

SALA II - CAUSA N° 26.255

“MUSUMECI, Timar s/sobreseimiento”.

Juzg. Fed. N° 12 - Secret. N° 23.

Sum. N° 19.367/2001/5.

Reg. n° 29.096

//////////nos Aires, 22 de octubre de 2008.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto a fojas 22/30 por el Sr. Agente Fiscal, contra la resolución mediante la cual el *a quo* sobreyó a Pedro Rubén Álvarez, Juan Domingo Argañarás, Juan Antonio Blanco, Héctor Danilo Blasón, Eduardo Abelardo Britos, Romualdo Caceres, Carlos Alberto Colombetti, Horacio Corredoyra, Juan Carlos Cuello, Eduardo Emilio De Juana, Luis Carlos Garín, José Antonio Genaro Viana, Ramón Ángel Gómez, Héctor Florindo González, Francisco Halabe, Luis Esteban Horvath, Pedro Pascual Lazo, Edgardo Humberto Lopardo, Roberto Leonardo Luna, Raúl Edgardo Madrid, Oscar Fernando Marin, Juan Carlos Márquez, Alfredo Oscar Martínez, Timar Musumeci, Miguel Horacio Natarelli, Osvaldo Lorenzo Nieto, Jesús María Ortiz, Carlos Néstor Pedrozo, Leandro Federico Peljhan, René Justo Prados, Luis Alberto Reales, Julio Francisco Recio, Guillermo Oscar Rodríguez, Emilio Jorge Sacchitella, Luis Maximiliano Sosa, Ramón Virgilio Torres, Oscar Virginio

Traballoni, Walter Antonio Tuan, David Desiderio Vargas, Jorge Alberto Vázquez, Julio Joaquín Yebrin y Mario Sabino Zurlo (ver fojas 1/20).

II- En la oportunidad prevista en el artículo 454 del libro adjetivo, los Dres. Carlos Brady Alet y Guillermo Brady, asistentes letrados de Ortiz y los Dres. Mauricio Lionel Castro y Jorge Héctor Daru, abogados de Argañarás, Blasón, Cuello, Garín, Horvath, Lazo, Lopardo, Madrid, Martínez, Natarelli, Nieto, Prados, Sacchitella, Vargas, Vázquez, Viana, Yebrín y Zurlo, mejoraron los fundamentos de la pieza impugnada y postularon su confirmación (ver fojas 119/122 y 123/133, respectivamente).

Además de ello, los letrados mencionados en último término solicitaron que se declare inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal por no estar suficientemente motivado respecto de su asustidos.

III- Esta última petición habrá de ser rechazada, toda vez que del escrito mediante el cual el representante del Ministerio Público Fiscal requiere la revisión de lo resuelto en la instancia anterior, se desprenden las razones en las que apoyó su crítica, dejando enmarcado el estudio ante esta Alzada dentro de la valoración que se hizo de las pruebas arrimadas durante la instrucción y que a su juicio acreditan con el grado de probabilidad requerido en el artículo 306 del libro adjetivo que los imputados cometieron el delito previsto en el artículo 265 del Código Penal.

IV- Esta investigación apunta a desentrañar, en principio, si los funcionarios públicos imputados actuaron movidos por un interés ajeno y concomitante al de la Administración Pública, durante sus intervenciones en las contrataciones

Poder Judicial de la Nación

directas que Gendarmería Nacional celebró con:

1) Naval Motors S.A., para la adquisición de una embarcación marca Faster, modelo 1070 y, más tarde, para su reparación, a través de las contrataciones N° 38/97 y 61/99, respectivamente (por un total de \$ 228.048,32);

2) Torello Hnos S.A., para la adquisición de 10.000 metros de tela de gabardina destinados a la confección de las chaquetillas del uniforme de Gendarmería Nacional y la compra de distintas prendas de vestir de la Fuerza, mediante las contrataciones N° 41/97, 5/98 y 10/98 (por un total de \$ 1.348.000);

3) Biofar Sociedad Colectiva, para la compra de vacunas “Antimeningococos a+c” -2.500 dosis- y Antigripal -5.000 dosis-, operada bajo el N° 01/00 (por un total de \$ 137.000);

4) Olivos Motos S.A., para la compra de 60 motos marca Honda, mediante la contratación N° 28/00 (\$ 141.000);

5) Incol S.A., para la compra de un horno incinerador de estufefacientes, a través de la contratación N° 64/00 (\$ 67.250); y

6) La concesionaria Espasa S.A., para la compra de 15 automóviles operativos -no identificables- y 13 vehículos patrulleros, todos marca Volkswagen, modelo Polo Classic 1.9 Diesel, tipo sedan 4 puertas, año 2000, mediante la contratación N° 79/00 (por un total de \$ 591.700).

V- Independientemente de que se encontrare o no justificada la celebración de los contratos y de que el desenlace de las gestiones -a través de las cuales los imputados los instrumentaron-, pudiere no haber resultado económicamente

perjudicial para el Estado Nacional, lo que, en principio, cabe aquí en realidad develar es cuál fue la posición que asumieron los funcionarios intervinientes al momento de causar la selección de sus cocontratantes; es decir, discernir si le es atribuible un interés en la negociación que impediría catalogar sus conductas como insospechables de parcialidad, o, dicho en otros términos, si obraron teniendo en miras un beneficio - patrimonial o de otra índole- propio o de un tercero (ver Edgardo Alberto Donna, “*Derecho Penal*”, Parte Especial, T° III, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, pág. 317).

En el contexto que se viene señalando, si bien la eventual existencia de circunstancias que denoten urgencia o exclusividad a la hora de adquirir bienes y servicios -o su adecuado precio-, pueden hacer pensar que las contrataciones no perjudicaron al patrimonio administrado, lo cierto es que, su concreta acreditación en autos no llevaría a descartar, de manera definitiva, la posición del recurrente pues, no obstante ello, de las probanzas incorporadas a estos autos se desprenden otras que ameritan profundizar esta investigación.

a) En esta dirección se estima necesaria la ponderación, en el caso de la contratación 38/97, del resultado del informe pericial obrante a fojas 954/1.018 del principal en punto a la falta:

a.1.1) de una descripción acabada de las necesidades del grupo Cocovi que permitiese redactar las especificaciones técnicas necesarias para requerir el diseño o efectuar la selección de la embarcación más adecuada a adquirir, con lo cual no era posible, de inicio, saber si la que terminó siendo comprada, o alguna otra, satisfacía el objetivo buscado; lo que se patentiza más aún con la circunstancia de haberse exigido

Poder Judicial de la Nación

que la lancha debía ser “...*original de fábrica sin modificaciones y alteraciones...*” cuando según la declaración testimonial del ingeniero Brañas, prestada a fojas 1.200 del principal, “...*Dicho requisito...no es indispensable ni está justificado...*”;

a.1.2) de una compulsa, antes de seleccionar la embarcación marca Faster, de otras ofertas sobre un mismo tipo de embarcación, siendo que las comparadas son totalmente disímiles (lo que también se desprende de los testimonios prestados a fojas 887/888 y 908/910 del principal por Guillermo Luis Berte y Horacio Eduardo La Greca, respectivamente); y

a.1.3) de la consulta de un mercado internacional “...*altamente especializado que ofrece embarcaciones casi idénticas...a precios iguales o menores...*”, como nacional “...*apto para atender pedidos especiales de características similares a la lancha adquirida...*”.

a.2) También deben meritarse, las observaciones de la Auditoría General de la Nación que se desprenden del informe que en fotocopias obra a fojas 34 del principal, con relación a que la cotización de la empresa que resultó adjudicataria, fue presentada con fecha anterior a la del dictamen técnico glosado a fojas 2 del expediente en examen (confrontar en tal sentido también las constancias de fojas 532/536 del principal). Por otro lado, el mencionado ente da cuenta de que en estas contrataciones en general “...*en los casos de excepción por exclusividad o por escasez en el mercado local, no se adjuntan los estudios de mercado en que basan la inexistencia de sustitutos alternativos convenientes...*”.

Respecto de esto último, deberá profundizarse la pesquisa

procurando obtener los antecedentes completos y en original, de los estudios de mercado que venían llevándose a cabo desde 1995, teniendo en cuenta, sobre este particular, que las constancias aportadas en fotocopias a la fecha se advierten discontinuas (ver fojas 514, 515 y 516 del principal, que ilustran una foliatura primigenia y que dan cuenta de la existencia de un cuerpo de actuaciones antecedentes original que no fue aportado); mientras que también debe investigarse donde obran los originales de las compras de las ofertas recibidas por parte de Gendarmería Nacional, agregadas a de fojas 519/549 de estas actuaciones.

a.3) Corresponderá además interrogar a quienes habrían intervenido en el trabajo de campo (V.Gr.: los mencionados por Gustavo Roberto Hatrick a fojas 739 y 756 del principal y en el informe de fojas 878/879 del sumario) y a los que hayan colaborado con las contestaciones a los requerimientos del presente testeo de mercado (ver fojas 759/766, 768/790, 850, 859 y 887/888 del principal, etc.).

b) Otro tanto cabe decir en orden a la elección del sistema de contratación directa para la compraventa N° 41/97, pues llama la atención que el precio del metro de la tela de gabardina, previsto en el plan de obtención del monto total que se invertiría, era idéntico al fijado por Torello Hnos. S.A. el 19 de junio de 1997, esto es, siete días antes de que se emitiera el informe técnico recomendando la celebración del acuerdo comercial con esta firma -26/6/97-, en tanto que, además, Gendarmería Nacional en esta última fecha también aparece suscribiendo un acta de compromiso de exclusividad en la fabricación de las telas, cuando no sólo no se había dispuesto “...Autorizar...la adquisición de la tela...” mencionada, sino que tampoco se había

Poder Judicial de la Nación

justificado la viabilidad de la contratación directa, ni preadjudicado y menos aún adjudicado, a esta empresa, el suministro de la tela, actos éstos que tuvieron lugar los días 7/7/97, 30/7/97, 8/9/97 y 25/9/97, respectivamente.

Sobre este último particular debe tenerse presente además, que de acuerdo a lo expresado por el Jefe de la División Ensayo Materiales en su nota del 28 de agosto de 1997, recién el 26 del mismo mes y año se había logrado un resultado satisfactorio en orden al color pretendido, siendo éste el factor determinante de la excepción de exclusividad justificado en el informe técnico emitido recién dos meses antes (ver informe ya cit. y nota dirigida al Director de Pericias glosada a fojas 42/43 del expediente SN 7-5077/325 de Gendarmería Nacional).

En vista de ello y de que no consta en el expediente de contratación en examen un trabajo de campo tendiente a acreditar la inviabilidad por parte de las distintas empresas habidas en el mercado de este rubro de la posibilidad de satisfacer esta demanda, se estima apropiado indagar entre ellas -teniendo en cuenta especialmente las distintas proveedoras de indumentaria que constan en autos-, para conocer si fueron consultadas por aquellos que pudieren haber gestionado el testeado de mercado enunciado en el informe técnico previo a la adjudicación que favoreciera a Torello Hnos. S.A.; y, eventualmente, a los funcionarios de la adquirente que intervinieran en él.

Tampoco se ha agotado la evaluación de las condiciones de la contratación entre Torello Hnos. S.A. y el Ejército Argentino que diera lugar a un importe menor por metro que el contratado por Gendarmería Nacional, correspondiendo tener presente sobre este punto, por un lado, que fue estipulado por cantidades

significativamente menores de tela y, por otro, que no era necesaria la obtención de un nuevo color en este último caso.

c) En orden a las contrataciones 5/98 y 10/98, no se advierte justificada a esta altura la excepción de exclusividad puesto que, por un lado, respecto de los uniformes de servicio, la tarea del cocontratante, debía consistir en la mera confección a partir de la tela ya obtenida a través de la contratación 41/97, en tanto que las camperas, los birretes, las corbatas y los pantalones verde gabardina y tropical, respectivamente, se trataron de prendas que no dependían de la tela adquirida en esta última compraventa; por lo que corresponderá aquí proceder a establecer si las restantes firmas del ramo habidas en ese entonces no se encontraban capacitadas para confeccionar los uniformes requeridos y abastecer las otras prendas.

Por lo demás, y contrariamente a lo alegado por los Dres. Carlos Brady Alet y Guillermo Brady no se encontraba restringida la tarea revisora de Diego Raúl Jesús María Ortiz, como integrante de la Comisión de Adjudicación -en representación del Ministerio del Interior-, por cuanto de ninguna constancia surge que se tratara de un “*secreto militar*”.

d) En lo que hace a la contratación N° 61/99 destinada a la reparación de la lancha que había sido comprada a través del acuerdo comercial N° 38/97 -a raíz de haberse averiado a la semana de botarla-, también cabe plantearse si su tramitación no persiguió la obtención de fines espurios, al procurar que Naval Motors S.A. volviera a percibir dinero de manos de Gendarmería Nacional, en vista de lo llamativo que resulta que ni si quiera se haya intentado el uso de la garantía para este

Poder Judicial de la Nación

arreglo, atendiendo a que del informe pericial glosado a fojas 1.544/1.549 del principal se desprende que fueron causas del accidente la falla de los dos motores al mismo tiempo y, más tarde, al momento de encallar, el daño en éstos propulsores que se produjo por un mal funcionamiento del sistema mecánico de retracción de sus patas, siendo que según lo previsto en la página 26 del “*manual*” de la embarcación “...*la función automática de retroceso (Kick-Up) libera el propulsor si toca fondo o se golpea con un objeto en el agua...Esto es, la pata del motor se levanta automáticamente...*”.

Esta hipótesis cargosa se torna más relevante si se tiene presente que entre las cualidades requeridas para adquirir la nave en estudio, se pretendía que fuera “...*apta para la navegación en lagos de rigurosas condiciones de navegabilidad...*” y en el sumario interno de la Gendarmería Nacional sobre este asunto “...*se relata que las condiciones del tiempo, con fuertes vientos y grandes olas, se desataron imprevistamente en cercanías de las playas de Bahía Mac Kenna, cuando estaban aproximadamente a 70 mts. de la costa...*” (ver peritaje cit.).

No obstante ello, resta además profundizar esta etapa preliminar con relación a la posibilidad de que en el mercado hubiera otra empresa en condiciones de llevar a cabo esta reparación y, en su caso, por qué importe.

e) Respecto de la contratación 01/00, debe tenerse en cuenta que, al día de la fecha, no se ha recavado la razón por la que se llegó a justificar la compra directa de vacunas bajo la excepción contemplada en razones de urgencia, siendo que este tipo de necesidades, a primera vista, son claramente previsibles; amén de no figurar tampoco un estudio que lleve a develar, conforme lo alegado por el recurrente, si es

posible que en el espacio temporal transcurrido entre la obtención de presupuestos y la finalización de la contratación, hubiera sido viable practicar el proceso licitatorio que correspondía por ley.

Tampoco se ha constatado la veracidad de las facturas presentadas en el expediente BM 0-4050/533 ni, eventualmente, el modo en que fue implementada la obtención de los distintos presupuestos, ni el modo en que se estableció el precio estimativo, ni la posible existencia en el mercado de otras empresas en condiciones de ofertar.

f) Idénticas objeciones a las del párrafo precedente es menester realizar en punto a las contrataciones N° 28/00 y 79/00, a las que habrá de sumarse la inviabilidad advertida por el Sr. Agente Fiscal de exceptuar la tramitación convencional para la adquisición de estos bienes por la causal de exclusividad, atendiendo a la multiplicidad de concesionarias que lo venden.

Cabe agregar a los interrogantes vinculados con la primera de ellas, la significativa diferencia dineraria habida entre la cotización oficial de Honda Motors Argentina para el período junio/julio de 2000 y el finalmente pagado por Gendarmería Nacional, esto es, un exceso de 54 % por cada moto (ver peritaje obrante a fojas 1.274 del principal).

g) Finalmente, en lo que hace a la contratación N° 64/00 no hay constancia alguna tendiente a descartar la inexistencia en los mercados nacional e internacional de otras empresas que oferten la maquinaria que aquí se adquirió.

h) Por lo demás, también es preciso indicar que tampoco se ha

Poder Judicial de la Nación

profundizado en autos en punto a que el interés ajeno al de la administración pudiera verse demostrado por la hipótesis de vinculación de alguno de los funcionarios con las personas jurídicas contratadas (V.Gr.: parentesco y/o amistad con sus integrantes, participación accionaria en sociedades controlantes o vinculadas a ellas, etc.), aspecto que, por ende, a esta altura tampoco puede ser descartado..

Por todo lo expuesto el Tribunal **RESUELVE:**

I) NO HACER LUGAR a la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal a fojas 123/133 (artículo 438, *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación).

II) REVOCAR la resolución recurrida en cuanto dispone el sobreseimiento de los mencionados al inicio de la presente , **DECLARANDO** que **NO HAY MÉRITO** para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer en autos a **PEDRO RUBÉN ÁLVAREZ, JUAN DOMINGO ARGAÑARAS, HÉCTOR DANILO BLASÓN, JUAN CARLOS CUELLO, EDUARDO EMILIO DE JUANA, LUIS CARLOS GARÍN, JOSÉ ANTONIO GENARO VIANA, LUIS ESTEBAN HORVATH, PEDRO PASCUAL LAZO, EDGARDO HUMBERTO LOPARDO, RAÚL EDGARDO MADRID, ALFREDO OSCAR MARTÍNEZ, TIMAR MUSUMECI, MIGUEL HORACIO NATARELLI, OSVALDO LORENZO NIETO, JESÚS MARÍA ORTIZ, RENÉ JUSTO PRADOS, LUIS ALBERTO REALES, GUILLERMO OSCAR RODRÍGUEZ, EMILIO JORGE SACCHITELLA, LUIS MAXIMILIANO SOSA, RAMÓN VIRGILIO TORRES, DAVID DESIDERIO VARGAS, JORGE ALBERTO VÁZQUEZ, JULIO**

JOAQUÍN YEBRIN o YEBRINO y MARIO SABINO ZURLO, en orden a los hechos por los que cada uno de ellos fuera indagado (artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, remítase la causa principal y la documentación que corre por cuerda a la instancia anterior, hágase saber al Sr. Fiscal General y devuélvase este incidente al Juzgado de origen, donde deberán practicarse las restantes notificaciones que correspondan.

Fdo. Horacio R. Cattani - Martín Irurzun - Eduardo G. Farah

Ante mí: Pablo J. Herbón (Secretario de Cámara)