigación, sino que pretende evitar para el supuesto de verificarse la existencia del delito, en oportunidad de dictarse una presunta condena, la consolidación de los provechos o beneficios de éste*”.

⁸ *Idem* 5.

⁹ Al respecto señalaron que los Estados Unidos, por ejemplo, prevén además del llamado ‘decomiso criminal’, un ‘decomiso civil’ que, a diferencia del primero, puede dictarse antes de que recaiga condena criminal y puede dirigirse no sólo contra la propiedad de quien participó en el hecho ilícito sino también contra cualquier tercero que posea los bienes que constituyan el producto del delito.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

comisión de los hechos ilícitos. Es decir, que con el delito no se obtenga un beneficio ilegítimo. En el segundo caso, en cambio, si bien también busca reestablecer una situación previa a la comisión de un delito, allí la atención se centra en la víctima, ya que se dirige a la restitución de los bienes que le fueron ilegítimamente sustraídos o, en caso de que ello no sea posible, de otorgarle una reparación para compensarle el daño ocasionado.

Entonces lo que se logró través de esta vía, es resguardar una porción del patrimonio societario suficiente para, eventualmente, recuperar los bienes que fueron el producto del delito. En ese sentido, señalamos que la jurisprudencia de esa Cámara Federal ha dicho que es procedente una medida cautelar cuando merced a ella “*se procura que los efectos del delito, cuya investigación se promueve, no se consumen y es objeto de la función del Juez, al disponer la medida en cuestión, evitar el agotamiento de la actividad delictual*” (cfr. CACCF, Sala I, en autos “Glavina, Bruno s/ denegación medida cautelar”, causa N° 33.477, reg. 1062, del 6/11/2001).

Mencionamos también que ese principio fue recogido en la doctrina de la Corte Suprema que establece que “*los jueces tienen el deber de resguardar dentro del marco constitucional estricto la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios*” (Cfr. CSJN Fallos: 283:66; 254:320; 320:277 del 05/03/1997; 320:1038 del 19/05/1997; 320:1472 del 15/07/1997; 320:1717 del 12/08/1997; 321:2947 del 12/11/1998; 323: 929 del 04/05/2000 y 325:3118 del 26/11/2002).

En otro orden de ideas, según la redacción actual del Art. 23, del Código Penal, para que la medida de decomiso prospere, es necesario contar con la condena de las personas que, en calidad de mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal hayan intervenido en la comisión del delito. Por lo tanto, hallándose la presente causa en la etapa sumarial y encontrándose en curso de producción un importante peritaje técnico, la adopción del embargo preventivo contra la sociedad anónima fue la medida más adecuada a fin de resguardar preventivamente los bienes que eventualmente puedan ser decomisados.

Anteriormente mencionamos que el embargo es una medida cautelar de tipo económico tendiente a asegurar la ejecución de la pena pecuniaria, la indemnización de la reparación civil y las costas del proceso¹⁰, presentándose entonces como idónea, ajustada y razonable, toda vez que solo se orienta a inmovilizar el patrimonio de los imputados y, en este caso de la persona jurídica beneficiara del actuar doloso de sus representantes y, finalmente, a evitar que ésta realice evasiones tendientes a ocultar y dificultar su detección.

Concretamente, el embargo preventivo tendiente a resguardar debidamente el patrimonio de las personas contra quienes se decretó y este resulta ser la única garantía de la hipotética indemnización civil y las costas; ello, amén del decomiso del producto o provecho del delito.

En lo concerniente a las posibles maniobras de evasión, si bien es cierto lo afirmado por los apelantes en cuanto a que la misma empresa voluntaria y espontáneamente saldó las diferencias por los montos de impuestos evadidos, no es menos cierto que la empresa

¹⁰ Cfr. Art. 518 del CPPN.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

previamente había cometido una considerable evasión fiscal¹¹, que las cifras ingresadas al fisco para cancelar la evasión tributaria, como así también la auditoría interna que detectó el empleo de facturas apócrifas para generar fondos disponibles destinados a pagar comisiones indebidas y la auditoría externa de la firma KPMG, recién se llevaron a cabo cuando la investigación de la justicia en lo penal tributario ya estaba lo suficientemente avanzada respecto de la contribuyente Skanska S.A. y que el 15 de marzo de 2006 se había practicado un allanamiento en las oficinas de esa empresa¹².

Sin embargo, como anteriormente dijimos, por la presente vía no intentamos ejercer una acción de reparación o inmovilizar bienes para la eventual acción resarcitoria que el Estado pueda intentar, sino que, lo que con esta medida se pretende es cumplir con el principio de justicia que impone, más allá de las sanciones de carácter penal contra los responsables, la restitución de los bienes que resulten del beneficio de un delito, expresamente contemplada por el Art. 23 del Código Penal.

¹¹ A Fs. 868/872, el apoderado de Skanska, Dr. Pedro Migliore, aportó información sobre la utilización de facturas apócrifas (por no correlacionarse con servicios efectivamente prestados) de veintitrés proveedores, entre los que se encontraban las firmas Infiniti Group y Calibán. Según el informe de la propia empresa el total general facturado por los 23 proveedores cuestionados ascendió a \$15.126.425,81, más \$3.176.549, 42 de IVA.

¹² Respecto del tiempo en que las mencionadas acciones fueron llevadas a cabo por la empresa y sobre la forma omisa en que la empresa prestó colaboración con la empresa, vuestra Sala mediante fallo de fecha **19/05/2008, Reg. N° 532**, en la causa **N° 41.074, “AZCARATE, Javier y otros s/ apela rechazo nulidad”**, sostuvo que: “*el disparador de la tarea pesquisitiva llevada a cabo por Corizzo fue la tramitación de la causa judicial ante el Juzgado del Dr. López Biscayart y, en particular, el allanamiento practicado en la sede de Skanska el 15/3/2006. Según declaró el auditor, la persecución penal hizo que la firma dispusiera a nivel interno una pesquisa paralela, sobre la cual, desde aquí, es posible aventurar varias explicaciones que van desde la búsqueda de mejores condiciones para que la persona jurídica afronte la imputación, o bien para que la afronten sus ejecutivos, ..., o bien, por el hecho de poder colaborar con la finalidad del proceso penal en tanto averiguación de la verdad*”. Y luego se agregó que: “*La referida parajudicialidad se verifica en plenitud a través de comparar cronológicamente los hitos de la minuciosa investigación llevada adelante por el fuero penal tributario, con los tiempos de la auditoría interna encarada por Claudio C. Corizzo*”.

Por otra parte, el fallo que por esta vía atacaron los representantes de Skanska S.A. contiene una prolija descripción de la normativa internacional aplicable al caso, en especial de los compromisos asumidos por el Estado al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹³, instrumento que puso un fuerte acento en la temática del recupero de activos.

No corresponde repetir aquí la cita de las normas en particular que inciden en este caso, extensamente realizada por esta querrela en su presentación de fecha 16 de abril del corriente y por el Dr. Oyarbide en el auto impugnado. En cambio, es nuestra intención destacar el especial énfasis que la citada convención puso sobre el recupero de activos, ya que por ejemplo en su preámbulo, entre otros puntos, se estableció que los Estados parte están “*decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos*”, o también que su artículo 1, inc. b) establece como finalidad de la Convención el “*promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos*”.

Por lo tanto, en función de la normativa internacional citada, que por aplicación del Art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, tiene una jerarquía superior a las Leyes de la Nación, la decisión de adoptar las medidas necesarias para trabar el embargo preventivo o la incautación de los bienes que resulten ser el producto de los delitos que en las presentes actuaciones se investigan, o de los bienes en que ellos se hayan transformado o con los que se hayan mezclado, resultó correcta y ajustada a derecho.

¹³ Ratificada por nuestro país mediante la aprobación de la Ley N° 26.097, y promulgada con fecha 9 de junio de 2006.



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

También fue atinada la mención que se hizo en el fallo respecto de la responsabilidad internacional del Estado y el incumplimiento de los compromisos asumidos. En esa dirección, encontrándonos frente a supuestos expresamente previstos en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la adopción de la medida cautelar decretada, resultó ser la que mejor se adecuó a los principios y compromisos asumidos por el Estado a través de la misma. En conexión con este punto, en reiteradas oportunidades, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *“Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales y legislativos - lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”*, -Cfr. CSJN Fallos 315:1492, “EKMEKDJIAN, Miguel ángel c/ SOFOVICH, Gerardo y otros”, del 7/07/1992; Fallos 324:204, “Dr. Karl Thomae Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial y otro s/ denegatoria de patente”, del 13/02/2001, disidencia de los Dres. Boggiano y López; Fallos 324:3143, Alianza “Frente para la Unidad” s/ oficialización listas de candidatos”, del 27/09/2001, voto del Dr. Boggiano; Fallos 326:2805, “VIDELA, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”, del 21/08/2003, voto Dr. Maqueda; Fallos 326:3268, “Hagelin, Ragnar Erland s/ recurso art. 445 bis C.J.M”, del 8/09/2003, voto Dr. Boggiano; Fallos 326:3882, “Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación c/ Gobierno Nacional -Ministerio de Defensa y Dirección Nacional de Policía Aeronáutica”, del 30/09/2003;

Fallos 327:388, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”, del 9/03/2004, voto Dr. Boggiano; Fallos 328:2056, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-“, del 14/06/2005, voto del Dr. Boggiano; y Fallos 331:2663, “Dragoevich, Héctor Ramón c/ M° J y DD.HH. s/ art.3 ley 24.043”, del 2/12/2008.

Respecto de esa obligación internacional asumida por el Estado, corresponde resaltar que en los fallos mencionados la Corte ha dicho que “*Su incumplimiento podría importar una violación de las obligaciones internacionales del Estado Argentino, con su consiguiente responsabilidad*” (Fallos 324:3143 citado en el párrafo precedente). También que la obligación de aplicar los tratados por parte del Estado, tiende a “*no comprometer su responsabilidad internacional*” (cfr. Fallos 325:292, “Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de Lucro c/ MSyAS de la Nación s/ amparo”, del 5/03/2002); y que “*la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino*” (Fallos 326:3882 y 331:2663 citados anteriormente).

Por su parte, el Dr. Antonio Boggiano, en su voto en causa E. 224. XXXIX, “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-“, dijo que “*corresponde a la Corte Suprema velar porque la buena fe que debe regir el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos. Los tribunales locales deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado*” –CSJN Fallos 327:5668-.

2) Inexistencia de la “verosimilitud del derecho”:



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

Como se mencionó en el apartado anterior, el segundo agravio de la empresa embargada fue la inexistencia de la verosimilitud del derecho. Los representantes de Skanska S.A., para negar la existencia del mencionado requisito para la procedencia de una medida cautelar, sostuvieron que las diferencias habidas entre los valores presupuestados, y los montos contratados no explican la presencia de sobrepuestos ya que aquel presupuesto original no era vinculante para las partes contratantes (TGN y Skanska en este caso). Según ellos el informe en el que se basó esta parte para justificar preliminarmente la existencia de sobrepuestos no fue más que una tarea comparativa y acrítica y que hasta la finalización de la pericia interdisciplinaria en curso no se conocerá acerca de aspecto fáctico que aquí se discute.

Sin embargo debemos disentir con esa posición ya que en los términos en los cuales la cuestión ha quedado planteada, cabe señalar que la naturaleza de las medidas cautelares no exige a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo el de su verosimilitud, y que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos 306:2060).

Por otra parte, el informe obrante a fs. 8.883/8.899, sobre el cual se determinó, *prima facie*, la existencia de diferencias entre los presupuestado, lo contratado y lo finalmente pagado, no es sólo un informe comparativo y acrítico. En dicho informe, el personal policial que

intervino, que reviste en la División Jurídico Contable, de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina (profesionales de las ciencias económicas y abogados), concluyeron, en relación al presupuesto de obra de Plantas Compresoras, que para elaborar el presupuesto original TGN utilizó un método consistente en actualizar valores históricos de obras comparables pre-devaluación y ajustarlos en función de la variación de precios y evolución de precios internos y de la variación del tipo de cambio estimado a mayo de 2004; lo que para los contadores Rodríguez y Julita **representó una forma razonable para la realización de un presupuesto**. Al mismo tiempo respecto de las diferencias entre lo contratado y lo pagado informaron que **no se observaron documentos que justificaran el pago de mayores precios por parte del fiduciario**.

Además de ello, deben tenerse en consideración otros elementos de prueba obrantes en el expediente que demuestran, o al menos dan indicios, de la existencia de sobrepuestos injustificados. En ese sentido puede mencionarse el informe glosado a fs. 831/832, donde Marcelo Bricchetto, apoderado de TGN, empresa licenciataria del Gasoducto Norte informó que, con motivo de la expansión del mencionado gasoducto, ejecutada entre los años 2005 y 2006, TGN había recomendado a la Secretaría de Energía, al Ente Nacional Regulador del Gas y a Nación Fideicomisos que se declare desierto el concurso, en orden al sustancial desvío de lo oportunamente presupuestado.

Aparte de ese informe, en el expediente también obran copias de la Nota de TGN de fecha 11 de febrero de 2005, donde se informa al Secretario de Energía, Ing. Daniel Cameron, que de la apertura de los sobres con las propuestas económicas en el marco del Concurso Privado CMPF 00001 (Plantas Compresoras) se verificó un sustancial desvío de lo oportunamente presupuestado y como consecuencia de ello propusieron renegociar las propuestas con los



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

oferentes y/o declarar desierto el concurso (ver fs. 839/841). Nota N° 119/05, de fecha 15 de febrero de 2005 donde TGN informó al ENARGAS que luego de la apertura de sobres con mejoras de ofertas de las plantas compresoras, los precios obtenidos aún quedaban afuera de las referencias de TGN para plantas equivalentes (ver fs. 835/837).

Asimismo, a fs. 847/49 y 850/851 se agregaron las notas de TGN N° 158/05, del 02/03/05 y N° 159/05, del 7/03/ del mismo año, respectivamente. En la primera se informó al ENARGAS el resultado de las mejoras obtenidas en la tercera ronda de precios, resultando que cada una de las empresas licitantes resultaría ganadora de una de las plantas concursadas respectivamente¹⁴; luego en la segunda, TGN manifestó que concluidas las rondas de mejoras los precios seguían siendo significativamente superiores a los presupuestados, sin que puedan encontrar una explicación razonable para justificar dichos desvíos y nuevamente se propuso que se declare desierto el Concurso Privado CMPF00001, relativo a las Plantas Compresoras.

Otro elemento ilustrativo de la falta de parámetros razonables para justificar las diferencias habidas, es la declaración testimonial de **Oscar Alberto Domínguez**, de fecha 19 de junio de 2007 (ver fs. 2293/2297). El nombrado, en su calidad de Gerente de Transmisión del ENARGAS y Coordinador General de la “Unidad Ejecutora de Obras Fideicomiso Gas, Área de Seguimiento y Control de Gestión”, refirió que los precios cotizados estaban muy por encima del

¹⁴ Este dato resulta llamativo y podría tratarse de un acuerdo entre empresas competidoras por el que se le asignaba a cada una de ellas la adjudicación de una Planta Compresora y podría explicar por qué las ofertas de las otras empresas difirieron tanto en la propuesta económica para la planta de Dean Funes.

presupuesto original y que no se encontró una justificación para tales precios.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que la misma empresa reconoció en este expediente que luego de la auditoría practicada dentro de la misma empresa se detectó, en los proyectos de expansión de la capacidad de transporte de gas de TGN y TGS, la utilización de un gran número de facturas apócrifas provistas por veintitrés empresas que no habrían prestado servicios a Skanska. Al respecto, a fs. 868/872, el Dr. Pedro Migliore, en calidad de apoderado de la firma acompañó una planilla con el total de facturas emitidas a Skanska por los proveedores cuestionados, tal como surgió de la auditoría interna realizada por Claudio Cayetano Corizzo y se informó que el total general facturado por esas empresas ascendió a \$ 15.126.425,81, más \$ 3.176.549, 42 en concepto de IVA.

Pero además de la presunción concreta de la existencia de sobrepuestos, que acreditaría por sí la verosimilitud del derecho invocado, para que el decomiso contra una persona de existencia ideal beneficiaria del producto del delito sea procedente, es requisito necesario que sus mandatarios o representantes se encuentren imputados en la causa.

En ese sentido, el magistrado instructor entendió que en este caso se puede afirmar la presencia de aquel requisito particular exigido, conforme a las previsiones del art. 518; ello, según el estado del legajo y habiéndose dispuesto las audiencias en los términos de los arts. 294 y 303, último párrafo, del C.P.P.N., respecto de diversos ex empleados y gerentes de la firma Skanska, quienes para el momento de los hechos investigados eran las máximas autoridades de la compañía a nivel local y los funcionarios que estuvieron directamente vinculados con los proyectos de expansión investigados, tales como Mario Piantoni, Gustavo Vago,



*Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción*

2009 - Año de homenaje a Raúl Scalabrini Ortiz -

Javier Azcárate, Juan Carlos Bos, Héctor Obregón, Eduardo Varni, Sergio Zerega, Roberto Zareba, Alejandro Gerlero e Igancio De Uribelarrea.

Esas declaraciones fueron dispuestas con sustento en la presencia de elementos suficientes para sospechar que éstos habrían participado de los sucesos investigados, entre los cuales se ubicaron los sobrepagos. Además de ello, se consignó que los sujetos de mención, revestirían la calidad requerida por el artículo 23 del código sustantivo, en tanto mandatarios o representantes de la persona de existencia ideal, que se beneficiaría con el producto del presunto accionar ilícito desplegado.

3) Inexistencia del “peligro en la demora”:

En tercer lugar, los apoderados de Skanska sugirieron que no existe un peligro procesal de que la empresa intente desviar la acción de la justicia en caso de que en la presente causa se imponga el decomiso contra la persona jurídica beneficiaria del accionar de sus representantes. Al respecto señalaron que la propia gestión interna de la empresa fue la que detectó las irregularidades y que a raíz de auditorías por parte de una consultora externa se habría procedido voluntaria y espontáneamente a realizar la rectificación impositiva.

Sobre este punto nos remitiremos a lo que expresamos en el acápite IV.1) de esta presentación, en el sentido de que la aludida actividad examinadora de la empresa y la posterior rectificación impositiva, se llevaron a cabo una vez que la causa de la justicia penal tributaria ya estaba suficientemente avanzada y luego de que se practicara un allanamiento en la sede de la misma empresa Skanska.

Por lo tanto consideramos que este no es un argumento razonable para descalificar la medida cautelar trabada por la falta del segundo de los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para que esta sea procedente.

Además de ello, debe tenerse en consideración que, a los fines de la procedencia de una medida cautelar es necesario demostrar, tal como lo hizo el fallo impugnado, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, elementos éstos que se hallan tan íntimamente vinculados entre sí que, a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente con la demostración del peligro en la demora y viceversa, pero ello es posible cuando, de existir realmente tal verosimilitud, se haya probado en forma mínima el peligro en la demora mencionada.

Con relación al requisito sobre el que nos referimos en los párrafos anteriores, en su resolución el Dr. Oyarbide entendió que *“se haya presente aquí también el peligro en la demora, toda vez que sin perjuicio de la situación económica que presenta a la fecha la firma Skanska, la necesidad de asegurar a futuro la integridad de aquellos bienes o elementos que pudieran ser decomisados, en las condiciones ya mencionadas, reviste la urgencia exigida para la adopción de la medida”*.

La urgencia concreta, estaría dada por el peligro de que la empresa se desapodere de sus bienes o de una cantidad importante de sus activos; impidiéndose de ese modo la conjetural acción de la justicia sobre los mismos. Esta cuestión requiere una atención especial ya que, por ejemplo, el 21 de marzo próximo pasado, en la ciudad de Neuquén la empresa Skanska S.A. realizó un remate, sin base, de 35 pick ups, 20 camiones con y sin hidrogrúas, 4 minibuses, 2 grúas grove, una



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

excavadora, una cargadora y 5 retroexcavadoras¹⁵; o que, el pasado sábado 11 de julio, se realizó una segunda subasta de otras 19 pick ups, 14 camiones con y sin hidrogrúas, una topadora, una excavadora y una motoniveladora, entre otros bienes de capital¹⁶.

No desconoce esta parte que dichas subastas bien podrían obedecer a un recambio de bienes de capital, ya que, por la actividad propia de la empresa, los mismos podrían estar sometidos a un intenso desgaste y que, en reemplazo de los bienes deteriorados, la empresa hubiera decidido la adquisición de nuevos bienes, manteniéndose así ecuánime la garantía sobre una eventual obligación. Pero sí debemos destacar que aquellos bienes, o su producido en los remates, pudieron haber integrado la garantía que esta Oficina oportunamente solicitó.

4) Afectación del normal desenvolvimiento empresarial o de la continuidad de la actividad comercial:

Sobre este punto debemos remarcar que la medida decretada no constituye, tal como se afirmó, una confiscación anticipada, sino que se trata de una medida cautelar de índole preventiva. Por tal motivo, la misma por naturaleza tiene un carácter provisorio y mutable.

Los últimos párrafos del Art. 23 del Código Penal establecen que: “*El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o*

¹⁵ Datos obtenidos del sitio web: http://www.rdieremates.com/skanska2009_catalogo.html

¹⁶ Datos obtenidos del sitio web: <http://www.rdieremates.com/catalogo.html#>

derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. El 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".

En ese sentido, en cuanto a carácter provisional o interino, el Art. 202 del Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial de la Nación, que rige en el procedimiento penal en materia de embargos preventivos¹⁷, establece que "*Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento*". En razón de ello, las mismas se erigen como mecanismos procesales que tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende pierda virtualidad mientras se sustancia la causa judicial que le sirve de marco, es decir que su objetivo consiste en posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse. De allí deviene una de las características esenciales de la precautoria, cual es su provisoriedad, en tanto su subsistencia y permanencia está condicionada a la vigencia del trámite del juicio principal y al dictado de la resolución que pone fin a la causa.

En tanto, el Art. 203 del mencionado código de procedimientos establece la mutabilidad o variabilidad de la medida precautoria en el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre

¹⁷ Ello, de conformidad con el Art. 520 del CPPN, que establece lo siguiente: "Con respecto a la sustitución del embargo o inhibición, orden de los bienes embargables, forma y ejecución del embargo, conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, su administración, variaciones del embargo, honorarios y tercerías, regirán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero el recurso de apelación tendrá efecto devolutivo".



Ministerio de Justicia
Seguridad y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen. En ese sentido, el texto legal expresa que: *“El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada”*. Por su parte, *“El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere”*.

Por último, creemos que la cuestión aquí planteada ya fue resuelta por el magistrado instructor en la misma resolución apelada. En ella, con buen criterio, el Dr. Oyarbide entendió que, *“de practicarse las medidas propuestas por la querrela atinentes a hacer efectivo el embargo dispuesto (ya sea mediante la anotación de la medida en el Registro de la Propiedad Inmueble o inmovilizando fondos de cuentas bancarias), podría verse afectado el normal desarrollo de la actividad comercial de la sociedad, en desmedro de sus derechos, situación ésta que no es la querida por la norma aplicada en este supuesto”*. Y, en ese orden de ideas, y conforme al carácter de sustituible de la medida decretada, hizo lugar al reemplazo de la integración del dinero en efectivo, por el aporte voluntario de un seguro de caución otorgado por la firma “Fianzas y Crédito S.A. Compañía de Seguros”; por lo que, el supuesto entorpecimiento de la continuidad de la actividad comercial en este caso no puede ser alegado.

V.- CONCLUSIÓN:

En función de lo manifestado a lo largo del presente informe, encontrándose acreditados los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora para la procedencia de la cautelar y toda vez que esta no es una medida que importe un prejuizgamiento sobre cuestiones que resulten medulares para la resolución del caso, toda vez que como refiriéramos más arriba las medidas precautorias como el embargo, por naturaleza, son de carácter provisorio y mutable, la misma puede ser decidida en esta instancia del proceso, sin ningún tipo de impedimento legal, consideramos que el embargo decretado el 8 de mayo del corriente año, por la suma de diecisiete millones trescientos veintitrés mil novecientos veintiséis pesos con cuarenta y seis centavos (\$17.323.926,46), contra los bienes de la firma Skanska S.A., fue correcto y ajustado a derecho.

VI.- PETITORIO:

En razón de lo expuesto, solicitamos a VV.EE. que:

- 1) Se nos tenga por presentados en legal tiempo y forma;
- 2) Se tengan en cuenta las consideraciones efectuadas en el presente;
- 3) Se confirme el auto de fecha 8 de mayo del corriente año.

SERÁ JUSTICIA