

SUMA: FORMULAN DENUNCIA PENAL- SOLICITAN INMEDIATA INVESTIGACION POR PRESUNTA COMISION DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA – PETICIONAMOS SUSPENSION CAUTELAR DEL PROCESO DE CONTRATACION PARA EVITAR PERFECCIONAMIENTO DE POSIBLES ILICITOS Y PERJUICIOS IRREPARABLES AL ERARIO PROVINCIAL.-

SEÑORA TITULAR DE LA FISCALIA ANTICORRUPCION:

Raymundo A. KISSER, en mi condición de Senador Provincial (Bloque Cambiemos) y **Rubén A. PAGLIOTTO**, D.N.I. 14.305.119, abogado de la matrícula, por nuestra conciencia y responsabilidad ciudadanas y también por la obligación constitucional como funcionario público del primero, constituyendo domicilio “*ad litem*” en el Estudio Jurídico de calle Laprida Nº 374 de esta ciudad(e-mail: rubenalbertopagliotto@hotmail.com), a la Sra. Fiscal Anticorrupción de la Provincia de Entre Ríos, como en derecho mejor proceda, nos presentamos y respetuosamente, **DECIMOS:**

I.- EXORDIO

A tenor de los Art.232º, siguientes y concordantes del rito penal, ocurrimos por el presente acto con el objeto preciso y concreto de formular **DENUNCIA PENAL** contra los funcionarios públicos que en aproximación típica y como consecuencia de las tareas investigativas propias y específicas de esa unidad fiscal de investigación, resulten ser autores materiales – por acción u omisión- de los delitos de Incumplimiento de los deberes de funcionario público y/o abuso de autoridad (art.248/249 del C.P.) y negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265º del C.P.), en el marco del proceso de selección de contratista de las obras que comprenden el proyecto Cierre Norte y Gasífero, de conformidad a los hechos que detalladamente se expondrán ut infra, sin perjuicio de las atribuciones delictivas – de existir- que la fiscalía actuante defina como tipos penales seleccionados con mejor adecuación a la plataforma fáctica o flujo causídico.-

II.- NECESARIA ACLARACION PREVIA – EL “BUSILIS” DE LA DENUNCIA.

De inicio nomás, a fin de despejar dudas y evitar sutilezas innecesarias e inmerecidas que tiñan el fin perseguido por esta presentación, hemos de aclarar que en modo alguno quienes suscribimos esta denuncia nos animan cuestiones personales contra ningún funcionario y menos aún, nos oponemos a la realización de estas obras, necesarias y que contribuyen al progreso de las zonas beneficiadas y de la gente que allí habita.- Por el contrario, alentamos y sostenemos la necesidad de concretar las mismas atento a que se trata de obras de infraestructura que contribuyen absolutamente al desarrollo de determinadas regiones de nuestra provincia, sobre todo de aquellas más postergadas y con mayor atraso relativo y que además las mismas suman a un modelo de desarrollo productivo e industrial que colocaría a nuestra provincia en niveles competitivos similares al resto de las provincias que componen la Región Centro.- Nada de eso se pone en duda ni en discusión, pero aun así, es **intolerable** que ello se haga a despecho de las normas legales y constitucionales vigentes y también de la necesaria e

inexcusable transparencia que debe caracterizar el manejo y administración de la cosa pública.-

El meollo de esta denuncia penal, acaso su justificación ontológica y ética, es la necesaria y urgente investigación que deberán realizar los integrantes del MPF – Fiscalía Anticorrupción- sobre todo el proceso administrativo de estas obras que exhiben desprolijidades en sus formas y sustancia e incumplimientos normativos groseros e inexcusables, **generando un marco de dudas y despertando suspicacias** acerca de si ello no obedece a la necesidad de disimular o encubrir **una selección amañada de contratista**, dando pábulo a negociaciones incompatibles con la función pública, incumplimientos de deberes funcionales (por acción u omisión) dolosos y abuso de autoridad, sin perjuicio de otros injustos que puedan determinarse en el decurso de la I.P.P.-

Se expondrán de modo circunstanciado y claro los aspectos que merecen observaciones y tachas por su incumplimiento normativo, alteraciones de los procedimientos y la manera ostensible y constante en que se echa manos a mecanismos oblicuos tendientes a eludir (i.e., evitar) los necesarios controles de los organismos específicos (Contaduría General de la Provincia y Tribunal de Cuentas) y la aplicación de las leyes Nº 5140 (LAF) y Decreto Nº 795/96 (Reglamento de Contrataciones del Estado) y Nº 6351 (LOP).- Incluso se detectan en el corto y meteórico proceso argumentos falaces en los propios considerandos de los decretos, como por ejemplo en el Nº 2776 MPIYS, en el último de ellos, donde se expresa que **“han tomado intervención los organismos de control de la Provincia de Entre Ríos” (cuáles, cuándo, de qué manera)**, cuando tal cosa resulta ser absolutamente falsa.- O como que se recurre hasta el empalagamiento a párrafos donde se hace referencia a que en este caso (referido a estas obras) **“el Estado provincial podrá delegar el procedimiento, mecanismo, modalidad y forma de selección adecuados a la actividad específica de que se trate, en los entes, dependencias y/o sociedades del Estado Provincial y/o en las que sea titular del paquete accionario mayoritario, en forma directa o indirecta, por cuanto ello resultará conveniente para la mejor y más eficiente ejecución y consecución de los proyectos...”**.- Ello, claro está, con la única y predeterminada finalidad (por ahora no diremos aviesa) de **delegar en ENERSA** la ejecución total de las obras, y por ende someterlas a los procedimientos propios y específicos de su incumbencia, **obviando o eludiendo de este modo, la actuación de los organismos de control interno y externo, como la aplicación de leyes específicas y obligatorias**, llegando incluso a delegar todo ello en una empresa estatal por medio de un decreto, cuando debió hacerse por ley, como por ejemplo se hizo-correctamente- en el caso de los acueductos chinos, a instancias de la **Ley 10.492**, en su **art. 9º**, por el que se modifica el **Art. 4º de la ley 10.352**, el que quedó redactado de la siguiente manera: **“Créase la Unidad Ejecutora del Proyecto “Sistematización y Distribución de Agua para riego –Mandisoví Chico” (UEP) a los fines de la administración de la ejecución correspondiente a las obras inherentes al emprendimiento, en el ámbito de la Dirección General de Hidráulica dependiente del Ministerio de Planeamiento, Infraestructura y Servicios de la Provincia de Entre Ríos. El Poder Ejecutivo de la Provincia reglamentará la composición y facultades de este organismo de administración”**.-

Se pretende con esta denuncia penal evitar la consumación de delitos o, cometidos ya, que se propaguen negativamente los efectos sobre el erario público provincial, toda vez que, sin constarnos en forma directa, se habla en círculos vinculados a la obra pública, como que los precios que se les pagaría a las empresas chinas son muy elevados en relación a los costos reales de estas obras, siendo del caso que esta licitación, por lo meteórico de su proceso (un apuro nunca justificado) y el secretismo que la rodeó, operó como un **“negocio a bulto cerrado”**, de modo muy apresurado, con muchas falencias y disrupciones, llevándose por delante e incumpliendo variopintas normas legales y constitucionales y eludiendo la intervención previa de ciertos organismos de contralor, llamando especial y poderosamente la atención de los suscriptos, que no existan registros de la participación de la **Fiscalía de Estado**, quien debió necesariamente opinar y tener, acaso, un rol más protagónico que el que tuvo la Secretaría Legal y Técnica, que no es un organismo de control ni sus incumbencias, facultades y obligaciones son iguales a la de aquella.-

También, no deja de preocuparnos y generarnos muchas dudas y perplejidades, el hecho no menor de que el **Ing. Jorge González** es la par Presidente de ENERSA (ejecutora de las obras) y Secretario de Energía de la Provincia (puede haber conflicto de intereses y momentos en que surjan incompatibilidades); el Ministro de Economía, **Hugo Ballay**, integre el directorio de ENERSA (ídem que el funcionario anterior); que el Fiscal de Estado, **Julio Rodríguez Signes**, a la vez, integre la Comisión Fiscalizadora de ENERSA, junto con el Secretario Legal y Técnico del Gobierno de Entre Ríos, **Dr. José Gervasio Laporte** y el Secretario de Presupuesto y Finanzas del Ministerio de Economía, Cr. Luis Alfonso Erbes.-

Todos ellos son funcionarios del Poder Ejecutivo y a la vez, ocupan primerísimos lugares en ENERSA, empresa que llevará a adelante la ejecución de ambas obras, bajo los reglamentos, métodos y procedimientos de la misma, quedando este proceso de licitación y ejecución de las obras excluido del contralor de los organismos específicos del gobierno provincial y fuera del alcance de las leyes de Administración Financiera (y de Contrataciones) y de la de Obras Públicas, lo que se logró, insistimos, a través de un decreto del Poder Ejecutivo y no de una ley de la legislatura, como hubiese correspondido, máxime cuando por **Ley Nº 10492 del 23/05/2017** se creó una **COMISION BICAMERAL** para controlar obras de capitales chinos.- La comisión estará integrada como mínimo por tres senadores y tres diputados y podrá recabar **“toda la información relacionada con la realización de las operaciones del crédito, la afectación o destino de los recursos obtenidos y la ejecución de las obras”**, y luego deberá remitir sus análisis y observaciones al Ejecutivo.- Deberá luego remitir al Poder Ejecutivo las observaciones que estime corresponder, como consecuencia del análisis que realice de la documentación recibida. Además podrá adoptar, dentro de su competencia, toda otra medida destinada a lograr un mejor control de los fondos públicos invertidos en la presente operación. Es claro que se creó esta comisión que abarca a ambas Cámaras Legislativas, para llevar adelante y ejercer el efectivo contralor de este tipo de obras de alta significación y que se financian con créditos internacionales, de organismos, países o empresas extranjeras.-

Reiteramos con deliberada repitencia, empero lo grave del asunto y la urgencia del caso lo ameritan, deberá iniciarse de inmediato una I.P.P. tendiente a determinar si existieron los incumplimientos que estamos denunciando y si ellos pueden ser imputados a funcionarios del Poder Ejecutivo Provincial, a título de dolo o de culpa, según el caso y con el grado de participación criminal que les cupo a cada uno; como que se deberán con premura disponer las medidas periciales de rigor a través –en lo posible y para garantizar absoluta independencia de criterios– de Ingenieros de la Universidad Nacional del Litoral, a fin de que estimen los costos reales de las obras licitadas, contemplando la rentabilidad teórica promedio y habitual en este tipo de trabajos y también, si se han cumplido los demás requisitos que exigen las normas vigentes en la materia y los propios pliegos (Condiciones General y Particulares) licitatorios, informando también acerca de si se han hecho todos los informes previos (impacto ambiental, entre otros) y si esta obra están en condiciones de ejecutarla empresas nacionales del rubro eléctrico y gasífero.-

III.- EL SUPUESTO ITER DELICTIVO COMO FLUJO FACTUAL – ASPECTOS RELEVANTES.-

PROYECTO CIERRE NORTE ELECTRICO Y GASIFERO.

A) Desarrollo de reuniones:

Primera reunión:

* El día **28 de agosto de 2018** se desarrolló una reunión en ENERSA para poner en conocimiento del **Proyecto de Iniciativa Privada** (Art. 26º Ley Nº 5140 de Administración Financiera y Decreto Nº 795/96 MEOSP Reglamento de Contrataciones del Estado) presentado por un grupo inversor chino y coordinar equipos de trabajo para su realización.

* Los pliegos de **Condiciones Generales y Particulares del Proyecto** presentado serían FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores).

* Las obras se realizarían mediante el llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional. (LPNI)

* Los subejecutores de la obra serían **ENERSA** y Compañía Entrerriana de Gas, **CEGSA**.

Participantes de la reunión: Presidente de ENERSA y Secretario de Energía de la Provincia, Secretario Legal y Técnico de la Provincia (SLT), abogadas de Secretaría Legal y Técnica de la Provincia, Gerentes de ENERSA, profesionales de UCEP, Ministerio Infraestructura, Secretaría de Energía, Desarrollo Gasífero y Contaduría General de la Pcia.

En esa primera reunión se genera la presunción de estar ante un procedimiento licitatorio realizado sólo para cubrir las formalidades, a saber:

- 1) El andamiaje legal, técnico, procedimientos etc., debía ser armado en tiempo record, porque el Gobernador aprovecha la visita del Presidente de China a Buenos Aires a la reunión del G-20 para la firma del contrato de la obra.
La reunión del G-20 se realiza el **30/11** y **01/12 del 2018**, lo que significa que en sólo dos (2) meses, apenas, debe armarse todo el proceso licitatorio, con todas las actividades que el mismo conlleva, la producción de los informes necesarios y reglados normativamente, el llamado a licitación pública y adjudicación de la LPNI.
- 2) El Secretario Legal y Técnico sobre la posibilidad de impugnación del llamado a licitación en razón de lo exiguo del plazo (apenas un mes para el llamado y la presentación de las propuestas de semejante y complejas obras), expresó claramente que **debe establecerse una penalidad monetaria alta**, que hiciera pensar muchas veces a cualquiera, antes de realizar una impugnación.- **En otras palabras**: no se esgrimieron razones jurídicas valederas y reales, sino que se optó por el atajo de hacer excesivamente costosa una eventual impugnación frente a lo exiguo del plazo establecido, demostrativo de un apuro irrazonable e injustificado, ante obras de esa envergadura.-
- 3) También instruyó al Gerente de Legales de ENERSA, encargado de la redacción de los Pliegos del llamado licitatorio, para que **no fijara en los pliegos porcentajes de evaluación**, dejando libertad de evaluación a la comisión de adjudicación, lo que trasunta una auténtica e inexcusable medida arbitraria que, además, echa un manto de dudas acerca de la necesaria transparencia que deben guardar todos los actos administrativos de la esfera pública.-
- 4) La presentación de **ENERSA** como **SUBEJECUTOR** es, cuanto menos, engañosa.- La verdadera pretensión es que **ENERSA** sea el ejecutor de la obra, con sus propios procedimientos, **evitando** la aplicación de la legislación de la Provincia, o sea, **obviando** la Ley de Administración Financiera N° 5140 (L.A.F.) y la Ley de Obras Públicas N° 6351 (L.O.P.) y, por ende, quedando por fuera del **control interno de la Contaduría General de la Provincia en el proceso licitatorio**.

* En efecto Sra. Fiscal, desde la Secretaría Legal y Técnica se explicó que se **delega en ENERSA la ejecución del proceso licitatorio** con el uso de propios procedimientos a través de un Decreto del Poder Ejecutivo, cuando ello debió haberse hecho a través de una ley provincial, máxime cuando existe una **Comisión Bicameral** que llevará adelante el control de estas obras, bajo este financiamiento externo.-

* La Compañía Entrerriana de Gas, la otra **supuesta** subejecutora, **delega** la ejecución de la obra de gas en **ENERSA (¿?)**. Esa Compañía Entrerriana de Gas, en la actualidad, está inactiva. Es apenas un sello de goma, como se dice en lenguaje coloquial para designar algo que en rigor no tiene existencia concreta y real.-

* Sin embargo, desde la Secretaría Legal y Técnica-equivocadamente a nuestro entender y sin hacer ningún otro juicio de valor- se asegura que alcanza (i.e., es

suficiente) un **decreto del Poder Ejecutivo** para realizar tal delegación. Nosotros, contestes con la legalidad administrativa y feligrases del carácter republicano y la transparencia que deben principiar los manejos de la cosa pública, tachamos este proceso como ilegal, ilegítimo y violatorio de leyes específicas como la de Administración Financiera y de Obras Públicas, prohijado con la aviesa intención de eludir determinados y necesarios controles que surgen de las leyes aludidas y que nadie puede exceptuar, sino por otra ley como ha acontecido en supuestos similares a éste.-

Segunda reunión:

* Se realiza otra reunión el día **martes 4 de setiembre** en la Sala de reuniones de ENERSA, pero hubo un **cambio de funcionarios**: no estuvo presente el Secretario Legal y Técnico; sí, en cambio, el **Secretario de Hacienda** y dos abogados del Ministerio de Economía.

* Primeramente y a modo de introducción se analizaron los aspectos técnicos del proyecto, quedando muy en claro **la existencia de problemas técnicos**, así como la **no coincidencia con los planos originales** de la obra relativa al gas. **Más aún**: se planteó la posibilidad concreta de cambiar el tamaño de la cañería de gas, advirtieron los presentes que **no se encuentra liberada la traza**, contando a esa fecha solamente con el informe de catastro de los propietarios de los campos por donde pasa la obra y **restando todo el trabajo de campo**. Ese trabajo, además del tiempo, conlleva un **costo económico estimado** de dos (2) millones de dólares (según manifestaciones de técnicos presentes en la reunión) **que no tenía previsión presupuestaria y financiera**, habida cuenta que **faltan todos los informes previos al llamado a licitación, de carácter obligatorio**.

* Se debatió también sobre los **aspectos legales** de las obras, y la abogada del Ministerio de Economía expresó clara y enfáticamente **que el tema legal no cerraba**, cuestionando motivada y fundadamente **la falta de aplicación de las normas provinciales Leyes 5140 (LAF) y 6351 L.O.P.)**.-

* Asimismo y a mayor abundamiento, los **Delegados de la Contaduría General** puntualizaron que:

- 1) **Las obras Gasoducto Productivo del Noreste y Cierre energético Norte no cuentan con el financiamiento aprobado por la Legislatura**. Si bien se encuentran contempladas en el Plan de Obras de la Ley de Presupuesto del Ejercicio 2018, **figuran dentro de las obras sin crédito presupuestario** en el Anexo - Art.22º- Jurisdicción Gobernación, Secretaría de Energía.
- 2) El financiamiento de las obras Cierre Norte Eléctrico y Gasífero y otras obras más, según se expresó, **surgía del proyecto de modificación del objeto de la Ley Nº 10.492 del 05/2017 que modifica las Leyes 10.352 y 10.408**, llamada de los **"acueductos chinos"**, que tenían presentado en la Legislatura.

B) Hechos versus normas: Una aproximación a la ilegalidad e incumplimiento de deberes funcionales.

* El llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional se publicó en la página de ENERSA en **setiembre 2018**, cuando se dictó el **Decreto N° 2916 del 06/09/2018** que declara de interés provincial la iniciativa privada del grupo chino. Las consultas se pueden hacer a partir del **28/09** y las ofertas se reciben hasta el **19/10/2018**.

* Ahora bien, **la Ley que aprueba el financiamiento de las obras recién se sancionó el 03/10/2018** (Merece un párrafo a parte el cheque en blanco que aprobó la Legislatura con esta Ley).

Por lo tanto cuando se aprobó el llamado a licitación, en fecha 06/09/2018, la obras no tenían el financiamiento aprobado por la Legislatura. Se invirtió el derrotero legal y lógico: se dispuso licitar una obra que no tenía aún el financiamiento legalmente aprobado, situación no sólo anómala, sino altamente sugestiva y generadora de perplejidades por doquier.-

* La designación de ENERSA como ejecutor o subejecutor de la obra eléctrica y gasífera **es competencia de la Legislatura**, facultando al Poder Ejecutivo a que dicte las normas complementarias, como se hizo en el Art. 9 de la Ley 10492. En este caso, no se hizo lo mismo y por tanto hubo una leve violación normativa e incumplimiento de los deberes de funcionario público, cuando no, un claro e inexcusable abuso de poder, direccionado, quizás, a beneficiar a un determinado oferente.- Fue, en otras palabras, apenas un burdo simulacro de licitación, pues de antemano se tenía decidido el adjudicatario.-

* En consonancia con el punto anterior, **también es competencia de la Legislatura dictar la norma de excepción de la aplicación de las normas provinciales LAF 5140 y 6351 de obras públicas, para realizar el llamado a licitación pública con los procedimientos de ENERSA**, así como la autorización de uso de **Pliegos FIDIC**(Los contratos FIDIC se caracterizan por dar soluciones internacionalmente conocidas y aceptadas para llevar a cabo la ejecución de distintos tipos de proyectos de construcción, siendo sus normas compatibles con los ordenamientos jurídicos tanto del common law como del civil law, lo que facilita que frente a la licitación de una obra, los participantes puedan concentrarse en los aspectos técnicos y de administración del contrato más que en la discusión de tipo legal).-

* La iniciativa privada para la ejecución de la obra debe ser una realización novedosa u original o **que impliquen una innovación científica o tecnológica**. Debe contar con **viabilidad técnica, jurídica y económica**, conforme las disposiciones del Art. 26º, inc.d) de la Ley 5140 (T.U.O Decreto N° 404/95 MEOSP).-

* **En resumen:** para que el Poder Ejecutivo declare la **Iniciativa Privada** presentada por el grupo inversor chino de **interés general para la Provincia**, **deben cumplirse con informes cuya existencia no se acreditan.**

C) Falencias y faltantes.-

- * Deben procurar la autorización de la Nación dando el **aval soberano**.
- * Deben contar con la **factibilidad de la obra otorgada por el ENARGAS**.
- * **Traza de la obra**: debe estar liberada como exige el proyecto. Cuentan sólo con el informe de catastro de los propietarios de los campos por dónde pasan las obras; pero resta realizar el trabajo de campo y el legal de servidumbres de paso. Para ello resta elaborar un presupuesto estimado para realizar los trabajos y la solución presupuestaria y financiera para llevarlo a cabo.
- * Deben contar con el informe de impacto ambiental, que no se conoce y ni siquiera se sabe si existe.
- * La **Contaduría General debe intervenir formalmente en el o los expedientes donde tramitan las obras públicas**, presentados por el Organismo que se determine y con los puntos citados anteriormente, cumplidos en el trámite.

D) Disrupción y alteraciones en el proceso que generan un marco de duda y sospecha.-

ANTES DE LA SEGUNDA REUNION, YA SE HABIA DICTADO EL DECRETO Nº 2776 MPIYS

* El **3 de setiembre de 2018**, el Poder Ejecutivo dicta el **Decreto Nº 2776 MPIYS** que aprueba el **Régimen Provincial de Iniciativa Privada**, derogando los Art. 121º a 124º del Decreto Nº 795/96 MEOSP Reglamentario de las Contrataciones del Estado y los Decretos Nº 664/96 y modificatorio 735/01.

Adviértase –detalle no menor y para nada ingenuo- que la **segunda reunión** se celebra el día **4/9/2018** y el mentado decreto se dicta el día anterior, es decir, el **3/9/2018**.-

* **El decreto no está publicado ni en la página del Gobierno de Entre Ríos ni en el Boletín Oficial**; sí, en cambio, en la **página de ENERSA**, en lo relacionado al llamado a las licitaciones públicas internacionales para el cierre norte eléctrico y gasífero. No se puede reemplazar el Boletín Oficial por otro sitio, bajo ninguna circunstancia.-

* Si bien el citado Decreto es un reglamento por cuanto deroga y pasa a reemplazar artículos del Reglamento de Contrataciones del Estado Decreto Nº 795/96 MEOSP, **está dictado a medida de la iniciativa privada presentada por el grupo inversor chino**, a saber:

* El Art. 2º establece **que alcanza a aquellas presentaciones que se encuentren actualmente en trámite**, atendiendo al estado de avance de la iniciativa o proyecto presentado.

Establece la **retroactividad** porque el proyecto de los inversores chinos es anterior (Presentado el 28/08/2018) al dictado del Decreto Nº 2776 del **03/09/2018**.

* El Art 3º dispone que la presentación del proyecto de iniciativa privada, cuando en razón de la materia, **exceda el ámbito de actuación de los organismos o dependencias de la administración central, el Poder Ejecutivo podrá delegar el procedimiento, mecanismo, modalidad y forma de selección** adecuados a la actividad específica de que se trate en los entes, dependencias o **sociedades del Estado Provincial en las que sea dueño del paquete accionario mayoritario en forma directa o indirecta** para que se constituyan en ejecutores o subejecutores del proceso de selección del contratista bajos los procedimientos de contratación; a tal efecto podrán utilizar los pliegos y normas nacionales y/o internacionales vigentes.

Léase ENERSA. Léase cerremos el Estado y vayámonos a casa. (Dispénsenos Sra. Fiscal la digresión un tanto prosaica, pero acaso imposible de morigerar con palabras menos duras, ante una realidad tan elocuente y sospechas cada vez más fundadas).-

* El Estado Provincial cuenta con organismos técnicos competentes para contratar y controlar la ejecución de obras públicas de construcción de arquitectura o ingeniería, hidráulicas, de energía, de gas, civiles, caminos, puertos, etc., ya sea en el ámbito de la Administración Central o través de Organismos Descentralizados o Autárquicos que consolidan en el Presupuesto de la Provincia y se encuentran obligados a aplicar la LAF y Ley de Obras Públicas.

* De hecho, las estaciones transformadoras y gasoductos realizados en la Provincia han tenido como ejecutores a los organismos técnicos competentes de la Administración y a ENERSA o Empresa de Gas como subejecutores.

* El concordante Art 5º del Anexo I expresa que el proceso podrá llevarse a cabo por los organismos de la Administración Central o bien ser **delegando en cuanto a la tramitación y gestión de los procedimientos** en entes Autárquicos, descentralizados, dependencias, Empresas y o **Sociedades Anónimas donde sea titular del paquete accionario mayoritario en forma directa o indirecta.**
Léase nuevamente ENERSA.

* El Art 6º del Anexo I avanza aún más y establece que **ante el supuesto de que el Poder Ejecutivo delegue la tramitación y gestión en alguna Sociedad del Estado y/o Anónima, las mismas serán llevadas adelante utilizando los procedimientos propios del organismo seleccionado** y/o los que resulten acorde conforme las exigencias que puedan derivar de la fuente de financiamiento, actuando como delegada del Estado Provincial, con cargo a rendir cuentas de la gestión ante el organismo competente.

* La fijación del porcentaje del 80% como mínimo de financiamiento privado en las Iniciativas, excediendo las facultades que le son propias, **por cuanto el endeudamiento debe tener autorización legislativa.** Transgrede La Ley 5140 -Título IV Crédito público, Arts. 36º, 39º y 40º.

E) Se vislumbra el objetivo de los organizadores

* Como se expresara anteriormente **si las obras se hicieran con los organismos técnicos competentes de la Administración Central, Descentralizada o Autárquicos que consolidan en el Presupuesto del Estado, estarían obligados a respetar los procedimientos de la Leyes 5140 de Administración Financiera y Ley 6351 de Obras Públicas y sometidos al control de la Contaduría General de la Provincia y control posterior y aprobación del TRIBUNAL DE CUENTAS.**

* La delegación de la ejecución de la Iniciativa Privada en la Sociedad Anónima ENERSA **persigue el doble propósito –ilegal e ilegítimo- de soslayar la aplicación de los procedimientos establecidos en las Ley 5140 y 6351 y el contralor de LOS ORGANISMOS DE CONTROL DEL ESTADO.**

* Definitivamente, el **Poder Ejecutivo es incompetente para realizar tal delegación así como para excepcionar a un organismo de aplicar las leyes provinciales 5140 y 6351.**

* Otra observación a formularle al Decreto es que **lo refrenda el Ministro de Planeamiento, Infraestructura y Servicios en vez del Ministro competente de Economía y Hacienda.** Su área planteó en la reunión del **04/09** el desacuerdo con los aspectos legales junto con la Contaduría General de la Provincia y en fecha **07/09** inicio el **expediente Nº 2163608** Reglamentación Régimen de Iniciativa Privada; pero el decreto ya se encontraba dictado.

* El expediente que da origen al **Decreto Nº 2776 se desconoce**, no está citado en la norma.

* Si bien habría existido un pedido de observación del Decreto 2776/2018 MPIYS del 03/09/2018, formalmente se desconoce si la Contaduría General de la Provincia de E. Ríos formuló dicha observación al poder ejecutivo acerca del decreto aludido, en los términos que establece el Art. 72º de la ley Nº 5140.

* A fin de ilustrar a la Sra. Fiscal, cumplimos en destacar que dicho artículo establece: “Artículo 72º – Las observaciones que formule la Contaduría General serán comunicadas al órgano o dependencia en que se haya originado el acto y suspenderán su cumplimiento o el de la parte observada del mismo, hasta tanto se subsanen las causales que la motivaron. Si dichas no fueran subsanadas y la autoridad competente estime que, no obstante la observación formulada, el acto debe cumplirse, el Poder Ejecutivo en Acuerdo de Ministros o la autoridad competente en los Poderes Legislativo y Judicial, podrán insistir en el cumplimiento bajo su absoluta y exclusiva responsabilidad; en cuyo caso, la Contaduría General dará curso al mismo y dispondrá la publicación de la observación y el respectivo acto de insistencia en el Boletín Oficial, comunicando inmediatamente la actuado al Tribunal de Cuentas”.

* Ante la configuración de transgresiones a la Constitución y Leyes Provinciales, el Contador General de la Provincia, debería haber efectuado, inexcusablemente, una formal observación al respecto.-

- En el caso de que el CGP no haya formulado la observación establecida por la ley citada, es claro y evidente que los: a) los plazos legales estarían corriendo; b) podrían llegar a vencerse los mismos para realizarla; c) se habría omitido a sabiendas y con mala fe dar la intervención correspondiente en los trámites como hasta el momento y d) continuando el proceso licitatorio adelante, con las consabidas consecuencias negativas.

*** Declaración de interés provincial Iniciativa Privada grupo chino.**

Como consecuencia del **Decreto N° 2776/18 MPIYS**, también se dictó el **Decreto N° 2916/18 MPIYS el 06/09/2018**, también oculto para la página del Gobierno y el Boletín Oficial, pero no para la página de ENERSA que los tuvo que publicar en el llamado a Licitación Pública Internacional.

* En el **Visto del Decreto N° 2916**, recién aparecen mencionados los Expedientes N° 2154937 y 2155013 donde tramitan las iniciativas presentadas por el grupo chino, **pero no pueden verse en la consulta oficial de expedientes sus movimientos**, que cuentan con 255 y 248 folios. Los expedientes se iniciaron **17/08/2018**. En ENERSA figuran desde el **04/10/2018**, un día después del dictado de la Ley que aprueba el financiamiento, **pero el llamado a licitación pública internacional ya estaba iniciado gracias a los Decretos 2776 (03/09/2018) y 2916 (06/09/2018)**.

Resultado de la búsqueda

Nro. de Expediente: 2154937

Iniciado para: ORGANISMO/PERSONA FUERA DEL SISTEMA - ORGANISMO/PERSONA FUERA DEL SISTEMA

Fecha de Inicio: 17/08/2018

Tramitado por: MESA DE ENTRADAS, SALIDAS Y ARCHIVOS - DIR. GRAL. DE DESPACHO - SECRETARIA GENERAL DE LA GOBERNACION - PODER EJECUTIVO

Asunto: SR. LUI XIN - EN REPRESENTACION DE CHINA NATIONAL TECHNICAL IMP. & EXP. CORP- Y SR. JAVIER SAGRETTI EN REPRESENTACION DE YUTONG S.A.-REF. PRESENTACION DE INICIATIVA PRIVADA- LINEA DE ALTA TENSION (132 KV) CIERE ARCO NORTE LA PAZ- FEDERAL- E.R.-SOL. SE EMITA UN DECRETO QUE DECLARE DE INTERES PUBLICO EL PROYECTO.- RRC

Fecha de Consulta: 16/10/2018

Imprimir

Fecha	Destino	Folio	Pasa con	Fecha de Recepción	Detalle
04/10/2018	1000057 - ENERGIA DE ENTRE RIOS S.A. (ENERSA) - MIN. PLANEAMIENTO, INF. Y SERV. - PODER EJECUTIVO	255	PROVIDENCIA		

Consulta Externa: Solo se muestra el último movimiento.

Resultado de la búsqueda

Nro. de Expediente: 2155013

Iniciado para: ORGANISMO/PERSONA FUERA DEL SISTEMA - ORGANISMO/PERSONA FUERA DEL SISTEMA

Fecha de Inicio: 17/08/2018

Tramitado por: MESA DE ENTRADAS, SALIDAS Y ARCHIVOS - DIR. GRAL. DE DESPACHO - SECRETARIA GENERAL DE LA GOBERNACION - PODER EJECUTIVO

Asunto: SR. LUI XIN - EN REPRESENTACION DE CHINA NATIONAL TECHNICAL IMP. & EXP. CORP- Y SR. JAVIER SAGRETTI EN REPRESENTACION DE YUTONG S.A.-REF. PRESENTACION DE INICIATIVA PRIVADA- GASODUCTO PRODUCTIVO III DEL NORESTE ENTRERRIANO.-SOL. SE EMITA UN DECRETO QUE DECLARE DE INTERES PUBLICO EL PROYECTO.-

Fecha de Consulta: 16/10/2018

Imprimir

Fecha	Destino	Folio	Pasa con	Fecha de Recepción	Detalle
04/10/2018	1000057 - ENERGIA DE ENTRE RIOS S.A. (ENERSA) - MIN. PLANEAMIENTO, INF. Y SERV. - PODER EJECUTIVO	248	PROVIDENCIA		

Consulta Externa: Solo se muestra el último movimiento.

* Adviértase que el **Decreto Nº 2916** también es refrendado por el Ministro de Infraestructura, y se declaran de interés provincial las propuestas presentadas por el grupo chino: **CHINA NATIONAL TECHNICAL IMP & EXP.CORP** y la firma **YUTONG S.A.** consistente en **“CONSTRUCCION DE UNA LINEA DE ALTA TENSION Y CINCO ESTACIONES TRANSFORMADORAS Y TENDIDOS FIBRA OPTICA”**, en el marco del proyecto denominado **“CIERRE ARCO NORTE”** Y LA **“CONSTRUCCION DE UN GASODUCTO”** en el marco del denominados **“GASODUCTO PRODUCTIVO III DEL NOROESTE ENTRERRIANO”**; para el desarrollo eléctrico y gasífero en el norte entrerriano en adelante **“PROYECTO CIERRE NORTE”** en el marco del Régimen Provincial de Iniciativa Privada establecido por el Decreto Nº 2776/18.

* Reconocen a la firma china como autora de la iniciativa privada.

* El Art. 3º del Decreto Nº 2916 MPIYS **delega en ENERSA y la CIA de Gas la tramitación bajo sus procedimientos y modalidades de contratación**, pudiendo por el Art. 4º efectuar convenios de colaboración, gestiones, negociaciones y diligencias que resulten necesarias para la adecuada ejecución, **debiendo dar intervención a los organismos de control pertinentes.** (son S.A. fuera del control de la Contaduría General).-

* Por el Art. 5º del Decreto Nº 2916 MPIYS **habilita a las empresas societarias designadas delegadas por el Poder Ejecutivo y la Secretaría de Energía**, a efectuar el control y vigilancia directa de la ejecución de las obras, tanto en sus aspectos técnicos **como administrativos**.- Se advierte claramente la delegación efectuada por el Ejecutivo en la empresa ENERSA a través de un decreto, eludiendo a la Legislatura, pues esa delegación debió haberse hecho por ley y no por decreto, máxime cuando la misma autoriza a exceptuar del control a los organismos establecidos por la ley y la Constitución Provincial, como a aplicar los procedimientos de ENERSA y los prescriptos por la L.A.F. y la L.O.P.

* El último considerando del Decreto 2916 MPIYS reconoce que **están gestionando el Aval Soberano de la Nación** para garantizar el financiamiento de la obra. **O sea que llamaron a licitación antes de conseguir la Ley de Financiamiento y sin aval soberano de la Nación.**

* El Secretario de Energía de la Provincia es también el Presidente de ENERSA, lo que insinúa en el horizonte un más que probable conflicto de intereses.

IV.- ALGUNAS CONSIDERACIONES JURIDICAS SOBRE EL SUB CASE

El agente público, con más razón el funcionario público indudablemente comprendido en el control, tiene un doble rol como “controlado”, pues en el ejercicio de sus funciones no pierde su condición de ciudadano (en todas sus manifestaciones).- Por otro lado, *“al insertarse en el quehacer social y en los fines públicos, el control no puede apartarse del marco del bien común, entendido en términos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH) como “un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos...de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real...Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamentos de limitaciones estrictamente ceñidas a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”* (Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/85, serie A, Nº 5, párrafos 66 y 67).-

En esa línea argumental, ***“creemos primordial comprender que el control genera información, la que cumple un doble cometido: es un insumo fundamental para poder ejercer tal función, y a su vez el principal producto que origina. Por eso aquella información debe ser puesta a disposición de otros organismos de control, de los controlados y esencialmente de la sociedad”*** (Ver Miriam M. Ivanega, “Control Público”, Ed. Astrea, año 2016, pág.64).-

A mayor abundamiento y para que a nadie les quepan dudas de la real intención o el verdadero y único objetivo que persigue esta denuncia, dado que no fue posible, en este caso y respecto a las obras de que se trata, ejercitar el necesario, debido y saludable contralor republicano de los actos de gobierno que lo rodearon, es que se enunciarán, algunas de las cuestiones que se persiguen y otras que fueron eludidas en violación a la ley y a la Constitución provinciales.-

Así, por ejemplo, este control que se obvió y que pretendemos ejercer a través de esta denuncia, en modo alguno es sinónimo o pretende ser un instrumento de persecución e intromisión en las esferas propias del P.E.- Decididamente ello no es así.

* El control en general se manifiesta en dos direcciones concretas: plantea el ejemplo a seguir, es decir, muestra el deber ser. A consecuencia de ello, también contribuye a modificar las conductas que se apartan tanto de los objetivos, como de los medios apropiados para obtenerlos.- Resultan indiscutibles en esta idea todas las modalidades de control, es decir, las que ejercen los tres poderes del Estado.-

* Cada uno de los sistemas de control coadyuva, directa o indirectamente, a cumplir con dichos objetivos. Controlar a los poderes del Estado a través de los diversos procedimientos y procesos va a incidir (o debería hacerlo) en el ejercicio de las funciones estatales, de forma tal que aquellos responsables de adoptar políticas públicas y de llevarlas a la práctica ***tienen el deber de articular los medios para corregir acciones, subsanar omisiones y fundamentalmente evitar la reiteración de los desvíos e irregularidades que fueron detectadas, según el tipo de control de que se trate.***- Así, por las dudas lo aclaramos, es falso de toda falsía que el control externo tiene mayor relevancia (en cuanto a sus efectos y trascendencia en el marco del estado de derecho) que el control interno. Ambos tienen un rol esencial como instrumentos necesarios para la satisfacción de los derechos fundamentales y la preservación de la institucionalidad.-

* La gestión de recursos y bienes públicos, como lo es en el caso de estas obras licitadas, se inserta en una estructura y organización que no es perfecta y que generalmente otorga una impronta incompatible con la eficiencia. Pero no puede desconocerse que los controles preventivos, oportunos, evitan la comisión de irregularidades o, por lo menos, las perores consecuencias que devendrían si no existieran aquellos.-

* Cada uno de los entes u organismos de control interno y externo, en forma coordinada, comparten información o retroalimentan sus trabajos a partir de los resultados del control ejercido por el otro.- El control previo que en este caso no existió, sin dudas, es una modalidad efectiva para detectar y corregir las irregularidades en la gestión, tratándose de una herramienta indispensable de prevención. Cada uno de los controles –que aquí no hubo, pues se evitaron ex profeso y vaya uno a saber por qué motivaciones-ejercidos conforme a los principios constitucionales, la normativa específica aplicable (leyes 5140 y 6351) y cumpliendo con sus objetivos, pueden ser instrumentos efectivos en tal sentido, incluso el posterior (TC), el cual muchas veces se puede transformar en concomitante (contratos de alta significación económica deben ser auditados por el TC ex antes).-

* Bajo todos estos preceptos aludidos- que no fueron atendidos por el PE, incluso a sabiendas de que se hicieron llegar claras y contundentes observaciones en las dos reuniones previas en las que participaron profesionales y funcionarios de las distintas

áreas involucradas-debemos destacar las condiciones que debe reunir la tarea de control para cumplir sus fines constitucionales, de acuerdo a los lineamientos de la autora citada:

a) Eficiente: deben utilizarse los métodos y procedimientos idóneos para cumplir con su objetivo. No podemos negar, menos que menos a esta altura de los acontecimientos y de convivir a diario con cada vez más graves actos de corrupción administrativa, que se ha naturalizado en el Estado esa suerte de máxima (aunque mínima éticamente) de “siempre se hizo así y ello nunca fue objetado”.- Por lo tanto, ser eficiente y transparente, es también vencer las barreras de la costumbre y salir del retrato de la inoperancia, de las zonas oscuras y el statu quo, exigencia que se interrelaciona directamente con las condiciones de constructivo y educativo propias de una república con valores incorporados y una ética del manejo de la cosa pública innegociable.

b) Eficaz: el actual Estado de Derecho exige que no solamente se requiera eficacia del controlado, sino también del controlante, como regla imprescindible e inquebrantable. Existe, por lo tanto, un triple enfoque de la eficacia; por un lado el relacionado con el fin específico de la técnica de control que se realiza, sea éste previo, posterior, de legalidad, de gestión, etc. Es decir, cada uno de los controles que se realiza ha de ajustarse a sus cometidos. Luego, existe una eficacia que se vincula con la especialidad del órgano o ente y que deberá complementar al anterior.

c) Transparente: el control público dejó de constituir un ámbito cerrado, reservado a unos pocos sujetos controlados o controlantes, para instituirse en una garantía democrática. Este principio comprende dos perspectivas de análisis; por un lado, el control debe transparentar la gestión pública; **es, justamente, un instrumento al servicio de la transparencia**. Por el otro, el control en sí mismo debe cumplir con ese principio constitucional. De ahí que los métodos utilizados y los resultados deben darse a publicidad y estar disponibles para la sociedad: los informes, resoluciones, disposiciones, han de constituir los insumos necesarios del control social.- Como sostuvimos y reiteramos ahora: el control produce información trascendente para la sociedad.

d) Ético: este requisito involucra a todos los que tienen funciones en tal materia, **quienes deberán evitar situaciones de conflicto de intereses** y cumplir las normas éticas que les corresponden legalmente. Se trata –creemos que se quebrantó en el caso que nos ocupa- de postular un control ético para evitar que el funcionario se desvíe de sus objetivos y oculte fines espurios.- Evitar, dicho más claramente, que el funcionario incurra en una DESVIACION DE PODER (que es abuso de poder), **que en el ámbito del derecho administrativo ha sido entendida como un vicio en el elemento finalidad del acto administrativo**.

e) Independiente y Objetivo: es decir, sin influencias de ninguna naturaleza u guiados siempre por el bien común y la recta y transparente Administración de la cosa pública.

f) Oportuno: que sea ejercido en tiempo razonable, según corresponda a su modalidad. Lo cierto es que, los efectos de un control oportuno tienen especial importancia en el control posterior.

* El control judicial es el único que garantiza la satisfacción de los derechos fundamentales

SUPUESTOS DELITOS QUE SE HABRIAN COMETIDO EN APROXIMACION TIPICA

A simple vista podría endilgársele a algunos de los funcionarios intervinientes en el proceso de preparación y licitación de las obras mencionadas “la no ejecución de leyes cuyo cumplimiento les incumbe, que consiste en omitir cumplir con la ley, infringiendo de esta manera con su deber de funcionario público y afectando el funcionamiento de la Administración Pública, a la sazón bien jurídico enunciado en la norma. Dicha conducta desplegada debe ser dolosa, de manera que quede de lado toda conducta negligente, ya que el tipo penal contenido en el art. 248º del código de fondo, exige la presencia de ese tipo subjetivo, es decir, que el funcionario público haya tenido conocimiento de estar realizando todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, por lo que esto no radica en la simple extralimitación objetiva sino en el conocimiento de esa extralimitación lo que configuraría entonces el aspecto subjetivo, que es precisamente el límite demarcatorio que separa el abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público, de la simple irregularidad funcional. Por esta razón, al momento de ponderar el incumplimiento entiendo que no ha de ser el que importe la simple indolencia del funcionario para cuya corrección bastaran las sanciones disciplinarias.(...)Por otra parte, cabe traer al caso en análisis una distinción que hace Sebastián Soler entre dos tipos penales que permite comprender claramente la conducta reprochable del artículo 248º, **que prevé la violación o el incumplimiento de disposiciones expresas de la ley**, mientras que el artículo 249º **contempla el incumplimiento genérico de funciones administrativas**, agregando que, **“en el primer caso el hecho debe siempre revestir los caracteres de malicia señalados para la figura general, mientras que para el otro parece bastar la incuria, el retardo, la negligencia en el desempeño de la función”**. Asimismo, para Molinario y Obarrio en el artículo 249º se omiten actos concretos, por eso el hecho es menos grave, mientras que en el artículo 248º la negativa es global, en cuanto a su función, y por ello de mayor gravedad. Es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia al sostener que: **“el tipo penal está destinado a sancionar el dictado por parte de funcionarios de relevancia de resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales, afectando el funcionamiento de la Administración Pública**, a la sazón bien jurídico enunciado en la norma. Dicha conducta desplegada debe ser dolosa, de manera que quede de lado toda conducta negligente, ya que **el tipo penal contenido en el art. 248 del código de fondo, exige la presencia de ese tipo subjetivo, es decir, que el funcionario público haya tenido conocimiento de estar realizando todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo**, por lo que esto no radica en la simple extralimitación objetiva sino en el conocimiento de esa extralimitación lo que configuraría entonces el aspecto subjetivo, que es precisamente el límite demarcatorio que separa el abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público, de la simple irregularidad funcional (párrafos extraídos del EXPTE. 4753 SALA 2FD. N* CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES BOL 66 DE LA PLATA).-

Traemos a colación por las coincidencias con el supuesto de esta denuncia, el cesudo voto del Juez Platense Shiffrin: *“En cuanto al análisis de la figura del art. 248 C.P., estimo que la no ejecución de las leyes cuyo cumplimiento incumbiere al funcionario, contempla tanto situaciones puramente omisivas del deber legal que surge del mandato de la norma aplicable, como situaciones comisivas que significan el quebrantamiento de la prohibición contenida en una norma de esas*

características. En el sub iudice, según la descripción efectuada en el voto anterior, se verifican ambas hipótesis. De un lado, existió una acción contraria a la ley consistente en la entrega indebida de una credencial para ingresar a la zona restringida en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, y, de acuerdo con los antecedentes expuestos en el apartado II del voto del Juez Álvarez, estuvo presente, sin duda, el conocimiento y la voluntad de realizar esa acción contraria a las reglas del servicio. Por otra parte, se dio una verdadera omisión cuando se dejó paso a la persona a la que se había permitido el ingreso, dejándola salir con un bolso que antes no portaba, sin revisarlo. Ahora bien, sabida es la dificultad que existe para determinar si puede darse dolo, o sea, voluntad de realización, en las omisiones. Prefiero seguir la posición de Armin Kaufmann en el sentido de negar esta posibilidad, reemplazando la intención de realizar el hecho (delitos comisivos) por el simple conocimiento de la situación.-

Atento a que la conducta infiel puede consistir tanto en una acción como en una omisión impropia -comisión por omisión-, y teniendo en cuenta que el carácter de funcionarios públicos les imponía a los encartados una serie de deberes positivos y negativos en virtud de sus respectivos roles institucionales, que los colocaba en posición de garante de los bienes o intereses patrimoniales que les habían sido confiados, resulta evidente que la vulneración de estos deberes en detrimento del Erario Provincial con pleno conocimiento de su infracción y del perjuicio causado, más el haber procurado un lucro indebido para un tercero, satisface las exigencias del tipo subjetivo doloso del delito contra la propiedad atribuido” (extracto del voto del Dr. Shiffrin EXPTE. 4753 SALA 2FD. N CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES BOL 66 DE LA PLATA)*

Estamos ante un caso típico de abuso de autoridad por omisión (vulgarmente llamada incumplimiento de los deberes del funcionario público; implica, de otra parte, el cumplimiento de ciertos extremos del denominado “pragma” del tipo ya a la par la lesión de un bien jurídicamente protegido.-

Los denunciados, al menos, el SLT, Secretario de Energía (a la vez Presidente de ENERSA), entre otros, han tenido desde el inicio mismo el dominio del hecho y en términos del derecho público – que es el que determina el marco de actuación de los funcionarios públicos- el hecho omisivo ha sido en el ámbito de las competencias que les han sido legalmente atribuidas.-

POSIBLES NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON LA FUNCION PÚBLICA

Recordemos que el bien jurídico tutelado –protegido- en este ilícito es la administración pública, y especialmente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, que los obliga a ser prescindentes e imparciales en las negociaciones que involucran a particulares con el Estado del cual son empleados o funcionarios (art. 77 Código Penal).

Esta norma tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe mantener un funcionario público en los contratos y operaciones en los que intervenga la administración.

La conducta que la ley penaliza consiste en interesarse, en busca de un beneficio propio del funcionario o para un tercero, en cualquier contrato u operación en el que le corresponda intervenir debido a su cargo. El interés del funcionario es particular, aun si coincide con el de la administración pública. El interés no necesariamente debe ser económico, para ser punible.-

El fundamento de la norma es evitar la parcialidad del funcionario o agente estatal, sin que importe el motivo que lo impulsa a actuar en función de un interés particular. El agente asume un interés de parte en el resultado del negocio. La figura no reclama perjuicio, no es un delito de daño.

La intervención del agente puede ser personal o a través de interpósita persona; en cuyo caso ésta será considerada titular del interés en la realización del negocio.

Entonces, es absolutamente cierto que cualquiera de los funcionarios decisores que intervinieron – no todos, desde ya- pueden ser imputados como autores del delito previsto en el art. 265º del Catálogo represivo, por tratarse de un tipo penal de los denominados delitos especiales propios, que sólo pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una determinada cualidad (llamados "intrañei"); en este caso, ser funcionario público.-

A mayor abundamiento, la conductas de los funcionarios que actuaron como decisores en esta licitación de obra pública (referimos a quienes tienen poder de decisión real y formal) como constitutiva del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, previsto por el art. 265 del Código de Fondo. Ello así, pues entendemos que de la plataforma fáctica desarrollada circunstanciadamente en los capítulos anteriores surge la realización de una serie de irregularidades por parte de funcionarios del Poder Ejecutivo y de empresas públicas que participaron de todo el proceso (incluso que lo hicieron desoyendo rotundamente las observaciones que se hicieran en las dos reuniones mantenidas y la propia observación, aunque leve si se la compara con la realidad, efectuada por el Contador General de la Provincia) que pueden ser consideradas como un contrato en el cual intervinieron en interés propio y particular o de un tercero, es decir, actuaron no sólo como funcionarios sino, conjuntamente, como particulares interesados en una determinada actuación o decisión de la administración. La figura prevista en el art. 265 del C.P. -negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas- protege “el fiel y debido desempeño de las funciones en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad (Cám. Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Expte. N° 12.307, in re: **“Tedesco Balut y otros s/proc.”**, fallado el 16.09.96). Creus señala que la conducta punible es la de interesarse en el contrato u operación, o sea la de hacer intervenir en ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración. “Interesarse” es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él,

propugnándolos, intereses particulares de terceros (Derecho Penal, Parte Especial, t. II, 4ta. edición actualizada, Ed Astrea, pág.309).-

Debemos añadir que, quizás, cabe precisar mejor la calificación otorgada a los hechos en un primer momento – materia discutible y opinable, por cierto- pues, somos conscientes que las conductas que se le podrían eventualmente reprochar a los funcionarios decisores actuantes – investigación mediante- contienen un injusto mayor que el delineado por el art.265º C.P. En efecto, las acciones que pudieron dar lugar a negocios incompatibles con la función pública que ejercieron al momento de decidir cuestiones vinculadas con el proceso licitatorio de las dos obras en cuestión, también resultan subsumibles en la figura de defraudación del art.173º, inc. 7º, C.P.-

Es verdad que puede verse un delito contra la administración pública, por interesarse un funcionario en operaciones en la que intervenía en razón de su cargo, pero, a su vez, si perjudicó los intereses a él confiados por su mandante, violando los deberes a su cargo y procurando para sí un lucro indebido, entonces, el contenido de injusto se agota recién aplicando los tipos penales previstos en el art. 265º y 173º, inc. 7, C.P., los que no concurren materialmente ni se excluyen entre sí, sino que se complementan de manera formal, porque las acciones ilícitas de los funcionarios decisores constituyeron un todo témporo-espacial, subsumible bajo dos descripciones típicas (art. 54 C.P.).-

Incluso, para ser objetivos y justos, la figura del art. 249 C.P., si es que se opta por esta figura en lugar de la del art. 248º, debe descartarse, porque las acciones que ella prevé ya se hallan incluidas en la descripción efectuada por el tipo del art. 265 C.P., no sólo porque éste supone la comisión del primero, sino porque su pena realiza cumplidamente la función punitiva por sí y por el delito que consume.

V.- PRUEBA.

A fin de coadyuvar con la IPP de la UFI actuante, se sugieren, salvo mejor criterio de la Sra. Fiscal, los siguientes medios de recolección de evidencias, a saber:

A) DOCUMENTAL: consistente en la siguiente:

1. Decreto Nº 2776 MPIYS del 03/09/2018 con su ANEXO I.-
2. Decreto Nº 2916 MPIYS del 06/09/2018.-
- 3.- Circular Nº 1 publicada en la Página de ENERSA, relativa al GASODUCTO PRODUCTIVO III DEL NORESTE.-
- 4.- Circular Nº 2- Licitación Pública Internacional Nº 2/18 Gasoducto Productivo III del Noreste Entrerriano, publicada en la Página de ENERSA.-
- 5.- Circular Nº 3- Licitación Pública Internacional Nº 2/18 Gasoducto Productivo III del Noreste Entrerriano, publicada en la Página de ENERSA.-
- 6.- Circular Nº 1 – Licitación Pública Internacional Nº 1/18 – Cierre Arco Norte, publicada en la Página de ENERSA.-
- 7.- Leyes Provinciales Nº 10.090 del 16/11/2011; Nº 10.352 del 21/01/2015; Nº 10.408 del 02/12/2015; Nº 10.492 del 23/05/2017 y Nº 10.625 del 03/10/2018.-

- 8.- Llamado a Licitación Pública Internacional N° 1/2018, publicada en la Página de ENERSA.-
- 9.- Llamado a Licitación Pública Internacional N° 2/2018, publicada en la Página de ENERSA.-
- 10.- Pliego de Condiciones general y Particulares de la Licitación Pública Internacional N° 1/2018.-
- 11.- Pliego de Condiciones general y Particulares de la Licitación Pública Internacional N° 2/2018.-
- 12.- Anexo Art. 22º Ley de Presupuesto de 2018, donde figuran sendas obras sin crédito presupuestario.-
- 13.- Artículo de Análisis en los que se da cuenta, falazmente que: **“los procesos licitatorios se harán de acuerdo a las normas de contratación y la ley de contabilidad de la Provincia”**, con motivo de la reunión que mantuvo con los Senadores del Bloque Cambiemos en el centro de Convenciones, en fecha 25/09/2018.-
- 14.- Artículo que refiere al importe de la inversión en estas obras por una suma de U\$S.100.000.000, DE FECHA 27/09/2018, siendo del caso destacar que las licitaciones ya se encontraban en marcha cuando aún la ley que aprobaba el financiamiento no estaba aprobada por la legislatura, lo que ocurrió el día 03/10/2018.-
- 15.- Artículo de Análisis de fecha 20/10/2018, donde se anuncia que el Gobernador Gustavo Bordet abrió el día 19/10 los sobres de las licitaciones para las obras del CIERRE NORTE Y DE GAS.-
- 16.- Artículo Diario UNO de fecha 20/10/2018 dando cuenta de la apertura de sobres del Gobernador de las licitaciones para obras de CIERRE NORTE Y DE GAS.-

DE OFICIO:

Se despacharán oficios a las siguientes dependencias

A CONTADURIA GENERAL DE LA PROVINCIA: **1)** Si ese organismo participó de las reuniones de los días **28/08** y **4/9/2018** con motivo de las obras aquí referidas; en su caso en dónde se celebraron esas reuniones y quiénes participaron de las mismas; **2)**Cuál fue la opinión de ese organismo, especialmente de sus delegados, con respecto a este proceso licitatorio; **3)** Si según la opinión de ese organismo especializado, se cumplieron con todos los trámites legales obligatorios según la legislación vigente; **4)** Si se dio la debida intervención a la Contaduría General de la Provincia en los expedientes N° 2154937 y 2155013, donde tramitan ambas iniciativas; **5)** Si la Contaduría General de la Provincia se expidió respecto del **Decreto N° 2776/18 MPIYS DEL 03/09/2018**, y en su caso, remita los informes, observaciones o advertencias que al respecto haya realizado, de conformidad al art. 72º ley 5140.-

A ENERSA Y/O QUIEN TUVIERE EN SU PODER: Originales de los EXPEDIENTES **2154937** y **2155013** y cualquier otro iniciado, que tenga vinculación directa o

indirecta con las Iniciativas Privadas relacionadas con las obras licitadas motivo de esta denuncia.-

Deberá asimismo INFORMAR:Cuál fue el origen del proceso que dio lugar a las licitaciones a partir de la Iniciativa Privada y que motivan esta denuncia, debiendo acompañar a esta fiscalía todos los antecedentes que obran relativos a este proceso; y si se evaluaron o no otras alternativas para llevar adelante un emprendimiento de esa envergadura.

Si se le requirió informe, dictamen u opinión al organismo de control de **ENERSA** llamado **COMISION FISCALIZADORA**, respecto a este proceso licitatorio y, en su caso, cuál fue la opinión vertida, debiendo adjuntarse la misma todo lo actuado al respecto.-

A FISCALIA DE ESTADO: para que informe si tomó intervención en el proceso licitatorio de estas obras y, en su caso, acompañe copias certificadas del dictamen legal realizado. Asimismo deberá informar si formuló o formó opinión por escrito respecto del Decreto Nº 2776/18 MPIYS del 03/09/2018 y, en su caso, acompañará copia certificada del mismo.-

PERICIALES Y DE AUDITORIA

PERICIAL DE INGENIEROS DE LA ESPECIALIDAD DE LA U.N.L: determinarán en base a los pliegos de condiciones y demás, el costo real de la obra, contemplando en el mismo el rango de rentabilidad teórico estándar para este tipo de obras, utilizando el factor K de uso y costumbre; determinará si existe en la RA empresas que estén en condiciones técnicas y de escala para llevar adelante estas obras, en su caso, indicando a cada una de ellas.- Si se dio cumplimiento a todos los informes previos obligatorios: trazas, de impacto ambiental, etc. Antecedentes de las empresas chinas que intervendrían en la ejecución de sendas obras.-

AL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS: a fin de que por su especialidad, funciones específicas que surgen de la Constitución y competencia, **DESIGNEN** auditores para que lleven adelante el análisis completo, conforme a la legislación provincial vigente en la materia (leyes 5140 (LAF), con su Dec. 795/96 y modificatorios y 6351(LOP) y sus decretos reglamentarios y modificatorios Nº 958, entre otros, de los expedientes licitatorios, emitiendo opinión al respecto.-

VI.- PEDIMENTO FINAL

Por los motivos de hecho, derecho y evidencias arrimados en la presente, tenga por formulada, en los términos rituales, formal **DENUNCIA PENAL**, decretándose de inmediato la **APERTURA** de la IPP (art. 212º del CPPER) y la **SUSPENSION DE LA EJECUCION DEL PROCESO LICITATORIO**, atento a la gravedad institucional de los hechos y los alevos e irreversibles perjuicios que se pueden irrogar al erario público, IMPUTANDO a los funcionarios que surjan

con responsabilidades, en el carácter de autores, coautores, partícipes necesarios o secundarios, de conformidad al decurso investigativo.-

Provea de conformidad.- **ES JUSTO.**-

Rubén A. PAGLIOTTO
ABOGADO- MAT. 3837 – I – 105

Raymundo A. KISSER
Senador Provincial