

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

Suprema Corte:

I

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el auto por el cual el juez de primera instancia había decretado el procesamiento de Germán Luis K G , Alejandro Bernardino C , Roberto Carlos C , Roberto Eliseo U , Alberto G , Matías B , Patricio F de C , Luis Alberto R , Hugo Jorge Z , Pablo Francisco A , Juan Carlos C y Jorge Justo N por el delito previsto en el artículo 174, inciso 5° -en función del artículo 173 inciso 7°- del Código Penal, y dispuesto el embargo sobre sus bienes hasta cubrir las sumas de cien millones de pesos en el caso de los dos primeros, de doscientos millones de pesos en el caso de los dos últimos, y de cinco millones de pesos en el de los restantes.

II

Las respectivas defensas -a excepción de la de Z interpusieron sendos recursos de casación, cuyas denegatorias motivaron las consecuentes presentaciones directas ante la Cámara Nacional de Casación Penal que, a través de su Sala IV, los declaró admisibles y, posteriormente, les hizo lugar, revocando la resolución de la cámara de apelaciones y disponiendo el sobreseimiento de los nombrados en orden a los hechos que les fueron atribuidos.

Para así decidir, *el a quo* consideró que el auto de procesamiento fundó la existencia de un perjuicio al patrimonio público estatal, en el hecho de que, desde que el contrato de concesión entró en

vigencia, la empresa T S. A. –en adelante TSA- percibió mensualmente los ingresos previstos en ese acuerdo, a pesar de incumplió con su obligación de entregar y poner en funcionamiento el sistema informático. Y concluyó que, dada la intrínseca vinculación que –según su interpretación de las decisiones de las anteriores instancias- se reconoció entre el perjuicio económico y ese incumplimiento contractual, resulta determinante establecer si la empresa concesionaria satisfizo dicha obligación. Y agregó que, dada la naturaleza eminentemente técnica del extremo en análisis, al efecto tiene especial relevancia la prueba pericial incorporada a la causa (fs. 2259 vta.).

En ese sentido, con invocación de una obra de doctrina dijo que para verificar la veracidad de los hechos establecidos en un informe pericial y sus conclusiones, se debe determinar la confianza que el perito merece como fuente de prueba, inquirir cómo ha procedido a su observación, y finalmente analizar sus conclusiones (fs. 2261).

Expresó que al efecto se debe tener en consideración que los principios y leyes empleados estén reconocidos como constantes para hacer fe de sus conclusiones, y que hayan sido aplicados rigurosamente; que las deducciones estén motivadas y concuerden con los datos que surgen del proceso; y que exista acuerdo entre los expertos (fs. 2261 vta.).

Agregó que si existe discrepancia acerca de los hechos analizados, corresponde llevar a cabo un nuevo examen, en tanto sea posible. Y si la discrepancia radica en las conclusiones, se debe hacer una comparación de los peritos a fin de determinar quien tiene derecho a ser preferido, lo que ejemplificó indicando que un doctor en medicina debe ser preferido frente al simple cirujano (fs. 2261 vta.).

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

A partir de esas pautas de valoración, sostuvo que las decisiones del juez de primera instancia y de la cámara de apelaciones, por las que se restó valor de convicción a los informes periciales, resultan arbitrarias (fs. 2262).

Al respecto, dijo que omitieron considerar hechos relevantes en que se apoyó el peritaje informático bajo el argumento de que se encuentran controvertidos por otras pruebas.

En ese sentido, reprodujo dicho informe en cuanto los peritos expresaron 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”.

También lo transcribió en cuanto indicaron 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”, y 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 testeo 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" (fs. 2263/vta.).

Refirió además que "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" (fs. 2263 vta./2264).

Destacó que "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

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

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.” (fs. 2264).

Sostuvo también que “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 Comisión Nacional de Comunicaciones –en adelante, 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 T S de A , 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

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

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).” (fs. 2265/2266).

Refirió, además, que “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

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

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).” (fs. 2266/2267).

Concluyó la transcripción de ese informe señalando que “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 'subsanable'. 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'" (fs. 2267 vta.).

Por otra parte, dijo que aunque en los informes (Ejecutivo y Analítico) de la Sindicatura General de la Nación –en adelante, SIGEN- en los que se apoyó el auto de procesamiento se sostiene que el concesionario no cumplió con la presentación del sistema informático en el plazo establecido en el contrato ni en el de la posterior reprogramación por res 83/99, en ellos se omitió toda consideración acerca de la obligación 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, lo que constituía un presupuesto necesario para el cumplimiento, en tiempo y forma, del compromiso asumido por TSA (fs. 2268 primer párrafo, fs. 2269, último párrafo).

Refirió que aunque en dichos informes se indicó que el sistema AFMS no estuvo en operación el día 30 de septiembre de 1999, conforme se estableció por la citada resolución CNC 83/99, para lo que -como mínimo- faltaba la realización de pruebas por parte de la CNC sobre la última versión entregada ese día, tampoco se tomó en cuenta que la operatividad del sistema se encontraba condicionada a la carga de datos por

“2 , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

parte de la CNC en el sistema provisto e instalado por TSA en los servidores del organismo. Agregó que “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” (fs. 2269 vta.). Y concluyó que “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 la opinión” (fs. 2270, segundo párrafo, última oración).

También consideró que el informe de la SIGEN, en cuanto sostiene el incumplimiento de TSA de la obligación de proveer el sistema informático, “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 A S , 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...' (fs. 2271/vta.).

Por otra parte, el *a quo* rechazó el informe de la Auditoría General de la Nación –en adelante, AGN-, por el que se cuestionó la resolución CNC 83/99 en tanto pasó por alto el incumplimiento de TSA en la entrega del sistema informático, y además se la consideró nula por falta de motivación.

En ese sentido, sostuvo que dicho organismo omitió considerar la demora en que incurrió la CNC para la entrega de las especificaciones técnicas necesarias al efecto, y agregó que “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” (fs. 2272 vta./2273).

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

Luego de transcribir los considerandos de la resolución CNC 83/99 y del Memorando n ° 1 de la Comisión de Seguimiento y Control del Concesionario del Servicio de Comprobación Técnica de Emisiones del Espectro Radioeléctrico –en adelante, COMSEGUI-, concluyó que “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 juez 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." (fs. 2275/2276).

Agregó que "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

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

plazo previsto en la resolución CNC N° 83/99, esto es el 29 de septiembre de 1999 para su prueba y aceptación (Anexo XXXII)’” (fs. 2276).

Por otro lado, sostuvo que el auto de procesamiento tampoco cuenta con fundamento en lo tocante al perjuicio en el patrimonio del Estado.

Al efecto, se remitió a las consideraciones del informe del perito contador oficial, y desechó el dictamen de los peritos propuestos por la parte querellante.

En ese sentido, dijo que el primero evaluó la relación entre el servicio ofrecido y la retribución propuesta por TSA -establecida en el contrato de concesión- con base en las proyecciones que ésta presentó, mientras que los otros expertos se limitaron a sostener que entre los antecedentes del contrato no existe constancia de que la empresa haya presentado algún proyecto de inversión o ecuación económico financiera “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” (fs. 2283).

Agregó que la perito oficial destacó, acerca de la evolución que tuvo la recaudación en concepto de derechos radioeléctricos, que “a partir de la concesión del servicio, la recaudación se vio incrementada en más de 53 millones de pesos (87%)” y que “la 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 recaudado por derechos radioeléctricos” (fs. 2283 vta).

Por último, tuvo en cuenta la conclusión de la perito oficial y del propuesto por la defensa en relación al punto de pericia en el que se requirió establecer si se generó un desequilibrio económico en perjuicio del Estado en el cumplimiento del contrato con TSA, en cuanto sostuvieron 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.” (fs. 2285 vta.).

Sobre esa base, asimismo, desechó la opinión de los peritos de la parte querellante, señalando que el análisis que desarrollaron en este punto se configuró a partir del incumplimiento de la obligación de TSA de proveer el sistema informático, circunstancia que antes rechazó.

A lo expuesto, agregó que en la causa no se encuentra acreditado, ni siquiera con el grado de convicción requerido en esta instancia procesal, el pago de sobornos a funcionarios públicos para que TSA resultara adjudicataria de la concesión, y que aunque lo estuviera

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

tampoco podría sostener que los hechos atribuidos configuran defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública.

Para finalizar, sostuvo que la causa llevaba en ese momento diez años de trámite, y los imputados se encontraban sometidos a proceso desde que fueron convocados a prestar declaración indagatoria cinco años antes de ese pronunciamiento, por lo que la garantía de ser juzgado en un plazo razonable imponía darles una solución definitiva.

III

Contra ese pronunciamiento, la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en su carácter de parte querellante, y el representante del Ministerio Público Fiscal ante esa instancia, dedujeron sendos recursos extraordinarios (a fs. 2327/2347 y a fs. 2348/2369, respectivamente), que fueron concedidos a fs. 2498/2499.

Ambas impugnaciones se fundaron en la tacha de arbitrariedad de sentencia.

Sostienen que la resolución apelada se apoya exclusivamente en los informes periciales, y soslaya otros elementos de prueba que los contradicen abiertamente, entre los que destacaron informes de la SIGEN y de la AGN, y expedientes de la CNC, de los que surgen, entre otras cosas, información detallada acerca del desequilibrio entre la prestación de TSA y la del Estado, en beneficio de la primera, y del perjuicio generado además por el incumplimiento de la entrega del sistema informático en el plazo y las condiciones pactadas.

En ese sentido, indican que de dichos informes surge que, desde el comienzo el programa entregado por la empresa concesionaria

no satisfizo las necesidades operativas del organismo ni las exigencias previstas en el contrato, por cuanto se trató de un sistema informático “tipo paquete” o “enlatado”, que a su vez se encontraba registrado a nombre de la firma “A S”.

Siguiendo una de las críticas que la cámara de apelaciones formuló respecto del peritaje informático, cuestionan la verificación que se hizo del funcionamiento del sistema, desde que se llevó a cabo en las instalaciones de la empresa concesionaria -y no en las de la Comisión Nacional de Comunicaciones, en las que aquél habría sido operado- y no fue testeado por técnicos del organismo, cuya competencia en la materia resulta indiscutible.

Agregan que las pruebas que realizó el personal de dicha comisión sobre ese sistema informático tuvieron resultado negativo, del que existen numerosas constancias en los expedientes CNC 910/2000 y CNC 242/2002, entre otros, sin que los peritos ni el *a quo* se hayan hecho cargo de ellas.

Refieren, asimismo, que en diversas comunicaciones internas de autoridades de la empresa concesionaria, a las que se accedió con motivo del allanamiento que se llevó a cabo en sus instalaciones, consta su reconocimiento expreso acerca de las falencias del producto entregado. Señalan, además, que ello surge también de la declaración que prestó un ex directivo de T S I ante un juez de instrucción de la República de Francia.

Destacan que el pronunciamiento descalificó el informe de los peritos contables propuestos por la parte querellante, que se ajustó a las conclusiones de los informes de la SIGEN y de la AGN, achacándole no

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

haberse hecho cargo de los argumentos de los peritos propuestos por la empresa concesionaria, mientras que éstos no refutaron las consideraciones de aquellos organismos de control y el fallo nada dice acerca de esta omisión.

Objetan que en el pronunciamiento se haya concluido que la CNC devolvió el programa a la empresa concesionaria debido a las “nuevas necesidades planteadas” en ese organismo, de acuerdo con lo expresado en la nota de devolución, por cuanto es producto de una lectura parcial y fragmentaria de esa pieza, la que principalmente destaca como fundamento de esa medida que las áreas técnicas constataron que el programa informático presentaba diversos defectos y era inoperante. Agregan que aquella frase fue formulada de manera irregular, sin justificación ni fundamentación, lo que motivó además la solicitud de que se recibiera declaración indagatoria a su autor.

Expresan, por otra parte, que la resolución hizo especial hincapié en el estado de la base de datos a la fecha en que la concesionaria debía entregar el sistema según el contrato de concesión, pasando por alto que éste, en el artículo 1.5 de su Anexo “J”, establecía que los programas informáticos debían confeccionarse más allá de que faltaran o no datos en los registros de ese organismo público.

Por otro lado, también objetan el análisis que los magistrados hicieron de los hechos del caso, al que calificaron de parcial y fragmentario, por entender que se ciñó a la etapa de desenvolvimiento de la concesión y omitió toda consideración de diversas irregularidades que tuvieron lugar en el trámite de la licitación –que detallan en sendos escritos-, las que habrían estado orientadas, de acuerdo con la valoración

que efectuaron el juez de primera instancia y la cámara de apelaciones, a lograr la elección de T S de A S. A. –anterior denominación de TSA-, y a favorecerla en lo sucesivo, permitiéndole que continuara recibiendo la prestación del Estado a pesar del incumplimiento de la suya.

En ese sentido, critican también que el pronunciamiento haya negado cualquier incidencia de los sobornos que se sospecha que tuvieron lugar en el marco de dicha licitación -lo que también estaba siendo investigado en la causa al momento de esa decisión-, en los hechos que configuran la imputación por la figura de defraudación por administración fraudulenta.

Y destacan, además, que tampoco el pronunciamiento reparó debidamente en la inacción de parte de algunos de los imputados durante la vigencia del contrato –en el lapso en que cumplieron funciones en la CNC, lo que permitió que TSA continuara percibiendo los ingresos acordados sin cumplir su prestación.

De ese modo –sostienen los recurrentes- el *a quo* se apartó de las reglas que conforman el método de sana crítica racional en la apreciación de la prueba, al tiempo que no efectuó un examen integral de la plataforma fáctica, con el alcance que le otorgaron el juez de primera instancia y la cámara de apelaciones.

En otro orden, cuestionaron la resolución del *a quo* por entender que obstaculizó la realización del juicio oral, que se encontraba próximo, y que constituye el ámbito propicio para escuchar e interrogar personalmente a los testigos y a los peritos, analizar exhaustivamente los diversos elementos de prueba y escudriñar sus eventuales contradicciones,

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

y valorarla finalmente mediante un análisis en conjunto, impidiéndoles de ese modo plantear y desarrollar la acusación ante el tribunal correspondiente. Agregaron que la afectación de ese derecho resulta agravada en el caso debido a que no correspondía habilitar la instancia de casación, por no constituir el auto de procesamiento una sentencia equiparable a definitiva, y teniendo en cuenta además que el pronunciamiento apelado excedió el límite del agravio relativo al monto de los embargos dispuestos, sobre el que –en sus opiniones- se habría apoyado el *a quo* para admitir las quejas por los recursos de casación que habían sido denegados.

IV

Si bien lo debatido en el *sub examine* remite al examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común, regularmente ajenos a esta instancia extraordinaria, ello no es óbice para que el tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 295:316; 298:21; 300:712; 305:373; 320:2597; 325:1731; 327:2273; 331:1090 y sus citas).

Pienso que el presente es uno de esos casos, desde que aprecio que en la sentencia impugnada no se ha dado un adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo a las constancias de la causa, y la

decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que le otorgan una fundamentación solo aparente.

V

No puedo dejar de señalar previamente, que al hacer lugar al recurso de queja por casación denegada, el *a quo* también se pronunció en términos dogmáticos, por cuanto al afecto sólo invocó precedentes de la Corte sin siquiera explicar por qué resultaban aplicables a la decisión impugnada, cuyos efectos concretos, por lo demás, omitió evaluar.

En efecto, frente a lo expresado por la cámara de apelaciones para rechazar los recursos de casación, en el sentido de que el auto de procesamiento en que también se dispuso el embargo de dinero y bienes del imputado no constituye alguna de las resoluciones recurribles por aquella vía de acuerdo con el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación, el *a quo* sostuvo que correspondía equipararla a sentencia definitiva, a fin de habilitar la instancia casatoria, toda vez que sus efectos podían ocasionar perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior (fs. 976/978, 1060/1062, 1176/1177, 1246/1248, 1329/1330, 1417/1418, 1636/1638, 1841/1843, 2010/2011 y 2099/2101).

En ese sentido, invocó el pronunciamiento de la Corte publicado en Fallos: 327:423 -al que calificó como *un supuesto de las características del presente*- en cuanto se sostuvo que “Si bien la doctrina del tribunal postula que las resoluciones cuya consecuencia es la obligación del imputado de seguir sometido a proceso criminal no satisfacen, por regla, el requisito enunciado (Fallos: 249:530; 268:153; 274:440; 276:130;

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

277:361; 288:159; 295:405; 298:408; 307:1030; 308:1667; 310:195; 313:1491, entre otros) lo cierto es que se han admitido excepciones que contemplan otros supuestos claramente discernibles; por ejemplo, cuando está en juego el non bis in idem (Fallos: 300:1273 y 314:377), o la prescripción (301:197), o cuestiones de nulidad que retrotraen el proceso a etapas iniciales (300:226), o de prueba (304:1817), o medidas de cautela real (308:1107) que ocasionan un perjuicio patrimonial relevante”. Y dijo que ese criterio se reiteró en el pronunciamiento de Fallos: 328:1108.

Agregó asimismo, que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso “Porra, Ariel Zenón s/ recurso de casación”, por resolución de 8 de septiembre de 2009, destacó que ese último precedente del Tribunal hace extensivo al recurso de casación el concepto y los alcances del requisito de sentencia definitiva del recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48.

Afirmó, al respecto, que correspondía equiparar la decisión impugnada a definitiva, *“toda vez que sus efectos podrían ocasionar perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior”*.

Por último, con cita del fallo plenario n° 14 de esa misma cámara, dictado el 11 de junio de 2009 en los autos “Blanc, Virginia María s/ recurso de inaplicabilidad de ley”, expresó que ese tribunal reconoció esencial trascendencia al auto de procesamiento dentro del proceso penal, el que podría ser equiparado a “auto procesal importante” en los términos del informe n° 55/94 (textual) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los efectos de ser sometido a su revisión.

Sin embargo, aprecio que los antecedentes jurisprudenciales invocados no brindan fundamento suficiente a esa decisión.

En efecto, salvo mejor interpretación que V. E. haga de sus propias decisiones, entiendo que en el caso del pronunciamiento de Fallos: 327:423, en el que la Corte se remitió a los términos y conclusiones del dictamen de la Procuración General de la Nación en los autos Z. 155, XXXVI, “Zunino, Edi s/ amenazas de muerte -causa n° 34.595/96-“, de 9 de septiembre de 2002, no se sostuvo la equiparación del auto de procesamiento a sentencia definitiva con base en el embargo dispuesto, sino con motivo de la calificación legal de la conducta imputada -amenazas coactivas- y del análisis de la hipótesis del delito experimental (por la supuesta existencia de un agente provocador), en cuanto incidirían directamente en la escala punitiva “y, por ende, en la prescripción de la acción penal, supuesto que pone fin al pleito y obliga a dictar una resolución definitiva, por lo que se debe evitar la prosecución de un juicio innecesario (Fallos: 236:392; 238:487; 244:459; 264:295; 272:188; 279:16; 301:197; 311:2205 y 324:3583, entre otros) y en la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal)”.

Además, aprecio que los pronunciamientos citados en aquel dictamen en torno de este aspecto, contenidos en la transcripción que el *a quo* realizó, no versaron acerca de la eventual equiparación de un auto de procesamiento a sentencia definitiva como consecuencia del embargo dispuesto, ni ese tribunal se ocupó de relacionar los hechos del *sub lite* con los criterios que surgen de aquellos precedentes.

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

Por otra parte, estimo pertinente destacar que en el plenario que se citó en el pronunciamiento apelado, la cuestión consistió en establecer si es necesario el auto de procesamiento en los supuestos previstos en el artículo 215 del Código Procesal Penal.

De la lectura de ese fallo, no aprecio que alguno de los jueces que intervinieron en la deliberación haya examinado el caso en los términos que señaló el *a quo* al concluir que el auto de procesamiento “podría ser equiparado a ‘auto procesal importante’ en los términos del informe n° 55/94 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los efectos de ser sometido a revisión de esa cámara en su condición de tribunal superior”.

Advierto, por el contrario, que si bien se analizó si la falta de ese auto violaría el derecho a la revisión o a la doble instancia previsto en el artículo 8, apartado 2, inciso “h”, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ninguna mención se hizo acerca de la supuesta condición de la Cámara Nacional de Casación Penal como tribunal superior garante de ese derecho.

Sin perjuicio de ello, el derecho de revisión no pudo haber brindado fundamento a la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en el *sub examine*, desde que el auto de procesamiento que dictó el juez de primera instancia había sido ya revisado y confirmado -con motivo de los recursos de apelación interpuestos por las defensas de los imputados- por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, lo que se ajusta a los términos del informe 55/95 (no 55/94, como fue citado por el *a quo*) de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos (Caso 11.137, Juan Carlos Abella – Argentina, 18 de noviembre de 1997).

No puedo dejar de señalar, en este punto, que dos de los tres magistrados que en la presente causa conformaron la decisión por la que se hizo lugar a las quejas y se concedieron los recursos de casación de las defensas, en aquel plenario rechazaron que el derecho de revisión resultara de aplicación respecto del auto de procesamiento, para lo cual invocaron el pronunciamiento de V. E. publicado en Fallos: 330:4454, en el que -sostuvieron dichos magistrados- “nuestra Corte está señalando claramente que la garantía de revisión no abarca a este tipo de supuestos (autos interlocutorios)”.

Por último, estimo que la mera invocación que se hizo del precedente de Fallos: 328:1108 tampoco brinda adecuado sustento a la decisión por la que se habilitó la instancia de casación contra la resolución que confirmó el auto de procesamiento.

Así lo pienso, pues si bien el Tribunal expresó en aquel fallo que “Corresponde entonces afirmar que el concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario, no difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima, siempre que se invoque en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento conforme la doctrina de esta Corte” (considerando 12°), lo cierto es que en ese caso el objeto de la impugnación fue una resolución por la que se privó la libertad personal del imputado con anterioridad al dictado de una condena, lo que no ocurrió en el presente.

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

En tales condiciones, considero que aquella decisión contó con fundamentación sólo aparente, desde que, en definitiva, se apoyó en la genérica afirmación de que los efectos del auto de procesamiento y embargo “podrían ocasionar perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior”, lo que constituye una mera afirmación dogmática que no fue acompañada por la expresa consideración de las concretas circunstancias de los procesados ni de la causa, ni se la relacionó específicamente con las diversas fórmulas con que fueron descriptos los agravios de los entonces recurrentes –que, cabe aclarar, no fueron las mismas en todos los casos-.

VI

Acerca de las causales de arbitrariedad que presenta el fallo apelado, cabe destacar, en primer lugar, que el magistrado que presidió el acuerdo y cuyo voto conformó la opinión mayoritaria, examinó de manera fragmentaria los hechos del caso, desde que omitió considerar las diversas irregularidades que el juez de primera instancia y la cámara de apelaciones advirtieron en el proceso de licitación, al que tuvieron como una de las etapas del plan o maniobra compleja que diseñaron los funcionarios públicos y las autoridades de la empresa TSA.

En efecto, en la decisión por la que confirmó el auto de procesamiento en orden al artículo 173, inciso 7°, en función del artículo 174 inciso 5°, del Código Penal, la cámara de apelaciones reiteró –pues ya lo había sostenido al revocar los sobreseimientos dispuestos con anterioridad- que para la correcta investigación del caso resultaba imprescindible examinar las circunstancias del proceso de gestación del negocio, tales como sus antecedentes, la conformación del pliego de bases

y condiciones, y el procedimiento de licitación (fs. 558, segundo párrafo). Añadió que “el panorama fáctico se presenta como una secuencia de tres eventuales etapas: la existencia de sobornos –en investigación-, el proceso licitatorio –abarcado desde su inicio- enderezado a favorecer a “Thales Spectrum de Argentina S. A.”, y la ejecución del contrato, donde el órgano concedente, Comisión Nacional de Comunicaciones, omitió controlar debidamente y aplicar los correspondientes procedimientos sancionatorios ante los incumplimientos de las prestaciones comprometidas por la empresa, llegando incluso a reprogramar los plazos contractuales previstos originariamente, en beneficio de la concesionaria, generándose nuevos incumplimientos que finalmente desencadenaron la declaración de caducidad del contrato de concesión mediante la resolución CNC n° 242/04” (fs. 558, tercer párrafo).

En lo que respecta al desarrollo del proceso de concesión, compartió la valoración que el juez de primera instancia hizo de las diversas irregularidades detectadas en esa etapa, entre las que destacó las modificaciones que la CNC, a través del imputado Gabrielli, efectuó en el pliego de bases y condiciones y en el contrato -originariamente elaborados en el marco de Ministerio de Economía-, y que resultaron llamativamente beneficiosos para TSA.

Algunos cambios -señaló esa cámara- fueron cuestionados por empresas interesadas en la concesión, salvo TSA.

Aprecio, por ejemplo, las notas por las que algunas firmas expresaron que las importantes modificaciones introducidas al pliego por la CNC –luego de que fuera transferida al ámbito de la Presidencia de la Nación, junto con la Secretaría de Comunicaciones-

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

generaban directamente un nuevo marco para la contratación, y solicitaron en consecuencia que se prorrogara el plazo de presentación de ofertas para permitir un adecuado análisis del nuevo pliego en todos sus aspectos (fs. 1781, 1783, 1786, 1790 y 1796/1797, 1807 del expediente CNT 11.780/93; ver asimismo fs. 1815, primer párrafo).

Advierto, además, que el término para la presentación de ofertas, luego de diversos reclamos, se prorrogó en un tercio de lo que habían solicitado la mayoría de las firmas interesadas con apoyo en las previsiones del proyecto original del pliego de bases y condiciones (fs. 1781, 1785, 1786, 1790, 1796/1797, 1807 y 1802/1804).

Las empresas también se expresaron respecto de la modificación que se aplicó en orden a las pautas de evaluación de las ofertas, por la que se introdujo “un subjetivo esquema de evaluación” según los términos de la citada nota de fs. 1781, pues mientras en la redacción original se dio preponderancia a la propuesta económica, la modificada tomó a la propuesta técnica como elemento decisivo, estableciendo así un parámetro que brindaría mayor discrecionalidad en la elección, especialmente en temas de tal complejidad técnica (ver en este sentido, la presentación de la Oficina Anticorrupción de fs. 3215/3230, en la que se alude a la declaración que prestó en esa oficina el apoderado de una empresa que estuvo interesada en la concesión, y que no fue convocado aún a declarar en sede judicial a pesar de la solicitud de esa parte querellante).

Observo, asimismo, que el apoderado de la única empresa que finalmente compitió con TSA por la concesión se quejó al enterarse, en el acto de apertura de las ofertas, de que la Comisión de

Evaluación y Preadjudicación –integrada por los imputados G , R y B . había decidido ese mismo día ajustar su tarea a un “Reglamento interno de calificación”, que habría sido entregado en sendos sobres al escribano interviniente en ese acto, quedando así sus términos ocultos a los oferentes hasta el acto de la notificación de la precalificación para cada uno de los tres sobres que integraban las propuestas (fs. 1810/1811 y 1813/1814 del expediente CNT 11.780/93). En aquella oportunidad, dicho apoderado expresó que no constaba cuál era el contenido de los sobres entregados al escribano interviniente, y cuestionó que se hubiera procedido de esa forma teniendo en cuenta que, con la debida anticipación, solicitaron en reiteradas ocasiones que se elaborara un reglamento de ese tenor y se lo comunicara a todos los interesados, y la autoridad pertinente no contestó esos planteos –lo que habría motivado la interposición de sendos recursos de reconsideración tampoco resueltos hasta ese momento-..

Aprecio que unos días después insistió en pedir que se hiciera público el contenido de ese reglamento, expresando –además de lo dicho en aquel acto- que tal proceder no tenía sustento en alguna norma del pliego de bases y condiciones ni en la legislación aplicable, y ponía en duda la objetividad, ecuanimidad y transparencia que debía observarse en esa clase de procedimientos (fs. 1818/1819 del expediente CNT 11.780/93).

Posteriormente, además de cuestionar el puntaje con que fue precalificada su oferta, por entender que la comisión se apoyó al efecto en exigencias no previstas en el pliego de bases y condiciones, y en un método de evaluación de antecedentes establecido en el reglamento interno de calificación desconocido hasta ese momento, puso de relieve que TSA,

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

por el contrario, presentó la documentación exactamente de acuerdo con lo previsto en este último (fs. 1905/1907 de dicho expediente).

Cabe destacar que TSA no se quejó ni efectuó manifestación alguna respecto de aquel reglamento.

Por otra parte, los magistrados de las instancias anteriores advirtieron modificaciones en el pliego y en el contrato que consideraron claramente desventajosas para el Estado (cotejar fs. 607/652 y fs. 1422/1455 del citado expediente CNT 11.780/93).

En ese sentido, la cámara de apelaciones destacó que mientras que la anterior versión de esos documentos preveía que los incumplimientos en que incurriera el concesionario podrían ser sancionados con multa de hasta el cuarenta por ciento de la recaudación unificada correspondiente al último mes previo a la comisión de la infracción, la versión definitiva fijó un tope máximo del diez por ciento de esa recaudación, e incorporó una cláusula por la que se estableció que “Estas multas constituyen la compensación total por el eventual perjuicio sufrido por la CNC como consecuencia del incumplimiento”.

También tuvo en cuenta que en la redacción finalmente aprobada del contrato se eliminó la posibilidad de que el Estado descontara el monto de la sanción del siguiente pago al concesionario, prevista originalmente, y sólo contempló una vía de cobro más compleja, la de ejecución de la garantía, de siete millones de pesos, la que además fue fijada como tope de la responsabilidad total del concesionario por los incumplimientos en que incurriera, lo que calificó de irrisorio teniendo en cuenta los niveles de recaudación existentes al momento de la concesión

—que luego se incrementaron notoriamente- y la magnitud de los perjuicios que podrían generar eventuales incumplimientos.

Consideró además, entre otras circunstancias, que el contrato fue firmado sin que TSA presentara -a pesar de la requisitoria de la CNC- la ecuación económico financiera en que se basó; que sin siquiera contar con esa información se garantizó a TSA la no afectación de dicha ecuación, lo que significó resguardar al concesionario del propio riesgo empresario; que se incluyó en la versión final del contrato la posibilidad de que el concesionario, ante una intimación bajo apercibimiento de caducidad, en lugar de remediar la falta propusiera un plan de acción, cuya aceptación por parte del Estado eliminaba toda posibilidad de formular un nuevo reclamo y reasumir la potestad sancionatoria por ese hecho —en la versión anterior la empresa contaba con treinta días para cumplir con la intimación, bajo apercibimiento de caducidad de la concesión-; y que, inversamente, la versión final del contrato redujo de ciento veinte días a treinta días el lapso para que el Estado enmendara un eventual incumplimiento de su parte.

Sin embargo, en la decisión apelada nada se dijo acerca de esas circunstancias ni sobre las demás irregularidades destacadas en el auto de procesamiento y en la resolución confirmatoria de la cámara de apelaciones, lo que resultaba de especial significación no sólo por el alcance que éstos dieron al cuadro fáctico de la causa, sino también por la importancia que tiene la transparencia y regularidad del desarrollo del procedimiento de la licitación pública para el debido resguardo de los intereses de la administración pública, desde que “ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios” (conf. Fallos: 329:5976, considerando 3°).

Estimo pertinente señalar, en este punto, que no advierto en el *sub examine* alguna constancia que permita verificar que el *a quo* haya tenido a la vista las copias del expediente CNT 11.780/93, en el que se desarrolló el trámite de la concesión.

Por el contrario, el juez que presidió el acuerdo se limitó a afirmar que no están acreditados los sobornos investigados –los que, cabe recordar, fueron distinguidos por la cámara de apelaciones como otra etapa del completo accionar delictivo, distinta de la del desarrollo del procedimiento de licitación y de la posterior etapa de ejecución-, incurriendo de esa manera en un exceso en su jurisdicción, la que no había sido habilitada al respecto por cuanto dicho accionar –conforme lo aclaró la cámara de apelaciones- no estuvo comprendido en el auto de procesamiento revocado, y su pesquisa se encuentra a la espera de pruebas pendientes.

Por lo demás, la afirmación en el sentido de que “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” (fs. 2287 vta., primer párrafo), es una muestra más de arbitrariedad, desde que sólo constituye una afirmación dogmática sin la mínima fundamentación, que difícilmente podría encontrar sustento en la experiencia y en el sentido común.

Sin perjuicio de ello, esa afirmación evidencia también una errónea apreciación de los hechos del caso, los que distan de constituir

un mero incumplimiento contractual, desde que la hipótesis fáctica investigada y atribuida en la causa consiste en la –presunta- generación de un perjuicio a los intereses del Estado Nacional, con el fin de lograr un lucro indebido, por parte de los funcionarios públicos y los particulares imputados, mediante el irregular desarrollo del proceso de concesión del servicio público en cuestión con la finalidad de reducir el número de concursantes y lograr la elección de la empresa TSA, a sabiendas de que el objeto principal del contrato no se concretaría, no obstante lo cual, por la parálisis connivente del organismo público, aquella firma percibiría cada mes la prestación económica acordada.

VII

En segundo lugar, estimo que el fallo apelado es producto de la errónea valoración de las pruebas de la causa, en especial del informe pericial contable y del peritaje informático.

En ese sentido, cabe recordar que la opinión mayoritaria ciñó el caso a determinar si la empresa concesionaria cumplió con su obligación de entregar el sistema informático en el plazo y las condiciones acordadas, y agregó que al efecto, dada la naturaleza eminentemente técnica del asunto, correspondía darle especial relevancia a la prueba pericial incorporada a la causa (fs. 2259 vta.).

Tal conclusión, a mi modo de ver, es producto de un deficiente razonamiento, desde que no advierto –ni fue señalado por el *a quo* o los peritos- los aspectos técnicos de la cuestión relativa al plazo de entrega del sistema informático, ni cuáles serían los conocimientos

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

especiales en ciencia informática necesarios para determinar si la obligación fue cumplida en término por la empresa.

Aprecio que, de hecho, el informe pericial no desarrolla un análisis técnico sobre este punto, sino que se apoya en la interpretación que los peritos hicieron de los términos del contrato, y que el *a quo* hizo propia y se limitó a reproducir sin un mínimo examen crítico, a pesar de que el deber de analizar e interpretar las cláusulas contractuales y las normas que regían la concesión es propia –e indelegable- del órgano jurisdiccional.

En este punto, no puedo dejar de destacar que, a juzgar por las constancias de la causa, el *a quo* ni siquiera habría tenido a la vista el contrato completo al momento de decidir, desde que no se encuentra incorporado en el expediente principal ni en los agregados, y los legajos que contienen copias de ese instrumento –como el expediente CNC 11.780/93 y los anexos del informe pericial informático- no fueron enviados a esa sala.

Si bien es cierto que los jueces son soberanos en la apreciación de la prueba, no lo es menos que los peritajes de los expertos no los vinculan, y que toda decisión jurisdiccional debe ser motivada, sobre todo en un supuesto como el de autos, donde el sobreseimiento que se impugna estuvo precedido de un auto de procesamiento, es decir, que la sospecha inicial había alcanzado un grado de verosimilitud importante para el juez de la causa, y también para la cámara federal que oportunamente lo confirmó (sentencia de 22 de mayo de 2012 en los autos G. 333, L. XLVI, “Gallo, Carlos Alberto s/ causa n° 10.082, en la que la Corte se remitió a los términos del dictamen de esta Procuración General).

Sin embargo, el *a quo* omitió un análisis crítico de las bases y fundamentos del peritaje informático, e incurrió por consiguiente en los defectos que éste presenta.

En ese sentido, advierto que en dicho informe se sostuvo que, según los artículos 3.2.5 y 3.6.1 del contrato de concesión, el concesionario debía concluir, en ochenta días a partir de la entrada en vigencia del contrato, con el diseño, estructura y los programas que permitan a la CNC o a quien ésta designe, efectuar la carga de información de la base de datos, término que incluye la realización de las pruebas que garanticen su adecuado funcionamiento (página 3).

Inmediatamente después, y con invocación del artículo 3.2.3 del contrato, se agregó que “Para que TSA pudiera cumplir con los plazos contractuales, la CNC debía entregar las especificaciones funcionales antes del día 80 contados a partir de la fecha de vigencia del contrato” (página 4, punto 1.4, primer párrafo). Se expresó que “Habiendo transcurrido los 80 días indicados en el artículo 3.2.3 del contrato (Anexo 1), 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 entrega de estas obligaciones” (ídem, segundo párrafo). Y se concluyó que “De común acuerdo se resuelve esta situación dictando, el Directorio de la CNC, el 21 de enero de 1999, la resolución CNC 83/99 (anexo 3) a través de la cual se resolvió una reprogramación de los plazos de entrega del sistema, modificando las fechas originales pactadas” (ídem, párrafo tercero).

Sin embargo, el artículo 3.2.3, en el que pretendieron apoyarse los peritos, no establece la obligación de la CNC de “entregar las

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

especificaciones funcionales antes del día 80 contados a partir de la fecha de vigencia del contrato”. Dice, por el contrario, que “A los efectos de poder implementar la BASE DE DATOS [en referencia a la base de datos efectiva, eficaz, de alta velocidad de respuesta, que cumpla con las facilidades que se requieren en el Anexo J, que el concesionario debía diseñar, elaborar e implementar, de acuerdo con el artículo 3.2.1], la CNC dispondrá y será responsable de instrumentar los circuitos administrativos de información, para que el CONCESIONARIO cuente, a la entrada en vigencia del presente contrato, con los datos referidos a las asignaciones de frecuencias, otorgamiento de licencias y autorizaciones, bajas y modificaciones, y toda otra información útil de su actividad”.

Se advierte claramente, entonces, que el plazo de ochenta días desde la vigencia del contrato indicado por los peritos no existe en esa cláusula, sino en la 3.2.5, que se refiere –por el contrario- a la obligación de TSA.

Además, y sin perjuicio de que los expertos ni siquiera precisaron en qué consistían las “especificaciones funcionales” a las que aludieron, el texto de esa cláusula contractual sólo prevé la obligación de la CNC de instrumentar los circuitos administrativos de información para que la empresa concesionaria contara, a la entrada en vigencia del presente contrato -es decir, necesariamente con anterioridad al comienzo de ejecución-, con los datos referidos a las asignaciones de frecuencias, otorgamiento de licencias y autorizaciones, bajas y modificaciones, y toda otra información útil de su actividad.

No advierto ni los peritos indicaron razón alguna que permita sostener que la CNC no cumplió con la organización de esos

circuitos administrativos de información, o que TSA se haya visto impedida de acceder a esa información.

De hecho, aprecio que la propia empresa no formuló mención en ese sentido en la nota por la que sus autoridades y los funcionarios públicos pretendieron justificar la modificación de plazos que se dispuso por resolución CNC 83/99. Por el contrario, el contenido de esa nota permite descartar que los datos e información útil de la actividad de la CNC -a los que alude aquella cláusula contractual- hubieran constituido un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de entregar el sistema informático, desde que TSA afirmó que “Después de haber analizado este sistema [el existente a ese momento en la CNC] con los requerimientos en cuanto a los datos indispensables para la BASE DE DATOS del sistema AFMS, podemos confirmar que el trabajo en operación con la CNC corresponde a la colección de datos necesarios para el sistema AFMS” (ver fs. 2108, apartado II), y agregó que era posible transferir la información de la base de datos de la CNC al sistema ofertado, y continuar la carga con éste (fs. 2109, apartado IV).

Por otra parte, el *a quo* también hizo suya, sin el mínimo análisis, la afirmación de los peritos en cuanto a que esa –imaginaria- situación de incumplimiento del organismo estatal se resolvió de común acuerdo, mediante la citada resolución CNC 83/99, de 21 de enero de 1999, por la que se decidió reprogramar el plazo de entrega del sistema.

La omisión de examinar y valorar los antecedentes de esa resolución, a mi modo de ver, constituye una falencia de grave significación en el *sub lite*, teniendo en cuenta que fue especialmente

“Z Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

destacada como una prueba de la connivencia que se les atribuye a los representantes de TSA y a los funcionarios públicos acusados.

Recuérdese, en ese sentido, que el origen del expediente en que se dictó esa resolución (expte. CNC 4678/98, cuyas copias están agregadas a fs. 2107/2247 del principal) fue la nota de TSA (fs. 2108/2110), presentada por una vía inusual el 15 de septiembre de 1997 -es decir, a sólo tres días de que se cumplieran los ochenta dentro de los que debía entregar el sistema informático-, y a la que se le dio formal registro e ingreso en el organismo el 19 de enero de 1998 -con dicho plazo vencido-.

En ella la empresa, cabe reiterar, no hizo siquiera una mera referencia tangencial a los circuitos administrativos de información señalados en el artículo 3.2.3 del contrato, ni a las “especificaciones funcionales” a las que aludieron los peritos -sin precisarlas-, sino que, apartándose de los términos del contrato, propuso continuar la carga con el sistema que venía usando la CNC desde antes de la concesión, alegando el beneficio que esto -supuestamente- representaba frente a la utilización del sistema informático que se comprometió a entregar, y que implicaba -según adujo TSA- la realización de un paso más.

Es decir, la concesionaria expresó que el programa estaba listo y lo ofreció -lo que permite concluir que ningún impedimento significaron, entonces, las supuestas especificaciones funcionales ni los requerimientos técnicos-; pero no lo presentó ni lo entregó en las condiciones establecidas en los puntos 4.1 y 4.2 del anexo “J” del contrato. Por el contrario, dijo que convenía seguir utilizando el programa con que contaba la CNC.

Esa propuesta fue objetada en duros términos por dos integrantes de la Gerencia de Administración de Recursos de la CNC, de acuerdo con lo que surge del acta de la reunión que mantuvieron, el 23 de diciembre de 1997, con dos representantes de la empresa concesionaria, con el objeto de tratar la situación del concesionario con respecto al cumplimiento del artículo 3.2.5 del contrato (obstante a fs. 2112). Cabe aclarar que la reunión no estuvo motivada por aquella nota de TSA, la que hasta ese momento no estaba registrada formalmente en el organismo, sino por la preocupación de los citados funcionarios ante el incumplimiento de la concesionaria.

En esa oportunidad, "Toman la palabra los representantes de la CNC, los cuales solicitan a TSA aclare la situación existente en relación al tema que dio origen a la presente reunión, atento considerar los mismos que dicha obligación asumida por el concesionario no habría sido cumplida a la fecha. Los representantes de TSA señalaron que en el transcurso del mes de septiembre presentaron una nota al Dr. Alberto G. [redacted], en la cual explican por qué entienden que la prestación en cuestión se encontraría en ejecución, reseñando dos procedimientos a través de los que se podría cumplir con la tarea prevista en el punto 3.2.5. Asimismo, indican que con dicha nota se encontraría adjunto a la misma un cassette conteniendo la información necesaria que cumple con ese artículo. Toman la palabra los representantes de la CNC, los cuales ratifican lo primeramente señalado, en cuanto a que dicha presentación sólo contiene una descripción de cómo llevar adelante esa tarea en una forma diversa a la señalada por el contrato, entendiendo que sólo se trata de una idea del concesionario sobre el modo de realizar la tarea y nada dice sobre el

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

diseño, estructura y programas que permitirían a la CNC la carga de la información a la base de datos, sin perjuicio de agregar que en el día de la fecha fue la primera mención sobre el cassette, por lo que los representantes de la CNC entienden que dicha obligación no fue cumplida. Asimismo, se agrega que dicha nota no tiene sello de recepción formal por la Mesa de Entradas del organismo” (fs. 2112).

Con motivo de lo ocurrido en esa reunión, la Gerencia de Administración de Recursos de la CNC presentó una nota a la COMSEGUI, en la que refirió que TSA no presentó el programa ni lo puso a consideración del organismo, y que dicho incumplimiento resultó agravado por el hecho de que en el plazo de entrega estaban incluidas las tareas de prueba; que la empresa que realizaba la carga de datos desde antes de que se llevara a cabo la concesión lo hacía con programas no relacionados, aplicados a archivos no relacionados entre sí, y TSA no efectuó un relevamiento complementario de acuerdo con el artículo 2.14 del anexo “J” del contrato; y que el personal de la CNC ni siquiera pudo hacer uso del “server” y los puestos de trabajo que TSA entregó pues no tenía capacidad de acceso.

Hasta esa instancia, ninguno de los involucrados en el asunto había hecho alguna referencia a los circuitos administrativos de información sobre los datos referidos a asignaciones de frecuencias, otorgamiento de licencias, y otros de la actividad de la CNC, ni a las “especificaciones funcionales” según los términos del informe pericial.

Fue recién en el dictamen que emitió el imputado A (fs. 2118/2120) en su carácter de Gerente de Jurídicos y Normas Regulatorias de ese organismo, que se hizo la primera alusión a la cláusula

3.2.3 y a los circuitos administrativos para que TSA pudiera acceder a toda la información útil de la actividad. En efecto, luego de transcribir esa disposición, agregó: “datos éstos que –según surgiría de lo actuado en el presente- no se hallaban cargados en forma completa” (fs. 2120).

Tal mención, a mi modo de ver, resulta tanto infundada como desconcertante. Lo primero, porque ni siquiera indica de qué actuación surgiría esa circunstancia hasta ese momento no mencionada. Lo segundo, porque alude a una carga de datos, supuestamente incompleta, a la que ninguna referencia hace la cláusula 3.2.3, relativa a la actividad en general de la CNC, y a la instrumentación de canales para que TSA accediera –cabe recordar, antes de la entrada en vigencia del contrato- a la información útil de esa actividad.

Luego, el presidente de la citada comisión de seguimiento y control, el imputado U , en el memorándum n° 1 (fs. 2121/2127), de acuerdo con aquel anterior dictamen, sostuvo que en la implantación de la base de datos para la gestión del espectro radioeléctrico se verifican tres etapas, en las que asumen obligaciones de diferente contenido tanto la concesionaria como la CNC. En ese sentido, señaló “(i) una primera etapa, previa a la entrada en vigencia del contrato, en la que la CNC debía 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 (3.2.3); (ii) una segunda etapa, a desarrollarse dentro de los 80 días siguientes a la entrada en vigencia del contrato, en el que TSA debía concluir con el diseño, estructura y los

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

programas que permitan a la CNC efectuar la carga de la información a la base de datos...” (fs. 2125). Agregó que dentro de 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 del otro. Sin más consideraciones sobre ese aspecto, sostuvo luego que TSA propuso una alternativa de trabajo que no ha sido suficientemente analizada de acuerdo a las constancias de autos, que permitiría superar las dificultades que se han verificado hasta la actualidad; y que los retrasos e incumplimientos que hasta ese momento pudieron haberse verificado debido a las dificultades técnicas y operativas encontradas –que se proyectan y trasladan al resto de las obligaciones– podían ser superadas mediante un nuevo cronograma que respondiera 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 satisfacer todos los requerimientos técnicos de los usuarios del sistema.

Cabe reiterar aquí lo expresado más arriba, en cuanto a que hasta ese punto ninguna constancia de la causa permitía siquiera sugerir que la CNC no hubiera cumplido con la organización de esos circuitos administrativos de información, o que TSA se hubiese visto impedida de acceder a esa información.

Tampoco aprecio en el informe pericial alguna explicación concreta acerca de los retrasos, incumplimientos, o dificultades técnicas y operativas –hasta ese momento no mencionadas en el expediente– a los que hace referencia ese dictamen, sino tan sólo vaguedades y generalizaciones.

Sin embargo, los términos de ese memorándum fueron repetidos mecánicamente por el Directorio de la Comisión Nacional de Comunicaciones en la resolución n° 83/99, por la que –un año y cuatro meses después del vencimiento del plazo establecido por contrato- se avaló la decisión de la empresa de incumplir con la obligación de entregar el sistema informático dentro del plazo que había sido acordado tan sólo dos meses y medio antes, lo que en mi opinión brinda sustento a la sospecha que los magistrados de primera instancia y de la cámara de apelaciones manifestaron acerca de la irregularidad de esa decisión y sus verdaderos motivos ocultos.

Por otra parte, aunque sumado a lo expuesto, aprecio que el *a quo* también omitió analizar mínimamente el fundamento por el que los peritos sostuvieron que TSA, al haber presentado el último de los tres subsistemas que componían el programa el día del vencimiento del plazo reprogramado (30 de septiembre de 1999), cumplió con su obligación, lo que resultaba especialmente exigible teniendo en cuenta que la Sindicatura General de la Nación, la Auditoria General de la Nación, la parte querellante y el representante del Ministerio Público Fiscal pusieron de relieve que el contrato preveía claramente que el plazo de entrega incluía la realización de las pruebas que garantizaran el adecuado funcionamiento.

En ese sentido, el artículo 3.2.5 establece que “El CONCESIONARIO deberá concluir, en ochenta (80) días, a partir de la entrada en vigencia del presente CONTRATO, con el diseño, estructura y los programas que permitan a la CNC, o quien ésta designe, efectuar la carga de información de la BASE DE DATOS, término que incluye la realización de las pruebas que garanticen su adecuado funcionamiento”.

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

Esos términos del contrato permiten sostener que entregar en determinado plazo no significaba, simplemente, dar algo, cualquiera fuere su calidad y condiciones, sea que funcione o no. Con base en aquéllos, es razonable entender que al vencimiento del plazo de entrega, el programa completo debía estar probado –por pruebas en las que, obviamente, debía participar personal de la CNC como modo de garantizar el adecuado funcionamiento- y operando correctamente, a fin de que no resultaran consumidos los plazos posteriores ni se prolongara de manera indefinida la corrección o enmienda de los errores del programa –en el caso, las pruebas y observaciones se prolongaron hasta noviembre de 2000-

En ese sentido se expresó la COMSEGUI, explicando que “Además, es importante tener presente que atento el carácter específico de los contratos informáticos, cuando nos referimos al plazo, debemos distinguir la mera entrega física del mismo en el lugar destinado a su operatividad, del cumplimiento integral de la prestación, que requiere de la instalación y puesta en marcha, las pruebas de adecuado funcionamiento y su recepción. En consecuencia, no bastará la entrega e inclusive la instalación y puesta en marcha de elementos aislados del equipo informático, sino que, con base en el concepto de “sistema”, la obligación de entrega y el cumplimiento del plazo pactado sólo se considerará efectivizada mediante la entrega, puesta en marcha y operación conforme del conjunto de los elementos componentes del sistema informático adquirido -Altmark, Daniel R., “Responsabilidad civil en contratos informáticos”, Informática y Derecho, volumen 6, “Régimen jurídico de los

bancos de datos”, páginas 45/46, edición 1998-” (fs. 1470/1496 del expediente CNC 910/2000, específicamente fs. 1486).

Tales consideraciones, sin embargo, no fueron objeto de la debida reflexión por parte de los magistrados que conformaron la opinión mayoritaria de la decisión apelada, quienes sólo repitieron la exégesis que contiene el informe pericial acerca de las disposiciones contractuales.

Esa omisión posee una especial significación, teniendo en cuenta que tanto el juez de primera instancia como los vocales de la cámara de apelaciones se apoyaron en la valoración en conjunto de aquellas disposiciones con los demás elementos y circunstancias detallados hasta aquí, para sospechar –a diferencia del *a quo*, que apreció los hechos del caso desde la óptica de un mero incumplimiento contractual- que tanto los representantes de TSA como los funcionarios públicos imputados también habrían sabido de antemano que la futura concesionaria no cumpliría con la obligación relativa al sistema informático, y que a pesar de ello recibiría mensualmente los ingresos acordados en el contrato.

VIII

1.- Sin perjuicio de que no serían necesarias ulteriores maniobras para tener por configurada la conducta prevista en la figura penal atribuida en el *sub examine*, estimo pertinente agregar que en el pronunciamiento del *a quo* tampoco se inquirió mínimamente acerca de los fundamentos y alcances de las afirmaciones que formularon los peritos acerca del funcionamiento del sistema que TSA se comprometió a entregar.

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

En efecto, el fallo se limitó a reproducir lo expresado en el segundo punto de ese informe, en el sentido de que “la única alternativa posible fue solicitar a la empresa T S de A , 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”.

Sin embargo, pienso que correspondía que los magistrados indagaran acerca de esas premisas en lugar de aceptarlas mecánicamente, lo que les habría permitido advertir que diversas constancias de la causa ponen seriamente en cuestión la última de esas afirmaciones, según la cual para poder probar el funcionamiento del sistema en la CNC debía estar finalizada la base de datos única.

En efecto, conforme lo destacaron la Auditoría General de la Nación y la Sindicatura General de la Nación con sustento en lo establecido en el contrato, el sistema informático debía ser entregado dentro de los ochenta días del inicio de la concesión, y ese término incluía -como se expuso *supra*- la realización de las pruebas que garantizaran su adecuado funcionamiento, por lo que la completitud de la base de datos no era condicionante para ello. Asimismo, invocaron la cláusula 1.5 del anexo “J”, en cuanto establece que “La falta de datos en dichos registros

[registros disponibles en los distintos archivos de la CNC] no deberá ser obstáculo para el desarrollo de algoritmos, rutinas y programas”.

Además, por la cláusula 3.2.6 del contrato se dispuso que “La CNC, o quien ésta designe, vencido el plazo de ochenta (80) días previsto en el punto anterior [3.2.5], dispondrá de doscientos diez (210) días para concluir con la carga de datos de la información especificada en el numeral 3.2.2”. Este último establece que “La CNC, o quien ésta designe, deberá integrar a la BASE DE DATOS, entre otra, la información actualmente disponible en la CNC y los datos que se obtengan del relevamiento inicial que se menciona en el numeral 3.8 [relevamiento respecto del uso y usuarios del espectro, a cargo del concesionario]”.

Por consiguiente, si la carga de la información en esa base debía estar concluida recién doscientos diez días después de la entrega del programa –que sería ser utilizado para efectuar la carga-, y si dicha información incluiría los datos obtenidos por TSA del relevamiento para el que contaba con un plazo de doscientos diez días simultáneo al anterior, cabe concluir necesariamente que la entrega del programa en adecuado funcionamiento no estaba condicionada por la finalización ni por el estado de la base de datos.

En este sentido se expresó también la COMSEGUI, en cuanto sostuvo que “Al respecto, conviene establecer desde el principio que la norma contenida en el numeral 3.2.5 del contrato no dice como afirma el concesionario que sin la carga de datos el sistema no resulta operativo. El sistema debía estar operativo, más allá de la carga de datos, en tanto debía ser susceptible de la incorporación de la información pertinente a la Base de Datos, es decir, que debía reunir la potencialidad necesaria para la

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

incorporación de los mismos” (expediente CNC 910/2000, fs. 1470/1496, en particular fs. 1485).

Por lo demás, advierto que cuando se entregaron las versiones 5.2 y 5.3 la base no estaba finalizada, a pesar de lo cual se pudo proceder a controlarlas y probarlas –formulándose diversas observaciones a la última de esas-. Y lo mismo ocurrió con la 5.4, aunque en este caso ni siquiera pudo ser testeado su funcionamiento –porque fue entregada el último día del término que fijó la cuestionada resolución CNC 83/99-.

En tales condiciones, no se advierte ni los peritos explicaron por qué razón, si en aquellas instancias no representó un obstáculo, en el examen pericial no pudo ser utilizada la base de datos de la CNC en el estado en que se encontraba –mientras que para realizar la prueba de funcionamiento “se cargo un conjunto de datos simulados y técnicamente representativos” (página 18, apartado 2.5.3, párrafo cuarto, de la pericia informática)-.

2.- Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, en este punto estimo pertinente señalar también que tanto el informe pericial como el pronunciamiento omitieron considerar diversas circunstancias que podrían resultar de interés para corroborar cómo fue el funcionamiento del programa durante las pruebas que realizó la CNC.

En efecto, conforme surge de aquel informe, los peritos sólo presenciaron la prueba que fue llevada a cabo en las instalaciones de la empresa TSA, por personal de esa firma –ninguno de la CNC fue convocado-, con datos simulados que dicho personal generó, y con un sistema que pudo haber sido objeto de diversas modificaciones y actualizaciones en los dos años y medio que transcurrieron entre la fecha

en que fue rechazado por aquel organismo público y la de ese peritaje -que no parece haber ahondado en ese aspecto-.

En mi opinión, llevar la respuesta a este punto de pericia más allá de ese particular contexto detallado sería una audacia, en especial teniendo en cuenta las constancias de las tareas de verificación y prueba que oportunamente llevaron a cabo los técnicos de la CNC junto con personal de TSA, sobre las diversas versiones del sistema, y que no fueron analizadas de manera concreta por los peritos ni por el tribunal *a quo* pese a que –como se dijo- podrían resultar de interés para conocer cómo fue el funcionamiento de aquellas al momento de su entrega –lo que motivó el rechazo y la devolución del sistema-.

En ese sentido, según las actuaciones del expediente CNC 910/2000, se detectó un gran número de fallas en la versión 5.3, lo que dio lugar a las objeciones de diversos técnicos de la CNC. Su transcripción completa y pormenorizada resultaría excesiva a los efectos que aquí se persiguen, para lo cual estimo que resulta suficiente señalar sólo algunas.

Ya en la nota CNC 5549 de 29 de julio de 1999 (identificada como anexo 31 del informe pericial informático), relativa a la evaluación previa realizada en Ottawa, Canadá, se expresó la conveniencia de esperar hasta su instalación en las oficinas de T S de A en la ciudad de Buenos Aires para completar el análisis previo, y se señaló la existencia de observaciones respecto de los módulos de esa versión –que fue testeada en esa oportunidad en los equipos de la propia empresa creadora y desarrolladora del software-.

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

En el informe de pre-evaluación de 27 de agosto de 1999 (fs. 1218/1222 del expediente 910/2000), se dejó constancia de que en el análisis del servicio HF/VHF/UHF y Microondas del Subsistema de Autorizaciones y Licencias, entre otras cosas, se comprobó que el manejo y navegación para el ingreso de datos hacía que la tarea demorara un tiempo excesivo, en comparación a la realización manual y/o a la efectuada con los precarios programas actuales; que el módulo no generaba una señal distintiva en forma automática; que no se podían realizar consultas que resultaban elementales en la práctica, como saber si en determinado domicilio existe una estación autorizada, sin conocer el nombre del cliente; que al intentar recuperar datos ingresados, aceptados y bien grabados, éstos no aparecían ante las consultas y en determinadas oportunidades el sistema se “colgó”, y que fue necesario reiniciar la sesión; que no se encontraron implementados en este módulo las pantallas correspondientes a los servicios de Radiodifusión, Trunking, Telefonía Rural y Telefonía Celular, así como las del Registro de Abonados y los documentos de salida de la Sección Licencias. Respecto de los Servicios Espaciales, la presentación de las pantallas mostró algunas fallas en el ingreso de información, y se constató que el desarrollo y flexibilidad de las pantallas no cumplía con ciertos conceptos que el área de servicios espaciales necesitaba y empleaba; no estaba implementado el ingreso de datos por medio magnético, que usualmente presentaban los prestadores de servicios y que figuraba en las especificaciones técnicas de 1998; había datos para los que no estaba prevista su validación, a pesar de que era importante que el sistema pudiera realizarlo automáticamente. En el caso de los subsistemas “Denuncias por Interferencias” e “Inspecciones”, se indicó que debido a la

gran cantidad de errores encontrados, no se pudo verificar más allá del ingreso de ciertos datos y formatos de reportes impresos, y que a esa fecha esos módulos no se encontraban operativos para su análisis. En el caso del subsistema “Análisis de la comprobación técnica del Espectro”, no se encontró implementado para su análisis. Por esa razón, se sugirió aprobar en forma *inicial* la versión 5.3, condicionando la aprobación final a que se incluyeran en ella todas las solicitudes de cambio presentes a diciembre de 1998, en perfecto funcionamiento, sin errores y con cumplimiento estricto de los requerimientos funcionales y técnicos indicados en cada caso, y se cumpliera también, en todos los subsistemas de la versión, con las especificaciones funcionales y técnicas aprobadas durante 1998.

Poco menos de un mes más tarde, el 17 de septiembre de 1999, integrantes de la Gerencia de Ingeniería y un analista de sistemas de la CNC emitieron un informe relativo a las tareas de verificación de la versión 5.3 efectuada entre el 10 de ese mes y aquella fecha (fs. 1213/1217), del que surge: 1°) que las observaciones y solicitudes de cambio presentes a diciembre de 1998 fueron cumplimentadas en forma parcial; 2°) que el módulo Autorizaciones y Licencias cumplía a grandes rasgos con las especificaciones funcionales y técnicas de 1998, no obstante lo cual no respondía a las necesidades de los usuarios, que lo observaron por dificultades en la navegación entre diferentes pantallas, carencia y falta de flexibilidad en las consultas tanto por pantalla, impresora o exportación a un archivo externo, incapacidad de manejo de registros históricos y auditoría, e indicaron también que no se encontraron implementados en ese módulo las pantallas correspondientes a los servicios de Radiodifusión, Trunking, Telefonía Rural y Telefonía Celular, así como las del Registro de

“Z. Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

Abonados y los documentos de salida de la Sección Licencias; 3º) que el módulo Facturación y Recaudación Unificada cumplía a grandes rasgos con las especificaciones técnicas y funcionales de 1998, no obstante lo cual recibió observaciones porque el formato de la factura no coincidía con lo especificado en aquel año, el recibo del arancel no coincidía con el formato de la factura, existieron problemas al momento de efectuar pagos a través de medio magnético, el sistema no permitía el pago de varias facturas con el mismo instrumento, y no se pudo realizar una facturación cuatrimestral de prueba.; 4º) que el usuario del subsistema “Denuncias por interferencias” observó que las especificaciones técnicas y funcionales formuladas en marzo de 1999 no se encontraban implementadas; 5º) que el usuario del subsistema Inspecciones observó que las especificaciones funcionales y técnicas formuladas en marzo de ese año no estaban implementadas, y que el sistema no respondía a las necesidades del área debido a que no manejaba los temas de allanamientos y fiscalizaciones, que eran las tareas básicas que allí se desarrollaban, y que a esa fecha el módulo no estaba operativo pues al intentar ingresar una infracción en lugar de aparecer la tabla de infracciones se mostraba el listado de clientes, entre otros errores; 6º) que sólo pudo verificarse lo ocurrido con la mitad de los problemas detectados en las pruebas realizadas en julio de 1999, y que aunque aproximadamente el noventa por ciento (de ese cincuenta por ciento de casos) habían sido corregidos, surgieron también otras observaciones que no se incorporaron al informe por estar fuera de su alcance.

A fs. 1261/1270 se encuentra el informe del Área de Servicios Espaciales, de 17 de diciembre de 1999, con las observaciones

sobre el curso desarrollado en el centro de capacitación de Thomson, en el que se concluyó que “El sistema AFMS para el Área Servicios Espaciales presenta muchos inconvenientes: a) en las pantallas (algunas no adecuadas al área), b) ingresos de datos y c) funcionalidad operativa. En conclusión, tal como está desarrollado, dista mucho de un sistema versátil, práctico y apropiado para el área”.

En el informe de la revisión realizada entre el 26 de noviembre y el 6 de diciembre de 1999 por los usuarios del subsistema de Autorizaciones y Licencias VHF/UHF y Microondas (fs. 1235/1242) se detallaron numerosas observaciones. Por mencionar algunas, se dijo que “1. La funcionalidad del sistema es objetable, en cuanto al tiempo que demanda la carga de datos. Comparando con los sistemas actuales puede decirse que este tiempo se incrementa de 7 a 10 veces más, siendo la posibilidad de cometer errores mucho mayor, debido a la complejidad de navegación entre sus múltiples pantallas...3. Existen casos en los cuales los campos que aparentemente tienen la misma especificación técnica aparecen duplicados en distintas pantallas incrementando la posibilidad de cometer errores de carga, provocando además posibles ambigüedades de cálculo sobre el futuro Módulo de Análisis Técnico...6. No se implementó en esta versión un algoritmo que genere automáticamente nuevas señales distintivas, para cada estación de una red. Además, no permite trabajar con dos números de expediente distintos, pertenecientes a un mismo cliente, que compartan la misma estación utilizando la misma señal distintiva...7. Para el caso de MCVHF se ha previsto la asignación de grupos, concepto equivocado ya que en estos tipos de sistemas pueden asignarse sólo canales Sx, SDx o Dx únicamente y no grupos de frecuencias...8. Esta versión no

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

satisface los requerimientos de facilidades de carga y asignación por grupos en forma completa o incompleta para los servicios de SRCE-Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces, RTRAM-Radiotelefonía Rural por Acceso Múltiple y SRMC-Servicio de Radiocomunicación Móvil Celular...13. El sistema no permite modificar el ítem “Servicio o sistema” de la pantalla SUD050, siendo necesario para este caso volver a cargar nuevamente la totalidad de la red si eventualmente esta situación (bastante común) llegara a producirse... 15. Hay configuraciones de red muy usuales que no es posible cargar [y se señalan ejemplos]...16. El sistema acepta que a dos clientes se les asigne exactamente el mismo número de expediente, lo cual es absolutamente incorrecto...17. Cuando se realiza una modificación de una red y se cancelan móviles, el sistema no permite salvar dichos cambios, y como consecuencia no permite continuar con la operación de modificación... 21. Es importante que el sistema le entregue al asignador, si éste lo solicitara, un reporte completo de la red. Esto es especialmente útil en sistemas complejos ya que al asignar el usuario tendría una visión global de la red, disminuyendo la sensación de “encontrarse perdido” debido a la excesiva navegación entre pantallas que brinda el programa AFMS. En conclusión, la versión 5.3 del Subsistema Autorizaciones y Licencias AFMS, tal como fue presentada contiene errores y observaciones –los cuales han sido expuestos en los párrafos precedentes- que no lo hacen operativo hasta su corrección, pues ya sea por su inexactitud, ambigüedad y/o indeterminación la naturaleza de estas fallas imposibilita la carga y manejo confiable de la información. Sin embargo, aunque subsanados estos inconvenientes, la filosofía a través de la cual rige su funcionamiento el

sistema ocasiona otros inconvenientes no menos graves, tales como dificultades en la navegación, imposibilidad práctica para la carga de grandes redes sin cometer numerosos errores, demoras excesivas en la realización de procesos simples y cotidianos, y el hecho de que las prestaciones de consultas y salida de reportes resultan absolutamente insuficientes...”.

En el informe de la Sección HF, de 8 de febrero de 2000 (fs. 1243/1244), se expresó “3) Reiterando lo manifestado en nuestros informes anteriores, no se pudo completar el ciclo del proceso de una autorización, destacándose que se le comunicó telefónicamente a los asistentes de Thomson que el sistema no permitía registrar el número de la autorización, informando los mismos que nosotros habíamos avanzado muy rápido y el AFMS no estaba habilitado todavía hasta esa parte. Al día siguiente, y en momentos de encontrarse el grupo de apoyo en el sector, se intentó cargar una red más complicada, comprobándose que el sistema no respondía, luego de que los asistentes trataron de solucionar el inconveniente, informaron que el problema era grave y que posiblemente tuvieran que cargar el AFMS nuevamente, quedando en consecuencia desactivado el sistema, sin haberse subsanado hasta el día de la fecha. 4) Las dificultades encontradas en el sistema de AFMS son las mismas que se expresaron en informes y reuniones, debidamente documentadas. 5) Pudo detectarse que no existen declaradas antenas de HF en la tabla respectiva, teniendo que ingresar una antena que no corresponde al servicio. Es necesario destacar que hasta tanto no se realice el proceso completo de una simple autorización no es posible opinar sobre el mismo. 6) El personal de TSA afectado al paralelo tiene muy buena voluntad y predisposición para

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

solucionar los inconvenientes, pero el mayor problema es la inoperancia del sistema, el que no cumple con los objetivos que se hacían mención durante el dictado de los cursos brindados al efecto”.

A su turno, el jefe del área Asignación de Frecuencias refirió (el 9 de febrero de 2000; fs. 1258) que la carga de la versión 5.3 sólo fue ejecutada en tres máquinas del área –la que contaba con veintiún puestos de trabajo-, distribuyéndose ella en cada uno de los sectores componentes –HF, VHF-UHF (fijo), y VHF-UHF (móvil)-, y que independientemente de ello, “Tal como resulta de nuestras pruebas, queda en evidencia que actualmente el sistema posee suficientes fallas como para no hacerlo confiable. Asimismo, tanto la operatoria de carga como de consulta presentan las dificultades de imponer procesos lentos y complicados (excesiva navegación entre pantallas). En consecuencia, cabe advertir que no es lo mismo pretender cargar exitosamente información en un sistema que probadamente satisfaga las expectativas del usuario, que hacerlo sobre uno que hasta el momento no presenta funcionalidad y, por ende, confiabilidad aceptable”.

Sin embargo, en el peritaje informático y en la decisión apelada nada se dijo específicamente acerca de estos cuestionamientos u observaciones, que no fueron tomados en consideración. Por el contrario, los peritos concluyeron que TSA entregó a la CNC ese subsistema respetando los criterios y metodología acordada para dicho evento, y que ese organismo lo aprobó, apoyándose al efecto en algunas notas de la empresa y en otras cursadas por algunos de los funcionarios que, precisamente, resultaron acusados en esta causa por haber violado sus deberes y perjudicado los intereses del Estado.

En ese sentido, con base en un acta que ellos mismos denominaron –pues no aparece así en su texto- “Acta de aceptación de la versión 5.3 (subsistema 5.3) del 31 de agosto de 1999”, dijeron que la COMSEGUI resolvió comunicar al concesionario sobre la aprobación de la versión 5.3, “sujeto al cumplimiento de los tópicos anteriormente mencionados. (Observaciones)”. Agregaron que el 6 de septiembre TSA informó a la CNC que a partir del 8 de ese mes el subsistema corregido estaría a su disposición, y propuso un cronograma para la constatación de las correcciones, entre el mismo 8 y el 16 de ese mes. Señalaron que por acta de 10 de septiembre el presidente de la comisión de seguimiento y control manifestó que “oportunamente es posible acusar recibo de la recepción del sistema AFMS, en sus versiones 5.2, 5.3 y 5.4, no obstante, la aprobación final del sistema dependerá del proceso de verificación que ya se ha iniciado en acciones combinadas entre los técnicos de la CNC y TSA”. Sostuvieron también “En relación a las observaciones formuladas y (textual) indicadas genéricamente y no en detalle en el Anexo 33: Nota NOTCNC N° 6767/99 del 2 de septiembre de 1999, las mismas se encaminaron entre los niveles técnicos de la CNC y TSA, según consta en el punto 2 y 6 del Anexo 35: Acta de la Comisión de Seguimiento del 10 de septiembre de 1999”. Y concluyeron con que “El 6 de diciembre de 1999 y luego de verificada por parte de la CNC la realización de las correcciones pedidas anteriormente, habiendo dado cumplimiento a las pautas generales y objetivos definidos en forma conjunta entre CNC y TSA en el correspondiente Plan de Trabajos se inició la implementación en paralelo del Subsistema 5.3”, para lo que invocaron una nota de la empresa de 21 de

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

diciembre de 1999, relacionada con la nota CNC 8339/99, de 28 de octubre de ese año (página 10 del informe pericial).

Estimo que ninguna de esas circunstancias permite sostener, como hicieron los peritos, que la CNC aprobó el subsistema 5.3.

En efecto, no advierto que en el informe pericial se indiquen cuáles son las constancias de las que surgiría que los técnicos de la CNC comprobaron que los defectos y observaciones formulados hubieran sido enmendados. Esta circunstancia no surge, a mi modo de ver, de la nota de TSA de 21 de diciembre de 1999, que los peritos invocaron en este punto (anexo 36 del peritaje), relativa a las características del proceso de implementación en paralelo del subsistema. Tampoco de la nota CNC 8339/99, de 28 de octubre de ese año (anexo 41 del peritaje), mencionada en la anterior, que el organismo libró a TSA “a efectos de comunicarle la recepción del AFMS en sus versiones 5.2, 5.3 y 5.4, instalado en los servidores y dispositivos del Centro de Capacitación de la CNC”, y en la que asimismo se informó que “las áreas respectivas de la CNC, han recibido instrucciones de proceder a la verificación del Sistema Informático entregado, de conformidad con las observaciones oportunamente formuladas”.

Lo mismo ocurre con el acta de la comisión de seguimiento, de 10 de septiembre de 1999 (anexo 35 del peritaje), en la que se apoyaron los peritos para sostener que las observaciones formuladas a la versión 5.3 “se encaminaron entre los niveles técnicos de la CNC y TSA, según consta en el punto 2 y 6”. Más allá de lo que dijo de modo unilateral el representante de TSA en esa oportunidad, lo cierto es que el representante de la CNC aclaró –en el apartado 2, segundo párrafo- que se

impartieron instrucciones de tomar todas las medidas para permitir que el proceso de verificación fuera llevado a cabo, y que no obstante la recepción de las versiones 5.2, 5.3 y 5.4, la aprobación final del sistema dependía del proceso de verificación que ya se ha iniciado en acciones combinadas entre los técnicos de la CNC y TSA –apartado 6, segundo párrafo-.

En suma, no aprecio que de los documentos invocados en el informe pericial surja expresa y concretamente que los técnicos de la CNC hayan constatado las correcciones reclamadas a TSA, ni el debido funcionamiento del sistema. No advierto que en ellos conste cuándo habría sido –supuestamente- realizada esa tarea de verificación, en qué consistió concretamente, quiénes habrían intervenido en ella, ni qué se comprobó en esa hipotética oportunidad. Ni el informe pericial indica, por lo demás, en qué otro documento o acta podría encontrarse esa información.

Pienso que ello tampoco puede inferirse de la implementación en paralelo de esa versión. Tal argumentación, utilizada por TSA frente a la imputación que se le formuló en el expediente CNC 910/2000, fue claramente refutada por la Gerencia de Jurídicos y Normas Regulatorias de la CNC en el informe de fs. 1476/1497, en cuanto explicó que “...debe necesariamente considerarse que la empresa recurre, como un elemento tendiente a generar la convicción de que el sistema AFMS fue aceptado, a la implementación en paralelo de las versiones 5.2 y 5.3; cuando en realidad aquellas se instrumentaron como una manera de continuar las pruebas y verificaciones correspondientes, por lo que lejos de ser un signo de su aprobación opera como un elemento tendiente a acreditar

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

la realización diligente de las tareas de verificación por parte de la Administración” (fs. 1487).

En tales condiciones, estimo que la opinión que se formuló en el informe pericial sobre la supuesta aprobación de la versión 5.3 carece de apoyo en las constancias que se invocaron al efecto, y resulta cuestionable con base en las diversas críticas y observaciones –detalladas *supra*- de las que fue objeto de parte de los técnicos del organismo, de manera previa, contemporánea e inmediatamente posterior a la implementación del sistema “en paralelo”.

Como consecuencia de ello, también se muestra como infundada y dogmática la mera afirmación de que “En los Subsistemas 5.2 y 5.3 se detectaron observaciones, las que de haberse completado los procesos de implementación, se estima se habrían solucionado” (página 14 del informe pericial).

Por otra parte, también la versión 5.4 del sistema fue objeto de diversos cuestionamientos y críticas.

En efecto, de acuerdo con el dictamen de la Gerencia de Jurídicos y Normas Regulatorias de la CNC, incorporado a fs. 1284/1291, las tareas de verificación se llevaron a cabo en el expediente CNC 5105/2000, y por ellas se constató que “el sistema AFMS no cumple con los requerimientos aprobados por el organismo –fs. 412/501- y por lo tanto no satisface las necesidades de la CNC” (fs. 1288, primer párrafo).

Asimismo, dicho dictamen destaca que en aquel expediente se sostuvo que “El sistema no cumple con las especificaciones técnicas, las especificaciones y el software no dan cuenta de las necesidades operativas del organismo vertidas en los requerimientos

oportunamente aprobados (fs. 479 a 597)...y que los errores conceptuales presentes en los documentos de las Especificaciones Técnicas se propagaron al Sistema Informático, lo cual en estas condiciones imposibilita su implementación”, y se concluyó que “por lo expuesto el sistema no cumple con las Especificaciones Técnicas, en tanto que por los resultados obtenidos de la comparación y por las escasas prestaciones que brinda el sistema AFMS, no satisface las necesidades operativas del organismo (fs.1005/1010)” (fs. 1288, segundo párrafo).

Además, se indicó que durante ese proceso de comparación de la versión 5.4 con las especificaciones técnicas, TSA reconoció haber sustituido la versión instalada en el centro de capacitación, por otra nueva que no fue recibida por la CNC, según los representantes del organismo (fs. 1288, tercer y cuarto párrafos).

Esa última circunstancia se encuentra registrada en algunas de las actas indicadas en el peritaje informático. En efecto, casi cinco meses después de la evaluación que se realizó el 17 y 18 de mayo de 2000, en la reunión que subsiguió a tales efectos, “TSA manifiesta que se han introducido ciertas modificaciones del software a partir de las observaciones realizadas en las actas de 17 y 18 de mayo ppdo.”, y que “El Ing. C , el Ing. y el Sr. H B de CNC manifiestan que lo que TSA ha propuesto es revisar una nueva versión del software” (acta de 12 de octubre de 2000; anexo 48 del informe pericial). En la del día siguiente, 13 de octubre, consta que, frente a la nueva propuesta de revisión la CNC reiteró que “entiende que se trata de una nueva versión del sistema informático AFMS 5.4, y que por tanto entiende

“Z, Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

al referido punto como una propuesta que será evaluada por las autoridades del organismo” (también anexo 48 del informe pericial).

El *a quo*, sin embargo, omitió toda consideración en particular sobre este punto, a pesar de la especial significación que tendría la modificación que TSA dijo haber llevado a cabo en el sistema, no sólo por el alcance que le atribuyeron los técnicos de la CNC al entender que implicó la presentación de un nuevo sistema, sino por cuanto además implicaría el reconocimiento de la propia empresa acerca de la relevancia de las observaciones formuladas por los técnicos del organismo en aquella oportunidad.

También otro informe de esa Gerencia de Jurídicos y Normas Regulatorias, que se encuentra a fs. 1476/1497 de aquel expediente, puso de relieve los cuestionamientos que los técnicos de la CNC formularon acerca de la versión 5.4, y que motivaron su devolución a TSA.

En aquél se refirió que, luego de la presentación y evaluación llevadas a cabo en el mes de mayo de 2000 –con personal de T S, e ingenieros y otro personal especializado de la CNC- se procedió, entre octubre y noviembre de ese año, a comparar las especificaciones técnicas de los módulos comprendidos en esa versión y las constataciones y resultados de aquella anterior presentación –del 17 y 18 de mayo-, así como también a examinar su funcionalidad con base en las exigencias esenciales de las actividades del organismo.

Las numerosas observaciones formuladas a partir de esa evaluación se encuentran detalladas en las correspondientes actas -y documentación complementaria-, que fueron agregadas al peritaje

informático como anexos 46 a 62. Sin embargo, este informe pericial se limitó a expresar al respecto que “De la lectura de la documentación arriba detallada, surge la existencia de un intercambio fluido y permanente entre la CNC y la Empresa, orientado a resolver las observaciones pendientes para la implementación del Sistema Informático” (página 12, apartado 1.7.1, último párrafo), y 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” (página 15, apartado 1.8.2, tercer párrafo).

En mi opinión, no sólo la particular apreciación acerca de la orientación del denominado intercambio entre los representantes del organismo y los de TSA no se encuentra fundada con alguna referencia expresa y detallada a aquellas actas, sino que también estimo que constituye una mera afirmación dogmática la calificación –como ajustes o modificaciones usuales- que se hizo de las objeciones que se formularon contra el sistema presentado por TSA, teniendo en cuenta que, como se dijo más arriba, el informe pericial omitió considerar los cuestionamientos y defectos que surgen de aquellas actas y documentación, y efectuar un análisis y exposición con el alcance que imponía la significación que esas observaciones tienen para la determinación de las condiciones en que fue presentado el sistema informático, y que motivaron su rechazo por parte del organismo.

En relación a este último aspecto, no puedo dejar de destacar la errónea interpretación que, a mi modo de ver, los peritos

“Z. Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

hicieron de los términos de la nota (CNC 7749/2001; anexo 63 del informe pericial) por la que se devolvió el sistema informático. Según aquéllos, “De lo expuesto surge que, independientemente de la solución a que se hubiera arribado respecto de las observaciones, la nueva conducción de la CNC ratificó que: 1. La conducción anterior de la CNC **procedió a la recepción** [la negrita se encuentra en el informe] del Sistema Informático AFMS. 2. Planteó 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.” (página 13 del informe).

En primer lugar, aunque el peritaje no permite comprender cuál es el significado que se pretendió dar, mediante el empleo de énfasis, a la oración del punto 1, lo cierto es que carece de todo sustento la intención de atribuirle a los términos de la citada nota cualquier otro alcance que el de que el sistema sólo fue puesto a disposición de la CNC, sin alusión a su funcionamiento ni al cumplimiento del plazo y demás condiciones contractuales de entrega. Adviértase, en ese sentido, que el informe se apoya en un pasaje de la nota en el que se expresa “En consecuencia, notifícole que el Directorio de la Comisión Nacional de Comunicaciones ha resuelto: 1. 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 del Espectro Radioeléctrico, mediante NOTCNC 8339/99 del 28 de octubre de 1999”. Y hasta esa fecha no se había efectuado ningún control ni testeo sobre la

versión 5.4, de manera que difícilmente la nota haya hecho alusión a tales cuestiones.

En segundo lugar, aprecio que el informe pericial presenta “las nuevas necesidades planteadas” como exclusivo factor determinante del rechazo del sistema informático, lo que a mi modo de ver no se ajusta ni a lo actuado desde el inicio de la concesión (entre otras constancias, ver en el anexo 23 del peritaje informático, las fojas identificadas con los números 106/107, 110/111 y 113), ni al contenido de aquella nota 7749/2001, en la que claramente se expresó que “Al resolver [devolver el sistema], la CNC también contempló los errores detectados por los usuarios y técnicos en el sistema informático AFMS, los cuales fueron reflejados en las distintas actuaciones labradas con la intervención de éstos. Aun cuando dichos errores fueran corregidos, el sistema informático AFMS no podría satisfacer las nuevas necesidades planteadas”.

El supuesto previsto en esa última oración, a mi modo de ver, no disminuye de por sí la relevancia de los numerosos defectos detectados en el sistema -como parece sugerir el informe pericial- ni lleva a negar que tales deficiencias hubieran constituido razón suficiente para rechazarlo -lo que, cabe recordar, tampoco se sostuvo con la debida fundamentación en el peritaje informático, en el que no se efectuó una referencia detallada acerca de la entidad de las observaciones formuladas contra el sistema-. Los términos empleados en la nota para explicar su devolución no permiten inferir que éste habría sido rechazado inclusive aunque no hubiera recibido observaciones. Por consiguiente, con base en tales consideraciones es factible asumir, contrariamente a lo expresado en el peritaje, que no correspondía aceptar o aprobar en esa instancia el

“Z Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

sistema con las deficiencias que presentaba, y que, a pesar de rechazarlo, el organismo decidió dar otra oportunidad a TSA en lugar de iniciar el procedimiento sancionatorio previsto en el contrato –sin que esto implique pronunciarse acerca del acierto o error de haber optado por tal curso de acción-.

En tales condiciones, tanto en el informe pericial como en el pronunciamiento apelado se omitió considerar todas las objeciones y observaciones que hicieron los técnicos de la CNC, sin analizar ni explicar mínimamente por qué razón, eventualmente, no resultarían de utilidad para determinar cómo fue el funcionamiento del sistema en aquel momento y si cumplía o no con los requerimientos o exigencias propios de las funciones y actividades del organismo.

3.- Por otro lado, aprecio que el pronunciamiento apelado es producto de una mecánica e irreflexiva aceptación de la pericia informática en cuanto se sostuvo que “De acuerdo a este nuevo cronograma acordado entre la CNC y la empresa [establecido por la resolución CNC 83/99], el Sistema Informático debía estar en condiciones de funcionar (o sea listo para su testeo operativo y con los datos cargados) antes del día 30 de septiembre de 1999” (página 5, primer párrafo, del informe); que “al 30 de septiembre de 1999 el organismo debía realizar la unificación de la información de la base de datos que permitiera efectuar su posterior carga en el Sistema Informático” (página 29, segundo y tercer párrafos), y que “a la fecha de entrega del Sistema Informático....la CNC reconocía carecer de una base de datos homogénea y compatible susceptible de ser integrada al sistema provisto” (página 35, tercer párrafo, del informe).

Con base en esas afirmaciones, el magistrado que presidió el acuerdo añadió: “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**” (fs. 2267; el énfasis fue agregado en el fallo).

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas hasta aquí acerca de dicha resolución CNC 83/99, estimo que ni sus términos ni los de la propuesta de reprogramación de plazos que efectuó TSA, a la que esa decisión se remitió, habilitan la afirmación de los peritos en el sentido de que el sistema informático debía encontrarse con los datos cargados al 30 de septiembre de 1999.

En efecto, en esa propuesta se expresó que “Por las razones expuestas TSA propone a la CNC reprogramar los plazos de la puesta en funcionamiento del sistema AFMS, y establecer, en consecuencia, que dicho sistema deberá encontrarse en funcionamiento en su totalidad antes del 30 de septiembre de 1999...” (fs. 2174/2190, específicamente fs. 2181, primer párrafo).

Que el sistema debiera “encontrarse en funcionamiento en su totalidad” antes de esa fecha, sólo significó que todas sus versiones debían estar finalizadas, y su adecuado funcionamiento testado dentro de

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

ese término, como lo dispuso el contrato original respecto –precisamente- de la obligación incumplida por TSA.

Considerar, como hicieron los peritos y el *a quo*, que por medio de la resolución 83/99 también se pretendió sincronizar el vencimiento de la obligación de carga de información de la CNC con el de la obligación de TSA de entregar el sistema, implicaría igualar los plazos de obligaciones que en el contrato eran sucesivas, eliminando así el término con que contaba el organismo según las disposiciones originales del contrato -de doscientos diez días posteriores a la entrega del programa con el que se habría garantizado la carga de información de manera ajustada al sistema informático-, en contraposición con el sustancial beneficio que significó para TSA, cuya obligación fue aplazada por casi dos años. No se trataría, en ese caso, de una modificación de plazos sino de obligaciones, por la que –invirtiendo su orden- se estaría colocando a la carga de la información de la base de datos como condición de la entrega del sistema informático que, precisamente, era necesario para ese fin.

Cabe destacar la confusión que se genera en este punto a partir de la contradicción que presentaría el informe pericial, y que no fue mencionada por el *a quo*, desde que en la página 27 (apartado 4.3, último párrafo) se expresó que por la resolución 83/99 se prorrogó hasta el 30 de septiembre de 1999 “el inicio de la obligación de carga de datos a cargo de la CNC”.

Sin perjuicio de ello, aquella inteligencia también resulta contradicha por el contenido del acta de la reunión de la comisión de seguimiento y control del concesionario del servicio, del 6 de julio de 1999 –posterior a la resolución 83/99-, particularmente por la referencia que se

hizo en esa oportunidad “Respecto de la futura carga de la información en el sistema AFMS que realizará la CNC en cumplimiento de su obligación establecida en el contrato de concesión (artículos 3.2.6, 3.2.7 y 3.6.4)...” (anexo 26 del informe pericial informático). Está claro, pues, que ya en ese momento se interpretó que la obligación de cargar la información no había empezado, y comenzaría más adelante –dos meses después, cuando TSA entregara el programa correspondiente-, de acuerdo con el artículo 3.2.6 del contrato de concesión –que establece para ello un plazo de doscientos diez días a partir de esa entrega-.

Por otro lado, aprecio que la afirmación que se formuló en el peritaje en el sentido de que el programa debía encontrarse al 30 de septiembre de 1999 “listo para su testeo operativo”, tampoco encuentra sustento en los términos de la resolución 83/99 ni en los de la propuesta de TSA, e implica una modificación de la obligación original de que todas las pruebas que garantizaran su adecuado funcionamiento fuesen realizadas dentro del plazo de entrega del sistema, beneficiando de manera injustificada a la empresa y perjudicando de igual manera a la CNC, desde que le permite a aquélla llevar a cabo las pruebas del funcionamiento con posterioridad a la entrega, por un tiempo indeterminado.

Sin perjuicio de lo expuesto, aun si se concediera que por dicha resolución se estableció que el sistema debía encontrarse en funcionamiento en su totalidad, con las respectivas obligaciones cumplidas por ambas partes, antes del 30 de septiembre de 1999, también sería pasible de objeciones la opinión de los peritos en el sentido de que TSA cumplió con su obligación, ya que no sólo la versión 5.3 del sistema, como antes se destacó, presentaba numerosos defectos y no estaba operativa, sino que

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

además la empresa puso la versión 5.4 a disposición de la CNC ese mismo día 30, eliminando así toda posibilidad cargar los datos, e inclusive de controlar ese último subsistema, integrarlo con los dos anteriores, y testear su funcionamiento como un sistema completo.

Como adelanté, el voto mayoritario del *a quo* pasó por alto esas consideraciones, y también en este aspecto se limitó a reproducir el informe pericial, omitiendo una apreciación crítica de los antecedentes obrantes en la causa, la que le habría permitido advertir, además, que el artículo 3.2.9 que invocó alude claramente a las obligaciones de TSA posteriores a la carga de la información por la CNC, pero no a las previas, como las de diseñar y elaborar una base de datos con las características previstas en el contrato, y entregar el sistema informático y el programa que debía ser utilizado para aquella tarea de carga de información, la que, por otra parte, debía ser conformada -entre otros- con los datos que se obtuvieran del relevamiento inicial de uso y usuarios del espectro que TSA debía realizar, de acuerdo con el artículo 3.8.1 del contrato, y sobre cuyo cumplimiento el informe pericial no se expidió de manera concreta -ver en este punto fs. 108, apartado 2.e, y fs. 1135, apartado 4.5.2-.

4.- Por otro lado, y sin perjuicio de la relevancia que quepa dar al estado de la información que la CNC debía integrar a la base de datos -teniendo en cuenta el incumplimiento que se atribuye a TSA de su previa obligación de proveer al organismo, en las condiciones establecidas por el contrato, del sistema informático y programas con los que se efectuaría la carga de aquellos datos-, estimo pertinente señalar que, en mi opinión, también en este punto el pronunciamiento apelado aceptó de manera irreflexiva el informe pericial informático.

Así lo considero, desde que aprecio que el *a quo* se limitó a sostener que la operatividad del sistema estaba supeditada a que la CNC cumpliera con la carga de datos en el sistema provisto e instalado por TSA (fs. 2269 vta., segundo párrafo, y fs. 2270, segundo párrafo), en sintonía con de dicho informe en cuanto se expresó que “La información correspondiente a la Base de Datos para poder dar inicio al uso operativo de la herramienta informática de manera integral era responsabilidad de la CNC, y no se encontraba entregada (Punto Pericial 4)” (página 17 del informe), y 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 artículos 3.2.6 y 3.2.7 del Contrato de Concesión” (página 35)

De esa manera, omitió considerar detenidamente cuál es el alcance que cabría darle a esas afirmaciones, teniendo en cuenta, por un lado, que el punto de pericia n° 4 no habría estado dirigido específicamente a determinar si la información de la CNC estaba en condiciones de permitir el uso o funcionamiento total del sistema informático, sino de ser integrada al sistema; y por el otro, que los peritos no se expidieron acerca de si la carga parcial de la información –utilizando la que no mereciera ser corregida o completada- hubiera permitido poner en funcionamiento el sistema informático, sin perjuicio de la paulatina y posterior incorporación de la restante.

Por lo demás, no puedo dejar de reiterar, en este aspecto, que parte de la información que debía ser cargada en la base de datos, de acuerdo con el artículo 3.2.2 –al que remite el 3.2.6-, consistía en la que se obtendría del relevamiento inicial de uso y usuarios del espectro que era

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

obligación de TSA de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.8.1, y sobre el cual los peritos no hicieron mención concreta alguna a pesar de que la CNC negó que hubiera sido cumplido en las condiciones que correspondía -ver fs. 108, apartado 2.e, y fs. 1135, apartado 4.5.2-.

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo pertinente señalar dos últimas cuestiones relacionadas con este aspecto del pronunciamiento del *a quo*.

La primera, radica en que, conforme lo estableció el contrato de concesión, la información debía ser cargada en la base de datos mediante la utilización del programa que TSA se obligó a diseñar, desarrollar y entregar en determinado plazo, que incluía la realización de las pruebas de su adecuado funcionamiento.

Como se explicó a lo largo del presente, los elementos agregados a la causa llevaron a cuestionar seriamente que TSA haya cumplido con esa obligación en las condiciones en que correspondía. A poco de entrar en vigencia el contrato la propia empresa sugirió -por medio de la nota que dio origen a la resolución CNC 83/99; fs. 2108/2110- que la CNC continuara cargando información con el sistema que venía utilizando y debía ser reemplazado, a lo que las autoridades del organismo accedieron, sin razones válidas según la valoración que hicieron el juez de primera instancia y los de la cámara de apelaciones..

Como consecuencia de ello, la CNC se vio privada de la posibilidad de trabajar con el programa que -es factible asumir- pudo haber permitido evitar las inconsistencias, deficiencias y dispersión de datos señaladas en el informe pericial, garantizando la compatibilidad de la

información con el sistema informático (en ese sentido, informe del Gerente de Administración de Recursos de la CNC, a fs. 2115/2117).

El pronunciamiento apelado, sin embargo, omitió toda consideración sobre este aspecto.

En segundo lugar, estimo que el *a quo* hizo un análisis superficial respecto del estado de la información de la CNC, según el detalle que efectuaron los peritos.

En ese sentido, en el mes de enero de 1998 ALTEC S. E. había finalizado casi la totalidad de la tarea contratada por la CNC en marzo de 1997 (es decir, antes del comienzo de la concesión), y que consistió en la carga de archivos manuales en soporte magnético; la realización de programas de conversión de archivos que no tenían programas asociados y la puesta de esos archivos en la red de la CNC; y el relevamiento, análisis e implementación de un servicio de digitalización de documentos. Sin embargo, no abarcó toda la información necesaria para utilizar en el AFMS (anexo 84 del informe pericial informático).

En diciembre de 1997 la CNC habría encomendado a A. S.E. la realización de las tareas necesarias para actualizar y ordenar la información. Aunque de la pericia informática no surgen concretamente los alcances de dicho contrato –que tampoco fue agregado al informe-, en su anexo 85 se encuentra una copia de la cotización de las tareas acordadas, con el respectivo detalle, cuya extensión aconseja no transcribirlas aquí.

También en la nota de 27 de enero de 1998 incorporada en el anexo 84 se encuentran mencionadas algunas de las tareas que faltaban en ese momento, por ejemplo, 1) actualizar la carga de

“Z Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

autorizaciones, lo que se dejó de hacer a mediados de noviembre de 1997, por lo que restaba cargar 1545 nuevas disposiciones de la gerencia de ingeniería, y casi 30.000 resoluciones relativas al servicio de radioaficionados, además de que era necesario generar un mecanismo que permitiera actualizar la información correspondiente –a un ritmo de 300 autorizaciones por mes- hasta que el sistema estuviera completamente operativo; 2) crear una base de datos de distintivos de llamadas, debido a que aproximadamente 406.000 se encontraban en distintos medios magnéticos, y otros 100.000 registros se encontraban escritos en libros, algunos de los cuales presentaban notables deterioros y estaban desactualizados –se sugirió, además, actualizar un relevamiento de distintivos de llamadas efectuado en 1995, para precisar la cifra de los que faltaba cargar-; 3) desarrollar los programas de conversión que permitieran la normalización de 54 archivos que poseían software asociado –se destacó, sin embargo, que algunos campos de esos archivos podrían ser convertidos de manera automática, pero que otros requerirían necesariamente el procesamiento manual, el que sólo podría ser realizado cuando se dispusiera del método de carga en el AFMS que TSA no había entregado, desde que hasta esa fecha se desconocía dónde y cómo se introduciría esa información-; 4) dar tratamiento a las más de 28.000 caducidades de autorizaciones que estaban próximas a ser notificadas, que se sumaban a las 12.000 autorizaciones que habían caducado en forma automática, tramitando la baja de las frecuencias y/o señales distintivas asignadas, tarea de suma importancia y de tal envergadura que no podría ser llevada a cabo con el personal estable de la CNC; 5) analizar, detectar y corregir cada autorización que estuviera incorrectamente facturada por no haberse

aplicado hasta ese momento el artículo 19 de la resolución n° 10 SETYC/95, lo que tampoco podía realizarse con personal de la CNC.

El informe pericial, sin embargo, no posee explicación alguna acerca del desarrollo de esas tareas, ni expone cómo finalizaron, sino que directamente traslada su análisis al mes de julio de 1999.

Con invocación del acta de la reunión que llevó a cabo la comisión de seguimiento y control el 6 de ese mes (anexo 26), el informe pericial sostiene (página 28) que la CNC consideró que, a fin de posibilitar la carga de información, resultaba necesario efectuar previamente una limpieza de los datos, y al efecto se procedió –sin más- a la contratación de una empresa propuesta por TSA.

El informe no expone otras verificaciones posteriores sobre las que se hubieran podido apoyar los peritos para sostener que para el 30 de septiembre de 1999 el organismo no había realizado la unificación de la información de la base de datos que permitiera efectuar su carga en el sistema informático.

Como se explicó *supra*, en esa fecha la CNC no debía concluir la carga de información, sino que -en el caso que TSA hubiera presentado el sistema en las condiciones pactadas, lo que nunca ocurrió- habría sido el primero de los doscientos diez días con que el organismo contaba al efecto. No obstante ello, aprecio que el informe no cuenta con concreta y expresa fundamentación acerca de cuál era el estado de la información en aquella fecha. En ese sentido, por ejemplo, ninguna mención se hizo acerca del cumplimiento del relevamiento que conformaría la base de datos y era obligación de TSA, y se omitió también mencionar que, conforme surge de la nota agregada como anexo 25, a comienzos de

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

noviembre de 1999 la limpieza de datos que se encomendó a la empresa sugerida por TSA estaba cumplida en el noventa y nueve por ciento.

La siguiente mención que en el informe se efectuó en este aspecto corresponde a los primeros días del mes de febrero de 2000, y se refiere a la verificación que se llevó a cabo sobre la estructura de los datos convertidos y su compatibilidad con el sistema informático AFMS. Según el informe, surgieron numerosos problemas de distinta índole en esa tarea de compatibilización.

El *a quo*, sin embargo, se limitó a aceptar mecánicamente y a reproducir los términos del informe pericial, sin siquiera tener en cuenta al menos -como se también se destacó más arriba- que la obligación de TSA de entregar el programa que con que debía efectuarse la carga de datos -en la base que esa misma empresa debía desarrollar- apuntaba, precisamente, a evitar tales problemas de validación y compatibilización.

No se trata el caso *sub examine* de un enfrentamiento entre el organismo público y la empresa por los alcances de sus obligaciones, ni de la recíproca atribución de incumplimientos, como a mi modo de ver fue representado en algunos pasajes del pronunciamiento impugnado. Se trataría por el contrario, según las imputaciones formuladas en la causa, del acuerdo entre funcionarios públicos y representantes de la firma para que ésta obtuviera la concesión del servicio y recibiera el dinero previsto como contraprestación a pesar de que no cumpliría como correspondía con sus obligaciones.

En ese contexto, cabría valorar de manera conjunta, y no aislada como se hizo en el pronunciamiento, la situación de desorden y dispersión en que se encontraba la información del organismo al comienzo

de la concesión –que ni los funcionarios públicos ni los representantes de la empresa dijeron haber desconocido-, el alegado incumplimiento de aquella obligación de TSA -que se pretendió convalidar por medio de la resolución CNC 83/99- y lo dispuesto en el artículo 3.2.9 del contrato.

5.- Por último -en lo que respecta al peritaje informático- aprecio que el pronunciamiento apelado se limitó a transcribir que “La 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” (fs. 2266 del principal, y página 25, punto 3.4.2 del peritaje), efectuando también en este aspecto una automática remisión a la opinión de los peritos, que no estuvo precedida por la debida valoración de los hechos relevantes del caso, ni de las constancias y elementos en que aquéllos se apoyaron.

Tal examen le habría permitido al *a quo* apreciar, en primer lugar, que más allá de la solvencia técnico-científica y experiencia que A_ S hubiera adquirido en los años posteriores a la concesión que obtuvo en Argentina, era razonable también fijar la atención en el tiempo anterior a esa contratación, para determinar si las cualidades y capacidades que poseía en ese momento garantizaban que TSA podría cumpliría debidamente con las obligaciones que asumió.

Sin embargo, la mayoría de los antecedentes que los peritos mencionaron –y que fueron extraídos en gran parte de la página web de S_ ; ver anexos 78, 79, 80 y 83 del informe- son posteriores al procedimiento de licitación y al inicio de la concesión de la gestión de

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

espectro radioeléctrico de la Argentina –algunos de ellos redactados en alemán o en inglés, sin traducción; ver anexos 75, 77, 82-.

En efecto, de los antecedentes de participación en eventos internacionales relativos a las telecomunicaciones, sólo dos son anteriores. Los restantes siete son posteriores a la contratación -como mínimo, de dos años después-. Por lo demás, del texto que se obtuvo de la página web no surge siquiera en qué consistieron esas participaciones, ni lo aclararon tampoco los peritos (anexo 78, páginas 1 y 2).

Asimismo, las constancias relacionadas con la participación en organismos internacionales relativos a telecomunicaciones ni siquiera indican cuándo Spetrocan fue aceptado en las dos entidades que se mencionan en el peritaje (UIT y CITEL), y de la publicidad obtenida de la página web de la empresa sólo surge una mención genérica a seminarios en los que habrían intervenido sus técnicos en África, Medio Oriente y Asia. Lo mismo ocurre con el antecedente referido al Instituto de Gestión Ejecutiva de las Telecomunicaciones de Canadá (página 21 del peritaje, página 1 de su anexo 78).

Tampoco el ítem relativo a la experiencia internacional en el diseño y provisión de sistemas informáticos (página 22, punto 3.3.2.1 del peritaje) contienen información acerca de las fechas de todos los trabajos en los países que allí se señalan, ni en qué consistieron esas actividades (la lista de países se obtuvo de la publicidad de esa firma; anexo 78, página 3).

Sin perjuicio de ello, el mencionado anexo 78 contiene una descripción de los proyectos principales, según los términos empleados por la propia empresa (páginas 4 a 10).

Cuatro de esos proyectos son anteriores a su participación en la concesión en Argentina: los de Indonesia, Singapur, Malasia y Canadá –éste sólo consistió en actualizar el sistema de asignaciones y autorizaciones ya existente-. Y el peritaje no cuenta con información que permita determinar con certeza cuál fue el resultado de esos trabajos –repárese en que, según la presentación de la Oficina Anticorrupción de fs. 3215/3230, el producto presentado en Argentina fue creado en función de las necesidades de Indonesia; ver fs. 3228-. En mi opinión, ello no se puede establecer con la publicidad de la empresa incorporada al informe, cuya exactitud, además, puede ser puesta en duda teniendo en cuenta que en el apartado correspondiente a Argentina expresa –entre otras frases cuestionables- que “los servicios que se proporcionaron durante el proyecto incluyeron diseño y desarrollo de la base de datos, instalación del sistema, documentación del sistema, capacitación y administración de la base de datos”, cuyo incumplimiento, por el contrario, le es atribuido en la presente causa a TSA.

De los desarrollados con posterioridad, por lo menos tres años después de obtenida la concesión en Argentina, la mayoría (siete) consistió en estudios sobre la situación de determinados países, consultorías y seminarios. Sólo dos consistieron en la provisión de un sistema de gestión y comprobación técnica del espectro, el de Nicaragua y el de L –el primero, en realidad, fue obtenido por LS telcom, empresa que adquirió a S, -, pero ni el peritaje ni su anexo cuentan con información sobre el resultado de esos trabajos.

También pasó por alto el *a quo* que el propio informe genera incertidumbre acerca de la fecha en que Spectrocan comenzó sus

“Z..., Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

actividades específicas, pues aunque en la conclusión se indicó que fue en 1982, en la página 23 se expresó que A I L l –ex A Ve O P Limited, fundada para construir una planta de producción de aceite vegetal- en 1988 inició su transformación a negocios relacionados a la ingeniería, construcción y tecnología, lo que permite dudar que en 1982, seis años antes, hubieran desarrollado su principal producto informático –según indicaron los peritos en la página 22-.

Sumado a ello, no hay constancia alguna -inclusive las extraídas de la página web de esa empresa- de la que surja que A haya desarrollado algún trabajo en la materia antes de 1989.

IX

Ciertos defectos del pronunciamiento, tocantes a la apreciación de las conductas atribuidas y al tratamiento de la prueba en que se fundó la imputación, se trasladaron al aspecto relacionado con el perjuicio patrimonial que se provocó a la administración pública.

En efecto, el magistrado que presidió el acuerdo consideró que “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 patrimonio público estatal –requisito típico exigido por la figura endilgada-, que se afirma habría sido determinado por aquél” (fs. 2282, apartado V, primer párrafo).

También aquí se evidencia la sesgada apreciación de los hechos, en tanto el *a quo* insiste en evaluarlos como un incumplimiento contractual, lo que -como se destacó- es un error, desde que el objeto de

imputación está integrado por la irregular reprogramación de la fecha de entrega del programa, por la que sin justificación válida se permitió a TSA seguir cobrando mensualmente el setenta y cinco por ciento de la recaudación de la CNC hasta septiembre de 1999, es decir, durante dos años –en principio, porque luego siguió cobrando a pesar de no haber presentado el sistema en las condiciones pactadas-.

Sin perjuicio de ello, advierto que el fallo apelado se limitó a reproducir la opinión de la perito contadora oficial, y omitió su debido análisis.

En ese sentido, el *a quo* aceptó la respuesta que aquella dio al primer punto de pericia -que consistió en determinar si la prestación requerida por TSA en su oferta tenía sustento en los costos de su contraprestación y constituía una ganancia razonable- con base en “información confeccionada para la presentación de la oferta (año 1997), pero que formalmente no consta en el expediente de la misma por no ser necesaria su inclusión” (página 9 del informe contable).

Sin embargo, el *a quo* no tuvo en consideración que el informe no explica en qué se apoyaron los peritos -además de la eventual versión de la empresa- para corroborar o constatar que esas proyecciones financieras fueron efectivamente formuladas para la presentación de la oferta en 1997, puesto que no se precisó dónde fue encontrada esa documentación, ni tampoco se indicó circunstancia alguna que permita determinar cuándo fue confeccionada, ni descartar entonces que sea posterior a la concesión e incluso contemporánea al peritaje, cuestiones a las que -en mi opinión- debió brindársele especial atención teniendo en cuenta –como se señaló *supra*- que el contrato fue firmado sin que TSA

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

hubiera cumplido con el previo reclamo que le formuló la CNC en relación a esa información.

Además, aprecio que los magistrados que conformaron el voto mayoritario tampoco inquirieron mínimamente acerca de los datos contenidos en esas supuestas proyecciones, lo que les habría permitido advertir, entre otras circunstancias, la notable diferencia entre la cantidad de celulares proyectados y los reales, que resulta llamativa teniendo en cuenta que el servicio de telefonía móvil representó, en cada año, más del cincuenta por ciento de los ingresos por cobros de derechos radioeléctricos, llegando en algunos casos a constituir el sesenta por ciento del total recaudado -ver página 12 del informe-, y que se trataba de tecnología que difícilmente pudiera calificarse de incipiente en ese momento, en particular por personas con especial conocimiento e instrucción sobre la materia. Sin perjuicio de ello, la recaudación por el servicio de telefonía móvil tuvo un marcado incremento entre los dos años anteriores al del inicio de la concesión -pasó de casi veinticinco millones de pesos en 1995, a casi cuarenta y dos millones de pesos en 1996; ver página 12 del informe-, por lo que no resulta razonable sostener que la continuación de ese aumento haya sido sorpresiva.

En ese sentido, advierto que en el pronunciamiento apelado se efectuó una fragmentaria y selectiva transcripción del informe contable, pues luego de indicar que la perito oficial expresó que “a partir de la concesión del servicio, la recaudación se vio incrementada en más de 53 millones de pesos (87%)”, se detuvo allí omitiendo mencionar la principal causa de ese incremento, “básicamente por i) el crecimiento de la facturación de celulares por 32 millones de pesos...” -y, en menor medida,

por el crecimiento del resto de los servicios en conjunto por veintiún millones de pesos; página 13 del informe-.

Sin perjuicio de ello, no observo que el peritaje contenga una explicación acerca del cálculo por el que se arribó a esa cifra de incremento en la recaudación, desde que –según el cuadro de la página 12 del informe- en el año de la concesión -1997- fue de aproximadamente sesenta y un millones de pesos, mientras que en el siguiente fue de ciento cinco millones de pesos, lo que significa un aumento de 44 millones de pesos -de los cuales treinta y cuatro millones correspondieron al aumento de recaudación en telefonía celular-. Si el cálculo se efectuó sobre las cifras de ingresos mensuales discriminadas para cada servicio, entre determinado mes de un año y del otro, los números no fueron expuestos en el informe, ni constan en los anexos 4, 5 y 10 las correspondientes a 1998, lo que impide verificar la exactitud de esa operación.

Sumado a lo expuesto, aprecio que la decisión apelada también repitió mecánicamente el informe en cuanto se sostuvo que “la 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 % [el informe dice 68 %], representando a fines de 2003 un 44% del total recaudado por derechos radioeléctricos” (fs. 2283 vta.), lo que a mi modo de ver se trata de una mera afirmación dogmática, desde que los peritos no precisaron en cuál

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

documentación se basaron para concluir que aquellas fueron las causas del incremento en la recaudación de esos servicios –ni las planillas de los anexos del informe tienen una referencia clara e inteligible a estas cuestiones-, y tampoco detallaron de manera concreta, por ejemplo, la cantidad de casos de detección de usuarios no inscriptos ni la de persecución de usuarios morosos, y sus respectivos resultados.

Por lo demás, considero que el análisis del cuadro de recaudación que se encuentra en la página 12 del informe contable lleva a relativizar la relevancia que la perito oficial y el perito de la defensa pretendieron dar al incremento de los ingresos por esos otros servicios –excluida la facturación por telefonía móvil-.

En efecto, de acuerdo con las cifras de ese cuadro, en el año 1996 la recaudación por aquellos servicios representó el 75 % del total; en 1997 el 50 %; en 1998 el 37 %; en 1999 el 33%; en 2000 el 36 %; en 2001 el 44 %; en 2002 el 48%, y en 2003 el 45 %. Ello permite advertir que pasó de constituir el setenta y cinco por ciento en el año anterior a la contratación de TSA, a representar el 33 por ciento entre el segundo y tercer año de la concesión, y a partir de allí sólo subió poco más de 10 por ciento en promedio en los siguientes cuatro años, en simultáneo con la inflexión y el descenso de la recaudación del servicio de telefonía móvil.

Cabe agregar, en ese mismo sentido, que de los restantes nueve servicios mencionados en el cuadro –excluida la telefonía móvil– sólo el de Sistemas Multicanales tuvo durante los años de la concesión un incremento de recaudación de alguna significación dentro del total. De los otros ocho, en dos se redujo la recaudación, en otros dos se mantuvo sin alteraciones, en tres aumentó en cifras que no resultan significativas dentro

de la recaudación total, y en el caso del último –al que se identificó como “Resto”, sin indicar qué comprende-, descendió los primeros tres años y, aunque luego ascendió, en el último año se redujo llegando a una cifra cercana a la del año anterior a la concesión.

Sin perjuicio de tales consideraciones, es incontrastable que la recaudación por telefonía móvil durante la concesión llegó a octuplicar (en 1999 y en 2000) los ingresos por ese concepto del año anterior a la concesión (1996), pues pasó de diez millones de pesos a más de ochenta millones de pesos anuales. Así, dejó de representar el veinticinco por ciento de los ingresos totales de la CNC por derechos radioeléctricos, para constituirse en más del sesenta por ciento durante algunos años de la concesión –en la que nunca dejó de ser más del doble de todos los otros servicios-.

Y en este contexto, como se señaló más arriba, tiene singular importancia la irrisoria cantidad de teléfonos celulares sobre la que supuestamente TSA habría formulado las ecuaciones económico-financieras evaluadas en el informe contable.

El perito oficial y el de la defensa se limitaron a sostener que la cantidad de usuarios del servicio de telefonía celular superó las estimaciones, aceptando así, sin más, las notoriamente alejadas proyecciones de TSA. Sólo agregaron que “ante los imprevistos incrementos de usuarios, el Estado Nacional en dos oportunidades readecuó el costo unitario que por usuario de celulares debían abonar las prestadoras del servicio.” (página 15, primer párrafo, del informe).

Tal calificación del incremento de usuarios no es más que una mera expresión que, sin fundamentos, da por cierto lo que

“Zi , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

correspondía establecer y explicar con base en datos concretos, más allá de la cuestionable proyección de TSA. Cabe señalar, en ese sentido, que el número de usuarios en 1996 aumentó más del sesenta por ciento en relación con el año anterior, y que la cantidad de usuarios en 1997 casi triplicó la de 1996.

Por consiguiente, aunque las modificaciones en el costo del servicio -dispuestas en años posteriores- pudieron haber tenido alguna incidencia, no explican cabalmente aquel aumento. Por lo demás, ello no debería llevar a calificar de imprevisto ese incremento de usuarios pues, teniendo en cuenta el completo accionar delictivo atribuido en el *sub examine*, no cabe descartar que dichas resoluciones fueran producto del acuerdo previo a la concesión.

Por último -aunque de la mayor significación-, aprecio que el pronunciamiento apelado también omitió el debido análisis respecto de los puntos 7 y 8 del peritaje contable.

Según dicho informe, por el primero se requirió “Acorde a la totalidad de las piezas probatorias incorporadas al sumario (ya sea fruto de allanamientos practicados y/o corolarios atinentes a solicitudes formuladas a diversos organismos, en el marco de la investigación), en el caso que así resulte desprendido de aquellos, establecer si ha existido irregularidad por parte de la empresa “Thales Spectrum de Argentina S. A.” en torno a las cláusulas contractuales conformantes del contrato de concesión –materia de estudio-. En caso de advertirse algún tipo de irregularidad (por ejemplo: incumplimiento contractual, entre otros) por parte de la firma referenciada deberá explayarse detenidamente sobre la misma” (páginas 31 y 32). Por el segundo, “Determinar, de conformidad a

los elementos probatorios incorporados al expediente y/o con fundamento en aquellos que se ubiquen reservados por separado al principal, en el caso que se hubieran advertido anomalías respecto al comprendido del punto antecedente; si se ha generado en virtud de ello un desequilibrio económico para el Estado nacional, ello con relación al contrato suscripto con “Thales Spectrum de Argentina S.A.” (página 39).

Es posible que esa confusa redacción –que, cabe destacar, es sustancialmente distinta al texto que puede leerse en la foja 667 vta., a la que dicen haberse remitido los peritos- haya llevado a los contadores a entender que su función consistía en establecer si TSA incumplió con alguna de sus obligaciones contractuales, pese a que sus conocimientos en materia contable, por los que fueron convocados por el órgano jurisdiccional, no brindaban crédito o autoridad a su opinión en ese punto.

Tarea distinta fue la que originariamente se fijó al disponer la realización del examen pericial -fs. 665/669-, pero que luego fue dejada sin efecto -fs. 840- con motivo de un planteo de TSA –fs. 776-, y que consistía en determinar cuánto representaba la obligación de entregar el sistema informático dentro del conjunto de obligaciones de TSA, y establecer cuál sería el perjuicio que se habría provocado a la administración pública por su incumplimiento en el supuesto planteado en los informes de los organismos de control y de la CNC.

Decidir si, en el marco del completo accionar atribuido, TSA incumplió –y de qué modo- con esa obligación era –y es- un deber indelegable del órgano jurisdiccional, conforme fue expuesto en el apartado IV del presente.

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

Sin embargo, la perito contadora oficial y el de la defensa no sólo se consideraron aptos para expedirse sobre el asunto, sino que además lo hicieron de modo deficiente por cuanto tomaron por acertada la conclusión del peritaje informático, sin dar un mínimo fundamento de esa decisión.

En ese sentido, dijeron que los inconvenientes en la base de datos era un problema de la CNC, “que tiene una incidencia directa en el sistema informático en cuestión y que, como lo marco el perito de oficio, no fue completada por el organismo” (página 34).

Refirieron también que “Según el resultado de las pericias técnicas, resulta cuestionable la decisión del organismo [de declarar la caducidad del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar el sistema informático], toda vez que como surge de las mismas y a ellas nos remitimos, no ha existido dicho incumplimiento respecto del software de administración” (página 36). Y se concluyó que “En síntesis, 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 de bienes a favor del Estado Nacional y el cobro de la garantía de cumplimiento oportunamente ofrecida por TSA. Además, las pericias técnicas han determinado la existencia del incumplimiento fundamental expuesto por la CNC, consistente en la falta de entrega del software de administración. Finalmente, en función de todo lo expuesto no se han detectado elementos que permitan inferir un desequilibrio económico para el Estado Nacional” (página 40).

Conforme se puede advertir, no sólo efectuaron una mera remisión al peritaje informático, pasando por alto las actuaciones de la CNC y los informes de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoria General de la Nación, sino que además descartaron la existencia de un perjuicio económico para la administración pública como resultado de la reversión de bienes –que no precisaron, ni indicaron sus valores- y del cobro de la garantía establecida en el contrato, la que, cabe recordar, fue valorada razonablemente por la cámara de apelaciones para confirmar el auto de procesamiento, por considerar que su monto resultaba irrisorio frente a los niveles de recaudación existentes al momento de la concesión – que luego se incrementaron notoriamente- y a la magnitud de los perjuicios que podían generar eventuales incumplimientos. Por lo demás, tampoco explicaron por qué razón cabría entender que esa reversión de bienes y el eventual cobro de la garantía tendrían aptitud para eliminar la relevancia penal del completo accionar investigado en el caso, lo que en mi opinión resulta de especial significación teniendo en cuenta que tal inteligencia de la figura atribuida, en cuanto sujeta su aplicación a la inexistencia de compensación o resarcimiento, podría tornarla inoperante (Fallos: 311:2548; 324:1365).

Estimo pertinente destacar, en este punto, la opinión de los peritos propuestos por la parte querellante –expuesta en las páginas 40 a 44 del informe-, que el tribunal *a quo* desechó bajo el argumento de que aquéllos partieron de asumir el incumplimiento de TSA (fs. 2285, quinto párrafo). Sin embargo, como antes se señaló, ése era el modo en que razonablemente los contadores debían proceder, empleando sus conocimientos en ciencias económicas para determinar cuál habría sido el

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

monto del perjuicio patrimonial a la administración pública en la hipótesis delictiva atribuida por las partes del proceso con potestad al efecto.

En ese sentido, dichos peritos coincidieron con el informe de la comisión de seguimiento –integrada por dos contadores y un ingeniero, entre otros profesionales- incorporado a fs. 2893/2917 del citado expediente CNC 910/2000, por el que se explicó que considerando las dos obligaciones principales previstas en el artículo 1° del contrato de concesión, la de proveer el sistema informático tuvo un valor relativo del cincuenta y uno por ciento, por lo que podría establecerse esa cifra como porcentaje de incumplimiento. Agregaron que también fueron evaluadas todas las cláusulas contractuales desde el artículo segundo en adelante, teniendo en cuenta que la obligación anterior se encuentra integrada por otras íntimamente vinculadas al sistema informático, cuyos pesos relativos fueron multiplicados por los porcentajes de incumplimiento pertinentes, y se constató así un incumplimiento total del 45,12 por ciento, lo que representa el perjuicio patrimonial a la administración pública por los fondos librados a TSA sin haber obtenido la presentación correspondiente, que consistió en más de ciento noventa y un millones de pesos. Sumado a ello, dijeron que, si se toman en consideración los porcentajes de incumplimiento del resto de las obligaciones contractuales que no fueron antes valoradas porque no eran inherentes al sistema informático, el incumplimiento por parte de TSA asciende al 66,99 por ciento del contrato, lo que significa un desequilibrio patrimonial a valor nominal de más de trescientos dos millones de pesos.

X

A mi modo de ver, el pronunciamiento apelado no cuenta con un paralelo y proporcionado estudio de ese informe de la CNC ni de otros elementos conducentes obrantes en la causa, lo que –en mi opinión– también se traduce en una inadecuada ponderación de la prueba y en un evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio.

Si bien es cierto que los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos que se arriban al pleito, ello es así cuando la elocuencia de los estudiados torna inoficioso continuar haciéndolo con los restantes, pero en cambio no es un principio válido en el extremo en que el o los elegidos están distantes de convencer sobre la racionalidad de la valoración efectuada, lo que a mi modo de ver ocurre en el *sub lite*, conforme fue expuesto más arriba.

En ese sentido, y según lo expresado en el apartado VI del presente, el *a quo* omitió considerar los antecedentes del negocio, la conformación del pliego de bases y condiciones y el procedimiento de concesión, en los que los magistrados de las instancias anteriores detectaron diversas irregularidades llamativamente beneficiosas para TSA y perjudiciales para la administración pública. Recuérdese que no consta en la causa que el *a quo* haya tenido a la vista las copias del expediente CNT 11.780/93, en el que se desarrolló el trámite de la concesión

Cabe reiterar también –conforme fue mencionado en el apartado VII– que no existe actuación de la que se pueda inferir que el *a quo* contó con el contrato completo para tomar la decisión apelada, a pesar de que el examen de ese documento constituía el medio indispensable para lograr una cabal apreciación de las obligaciones de TSA, entre ellas, la

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

relativa a la entrega del sistema informático. Además, le hubiera permitido apreciar, entre otras cosas, que el artículo 3.2.3 no establecía la obligación de la CNC de “entregar las especificaciones funcionales antes del día 80 contados a partir de la fecha de vigencia del contrato”, como se sostuvo en el peritaje informático; y que el artículo 1.5 del anexo “J” disponía que la falta de datos en los registros disponibles en los distintos archivos de la CNC no debía ser obstáculo para el desarrollo de programas, entre los que se encontraban los que, de acuerdo con el artículo 3.2.5, TSA debió haber concluido dentro de los ochenta días de vigencia del contrato, para permitir a la CNC efectuar la carga de información en la base de datos.

Las circunstancias hasta aquí expuestas fueron objeto de análisis en los informes de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación, agregados a la causa y a los expedientes administrativos.

Ese último organismo, por ejemplo, sostuvo que “La Resolución CNC N° 83/99 amerita una revisión en los términos del artículo 14 de la Ley N° 19.549. Consiste en un acto administrativo con “...*falta de causa por...ser falsos los hechos...invocados...*”, constituyéndose así en un acto a calificar como “...*nulo, de nulidad absoluta e insanable...*”. La norma en cuestión carece de uno de los “requisitos esenciales” que debía poseer. Esto es la “motivación”, entendida como la explicitación de la causa y la expresión de las razones y de las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto. Después de transcurridos quinientos sesenta y nueve (569) días de vigencia del contrato y pese a los incumplimientos especificados a continuación (que debieron ser sancionados de conformidad con lo establecido en el régimen de

penalidades previsto en los artículos 20 y 21 del contrato), la Resolución N° 83/99 (de la que no existe constancia de haber sido publicada en el Boletín Oficial) aprueba una reprogramación de los plazos originariamente establecidos, beneficiando injustificadamente al concesionario y vulnerando el pie de igualdad con los oferentes que no resultaron adjudicatarios de la concesión. Los incumplimientos están relacionados con:...Al 19 de septiembre de 1997: el diseño y la estructura de la base de datos y los programas que permitieran a la CNC efectuar la carga de la información. No fue imputado. No fue auditado” (fs. 1085/1200, específicamente fs. 1128/1129).

Asimismo, se indicó que “El sistema informático acompañado de sus programas fuentes nunca fue entregado en los términos previstos por los artículos 4.1. y 4.2. - Anexo J del Contrato. Consecuentemente tampoco fue proporcionada la cartografía digitalizada de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1. y concordantes - Anexo J de ese convenio. Todo ello no fue imputado ni sancionado como correspondía según lo estipula el Contrato. La firma TSA tenía a su cargo la obligación de realizar las tareas y la provisión de bienes para el diseño, desarrollo, provisión, instalación, mantenimiento y actualización adecuada de un sistema informático destinado a la ‘gestión del espectro radioeléctrico’, debiendo encontrarse totalmente en funcionamiento el 30/09/99 (teniendo en consideración la reprogramación de plazos establecida en la Resolución CNC N° 83/99). Dicho plazo incluía la realización de las pruebas necesarias destinadas a garantizar su buen funcionamiento, de acuerdo con el artículo 3.2.5. del Contrato. Sin embargo, la versión ‘provisoria’ número 5.4. del sistema informático fue entregada el 30/09/99. Ello no permitió la

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

ejecución en tiempo y forma de las pruebas indicadas ni la debida puesta en funcionamiento de aquel sistema, viéndose así vulnerado el cumplimiento de la obligación mencionada inicialmente” (fs. 1133).

El informe también expuso la pasividad de los funcionarios de la CNC frente a los incumplimientos de la empresa concesionaria. En ese sentido, en relación al relevamiento inicial de usos y usuarios del espectro al que estaba obligada TSA, destacó que “La actitud de lenidad evidenciada por la CNC, responsable del control, al no imputar el incumplimiento en que incurriera el concesionario en el presente punto (aproximadamente 44 meses contados a partir de la fecha de vigencia del contrato o 20 meses si se aceptara la validez de la Resolución N° 83/99), derivó en la imposibilidad de contar con una base de datos conteniendo los servicios y los usuarios del espectro (autorizados y no autorizados) debidamente diseñada, estructurada con los programas de computación adecuados para que la CNC proceda a ampliar la carga de información sobre nuevos usos, aplicaciones, operadores de telecomunicaciones inalámbricas y usuarios en general, ejecutar apropiadamente la facturación y cobranzas con la finalidad de disponer de un sistema de cuenta corriente analítica y de saldos, proporcionando resultados inciertos e imprácticos y postergando los resultados esperados (fs. 1135). Agregó que “La COMSEGUI hasta el año 2000 no presentó los informes anuales en donde se debían analizar y valorar la prestación de las tareas y el cumplimiento contractual de TSA (página 1140). Y señaló también “Por último, considerando el irregular desempeño de la COMSEGUI precedentemente descripto, cabe resaltar que quien fuera miembro de la Comisión de Adjudicación, Ingeniero Luis Alberto R , fue funcionario de la

COMSEGUI entre el 24/10/97 y el 15/09/98 y sucesivamente, Gerente de Ingeniería y Gerente de Control de la CNC. Luego en el mes de julio de 2000 fue incorporado por la firma TSA como Gerente Técnico y Operativo (fs. 1141).

Puso de manifiesto, además, la repercusión que tuvo en ese servicio público la falta de instalación del sistema informático integrado. En ese sentido, refirió que “Ello no permitió concatenar las actividades de comprobación técnica con los resultados y esencialmente con la gestión del espectro haciendo que mantenga la ineficiencia, la ineficacia y la falta de transparencia que se aspiraba sustraer de la gestión entonces vigente, en oportunidad de diseñarse el acto licitatorio. El relevamiento inicial (de conformidad con los artículos 3.1.8. y 3.8 del Contrato) no consumado y la falta de provisión de los programas previstos postergando el aporte correspondiente a la CNC (actualización de las bases de datos) e incrementando los riesgos de ocurrencia de interferencias intra e interregionales, en particular, en los casos de las zonas aeroportuarias. La consecuente reducción de la productividad de la CNC como consecuencia de la postergación del fundamental recurso proporcionado por la tecnología de la información y del capital humano vinculado (fs. 1153)

Finalmente, advirtió acerca de los beneficios obtenidos por la empresa durante el período examinado -1997/2001-. Al respecto, indicó que “La “tasa de rentabilidad promedio anual” de TSA medida por la relación: "utilidad neta de impuestos / patrimonio neto" arroja un valor de 153,82 % en el período comprendido entre 1997 y el 2001. Dicho valor es aproximadamente 16,8 veces el 9,17 % de rentabilidad media alcanzada por determinadas empresas líderes del mercado argentino (sector industrial,

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

financiero, de servicios públicos y otros) que cotizan en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. También resulta 11,4 veces el 13,47 % exhibido por las compañías de servicios públicos que integran dicho panel. De estos últimos valores se infiere que TSA obtuvo un “beneficio total excedente por encima del promedio” de pesos cien con nueve (\$ 100,9) millones, y de pesos noventa y cinco con seis (\$ 95,6) millones entre el año 1997 y el 2001. La “tasa interna de retorno anual” sobre el capital invertido que obtuvo dicha firma entre el año 1997 y el 2001 después del impuesto a las ganancias es de ciento cuarenta y cinco con cero ocho por ciento (145,08 %). De conformidad con los estados contables, durante dicho lapso TSA obtuvo ingresos por todo concepto que sumaron pesos doscientos ochenta y dos con ocho (\$ 282,8) millones y realizó inversiones por un monto de pesos setenta y nueve con uno (\$ 79,1) millones. No obstante, si consideramos los datos que surgen de los informes anuales elevados a la CNC, las inversiones de TSA arrojaron un valor de pesos ochenta y seis con ocho (\$ 86,8) millones entre junio de 1997 y junio del 2001. El “valor actual del beneficio neto excedente” después del impuesto a las ganancias, medido en pesos y dólares estadounidenses de 1997, sumó un valor total de treinta y tres con sesenta y cinco (\$ 33,65) millones durante los años examinados, que expresado como proporción del valor actual de las inversiones realizadas (sesenta y cinco con uno -\$ 65,1- millones) representa un cincuenta y dos por ciento (52 %)” (fs. 1157/1158).

El pronunciamiento apelado, sin embargo, desechó esos informes mediante una ligera actividad analítica.

Respecto de los elaborados por la SIGEN, dijo que coinciden con lo expresado en el peritaje informático en el sentido de que

TSA entregó las tres versiones del sistema informático y que su devolución por la CNC obedeció a que no podían satisfacer las nuevas necesidades planteadas aun cuando se corrigieran los errores detectados (fs. 2268 vta). Estimo que ello implica tergiversar los términos empleados por la SIGEN, desde que en el informe ejecutivo claramente expresó que “Debido a fallas detectadas y a nuevas necesidades planteadas por la CNC, el sistema informático recibido, fue devuelto al concesionario en agosto de 2001...” (fs. 87, último párrafo). Aunque luego, en el cuarto párrafo de fs. 97, agrega que “se observa cierta ambigüedad en los motivos invocados para la devolución”, a mi modo de ver, tal advertencia posee un claro sentido de reprobación que debe ser valorada en el marco del cuestionamiento que se formuló contra la pasividad estatal frente a las faltas que en el mismo informe se atribuyen a TSA. Precisamente, en el párrafo siguiente –quinto de fs. 97- se destacó que la CNC omitió haber impulsado los procedimientos pertinentes y haber aplicado las correspondientes sanciones a TSA por el incumplimiento de su obligación.

Agregó el *a quo* que el informe de la SIGEN “no cuantificó el porcentaje que representaban los errores detectados [en las versiones del sistema], como sí lo hicieron los peritos informáticos” (fs. 2269, segundo párrafo). Sin embargo, no sólo perdió de vista que a la fecha del informe el sistema ya había sido devuelto a TSA, sino también, como se expresó más arriba, que los errores a los que aludieron los peritos no son los que constataron los expertos de la CNC, sino que fueron detectados en una prueba que se llevó a cabo en las instalaciones de TSA, por personal de esa firma –ninguno de la CNC fue convocado-, con datos simulados que dicho personal generó, y con un sistema con modificaciones

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

respecto del que se le entregó a la CNC (fs. 1288, último párrafo, del expediente CNC 910/2000, y actas de 12 y 13 de octubre de 2000 que integran el anexo 48 del informe pericial), y que bien pudo haber sido objeto de más cambios y actualizaciones en los dos años y medio que transcurrieron hasta ese momento de esa prueba desde la fecha en que fue rechazado el sistema, sobre lo que el peritaje no profundizó.

También el pronunciamiento apelado objetó que el informe de la SIGEN haya sostenido que TSA incumplió su obligación de entregar los programas y el sistema informático sin tener en cuenta la obligación de la CNC de entregar las especificaciones técnicas y funcionales, dentro de los 80 días de vigencia del contrato, para el diseño de los programas. No obstante, conforme se explicó en el presente, la obligación de TSA de entregar el programa para la carga de la base de datos no estuvo condicionada en los términos que expresó el *a quo* en su decisión, la que, a mi modo de ver, es producto de la omisión de examinar de manera directa y cabal el contrato de concesión, y de la mecánica repetición de la defectuosa interpretación que los peritos en informática hicieron de las cláusulas de dicho documento.

Además, le achacó haber sostenido que TSA incumplió su obligación al entregar la última versión del sistema informático el día del vencimiento del plazo, impidiendo así realizar en ese mismo término las pruebas que garantizaran su funcionamiento, sin antes considerar que la operatividad del sistema estaba condicionada a la carga de datos por parte de la CNC. Sin embargo, en este punto el pronunciamiento no sólo pasó por alto que la carga de datos debió haber sido realizada con el programa que TSA no entregó, sino que además, como resultado de la aceptación del

informe pericial informático, confundió las pruebas de funcionamiento que debían desarrollarse dentro del plazo de entrega del programa, con el inicio del uso operativo del sistema informático -según los términos empleados por los peritos; página 17, segundo párrafo, del informe-, que se trata de una instancia posterior a las pruebas de funcionamiento, y supone necesariamente el correcto resultado de éstas. Tanto es así que –sin perjuicio de los resultados obtenidos- los subsistemas 5.2 y 5.3 pudieron ser probados en el plazo previsto en la resolución CNC 83/99, pese a que supuestamente la información no estaba en ese momento cargada en su totalidad.

Respecto del informe de la AGN, el pronunciamiento apelado le atribuyó haber cuestionado la validez de la resolución CNC 83/99 sin hacerse cargo del incumplimiento del organismo de entregar las especificaciones técnicas (fs. 2273). Agrega que aunque la AGN dice que no se explicaron las razones de aquella resolución, su texto alude al cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.2.5 del contrato (fs. 2273). Y reitera, con invocación de ese artículo, que en “el contexto fáctico global al tiempo del dictado de la Res. CNC n° 83/99”, la CNC no había suministrado a TSA dentro de los ochenta días de vigencia del contrato las especificaciones técnico-funcionales necesarias para que ésta pudiera cumplir en ese plazo con el diseño, estructura y programas que permitieran la carga en la base de datos (fs. 2275).

Sin embargo, considero que ese argumento no cuenta con fundamentación válida desde que –conforme se explicó en el apartado VII- ni el artículo 3.2.5 del contrato, ni la cláusula 3.2.3 invocada en el informe pericial informático, establecen la obligación de la CNC de entregar

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

especificaciones funcionales dentro de los ochenta días posteriores a la entrada en vigencia del contrato, y ni siquiera la propia empresa formuló alguna mención en ese sentido –ni alegó algún hipotético incumplimiento por parte de la CNC- en la nota por la que sus autoridades y los funcionarios públicos pretendieron justificar la modificación de plazos que se dispuso por resolución CNC 83/99.

Además, el *a quo* sostuvo que “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...” (fs. 2275 vta).

No obstante, como se expuso en el presente, no advierto que las disposiciones contractuales permitieran sostener que la obligación de TSA de diseñar la base de datos y entregar el sistema informático con el que sería utilizada esa base, estaba supeditada a la correcta carga de la información por parte de la CNC, sino sólo las obligaciones posteriores que dependieran de esa carga. En este sentido, el pronunciamiento no explica por qué razón TSA podría haberse negado legítimamente a entregar el sistema informático invocando la falta de carga de información por parte de la CNC, a pesar de que fue la primera y una de las principales prestaciones acordadas en el contrato y la CNC cumplió su correspondiente contraprestación económica, y el contrato establecía que, al finalizar éste, la CNC tendrá derecho de uso permanente del software que fue su objeto (anexo J, artículo 4.3.2, última oración), y que “A la finalización del presente contrato, ya sea por su término o en caso de caducidad, el

concesionario transferirá sin cargo a la CNC las licencias de uso, a efectos de permitir la continuidad de sus operaciones” (anexo J, artículo 4.4).

En tales condiciones, estimo que el pronunciamiento apelado también es producto de una consideración fragmentaria y aislada de la prueba de la causa, habiéndose incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, lo que deja al descubierto su fundamento sólo aparente (Fallos: 323:212, considerando 5°).

XI

Considero que también resulta arbitrario el pronunciamiento apelado en cuanto se expresó que la garantía de ser juzgado en un plazo razonable imponía tomar una solución definitiva respecto de los imputados (fs. 2286 vta., apartado VI, puntos a, b y g).

En ese sentido, advierto que los magistrados que conformaron el voto mayoritario partieron de la errónea evaluación que hicieron de las pruebas incorporadas durante la instrucción –a la que consideraron agotada-, y apoyaron básicamente en que los hechos investigados se remontan a fines de la década de 1990, que las presentes actuaciones se iniciaron a mediados de 2001, y que los imputados se encuentran sometidos a proceso desde 2005, cuando fueron convocados a prestar declaración indagatoria.

Sin embargo, no sólo omitieron explicar por qué el lapso transcurrido desde el inicio de la causa -y menos desde que fueron citados a prestar declaración indagatoria- resultaría, por sí mismo, excesivo, sino que tampoco examinaron al efecto los diversos actos llevados a cabo por

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

los magistrados y las partes en el transcurso del proceso, indicando cuáles de ellos habrían dado lugar a dilaciones indebidas que tuvieran entidad suficiente para generar un menoscabo a ese derecho.

Ello resultaba especialmente exigible, en mi opinión, desde que en la materia no existen plazos automáticos o absolutos, y “la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible” (conf. considerando 13 del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano en Fallos: 322:360, y sus citas).

En ese sentido, cabe destacar –sin perjuicio de otros aspectos- que el completo accionar delictivo *sub examine* consiste en una compleja maniobra iniciada en 1996, en la que habrían intervenido diversos funcionarios públicos –entre ellos, el entonces titular de la Secretaría de Comunicación de la Nación y el entonces Presidente de la Nación-, por la que se habría orientado el proceso de concesión del espectro radioeléctrico para que resultara adjudicada a T de A S.A., modificando al efecto las disposiciones del pliego de bases y condiciones, así como también las condiciones contractuales con el objeto de que resultaran más beneficiosas para esa empresa y perjudiciales para la administración pública, y que luego, durante la ejecución del contrato, se concretaría en actos y omisiones desplegados al menos hasta fines de 1999, por los que se avaló el incumplimiento de diversas obligaciones de aquella firma, entre otras, la principal de suministrar en las condiciones pactadas un sistema informático para la gestión del espectro radioeléctrico.

Por tales hechos, a los que corresponde analizar en este punto en conjunto con la posible comisión de la figura del artículo 256 del Código Penal, también investigada, se formularon imputaciones, fueron

indagadas y se dictó auto de procesamiento contra más de doce personas, en gran parte ex funcionarios públicos y algunos de ellos de las más elevadas categorías dentro de la administración nacional; han sido realizados extensos peritajes informáticos y contables; fue requerida copiosa información a gran cantidad de bancos nacionales y extranjeros; se libraron exhortos a jueces de distintos países –entre ellos, República de Francia, Países Bajos, Confederación Suiza, Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica-; se han recibido numerosas declaraciones; y fue necesario examinar diversos y voluminosos expedientes y profusa documentación relativa tanto al proceso de concesión, a la contratación del servicio y a su desarrollo en los años siguientes.

Al momento del pronunciamiento apelado se estaban realizando los actos del Título VII (Libro I) del Código Procesal Penal de la Nación (“Clausura de la Instrucción y elevación a juicio”), y en ese marco la parte querellante requirió la realización del juicio oral.

No puedo finalizar sin señalar que, a mi modo de ver, la afirmación del *a quo* en el sentido de que no resta prueba por desarrollar también es producto de aquella errónea apreciación de los hechos y las constancias agregadas hasta el momento.

Si bien el magistrado instructor consideró completa la instrucción –y corrió vista a la parte querellante para que se expidiera a tenor del artículo 347 del citado ordenamiento procesal penal-, de ello no cabe inferir, como se hizo en el pronunciamiento apelado, que no existen más pruebas de interés para el caso.

En efecto, además de que las disposiciones del citado código procesal penal prevén la posibilidad de ofrecer y realizar en el

“Z , Hugo Jorge y otros s/ recurso de casación”
S.C. Z. 112, L. XLVII

juicio oral prueba que no hubiera sido desarrollada durante la instrucción, pienso que aquel no es el sentido de las palabras del magistrado de primera instancia, ni se ajusta tampoco a las particulares circunstancias de la causa, desde que al momento del pronunciamiento todavía estaba pendiente de incorporación información relativa a la hipótesis de cohecho también investigada, y existen medidas que podrían ser llevadas a cabo en el debate oral –ámbito propicio para producirlas y discutir sobre ellas, por la inmediación y las reglas del contradictorio- tales como -por mencionar sólo algunas que fueron señaladas por las partes- recibir las declaraciones testimoniales requeridas a fs. 3215/3230, y profundizar el análisis de las explicaciones brindadas por los peritos y por los diversos profesionales que emitieron los informes de la SIGEN y la AGN, inclusive los de la CNC que controlaron las diversas versiones del sistema informático y podrían aportar información relevante sobre el punto, en sintonía con la solicitud formulada por la defensa de uno de los imputados a fs. 4229/4233.

En tales condiciones, sobre la base de una afirmación abstracta que no se atiene al contenido de las constancias de la causa, la decisión recurrida ha significado también el apartamiento del deber que tienen los magistrados de extremar la averiguación de los hechos cuando ellos aparecen como decisivos o siquiera importantes para la justa decisión de la causa (Fallos: 240:299 y su cita).

XII

Es por todo lo expuesto, que opino que corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos y revocar el fallo

apelado, a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo de acuerdo a derecho.

Buenos Aires, 7 de agosto de 2012.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL



ADRIANA N. MARCHISIO
Procuradora Administrativa
Procuraduría General de la Nación