

REGISTRO NRO. 15.039.4

AUTOS Y VISTOS:

//la ciudad de Buenos Aires, a los ocho (8) días del mes de junio del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia Andrea Pérez, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 596/623, 624/635, 638/656 vta., 658/679, 717/728, 730/761, 762/795, 796/817 vta., 820/840 vta., 855/867 de la presente causa Nro. 12.102 del registro de esta Sala, caratulada: "**ZOTHNER, Hugo y otros s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA**:

I. Que el juez a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 7, de esta ciudad, en la causa nro. 10.039/01 del registro de su Secretaría 14, mediante resolución de fecha 26 de febrero de 2008, en cuanto aquí interesa, a fs. 3527/3576 del expte. ppal., resolvió: 1) **DECRETAR** el PROCESAMIENTO sin prisión preventiva de Germán Luis Kammerath Gordillo, Alejandro Bernardino Cima, Roberto Carlos Catalán, Roberto Eliseo Uanini, Alberto Gabrielli, Matías Bourdieu, Patricio Feune de Colombi, Luis Alberto Romero, Hugo Jorge Zothner, Pablo Francisco Arancedo, Juan Carlos Cassagne y Jorge Justo Neuss por el delito previsto en el art. 174 -inc. 5°-, en función del art. 173 -inc. 7°- del C.P., en calidad de coautores los once primeros y en calidad de partícipe necesario el último de los nombrados; 2) **MANDAR TRABAR EMBARGO** sobre el dinero o los bienes de Roberto Carlos Catalán, Roberto Eliseo Uanini, Alberto Gabrielli, Matías Bourdieu, Patricio Feune de Colombi, Luis Alberto Romero, Hugo Jorge Zothner,

Pablo Francisco Arancedo hasta cubrir cada uno de ellos la suma de pesos cinco millones (\$5.000.000.-); sobre el dinero o los bienes de Juan Carlos Cassagne y Jorge Justo Neuss hasta alcanzar cubrir cada uno la suma de pesos doscientos millones (\$200.000.000.-); y sobre el dinero o los bienes de Germán Luis Kammerath Gordillo y Alejandro Bernardino Cima hasta alcanzar cubrir cada uno de ellos la suma de pesos cien millones (\$ 100.000.000.-) -C.P.P.N., art. 518.

II. Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en la causa nro. 26.633 de su registro, con fecha 29 de diciembre de 2008, resolvió: I. CONFIRMAR el punto dispositivo I de la resolución de fs. 3527/3576 del expte. ppal., en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva de Germán Luis Kammerath Gordillo, Alejandro Bernardino Cima, Roberto Carlos Catalán, Roberto Eliseo Uanini, Alberto Gabrielli, Matías Bourdieu, Patricio Feune de Colombi, Luis Alberto Romero, Hugo Jorge Zothner, Pablo Francisco Arancedo y Jorge Justo Neuss por el delito previsto en el art. 174 -inc. 5º-, en función del art. 173 -inc. 7º- del C.P., en calidad de coautores los diez primeros y en calidad de partícipe necesario el último de los nombrados; II. CONFIRMAR PARCIALMENTE el punto dispositivo I del auto citado en cuanto decreta el procesamiento de Juan Carlos Cassagne, por el delito previsto en el art. 174 -inc. 5º-, en función del art. 173 -inc. 7º- del C.P., MODIFICANDO su calidad de coautor por la de partícipe necesario; III. CONFIRMAR el punto dispositivo II del resolutorio mencionado, en todo cuanto decide y fuera materia de apelación (fs. 557/579 vta.).

III. Que contra dicha resolución, se interpusieron los recursos de casación que a continuación se detallan: a fs. 596/623, el doctor Juan Carlos Cassagne, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los

doctores Ricardo Gil Lavedra y Marcelo Sgro; a fs. 624/635 el doctor Jorge Eduardo Anzorreguy, letrado defensor de Matías Bourdieu; a fs. 638/656 vta. el doctor Santiago Veggezzi, letrado defensor de Alejandro Bernardino Cima; a fs. 658/679, la doctora Perla I. Martínez de Buck, defensora pública oficial de Alberto Gabrielli; a fs. 703/716, el doctor Miguel Ángel Marsili, letrado defensor de Hugo Jorge Zothner; a fs. 717/728 el doctor Nicolás E. González Siches, letrado defensor de Jorge Justo Neuss; a fs. 730/761 el doctor Juan Pablo Alonso, letrado defensor de Roberto Carlos Catalán; a fs. 762/795, los doctores Maximiliano A. Rusconi y Mariana Barbitta, letrados defensores de Roberto Eliseo Uanini; a fs. 796/817 vta. los doctores Jorge Valerga Aráoz y Jorge A. Valerga Aráoz (h), letrados defensores de Germán Luis Kammerath Gordillo; a fs. 820/840 vta. los doctores Carlos Daniel Froment y Daniela Paula Grisetti, letrados defensores de Patricio Feune de Colombi, a fs. 841/853 el doctor Diego Ignacio Richards, letrado defensor de Pablo Francisco Arancedo y a fs. 855/867 el doctor Ezequiel Iribarren, letrado defensor de Luis Alberto Romero.

IV. Que los recursos de mención fueron declarados inadmisibles por el "a quo" mediante resolución del 1° de abril de 2009 (fs. 871/872), lo que motivó la presentación en queja de varios de los impugnantes ante esta Cámara (fs. 944/972 -Gabrielli-; fs. 980/1003 vta. -Kammerath Gordillo-, fs. 1160/1173 vta. -Bourdieu-; fs. 1195/1199 -Neuss-; fs. 1250/1274 vta. -Feune de Colombi-, fs. 1333/1343 vta. -Romero-, 1609/1632 vta. -Catalán-; fs. 1804/1837 vta. -Uanini-; fs. 1982/2003 vta. -Cima-; 2014/2037 vta. -Cassagne-), la que fue favorablemente resuelta por esta Sala el 23 de diciembre de 2009, concediendo los recursos de casación oportunamente interpuestos (fs. 976/978, fs. 1060/1062, fs. 1176/1177 vta., fs. 1246/1248, fs. 1329/1330

vta., fs.1417/1418 vta., fs.1636/1638, fs. 1841/1843, fs. 2010/2011 vta., fs. 2099/2101, respectivamente).

V. Que la defensa de Cassagne encauzó su recurso en el supuesto contemplado en el inc. 2° del art. 456 del C.P.P.N., bajo la alegación de que antes y después del dictado del auto de procesamiento se cometieron en autos gravísimas arbitrariedades, constitutivas de graves violaciones de las garantías y leyes procesales y sustantivas que lo privaron en forma arbitraria del ejercicio efectivo del derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional (art. 18) y en los tratados internacionales que la integran (art. 75 -inc. 22).

Concretamente, postuló, por un lado, que el fallo impugnado omitió pronunciarse sobre la totalidad de los agravios esenciales expuestos por la defensa. En tal sentido, se refirió a: **1)** la ausencia de descripción del hecho que se pretende subsumir en el tipo legal y del iter lógico-fáctico de la conexión de su hipotética conducta con la de los funcionarios involucrados; **2)** la inexistencia de perjuicio al patrimonio estatal, uno de los elementos fundamentales del delito imputado; **3)** la presunción de legitimidad de los actos previos al contrato (art. 12 LNPA) y el hecho de que, por hallarse involucrada una empresa pública del Estado francés (lo que ni siquiera intentó investigarse) era razonable suponer la actuación legítima de los funcionarios franceses que representaron a la compañía en la etapa de la licitación previa al contrato; **4)** la circunstancia de que el recurrente no intervino en las etapas previas a la firma del contrato y que, por lo tanto, no cabe presumir su conocimiento de las presuntas irregularidades (por lo demás no acreditadas) que habrían ocurrido con anterioridad a la firma del contrato; **5)** que, por tratarse de un órgano independiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Oficina Anticorrupción (O.A.) no

podía sostener, como querellante en este caso, una postura distinta a la del Poder Ejecutivo, violando, de ese modo la presunción de legitimidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato. En efecto, a juicio del recurrente, no obstante conocer los informes de la SIGEN y de la AGN el gobierno no optó por declarar la nulidad del contrato (y plantear la correspondiente acción de lesividad) sino que se limitó a declarar la caducidad del mismo, lo cual implica un obvio reconocimiento de su vigencia hasta ese momento y de la validez de su contenido, ya que sería arbitrario e ilógico que el Estado exigiera el cumplimiento de un contrato que consideraba nulo o ilícito. La afectación de la presunción de legitimidad (art. 12 LNPA) de la decisión del Poder Ejecutivo posee, de por sí, gravedad institucional; **6)** la arbitraria separación del Anexo relativo a la investigación de los hechos vinculados al soborno, los cuales no pudieron probarse como lo reconoce el propio juez Torres, fragmentando así la unidad del proceso que había ordenado la propia Cámara de Apelación en la decisión previa que ordenó la indagatoria del impugnante; **7)** la omisión de considerar los agravios expresados con relación a la falta de explicación de las razones que llevaron al juez a considerar que la reprogramación de los plazos entre las partes implicó falta de control, ni su vinculación con el acto o actos presuntamente defraudatorios; **8)** la omisión de consideración de otros agravios trascendentes para la no tipificación del delito endilgado, tales como: **i.** que el Estado, a partir de la celebración del contrato, vio incrementada su recaudación sin haber tenido que desembolsar dinero a tal efecto; **ii.** que la actuación de la O.A. como parte querellante ha perseguido en esta causa un interés marcadamente fiscal en contraposición con la finalidad que perseguían los Decretos nros. 1973/92 y 127/98; **iii.** que los datos contables sobre los que se fundó el

procesamiento no surgen de hechos probados en la causa ni de los dictámenes periciales de los expertos contables que intervinieron en ésta sino de informes de los propios organismos estatales que han actuado como acusadores en la causa con un marcado interés fiscal; **iv.** que los montos que menciona el fallo no se refieren a un perjuicio al Estado argentino sino a lo que la CNC dejó de percibir por la remuneración pactada por la CNC en el propio contrato de concesión; **v.** que el análisis de los resultados de las pericias resultaba defectuoso así como la omisión de proveer otras pericias contables; **vi.** que los argumentos y evidencias obrantes en la causa permitían sostener la falsedad de la imputación; **vii.** que las presuntas “irregularidades” mencionadas en el auto de procesamiento inicial no constituían fundamento válido para dictar el procesamiento del recurrente; **viii.** que los argumentos expuestos acerca de la improcedencia y exorbitancia del embargo dispuesto sobre sus bienes imponían que se lo dejara sin efecto, o al menos, que se dispusiera su drástica reducción y, sin embargo, fueron ignorados sin razón alguna.

Por otro lado, alegó que se desplegó una cadena de violaciones a su derecho de defensa durante la etapa anterior a la declaración indagatoria que, por configurar nulidades absolutas (vgr. privación del derecho a designar abogado defensor de confianza) son insanables. Puntualmente, dijo haber carecido de la oportunidad de exponer las defensas referidas al primer auto de mérito dictado en la causa, que se decretó sin haberle recibido indagatoria previa, transformando sorpresivamente su condición de testigo en la de imputado e incluso, en el supuesto de considerarse que hubiera sido un acto favorable, destacó que no pudo presentar el memorial luego, con el objeto de mejorar los fundamentos del sobreseimiento en la Alzada, porque ésta le atribuyó un defensor que no había sido designado y

ordenó que se le tomara declaración indagatoria sin permitirle ejercer su derecho de defensa con anterioridad a la afirmación del estado de sospecha que justifica tal acto procesal.

Por último, adujo que la falta de "tratamiento real" de los agravios planteados por parte del "a quo" comportó, además, la afectación de su derecho fundamental a un doble conforme respecto de una decisión (procesamiento y embargo) que afectó gravemente sus derechos.

Hizo reserva de caso federal.

VI. Que la defensa de Bourdieu encarriló su impugnación a través de los dos supuestos previstos por el art. 456 del C.P.P.N..

Puntualmente, alegó que la resolución impugnada, es manifiestamente arbitraria. Aserto que comenzó por respaldar con la alegación de que viola flagrantemente el principio de congruencia, en tanto se atribuyó responsabilidad a Bourdieu por haber sido integrante de la Comisión de Evaluación y Preadjudicación presidida por Gabrielli, cuando la simple lectura del acta en la que se dejó constancia de su indagatoria (fs. 3090/9094) revela que fue convocado únicamente por haber sido integrante de la comisión de seguimiento (COMSEGUI).

Acotó que la denunciada nota de arbitrariedad, también se apoya en la circunstancia de que se resolvió la situación procesal de su asistido sin un análisis pormenorizado de la documentación incorporada al *sub lite*, habiendo omitido dar respuesta a concretos planteos sustanciales para la solución del caso formulados por esa parte en su apelación.

En ese orden de ideas, explicó que de aquélla surge, en forma indubitable, que si bien Bourdieu fue originalmente designado en la COMSEGUI (Res. Nro. 1578, art. 2°, del 24/10/97, vid. Exte. C.N.T. Nro. 11.780/93), jamás pudo realizar alguna actividad en tal condición

por haber sido sustituido antes de que comenzara a funcionar, ya que, cuando se hizo operativa la adjudicación (Dec. P.E.N. Nro. 127 del 28/01/98), los integrantes de dicha comisión fueron sustituidos, no habiendo sido el nombrado designado entre los nuevos integrantes (Res. Nro. 1047, del 07/08/98). Tal circunstancia, según la quejosa, pone en evidencia porqué el “a quo” no explicitó la concreta actividad de Bourdieu, constitutiva de su aporte al hecho investigado que se le atribuye.

Agregó que la actividad de su representado se circunscribió a realizar tareas de apoyo administrativo, en función de un contrato de locación de servicios celebrado con la Facultad de Ciencias Económicas de la U.B.A. -que debió haber sido incorporado al expediente, evacuando el descargo de su asistido-, en el marco de un convenio celebrado entre dicha entidad educativa y la C.N.C., en atención al cual su defendido estaba obligado a cumplir las instrucciones del locatario. De adverso, a su juicio, se optó por el criterio de responsabilidad objetiva para sustentar la hipótesis imputativa.

Postuló que si no le indican a Bourdieu cuál fue su tarea de apoyo administrativo constitutiva del aporte al delito endilgado, mal puede defenderse de la imputación, ya que el dolo directo que la figura exige supone el conocimiento de la posición que el sujeto tiene, saber que abusa o que es infiel y, además, querer llevar a cabo esos actos.

Asimismo, sostuvo que no se probó la existencia de perjuicio patrimonial exigida por el tipo penal en cuestión, siquiera con la entidad requerida por la actual etapa del proceso. Pues, el “a quo” prescindió en su examen de la consideración de prueba esencial, al haberse apartado, sin más de las conclusiones de los informes periciales realizados por el Cuerpo de Peritos de la Justicia Nacional que se hallan incorporados a la

causa, y limitó su valoración a los informes de la A.G.N. y la S.I.G.E.N., organismos interesados en la revocación de la concesión.

Por último, y como otra manifestación de la alegada arbitrariedad del fallo impugnado, destacó que el planteo de prescripción de la acción penal formulado el 4 de julio de 2006 no recibió tratamiento siquiera por parte del magistrado instructor. Y, concretamente, que, respecto del incidente sustanciado en consecuencia, el "a quo" sostuvo que "debe estarse a lo que allí se resuelva sobre la cuestión referida", obviando que la prescripción de la acción penal es una cuestión de previo y especial pronunciamiento, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como corolario, calificó de prematura la resolución por la que se decretó el procesamiento de su asistido y el embargo sobre sus bienes.

Hizo reserva de caso federal.

VII. Que la defensa de Cima encauzó su impugnación por la vía prevista en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N..

Centró su crítica en la arbitrariedad de la resolución atacada, con la alegación de que confirmó una decisión que vincula a su asistido con el hecho investigado, en términos absolutamente dogmáticos, omitiendo la valoración de prueba esencial.

Concretamente, sostuvo que resulta injustificada la conclusión de que Cima conocía los hechos supuestamente ocurridos, en virtud del cargo que ostentaba porque no fue Secretario de Comunicaciones mientras ocurrieron los hechos y, cuando lo fue, no tomó conocimiento de las supuestas irregularidades. Aserto que respaldó con el informe de la A.G.N., en cuanto afirma que recién en el año 2002 - cuando hacía tiempo su asistido ya no estaba en el cargo- se informó al Secretario de Comunicaciones de la situación. Informe que, en ese

aspecto, pese a estar agregado al expediente y haber sido invocado por la parte en su apelación no fue tenido en cuenta por el “a quo”, en un apartamiento de las constancias de la causa.

Adujo que, a partir de la cronología de los hechos (nombramiento como Subsecretario de Comunicaciones, 06/11/98, cfr. Dec. P.E.N. Nro. 1313), la función de su asistido en el cargo de mención y la relación institucional existente entre dicha dependencia pública, la C.N.C. y la COMSEGUI -cfr. Res. Nro. 1304/98, Res. C.N.C.. Nro. 2065/99-, su asistido había sido ajeno al suceso pesquisado, en sus distintos tramos: proceso licitatorio, adjudicación y ejecución (reprogramación -prórroga establecida por Res. Nro. 83/99-).

Acotó que la sentencia impugnada también es arbitraria porque omitió considerar argumentos introducidos por esa defensa y, por ende, no los rebatió. Al respecto, señaló que se había explicado con detalles la fecha de ingreso de Cima a la Secretaría de Comunicaciones y los motivos y pruebas que acreditaban que jamás pudo haber conocido los supuestos hechos imputados.

Por otra parte, indicó que la decisión criticada no es una derivación razonada del derecho vigente, en tanto le atribuyó arbitrariamente un tipo penal que resulta inaplicable al caso de autos, aún si se sostuviera que el nombrado tuvo conocimiento de los hechos. Esta tesis fue vinculada, asimismo, con un vicio sustantivo (C.P.P.N., art. 456 -inc. 1º-), bajo la alegación de que se abrazó la tesis de una administración fraudulenta por omisión, en su carácter de funcionario público -jerarquía desde la que se construyó dogmáticamente su dominio del hecho-, por no haber realizado un obrar positivo propio del cargo de Secretario: evitar los efectos perjudiciales de la reprogramación (C.P., arts. 173 -inc. 1º-, en función del art. 174 -inc. 5º-). A juicio del

recurrente, si dicha omisión le fuera imputable, sólo podría serlo en los términos de lo previsto por el art. 249 del C.P., puesto que la figura endilgada exige elementos típicos (haber tenido en miras el fin de lucro para sí o para un tercero o el de causar daño) no acreditados.

Por último, destacó que la situación de Cima fue arbitrariamente parangonada con la de su antecesor en la Secretaría, en la medida en que a su asistido, a diferencia de tal consorte de causa, no se le atribuyó absolutamente ninguna circunstancia de la que se pueda inferir que conocía los hechos investigados.

Hizo reserva de caso federal.

VIII. Que la defensa de Gabrielli encauzó su recurso en los dos supuestos del art. 456, bajo la alegación de que la resolución impugnada importa un error *in procedendo* e *in iudicando* que acarrea su nulidad absoluta, con afectación de los principios de inocencia y de legalidad, así como también las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal.

Concretamente, postuló que la sentencia impugnada resulta arbitraria, en tanto se apoya en afirmaciones que carecen de sustento en las constancias de la causa. En esa situación se encuentra, la afirmación de que el alcance asignado por esta defensa a la actuación de Gabrielli en la contratación que motiva esta investigación, en su carácter de interventor de la C.N.C., fue descontextualizado; la relativa a que el nombrado aprobó el pliego de bases y condiciones del concurso público, a pesar de las serias observaciones efectuadas por los organismos públicos y entidades privadas; la atinente a que su asistente hubiera sido integrante de la COMSEGUI; la vinculada a la acreditación del dolo directo exigido por la figura enrostrada y, correlativamente, la relacionada con el rechazo del eventual error de tipo alegado en la apelación sobre la base de que el nombrado veló en todo momento por

salvaguardar los intereses del Estado que, precisamente, a su juicio, comenzaron a verse afectados con la anulación del contrato y, por último, el monto del embargo fijado, teniendo en cuenta que, a diferencia de otros consortes de causa, Gabrielli cuenta con defensa pública, dada su carencia de medios.

Desde otra óptica, planteó la violación del principio de culpabilidad, del *in dubio pro reo* y de aplicación de la ley más benigna. Concretamente, señaló que se tuvo por configurada la comisión de un delito sin haber acreditado mínimamente el dolo y la participación concreta de su asistido, configurándose una situación de responsabilidad objetiva (jerarquía funcional).

Postuló, además, la violación a la garantía de plazo razonable, con invocación de distintos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Mozzati”, “Mattei”, “Barra”, “Kipperband” - disidencia de Fayt y “Bossert”-) y acotó que el incidente de prescripción de la acción penal oportunamente promovido se encuentra pendiente de resolución, aún cuando se encuentra cumplido el término computable según el delito que se atribuye al nombrado.

Por último, y subsidiariamente, solicitó la exención del pago de costas por haber tenido razón plausible para litigar.

Hizo reserva de caso federal.

IX. Que la defensa de Neuss encarriló su impugnación por la vía de los dos supuestos previstos por el art. 456 del C.P.P.N..

Centró su crítica en torno a tres principales ejes argumentales: 1º) la violación al principio de congruencia, al haber modificado el hecho imputado (obtener mediante sobornos a funcionarios públicos la concesión del control del espectro radioeléctrico y el posterior incumplimiento del contrato ocasionando daño material al

Estado Nacional), para luego dividir dicha imputación en base a calificaciones penales diferentes que no responden a la primigenia imputación, como si los hechos imputados fueran absolutamente independientes y no integrantes de una misma y única "maniobra"; 2°) la arbitrariedad de sentencia cuestionada, con el consecuente menoscabo al derecho de defensa y al debido proceso legal, al pretender sustentar la supuesta participación de su asistido con meras suposiciones carentes de real apoyatura probatoria; 3°) la violación al plazo razonable por haber transcurrido ocho años de tramitación, sin que se vislumbre una fecha probable de finalización del proceso.

Con carácter introductorio, indicó que entre la fecha en que Neuss prestara su declaración indagatoria (07/03/06, fs. 2697/2704) y aquella en la que se dictara el procesamiento cuya confirmación viene impugnada (26/02/08), con la intermedia revocación por parte del "a quo" del sobreseimiento oportunamente resuelto, transcurrieron prácticamente dos años. Ello, a su juicio, en violación del plazo perentorio fijado por el art. 306 del C.P.P.N. y, con motivo de la falta de elementos probatorios que respaldaran, siquiera con la provisoriedad propia de la instancia, la existencia de los sobornos en la primera etapa negocial.

En orden a la arbitrariedad, planteó como primera contradicción del fallo cuestionado, ligada a una errónea aplicación del derecho, que el "a quo" haya hecho alusión en una primera apreciación a tres aspectos diferentes(1. los sobornos; 2. la licitación y 3. la ejecución del contrato) como tres eventuales integrantes de una misma maniobra delictiva para, a renglón seguido, tomar solamente los dos últimos aspectos de lo que describe como "partes de una maniobra compleja" y, separando el tema de los "sobornos" para mejor oportunidad. Explicó que la consecuencia de tal proceder es evidente: a pesar de integrar todos

los hechos investigados en una misma presunta maniobra (repetidamente se declaró que eran inescindibles), ahora se juzgan calificaciones so pretexto de hacerlo respecto de hechos diferentes.

Asimismo, ya en relación a la concreta intervención que se le atribuye a su asistido, destacó que no sólo quedó acreditada la falsedad de los dichos de Lionel Quedot en los que aquélla se sustenta sino que, independientemente de su contenido, éstos constituyen prueba inválida, en virtud de no haber sido obtenidos de conformidad con los recaudos establecidos por los arts. 246 y 249 del C.P.P.N..

Agregó que se hizo una apreciación absolutamente parcializada de las probanzas reunidas, por cuanto se afirmó un “particular interés” de Neuss en la gestión de T.S.A. y, a partir de ello su participación en la “maniobra” investigada, omitiendo considerar, por un lado, su carácter de integrante minoritario en el Consejo de Administración de T.S.I. y, por otro lado, la fecha de su ingreso (01/08/99) y la extensión de su desempeño en el cargo (15/03/03). Desde la misma perspectiva, criticó que se haya tomado como base de las imputaciones a los informes de la S.I.G.E.N. y de la A.G.N. (pese a las conclusiones en contrario de las pericias practicadas en autos), para merituar la intervención de las empresas TH Collection Services NV y TH Operations International NV (de propiedad de Neuss), a través de TH Collection como principal proveedor de TSA durante 2002 y 2003. Esto es, en tiempo posterior a la ocurrencia de las presuntas maniobras objeto de autos. Pues, a juicio de la recurrente, los extremos de mención son claramente reveladores de su ajenidad al hecho pesquisado.

Respecto de la concreta imputación formulada a su asistido al tiempo de realizar su descargo, precisó que, las supuestas tres imputaciones diferenciadas que se le presentaron (cuya descripción

transcribió) son, en realidad, una sola, ya que las tres se remiten a la supuesta maniobra enrostrada a Neuss de haber recibido y/o entregado dinero a funcionarios públicos para que éstos llevaran adelante el proceso licitatorio de manera que resultara favorecida Thales Spectrum y para que se reprogramaran los plazos fijados en el contrato. Postuló que la única imputación que se le formuló en la indagatoria fue arbitrariamente dividida en tres calificaciones diferentes (defraudación al Estado, incumplimiento de los deberes de funcionario público y cohecho) como si se tratase no de calificaciones sino de hechos independientes.

Adunó que ninguna prueba existe para avalar que Neuss haya actuado "en connivencia con" o como "intermediario ante" los funcionarios de la C.N.C., que haya intervenido en alguna de las cuestionadas etapas del contrato y tampoco que haya recibido, entregado u ofrecido dinero a funcionario público alguno para lograr la adjudicación ni la posterior reprogramación. Consecuentemente, a su entender, es que debió recurrirse a pseudo razonamientos elípticos y a fundamentación meramente aparente para soslayar dicho déficit (peor aún, la existencia de pruebas contrarias) para sostener que como *a posteriori* de los hechos denunciados, Neuss se incorporó al negocio, una vez que éste estaba en plena ejecución, "debe" haber estado interesado desde antes que éste se concretara, y como "debe" haber estado interesado, debe haber participado en su concreción, y como "debe" haber participado en su concreción, "debe" haber actuado en connivencia con los funcionarios públicos que de una u otra manera tuvieron intervención (llegando incluso al entonces Presidente de la República), y que dado que como "debe" haber estado interesado desde antes y "debe" haber participado en su concreción y "debe" haber actuado en

connivencia con los funcionarios, “debe” haber dado o recibido dinero para lograrlo.

En otras palabras, dijo que, en violación a las más elementales reglas de la sana crítica, se han supuesto hechos que no están probados sino que constituyen, en el mejor de los casos, hipótesis teóricas de trabajo.

Por otra parte, señaló que se procesó a Neuss como partícipe necesario en la maniobra, sin explicitar cuál habría sido el concreto auxilio o cooperación acreditado en autos que el nombrado hubiera brindado a los presuntos autores de “la supuesta maniobra”, sin los cuales ésta no habría podido cometerse.

Por último, hizo alusión a la dilatada tramitación del proceso sin arribar a una resolución definitiva, en violación a la garantía de plazo razonable. Respaldó su afirmación en que se investigan hechos que habrían ocurrido entre 1997 y 1999 y la presente causa lleva ya ocho años de trámite, sin que sea posible sostener que un sólo día se haya demorado con motivo de la actividad de esa defensa.

Hizo reserva de caso federal.

X. Que la defensa de Catalán articuló su recurso, bajo la alegación de arbitrariedad de sentencia, ya que, a su juicio, el decisorio impugnado es incoherente y carente de fundamentación, además de haber omitido el tratamiento de cuestiones introducidas por esa parte (C.P.P.N., art. 456 -inc. 2º- y 123). También adujo la inobservancia del art. 518 del código procesal, al haber confirmado, sin fundamento, la exorbitante suma del embargo fijada en primera instancia (\$ 5.000.000.-), con la consecuente afectación del derecho de propiedad de su asistido (C.N., art. 17).

Respecto de la arbitrariedad, puntualizó diversas circunstancias. Dijo que el "a quo" se apartó de las propias directivas que había dado en su resolución del 15 de noviembre de 2005 (fs. 1681/1692), consistentes en que los dos hechos investigados (irregularidades en la licitación y cohecho) no podían ser escindidos y que la investigación debía ser profundizada -lo que no se hizo y, además, se omitió producir prueba ofrecida por los imputados-. Acotó que se distorsionó el régimen procesal vigente, al haber dado preeminencia a los "informes administrativos parciales" por sobre los "informes técnicos imparciales" y que, a su vez, se hizo una valoración parcial de los informes técnicos.

Adunó que la imputación atribuida a Catalán excede el marco temporal de su actuación, ya que se lo hace responsable por supuestos incumplimientos y por el presunto perjuicio económico ocasionado al Estado, acaecidos cuando el nombrado ya había dejado de ser funcionario de la C.N.C. (años 2000 a 2003). Consecuentemente, adujo que no se fundamentó la responsabilidad concreta de Catalán (ni se contestaron los puntuales planteos formulados en el memorial de la apelación) y que se utilizó como prueba de cargo el informe de la S.I.G.E.N. de 2003, en el que se hace alusión a supuestos incumplimientos ocurridos con posterioridad a la emisión del anterior de 2001, esto es, cuando el nombrado ya no era funcionarios de la C.N.C..

En relación al perjuicio económico derivado de la "maniobra" investigada, cuestionó el recurrente que se haya atribuido responsabilidad a Catalán, y nada menos que a título de dolo, por el perjuicio económico supuestamente ocasionado al Estado durante los años 2000, 2001, 2002 y 2003, cuando el nombrado ya había dejado su cargo en la C.N.C. y los funcionarios que lo sucedieron fueron los que decidieron mantener la vigencia del contrato de concesión y continuar

pagándole a TSA, teniendo las facultades para no hacerlo. A lo que agregó, como primera cuestión, que se parte de un hecho investigado mas no probado -siquiera con el grado de provisoriedad que requiere la instancia- y que, además, para el cálculo se toma en cuenta informes parciales -que utilizaron criterios errados- y se omite la consideración de la pericia contable realizada en autos (14/09/04) que avala la inexistencia de perjuicio para el Estado.

Por último, de modo subsidiario y por análogas razones, objetó el monto del embargo fijado a su asistido, que tomó como punto de partida el monto cobrado por la Firma Thales Spectrum de Argentina durante casi siete años de concesión y el antes criticado “perjuicio económico” ocasionado al Estado, solicitando que, en el caso de resultar avalado el procesamiento, el monto del embargo se reduzca hasta un máximo de \$50.000.-

Hizo reserva de caso federal.

XI. Que la defensa de Uanini encauzó su recurso en los supuestos casatorios previstos en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N..

Al concretar sus agravios, alegó la violación al principio de congruencia, toda vez que, a su juicio, no ha existido en autos una coincidencia congruente entre los hechos requeridos por los acusadores y aquellos que fueron motivo de la descripción en el marco de la celebración de la audiencia de indagatoria y luego la plataforma del auto de procesamiento y su posterior confirmación por el “a quo”. Al respecto, precisó que, a partir de las distintas expresiones de los acusadores (esto es, diferentes modalidades para describir el hecho materia de acusación), se convocó a Uanini a prestar declaración indagatoria relatando el hecho imputado sobre la base de cuatro cuestionamientos: 1) el contrato de concesión del servicio de

comprobación técnica de emisiones del espectro radioeléctrico suscripto entre la C.N.C. y la empresa Thales Spectrum (1997), 2) la aprobación en el año 1999 de la resolución que autorizaba la reprogramación del plazo del contrato, 3) la no aplicación de sanciones cuando era reiterado el incumplimiento contractual por parte de la concesionaria y 4) el haber recibido dinero en ocasión de la suscripción del contrato.

Conforme lo indicado, adujo el quejoso, fue que se pretendió enderezar las distintas hipótesis acusatorias. Sin embargo, el juzgador a la hora de describir el hecho materia de reproche incluyó la no aplicación de sanciones como parte de la intimación cuando, en rigor de verdad, ninguno de los acusadores lo había incluido. Asimismo, tampoco pudo determinar el tiempo durante el cual no se aplicaron tales supuestas sanciones (en cuyo respaldo se invoca un informe de la A.G.N.). Déficit que se trasladó tanto al auto de procesamiento como a su confirmación.

Acotó que la falta de definición de dicho extremo impacta directamente en la prescripción de la acción penal respecto de su asistido -cuestión cuyo tratamiento fue omitido-, dado que su participación en los hechos investigados debe ceñirse al año 1999 (momento de la reprogramación) y, en particular, hasta diciembre de ese año (momento en el cual dejó su cargo).

Por otra parte, alegó que no se produjeron y, por ende, tampoco se valoraron los elementos de descargo ofrecidos por Uanini en su indagatoria y que se rechazaron los argumentos vinculados al principio de confianza y al principio de culpabilidad -violado éste último mediante la atribución de responsabilidad dolosa por su mera participación como integrante de la administración en algún tramo del procedimiento licitatorio y del cumplimiento de la concesión.

Señaló que el decisorio impugnado es arbitrario, en tanto afirma que Uanini -como presidente de la COMSEGUI- no controló

debidamente el cumplimiento de las obligaciones asignadas a TSA en el contrato de concesión. Al respecto, sostuvo que esa aserción es falsa porque no existieron tales incumplimientos. Explicó que, contrariamente, el eficaz seguimiento del contrato y de su espíritu hizo que los funcionarios de la CNC detectaran caminos críticos que podrían haber llevado a situaciones de difícil resolución a algunas de las etapas del proyecto. Se adelantaron a los problemas, llevando a cabo, junto con los expertos de Thales, soluciones ingeniosas que requerirían necesariamente reprogramaciones en algunos plazos, pero nunca una pérdida de calidad en los resultados o una exigencia menor para el concesionario, ya sea en lo económico o en lo técnico.

Puntualizó, asimismo, que no existió el perjuicio económico para el Estado nacional, afirmado en las dos instancias jurisdiccionales previas. En respaldo de esa afirmación, la parte invocó el informe pericial contable producido en autos, el cual destacó que no fue tenido en cuenta en el auto de procesamiento ni en su confirmación.

Por otra parte, adujo que se rechazó arbitrariamente la aplicación del principio de confianza introducido en relación a la actuación de su asistido, al haber sostenido el “a quo” que dicho instituto de la teoría de la imputación objetiva presupone que quien lo invoca haya actuado en el ámbito del riesgo permitido y que, de adverso, su vigencia queda excluida cuando, por el rol que se ostenta dentro de la organización precisamente se debe controlar que los demás actuarán conforme a derecho. Al respecto, el recurrente expresó que el mentado principio se justifica en la facilitación de la división del trabajo, ya que su negación redundaría negativamente en el cumplimiento del deber específico de cada uno de los sujetos que interactúan, en tanto, más allá de la propia, se los carga con el control de la actividad de los demás. En

el *sub examine*, precisó el impugnante, que Uanini -como presidente de la COMSEGUI- siempre tomó sus decisiones sobre la base de los distintos informes técnicos de cada una de las áreas especializadas.

En orden a la arbitrariedad alegada, por omisión de tratamiento del planteo de prescripción de la acción penal, expuso que no es razonable ni atendible el argumento del "a quo", según el cual debió haber sido formulado en primera instancia y no directamente en la Alzada, en virtud de que constituye una cuestión de orden público de previo y especial pronunciamiento, además de ser un temperamento violatorio del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Desde esa óptica, explicó que Uanini cesó en su función pública en diciembre de 1999 y que fue citado a prestar declaración indagatoria en autos un mes antes de que operara la prescripción a su respecto, con el único fin de interrumpirla (30/11/05). Acotó que tampoco puede aplicarse respecto de su asistido la causal de suspensión prevista en el art. 67 del C.P. -como presunción *iuris tantum*, con fundamento en el *efectivo* entorpecimiento de la investigación- porque, a su juicio, es inconstitucional, en tanto los plazos de prescripción aseguran la efectiva realización de la garantía de la prohibición de dilaciones indebidas, derivada del principio constitucional básico y fundamental de nuestro sistema procesal: el derecho de defensa (C.N., art. 75, inc. 22 -P.I.D.C.yP., art. 14.3). En cuanto a la ley aplicable al caso sobre esta específica materia, precisó, que no es otro que el texto del citado art. 67, en su versión anterior a la reforma introducida por la ley 25.188, teniendo en cuenta para ello la fecha de comisión del hecho imputado (en la intimación se aludió a la suscripción del contrato de concesión que tuvo lugar en 1997). Además, postuló que, a partir de las normas constitucionales invocadas, el cómputo del término prescriptivo debe ser efectuado desde la fecha en la

que Uanini abandonó el ejercicio de su cargo como presidente de la COMSEGUI en 1999.

Respecto del juicio de subsunción típica, esgrimió que se omitió dar respuesta al planteo de la inexistencia de circunstancias objetivas que permitan tener por acreditados los requisitos de la figura endilgada. Concretamente, dijo que, la forma en que se describió la conducta remite a una omisión de control. Desde esa perspectiva, cuestionó que el delito imputado admita la forma omisiva y sostuvo que, en todo caso, la mera omisión de deber que parece atribuirse a su defendido resultaría constitutiva del tipo del art. 249 del C.P. mas no del contemplado en el art. 174 -inc. 5°- en función del art. 173 -inc. 7°-. Acotó que, en el supuesto típico cuya acreditación rechaza, la infracción de deber es un especial modo que condiciona la acción y no la acción en sí misma (“violando sus deberes”) y que la teoría de los delitos de infracción de deber fue aplicada “livianamente” por el “a quo”. Finalmente, dijo que lo “más disparatado” del fallo recurrido es el hecho de que se considere al delito como un delito de infracción de deber y a la vez se presuma -en violación al principio de inocencia- que el sujeto portador del rol jerárquico (Uanini, en el caso) ha siempre violado sus deberes especiales (inversión del *onus probandi*), incluso cuando el imputado ha demostrado lo contrario (presunción *iuris et de iure* de la conducta ilícita).

Hizo reserva de caso federal.

XII. Que la defensa de Kammerath Gordillo articuló su impugnación en función de los dos supuestos previstos en el art. 456 del C.P.P.N..

Adujo que el pronunciamiento impugnado resulta arbitrario, por resultar insuficientes y producto de una parcializada valoración de

las constancias probatorias, los fundamentos esgrimidos por el "a quo" para tener por acreditado tanto el sustrato material como la significación jurídica de la hipótesis imputativa que le atribuye a su defendido. Puntualmente, señaló que su actuación como Subsecretario de Comunicaciones en el período 1991-1993 se circunscribió al análisis técnico de la materia objeto de licitación. Recién el 5 de julio de 1996, cuando se hizo cargo de la Secretaría de Comunicaciones, el mecanismo licitatorio ya estaba en plena actividad. Pero, además, a partir del dictado del Dec. Nro. 515/96, la Secretaría a su cargo carecía de la más absoluta competencia para aprobar pliegos, evaluar propuestas, preadjudicar, adjudicar y firmar el eventual contrato, y su relación con la CNT consistía en ser su "alzada" al momento de resolver recursos jerárquicos (cfr. arts. 7 y 9 -cuyo mismo texto es omitido, según la recurrente, en el análisis de las anteriores instancias jurisdiccionales que sólo se remiten a la genérica disposición del art. 2). Todo ello, paradójicamente, a entender del quejoso, en correspondencia con el contenido de los considerandos de la Res. CNT Nro. 1214/96 -invocada como sustento del procesamiento cuestionado-.

En otras palabras, alegó que la prescindencia del expreso contenido del aludido decreto 515 que, a su juicio, exime a Kammerath de la posición de garante en la que se lo pretende colocar, a título genérico, por su rol de Secretario de Comunicaciones constituye un contrasentido con la noción de "garante" y viola el principio de razonabilidad de los actos de gobierno.

Postuló que, de las constancias del legajo surge que mientras Kammerath fue Secretario de Comunicaciones no existió vínculo operativo entre su Secretaría y la CNT como para que él se avocara las cuestiones propias de la competencia de aquélla. Por tanto, consideró

irrazonable que la Cámara Federal haya considerado acreditada la relación de imputación para sostenerlo en el proceso.

Al respecto, explicó que si la imputación en autos es por administración infiel (art. 173 -inc. 7- del C.P.) y en la resolución atacada el “a quo” aludió a casos de corrupción administrativa, lo cierto es que las observaciones (no “objeciones”) oportunamente formuladas por la Comisión Bicameral nada tienen que ver con los hechos investigados en autos. En efecto, aquéllas no tenían relación con el posible delito contra el patrimonio que se le imputa a su asistido, sino con la adecuada instrumentación del poder de policía del Estado en defensa de la soberanía de la Nación. Además, tales observaciones habrían sido expuestas en el marco de la reunión a la que no asistió Kammerath - según lo afirma erróneamente el “a quo”- sino Gabrielli (presidente de la CNC). Tampoco puede presumirse el conocimiento especial acerca de irregularidades por parte de Kammerath, a partir de las cartas que le enviaran la empresa “Rohde & Schwarz” y la Embajada de Alemania, porque en ellas no se hace referencia a delitos sino a una apreciación subjetiva de un oferente.

Por otra parte, señaló que se omitió la producción de importantes medidas de prueba solicitadas por el imputado tendentes a comprobar su falta de injerencia en las decisiones de la CNT, en contra de la manda del art. 304 del C.P.P.N..

Sobre el juicio de subsunción típica, expresó que si la posición de garante genera una doble obligación en el sentido de establecer un deber especial de asistencia o protección de los bienes jurídicos custodiados y, a la vez, un deber especial de aseguramiento de cualquier fuente de peligro que pueda afectar dichos bienes, fácil es advertir que, a partir de la imputación de la Cámara Federal -que

erróneamente pretende sustentar con la invocación del Dec. Nro. 1620/96, el bien jurídico cuya custodia está en cabeza del Secretario de Comunicaciones como deber especial no es el patrimonio público sino el adecuado funcionamiento de la administración pública en materia de comunicaciones. Sin embargo, sobre la base de ese deber especial que no coloca a Kammerath en una situación jurídica de protección del patrimonio ajeno, se le imputa una administración infiel -delito contra la propiedad-.

En referencia al mismo tópico, esgrimió que la imputación formulada por la Cámara cotejada con la asignación jurídica seleccionada evidencia una "violación al principio de congruencia *intra acto*", porque la descripción que se hace se parece más a la de una infracción al art. 249 del C.P. que a la de la norma en función de la cual se decretó el procesamiento.

Por último, sostuvo que tanto el "a quo" como su inferior omitieron explicar como llegaron a determinar el monto "sideral" del embargo fijado a su defendido (\$100.000.000.-), tan "desproporcionado con el patrimonio y los ingresos de Kammerath", que comporta la consecuencia ineludible de la inhibición general de bienes.

Hizo reserva de caso federal.

XIII. Que la defensa de Feune de Colombi encarriló su recurso por la vía de los dos supuestos previstos en el art. 456 del C.P.P.N., bajo la alegación de que la resolución impugnada es arbitraria por falta de fundamentación (arts. 123 y 404, inc. 2°, *ibídem*) y, a la vez, por encontrar sustento en una interpretación "abiertamente inconstitucional" del tipo penal en juego (C.P., arts. 174 -inc. 5°- en función del art. 173 -inc. 7°).

En tal sentido, adujo que la decisión cuestionada confirma el procesamiento de su asistido, sin haber acreditado mínimamente su

participación en el hecho investigado. Concretamente, sostuvo que se le achacó responsabilidad con sustento en meras presunciones subjetivas y afirmaciones dogmáticas que son insuficientes, siquiera, para alcanzar la certeza requerida para esta instancia procesal.

Acotó que se abonó la imputación con criterios de responsabilidad objetiva, sobre la exclusiva base del cargo que Feune de Colombi ocupaba en la C.N.C. (ingresó a su Directorio en febrero de 1997), con prescindencia de su concreta intervención en el hecho investigado -inexistente, según la parte- y con aparente ignorancia de la usual delegación y distribución funcional de tareas de ejecución y control propias de cualquier organismo colegiado. En ese orden de ideas, destacó la intervención de la COMSEGUI y de diferentes gerencias de las áreas técnicas y legales que precedieron el único acto en el que intervino su asistido, la firma de la Res. Nro. 83/99 (cfr. Expte. Nro. 4678/98), como circunstancias que daban un viso de legalidad y credibilidad a la reprogramación y despejaban toda sospecha de la posible comisión de un ilícito o de la supuesta desventaja para el Estado. Máxime, cuando, inclusive, tras siete años de investigación, los supuestos sobornos no fueron acreditados al igual que tampoco lo fue el presunto perjuicio patrimonial en detrimento del Estado.

En orden al juicio de adecuación típica realizado por el “a quo”, a su entender errado e inconstitucional, alegó que, en modo alguno se acreditó que su representado hubiera tenido a su cargo el manejo, administración o cuidado de los intereses patrimoniales ajenos exigidos por la figura de administración fraudulenta que se le endilga. Puntualmente, señaló que, en el proceso de licitación investigado en autos, se generó, a raíz de las diversas resoluciones dispuestas a tales fines, una relación jurídica de manejo y a su vez de cuidado respecto de

quienes participaran activamente en la instrumentación y control de dicho proceso, en las cuales su defendido no se encontraba comprendido, no obstante haber formado parte del Directorio de la C.N.C., a partir de febrero de 1997. Ello, porque las disposiciones que regían sobre la implementación del proceso licitatorio en cuestión, lo eran en cuanto a la delegación a determinado grupo competente en la materia de un negocio determinado y del control y conservación del mismo. En ese marco, precisó que con las constancias de la causa quedó demostrado que Feune de Colombi no fue designado especialmente para tal tarea ni participó directamente en la instrumentación y control de dicho proceso.

Hizo reserva de caso federal.

XIV. Que la defensa de Romero encauzó su impugnación a tenor de lo normado en los dos supuestos previstos en el art. 456 del C.P.P.N..

Al concretar sus agravios, postuló que la resolución criticada aplicó arbitraria y erróneamente el art. 174 -inc. 5°- en función del art. 173 -inc. 7°- del C.P., al afirmar hechos relativos a ese encuadramiento legal sin explicar, en el caso de Romero, cuál habría sido su intervención dolosa en los episodios investigados. De cualquier forma, explicó, éstos han sido completamente ajenos a su competencia técnica en la COMSEGUI y habrían ocurrido luego de que se desvinculara de dicha comisión, a mediados de 1998, para pasar los dos años posteriores en Francia. Acotó que Romero era un gerente técnico de la C.N.C., que no tenía atribuciones para tomar decisiones, sino que sólo podía dar su opinión desde el punto de vista de su tarea específica. Tal opinión, de cualquier manera, no era vinculante para el dictado de las resoluciones emitidas por el interventor de la ex C.N.T. o por el presidente de la C.N.C., aunque, destacó, el "a quo" ni siquiera hizo hincapié en cuáles

habrían sido las opiniones técnicas en particular que habrían permitido o facilitado defraudar al Estado.

Alegó que el fallo en crisis, aunque no lo haga expresamente, parece haber analizado la conducta de su asistido como integrante de un grupo de personas que habrían repartido sus roles organizadamente para defraudar a la administración pública, beneficiando, al mismo tiempo, a Thales Spectrum de Argentina. Agregó que, para intentar justificar esa tesis, arbitrariamente, se mencionó en el punto III.c., el texto de una resolución que originó la COMSEGUI, la fecha de entrega del sistema informático por Thales y el rumor al que hizo mención Juan José Valorio cuando declaró en las dependencias de la Oficina Anticorrupción.

Explicó que no hay mención concreta de actividad alguna de Luis Alberto Romero que hubiese facilitado una supuesta defraudación al Estado. Afirmó que ni siquiera se tuvo en cuenta que el nombrado renunció a la Comisión Nacional de Comunicaciones y, por lo tanto a la COMSEGUI, a mediados de 1998, resultando completamente ajenos al nombrado los hechos investigados porque, directamente, a la época de los sucesos en estudio, él no estaba en la C.N.C. ni en la COMSEGUI.

Adujo que no existió aquel reparto de roles, lo que incluye el que pudiera haber desempeñado Romero y que, por tal motivo, no fue especificado por el “a quo”, cuando dicho extremo era sustancial para sostener la imputación.

En ese orden de ideas, sostuvo que la arbitrariedad también se manifiesta en que el juez de grado sólo consideró que el nombrado, por una supuesta amistad con personas de Thales Spectrum de Argentina S.A., habría obtenido un trabajo allí cuando renunció a la C.N.C. y que ello sólo sería suficiente para acreditar que habría intentado favorecer a esa compañía, en perjuicio del Estado, sin tener en cuenta que aquéllo

ocurrió a mediados de 1998, motivo por el cual no pudo participar de ningún episodio posterior a esa fecha que se pudiere cuestionar en autos. Adicionalmente, indicó que no se evaluó que las labores que su defendido cumplió en Francia entre 1998 y 2000 ninguna relación tuvieron con la empresa cuestionada en este sumario.

Por otra parte, denunció la inobservancia del art. 518 del C.P.P.N., en tanto se confirmó el monto del embargo dispuesto por el juez instructor, sin fundamento alguno que permitiera mantener tal cifra confiscatoria, que, por ser de imposible cumplimiento, comporta una grave afectación del derecho de propiedad de su asistido.

Hizo reserva de caso federal.

XV. Que durante los días 16 y 21 de diciembre de 2010, se celebró la audiencia prevista por el art. 465 bis del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos.

En dicho acto, mantuvieron sus respectivos recursos las defensas de los imputados Kammerath (doctores Valerga Aráoz –padre e hijo), Cassagne (doctor Sgro), Cima (doctor Vegezzi), Feune de Colombi (doctor Froment), Uanini (doctora Barbitta), Neuss (doctora del Hoyo), Catalán (doctores Alonso y Evangelista), Gabrielli (doctora Devoto), Bourdieu (doctor Anzorreguy) y Romero (doctor Iribarren).

Por su parte, el doctor Richards, asistiendo a Pablo Arancedo, adhirió a los planteos formulados en los recursos de casación deducidos y mantenidos oportunamente por los consortes de causa de su representado, según lo reseñado *supra*.

También compareció a la audiencia el doctor Ipohorski Lenkiewicz, en su carácter de Coordinador de Investigación de la Oficina Anticorrupción.

XVI. Cumplido el trámite anterior, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores

jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Augusto M. Diez Ojeda, Mariano González Palazzo y Gustavo M. Hornos.

Y CONSIDERANDO:

El señor juez doctor Augusto M. Diez Ojeda dijo:

I. Liminarmente, es preciso señalar que, de los múltiples agravios traídos por los recurrentes comenzaré por el referido a la falta de acreditación en autos del perjuicio económico para la Administración Pública. Éste reúne la triple condición de ser común a los recurrentes, elemento central de la calificación legal escogida por los sentenciantes – ya que desde dicho resultado típico debe construirse la imputación objetiva de las conductas de los sospechados- y, al propio tiempo, referencia ineludible para apreciar la razonabilidad de los embargos dispuestos cuya denuncia de arbitrariedad, debidamente fundada y argumentada, dio lugar a la admisibilidad de las casaciones bajo estudio.

II. Conforme lo recuerda el “a quo” en la decisión impugnada, en una previa intervención, se expidió sobre las denunciadas irregularidades que se habrían cometido durante la ejecución del contrato de concesión del Espacio Radioeléctrico, mediante la resolución del 15/11/05 (causa nro. 22.095, “Catalán, R. y otros s/sobreseimiento”, reg. Nro. 24.488), en la que se revocó el auto que dispuso los sobreseimientos de Neuss, Cassagne, Catalán y Uanini, imputados en aquella oportunidad.

Al tratar la significación jurídica del hecho investigado, el “a quo” consideró acertada la discernida por su inferior en grado en los términos de lo previsto por el art. 174, inc. 5° -en función del art. 173, inc. 7°- del C.P., sustancialmente, en virtud de que *“mediante la maniobra imputada se direccionó el proceso licitatorio en pos de*

asignar la concesión y firmar el contrato respectivo con una empresa predeterminada, efectuando a su favor una transferencia de un porcentaje de los derechos del Estado sobre el espacio radioeléctrico, en un entorno fáctico-normativo que le era favorable para incumplir con sus prestaciones perjudicando económicamente a la CNC. De este modo, los funcionarios encargados de velar por la protección de tales intereses pecuniarios públicos, obligaron abusivamente al Estado –a favor de la concesionaria TSA- desencadenando tal accionar un desequilibrio económico en perjuicio del Estado.”

Sobre el extremo en análisis, el juez de instrucción sostuvo que se ha *“probado [el] criterio ruinoso deliberadamente asumido al realizar una transferencia de derechos del estado –aquellos sobre el espectro radioeléctrico- sin asegurarse con los medios legales y técnicos al alcance, el cumplimiento de la contraprestación ofrecida por la adquirente, modificando al compás de las necesidades de la empresa adjudicataria las cláusulas del contrato originario, siempre en su propio beneficio y en desmedro de los intereses del representado”*.

“[H]a quedado acreditado el modo discrecional con que los funcionarios de la Secretaría de Comunicaciones y de la Comisión Nacional de Comunicaciones adjudicaron la concesión del espectro radioeléctrico a la firma Thales Spectrum de Argentina, lo que permite apreciar, con el suficiente grado de certeza que para esta etapa procesal requiere, que tal acto perjudicial estuvo motivado exclusivamente en la persecución de intereses ajenos a los de la administración pública, en beneficio exclusivo de los terceros ajenos a ésta.

Lo mismo cabe decir del representante de ésta última, convocado en autos, Juan Carlos Cassagne, quien en connivencia con los funcionarios públicos involucrados, contaba con el pleno conocimiento de que era la empresa a su cargo quien iba a ganar la

concesión en cuestión, sabiendo inicialmente que no cumpliría deliberadamente con las obligaciones que asumía, para lo cual percibiría igualmente el producido económico de la contratación, perjudicando en su propio beneficio y de terceros, las arcas del Estado Nacional.

Así entonces, no puede dejar de señalarse, la existencia de la esencial colaboración de aquellos que realizaron un aporte principal a la contratación, sin la cual la misma no habría sido alcanzada, estos son, Jorge Justo Neuss y Jean Nicolás Rostan D'Ancezune West.”

Agregó que de los informes obrantes en el expediente CNC nro. 910/00 (Ejecutivo ‘Evaluación Prestación vs. Contraprestación contrato TSA-CNC’, Analítico ‘Evaluación del estado actual del Equilibrio Económico del contrato TSA-CNC’ y ‘Addenda al informe Evaluación desequilibrio económico contrato TSA-CNC al 31-07-03), “*se desprende el desequilibrio entre las prestaciones cumplidas por ambas partes, ya que la contraprestación monetaria garantizada por el órgano estatal a TSA se cumplió acorde lo convenido durante el período en que el contrato tuvo vigencia, no ocurriendo lo mismo con las obligaciones comprometidas por el concesionario, en particular en lo atinente a la entrega del sistema informático. En cuanto a la proporción que se habría pagado sin que la empresa haya cumplido, la misma representa según el informe un porcentaje del 45,12% -del total de compromisos asumidos- lo cual constituye el monto base del desequilibrio, el cual ascendería monetariamente a la suma de \$ 452.500.833,43.-*

Sin perjuicio de ello, los informes señalados establecen también, que si se suman las porciones representativas de incumplimientos relativos a las restantes obligaciones contractuales –

entre las que se encuentran aquellas referidas a las tareas reprogramadas- se obtiene un porcentaje de incumplimiento integral del contrato del 66,99% que teniendo en consideración el monto de lo recaudado se traduce a la suma de \$ 671.831.357,09.-

De allí que se encuentra claramente comprobado con los alcances que esta etapa requiere, el efectivo perjuicio sufrido por las arcas del estado nacional, lo que se concreta cuando se ha producido la disposición económica que redujo el patrimonio público como resultante de los hechos investigados en autos; como también el propósito de lucro indebido en beneficio de terceros –respecto de los funcionarios- o propio –respecto de los adjudicatarios- lo que afirma a las claras la pertinencia de la calificación legal por sobre las restantes hipótesis normativas posibles [en alusión a las posteriormente abordadas de ‘negociaciones incompatibles’ e ‘incumplimiento de los deberes de funcionario público’].”

III. A tenor del alcance de la hipótesis imputativa sustentada en las instancias jurisdiccionales anteriores, el extremo determinante del perjuicio al patrimonio público estatal, que la figura endilgada exige como requisito típico, habría sido la persistencia en la percepción por parte de TSA del porcentaje sobre la recaudación unificada, según lo establecido en el contrato, con prescindencia del incumplimiento del concesionario inherente a la entrega y puesta en funcionamiento del sistema informático. En otras palabras, según dicha tesis, la configuración del perjuicio económico está intrínsecamente vinculada al incumplimiento contractual que se le achaca al concesionario.

En tales circunstancias, la primera cuestión a dilucidar consiste en determinar si existen elementos suficientes para avalar, al menos con la provisoriedad que la instancia requiere, que existió ese incumplimiento contractual imputado al concesionario. Para ello, dada la

naturaleza eminentemente técnica del extremo en análisis, resulta incuestionable la especial relevancia de la prueba pericial producida. En estas actuaciones, se realizaron exámenes periciales por expertos en telecomunicaciones (11/09/03 -fs. 395/423 vta.-) y por expertos en informática (12/03/04 –reservado en Secretaría).

Al respecto, siguiendo el enfoque analítico propiciado por el “a quo” en su decisión del 15 de noviembre de 2005, el magistrado instructor, en el auto de procesamiento del 26 de febrero de 2008 - confirmado por la resolución hoy impugnada ante esta Cámara-, tras limitarse a transcribir la conclusión de la respuesta al punto de pericia nro. 2 y lo detallado en el acápite 4.2.2.1. del informe, concluyó que, según el informe pericial de los expertos en comunicaciones, “*no sólo no se cumplió con el servicio contratado por la CNC en cuanto a la puesta en funcionamiento del sistema informático sino también en cuanto a la realización de las tareas programadas*” (vid. fs. 1876 vta./1877, el subrayado no obra en el original).

En cuanto al informe pericial producido por los expertos en informática tendiente a determinar las particularidades del sistema informático AFMS que debía entregar TSA en virtud de lo dispuesto en el contrato de concesión (12/03/04), el magistrado instructor puntualizó que los dos primeros interrogantes resultaron ser si el sistema informático AFMS de Agra Spectrocam provisto por la empresa TSA fue entregado a la CNC en tiempo y forma, de acuerdo a las estipulaciones del contrato de concesión; y en su caso, se determine si dicho sistema informático funciona correctamente y cumple con los requerimientos de dicho organismo en el marco del referido contrato.

Al respecto, consignó que, en cuanto al primer interrogante, el perito oficial concluyó que “*los plazos contractuales acordados entre*

las partes y renovados por la CNC mediante la Res. 83/99 indicaban que el sistema informático AFMS debía encontrarse en funcionamiento antes del 30/09/99."

"Conforme a dicha resolución, TSA entregó en las condiciones requeridas a través del mecanismo acordado entre las partes (instalación en dependencias de la CNC), el subsistema 5.2. del AFMS dentro del plazo establecido."

"Posteriormente, también dentro del plazo indicado en la Res. 83/99, la concesionaria entregó el subsistema 5.3 el que fue instalado en condiciones de ser puesto en funcionamiento para su posterior verificación, la que fue llevada a cabo por la CNC y que devino en una posterior aprobación general. El último subsistema entregado, el 5.4, fue puesto a disposición de la CNC para su verificación dentro de los plazos otorgados, de igual manera que los subsistemas anteriores."

"Por lo expuesto, el concesionario cumplió en tiempo y forma con los plazos contractuales estipulados, declarándose que en la entrega de sistemas informáticos complejos como de este tipo existen generalmente ajustes y/o modificaciones que se detectan por parte del usuario durante la etapa de verificación y prueba del sistema".

Mientras que, en respuesta al punto de pericia nro. 2, los peritos concluyeron que "dado que el sistema informático entregado por TSA fue posteriormente devuelto por la CNC, no se encontraba operativo. Ante esta situación, el modo de acción implementado para posibilitar la verificación del correcto funcionamiento fue la realización de pruebas por parte de TSA. Como consecuencia de las pruebas realizadas, se verificó que el sistema en cuestión funciona correctamente, con las observaciones que se generaron durante el proceso de verificación".

Seguidamente, sostuvo que lo expresado por el perito en informática “*se encuentra controvertido por las pruebas acumuladas al legajo*”. En tal sentido, hizo alusión a diversos faxes cursados entre TSA y Spectrocam que, a su juicio, ponen en duda el cumplimiento de las obligaciones que había asumido contractualmente la firma mencionada en primer término frente al Estado argentino y, también, a los informes de la SIGEN y de la AGN, a los estudios obrantes en el expediente CNC nro. 910/00 y a la respuesta brindada a la concesionaria por la CNC a través de la Res. nro. 1337/02.

Sobre esa base, sentenció que las conclusiones de los peritajes técnicos realizados en autos (entre los que incluye el contable, al que haremos referencia particular *infra*) “*no poseen la eficacia conviccional conforme las reglas de la lógica y de la experiencia común para tomarlas como medio de prueba eficaz que permita desvirtuar en algún modo el resto de las probanzas*”.

IV. Reseñado cuanto precede, es preciso destacar que el examen de presuntas maniobras defraudatorias como la aquí investigada, relacionadas con la regulación de un sector y un contrato de contenido técnico altamente complejo, el juez debe contar con el auxilio de los expertos para formar su juicio, aún cuando, en palabras de Mittermaier, los informes periciales constituyan “*un dato, importantísimo, sin duda pero no decisivo para la formación del convencimiento judicial*” (Mittermaier, Kart Joseph Antón, “Tratado de la prueba en materia criminal”, Ed. Hammurabi, 2006, Bs. As., pág. 478).

Por tanto, partiendo de la premisa de que, para la reconstrucción histórica del hecho, el juez penal está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y que, consecuentemente, debe someter a todas y cada una de ellas a la *crítica*

externa (autenticidad de la fuente) y a la *crítica interna* (credibilidad de sus contenidos), en cuanto a esta última tarea concierne, es preciso destacar que “*se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc.*” (cfr. C.S.J.N., Fallos: 328: 3399, C.1757. XL., “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa nro. 1681”, rta. el 20/09/05, cons. 29, último párrafo).

En particular, al apreciar los resultados de una inspección pericial, el juez penal debe preguntarse, primero, si los hechos que establece deben ser admitidos por verdaderos y, después, si las conclusiones deducidas de tales hechos pueden producir convicción. A tales efectos, debe determinar la confianza que merece como fuente de prueba, al igual que en el caso de los testigos, y luego investigar cómo ha procedido a la observación de los hechos para, finalmente, analizar sus conclusiones.

En ese cometido, debe tener en consideración: 1) que los principios y las leyes de la ciencia que el perito haya tomado como punto de partida estén reconocidos como constantes para que hagan fe sus conclusiones y también que su aplicación haya sido rigurosamente exacta; 2) que las deducciones estén motivadas; 3) su concordancia con los datos resultantes del proceso y 4) el *acuerdo o la unanimidad de los peritos*, cuando son varios.

En caso de que haya *pareceres contrarios*, debe hacerse una distinción: o esta contrariedad recae sobre los *hechos observados*, o no existe sino en cuanto a las *conclusiones* que cada uno ha querido deducir. En el primer caso, y cuando se trate de una cuestión capital, lo mejor, cuando sea posible, es provocar un nuevo examen de los hechos; de lo

contrario no queda otra alternativa que aplicar las reglas usadas en caso de desacuerdo de testigos: la verosimilitud de sus dichos, su forma y, en fin, la pluralidad de pareceres, serán las que puedan decidir y, en último análisis, el juez adoptará la opinión más favorable al acusado. Cuando la disidencia verse sobre sus conclusiones, es necesario considerar a unos expertos con relación a otros y ver quién tiene derecho a ser preferido, según el grado notorio de su ciencia y de su pericia facultativa. Desde tal perspectiva, por ejemplo, el doctor en medicina debe ser preferido por sobre el simple cirujano, debiendo examinarse cuál de las opiniones parece mejor motivada. Si el dictamen no está motivado, el juez no ve en él más que una opinión puramente arbitraria, que no podría satisfacerle. Si a su vez los motivos no son otra cosa en el fondo que aserciones sin fundamento racional, si parecen traídos con ligereza y sin trabazón entre sí, o también las premisas sentadas parecen deber de producir otras consecuencias diferentes de las que se han sacado de ellas, y acusar a los peritos de haber violado las leyes de la lógica, el juez no puede admitir una decisión que así peca en su base (cfr. Mittermaier, reglas para apreciar la fuerza probatoria del examen pericial, op. cit., págs. 207-213).

A la luz de los apuntados parámetros para la ponderación de la prueba, se advierte que la conclusión a la que arriban el magistrado instructor y el “a quo” en orden a la falta de eficacia conviccional de los informes periciales producidos en el marco del presente expediente resulta arbitraria. Veamos porqué.

En cuanto se refiere al informe producido por los expertos en informática, corresponde mencionar, en primer lugar, que ningún cuestionamiento se ha formulado respecto de su capacidad técnica ni en lo relativo a su imparcialidad en el desarrollo de su función de auxiliares

de la justicia.

Por otra parte, en lo concerniente al contenido del informe, es preciso destacar que las instancias jurisdiccionales anteriores han omitido considerar hechos relevantes, cuya existencia se afirma fundadamente, en los que se sustentan, precisamente, las conclusiones que se descartan, bajo la alegación de que aparecen controvertidas por los restantes elementos de prueba reunidos en el legajo. Al respecto, se debe puntualizar que, por un lado, dicha omisión implica una indebida parcialización del contenido de la pieza en cuestión que, correlativamente, condiciona la arbitraria conclusión respecto de la falta de fuerza convictiva de sus conclusiones. Por otro lado, el apuntado déficit impacta negativamente en el confornte del informe pericial producido por los expertos en informática con la restante prueba a la que se alude para desvirtuar la credibilidad del contenido de aquél. En efecto, se asevera que no hay concordancia entre lo sustentado en ese informe con lo afirmado en los producidos por la A.G.N., la S.I.G.E.N. y en el expediente administrativo C.N.C. nro. 910/00, sin analizar si las conclusiones de todos ellos se refieren a un común objeto y objetivo, si el periodo de actividad relevada es idéntico, si parten de los mismos hechos, qué criterios técnicos los sustentan, si se contó con la misma información disponible en todos los casos, máxime, teniendo en cuenta su distinta fecha de emisión.

En lo sustancial, las instancias jurisdiccionales anteriores sostienen que TSA incumplió la obligación contemplada en el art. 1.1. del contrato de concesión (representativa de, aproximadamente, el 50 % del total de las asumidas contractualmente y el incumplimiento de un 45,2 %), al no haber entregado en tiempo y forma el sistema informático AFMS, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, tanto por haber incumplido con la entrega y puesta en funcionamiento del producto

convenido dentro de los plazos establecidos originariamente en el contrato como por haber, posteriormente, incumplido los de la reprogramación aprobada por Res. CNC 83/99. Asimismo, cuestionan la validez de esta última, en virtud de considerarla carente de motivación.

Sobre el extremo en cuestión fue específicamente requerida, en el marco de la presente causa, la opinión de los expertos en informática que emitieron el informe presentado el 12 de abril de 2004. En dicha pieza, se expidieron, de modo concurrente, el Ing. Jorge Fusario (perito oficial) y el Ingeniero Electrónico Rafael Basualdo (perito de parte de la defensa).

A pesar de que contiene un análisis detallado y documentado del alcance e interrelación existente entre las obligaciones establecidas para cada una de las partes contratantes (CNC-TSA), así como también de las concretas características de la ejecución del contrato, a lo largo del contextualizado período histórico que abarcó su desarrollo hasta la declaración de caducidad, el magistrado instructor se limitó a formular una aislada consideración de la opinión emitida, como conclusión de un extenso y pormenorizado estudio, en torno a los puntos periciales 2 y 3. Por tal motivo, dada la entidad de las conclusiones periciales para descartar un extremo capital de la hipótesis imputativa sustentada en autos, cuya relevancia fue desechada en el auto de procesamiento que viene cuestionado, corresponde, reproducir aquí sus aspectos más salientes para la definición del caso en examen.

A modo introductorio, los peritos señalaron que *“el mecanismo establecido entre las partes, como consecuencia del contrato adjudicado ..., establecía que TSA debía, dentro de los 80 días desde la vigencia del Contrato entregar el diseño, estructura y los programas que permitieran a la CNC efectuar la carga de su base de datos [art.*

3.2.5]”. “Por otra parte, y previa entrega de las pertinentes especificaciones técnicas y funcionales por parte de la Repartición, TSA debía a partir del día 91 y hasta el día 290, contados a partir de su vigencia, parametrizar el Sistema Informático ofrecido”. En otras palabras, puntualizaron que “frente a un requerimiento por parte de la CNC (Pliego de Licitación), el Concesionario ofertaba un Sistema Informático a la CNC (Oferta) y ésta, como parte de sus obligaciones (Contrato), proveía las especificaciones técnicas y funcionales para que el mismo pudiera adecuar el software provisto, dentro de un marco de referencia temporal, a las exigencias planteadas.”

Seguidamente, explicaron que “[h]abiendo transcurrido los 80 días indicados en el Art. 3.2.3 del Contrato (...), sin que la CNC hubiera entregado las especificaciones funcionales indicadas, se produjo un incumplimiento contractual, por el sólo transcurso del tiempo, y un corrimiento de las fechas de estas obligaciones.

De común acuerdo se resuelve esta situación dictando, el Directorio de la CNC, del 21 de Enero de 1999, la Resolución CNC 83/99 (...) a través de la cual se resolvió una reprogramación de los plazos de entrega del sistema, modificando las fechas originales pactadas.”

“De acuerdo a este nuevo cronograma acordado entre la CNC y la empresa, el Sistema Informático debía estar en condiciones de funcionar (o sea listo para su testeado operativo y con los datos cargados) antes del día 30 de septiembre de 1999”.

“Para dar cumplimiento a los términos contractuales, tanto temporales como de planificación y de ejecución de tareas se ... establec[ieron] las pertinentes especificaciones técnicas y funcionales por parte del Organismo, a los efectos que TSA pudiera realizar las tareas definidas en el contrato.

Las tareas antes mencionadas se efectuaron durante el período de tiempo comprendido entre diciembre de 1998 a abril de 1999, siendo esta la base sobre la que se conformó una propuesta de trabajos, acordándose la misma con la Resolución 83/99, haciendo entrega la CNC a la empresa concesionaria de las especificaciones técnicas y funcionales bajo las cuales la empresa debía realizar el trabajo”.

Luego de listar los respaldos documentales de la mentada actividad desplegada por la CNC, concluyeron que *“de acuerdo a lo impuesto en la Resolución 83/99 de la CNC, la misma entregó a TSA las especificaciones técnicas y funcionales necesarias para la parametrización del Sistema Informático.”*

Como contracara, afirmaron que *“TSA entregó a la CNC y este Organismo recibió los tres subsistemas [versiones, según la documentación, que se componen de varios módulos] que integran el Sistema Informático respetando los criterios y metodología acordada para dicho evento. El Organismo aprobó dos de ellas (Subsistemas 5.2 y 5.3), dando instrucciones a su personal para proceder a la verificación para la aprobación de la tercera (Subsistema 5.4)”,* mediante Nota CCS 16/99 del 28/10/99. Puntualizaron, además, que, en la misma fecha, el organismo de control notificó al concesionario *“la recepción del AFMS, en sus versiones 5.2, 5.3 y 5.4, instalada en los servidores y dispositivos del Centro de Capacitación de la CNC”* y ordenó internamente a las áreas respectivas *“su puesta en funcionamiento en paralelo con los sistemas informáticos hasta ese momento empleados por la CNC”.*

“El inicio de la verificación del Subsistema 5.4 fue dispuesta para el 15 de mayo de 2000 y se desarrolló entre los días 17 y 18 de mayo a través del análisis del sistema, procediéndose, en tres (3) días, y

con sesiones llevadas a cabo en el resto del año [plasmadas en 19 actas celebradas entre las partes] a comparar los resultados de esta única verificación con las especificaciones funcionales entregadas por CNC a TSA para la personalización del sistema". A partir de la lectura de esa documentación respaldatoria, los expertos afirmaron "la existencia de un intercambio fluido y permanente entre la CNC y la Empresa, orientado a resolver las observaciones pendientes". Además, acotaron que, si bien "[e]n los Subsistemas 5.2 y 5.3 se detectaron observaciones, ... de haberse completado los procesos de implementación, se estima se habrían solucionado."

"El 31 de Agosto (...), por NOTA CNC N° 7749/2001, el Presidente de la CNC, Carlos Tristán Forno, procede a devolver el Sistema y al respecto dice '... aún cuando dichos errores fueran corregidos, el Sistema Informático AFMS, no podría satisfacer las nuevas necesidades planteadas...', y más abajo agrega '... Devolver al Concesionario el Sistema Informático AFMS en sus Versiones 5.2, 5.3 y 5.4 original, que fueron recibidas por la anterior Comisión de Seguimiento del Contrato de Concesión del Servicio de Control de Emisiones Radioeléctrico, mediante NOTCNC N° 8339/99...'.

Esto último, queda reflejado en la nota (...) de referencia, en la cual se expresa '...la experiencia derivada de la aplicación de las distintas reglamentaciones, que en lo[...] esencial constituyen un nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones, desde su dictad[o] hasta la fecha, ha determinado la conveniencia de que esta Autoridad de Control, modernice los medios instrumentales mediante los cuales ejerce su competencia...".

En síntesis, apuntaron que la nueva conducción de la CNC "[p]lanteó un cambio en las especificaciones técnicas y funcionales originariamente establecidas en el contrato que tornaban no apto al

sistema provisto, frente a las ‘nuevas necesidades planteadas’ aun cuando el sistema se hubiera recibido sin ningún tipo de observaciones.” Según la denominación de la propia CNC, remitió a TSA “*los nuevos requerimientos comprendidos en el punto 1.1. del Contrato*”, en palabras de los peritos “*los nuevos requerimientos para el nuevo sistema solicitado*”. En consecuencia, la TSA presentó una nueva propuesta el 13/12/01 y, ante la imputación e intimación formuladas en marzo y diciembre de 2002, respectivamente, hizo “*otra nueva propuesta de solución informática*” entre los meses de enero y marzo de 2003.

Finalmente, el 26/01/04, la CNC por Resolución 242/04 decidió rechazar la propuesta presentada por TSA y declaró la caducidad del Contrato de Concesión del Servicio de Comprobación Técnica de Emisiones del Espectro Radioeléctrico conforme el procedimiento establecido en el art. 23 del contrato oportunamente firmado.

En función del pormenorizado, detallado y documentado análisis de la concreta interacción entablada entre las partes a fin de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en el contrato por cada una de ellas para la instrumentación del sistema informático integrado que constituía su objeto, en relación al punto pericial nro. 1 en examen, emitieron su opinión en el sentido de que “*el Concesionario **cumplió** ‘en tiempo’ de acuerdo con los plazos contractuales y sus modificaciones acordadas entre TSA y la CNC.*

*Por otro lado, con respecto a la ‘entrega en forma’ e interpretando a esta como el cumplimiento de las formalidades y procedimientos establecidos contractualmente, el Concesionario **cumplió** con la misma.*

Asimismo, se aclara que en la entrega de Sistemas

Informáticos complejos y de esta envergadura, existen generalmente ajustes y/o modificaciones que se detectan, por parte del usuario, durante la etapa de verificación y prueba del sistema, tal sería el caso de las observaciones mencionadas precedentemente y efectuadas con posterioridad a las respectivas recepciones." (los destacados obran en el original)

En relación al punto pericial nro. 2, en función del cual los expertos debían determinar si el sistema informático AFMS provisto por TSA a la CNC, funciona correctamente y cumple con los requerimientos de dicho organismo al momento que fuera entregado y con las formalidades y en las condiciones fijadas en el contrato de concesión, comenzaron por explicar que para realizar la verificación solicitada *"la única alternativa posible fue solicitar a la empresa Thales Spectrum de Argentina, la ejecución de una prueba de funcionamiento del Sistema Informático, con el último nivel de actualización de las observaciones y/o modificaciones sugeridas oportunamente por la CNC y con datos de prueba"*, en virtud de que el sistema ya no estaba en poder de la CNC (había sido devuelto a TSA) y de que *"[l]a CNC no generó la Base de Datos única, ... por lo cual el Sistema Informático no se pudo poner en operación en dicho Organismo"* y, correlativamente, tampoco se contó con una base de datos operativa al momento de la pericia. Explicaron que a los efectos de la verificación de funcionamiento en un *ambiente simulado*, se conformó un equipo interdisciplinario de 17 personas, se elaboró un plan de trabajo, se cargaron un conjunto de datos simulados y técnicamente representativos y se seleccionaron los circuitos y servicios más representativos de la actividad y los que involucraban mayor cantidad de módulos de la aplicación, para la verificación de la integración del Sistema Informático.

Como resultado de las pruebas ejecutadas, los expertos

señalaron que “no cumplieron con las especificaciones aproximadamente el 6% de los casos probados” y, consecuentemente, en su opinión final sobre el punto pericial en trato, indicaron que “el porcentaje de observaciones medido en la prueba (6%), se estima es aceptable, dado que en la entrega de Sistemas Informáticos complejos y de esta envergadura, existen generalmente, ajustes y/o modificaciones que se detectan durante la etapa de verificación por parte del usuario; los cuales posteriormente se resuelven.

Esta etapa de ajuste de los sistemas se la conoce como ‘tuning’ del Sistema.

*Como consecuencia de las pruebas realizadas sobre el Sistema Informático AFMS, se verificó que el mismo **funciona correctamente**, con las observaciones que se generaron durante el correspondiente proceso de verificación.” (el destacado obra en el original)*

El interrogante formulado a los especialistas en el punto pericial nro. 3 fue “[s]i existen antecedentes a nivel internacional acerca de la empresa Agra Spectrocan en lo que respecta a su solvencia técnico-científica y experiencia en el diseño y provisión de sistemas informáticos para el control del espectro radioeléctrico”, fue respondido en sentido positivo, por cuanto, sintéticamente, “[l]a empresa Agra Spectrocan que desde el año 1982 inició sus actividades específicas, las que continuaron hasta la fecha como parte del grupo empresarial LS telcom, demuestra poseer la solvencia técnico-científica y experiencia en el diseño y provisión de sistemas informáticos para el control del espectro radioeléctrico.”

Como último punto de pericia (nro. 4), se preguntó “si la Comisión Nacional de Comunicaciones cuenta con una base de datos

para la gestión del espectro radioeléctrico que, a juicio del experto, cumpla con las condiciones necesarias para ser integrada al sistema ofertado y/o provisto por la empresa concesionaria, en los términos previstos en los artículos 3.2.6 y 3.2.7 del Contrato de Concesión”.

Al respecto, a modo de síntesis, manifestaron que “[e]l 6 de Julio de 1999 la Comisión de Seguimiento y Control del Concesionario del Servicio de Comprobación Técnica de Emisiones del Espectro Radioeléctrico consideró que (...), a los fines de posibilitar técnicamente su obligación de carga de datos, le resultaba necesario efectuar previamente una limpieza de aquellos datos.”

“Con fecha 1 de febrero de 2000 (...), la CNC dio comienzo de actuaciones administrativas [Exte. 910/00] tendientes a la solución del problema para poder dar inicio a la carga de datos, proponiéndose analizar la situación de los datos del organismo de cara a la obligación contractual de carga de dicha base en el sistema ofertado, reconociendo la existencia de su falencia de la Base de Datos para cumplir con los términos contractuales.

El organismo reconoció no ‘contar con información veraz y unificada en todo el ámbito del organismo’ (...), y a través del Grupo de Trabajo de Reestructuración, se realizó el Proyecto de Corrección, Adecuación y Validación de Información almacenada en contenedores digitales en el ámbito de la CNC.

En dicho proyecto (...), y con fecha 29 de Septiembre de 2003, aún subsistía la falta de una Base de Datos que cumpliera con dichos términos contractuales, y además se indicaba un cronograma de tiempos de quince meses y dos semanas, contados a partir de su aprobación, se infiere que la fecha de la presente pericia [12/03/04] dicha falencia aún subsiste.

Por lo expuesto, surge que a la fecha de entrega del Sistema

Informático el 30 de Septiembre de 1999, la CNC reconocía carecer de una base de datos homogénea y compatible susceptible de ser integrada al sistema provisto lo cual se vio corroborado por el resultado de los informes realizados en cumplimiento de la Resolución CNC N° 321/00 (...) y de lo propuesto en el Expediente EXPCNC 3495/2003”.

En otras palabras, afirmaron que **“la CNC NO contaba con dicha información apta para ser usada por el Sistema Informático a la fecha de su entrega, en los términos previstos en los arts. 3.2.6 y 3.2.7 del Contrato de Concesión”** (el destacado obra en el original). Déficit que aparece vinculado con lo prescripto en el art. 3.2.9, en cuanto establece que **“En caso de que la CNC, o quien esta designe, no cumpla con los plazos establecidos en los Numerales 3.2.6 y 3.2.7, o bien realice la carga de datos de forma defectuosa el CONCESIONARIO tendrá derecho a reclamar los daños y perjuicios que el incumplimiento le ocasione. Asimismo, y hasta tanto no se subsanen tales incumplimientos quedará suspendida la exigibilidad de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, cuyo cumplimiento dependerá de la correcta carga de datos”** (el destacado no obra en el original).

En suma, los peritos dieron cuenta, fundadamente, de diversos hechos: 1) el alcance e interrelación de las obligaciones de las partes según los términos del contrato de concesión suscripto; 2) la cronología de la ejecución del contrato, con detalle descriptivo sobre la actitud asumida por cada una de las partes, según las constancias obrantes en los expedientes administrativos sustanciados por la CNC. Al respecto, aquí merecen ser especialmente destacadas, por un lado, la inherente al incumplimiento de la CNC de su obligación contractual de proveer, en el término convenido, a TSA las especificaciones técnicas y

funcionales necesarias para que la empresa pudiera, correlativamente, cumplir con su obligación de entregar y poner en funcionamiento del sistema informático, también en el término convenido contractualmente y, por otro lado, la relativa a las nuevas necesidades del sector, planteadas por las CNC a TSA, tras haber recibido los tres subsistemas (versiones) componentes del sistema AFMS, diseñados de conformidad con las especificaciones técnicas provistas por la CNC y, encontrándose sólo el último pendiente de verificación; 3) la aptitud para funcionar del sistema AFMS provisto por TSA, a partir de una verificación de la herramienta informática en un ambiente simulado (con observaciones del 6 %); 4) idoneidad de la firma subcontratada por TSA para la provisión del sistema informático ofertado, a partir de los antecedentes recabados.

A partir de esos hechos, al emitir su opinión, no consideraron que la entrega del sistema informático fuera del plazo originario configurara un incumplimiento contractual imputable a TSA y no cuestionaron la validez de la Res. CNC nro. 83/99 por la que, con el acuerdo de las partes, se reprogramaron los plazos para el cumplimiento de las obligaciones de las partes, dictada con invocación de los arts. 17 y 21 del contrato. Explicaron que el plazo con vencimiento el 30/09/99, establecido en el nuevo cronograma, para que el sistema estuviera instalado y en condiciones de funcionar, debía entenderse como *"listo para su testeo operativo y con los datos cargados"* –ya que la carga de datos era una obligación impuesta contractualmente a la CNC, obligación que el organismo nunca cumplió, dado que devolvió el sistema completo, sin haber efectuado siquiera la verificación del último de los tres subsistemas entregados e instalados en los servidores por TSA-. En esos términos, concluyeron que el concesionario había entregado en "tiempo" y "forma" el sistema informático contratado, ya que el 6 % de las observaciones constatadas era un porcentaje "aceptable" y

probablemente “subsanaable”. Acotaron que “[c]on la caducidad de la Concesión por parte de la CNC, se impidió continuar con la posibilidad de integrar en el Sistema Informático propuesto la información correspondiente a la Base de Datos”.

Con el propósito de privar de eficacia convictiva al informe antes aludido y, de ese modo, sustentar el incumplimiento contractual relativo a la entrega y puesta en funcionamiento del sistema informático AFMS, del que se deriva perjuicio económico para el Estado, según la hipótesis imputativa vigente en estas actuaciones, el juez instructor hizo alusión al informe “*Evaluación de las Actividades de Fiscalización y Control del Espectro Radioeléctrico*” emitido por la S.I.G.E.N. en octubre de 2001. Puntualmente, destacó que, entre otros, los principales hallazgos efectuados por el organismo de control habían sido la observación de “*incumplimientos por parte del concesionario de los plazos establecidos en el contrato y en la posterior reprogramación de plazos aprobada por Res. CNC 83/99 para la provisión del sistema informático*” y que “[d]ebido a fallas detectadas y a nuevas necesidades planteadas por la CNC, el sistema informático recibido fue devuelto al concesionario en agosto de 2001, con lo cual, a la fecha de efectuado dicho informe, el organismo estatal seguía realizando el procesamiento de información en sistemas propios que carecían de suficientes medidas de seguridad”.

Fácil es advertir que se tomaron en cuenta las conclusiones del primer informe de la S.I.G.E.N. de signo opuesto a las del informe producido por los expertos en informática en autos, sin hacer un confronte y análisis de los hechos afirmados en uno y otro, así como de sus respectivos respaldos documentales, a partir de los cuales se arribó a conclusiones discordantes.

Del cotejo de las constancias de esta causa, surge que la precedente transcripción se corresponde con uno de los principales hallazgos plasmados en el "Informe Ejecutivo", que tiene una extensión de una página y media -por ser la síntesis del analítico- (agregado a fs. 87/88), a partir de las tareas de auditoría desarrolladas por el organismo de control ente los meses de agosto y septiembre de 2001, en las dependencias de la CNC. En el "Informe Analítico", que lo complementa, en el acápite designado como "marco de referencia" y en relación al sistema informático, especialmente, se consigna que "[l]as versiones mencionadas precedentemente [5.2, 5.3 y 5.4] fueron entregadas a la CNC durante el año 1999, habiendo sido aprobadas con observaciones las dos primeras (versiones 5.2 y 5.3), las que debían ser corregidas para su aprobación definitiva.

Hasta mediados de 2001 se ejecutaron comprobaciones tendientes a determinar si el sistema cubría los requerimientos de la CNC, luego de lo cual se decidió la devolución del mismo al concesionario en atención a los errores detectados por los usuarios y técnicos del organismo y a las nuevas necesidades de la CNC basadas en el reciente marco regulatorio, las que originan que cuando los errores existentes en el aplicativo fueran corregidos, el AFMS 'no podría satisfacer las nuevas necesidades planteadas'.

Al momento de la devolución mencionada, la CNC solicitó al concesionario que proponga, a su juicio y en un plazo no mayor de 15 días, las soluciones informáticas que permitan atender las necesidades de los distintos servicios que hacen a la Gestión del Espectro Radioeléctrico.

Al momento de emisión del presente informe [12/10/01], aún no se había recibido la propuesta del concesionario" (el subrayado no obra en el original).

Hasta aquí, en cuanto a los hechos afirmados, se aprecia que existe coincidencia con los aseverados en el informe de los peritos informáticos. Puntualmente, en uno y otro se afirma que TSA entregó las tres versiones (subsistemas) y que la *devolución* del sistema informático obedeció a que *no podría satisfacer las nuevas necesidades planteadas por el recientemente modificado marco regulatorio del sector, aún cuando corrigiera los errores detectados*. Modificación que, huelga aclarar, no puede ser imputada a TSA y, *por tanto, tampoco le resulta imputable la no satisfacción de las nuevas necesidades*, por cuanto la firma concesionaria había realizado el diseño en función de las especificaciones técnicas oportunamente estipuladas por la CNC.

Por otra parte, es pertinente poner de resalto que el informe en comentario no cuantificó el porcentaje que representaban los errores detectados, como sí lo hicieron los peritos informáticos (6%), ni si tal porcentaje resultaba aceptable o no atendiendo a las particulares características del sistema en cuestión. Sin embargo, la S.I.G.E.N. –y la propia CNC, según surge de su cita- sí relativizó la entidad de esos defectos, al apuntar que *“la existencia de cierta ambigüedad en los motivos invocados para la devolución ... sumada a [la circunstancia de] que no se resolvió sobre la imputación señalada en el punto anterior [Nota CNC 2656 del 13/04/00], parece implícitamente relativizar los errores y fallas oportunamente detectados”*.

En el acápite denominado “Hallazgos y Recomendaciones”, en cuanto al cumplimiento de la obligación prevista en el art. 1.1. en los términos del contrato (esto es, con antelación de la reprogramación dispuesta por Res. CNC nro. 83/99), la S.I.G.E.N. se limitó a señalar que *“[s]egún lo expuesto en los Exptes. 4678/98 y E12155/99, el sistema no fue entregado en la fecha pautada, sin formular consideración alguna*

siquiera sobre la misma existencia de la obligación a cargo de la CNC de entregar a TSA las especificaciones técnicas y funcionales para el diseño y estructura de la base de datos y los programas, cuyo cumplimiento en tiempo oportuno constituía un presupuesto necesario para el cumplimiento, en tiempo y forma, de la obligación asumida por TSA.

En cuanto al alcance de la expresión utilizada en la resolución de referencia, según la cual *"el AFMS debía encontrarse en funcionamiento en su totalidad"* antes del 30/09/99, se entendió que *"el sistema no estuvo en operación en dicha fecha, y que, aún siguiendo el criterio del concesionario [según el cual la expresión incluye la realización de las pruebas que garanticen su adecuado funcionamiento, siendo necesario que después de la fecha indicada se realicen acciones conjuntas y sincronizadas para la implementación] cómo mínimo faltaba la realización de pruebas por parte de la CNC sobre la última versión entregada"*.

Respecto de la tesis del organismo de control, hay que destacar que nada se dijo en relación a que la operatividad del sistema se encontraba condicionada a la carga de datos por parte de la CNC, o quien esta designase, al sistema provisto e instalado por TSA en los servidores del organismo. Sin embargo, se dio cuenta de la existencia de inconvenientes en la base de datos del organismo y, en particular, de que *"la CNC entregó copias de los datos a TSA y esta los devolvió en un informe con los errores encontrados, de aproximadamente 6.000 páginas, donde se detallaban cerca de 615.000 registros a verificar y/o corregir a fin de que puedan ser ingresados en el AFMS. También surge que TSA subcontrató una empresa para ayudar a la CNC en las tareas de limpieza de los datos."*

No obstante, si bien la CNC conformó un grupo de trabajo para las tareas de conversión de datos, se observa que se presentaron

problemas de coyuntura y de falta de recursos que hicieron que no se logre la depuración y carga de datos faltantes.”

Además, respecto del rechazo de la tesis sustentada por TSA, a partir del cual se pretende dar sustento a la imputación del incumplimiento en tiempo y forma, se omitió señalar que el inicio de la verificación de los módulos componentes de la versión 5.4., entregada por el concesionario el 29 de septiembre de 1999 fue dispuesto por la CNC para el 15 de mayo de 2000 y se extendió hasta noviembre del mismo año. Cronología que, claramente, revela que la entidad de la demora para alcanzar la operatividad del sistema estuvo ya fuertemente condicionada por ese lapso de poco más de siete meses durante el cual la CNC postergó el inicio de las pruebas de verificación técnica. En otras palabras, de haber sido dispuesto con antelación, probablemente, según la propia tesis de la SIGEN, en la evaluación global de la ejecución del contrato, habría perdido significación la falta de temporaneidad endilgada a TSA.

En síntesis, de lo hasta aquí analizado, se advierte que, cualquiera sea el alcance que se le asigne a la cláusula que preveía que el sistema debía estar en la fecha indicada “en funcionamiento en su totalidad”, lo cierto es que su operatividad estaba supeditada a que la CNC cumpliera con la carga de datos en el sistema provisto e instalado por TSA, base de datos cuyas inconsistencias e inconvenientes fueron constatados tanto por los peritos que se expidieron en estas actuaciones como por la propia S.I.G.E.N.. En dicho contexto, resulta errado afirmar que TSA incumplió en tiempo y forma la obligación a su cargo, con prescindencia de toda consideración sobre el incumplimiento por parte de la CNC de las asumidas contractualmente como propias, pues implica parcializar el sustrato fáctico acreditado que debe servir de punto de

partida para la emisión de opinión.

También, el magistrado instructor tuvo en cuenta el segundo informe de la S.I.G.E.N., "*Seguimiento de la evaluación de las actividades realizadas por la CNC en ejercicio de sus funciones de fiscalización y control del espectro*", fechado en mayo de 2003. Al respecto, hizo referencia a la objeción formulada por el organismo de control a la Res. CNC 232/02 del 14/03/02, mediante la que se rechazó el recurso articulado por TSA ante la devolución del sistema informático, con fundamento en que en ella se consideró erróneamente de carácter "discrecional" o de oportunidad a la potestad de iniciar el procedimiento sancionatorio porque el art. 20 del contrato establece que "el concesionario será sancionado". También a la observada demora en la formulación de la imputación al concesionario que, además omitió especificar la sanción a imponer, neutralizando de ese modo la posibilidad de declarar la caducidad sin realizar una nueva imputación. Al respecto, se señaló que recién el 15/03/02, por nota CNC 232/02, se reformuló la imputación efectuada por nota 2656/00, cuando ya desde el 25/07/01 la COMSEGUI contaba con un informe técnico que daba cuenta de la importancia que representaba para la CNC el sistema informático contratado y permitía calcular la magnitud del incumplimiento al que se vio expuesta.

Contra la Res. 232/02, TSA interpuso recurso de alzada y presentó su descargo respecto de la imputación, cuyo trato motivó la Res. CNC 1337/02 del 06/12/02, mediante la cual se intimó al concesionario a remediar las faltas en el plazo perentorio de 4 meses, bajo apercibimiento de declarar la caducidad del contrato o proponer un calendario de acción sujeto a aceptación por parte de la CNC dentro de los primeros 30 días.

Conforme lo expuesto, sostuvo la S.I.G.E.N. que, a pesar de las actuaciones existentes, no se otorgó la prioridad necesaria a la

decisión y acciones tendientes a disponer del sistema informático tal como fuera oportunamente recomendado, el cual, según lo señalado en el considerando 93 de la Res. 1337/02, comporta “*una situación bilateral a todas luces inadmisibile e intolerable por el orden jurídico*” y que, según lo indicado en el considerando 119, “*efectivamente, la no realización por parte del concesionario de la totalidad de las actividades pautadas tiene particulares consecuencias económicas en el marco de la relación contractual, considerando que aquella situación se ha originado en su propio incumplimiento, tal como ha quedado demostrado ... la situación lleva a la CNC a adoptar las medidas tendientes a merituar la implicancia económica que la significativa disminución de las actividades que TSA debía realizar en el marco de las obligaciones establecidas en el contrato la que no afectó ni el porcentual de la recaudación unificada fijado en el contrato como contraprestación, ni el mecanismo de pago establecido*”.

Concluyó entonces la S.I.G.E.N. que si bien se iniciaron acciones tendientes a la definición de la problemática del software, la emisión de la resolución de la intimación se dilató en el tiempo hasta diciembre de 2002, no habiéndose encaminado hasta esa fecha una solución definitiva. Tampoco se tuvo evidencia de la aplicación de multas al respecto.

En relación al informe en examen, es preciso destacar, en primer término, que ninguna alusión se hizo a los hechos que en él se afirman y de los cuales se parte, más allá de los informes previos del organismo a los que remite, para sustentar la conclusión de que TSA incumplió su obligación contractual. Al respecto, no es posible soslayar que dicho aserto parece reconocer su origen en una errónea interpretación del objeto de la prestación comprometida

contractualmente. En efecto, se sostuvo que *“la empresa TSA entregó un sistema informático del tipo ‘paquete’ denominado AFMS (Automated Frequency Management System), y cuya marca se encuentra registrada a favor de la firma Agra Spectrocam, conforme fue visto en la oferta”*, cuando lo que *“se requería [era] el desarrollo de un sistema informático a medida para satisfacer las necesidades de procesamiento de la CNC”* (cfr. fs. 99). Contrariamente, los peritos en informática, en consonancia con el contenido de las obligaciones a cargo de cada una partes contratante, afirmaron que *“[e]l cronograma establecido contractualmente, preveía que la finalización de la **personalización** del Sistema Informático debía estar concluida antes de los 290 días contados a partir de la fecha de vigencia del contrato”* (cfr. pág. 3 –el destacado no obra en el original-).

En segundo término, corresponde puntualizar que la objeción efectuada por la S.I.G.E.N. al contenido de la Res. 242/00, por la que se dispuso la devolución del sistema informático a TSA, comporta un cuestionamiento a la actividad de la CNC que se sitúa temporalmente en un periodo posterior al de la gestión de los funcionarios investigados en autos. Y, puntualmente, resulta ajeno al mandato presidencial del imputado Menem, quien junto con los funcionarios del citado organismo y de la Secretaría de Comunicaciones, según la hipótesis imputativa de autos, habrían gestionado y/o cobrado sobornos a la firma concesionaria para que obtuviera la adjudicación. La misma advertencia debe ser efectuada respecto de la demora y déficit en la formulación de imputación al concesionario que se achaca a la CNC, en tanto se refiere que ello se hizo recién el 15/03/02, por nota CNC 232/02 (reformulación imputación nota 2656/00), cuando ya desde el 25/07/01 la COMSEGUI contaba con un informe técnico que habría permitido calcular la magnitud del supuesto incumplimiento al que se habría visto expuesta.

En otras palabras, por un lado, no se explica a partir de qué hechos probados se le atribuye el incumplimiento de su principal obligación contractual a TSA y, por otro lado, la falta de asignación de prioridad para la definición de la problemática del software aparece referida a la gestión de funcionarios que no se encuentran imputados en autos.

Por otra parte, el juez instructor tuvo en consideración el “Informe Ejecutivo de la Auditoría General de la Nación –período analizado: 01/07/97 al 31/12/01”, cuyo objeto resultó ser la verificación del control ejercido por la CNC respecto de los compromisos contractuales exigidos al concesionario del espectro radioeléctrico sobre la calidad de las obras, del mantenimiento y del equipamiento en el ámbito nacional y la evaluación de la relación costo-beneficio alcanzada, destinada a concretar el objetivo planteado en el art. 1º del pliego de bases y condiciones del concurso público realizado para la concesión del servicio. En él se afirmó que, conforme la Res. CNC 83/99, el 30/09/99 TSA *“debía entregar[...] una versión definitiva [del sistema informático], pero sólo se entregó una provisoria...la CNC a través de la nota 7749 del 31/8/01 se aparta de los términos del contrato cuando le devuelve el sistema a la concesionaria y le solicita soluciones informáticas que permitan atender las necesidades que hacen a la gestión del espacio radioeléctrico conforme a nuevos requerimientos, cuando lo que correspondía era aplicar el régimen sancionatorio previsto en el contrato”*. A su vez, cuestionó la reprogramación de plazos dispuesta por Res. 83/99, por considerarla *“un acto administrativo nulo por carecer de motivación. Refirió que mediante dicha disposición la CNC aprobó una reprogramación de los plazos originariamente establecidos en el contrato, ‘... beneficiando*

injustamente a TSA y vulnerando el pie de igualdad con los oferentes que no resultaron adjudicatarios, pese a los incumplimientos en que había incurrido la empresa" y explicó que la invocación del juego armónico de los arts. 21 y 27 del contrato para justificar su dictado era improcedente porque el mecanismo de "resolución consensuada" que prevé sólo es viable cuando los incumplimientos contractuales no configuren penalidades (art. 27.1), puntualizando que los constatados en el caso eran susceptibles de sanción.

Según la síntesis plasmada en el auto de procesamiento de primera instancia que, en verdad, surge del "Informe de Auditoría" que complementa el "Informe Ejecutivo" (síntesis) al que se alude, TSA no cumplió con la entrega de la versión definitiva del sistema informático objeto de la contratación en el término estipulado por la reprogramación de mención. En el informe se consigna como fundamento de tal aserto en que la entrega de "versión provisoria" 5.4 efectuada el 30/09/99 *"no permitió la ejecución en tiempo y forma de las pruebas [destinadas a garantizar su buen funcionamiento] ni la debida puesta en funcionamiento"* (cfr. fs. 1133). Por tanto, y por análogas razones a las dadas al abordar el informe de la S.I.G.E.N. sobre este particular extremo, se colige que la afirmación de que el concesionario incumplió la cláusula 3.2.5 del contrato y, correlativamente, de que la CNC no formuló la imputación correspondiente en tiempo oportuno, al menos, carece de respaldo en hechos afirmados fundadamente. Resulta insuficiente a tales efectos, la referencia que se hace en cuanto a que *"[l]a falta de resultados del contrato desde su vigencia y hasta la fecha de la reprogramación cuestionada surge de los expedientes CNC C N° 004678/98, N° 00910/00, N° 5105/00, N° 3928/00, N° 7385/01, N° 4678/98, N° 5681/00, N° 5680/00, N° 01/01 (R) y correlacionados"*.

Por otra parte, la A.G.N. cuestiona la Res. 83/99, porque, a su

entender, no se verificaban los presupuestos necesarios para la aplicación de una “resolución consensuada” y por considerarla carente de motivación. Lo primero, desde la perspectiva -aquí rechazada por falta de respaldo fáctico debido-, relativa a la constatación de un incumplimiento imputable al concesionario pasible de sanción, en tanto ninguna referencia hizo el “a quo”-y tampoco existe en el informe en comentario- respecto de la demora en que incurrió la CNC para la provisión de las especificaciones técnicas para que TSA pudiera cumplimentar tal obligación en el tiempo y la forma convenidos (cfr. fs. 1131, donde se aborda este particular extremo). Lo segundo por la afirmada ausencia de *“explicitación de causa y expresión de las razones y de las circunstancias de hecho y derecho que han llevado a dictar el acto.”* Concretamente, se adujo que *“[s]e omite cualquier mención o análisis, siquiera genérico, sobre cuáles son esas obligaciones de mayor relevancia [para cuyo cumplimiento serían disminuidos sustancialmente los plazos convenidos] y cuáles los límites de la disminución sustancial. No existe constancia alguna de donde pueda extraerse la supuesta justificación.”*

De adverso, en el informe de los peritos en informática, dicha reprogramación se considera justificada en el incumplimiento de la CNC en la provisión oportuna a TSA de las especificaciones técnicas y funcionales (art. 3.2.3 del contrato de concesión). En consonancia con dicho aserto, aparece el contenido de la propia resolución cuestionada y, con mayor alcance explicativo, el del Memorando Nro. 1 –que le sirve de antecedente- emitido por la COMSEGUI en el marco del Expte. CNC 4678/98, sustanciado con motivo de la presentación efectuada por TSA, de fecha 15/09/97, en relación al cumplimiento de la obligación establecida en el art. 3.2.5. del contrato de concesión (documentación

agregada a este legajo en fotocopias a fs. 1237/1247).

De los considerandos de la Res. 83/99 surge que el concesionario había planteado en su presentación que *“después de haber analizado el sistema existente en la CNC con los requerimientos en cuanto a los datos indispensables para la Base de Datos del Sistema AFMS, pueden confirmar que el trabajo en operación con la CNC corresponde a la colección de los datos necesarios para el sistema AFMS.*

Que en ese orden de ideas, TSA S.A. p[uso] de manifiesto que existen dos alternativas para la carga de la información de la Base de Datos: i) el sistema existente y funcionando en la CNC, ii) el sistema previsto por Thomson Spectrum de Argentina S.A., debiéndose en este caso, realizar la transferencia de todos los datos ya almacenados en las BASES DE DATOS de la CNC, y continuar la carga de información con este nuevo sistema.

Que de lo contrario, utilizando los programas previstos por la empresa para completar la carga de la base de destino deberían efectuarse dos pasos: (i) traducción del sistema actualmente en uso en la CNC, y (ii) volcar al sistema la carga de éste a la base final.

Que en consecuencia, Thomson Spectrum de Argentina S.A. recom[endó]la primera alternativa y afirm[ó] que a fin de realizar la transferencia de datos hacia el sistema AFMS, el concesionario tomará a su cargo los gastos relativos a ésta.”

También se consignó que había *“toma[do] intervención la Comisión de Seguimiento y Control del Concesionario del Servicio de Comprobación Técnica de Emisiones del Espectro Radioeléctrico, manifestando que de los términos contractuales se advierte que a los fines de la **implantación de la Base de Datos** para la Gestión del Espectro Radioeléctrico se verifican **tres etapas, claramente***

diferenciadas, en las que, respectivamente, asumen obligaciones de diferente contenido la Contratista y la CNC, a saber: (i) una primera etapa, en la que la CNC debe instrumentar los circuitos administrativos de información [para que el contratista cuente –a la entrada en vigencia del contrato- con los datos referidos a las asignaciones de frecuencias, otorgamiento de licencias y autorizaciones, bajas y modificaciones y toda otra información útil a su actividad, cfr. art. 3.2.3 del contrato], ii) una segunda etapa, en la que Thomson Spectrum de Argentina S.A. debe concluir con el diseño, estructura y los programas que permitan a la CNC efectuar la carga de información [dentro de los 80 días siguientes a la entrada en vigencia del contrato, cfr. art. 3.2.5] y (iii) una tercera etapa, en la que la CNC debe concluir con la carga de datos de la información especificada en el numeral 3.2.2. del Contrato [la disponible a la firma del contrato y los datos que se obtuvieran del relevamiento inicial al que alude el art. 3.8].”

*[...] tal como sucede, con las principales obligaciones pactadas **existen actividades conjuntas de las partes ‘encadenadas’ en un proceso indivisible, en el cual las acciones u omisiones de uno repercuten en las acciones u omisiones del otro’.***

Que en esa inteligencia el Contrato prevé en los artículos 21 y 27 mecanismos propios que tienden a posibilitar una adecuada integración de las obligaciones y funciones, y principalmente asegurar la continuidad del Contrato.

Que en consecuencia se ha estimado conveniente efectuar una reprogramación general que permita adelantar aquellos compromisos que resulten de mayor relevancia para las actividades control y gestión diarias que realiza la CNC.

Que las dificultades técnicas y operativas encontradas

pueden ser superadas mediante un nuevo cronograma que otorgue la posibilidad de satisfacer todos los requerimientos técnicos de los usuarios del sistema, en el marco de las previsiones pactadas destinadas a garantizar la continuidad contractual.

Que del juego armónico de los artículos 21 y 27, corresponde aprobar la propuesta efectuada por Thompson Spectrum de Argentina S.A., en el marco de la dinámica propia del contrato administrativo, considerando que a partir de la misma el Concesionario se obliga a cumplir con obligaciones contractuales de mayor relevancia para las funciones de control, como así también adaptar los actuales requerimientos técnicos y operativos en ejecución.” (los destacados en negrita no obran en el original).

En el memorando de la COMSEGUI que le sirve de antecedente, al analizar el planteo del concesionario, se señaló que “en tanto se acepte acotar y superar ciertos pasos intermedios de acuerdo a lo propuesto por TSA S.A. en su nota de fecha 15.09.97. sería conveniente analizar una reprogramación general que permita adelantar aquellos compromisos que resulten de mayor relevancia para las actividades de control y gestión diarias que realiza la CNC.

Al respecto debe considerarse que efectivamente, al momento de suscribirse el contrato con el concesionario, la CNC, a través de ALTEC, efectuaba un proceso de carga de datos de sus archivos, sistema que ha sido evaluado por el Concesionario y que: ‘corresponde a la colección de los datos necesarios para el sistema AFMS’ (punto II de su nota de presentación de fs. 1.). Si bien ello no se confunde con la obligación pactada, resulta adecuado optimizar los recursos disponibles, más aún si se considera que de acuerdo con lo dispuesto por el punto 3.2.6. la CNC tiene por contrato 210 días para la carga de los datos, tarea que ALTEC viene realizando desde hace más de un año

y que a la fecha no ha concluido.

Es decir que si existe la posibilidad técnica de que la carga de datos conforme los términos del numeral 3.2.6. se desarrolle mediante el sistema existente en la CNC –en virtud del contrato suscrito con ALTEC S.E.-, volcándose luego esos datos a la base definitiva AFMS, en un solo paso, es una alternativa que respeta la finalidad y funciones básicas del sistema a implementarse y que permitiría acelerar otros compromisos previstos. En este sentido, cabe tener en cuenta que los plazos han sido establecidos en función de una obligación de resultados y no de medios.

No obstante lo antes expuesto, merece señalarse adicionalmente que los retrasos e incumplimientos que hasta el momento pudieran haberse verificado debido a las dificultades técnicas y operativas encontradas –que se proyectan y traslada[n] al resto de las obligaciones- podrían ser superadas mediante un nuevo cronograma que responda a las reales posibilidades y funciones del personal de la CNC como así también permitir que el proceso que se implemente otorgue la posibilidad de todos los requerimientos técnicos de los usuarios del sistema.

Al respecto se advierte que ciertos plazos y obligaciones contractuales han estado alejadas de las reales posibilidades de concreción ya sea en más o en menos. Este contexto habilita hacer uso de las atribuciones orientadas a garantizar la continuidad contractual.”

En síntesis, de los antecedentes antes reseñados surge que el contexto fáctico global al tiempo del dictado de la Res. CNC nro. 83/99 estaba conformado por las siguientes circunstancias relevantes: 1) la CNC no había suministrado en tiempo oportuno (dentro de los 80 días de vigencia del contrato) las especificaciones técnico funcionales necesarias

a TSA (art. 3.2.3), para que ésta pudiera cumplir en dicho plazo con el diseño, estructura y los programas que permitieran a la CNC efectuar la carga en la base de datos –del Sistema Nacional de Comprobación Técnica de Emisiones (art. 3.2.5); 2) ALTEC S.E. –contratada por la CNC- no cumplía debidamente sus compromisos contractuales relacionados con la obligación asumida por la CNC frente a TSA S.A. relativa a la carga de datos, a consecuencia de lo cual, luce razonable la advertencia de la COMSEGUI relativa a que la CNC no podría cumplir la obligación a su cargo en el término de 210 días (art. 3.2.6); 3) la CNC carecía de personal suficiente para cumplir con sus obligaciones contractuales en término. Esta circunstancia es reconocida por la AGN, en el precitado informe de auditoría, en relación a la cual, ante el requerimiento concreto de la entonces jueza a cargo de la instrucción, informó que no se había auditado si la CNC había tenido la posibilidad de contar con mayor cantidad por resultar ajeno al objeto de la labor ejecutada –cfr. fs. 1236-. También lo es por la S.I.G.E.N., en el aludido Informe Analítico, donde, además y a modo de ejemplo de la situación imperante, puntualizó que *“la CNC entregó copias de los datos a TSA y esta los devolvió en un informe con los errores encontrados, de aproximadamente 6.000 páginas, donde se detallaban cerca de 615.000 registros a verificar y/o corregir a fin de que puedan ser ingresados en el AFMS. También surge que TSA subcontrató una empresa para ayudar a la CNC en las tareas de limpieza de datos”* –cfr. fs. 100- y, más adelante, que a la fecha de emisión del informe -12/10/01-, la CNC *“no [había] logr[ado] solucionar los problemas de consistencia e integridad de los datos que dispone para el cumplimiento de sus objetivos relativos al espectro radioeléctrico”* –cfr. fs. 113-); 4) TSA había presentado una propuesta de reprogramación de plazos, conforme la cual tomaba a su cargo el costo de la alternativa planteada para la transferencia de datos al

sistema AFMS.

Los hechos antes individualizados no resultan desvirtuados por los informes tenidos en cuenta para el dictado del auto de procesamiento, inclusive, en algunos casos, con el alcance indicado, son expresamente admitidos por los organismos de control.

En tales circunstancias, se advierte que los restantes elementos de convicción recabados en autos carecen de aptitud para privar de razonabilidad a la conclusión alcanzada por los peritos en informática, en cuanto a que la no entrega de lo comprometido por parte de TSA, en el término de 80 días contractualmente convenido, configuró un incumplimiento imputable al concesionario. Y que, consecuentemente, la firma no resultaba pasible de penalidades ni quedaba vedada la posibilidad de arribar a una solución consensuada entre las partes, en el caso, la reprogramación aprobada por Res. CNC nro. 83/99. Resolución que, por tanto, contrariamente a lo afirmado por la A.G.N., contó con sustento tanto fáctico como normativo.

Por otra parte, el examen del informe producido por los expertos en comunicaciones revela que los hechos en él afirmados y las conclusiones a las que se arriba (cfr. fs. 395/423 vta.), debidamente contextualizados, son concordantes con los sustentados por los peritos informáticos en el informe *supra* estudiado, en cuanto al segmento temporal de la ejecución del contrato del que se ocupan.

En efecto, los expertos en telecomunicaciones, en respuesta al punto de pericia n° 2, por el cual se solicitó la determinación de “*si la empresa contratista, cumple efectivamente con el servicio contratado por la Comisión Nacional de Comunicaciones*”, y particularmente, en cuanto aquí concierne, sobre la provisión e instalación del sistema informático (punto 4.2.8.), señalaron que: “*De acuerdo a la*

documentación analizada se verificó que el Concesionario realizó las inversiones necesarias para la adquisición de la licencia del software ofertado (AFMS) y lo entregó al organismo dentro del plazo previsto en la resolución CNC N° 83/99, esto es el 29 de septiembre de 1999 para su prueba y aceptación (Anexo XXXII).

En los meses de mayo, octubre y noviembre de 2000, se realizaron tareas conjuntas tendientes a la verificación del sistema presentado (ver actas Anexo XXXIII).

En el mes de agosto de 2001 la CNC, expresó a TSA que, por haber cambiado las necesidades estatales en lo concerniente al control del espectro radioeléctrico, el Sistema Informático convenido contractualmente no resultaba ya de utilidad, y que por tal motivo, se devolvía el software entregado y se solicitaba a TSA la presentación de una nueva propuesta de software que se adecue a aquellas nuevas necesidades (Anexo XXXIV).

Con fecha 23 de noviembre de 2001, el organismo remitió a TSA formalmente los nuevos requerimientos que soportaban la propuesta (Anexo XXXV).

El 13 de diciembre de 2001, el Concesionario presentó una propuesta de sistema informático (Anexo XXXVI).

Posteriormente, con fecha 9 de diciembre de 2002, la CNC sin haberse expedido sobre la propuesta presentada, emitió la Resolución N° 1337/02, mediante la que requirió la presentación de una nueva propuesta para la provisión de un Sistema Informático. El requerimiento referido se cursó bajo apercibimiento de caducidad de la Concesión (Anexo XXXVII).

El 7 de enero de 2003 TSA acompañó un Calendario de Acción correspondiente a la nueva propuesta para un Sistema Informático, y el día 10 de marzo del corriente año 2003 entregó, para

su aprobación, el proyecto ejecutivo correspondiente al Calendario de Acción presentado (Anexo XXXVIII).

La propuesta formulada dio origen a observaciones por parte de la CNC, que fueron contestadas por el Concesionario en 15 de abril de 2003, hallándose actualmente pendiente de decisión del Organismo la aceptación del Sistema Informático correspondiente a la citada propuesta.

Cabe concluir que se ha comprobado que el Concesionario adquirió y proveyó un Sistema Informático que no fue aceptado por la CNC y por ende nunca fue instalado y que el Organismo solicitó la presentación de una nueva propuesta de Sistema Informático que fue presentada por TSA y que actualmente se encuentra bajo análisis. En estos términos debe concluirse que no se ha cumplido el Servicio en lo relativo a la puesta en funcionamiento de un Sistema Informático (vid. fs. 407/409, los subrayados no obran en el original).

Como complemento de lo expuesto juntamente con el perito oficial, Juan Carlos Isola, el perito de parte Meliton Martínez, con el expreso propósito de brindar un exacto reflejo del modo y grado de cumplimiento de la obligación, a fs. 418 vta./421 vta., en lo sustancial, acotó que “la CNC en el año 1998 entregó al Concesionario requerimientos para la adaptación de la solución informática comprometida. En consecuencia, [a] través de la Resolución CNC N° 83/99 (Anexo X), la CNC aprobó los plazos contractuales correspondientes a la provisión de la solución informática con las adaptaciones requeridas, estableciendo como fecha final de entrega para el comienzo de la verificación de dicha solución el día 30 de septiembre de 1999.”

Explicó que, de las tres versiones que componen el sistema

informático (AFMS), la 5.2 *"fue puesta a disposición de la CNC con fecha 20 de abril de 1999 (Anexo LIV), y fue aprobada por el Organismo el 1° de junio de 1999 (Anexo LIV).*

La versión 5.3. del AFMS, instalada por Thales Spectrum de Argentina S.A. en el mes de julio del año 1999 (Anexo LIV), fue aprobada por la CNC con fecha 2 de septiembre de 1999 (anexo LIV).

En cuanto a la versión 5.4 del AFMS (que incluye las dos versiones anteriores), debe señalarse que fue puesta a disposición de la CNC el día 29 de septiembre de 1999 (Anexo LIV)."

"Con fechas 23 de noviembre y 21 de diciembre de 1999 se implementaron en el Organismo en paralelo (esto es, se pusieron a funcionar) las versiones 5.2 y 5.3 del AFMS, respectivamente (Anexo LIV)."

"Encontrándose pendiente de verificación la versión 5.4. del AFMS por voluntad del Ente, en concordancia con el cambio de autoridades nacionales (año 1999) se produjo en el mismo un cambio de conducción. A partir de ese momento, se paralizaron todas las actividades que se estaban realizando tendientes a la verificación del sistema informático entregado."

"Recién los días 15, 16 y 18 de mayo de 2000, se permitió a TSA efectuar la debida presentación de la versión 5.4. para su posterior verificación (Anexo XXXIII).

Con fecha 20 de julio de 2000, TSA remitió una nota al Organismo, a través de la que contestó las observaciones formuladas a la versión 5.4. del AFMS en las que contestó las observaciones formuladas a la versión 5.4 del AFMS en las actas labradas los días 15, 16 y 18 de mayo de 2000. En dicha nota, que es del caso señalar que nunca fue contestada, se hace mérito sobre la circunstancia que ninguna de las observaciones formuladas representaba inconvenientes técnicos

de magnitud (Anexo LIV).”

“Con posterioridad, la CNC convocó a TSA a comparar los resultados de la presentación del mes de mayo, con los requerimientos oportunamente aprobados por el Organismo (Anexo LIV).

“Ante aquella convocatoria, mediante nota TSA hizo saber a la CNC que la verificación de la versión 5.4 debía hacerse sobre el Software y a través del análisis comparativo del AFMS completo con las Especificaciones Funcionales aprobadas por el Organismo (esto es las especificaciones que la misma CNC entregó al Concesionario para el desarrollo del sistema). Asimismo, en la nota se dejó expresamente establecido que el procedimiento cuya prosecución reclamaba el Concesionario no era otro que el que surgía de las actas labradas por el Ente y el Concesionario con fecha 15 y 16 de mayo de 2000, y que, el apartamiento del mismo importaba un desconocimiento de los antecedentes generados por el propio Organismo respecto de la definición de los alcances de la verificación del sistema informático (Anexo LIV).

Finalmente, ya casi sobre el final del año, desde el día 12 de octubre al 16 de noviembre de 2000, en forma conjunta la CNC y TSA llevaron adelante tareas de verificación de la versión 5.4 el AFMS, sobre la base de las que se labraron actas (Anexo XXXIII). A los efectos de contar con personal con la más alta calificación en la materia TSA convocó técnicos de la compañía canadiense proveedora del software Agra Spectrocan y de Thales Communication (Francia). La CNC pretendió confrontar en esta oportunidad las Especificaciones Funcionales aprobadas con las necesidades de los usuarios. Esto es, se apartó del procedimiento de verificación adecuado y convenido (confronte del análisis del AFMS con las Especificaciones Funcionales

emanadas del Organismo). Este proceder dejó manifiesto la total falta de voluntad del Organismo de avanzar en la verificación del software y signó su fracaso.

A esta altura de los acontecimientos, había sido dictado el Decreto N° 764/2000 del Poder Ejecutivo Nacional, en virtud del cual, las necesidades del Estado Nacional para la gestión del espectro habían variado de modo tal que lo comprometido con TSA ya no resultaba de utilidad al Organismo. En consecuencia, se dio conocimiento de dicha circunstancia a TSA, la que comenzó a colaborar recorriendo las principales administraciones del mundo en busca de una solución adecuada a las nuevas necesidades de la CNC.

En consonancia con lo expresado, el Organismo unilateralmente paralizó la actividad tendiente a la verificación del sistema entregado, y casi un año después, en el mes de agosto de 2001, la Comisión Nacional de Comunicaciones, expresó formalmente a TSA que, por haber cambiado las necesidades estatales en lo concerniente al control del espectro radioeléctrico, el sistema AFMS convenido contractualmente no resultaba de utilidad. Por tal motivo, solicitó a TSA la presentación de una nueva propuesta de solución informática que se adecue a aquellas nuevas necesidades (Anexo XXXIV)."

"[L]a CNC devolvió a TSA el AFMS y le solicitó que proponga nuevas soluciones informáticas [...] la nota de que se trata fue emitida por la CNC ocho meses después de suspendido el proceso de verificación del AFMS.

Ante la situación planteada, TSA comenzó un doble curso de acción. Por un lado interpuso recurso de reconsideración en lo referente a la devolución del AFMS (Anexo LV), y por otro, continuó con los trabajos de la propuesta."

"Con fecha 23 de noviembre de 2001, el organismo remitió a

TSA formalmente los nuevos requerimientos que soportaban la propuesta informalmente acordada, los que son absolutamente distintos a los entregados en primera instancia, esto es los que fueron la base del AFMS (Anexo XXXV).

Un mes después, con fecha 13 de diciembre de 2001, previo requerimiento del aval técnico de todos los sectores de la CNC, TSA presentó una nueva propuesta para satisfacer las nuevas necesidades administrativas en un corto plazo (Anexo XXXVI).

A esta altura de los acontecimientos, y luego de 4 meses de inacción, el Directorio de la CNA, cuatro días antes de que fuera aceptada su renuncia, emitió la Nota CNC 353/02 (Anexo LVI) mediante la cual imputó globalmente y sin nuevos fundamentos que lo ameritaran, el incumplimiento de las obligaciones de TSA en lo referente al Sistema Informático comprometido, bajo apercibimiento de imponer una sanción de apercibimiento o multa. Obviamente, nunca contestó la propuesta formalmente efectuada por TSA el 13 de diciembre de 2001.”

“[P]ara verificar la versión presentada, la CNC utilizó un procedimiento que no sólo resultó diferente al comprometido, sino también insusceptible de generar la verificación que el sistema requería.

En efecto, el Organismo comparó el contenido de las actas labradas los días 15, 16 y 18 de mayo de 2000, oportunidad en que TSA hizo la presentación del sistema evaluado, con, por un lado, los requerimientos aprobados para los módulos comprendidos en la versión presentada, y por el otro con las ya citadas especificaciones técnicas.

De dicha confrontación el Organismo concluyó en la imputación de incumplimiento que ahora se trata. Tal como se expresó en el descargo presentado, la falta de seriedad que implica la pretensión del Organismo de haber podido verificar la versión presentada en dos

días (cuestión que implica una imposibilidad técnicamente irrefutable), exime de mayores comentarios. A modo de ejemplo, es del caso estacar que el Organismo tardó seis meses para la verificación de las versiones anteriores 5.2 y 5.3. Asimismo, debe señalarse como agravante que TSA se tomó de todas formas el trabajo de examinar y contestar todas y cada una de las protestas contenidas en las referidas actas de los días 15, 16 y 18 de mayo de 2000, a lo largo de veintiséis folios, y que ninguna de las respuestas dadas fue motivo de análisis por parte de la CNC. Ello equivale a decir que el Organismo omitió tomar en cuenta las defensas allí esgrimidas, y procedió a formular su nuevo cargo con total prescindencia de las consideraciones vertidas en aquella nota, de casi dos años atrás.

Luego de imputado el incumplimiento y con anterioridad a la presentación del descargo referido en el punto precedente, en concordancia con el nuevo cambio de autoridades nacionales (fines del año 2001), la CNC fue intervenida (renuncia el Directorio y se nombran en su lugar a un Interventor y Subinterventor). Pendiente de resolución el descargo, TSA continúa en conjunto con el Organismo, trabajando en la nueva propuesta presentada. La analizada y consensuada con los nuevos funcionarios técnicos.

En este orden de ideas, el estado de situación con que se encontró la nueva conducción del Organismo era: a) un sistema informático (AFMS) oportunamente entregado al Organismo y, cuyo proceso de verificación quedó trunco en noviembre de 2000 sin tener ninguna resolución ni haberse cursado ningún tipo de cuestionamiento a TSA; y b) la presentación formal de una nueva propuesta sustentada en los nuevos requerimientos entregados formalmente por el Organismo, y que plasma el trabajo realizado en conjunto con esa institución en el año 2001.

En el marco reseñado, la intervención del Organismo, como primera actividad formal, con fecha 9 de diciembre de 2002 emitió la Resolución N° 1337/02 (Anexo XXXVII), mediante la cual dispuso: a) intimar a TSA para que en cuatro meses haga las correcciones necesarias para posibilitar el funcionamiento del AFMS (art. 2°), o proponga un calendario de acción dentro de 30 días hábiles (art. 3°), b) proceder al cierre de las actuaciones administrativas por las que tramitaran los nuevos requerimientos cursados por el Organismo y la propuesta presentada por TSA. La intimación cursada en los artículos 2° y 3°, prevé para el caso de ser incumplida la sanción de caducidad de la concesión.”

“El 7 de enero de 2003 TSA acompañó el Calendario de Acción correspondiente a la nueva propuesta para un Sistema Informático, y el día 10 de marzo del corriente año 2003 entregó, para su aprobación, el proyecto ejecutivo correspondiente al Calendario de Acción presentado (Anexo XXXVIII).

La propuesta formulada dio origen a observaciones por parte de la CNC que fueron oportunamente contestadas por el Concesionario, hallándose actualmente pendiente de decisión del Organismo la aceptación del Sistema Informático correspondiente a la citada propuesta”.

Posteriormente, tal como surge de las presentes actuaciones, mediante Res. CNC 242/04 (26/01/04), el interventor del organismo resolvió rechazar las propuestas efectuadas por TSA con fecha 07/01/03, 10/03/03 y 16/04/03, “en el marco de lo dispuesto por el art. 3° de la Res. CNC N° 1337 del 06/12/02 atento que las mismas resultan contrarias a los intereses del Estado” (art. 1) y “declarar la caducidad” del contrato, “conforme el procedimiento establecido en el art. 23” (art.

3).

En síntesis, el perito oficial y el perito de parte coincidieron en que, en el marco de la ejecución del contrato *TSA adquirió y entregó a la CNC el "software ofertado (AFMS)"*, dentro de los plazos convenidos según Res. CNC nro. 83/99. También en cuanto a que la CNC *no aceptó y devolvió* dicho sistema informático, en 2001, *con motivo de que el Sistema Informático convenido contractualmente no resultaba ya de utilidad por haber cambiado las necesidades estatales en lo concerniente al control del espectro radioeléctrico* (cfr. Dec. PEN nro. 764/00). Paralelamente, la CNC *solicitó* a TSA la presentación de una *nueva propuesta de software que se adecue a aquellas nuevas necesidades*. TSA *presentó una nueva propuesta*, que no fue siquiera considerada por la CNC. Posteriormente, intimó a remediar las faltas, a su entender corroboradas, respecto de su obligación relativa al sistema informático AFMS, *bajo apercibimiento de caducidad* (Res. CNC nro. 1337/02 del 06/12/02). En ese marco, afirmaron que TSA no cumplió con la puesta en funcionamiento de *un sistema informático* (en alusión al que debía satisfacer las nuevas necesidades del sector), *mas no del sistema informático convenido contractualmente* (art. 1.1. del contrato, con sus respectivas especificaciones técnicas).

En consecuencia, resulta, al menos distorsivo de tal análisis, pretender afirmar, por derivación, que TSA incurrió en un incumplimiento en tiempo y forma de la obligación asumida contractualmente. La extensa reseña se justifica en la medida en que evidencia, de modo contundente, que la circunstancia determinante de la devolución del sistema informático provisto por el concesionario, de acuerdo con lo establecido por Res. CNC nro. 83/99, no fue su falta de adecuación a las especificaciones técnicas oportunamente suministradas por la CNC y tenidas en cuenta por TSA para su diseño previo a su

entrega sino, antes bien, el cambio de las necesidades del sector objeto de regulación.

Inclusive, en relación a la precitada Res. CNC nro. 1337/02 merece ser puesto de resalto, que el Subinterventor del organismo, en el mensaje de correo electrónico remitido al Interventor con el proyecto adjunto de la norma, puntualmente expresó que: *“resulta una obligación de ambas partes dar pleno cumplimiento al principio de buena fe establecido en el Código Civil; en el sentido que ambas partes deben poner todo de sí para lograr el cumplimiento de los objetivos contractuales.*

En ese sentido, aparentemente, resulta evidente que durante el plazo transcurrido, ambas partes podrían haber realizado mejores esfuerzos para lograr tener operativo un sistema informático en el plazo transcurrido arriba señalado [más de 3 años y 2 meses]; pero han elegido enfrentarse con argumentos e interpretaciones jurídicas que culminaron con la imputación de la CNC y su posterior descargo que, ahora, deviene en la resolución proyectada”. Y puntualizó que el acto que se propugna firmar no reviste “excepcional trascendencia jurídica” sino que “meramente encauza el procedimiento contractual, requiriendo que se subsane el sistema AFMS o se entregue un calendario para desarrollar e instalar un nuevo sistema ... se abre la vía de cumplimiento del contrato” (cfr. fs. 1514/1515 del Expte. CNC nro. 910/00, reservado en Secretaría).

Por último, es pertinente destacar que los *faxes* obrantes a fs. 3192/3211, a los que alude el instructor para desvirtuar las conclusiones de los peritajes técnicos en orden al cumplimiento por parte de TSA de las obligaciones contractuales asumidas, amén de no desvirtuarlas, coadyuvan a descartar la hipótesis imputativa sustentada, según la cual la

concesionaria habría incurrido en un "incumplimiento deliberado" de sus obligaciones, facilitado por la "flexibilidad de las cláusulas contractuales" pergeñado desde la misma de elaboración del pliego de condiciones definitivo que sirviera de base al contrato suscripto, con motivo de la adjudicación. En efecto, de los faxes correspondientes a enero y febrero de 2000, surge palmaria la preocupación del concesionario por contar con una versión del subsistema 5.4 acorde a las necesidades de la CNC con antelación a su inminente presentación ante el organismo, canalizada a través de una insistente demanda a la subcontratista canadiense (Spectrocam) para que cumpla su parte en tiempo oportuno a fin de poder hacer lo propio TSA ante la CNC. En la medida que a esa fecha, la versión en cuestión ya había sido entregada y formalmente recibida por la CNC, corresponde interpretar que lo reclamado, en el marco de una relación interna, a Spectrocam eran ajustes técnicos relacionados con dos de los módulos componentes a los que se hace referencia. Por su parte, los faxes correspondientes al mes de diciembre de 2000 reflejan la sostenida voluntad de TSA de suministrar soluciones informáticas alternativas a la CNC, adecuadas a las "nuevas necesidades" planteadas en función de la modificación del marco regulatorio del sector (cfr. Dec. PEN nro. 764/00 del 03/09/00).

Como corolario de las consideraciones hasta aquí formuladas, corresponde concluir que no existen en autos elementos de prueba suficientes que permitan sostener, fundadamente, siquiera con la provisionalidad propia de la instancia, que TSA incumplió con las obligaciones contractualmente asumidas relativas a la provisión y puesta en funcionamiento del sistema informático ofertado, tanto antes como después del dictado de la Res. CNC 83/99. La tesis opuesta sólo encuentra sustento en un análisis que descarta arbitrariamente la fuerza convictiva de informes técnicos cuyas conclusiones aparecen

debidamente sustentadas, centralmente, en función de su falta de correspondencia con conclusiones plasmadas en informes técnicos que toman como punto de partida hechos incompletos, que, en lo fundamental, omiten la integración, por un lado, de los incumplimientos por parte de la CNC de las obligaciones contractuales a su cargo con negativo impacto en la satisfacción en tiempo oportuno de los compromisos asumidos por TSA y, por otro, del cambio de las necesidades del sector durante el curso de ejecución del contrato y la consecuente reformulación de los requerimientos técnicos para el diseño de una herramienta informática idónea.

V. Conforme lo *supra* anticipado, a tenor del alcance de la hipótesis imputativa sustentada en las instancias jurisdiccionales anteriores, el déficit aquí detectado en torno a la acreditación suficiente del incumplimiento imputable a TSA de su obligación inherente a la entrega y puesta en funcionamiento del sistema informático ofertado, correlativamente, se extiende al perjuicio al patrimonio público estatal – requisito típico exigido por la figura endilgada-, que se afirma habría sido determinado por aquél.

En relación al informe pericial contable producido en autos (14/09/04, reservado en Secretaría), el juez instructor descartó la fuerza convictiva de las conclusiones a las que arriba la perito oficial, bajo la alegación de que, en la mayor parte de las respuestas, “ *fueron controvertidas por los peritos de la querella*”.

En esa inteligencia, sostuvo: “*A modo de ejemplo, puede destacarse la respuesta dada a la pregunta Nro. a), en la cual se requería se determine si el porcentaje sobre la facturación total cobrada que la contratista ofreciera como contraprestación en la licitación, se encuentra debidamente fundada y con respaldo en cuanto a costos*

totales de instalación, funcionamiento, etc.

En este entender, el perito oficial concluyó que las proyecciones acompañadas suministradas por la empresa estiman tasas de retorno que, a la luz de la situación económica nacional a la fecha de su confección y los propios riesgos del proyecto, aparecen como lógico soporte de la decisión de ofertar el porcentaje de contraprestación definido en el contrato.

Contrariamente a ello, los peritos de parte por la querrela manifestaron que dentro de los antecedentes que hacen a la firma del contrato entre TSA y el Estado Nacional no se observan constancias que den cuenta que TSA haya presentado algún tipo de proyecto de inversión (ecuación económica financiera) que permita determinar si el porcentaje sobre la facturación cobrada total se encontraba fundamentado y suficientemente respaldado.

Puede destacarse también la respuesta dada a la pregunta nro. c), en la cual se solicitó se practique una valuación estimada del servicio que presta la firma TSA con motivo del contrato de concesión. Así, el perito oficial concluyó que se determina una valuación estimada anual del servicio de aproximadamente 45 millones de pesos. En cambio, los peritos de parte por la querrela estimaron un costo anual de 34.219.000 de pesos. Tal como lo destacara la Alzada en su resolución, éste último monto se acerca a aquél destacado en la pericia técnica de fs. 395/423 en respuesta al punto Nro. 3, que dedujo un valor de \$ 36.717.745,92.

Merece recalcar lo concluido en el punto Nro. 8 en cuanto se solicita se determine si se ha generado un desequilibrio económico para el Estado con relación al contrato suscripto con TSA, respondiendo el perito oficial en forma negativa, cuando los peritos por la querrela concluyen lo contrario, transcribiendo a su vez los informes de la SIGEN

y AGN y aquellos elaborados en el expediente CNC 910/00 en cuanto aluden expresamente a esa desproporción financiera.”

Siguiendo los parámetros rectores *supra* esbozados, en orden a la determinación de la fuerza convictiva de los informes periciales, anticipamos que las conclusiones de los peritos de la parte querellante no encuentran suficiente respaldo para desvirtuar aquéllas a las que arribó la perito oficial.

Respecto de la respuesta al punto de pericia a), corresponde señalar que la conclusión de la perito oficial tomó como punto de partida las *“proyecciones acompañadas, suministradas por la empresa y formuladas en tres diferentes marcos económicos como soporte de los porcentajes ofrecidos por el Concesionario”*, con la expresa mención de que dicha documentación *“formalmente no consta en el expediente [de la presentación de la oferta] por no ser necesaria su inclusión”*. Sobre esa base documental, se concluyó que tales proyecciones *“estiman Tasas Internas de Retorno que, a la luz de la situación económica nacional a la fecha de su confección (con perspectivas devaluatorias [T.I.R. 25], inflacionarias [T.I.R. 23.1] y cambiarias inciertas [T.I.R. 18.9]) y los propios riesgos del proyecto (tales como el que asumen todos los procesos de alta tecnología en moneda extranjera y a largo plazo o los propios de contratar con el Estado Nacional), aparecen como lógico soporte de la decisión de ofertar el porcentaje de contraprestación definido en el contrato, pues presentaban tasas de interés de mercado a la fecha de licitación para proyectos del tipo que nos ocupa analizar”*. Los peritos intervinientes por la parte querellante se limitaron a señalar que *“dentro de los antecedentes que hacen a la firma del Contrato de Concesión ... no se observan constancias que den cuenta que Thales Spectrum de Argentina S.A. haya presentado algún tipo de Proyecto de*

Inversión (Ecuación Económica Financiera)" que permitiera determinar el extremo por el que fueran requeridos, sin siquiera esbozar argumento alguno a fin de quitar virtualidad tanto a la documentación utilizada por la perito oficial como a las variables tomadas en consideración en su análisis.

Por otra parte, en relación a la respuesta al punto pericial b), por el que se solicitó información sobre el monto total cobrado por el Estado Nacional en concepto de derechos radioeléctricos, año a año, desde 1994 hasta la actualidad, detallando a tal fin los conceptos de ingresos percibidos en los diferentes períodos, merece ser destacado que a la evidente evolución de la recaudación que por concepto y período se reflejó en el cuadro –suscripto por la totalidad de los peritos-, la perito oficial y el perito de parte Della Rocca, haciendo una lectura de dicha información, agregaron, entre otras cuestiones que, *"a partir de la concesión del servicio, la recaudación se vio incrementada en más de 53 millones de pesos (87%)"* y que *"[l]a tarea de detección de usuarios no inscriptos debidamente pero que hacían uso del espectro (sistema de control integral), el trabajo de facturación, recaudación y persecución de mora más ordenado y eficiente que permitió una mejora sustancial en el contacto con el usuario, la recepción de la factura, la facilidad para el pago del canon y finalmente, la 'persecución' de aquellos que no mantenían al día sus cuentas, generó que la recaudación de estos servicios se viera incrementada un 69 %, representado a fines de 2003 un 44% del total recaudados por derechos radioeléctricos"*.

Tampoco se explica ni se advierte porqué, sin análisis alguno sobre los criterios tomados como punto de partida del cálculo, la circunstancia de que de la cifra determinada en la respuesta al punto pericial c) por los peritos de la querrela resulte más cercana a la establecida por los expertos en comunicaciones, adquiere relevancia para

desechar tanto esa como las demás conclusiones de la perito oficial. Máxime, cuando sobre el extremo en cuestión, los peritos en comunicaciones, expresamente puntualizaron que habían llevado a cabo *“una valuación estimativa del servicio ... una evaluación técnica del servicio”* prestado por TSA, *“de acuerdo a la especialidad de los peritos designados”* y destacaron que *“una valuación completa requeriría además de otras consideraciones que hacen a la debida valoración de las actividades y servicios encomendados al Concesionario, como las relativas a los efectos de la obsolescencia tecnológica, los riesgos propios de trabajar con el Estado Nacional, el impacto de innovaciones tecnológicas, riesgos cambiarios y financieros en general, entre otras, que no surgen explícitamente de la documentación financiera citada.”* (cfr. fs. 411 y 412).

Finalmente, en orden a la verificación del supuesto desequilibrio económico, en perjuicio del Estado Nacional (punto pericial nro. 8), la perito oficial y el perito de la defensa, señalaron que *“atento el objetivo [planteado] y siguiendo los informes de los organismos de control (SIGEN y A.G.N.), que propusieron oportunamente ‘evaluar ... la generación de las acciones que correspondan con miras a resarcir al erario público en virtud del presunto enriquecimiento sin causa de la contratista’ (SIGEN) y ‘aplicar en todos los casos observados el régimen sancionatorio previsto en el contrato ante los incumplimientos contractuales de TSA ..., en los términos de los artículos 19.6 y 19.8 del contrato’ (AGN), la CNC caducó el contrato con fecha 26 de enero del corriente, procedió a la reversión de bienes aplicados al servicio propiamente dicho y ejecutó la garantía de cumplimiento presentada por el concesionario mediante la resolución 242/04, ratificada por resolución 1231/04. A la fecha, el*

concesionario ha entregado la posesión de los bienes sujetos a traslado y ha depositado en CNC los 7.000.000 correspondientes a la garantía que, tal como se explica en la introducción, representa la 'responsabilidad total del concesionario por los incumplimientos en que incurriere' ... 'para todas las tareas de este contrato y para las multas y/o la caducidad...'.

Por último, si se pretende valorar los incumplimientos del concesionario por encima de lo determinado a la fecha, es menester considerar que: i) la propia CNC ha reconocido como elemento fundamental de reclamo solamente la falta de entrega del software de administración, ii) en los términos de la pericia técnica del Ing. Fusario el software de administración ha sido entregado en tiempo y forma, iii) esa misma pericia concluye que los datos necesarios para la puesta en funcionamiento del sistema no fueron aportados por el organismo, pudiendo ser de aplicación el art. 3.2.9 del contrato y iv) en los términos de ambos organismos de control, la CNC no contaba con las estructuras técnicas adecuadas para el seguimiento del contrato e incurrió en constantes demoras en la aplicación del régimen sancionatorio (para resolver el rechazo del software de administración insumió más de 4 años)."

Sobre esa base, concluyeron que "se ha aplicado sobre la totalidad de los incumplimientos imputados el procedimiento sancionatorio previsto en el contrato de concesión, que ha derivado en la caducidad del contrato y cese del servicio del concesionario, la reversión del bienes a favor del Estado y el cobro de la garantía de cumplimiento oportunamente ofrecida por TSA.

Además las pericias técnicas han determinado la inexistencia del incumplimiento fundamental expuesto por la CNC, consistente en la falta de entrega del software de administración.

Finalmente y en función de todo lo expuesto no se han detectado elementos que permitan inferir un desequilibrio económico para el Estado Nacional.”

Para arribar a una conclusión de sentido opuesto, los peritos de la parte querellante, se limitaron a hacer propias –transcripción mediante- las consideraciones y conclusiones formuladas en los *supra* citados y analizados informes de los organismos de control (A.G.N. y S.I.G.E.N.) y de la propia C.N.C. en el marco del Expte. CNC 910/00 (Informe Ejecutivo, Informe Análítico y Addenda – obrantes a fs. 2890/2917 del expte. Administrativo), sin esbozar argumento alguno tendente a refutar el análisis de la perito oficial. De lo que se advierte que, su punto de partida sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de TSA –aquí rechazado- determinó, la correlativa conclusión sobre la verificación del desequilibrio económico.

Sobre los informes producidos en el ámbito de la CNC, con el específico objeto de cuantificar el desequilibrio económico existente entre las prestaciones comprometidas por la empresa TSA, referidas a las obligaciones relativas al Sistema Informático Integrado que el concesionario debía proveer y la contraprestación percibida por dicha empresa en el curso de la vigencia del contrato que nos ocupa, corresponde destacar que, a esos efectos, se partió de la “asunción” del incumplimiento, sin análisis alguno, al sostener genéricamente que *“acorde a los antecedentes obrantes en el organismo, se hace evidente un desequilibrio entre las prestaciones cumplidas por ambas partes. En efecto; si la contraprestación monetaria garantizada por la CNC se materializó acorde a lo convenido, no ocurrió lo mismo con las obligaciones comprometidas por el concesionario, particularmente las relativas al Sistema Informático.*

En concreto, y sin entrar en detalles sobre el cumplimiento exhaustivo del contrato de concesión, la CNC no posee hoy el Sistema Informático Integrado de gestión del espectro radioeléctrico, ni los servicios derivados de su implementación. Si exceptuamos el servicio de facturación, y las Acciones Preventivas de Emergencia desde la falta de realización de las Tareas Programadas, la CNC no obtuvo un plan general de contingencia que le permita suplir el procesamiento de la información de la manera que esperaba realizar mediante la provisión del sistema contratado” (cfr. fs. 2894 del Expte. CNC nro. 910/00 –el destacado no obra en el original).

En síntesis, de todo lo hasta aquí analizado se colige que las instancias jurisdiccionales anteriores restaron eficacia convictiva a las conclusiones de los informes periciales producidos en estas actuaciones, según las incumbencias propias de los profesionales intervinientes (informático, comunicaciones y contable –en este caso, a las de la perito oficial), a partir de una presunta superioridad de las plasmadas en los informes técnicos producidos por distintos organismos del Estado – presentado como querellante en estas actuaciones-. Sin embargo, como ya fuera puntualizado, aquellos informes toman como punto de partida hechos incompletos, que, en lo fundamental, omiten la integración, por un lado, de los incumplimientos por parte de la CNC de las obligaciones contractuales a su cargo con negativo impacto en la satisfacción en tiempo oportuno de los compromisos asumidos por TSA y, por otro, del cambio de las necesidades del sector durante el curso de ejecución del contrato y la consecuente reformulación de los requerimientos técnicos para el diseño de una herramienta informática idónea.

Consecuentemente, a partir del análisis integral e integrado de los elementos probatorios recabados en autos, corresponde concluir que resultan insuficientes para sostener, fundadamente, siquiera con la

provisionalidad propia de la instancia, que TSA resulta imputable por el incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas relativas a la provisión y puesta en funcionamiento del sistema informático ofertado, tanto antes como después del dictado de la Res. CNC 83/99. Y, correlativamente, para avalar que dicho incumplimiento habría producido un desequilibrio económico en perjuicio del Estado Nacional.

Por otra parte, no es posible obviar que la tesis de falta de perjuicio económico aquí sustentada guarda correspondencia con la actividad desplegada, en torno a la vigencia del contrato de concesión que nos ocupa, por las administraciones gubernamentales que sucedieron a la que integraron los aquí imputados. Pues, de haber sido tan evidentes y palmarios tanto el presunto incumplimiento de la concesionaria como el perjuicio a las arcas estatales que se pretende derivar de aquél, no se explica que las acciones de las diversas administraciones que se sucedieron en el período 2000-2004 hayan estado encaminadas a la preservación del contrato y a la adecuación de las prestaciones comprometidas por la concesionaria para dar satisfacción a las nuevas necesidades técnicas del sector, para recién, transcurridos más de cuatro años del dictado la cuestionada Res. C.N.C. nro. 83/99, haber resuelto declarar la caducidad del contrato.

VI. En el analizado estado procesal, corresponde definir cuál es la solución que corresponde adoptar en el presente caso. A tal fin, es preciso ponderar las siguientes circunstancias.

a) La fecha de ocurrencia de los hechos investigados se remonta a fines de la década de los '90 y el inicio de las presentes actuaciones a mediados de 2001. De modo tal que el tiempo transcurrido a la fecha desde el acaecimiento de los sucesos pesquisados ha superado los diez años, mientras que, desde el comienzo de su investigación dicho

término está próximo a cumplirse.

b) La presunta maniobra defraudatoria objeto de investigación en autos se refiere a la actuación de distintas áreas de la administración estatal y a particulares involucrados en las distintas etapas de un contrato de concesión de un servicio público (elaboración de los pliegos, adjudicación y ejecución), que se encuentra formalmente documentada. Por tal razón, su reconstrucción histórica demandó, sustancialmente, el cotejo y análisis de tales respaldos documentales – elementos que fueron reunidos en autos-, así como también, la producción de prueba pericial –que, en el caso, se produjo respecto de los tres aspectos relevantes (contable, informático y de comunicaciones).

c) Durante los cinco años que han transcurrido desde que el “a quo” resolviera revocar el primigenio sobreseimiento y ordenara la profundización de la investigación, no se produjo prueba alguna con aptitud suficiente para conmovir la eficacia convictiva de aquella, en función de la cual, conforme el análisis *supra* expuesto, se concluye en la falta de acreditación del achacado incumplimiento contractual imputable a TSA y de la correlativa alteración de la ecuación económica financiera en desmedro del Estado.

d) Según la propia querrela oficial, la relevancia típica de los hechos objeto de la hipótesis imputativa se encuentra intrínsecamente vinculada con la decisión “deliberada” de TSA de incumplir las obligaciones contraídas desde el mismo inicio del trámite licitatorio por el que resultó adjudicataria de la concesión. Hipótesis que, a su vez, es presentada como la “*contracara del pago del soborno a funcionarios que habría pagado la empresa*” para resultar beneficiaria de la adjudicación (cfr. Presentación de la O.A., fs. 1035vta./1036).

En consecuencia, el “sentido” delictivo asignado por las

instancias jurisdiccionales anteriores a las particulares circunstancias que caracterizaron la concesión en examen, desde su misma gestación y durante el término de su ejecución, hasta que a la postre se dispuso su caducidad, aparece signado por una “lectura” de los hechos, desde una perspectiva valorativa que “asume” la existencia del soborno en la génesis misma de concesión.

Sin embargo, la falta de acreditación –paradójicamente admitida-, siquiera con la certeza requerida en esta instancia, del soborno asumido como premisa de la hipótesis imputativa sostenida en el procesamiento impugnado, fulmina el sentido delictivo de los hechos constitutivos de su objeto.

e) Incluso, de haberse acreditado el soborno denunciado, tampoco habría permitido abonar la tesis de que los hechos objeto de análisis en esta ocasión encuentran adecuación típica en el delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de una administración pública. Pues, la hipotética prueba de la entrega de dinero para obtener la adjudicación de la concesión nada aportaría a la tesis del incumplimiento contractual ni del correlativo perjuicio al patrimonio público estatal, ya descartados por las pruebas colectadas en la profusa y extensa investigación realizada a impulso de los acusadores públicos.

f) Por lo hasta aquí expuesto, la investigación de los hechos calificados como presunta defraudación a la administración pública se encuentra agotada. Nótese que, inclusive, respecto de tal hipótesis imputativa, precisamente, el magistrado instructor estimó completa la instrucción y corrió traslado a los acusadores en los términos de lo previsto por el art. 346 del C.P.P.N. (03/06/10, fs. 4416 del expte. ppal.), y la parte querellante –representante de la Oficina Anticorrupción- ya formuló su requerimiento de elevación a juicio a fs. 4426/4461 (*ibídem*).

g) Los imputados se encuentran sometidos jurisdiccionalmente a proceso desde hace aproximadamente cinco años, en que fueron convocados a prestar declaración indagatoria (30/11/05 – Catalán, Uanini, Neuss, Cassagne, Zothner, Gabrielli, Colombi, Arancedo, Kammerath Gordillo-, 22/02/06 –Cima, Romero y Bourdieu), en una causa que lleva casi diez años de trámite y en relación a hechos cuya fecha de comisión supera dicho tiempo. Situación en la que cobra relevancia la garantía constitucional del “plazo razonable”, cuya finalidad tiende a proteger la seguridad jurídica de los ciudadanos, evitando que se prolongue *sine die* “la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal...” (C.S.J.N., “Mattei”, Fallos 272:188).

La convergencia de las apuntadas circunstancias impone dar una solución de carácter definitivo a los imputados alcanzados por la decisión en revisión.

En otras palabras, el sobreseimiento de los encausados, en los términos de lo previsto por el art. 336 –inc. 3°- del C.P.P.N. es el temperamento que, en las particulares circunstancias de autos, mejor se adecua a la vigencia de la garantía constitucional de obtener una sentencia en un plazo razonable que, como integrante de la garantía de defensa en juicio y el debido proceso adjetivo judicial, ampara al imputado, conforme reiterada doctrina de nuestro más Alto Tribunal de Justicia, a partir del precedente “Mattei”, ya citado, y, receptada, expresamente, en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

VII. Aún cuando pueda parecer una obviedad, conviene señalar que, de la afirmada falta de legitimidad del procesamiento –dada

la ausencia de acreditación de perjuicio- deriva, a su vez, la concerniente al correlativo embargo decretado como medida cautelar de contenido patrimonial, impugnado por los recurrentes.

VIII. Finalmente, es preciso puntualizar que, a tenor de los motivos por los cuales se revoca el auto de procesamiento y el embargo dispuesto en consecuencia, respecto de quienes han reclamado en tiempo y forma oportunos la intervención revisora de esta Cámara, corresponde hacer extensivo el temperamento adoptado a todos los encausados alcanzados por la resolución en crisis (cfr. C.P.P.N., art. 441).

IX. Por todo lo hasta aquí expuesto, propicio al acuerdo: 1º) **HACER LUGAR** a los recursos de casación articulados por las defensas de Alberto Gabrielli, Germán Luis Kammerath Gordillo, Matías Bourdieu, Jorge Justo Neuss, Patricio Feune de Colombi, Luis Alberto Romero, Roberto Carlos Catalán, Roberto Eliseo Uanini, Alejandro Bernardino Cima, Juan Carlos Cassagne, y a la impugnación deducida, por vía de adhesión, por la defensa de Juan Francisco Arancedo, sin costas, y, consecuentemente, **CASAR y REVOCAR**, por contrario imperio, lo resuelto en los puntos dispositivos I, II y III de la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de fecha 29 de diciembre de 2008 (fs. 557/579 vta.), **SOBRESEYENDO** a los antes nombrados en orden a los hechos circunscriptos conforme lo desarrollado *supra* (C.P.P.N., arts. 470, 336 – inc. 3º-, 530 y 531);

2º) **SOBRESEER**, con idéntico alcance, por aplicación del efecto extensivo del recurso, a Hugo Jorge Zothner (C.P.P.N., arts. 336 – inc. 3º- y 441).

Así voto.

El señor **juez Mariano González Palazzo** dijo:

Que, por coincidir sustancialmente con las consideraciones formuladas por el primer votante, adhiero a la solución propuesta al acuerdo.

El señor **juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Que tal como ha quedado patentizado en autos, ha sido la invocación de agravios de naturaleza federal, particularmente la alegada arbitrariedad de los montos de los embargos dictados respecto de los imputados, que han sido confirmados en la decisión recurrida, un fundamento principal de la decisión de esta Sala de hacer lugar a los recursos de queja, declarar mal denegados los de casación interpuestos y concederlos. Ello, con sustento en que por sus efectos, podrían ocasionar perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior (cfr. fs. 976/978, fs. 1060/1062, fs. 1176/1177 vta., fs. 1246/1248, fs. 1329/1330 vta., fs.1417/1418 vta., fs.1636/1638, fs. 1841/1843, fs. 2010/2011 vta., fs. 2099/2101).

Sin embargo, sellada la suerte de los recursos en base a la concurrencia de los votos precedentes, entiendo devendría superfluo discurrir ahora sobre la razonabilidad de los respectivos montos de los embargos trabados, tramo recursivo que fuera considerado admisible (art. 518 C.P.P.N.).

Si bien se presenta inoficioso en el caso –por aquellas razones- acceder a un examen ulterior acerca de la admisibilidad de las impugnaciones, -con mayor grado de conocimiento y la intervención de las partes-, tal como lo reclamó el representante de la Oficina Anticorrupción en oportunidad de la Audiencia oral celebrada en la instancia; he de señalar que, dado que el auto de procesamiento cuya revisión se pretende, ha sido revisado y confirmado por la Cámara de Apelaciones, no se presentan en el caso las particulares circunstancias en las cuales este Tribunal de Casación está llamado a intervenir a fin de

cumplir su rol de órgano operativo y eficaz de la garantía del derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, consagrada en el art. 8.2.h C.A.D.H. (cfr. causa Nro. 10.436 de esta Sala IV, “Mellián Añón, Eduardo José s/recurso de casación”, Reg. Nro. 13.005, rta. 26/2/2010).

Asimismo, hallo insustancial ingresar al estudio individualizado de los múltiples y puntuales agravios expresados por las partes recurrentes como las nulidades alegadas y las situaciones procesales de cada uno -cfr. en sentido análogo el voto de la señora Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carmen Argibay, en la causa A.2268 XXXVIII, “Astiz, Alfredo y otros s/delito de acción pública”, resuelta el 28/2/2006 y publicado en Fallos 329:297-.

En virtud de lo expuesto propongo rechazar los recursos de casación interpuestos, sin costas, en virtud de haberse considerado a los recurrentes con razón plausible para litigar (arts. 470, 471 –ambos *a contrario sensu*-, 530 y 531 del C.P.P.N.).

En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría.

RESUELVE:

1º) **HACER LUGAR** a los recursos de casación articulados por las defensas de Alberto Gabrielli, Germán Luis Kammerath Gordillo, Matías Bourdieu, Jorge Justo Neuss, Patricio Feune de Colombi, Luis Alberto Romero, Roberto Carlos Catalán, Roberto Eliseo Uanini, Alejandro Bernardino Cima, Juan Carlos Cassagne, y a la impugnación deducida, por vía de adhesión, por la defensa de Juan Francisco Arancedo, sin costas, y, consecuentemente, **CASAR y REVOCAR**, por contrario imperio, lo resuelto en los puntos dispositivos I, II y III de la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de fecha 29 de diciembre de 2008 (fs. 557/579 vta.), **SOBRESEYENDO** a los antes nombrados en orden a los

hechos circunscriptos conforme lo desarrollado *supra* (C.P.P.N., arts. 470, 336 –inc. 3°-, 530 y 531);

2°) **SOBRESEER**, con idéntico alcance, por aplicación del efecto extensivo del recurso, a Hugo Jorge Zothner (C.P.P.N., arts. 336 –inc. 3°- y 441).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.