

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 28 de abril de 2014.

AUTOS Y VISTOS:

Para dictar sentencia en la presente causa N° 1.101 caratulada "Alsogaray, María Julia y otros s/ defraudación por administración fraudulenta..." del registro de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6, integrado por los Señores Jueces Dres. Julio Luis Panelo, María del Carmen Roqueta y José Valentín Martínez Sobrino, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por el Sr. Secretario Dr. Tomás Rush, seguida a **María Julia Alsogaray**, de nacionalidad argentina, titular del Documento Nacional de Identidad N° 5.380.299, nacida el 8 de octubre de 1942 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hija de Alvaro Carlos Alsogaray y Edith Gay, divorciada, de profesión ingeniera industrial, con domicilio real en la calle Junín 1441, piso 3° "6", de esta Ciudad y constituido en la calle Carlos Pellegrini 173, 2° piso, de esta ciudad, ejerciendo su defensa técnica la Sra. Defensora Oficial, Dra. Pamela Bissierier, **Gustavo Víctor Daneri**, de nacionalidad argentina, titular del Documento Nacional de Identidad N° 8.186.829, nacido el 23 de octubre de 1949 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hijo de Juan Antonio y de María Elena Sanjuanbenito, casado, de profesión abogado, con domicilio real en la calle O'Higgins 1414, 2° piso, de esta ciudad y constituido en la Avenida Santa Fe 1731, piso 7°, oficina 28, de esta ciudad, ejerciendo su defensa técnica los Dres. Mauricio Carlos de Núñez y Eduardo Merthehikian, **Hernán Pflaum**, de nacionalidad argentina, titular del Documento Nacional de Identidad N° 12.548.208, nacido el 2 de octubre de 1956 en la ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, hijo de Enrique Alberto y Clara Rodríguez Melgarejo, viudo, de profesión contador público nacional, con domicilio real en la calle Manuel Lainez 1012, localidad de Boulogne, partido de San Isidro, Provincia de Buenos Aires y constituido en la calle Maipú 267, piso 11, de esta ciudad, ejerciendo su defensa técnica los Dres. Carlos Brady Alet y Guillermo Brady y **Juan Carlos Pickenhayn**, de nacionalidad argentina, titular del Documento Nacional de Identidad N° 8.250.025, nacido el

USO OFICIAL

20 de septiembre de 1945 en esta ciudad, hijo de Bernardo Gerardo y Elena Berta Lisa Gietz, casado, de profesión contador público nacional, con domicilio real en la calle Abarellos 1074, 7° "B", localidad de Acassuso, partido de San Isidro, Provincia de Buenos Aires y constituido en la calle Maipú 267, piso 11, de esta ciudad, ejerciendo su defensa técnica los Dres. Carlos Brady Alet y Guillermo Brady; e interviniendo en representación del Ministerio Público Fiscal, la Dra. Sabrina Edith Namer.

Y RESULTANDO:

a) Requerimiento de elevación a juicio:

I.- Que a fs. 2025/2057, el Sr. Fiscal Federal, Dr. Carlos Alberto Rívolo efectuó el requerimiento de elevación a juicio, oportunidad en la que le imputó a María Julia Alsogaray, Gustavo Víctor Daneri, Hernán Pflaum y Juan Carlos Pickenhayn -en las fechas y calidades allí señaladas-, haber *"...llevado a cabo en perjuicio del Estado Nacional una contratación ilegítima, consistente en el llamado y adjudicación de un concurso privado de precios destinado a la contratación de un consultor para el desarrollo técnico legal y administrativo contable, a los fines de hacer un relevamiento y análisis de la totalidad de los contratos de obra pública en los que la ex - E.N.Tel ó E.N.Tel en liquidación hubiere actuado como comitente para lograr la restitución de materiales en poder de terceros adjudicatarios de obras o el incumplimiento contractual de las mismas, por cuenta y orden de dicha ex empresa pública..."*.

Calificó legalmente el hecho enrostrado a los nombrados como constitutivo del delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio del Estado Nacional (artículo 173, inciso 7, en función del artículo 174, inciso 5° del Código Penal), por el cual debían responder en calidad de coautores María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri y en la de partícipes necesarios Hernán Pflaum y Juan Carlos Pickenhayn (art. 45 del Código Penal).

II.- Toda vez que las defensas de los imputados Gustavo Víctor Daneri, Hernán Pflaum y Juan Carlos Pickenhayn, se opusieron a la elevación a juicio de la

Poder Judicial de la Nación

presente, instando en consecuencia el sobreseimiento de sus defendidos, el Sr. Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 22, mediante auto de fs. 2110/2116 dispuso la clausura de la instrucción y elevó estas actuaciones seguidas contra María Julia Alsogaray, Gustavo Víctor Daneri, Hernán Pflaum y Juan Carlos Pickenhayn a conocimiento de este Tribunal, manteniendo la calificación legal del hecho efectuada por el Sr. Fiscal descripta en el acápite precedente.

III.- Durante el trámite en esta etapa del proceso, con anterioridad a la fijación de la audiencia de debate oral y público, el imputado Alberto Amadeo Galli falleció el día 14 de septiembre de 2012 -ver fs. 9 del incidente de extinción de la acción penal del nombrado que corre por cuerda-; mientras que respecto del imputado Jaime Fernández Madero, fue suspendido el proceso por incapacidad sobreviniente -art. 77 del CPPN- con fecha 30 de diciembre de 2013 -ver fs. 38/39 del incidente de salud del nombrado que corre por cuerda-.

b) Apertura del debate:

I.- El día 11 de febrero de 2014, luego de haberse dado lectura al requerimiento de elevación a juicio formulado en el presente proceso, como asimismo, del auto de elevación a juicio, se declaró formalmente abierto el debate, habiéndose llevado a cabo las audiencias de juicio oral y público que prevé el art. 359 del Código de rito los días 13, 17, 18, 19, 25 y 26 de febrero; 10, 17, 18, 25 y 31 de marzo y 3, 14 y 21 de abril, todos del corriente año, las cuales han sido completamente grabadas e integran las actas de juicio según fue resuelto por el Tribunal en igual fecha, quedando dicha decisión plasmada en el acta de juicio inicial de fs. 4997/5017.

II.- En tal sentido se escuchó en el debate a los imputados Hernán Pflaum -13/02/2014- y Juan Carlos Pickenhayn -13/02/2014- formular sus descargos a tenor de lo normado en el art. 294 del código de forma, mientras que los imputados María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri se negaron a hacerlo en dicha oportunidad.

Con posterioridad, fueron oídos los testigos

convocados, cuyas declaraciones como ya se ha mencionado "ut supra" quedaron registradas mediante la grabación técnica de su voz, compareciendo Ricardo Anastasio Pérez Vélez -17/02/2014-, Hugo Alejandro Carcavallo -17/02/2014-, Ariel Ernesto Dileva -17/02/2014-, Gustavo Pascual Cresta -18/02/2014-, Rubén Domingo Poncio -18/02/2014-, José Rodolfo Eleazar González -18/02/2014-, Eduardo Luis Peró -19/02/2014-, Claudia Andrea Silva -19/02/2014-, Antonio Blas Carlomagno -19/02/2014-, Norberto César Lavandeira -25/02/2014-, Sergio Lázaro Peppe -25/02/2014-, Ismael Mata -25/02/2014-, Julio Alberto Pueyrredón -25/02/2014-, Carlos José Félix Cravello -25/02/2014-, Gustavo Santomasi -26/02/2014-, Herman Goldenberg -26/02/2014-, Eduardo Tomás Ulzurrun -26/02/2014-, Ricardo Enrique De Lellis -26/02/2014-, Gerardo Croissant -10/03/2014-, María Alejandra Santurio -10/03/2014-, José Luis Castro -10/03/2014-, Carlos Guido Mancini -10/03/2014-, Gerardo Mario Bianconi -10/03/2014-, Néstor Raúl García -10/03/2014-, Héctor Mario Raggio -17/03/2014-, Eduardo Javier Ducay -17/03/2014-, Jorge Gebhardt -17/03/2014-, María Eugenia García -18/03/2014- y Carlos Javier Piazza -18/03/2014-.

Finalmente, amplió su declaración indagatoria el imputado Hernán Pflaum -18/03/2014- y se escucharon los descargos de los imputados Gustavo Víctor Daneri -18/03/2014- y María Julia Alsogaray -18/03/2014-.

III.- Posteriormente, se incorporaron por lectura los elementos que se encuentran detallados en el acta de debate de fs. 4997/5017.

IV.- A su turno, en la oportunidad que contempla el art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación, se escucharon los alegatos. Corresponde destacar una vez más que el contenido de los mismos ha sido íntegramente grabado, por lo cual sólo precisaremos aquí las concretas imputaciones que la Sra. Fiscal de Juicio efectuó hacia los procesados en autos y los pedidos de pena efectuados en esa ocasión como así también las absoluciones y pedidos de nulidad propuestos por las defensas.

Hicieron uso de la palabra en primer lugar el día 25 de marzo de 2014, la Sra. representante del Ministerio Público Fiscal, **Dra. Sabrina Edith Namer**, quien inició su

Poder Judicial de la Nación

alegato manifestando que tenía por acreditado que María Julia Alsogaray, en su condición de titular de ENTEL e.l. junto con Gustavo Víctor Daneri, en su condición de Gerente de Asuntos Legales y Coordinador General de dicho ente, beneficiaron de manera indebida y en contra de los intereses del Estado, a la UTE compuesta por las empresas KPMG, COPIGA y el estudio de Jaime Fernández Madero, otorgándoles de manera irregular un contrato de obra pública firmado el día 24 de febrero de 1995, por el cual se pagaría la suma de \$ 488.000 - cuatrocientos ochenta y ocho mil pesos-, más una retribución contingente del 18 % de eventuales ingresos en concepto de recupero de material de rezago que podría oscilar entre los \$ 360.000 -trescientos sesenta mil pesos y los \$ 36.000.000 - treinta y seis millones de pesos-; sumas que serían entregadas al consorcio como pago de un trabajo ya cobrado y generaría un enriquecimiento sin causa para la UTE.

USO OFICIAL

Indicó como irregularidades el direccionamiento en la contratación que impidió al Estado contar con una oferta menor e imputó también a Alsogaray y Daneri el haber prorrogado injustificadamente el contrato con fecha 25 de julio de 1995 -firmándose a tal efecto la resolución ENTEL 73/95 y entregando idéntica suma de dinero-, siendo nuevamente ampliado por resolución ENTEL 104/95 por 5.280 horas más para tareas previamente realizadas.

Sostuvo que tal accionar se pudo materializar gracias al diseño legal armado por el imputado Daneri para beneficiar a la UTE, excluyendo deliberadamente el control de la SIGEN. También imputó a María Julia Alsogaray el haber contratado de manera indebida mediante la resolución ENTEL 2/97 a los consultores técnicos Herman Goldemberg, Carlos Javier Piazza y Mario Wainstein, por un valor total de \$ 185.000 (ciento ochenta y cinco mil pesos) a fin de beneficiarlos por la relación previa que éstos tenían con la propia Alsogaray o el letrado Jaime Fernández Madero.

Por otro lado, señaló la Sra. Fiscal que como consecuencia de todo lo expuesto se permitió, consintió y acompañó el inicio de demandas judiciales ante el fuero Contencioso Administrativo Federal para el recupero de materiales de rezago sin tomar en cuenta la posibilidad de perjuicio que éstas podrían ocasionar para el erario público,

ascendiendo dicha suma hasta el presente a \$ 5.948.227 (cinco millones novecientos cuarenta y ocho mil doscientos veintisiete pesos).

A su vez la Dra. Namer sostuvo una posición desinriminatoria respecto de Juan Carlos Pickenhayn y solicitó su absolución en los términos del art. 402 del Código Procesal Penal de la Nación, por entender que no se había probado que el nombrado hubiera intervenido en la gestión, negociación o puesta en marcha del contrato con ENTEL e.l. ni que se hubiera relacionado con gente del mencionado ente público, Copiga S.A. o con Fernández Madero, habiéndose acreditado que intervino, únicamente, en el acta constitutiva de la UTE.

En cuanto a María Julia Alsogaray, solicitó que al dictar sentencia, se la condene a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial perpetua, accesorias legales y costas, por considerarla coautora del delito de defraudación por administración fraudulenta cometido en perjuicio de una administración pública -arts. 12, 19, 29 inciso 3º, 45, 174 inc. 5º en función del 173 inciso 7º del Código Penal, 530, 531 y 533 del CPPN-, habiendo considerado como agravantes que la nombrada era la máxima autoridad de ENTEL e.l., el perjuicio económico ocasionado al Estado y los altos cargos ocupados en la función pública. Asimismo, ponderó como atenuantes la edad de la imputada y la duración del proceso, conforme los extremos previstos en los arts. 40 y 41 del CP.

En cuanto a Gustavo Víctor Daneri, la Sra. Fiscal tuvo como agravantes los cargos que desempeñó en ENTEL e.l., el conocimiento de los circuitos jurídicos y administrativos, el perjuicio económico ocasionado al Estado y el nivel de instrucción alcanzado, en tanto que tomó como atenuantes la edad del encausado y la duración del proceso, habiendo ponderado además los extremos previstos en los arts. 40 y 41 del código de fondo. Por ello solicitó que al momento de dictar sentencia se lo condene a la pena de tres años de prisión en suspenso e inhabilitación especial perpetua y costas, como coautor del delito de defraudación por administración fraudulenta cometido en perjuicio de una administración pública -arts. 29 inciso 3º, 45, 174 inc. 5º

Poder Judicial de la Nación

en función del 173 inciso 7° del Código Penal, 530, 531 y 533 del CPPN-, solicitando que se le impongan las reglas previstas por el artículo 27 bis, inciso primero, por el tiempo que el Tribunal estime oportuno.

Finalmente, respecto de Hernán Pflaum, tuvo como agravantes el nivel de instrucción alcanzada, su holgada situación económica y el perjuicio económico ocasionado al Estado, en tanto que tomó como atenuantes la edad del encausado, la duración del proceso y que no era funcionario público, habiendo ponderado los extremos previstos en los arts. 40 y 41 del Código Penal. Así, solicitó que al momento de dictar sentencia, se lo condene a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas, como partícipe necesario del delito de defraudación por administración fraudulenta cometido en perjuicio de una administración pública -arts. 29 inciso 3°, 45, 174 inc. 5° en función del 173 inciso 7° del Código Penal de la Nación, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación-, solicitando que se le impongan las reglas previstas por el artículo 27 bis, inciso primero, por el tiempo que el Tribunal estime oportuno.

El día 31 de marzo de 2014 inició su alegato el **Dr. Carlos Brady Alet**, defensor de los imputados Hernán Pflaum y Juan Carlos Pickenhayn, quien comenzó su presentación manifestando que no comprendía por qué sus asistidos seguían ligados a la presente causa, cuestionando el informe confeccionado por los funcionarios de la SIGEN, Ricardo Anastasio Perez Velez y Hugo Alejandro Carcavallo.

Analizó el marco legislativo que rigió la contratación y mencionó contrataciones directas efectuadas por la SIGEN "*por montos superiores a los de autos*", señalando los motivos de la constitución de la UTE, como así también aquéllos por los que la empresa KPMG no se presentó en el llamado a concurso de Obras Sanitarias de la Nación.

Seguidamente, expuso acerca de la propuesta y las tareas realizadas por la firma de su asistido, que habrían concluido con la presentación del informe definitivo. Negó que hubiera existido falta de contralor y sostuvo que desde el inicio KPMG manifestó que tenía a la empresa "*Siemens*" de cliente, por lo que se excusó de intervenir respecto de aquella firma con posterioridad.

Asimismo, agregó que ni KPMG ni Hernán Pflaum tuvieron que ver con la contratación de los consultores técnicos ni con la promoción de los juicios, habiendo realizado dicha empresa las tareas para las que fue contratada, por lo que solicitó la absolución de su asistido e hizo reserva de recurrir en casación.

De seguido, iniciaron su alegato los **Dres. Mauricio Carlos De Nuñez** y **Eduardo Mertheikian**, defensores de confianza de Gustavo Víctor Daneri, quienes sostuvieron en primer lugar que el Tribunal no se hallaba facultado para dictar sentencia en la presente causa habida cuenta que hasta la fecha no se encontraba resuelto el recurso extraordinario federal promovido por esa parte ante la Cámara Federal de Casación Penal, en relación a un planteo de extinción de la acción por plazo razonable.

Seguidamente, hicieron hincapié en el estado caótico en el que se encontraba ENTEL e.l. a la fecha de los hechos -citando el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Mengolini c/ENTEL" (Fallos 306:1290)-, y criticaron la acusación por entender que no se había descripto el concreto accionar de su asistido.

Señalaron que según la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación el vínculo contractual en materia de contratos de obra pública no se extinguía sino hasta la aprobación del cierre del contrato. Asimismo, indicaron que el cumplimiento de un deber no podía constituir ilícito alguno y defendieron la actuación de su asistido en la contratación, destacando que se excusó al advertir que tenía un vínculo profesional con el estudio jurídico integrante de la UTE que resultó ganador de la contratación investigada.

En otra línea argumental, señalaron la normativa vigente para las contrataciones de la naturaleza de la investigada en este expediente e indicaron que se dio en un todo cumplimiento a aquélla, señalando las coincidencias y diferencias de la contratación de ENTEL e.l. con la de Obras Sanitarias de la Nación. A su vez, sostuvieron que no hubo debilidad en el control, ya que se había "*cumplido en exceso*", desmereciendo las afirmaciones del informe de la SIGEN suscripto por los testigos Carcavallo y Pérez Vélez.

Defendió tanto el modo de selección de las empresas

Poder Judicial de la Nación

invitadas, así como las modalidades de la contratación, indicando que no hubo ningún perjuicio para el Estado, señalando que Daneri no tuvo relación con el desarrollo posterior del expediente luego de su excusación.

Finalmente, reiteraron la solicitud de que se difiriera el dictado de la sentencia hasta que se resolviera el recurso extraordinario interpuesto vinculado a la extinción de la acción por prescripción, y solicitaron se absolviera a Gustavo Daneri, sin costas, haciendo reserva de recurrir en casación y del caso federal para el caso del dictado de una sentencia adversa.

A continuación formuló su alegato la **Dra. Pamela Bisserier**, abogada defensora de María Julia Alsogaray, quien indicó que la contratación de la UTE fue motivada con el fin de conocer el real estado de situación en la que se encontraba ENTEL e.l., entendiendo que la acusación criticaba decisiones no judiciales por tratarse de "*...cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia...*", citando entre otros fallos de la Corte Suprema de Justicia el conocido como "Cine Callao".

Recordó que su defendida estuvo simultáneamente a cargo de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, ENTEL e.l. y SOMISA, por lo que no podía reprochársele todo lo que había ocurrido en dichos organismos por el solo hecho de ser la máxima autoridad.

Afirmó que la Sra. Fiscal de Juicio basó su crítica en la deficiente tarea de los abogados en el trámite de los juicios contencioso administrativos, descartando cualquier responsabilidad de Alsogaray en dicha cuestión. Así, entendió que debía dictarse un fallo liberatorio por no haberse acreditado la comisión del delito reprochado.

Por otro lado, expresó que deseaba introducir nuevamente la prescripción por aplicación de la doctrina del "plazo razonable", y agregó que el anterior planteo que en tal sentido se formulara se encontraba con un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Señaló la defensora que los jueces pierden la posibilidad de juzgar cuando la acción está prescripta, circunstancia que a su entender se dio en autos, por lo que planteó su nulidad en los términos del artículo 167, inciso

1º, del Código Procesal Penal de la Nación por carecer el Tribunal de jurisdicción, resultando aplicable el artículo 168 del mismo digesto.

Desarrolló la diferencia entre el debido proceso adjetivo y sustantivo, señalando que no se habían dado en autos los objetivos que tuvo en cuenta el legislador al sancionar el código de rito en cuanto a la rapidez e inmediatez, teniendo en cuenta la fecha de comisión del hecho.

Citó diversos precedentes en abono de su criterio y enunció la forma en la que el tiempo afectó el proceso, estimando que implicó una obstrucción, dificultad e imposibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa en juicio. Por ello solicitó la nulidad del juicio y el sobreseimiento de María Julia Alsogaray y del resto de los imputados, en aplicación del artículo 120 de la Constitución Nacional.

En cuanto a los hechos y las pruebas, se remitió a los alegatos de los defensores que la precedieron y concluyó que todo el procedimiento de la contratación se ajustó a derecho. Asimismo, luego de analizar los seis expedientes contencioso administrativos que estarían concluídos, descartó cualquier responsabilidad de su asistida sobre el resultado, atribuyéndolo a los profesionales que tuvieron a cargo su tramitación.

Finalmente, afirmó que no hubo delito alguno en la presente causa, agregando que para el caso de duda debía estarse a favor de su asistida por el principio de inocencia (art. 3 del CPPN) y el denominado "*pro homine*" por lo que, para el caso de rechazarse la nulidad solicitó la absolución de Alsogaray. Hizo reserva de recurrir en casación y del caso federal.

V.- El día 3 de abril de 2014 formuló su réplica la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal, quien solicitó se rechacen los planteos formulados por los defensores.

Así, y en cuanto a lo alegado por la defensa de Hernán Pflaum vinculado a las contrataciones que habría realizado la SIGEN, dijo que no se conocía el contexto de dichos actos jurídicos, por lo que no se podían tomar en

Poder Judicial de la Nación

cuenta. Señaló, entre otras cosas, que la nota citada por la defensa de Daneri en la que el estudio que integraba Fernández Madero "...se hacía responsable..." no pudo ser hallada y explicó los motivos de intereses contrapuestos entre el Estado y la UTE vinculados a las retribuciones contingentes.

Entendió que la circular N° 1 firmada por Daneri respondía a la petición efectuada por KPMG y cuestionó la forma en la que aquél cumplió el deber que por su cargo le correspondía, analizando el principio de confianza.

En cuanto a María Julia Alsogaray replicó que la Oficina Anticorrupción sí pretendió ser parte en el expediente y trató las cuestiones políticas no judiciales, señalando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene un criterio cada vez más restrictivo al respecto.

Por otro lado, indicó que en la presente causa hubo un eje que unió diferentes actos, dándose una progresividad dentro de la misma administración fraudulenta. En cuanto a la caducidad de instancia afirmó que el daño ya se había producido con la propia interposición de las demandas dada la falta de pruebas, por lo que hubo nexo causal con el resultado.

Finalmente, en cuanto a la nulidad articulada, negó que el Tribunal estuviera deslegitimado para juzgar los hechos, señalando que la sociedad mantenía un interés en su esclarecimiento. Asimismo, descartó la existencia de un perjuicio concreto por la ausencia en el juicio de los imputados Galli y Fernandez Madero -cuyas declaraciones indagatorias fueron incorporadas por lectura-, indicando que dicha cuestión relativa a la extinción de la acción penal ya había sido tratada y mereció el rechazo de la Cámara Federal de Casación Penal.

VI.- A continuación, las defensas formularon sus dúplicas, haciendo uso de la palabra en primer lugar los letrados del imputado Hernán Pflaum, quienes señalaron que la Fiscalía nada había dicho en relación al régimen legal bajo el cual se contrató en la presente causa, como así tampoco sobre los informes de la Auditoría General de la Nación y de la Unidad de Auditoría Interna de ENTEL e.l.

Agregó que el trabajo por el que se pagó a la UTE se realizó y recordó que ésta aconsejó la realización de

diligencias preliminares y no el inicio de los juicios, por lo que no se habría dado el conflicto de intereses alegado por la Fiscalía.

Por su lado los defensores de Gustavo Daneri se remitieron a los dichos de la defensa de Pflaum, señalando que no se desarrolló el dolo de la coautoría y que el daño habría sido consecuencia de las demandas. Asimismo, sostuvieron que de la documentación aportada en el debate por Daneri surgía que sólo había 38 empleados en ENTEL e.l. y se refirieron a los mecanismos de control vigentes en aquel momento.

Por último, la defensa de María Julia Alsogaray dijo coincidir con los dichos de la defensa de Pflaum, agregando que la Sra. Fiscal procuró mejorar su alegato, lo que no está permitido, por lo que solicitó que se despejen aquéllos contenidos y efectuó diversas consideraciones, concluyendo que no sabía en qué se basaba la Fiscalía para señalar que la sociedad tenía interés en la causa.

VII.- Finalmente los días 14 y 21 de abril del año 2014 fueron invitados los imputados por el presidente del Tribunal a efectuar las últimas manifestaciones que considerasen importantes, habiendo efectuado breves manifestaciones los imputados Alsogaray y Daneri, mientras que Pflaum y Pickenhayn se negaron a ello.

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Julio Luis Panelo dijo:

I. DE LOS PLANTEOS Y NULIDADES DEDUCIDOS POR LAS DEFENSAS:

a) Respecto del Planteo relativo a la imposibilidad de dictar sentencia por existir recursos pendientes de resolución ante la Cámara Federal de Casación Penal interpuesto por la defensa de Gustavo Daneri.

La defensa técnica del imputado Gustavo Daneri, efectuó el planteo relativo a la imposibilidad por parte de este Tribunal Oral de dictar sentencia en estos autos, por existir recursos pendientes de resolución en la Cámara

Poder Judicial de la Nación

Federal de Casación Penal.

Dijo el Dr. De Nuñez que ante la Cámara Federal de Casación Penal se hallaba en trámite un recurso extraordinario frente al rechazo de la queja interpuesta luego de que dicho tribunal rechazara a su vez la queja interpuesta en virtud del rechazo del recurso de casación frente a los planteos de prescripción de la acción penal, cuestión que, conforme surge del informe actuarial del 21 de abril ppdo. tramita en la sala IV bajo el N° 1802/2013 y estaba aún para resolver (cf. fs. 4996). Por ello solicitó que antes del dictado de la sentencia debía aguardarse el resultado de tal planteo.

Ahora bien, sobre esta cuestión, me remito a los argumentos expuestos en el decisorio de fojas 4801, toda vez que aquellos, si bien referidos al inicio de la audiencia de debate resultan plenamente aplicables.

Sostuvimos en tal oportunidad que el artículo 353 del Código Procesal Penal de la Nación se encuentra ubicado dentro del Título VII referido a la "Clausura de la instrucción y elevación a juicio", de manera que los recursos pendientes de resolución que podrían obstar a la fijación de la audiencia prevista por el artículo 359 del mismo código adjetivo, eran aquéllos que habían sido interpuestos durante la etapa instructoria y no en la plenaria como ocurría en el presente caso.

También dijimos que el hecho de que quedaran pendientes de resolución los citados recursos, no justificaba la demora del juicio oral. Y sobre este punto, aclaramos que esta interpretación de la norma aludida era la adecuada al sistema que se previó para el desarrollo del debate, pues faculta al Tribunal a actuar como director del proceso, cuya producción es su responsabilidad, por lo tanto debe de velar para que los planteos de las partes no impidan su normal desarrollo y así también evitar que la actividad recursiva se convirtiera en un efectivo impedimento de la iniciación del juicio (cf. lo resuelto por este Tribunal, con otra composición, en fecha 22/03/2011 respecto de las cuestiones preliminares introducidas en el debate celebrado en los procesos nros. 1351 "Franco, Rubén O. y otros s/ sustracción de menores" y sus acumulados, como así también, lo dispuesto

USO OFICIAL

por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 en la causa "Miara, Samuel y otros s/ infracción arts. 144 bis inc. 1° y último del C.P.", rta. el 01/12/2009).

Resaltamos que de la lectura de los antecedentes parlamentarios de la sanción de la ley N° 26.373 que reformara el artículo 353 del Código Procesal Penal, surgía claramente la finalidad de agilizar los procedimientos a fin de lograr mayor celeridad en la resolución de las causas por parte del Poder Judicial, indicando que no advertíamos afectación alguna del debido proceso legal.

Asimismo, entiendo que de ninguna manera el efecto suspensivo previsto sobre las resoluciones recurridas conforme la letra del artículo 442 del CPPN, podía entenderse como una paralización del proceso, sino que por el contrario, aquél podía seguir adelante, sin perjuicio de lo que con posterioridad resolviera el Tribunal revisor.

Manifestamos que una interpretación contraria iría en desmedro de aquellos imputados que sí desearan la producción del debate y se verían impedidos de la celebración del juicio hasta tanto se agotaran las instancias recursivas en incidentes promovidos por sus consortes de causa, trayendo a colación en aquella oportunidad los principios sentados en el fallo "Bulacio, Walter contra el Estado Argentino" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos volcados luego en el precedente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación "Espósito" (CSJN E. 224 XXXIX del 23 de diciembre de 2004).

Por todo esto, corresponde rechazar el planteo relativo a la imposibilidad de dictar sentencia por existir recursos pendientes de resolución ante la Cámara Federal de Casación Penal interpuesto por la defensa de Gustavo Daneri, por no darse el supuesto invocado en esta etapa de proceso (artículo 353 "a contrario sensu" y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

b) Respecto del planteo de nulidad interpuesto por la defensa de la imputada María Julia Alsogaray.

En la oportunidad prevista en el artículo 393 del C.P.P.N., la defensa de María Julia Alsogaray informó que deseaba introducir nuevamente la prescripción por aplicación de la doctrina del "plazo razonable", y agregó que el

Poder Judicial de la Nación

anterior planteo que en tal sentido formulara se encontraba con un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En abono de su postura citó al doctrinario Julio Maier en cuanto a que la necesidad del "doble conforme" se extendía no solo a las sentencias sino a los actos que pudieran conducir o habilitar la promoción de un fallo condenatorio, recordando que el incidente respectivo fue incorporado al debate, de modo que resultaba viable la actividad recursiva de esa parte.

Continuando con el desarrollo de su planteo, señaló la defensora que los jueces pierden la posibilidad de juzgar cuando la acción está prescripta, circunstancia que a su entender se dio en autos por lo que el juicio no podía realizarse, y por ello planteó su nulidad en los términos del artículo 167 inciso 1º del C.P.P.N. por carecer este Tribunal de jurisdicción, resultando aplicable a su entender el artículo 168 del mismo digesto, por lo que podía oponerse en cualquier estado de la causa, ya que afectaba el debido proceso dado que el juicio se había transformado en "injusto".

Desarrolló la diferencia que existía entre el debido proceso adjetivo y sustantivo, señalando que el último emanaba del preámbulo de la Constitución Nacional, así como de los arts. 18, 28, 33 y 75 inciso 22 del mismo cuerpo normativo. En tal línea argumental indicó que no se dieron en autos los objetivos que tuvo en cuenta el legislador al sancionar el código de rito en cuanto a la rapidez e inmediatez, por lo que el juicio no fue justo por el tiempo transcurrido desde su iniciación y de la fecha de comisión del hecho lo que habría implicado una obstrucción, dificultad e imposibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa en juicio, citando diversos precedentes en abono de su criterio y enunció la forma en la que el tiempo afectó el proceso. Por ello solicitó la nulidad del juicio y el sobreseimiento de María Julia Alsogaray y del resto de los imputados, en este caso en aplicación del artículo 120 de la Constitución Nacional.

En línea con el planteo que efectuó, señaló el dictado de una resolución de la Sala I de la Cámara Federal

de Casación Penal frente a un planteo de la defensa de Gustavo Daneri, con los distintos actos que se consideraron secuela de juicio, señalando que en el presente legajo la distancia entre los actos que revistirían tal carácter era mayor. Asimismo citó el precedente "Granillo Ocampo" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, indicando que en aquél dicho tribunal abrió un recurso extraordinario frente un planteo de prescripción por encontrarse en juego la aplicación de la ley penal más benigna y declaró la extinción de la acción penal por prescripción.

En ocasión de corrersele vista a la Sra. Fiscal General, la Dra. Sabrina Namer postuló el rechazo de la nulidad impetrada. Sostuvo que lo óptimo hubiera sido que el juicio hubiera tenido lugar al año o dos de iniciada la causa, mas el hecho de no darse tal circunstancia en modo alguno deslegitimaba al Tribunal, señalando que la sociedad mantenía el interés en el resultado de la causa. Descartó que la falta de algunas "piezas del rompecabezas", tales los casos de los imputados Galli y Fernández Madero pudieran traer aparejada tal consecuencia, ya que tal ausencia pudo haberse dado aún en el caso de que hubiera habido mayor celeridad en la tramitación del legajo, pero ello en modo alguno impedía que el juicio se hiciera, sin que tal circunstancia implique ninguna violación al derecho de defensa en juicio. En tal sentido indicó, entre otras cosas, que las declaraciones indagatorias tanto de Jaime Fernández Madero como de Alberto Galli fueron incorporadas al juicio por lectura.

Siguiendo con la fundamentación de su postura, señaló la Dra. Namer que la cuestión traída a análisis ya había sido planteada en la etapa previa al juicio y rechazada, con intervención de la Cámara Federal de Casación Penal, entendiéndose que la circunstancia de que se hubiera interpuesto un recurso de queja no traía aparejada la nulidad del juicio, ya que el Tribunal estaba legitimado para celebrarlo, pudiendo expedirse la Cámara Federal de Casación Penal frente al eventual dictado de una sentencia, no impidiendo dicha circunstancia al Tribunal avanzar. Por ello, y entendiéndose que no se trató de un supuesto de nulidad, solicitó el rechazo de aquella articulación.

Poder Judicial de la Nación

Habré de concordar ampliamente con el temperamento aconsejado por la Sra. Fiscal de Juicio por los motivos que seguidamente indicaré.

En tal sentido, entiendo del caso señalar que corresponde tratar en primer lugar la extinción de la acción por prescripción, ya sea por aplicación de la doctrina del "plazo razonable" o en cuanto a los términos previstos en el artículo 62 del Código Penal y, seguidamente, la forma en que tal cuestión volcará sus efectos sobre la nulidad impetrada.

Siguiendo aquella línea argumental comenzaré por señalar que, según fuera informado a las partes durante las primeras jornadas de la audiencia de debate, los incidentes de prescripción de la acción penal planteados habían sido incorporados al juicio, por lo que resulta oportuno recordar que la extinción de la acción penal por prescripción, así como por aplicación de la doctrina del "plazo razonable", ya fueron planteadas y tratadas en los incidentes que corren por cuerda, a cuya íntegra lectura corresponde remitirse por cuestiones de economía procesal. En ambos casos, por resolución de fecha 7 de octubre de 2013, se rechazaron aquellas cuestiones por los motivos oportunamente expuestos a los que me remito (cf. fs. 17/21 del incidente de prescripción de María Julia Alsogaray), mas, aún a riesgo de resultar reiterativo, entiendo del caso señalar las circunstancias más relevantes que se tuvieron en cuenta para arribar a tal decisión.

Se sostuvo en aquella oportunidad que no podía establecerse la razonabilidad de un plazo de duración de un proceso en abstracto, sino que debía ponderarse de conformidad con las particularidades de cada caso. Y tal temperamento lo tomamos en línea con lo que sostuviera el Sr. Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eduardo Ezequiel Casal, al expedirse en el marco de los autos "Recurso de hecho deducido por Néstor Horacio Acerbo en la causa "Acerbo, Néstor Horacio s/contrabando - causa nro. 51.221", (que fuera resuelta por la Corte Suprema de Justicia con fecha 21/8/07, oportunidad en que el Máximo Tribunal compartió e hizo suyos los términos y conclusiones del dictamen en estudio, remitiéndose a ellos por razones de brevedad): "...la propia naturaleza de la garantía de ser

juzgado en un plazo razonable impide determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años..."

También se recordó que el Dr. Casal dijo que "No obstante, la Corte identificó entonces, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunos criterios con que debe ser apreciada la duración del proceso: la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales....Resulta relevante señalar también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 319:1840; 323:4130), consideró que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el art. 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "debe medirse en relación con una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpaado y la diligencia de las autoridades competentes en la duración del proceso" (caso 11.245, resuelto el 1º de marzo de 1996, párrafo 111º y caso "López Álvarez v. Honduras, del 1º de febrero de 2006)... El análisis de razonabilidad del plazo exige, pues, una referencia a las circunstancias del caso"

Con tal norte, se expuso en la citada resolución los motivos que permitieron afirmar que el Tribunal se encontraba frente a un hecho complejo, característica que, lejos de disminuir, a mi entender se ha ido robusteciendo a medida que transitábamos las varias jornadas de juicio oral, lo que no ha hecho sino ratificar su densidad, justificándose el tiempo que insumió su tramitación.

También en la citada resolución del 7 de octubre ppdo. el Tribunal rechazó la extinción de la acción por prescripción en los términos del artículo 62 inciso 2º del código de fondo por los motivos allí consignados y a los que entiendo del caso remitirme, sin que ninguna de las menciones efectuadas por la defensora consigan torcer el criterio

Poder Judicial de la Nación

entonces establecido, sino todo lo contrario, resultando del caso destacar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ocasión de dictar el 8 de abril del año en curso el fallo D. 749.XLVIII, Recurso de Hecho, "Demaría, Jorge Luis y otros s/causa 14.358", que no hizo más que avalar el temperamento oportunamente adoptado.

Así, y frente a un recurso de casación interpuesto por la Dra. Pamela Bissierier, por resolución de fecha 15 de noviembre de 2013 contra el auto mencionado en el párrafo anterior, el Tribunal rechazó el recurso de casación intentado tanto en lo relacionado a la doctrina del "plazo razonable" como a la extinción de la acción por prescripción prevista en el código sustantivo. En este último caso, se tuvieron en cuenta los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (307:1030; 312:552 y 573; 315:545, entre otros) en cuanto sostuvo que las decisiones cuya consecuencia sea la obligación de continuar sometido a un proceso no reúnen la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48, señalando entre aquellas a las resoluciones que rechazan la prescripción de la acción penal. Igual temperamento se adoptó en cuanto a la alegada violación del "plazo razonable", al haberse entendido que resultaba inadmisibile la concesión del recurso de casación ya que se encontraba próxima la fecha del inicio del juicio oral y público, en el cual, justamente, se dilucidaría la responsabilidad penal y el grado de participación que a María Julia Alsogaray, entre otros imputados, podría caberle en relación a los hechos reprochados.

Resulta pertinente indicar que la defensora de Alsogaray interpuso un recurso de queja, el cual la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió el 10 de febrero del año en curso no hacer lugar, y a su vez dicho tribunal el 20 de marzo ppdo. declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por María Julia Alsogaray, acompañado por su asistencia técnica (ver causa 1765/13 Sala IV CFCP).

De todas las circunstancias apuntadas, surge que no asiste razón a la Defensora Oficial en relación a la interpretación que pretende en cuanto a la razonabilidad de la duración del proceso.

Más allá de lo argüido en la audiencia de debate, entiendo oportuno señalar que en una presentación efectuada el 23 de abril de 2013 (fs. 4472), la misma Defensora Oficial reclamó al Tribunal la fijación de una fecha para la celebración del juicio oral y público, con lo que mal podría alegarse válidamente algún agravio cuando justamente se urgieron los medios para posibilitar tal acto jurisdiccional y hacer cesar consecuentemente la situación de incertidumbre que se cernía respecto tanto de su asistida como del resto de los inculados.

En su alegato, la defensora sostuvo que el tribunal carecía de legitimación para juzgar por haberse afectado el debido proceso sustantivo debido a que no se apuntaba a alcanzar "lo justo" tal como lo reclaman la Constitución Nacional pues desde el Preámbulo, en atención al tiempo transcurrido el juicio no fue justo ya que, por afectarse la rapidez e inmediatez con la que fue concebido, el juicio oral fue deslegitimado.

Es del caso señalar que, conforme señalara la Sra. Fiscal de Juicio al contestar la vista que le fuera conferida, el ideal sería que las audiencias de debate sean celebradas lo más próximas posibles, en cuanto al aspecto temporal al momento del hecho juzgado, mas en ese entendimiento es que el legislador dictó las normas que rigen el proceso, entre las que se encuentran las relativas a la extinción de la acción por prescripción, y son aquellas las que obran a modo de marco temporal dentro del cual el proceso debe desarrollarse y a las cuales el Tribunal siempre se ajustó, por lo que sin perjuicio de las discrepancias expuestas por la Dra. Pamela Bisserier, entiendo que ninguna manda constitucional ha sido vulnerada con la celebración de la audiencia de debate sino que, antes bien, se han arbitrado los medios para afianzar la justicia y posibilitar poner fin a un proceso que ha insumido una considerable cantidad de tiempo, habida cuenta la complejidad del hecho investigado, con el alcance que sostuvo el Procurador General de la Nación al expedirse en el fallo "Egea, Miguel Ángel s/prescripción de la acción- causa 18/316" (Fallos 327:4815), cuyos argumentos hiciera suyos la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Poder Judicial de la Nación

La Cámara Federal de Casación Penal, al resolver en la causa N° 6961 "Rivas, Jorge s/recurso de casación" (Rta. el 27 de septiembre de 2006) tuvo oportunidad de manifestar en relación con la interpretación del "plazo razonable" a la luz de lo dispuesto en el artículo 8° inciso 1° de la CADH que ante la ausencia de la regulación en un instrumento procesal propio para ese fin "...debe hallarse aunque no en todos, en la mayoría de los casos, en el plazo de prescripción de la acción penal. El cumplimiento de los plazos procesales es una garantía de juzgamiento, por lo tanto, su violación opera como límite al poder penal del Estado en el ejercicio de la persecución e imposición de pena..." y tal parámetro ha sido cabalmente respetado por el Tribunal.

Cierto es que la defensora ha citado en abono de su postura el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Granillo Ocampo, Raúl Enrique y otros s/recurso de queja" (Rta. el 4 de febrero de 2014), mas no alcanza la defensora a explicar la forma en la que aquél incidiría sobre el presente supuesto con el alcance pretendido, ya que se limitó a señalar el alcance del artículo 2 del Código Penal indicando que frente a un cambio legislativo más gravoso para los imputados, debía estarse al más benigno "...por ser el que se ajusta al cumplimiento del principio de irretroactividad de la ley penal establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional...".

A fin de complementar su estrategia defensiva, la Dra. Bisserier hizo jugar dicho precedente con el sentado por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa N° 1793/13 "Daneri, Gustavo Victor s/recurso de casación" del 17 de marzo del año en curso en el cual aquél tribunal limitó el alcance que cabía otorgarle al concepto "secuela de juicio", restringiéndolo a la citación a prestar declaración indagatoria y la citación de las partes a juicio en los términos del artículo 354 del CPPN. Ahora bien, este criterio no es el que ha fijado recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Demaría" citado más arriba. Ello así pues estableció que "... la cuestión en debate excede el interés individual de las partes y se proyecta a numerosas causas que, iniciadas con anterioridad al 2005, se encontrarían próximas a sucumbir por

extinción de la acción y los trastornos de tales implicancias en el marco de la administración de justicia penal, producirían un serio déficit en la regularidad y estabilidad de los procedimientos y en la seguridad jurídica en el acceso a tal sistema, a punto tal de generar una afectación al funcionamiento de todo un fuero ... Que ello es así toda vez que ni de la resolución apelada ni de los precedentes a los que remite surgen las razones jurídicas por las cuales el concepto 'secuela del juicio' debería tener en cuenta únicamente a 'la sentencia de condena' para -sobre esa base- concluir que debe reputarse como 'exclusivo acto procesal interruptivo conforme al régimen de aplicación por imperativo constitucional y legal, y en resguardo al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 9º Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2º Código Penal... Que lo anteriormente expuesto otorga el marco interpretativo del concepto 'secuela de juicio', a lo que deben sumársele los términos de la reciente ley 25.990, modificatoria del artículo 67 del Código Penal, párrafos 4 y 5, -a la que esta Corte consideró de manera explícita como más benigna (Fallos:328:4274)- que pone en evidencia el límite en el desarrollo de la temática aquí abordada, en tanto -sin eliminar la idea de la existencia de actos interruptores de la acción penal- consagra una enumeración taxativa de cuáles son los que asumen tal naturaleza, superándose así la imprecisión que la ley anterior podría presentar...". De allí, que puede afirmarse que no han transcurrido entre los distintos actos que constituyeron secuela de juicio con el alcance indicado, los seis años -máximo de la pena prevista para el delito reprochado- (art. 62 inciso 2º del CP) , teniéndose como el último de ellos la citación de las partes a juicio ocurrida el 5 de mayo de 2008.

De tal modo, cobran plena vigencia los argumentos esgrimidos en la resolución del 7 de octubre de 2013 en cuanto se estableció que ya sea según la ley anterior o la actualmente vigente, en ninguno de los casos la acción penal se encuentra prescripta. Por ello, cabe decir una vez más que debe rechazarse tanto la prescripción de la acción penal como el planteo de extinción de la acción penal por la violación

de ser juzgada en un plazo razonable formulados por la defensa de María Julia Alsogaray (arts. 18, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 62 del Código Penal).

En atención a que el único motivo por el cual la defensa consideró que el juicio era nulo era por la falta de jurisdicción del Tribunal para resolver, corresponde decir que, removido que fue tal obstáculo, la nulidad impetrada deberá ser rechazada (arts. 167 "a contrario sensu" y sgtes. del Código Procesal Penal de la Nación).

II. DE LA FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL RESPECTO DE JUAN CARLOS PICKENHAYN:

La Sra. Fiscal sostuvo que el imputado **Juan Carlos Pickenhayn**, en su carácter de socio a cargo de la firma KPMG, no tuvo ningún tipo de intervención o conocimiento que pudiera denotar connivencia en la actividad delictiva que conllevó esta contratación.

En tal sentido, tuvo en cuenta los dichos del testigo Gustavo Oscar Santomasi -actual director de Administración y Finanzas de KPMG- quien expresó que el encausado Pickenhayn era uno de los socios más antiguos de la firma y había sido elegido por los restantes socios como "...senior partner...", haciendo las veces de representante o "...cara visible..." de la empresa frente a terceros.

Por lo tanto, consideró razonable que otro socio requiriera su firma para un eventual acompañamiento en "...algún proyecto..." -como en el caso de marras-, tal como surge del estatuto constitutivo de dicha empresa y fuera relatado por el coimputado Hernán Pflaum y el propio Pickenhayn en el transcurso del debate al momento de ser oídos a tenor de lo normado en el artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación.

En consecuencia, indicó que fue "...en tal carácter que el imputado Pflaum le pidió a Pickenhayn que actuara en el presente contrato...", interviniendo únicamente en el acta constitutiva de la UTE y recibiendo sólo "...una somera descripción del negocio traído al estudio por Pflaum...". Sumado a ello, agregó que Pickenhayn no había tenido "...ningún tipo de intervención, interacción o trabajo..." vinculado al

contrato en el que participó KPMG como líder de la UTE.

Por su parte, los letrados defensores de Pickenhayn dijeron que al no haber mediado acusación Fiscal alguna en relación a su conducta, no había defensa que formular, entendiendo de aplicación al presente caso, el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus precedentes, por lo que solicitaron su respectiva absolución.

Sobre la aludida falta de acusación, como ya lo sostuviera en numerosos antecedentes de este Tribunal, he de decir que adhiero a la solución que otorga carácter vinculante al desistimiento fundado, en la oportunidad prevista por el artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación, de la acusación incompleta contenida en el requerimiento de elevación a juicio, en tanto el Ministerio Público Fiscal haya motivado el pedido absolutorio (art. 69 del C.P.P.N.).

Ello por cuanto, entiendo que la acusación en sí misma constituye una entidad compleja integrada por dos fases fundamentales, siendo éstas el requerimiento de elevación a juicio y el alegato fiscal solicitando condena, razón por la cual la carencia de alguna de ellas importa que su propósito se encuentre incompleto, desapareciendo en definitiva como tal.

Considero que el control jerárquico que impone la ley no deja lugar a dudas respecto a que la función de acusar recae de manera excluyente en los miembros del Ministerio Público Fiscal, siendo el órgano judicial al que se le impone el deber de juzgar, ello, en miras a la imparcialidad de las decisiones y la garantía del derecho de defensa, resultando dicha potestad inherente y exclusiva del juzgador.

Esta postura ha sido reafirmada con la doctrina sentada por el más Alto Tribunal, en la causa *in re* "Mostacchio, Julio Gabriel s/homicidio culposo" (M. 528. XXXV. Fallo 327:120), resuelta el 17 de febrero de 2004.

Por lo expuesto, voto por la absolución en favor de Juan Carlos Pickenhayn, en orden al delito imputado, por no haberse producido acusación fiscal a su respecto y no darse tampoco el supuesto acontecido en el fallo "Santillan, Francisco A.", resuelto el 13 de agosto de 1998 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 18 de la

Poder Judicial de la Nación

Constitución Nacional y 398 y siguientes, 402, 492 y 530 del Código Procesal Penal de la Nación)

III.- LA MATERIALIDAD DEL HECHO ACREDITADO.

Considero que, con el rigor que esta etapa procesal obliga, ha quedado fehacientemente acreditado con fuerza de verdad material tanto por los testimonios oídos durante la audiencia de debate como por las evidencias documentales incorporadas por lectura, que la entonces Liquidadora de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en estado de liquidación (en adelante ENTEL -el-), imputada María Julia Alsogaray, junto con el entonces Gerente de Asuntos Legales y posteriormente Coordinador General de la citada empresa, imputado Gustavo Víctor Daneri, valiéndose de tales condiciones, contrataron de manera ilegítima y en perjuicio del Estado Nacional, el día 24 de febrero de 1995, a la Unión Transitoria de Empresas (UTE) conformada por las firmas KMPG Finsterbusch Pickenhayn Sibille, Copiga S.A. y el abogado Jaime Fernando Fernández Madero, cuyos representantes eran éste último -respecto de quien se encuentra suspendida la causa por incapacidad sobreviviente- y el aquí imputado Hernán Pflaum; con el fin de hacer un relevamiento y análisis de la totalidad de los contratos de obra pública en los que ENTEL (el) hubiere actuado como comitente para lograr la restitución de materiales en poder de terceros y reclamar los daños y perjuicios generados por incumplimientos contractuales.

Este perjuicio patrimonial hubo de alcanzarse en virtud de las claras maniobras de "orientación" desplegadas por los imputados Alsogaray y Daneri para que la contratación recayera en cabeza de la citada UTE, como así también, debido a sus sucesivas ampliaciones y adiciones dispuestas a través de las resoluciones 73/95 (25/07/95), 104/95 (20/11/95) y 02/97 (09/01/97), las cuales fueron dictadas en forma innecesaria e injustificada, generándole al Estado Nacional un perjuicio patrimonial de un millón trescientos cincuenta y siete mil ciento sesenta pesos (\$1.357.160) más el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), los cuales en virtud de la ley de convertibilidad vigente al momento de los hechos, equivalían a la misma cantidad en dólares estadounidenses.

USO OFICIAL

A ello debemos sumar, las cuantiosas costas que aún en la actualidad se continúan generando por las deficientes demandas iniciadas por ENTEL (el) con el patrocinio letrado del Dr. Jaime Fernández Madero, representante de la UTE.

Es decir, los funcionarios de ENTEL (el), violando los deberes a su cargo, perjudicaron los intereses confiados y obligaron abusivamente al Estado Nacional, en beneficio de los particulares contratantes Hernán Pflaum y Jaime Fernando Fernández Madero, representantes de la UTE citada, resultando el primero de ellos partícipe primario en el injusto acreditado.

Para entender la fraudulenta operación que generó un daño económico al erario público más que millonario, corresponde analizar en primer lugar como fueron los diferentes pasos que se desarrollaron en el expediente administrativo N° 8257/93-ENTEL, en el que se llevó a cabo el "concurso para la contratación de un consultor para la realización de las tareas de liquidación final de los contratos de obra pública oportunamente celebrados por ENTEL", para luego sí, ir desgranando las diversas y numerosas irregularidades que me permiten afirmar que la contratación de la UTE fue realizada en forma ilegal y orientada.

a) TRÁMITE DEL EXPEDIENTE N° 8257/93-ENTEL.

1) El expediente N° 8257/93-ENTEL se inició en virtud de la Nota de fecha 6 de diciembre de 1993 remitida por el entonces Gerente de Asuntos Legales de ENTEL (el), Dr. Gustavo Víctor Daneri, a la funcionaria Liquidadora, María Julia Alsogaray, adjuntando dos proyectos de pliegos de bases y condiciones destinados a la contratación de sendas consultoras con el objeto de cerrar los contratos de obra pública donde ENTEL (el) hubiera actuado en calidad de comitente y elaborar los respectivos expedientes de consolidación de deuda (Ley N° 23.982)(cf. fs. 1/67).

En su nota de fs. 67, Daneri expresó que había tomado contacto con el Síndico General de la Nación y el Subsecretario de Normalización Patrimonial, por lo que solicitaba a la Liquidadora que de compartir el criterio

Poder Judicial de la Nación

enviara los proyectos para su análisis a la Subsecretaría de Normalización Patrimonial, y posteriormente, diera intervención a la Sindicatura General de la Nación (en adelante SIGEN).

2) Mediante nota de fecha 1 de abril de 1994 la Liquidadora de ENTEL (el), sometió a consideración del Subsecretario de Normalización Patrimonial, Rubén D. Poncio, los proyectos de pliegos que habrían de servir de base para la celebración del concurso entre consultoras (c. fs. 68).

3) Así las cosas, mediante Memorandum de fecha 22 de junio de 1994, la Directora Nacional de Normalización Patrimonial, Claudia A. Silva elaboró un informe efectuando observaciones a algunas de las cláusulas de los pliegos y lo remitió al Subsecretario de Normalización Patrimonial (cf. fs. 69/70), quien con fecha 23 de junio de 1994 lo volvió a girar al organismo de origen (cf. fs. 71).

4) Seguidamente, mediante nota del mes de septiembre de 1994 (no se aclara día exacto), el imputado Daneri, esta vez como Coordinador General de ENTEL (el), elevó a la funcionaria Liquidadora la documentación necesaria -entre ella el proyecto de resolución- para la realización de un concurso por invitación para la selección de un consultor técnico, legal y administrativo contable que procediera al relevamiento y análisis de la totalidad de los contratos de obra pública en los que ENTEL (el) hubiera actuado como comitente y que para esa fecha se encontraran con aptitud jurídica para que cualquiera de las partes pudiera válidamente practicar reclamaciones a su respecto.

En dicha presentación, Daneri señaló que se habían escogido a tres de las cuatro consultoras que la empresa Obras Sanitarias de la Nación (el) había seleccionando de una lista proporcionada por la SIGEN, siendo ellas: Estudios Torrent Auditores; Klinveld, Peat, Marwick, Goelderler (KPMG) y Henry Martin y Asociados (cf. fs. 72).

5) Mediante Resolución N° 90/94 de fecha 27 de septiembre de 1994 (cf. fs. 72/76), la Liquidadora de ENTEL

(el) dispuso llamar a concurso para la contratación de un consultor y aprobar los términos de referencia que lo iban a regir, receptando las sugerencias de la Subsecretaria de Normalización Patrimonial (cf. fs. 77/121). Asimismo fijó como fecha de apertura de las propuestas el día 28 de octubre de 1994.

6) A fs. 123/128 se encuentran glosadas las cartas de invitación giradas a las consultoras con fecha 6 de octubre de 1994 y sus respectivos cargos de recepción de fecha 7 de octubre del mismo año.

7) Mediante nota de fecha 18 de octubre de 1994 (con cargo de recepción de fecha 21 de octubre de 1994), suscripta por Hernán Pflaum y Juan Carlos Pickenhayn, socios del consorcio KPMG, se solicitaron a ENTEL (el) aclaraciones sobre la cláusula 11 del pliego relativa a la subrogación del Consultor en los derechos del Comitente en las acciones necesarias para el recupero efectivo de los bienes y/o créditos (cf. fs. 129).

8) A raíz de ello, el imputado Daneri como Coordinador General de ENTEL (el), dictó la Circular N° 1 por la cual estableció que en caso de iniciarse acciones judiciales para el recupero efectivo de los bienes y/o créditos, se apelaría a la asistencia de profesionales de la consultora que resultare contratada, entendiéndose que dicha actividad se encontraba comprendida dentro del apartado "alcance de tareas" y que no merecía retribución adicional de ninguna naturaleza. Dicha Circular fue comunicada a todas las consultoras invitadas (cf. fs. 130/132).

9) Nuevamente, mediante nota de fecha 20 de octubre de 1994, suscripta por Hernán Pflaum y Juan Carlos Pickenhayn, socios del consorcio KPMG, se solicitó a ENTEL (el) un detalle de todos los juicios que terceros hubiesen iniciado contra la empresa, como así también, la forma de archivo de dichos expedientes, los medios y posibilidades de acceso a los mismos y, en caso de existir, un registro de reclamos de terceros que pudiera ser consultado, con el

Poder Judicial de la Nación

objeto de estimar la carga de trabajo en relación a la licitación (cf. fs. 133)

10) Por otra parte, con fecha 24 de octubre de 1994, el Estudio Torrent Auditores, solicitó a ENTEL (el) una prórroga de por lo menos quince días para la presentación de su propuesta, dado que aún no había podido tomar contacto con la documentación correspondiente, resultando ello fundamental para una correcta evaluación de la tareas a ejecutar, sus plazos y costos (cf. fs. 134).

11) Ante dichos pedidos, Gustavo Víctor Daneri como Coordinador General de ENTEL (el), mediante nota de fecha 24 de octubre de 1994, comunicó a las tres firmas que no se otorgarían prórrogas por no existir motivos valederos para postergar la apertura de las propuestas, ratificando dicho acto para el día 28 de octubre de 1994.

Asimismo, manifestó que todo pedido de aclaración respecto de los términos de referencia debía formularse antes de los cinco días hábiles de la fecha fijada para la presentación de las ofertas e hizo notar que en la carta de invitación quedaba claro que ENTEL (el) no se encontraba en condiciones de asegurar a ciencia cierta el volumen de trabajo que las tareas en cuestión habrían de insumir, por lo que su estimación sería responsabilidad de las oferentes, encontrándose la documentación en sus depósitos sin sistematizar ni registrar metodológicamente (cf. fs. 135/137).

12) Como consecuencia de ello, mediante nota de fecha 28 de octubre de 1994, el Estudio Torrent Auditores hizo saber que no se presentaría al concurso en razón de la incertidumbre de las tareas a realizar (cf. fs. 138).

13) A fs. 139 se encuentra glosada el acta labrada el día 28 de octubre de 1994, de la que surge que sólo se recepcionó una propuesta por parte de la Consultora KPMG Finsterbusch, Pickenhayn Sibille, Jaime F. Madero y Copiga S.A., en dos sobres, procediendo a la apertura del sobre N° 1.

Dicha acta fue firmada por Hernán Pflaum y Jaime Fernández Madero en representación de la UTE; Gustavo P. Cresta por la Gerencia de Asuntos Legales de ENTEL (el), Arturo Derderian por la Gerencia de Administración y Gestión de ENTEL (el) y Antonio B. Carlomagno por el Estudio Torrent Auditores, sin que este último efectuara propuesta alguna.

14) Mediante nota de ENTEL (el) de fecha 7 de noviembre de 1994, los Gerentes de Asuntos Legales y de Administración y Gestión, Gustavo Cresta y Horacio D. Alí, y el Auditor Jefe de la Unidad de Auditoría Interna, Héctor M. Raggio, analizaron la oferta de la UTE y aconsejaron la apertura del sobre n° 2 relativo a la oferta económica.

En esa misma oportunidad, el imputado Daneri se excusó de intervenir en razón de la relación que lo vinculaba con uno de los integrantes de la oferente, el Dr. Jaime Fernández Madero (fs. 140/142).

15) Ese mismo día, María Julia Alsogaray dictó la Resolución N° 145/94 por la que dispuso precalificar la oferta presentada por KPMG Finsterbuch Pickenhayn Sibille y ordenó la apertura del sobre N° 2 -oferta económica- para el día 14 de noviembre del mismo año (cf. fs. 143/144).

16) Con fecha 14 de noviembre de 1994, se labró el acta de apertura del sobre N° 2 -oferta económica- perteneciente a la única propuesta presentada, correspondiente a la UTE (KPMG Finsterbusch, Pickenhayn Sibille, Jaime F. Madero y Copiga S.A.) de la que surgía que se había cotizado la retribución por un total de cuatrocientos ochenta y ocho mil cuatrocientos pesos (\$488.400), equivalentes a un total de trece mil doscientas (13.200) horas/hombre cotizadas a razón de treinta y siete pesos (\$37) la hora/hombre, más un porcentaje de recupero equivalente al 18%, excluida la incidencia del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Dichas horas/hombre fueron asignadas de la siguiente manera: a la especialidad contable-económica y técnica la cantidad de nueve mil doscientas cuarenta (9240) horas/hombre y a la especialidad legal la cantidad de tres mil novecientas

Poder Judicial de la Nación

sesenta (3960) horas/hombre.

Asimismo se dejó sentado que la asignación definitiva de horas entre los integrantes de la UTE se establecería al confeccionarse el Plan de Trabajos definitivos que según la cláusula 13.5 de los términos de referencia del concurso debía entregarse dentro de los 45 días de iniciado el plazo contractual.

Dicha acta fue firmada por Hernán Pflaum y Jaime Fernández Madero en representación de la UTE; por Gustavo P. Cresta a cargo de la Gerencia de Asuntos Legales de ENTEL (el), Horacio Ali de la Gerencia de Administración y Gestión de ENTEL (el) y Héctor Raggio de la Unidad de Auditoría Interna de ENTEL (el) (cf. fs. 148/149).

17) Luce a fs. 152/153 una nota del mes de diciembre de 1994 por la cual una comisión conformada por Héctor Raggio -Auditor Jefe de la Unidad de Auditoría Interna- y Gustavo P. Cresta, propusieron a la funcionaria Liquidadora de ENTEL (el), María Julia Alsogaray, adjudicar el concurso al Consorcio compuesto por KPMG Finsterbuch, Pickenhayn, Sibille; Jaime Fernández Madero y Copiga S.A., aclarando que si bien no existían otras ofertas para comparar, los valores cotizados se ajustaban razonablemente a los de plaza.

18) Asimismo mediante nota del mismo mes y año (no se aclara día), obrante a fs. 154/155, Gustavo P. Cresta hizo saber a la funcionaria Liquidadora, que la adjudicación propuesta recaía en la consultora invitada KPMG, firma líder, con trascendencia internacional y plantel profesional de importancia, consorciada con Jaime Fernández Madero y con Copiga S.A.. Asimismo allí dejó sentado que de firmarse el contrato propuesto, debía procederse a su publicación en el boletín oficial.

19) Por otra parte, a fs. 156 luce una nota dirigida al Coordinador General Daneri por parte de Luciano Graciano del Departamento de Presupuesto de ENTEL (el), haciéndole saber que los gastos relativos al concepto solicitado (cierre de contratos de obra pública), habían sido previstos en la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) según el presupuesto

correspondiente al año 1995.

20) Con fecha 22 de febrero de 1995, la funcionaria Liquidadora de ENTEL (el) dictó la Resolución N° 16/95 por la cual adjudicó el contrato para la liquidación y certificación final de los convenios de obra pública celebrados por ENTEL (el), a la Unión Transitoria de Empresas (en adelante UTE) indicada anteriormente (cf. fs. 157/158). Asimismo aprobó el proyecto de contrato que figura como anexo a fs. 159/171 y dispuso la publicación de la resolución en el Boletín Oficial (cf. fs. 186 y 188).

21) Se agrega a fs. 177/185 el contrato firmado con fecha 24 de febrero de 1995 entre la Liquidadora de ENTEL (el) y la UTE "KPMG FINSTERBUSCH PICKENHAYN SIBILLE, JAIME FERNANDO FERNÁNDEZ MADERO Y COPIGA S.A." representada en dicho acto por Hernán Pflaum y Jaime Fernández Madero, estableciéndose como remuneración la suma de cuatrocientos ochenta y ocho mil cuatrocientos pesos (\$488.400) más IVA equivalente a 13.200 horas/hombre y una retribución contingente del dieciocho por ciento (18%) más IVA, del valor de los créditos o bienes cuyo recupero por parte de ENTEL (el) fuera posible a través del asesoramiento e información brindados por la UTE.

22) A fs. 187 el imputado Gustavo Víctor Daneri y Horacio Alí -Gerente de Administración y Gestión a cargo de la Gerencia de Contabilidad y Finanzas de ENTEL (el)- emitieron con fecha 7 de marzo de 1995 -fecha de recepción del mismo día- la orden de trabajo a partir de la cual comenzaba a computarse el plazo contractual.

23) En el mes de abril de 1995 la UTE presentó en ENTEL (el) el Plan de Trabajos definitivos de las tareas de liquidación final de los contratos de obra pública (fs. 193/230).

Asimismo con fecha 12 de mayo de 1995 (con cargo de recepción del día 22 de mayo de 1995) la UTE a través de Pflaum y Fernández Madero presentaron modificaciones al Glosario de términos específicos del capítulo 2 de aquel plan

Poder Judicial de la Nación

(cf. fs. 231/234).

24) Mediante Nota de fecha 21 de julio de 1995 (cf. fs. 235/237) Horacio D. Alí y Gustavo P. Cresta (mediante firma sin sello aclaratorio), propiciaron la aprobación del plan de trabajo propuesto por la UTE y establecieron la conveniencia, en virtud de las horas presupuestadas insumidas y las que serían necesarias para culminar las tareas encomendadas, de hacer uso de la facultad de prórroga del plazo de vigencia del contrato prevista en la cláusula 4ta, llevando la contratación a un plazo de trescientos sesenta días corridos (360) o veintiséis mil cuatrocientas (26.400) horas/hombre según lo que ocurriera en primer término.

Asimismo dejaron constancia que el costo de la ampliación del contrato se encontraba comprendido en la imputación presupuestaria de un millón de pesos (\$1.000.000) informada a fs. 156.

25) Con fecha 25 de julio de 1995, la Liquidadora de ENTEL (el) dictó la resolución N° 73/95, mediante la cual aprobó el Plan de Trabajos definitivos presentado por la UTE y propuso a la Consultora la prórroga del plazo contractual originalmente previsto, llevando la contratación a un plazo de trescientos sesenta día corridos (360) o veintiséis mil cuatrocientas (26.400) horas/hombre (cf. fs. 238/240).

26) Posteriormente, mediante nota de fecha 2 de octubre de 1995, Jaime Fernández Madero, en representación de la UTE, solicitó a ENTEL (el) la aprobación para requerir judicialmente la producción de diligencias preliminares en búsqueda de elementos probatorios contra las ex contratistas, dando razón de su necesidad y otras cuestiones técnicas (cf. fs. 243/245).

27) En virtud de tal solicitud, a fs. 246/250, Cresta elevó una nota a la funcionaria Liquidadora, haciendo saber que ante la falta de documentación probatoria de distintas obras en poder de ENTEL (el), debía encomendarse a la UTE la producción de diligencias preliminares contra las ex contratistas, para que éstas las pusieran a disposición de

ENTEL (el).

Asimismo, sostuvo que ante la posibilidad de que algunas ex contratistas hubiesen entregado a las empresas licenciatarias del servicio telefónico materiales propiedad de éstas, y en atención a la existencia de una base de datos en poder de Telefónica de Argentina S.A., también debía encomendarse a la UTE el inicio de diligencias preliminares contra las empresas licenciatarias Telefónica de Argentina S.A. y Telecom Argentina S.A.

La consecuencia de este pedido implicaba que, como la Gerencia de Asuntos Legales de ENTEL (el) carecía de capacidad operativa para enfrentar tareas de semejante magnitud, resultaba necesario incrementar el monto del contrato de Consultoría por ampliación de las horas/hombre que se requerían para aquéllas tareas.

En cuanto a la remuneración, señaló que las tareas adicionales debían ser abonadas según los valores de la horas/hombre que la UTE cotizó en el concurso del que resultó adjudicataria (\$37 la hora/hombre), estimándose esta labor en la cantidad de cinco mil doscientos ochenta (5280) horas/hombre, sin perjuicio de abonarse la retribución contingente del 18% de recupero prevista en el contrato original.

En este sentido, Cresta señaló en relación al presupuesto de ENTEL (el), que habiéndose incrementado los ingresos corrientes de la empresa en igual medida que los gastos corrientes, se contaba con los fondos necesarios para abonar a la UTE.

28) El 20 de noviembre de 1995, la Liquidadora de ENTEL (el) dictó la Resolución N° 104/95, por la cual dispuso que la UTE realizase los trabajos adicionales consistentes en la petición y producción de medidas preliminares de procesos judiciales contra las ex - contratistas de ENTEL y las empresas licenciatarias del servicio telefónico, Telefónica de Argentina S.A. y Telecom Argentina S.A.

Asimismo ordenó a la UTE la realización de trabajos adicionales consistentes en el procesamiento del archivo electrónico elaborado por ENTEL (el), que se encontraba en poder de las empresas licenciatarias del servicio telefónico,

Poder Judicial de la Nación

analizando la información obtenida mediante dicho procesamiento a fin de utilizarla para acreditar los derechos de la ex empresa estatal.

Finalmente, ordenó la emisión de la orden de trabajo pertinente, que amplió en cinco mil doscientas ochenta (5280) horas/hombre el contrato de consultoría celebrado con la UTE (cf. fs. 251/255).

29) Se observa a fs. 257/258 una nota suscripta por Jaime Fernández Madero, de fecha 11 de marzo de 1996 (fecha de cargo de recepción del día 12/03/96), donde expresaba que por haber firmado como letrado patrocinante en los escritos que se presentaron ante el fuero contencioso administrativo federal donde se solicitaban medidas preliminares, no cobraría honorarios en eventuales regulaciones efectuadas en los citados juicios.

30) Posteriormente, mediante nota de fecha 24 de octubre de 1996, Fernández Madero, en representación de la UTE, informó a ENTEL (el) que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, Secretaría N° 7, había dispuesto la suspensión de las diligencias preliminares y pruebas anticipadas iniciadas en el expediente N° 51.237/95 caratulado "ENTEL en liquidación c/ NATELCO S.A. y otros s/diligencias preliminares".

De otra parte, señaló que desde febrero de 1996 había dejado de recibir instrucciones de ENTEL (el) para la continuación de los juicios, se carecía de firma de apoderados para la presentación de los escritos necesarios para la prosecución de tales expedientes y recordó que la UTE carecía de poder suficiente para representar a ENTEL (el) en el ámbito judicial.

A ello agregó que ENTEL (el) no había suministrado a los peritos suma alguna de dinero para cubrir al menos parcialmente los anticipos de gastos que requerían las pericias.

En virtud de ello Fernández Madero manifestó la necesidad de que aquella resolución fuera apelada, como así también, requirió se le otorgara el poder de representación pertinente en para evitar otras demoras en el futuro (cf. fs.

260/268)

31) Con fecha 20 de noviembre de 1996 (cf. fs. 269/274), José Rodolfo Eleazar González, en su carácter de Gerente de Asuntos Legales de ENTEL (el), redactó una nota en la que atribuyó la demora en el trámite de las diligencias preliminares al hecho de que ENTEL (el) no había podido contar en el año 1996 con los fondos necesarios para atender los importantes gastos que las pericias demandaban.

Señaló que las ex contratistas al tomar conocimiento de dichos procesos, se habían presentado en el expediente judicial efectuando planteos tendientes a dilatar la producción de las medidas, lo que frustró el objetivo perseguido a través de dichas diligencias.

En virtud de ello, consideró que habiéndose perdido el "efecto sorpresa" que aseguraba la eficacia de aquéllas medidas, ellas se tornaban inconvenientes, desde que la resolución del nuevo juez del expediente suspendiendo la producción de dichas diligencias, hacía suponer que no se harían efectivas por un largo tiempo.

Concluyó en que la alternativa más idónea y eficaz para obtener el recupero de los créditos, era deducir sin más trámite las demandas judiciales contra las ex contratistas y licenciatarias de ENTEL (el) y entendió que las demandas judiciales debían incluir a las ex contratistas Siemens S.A., Equitel S.A., Redcom S.A., Dycasa y José Sueiro y Cia S.C.C. pues a la fecha de la nota no se habían establecido los tribunales arbitrales ni fijado los procedimientos no judiciales que dirimirían las disputas entre ENTEL (el) y aquéllas.

32) Por haberse elevado esta nota a la Liquidadora de ENTEL (el) por el entonces Coordinador General, Dr. Horacio Alí (cf. fs. 274), aquélla con fecha 21 de noviembre de 1996, dictó la resolución N° 164/96 por la cual ordenó el inicio de las demandas judiciales tendientes a obtener el recupero de los créditos que tenía ENTEL (el) contra las ex contratistas y licenciatarias.

Asimismo, dispuso que el letrado patrocinante fuera Fernández Madero, como representante de la UTE, con la

Poder Judicial de la Nación

condición de que éste renunciara expresamente a percibir honorarios por las tareas indicadas, cualquiera fuera el resultado obtenido (cf. fs. 275/278)

33) Luce a fs. 280 la orden de trabajo emitida con fecha 28 de noviembre de 1996 (notificada el mismo día) por el Gerente de Asuntos Legales, Dr. José Rodolfo Eleazar González, para el comienzo de las tareas establecidas en la resolución N° 164/96,

34) Como consecuencia de lo anterior, Fernández Madero, con fecha 2 de diciembre de 1996, informó a ENTEL (el) que renunciaba al cobro de honorarios en los juicios iniciados contra las ex contratistas y licenciatarias (cf. fs. 281).

35) Mediante nota de fecha 28 de noviembre de 1996, suscripta por Hernán Pflaum y Jaime Fernández Madero, la UTE hizo saber a ENTEL (el) que KPMG se excusaba de intervenir en las acciones relacionadas con la demanda iniciada contra Siemens S.A., en virtud de que la empresa era auditora de la citada sociedad y sus socios ejercían cargos de sindicatura en ella (cf. fs. 282/283).

36) Por presentación de fecha 3 de enero de 1997, Fernández Madero, en representación de la UTE, solicitó a ENTEL (el) la designación de un consultor técnico (Ingeniero Herman Goldenberg) y dos consultores contables, Mario Wainstein y Javier Piazza, para la producción de pericias técnicas y contables dentro de las acciones judiciales iniciadas.

Para ello recomendó una retribución para Goldenberg y para Wainstein de setenta y cinco mil pesos (\$75.000) para cada uno, pagaderos a través de un anticipo de quince mil pesos (\$15.000) y cinco cuotas mensuales, iguales y consecutivas de doce mil pesos (\$12.000). En cuanto al consultor Javier Piazza recomendó una retribución total de treinta y cinco mil pesos (\$35.000) pagaderos en cinco cuotas mensuales, iguales y consecutivas de siete mil pesos (\$7000) (cf. fs. 284/285).

USO OFICIAL

37) Con fecha 7 de enero de 1997, el Coordinador General de ENTEL (el), Horacio Ali, elevó el pedido a la Gerencia de Asuntos Legales, manifestando que consideraba necesaria la designación de los consultores técnicos requeridos (cf. fs. 286).

38) Por su parte, con fecha 8 de enero de 1997, el Gerente de Asuntos Legales de ENTEL (el), José Rodolfo Eleazar González, entendió que lo propuesto por la UTE en cuanto a los consultores citados, teniendo en cuenta el carácter de obra científica/técnica, monto de sus retribuciones y la urgencia en la preparación de la prueba, permitía su contratación directa, conforme lo previsto por el art. 56, inciso 3º, párrafos a, d y f de la Ley de Contabilidad (cf. fs. 287/288), opinión que fue elevada a la funcionaria Liquidadora por citado Horacio D. Alí, con fecha 9 de enero de 1997 (cf. fs. 289).

39) Así las cosas, el mismo día -9 de enero de 1997-, la Liquidadora de ENTEL (el) dictó la Resolución N° 02/97, por la cual dispuso la contratación del Ingeniero Herman Goldenberg y los Contadores Públicos Mario Wainstein y Javier Piazza para actuar como consultores técnicos en los procesos judiciales iniciados contra las ex contratistas y licenciatarias, por las sumas requeridas por la UTE en concepto de honorarios (fs. 290/292), cuyos contratos suscriptos por los consultores con el Coordinador General de ENTEL (el), Dr. Horacio Alí, con fecha 31 de enero de 1997, lucen agregados a fs. 293/304

40) Finalmente, a fs. 310/382 obran diversos informes remitidos a ENTEL (el) por Fernández Madero, entre el 14 de marzo de 1997 y el 27 de julio de 1998, sobre el estado procesal de los pleitos iniciados contra las ex contratistas y licenciatarias de ENTEL (el).

Ahora bien, luego de haber descripto cronológicamente todas las etapas desarrolladas en el expediente N° 8257/93 de ENTEL (el), pasaré a detallar las

diversas irregularidades que se aprecian en aquél, demostrativas de una clara orientación por parte de los funcionarios de ENTEL (el) indicados, esto es la Liquidadora y el Sr. Coordinador General, con el objeto de beneficiar a través de la contratación y el pago de adicionales a la UTE compuesta por KPMG, Fernández Madero y Copiga S.A.

Cabe destacar que dichas anomalías fueron receptadas principalmente por la Sindicatura General de la Nación en el informe de auditoría legal celebrado con fecha 3 de octubre de 2000 (obrante entre la documentación reservada en Secretaría) cuyos términos fueron ratificados en la audiencia de debate por sus autores, Ricardo Pérez Vélez y Hugo Carcavallo, quienes declararon en forma testimonial.

b) IRREGULARIDADES DEL EXPEDIENTE N° 8257/93-ENTEL.

1) APARTAMIENTO DE LAS NORMAS QUE REGULAN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Para la legislación argentina la licitación o concurso público rigen como principio general para la contratación en la administración pública nacional.

A través de estos procedimientos la administración invita públicamente a posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará y adjudicará a la más ventajosa o conveniente para el interés público.

El fin de la licitación o concurso abierto es asegurar la legalidad, moralidad, conveniencia y limitación de la discrecionalidad de los agentes públicos intervinientes (BEZZI, Osvaldo, *El contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1981, P. 38 y BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, 1955, p. 162, entre otros).

La propia Constitución Nacional establece como regla el principio de la seleccionabilidad reglada y pública, a través de sus posibles sistemas, licitación pública, concurso público o cualquier otro procedimiento que, limitando la libertad del funcionario, obligue a éste a contratar con

sujeción a pautas concretamente determinadas de publicidad, concurrencia e igualdad. Ello así, de una interpretación conglobada de los arts. 16, 42 segundo párrafo y 75 inciso 23, entre otros, de la Constitución Nacional (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2º Edición actualizada y ampliada, Reimpresión: Editorial Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 304).

A la época de los hechos, la licitación y el concurso público se encontraban expresamente contemplados en el articulado legal.

El art. 55 de la denominada ley de contabilidad (decreto-ley N° 23.354/56), vigente en ese entonces, establecía que "...toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros, se hará por regla general previa licitación pública...".

En el mismo sentido, la ley N° 22.460 de Consultoría establecía para la contratación de servicios de consultoría el procedimiento de concurso público, salvo el empleo del concurso privado y la contratación directa, cuyos supuestos debían ser fijados por vía reglamentaria.

Cabe señalar que si bien estas excepciones nunca fueron reglamentadas, ello no obstaba a que el principio general del concurso público fuera el que debía prevalecer.

Antes de continuar, es importante destacar, que tanto la licitación pública como el concurso público se regían por las mismas reglas o principios, y solo se diferenciaban en que, mientras en la licitación pública la selección de la mejor oferta se realizaba teniendo en cuenta preponderantemente factores económicos; en el concurso público, se atendían principalmente las condiciones individuales de los candidatos, tales como la capacidad científica, técnica, cultural, artística u otras, según correspondiera (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo*, 1era Ed., Bs. As., 2012, Abeledo Perrot, T.

Poder Judicial de la Nación

1, p. 879/880)

Ahora bien, la licitación o el concurso público admitían, en ese entonces, tres tipos de excepciones (art. 55 del decreto-ley N° 23.354/56), que debían interpretarse con criterio restrictivo, que eran:

a) La licitación privada, que es el procedimiento de contratación en el que intervienen como oferentes sólo las personas o entidades expresamente invitadas por el Estado. Este tipo de llamado solo estaba permitido cuando el valor estimado para la operación no excediera el millón de pesos (\$1.000.000).

Asimismo las invitaciones debían cursarse como mínimo a seis casas comerciales del rubro inscriptas en el Registro de Proveedores (art. 62 inciso 8 del decreto N° 5720/1972).

b) el remate público, consistente en la compra venta de bienes en público, sin limitaciones de concurrencia y al mejor postor. Para ello era necesario que algunos de los poderes del Estado, el Tribunal de Cuentas o entidades descentralizadas autorizaran la venta de los bienes bajo su órbita.

Y por último, c) la contratación directa, que es el procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista, sin concurrencia, puja u oposición de oferentes.

Para poder recurrir a este tipo de contratación, se enumeraban una serie de casos taxativos, de los que habremos de destacar, por su vinculación a la presente, a los siguientes: a) "...cuando la operación no exceda de cien mil pesos (\$100.000)... d) Por razones de urgencia, en que a mérito de circunstancias imprevistas no pueda esperarse la licitación...f) las obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución debe confiarse a empresas, personas o artistas especializados..." (supuestos previstos por el art. 56 inciso 3° de la ley de contabilidad -decreto ley N° 23.354/56).

Por su parte el decreto N° 5720/72 denominado

"Reglamento de las Contrataciones del Estado" reguló este artículo disponiendo: a) respecto de las razones de urgencia, que aquéllas sean fundadamente ponderadas por la autoridad competente que las invoque (art. 55 inciso 6) y b) en cuanto a la contratación directa de obras científicas, técnicas y artísticas, que se documente fundadamente la necesidad de la especialización y los antecedentes que acrediten la notoria capacidad científica, técnica o artística de las empresas, personas o artistas a quienes se encomiende la ejecución de la obra o trabajo.

Ahora bien, habiendo explicado los tipos de procedimientos de contratación que tenía el Estado al momento de los hechos y su marco normativo, expondré a continuación los motivos que me llevan a concluir que el concurso para las tareas de liquidación de contratos de obra pública realizado por las autoridades de ENTEL (el), por el cual se adjudicara el contrato a la UTE conformada por KPMG, Fernández Madero y Copiga S.A., fue realizado incumpliendo la normativa legal vigente.

En primer lugar, cabe señalar que en los términos de referencia del concurso celebrado en el expediente N° 8257/93-ENTEL, se estableció expresamente que el régimen legal por el cual se iba a enmarcar aquél eran las disposiciones de la Ley N° 23.696 y su decreto reglamentario N° 1105/89, como asimismo las disposiciones de la Ley N° 22.460 (cf. fs. 6 y 79).

Ahora bien la ley N° 23.696 de reforma del Estado y su decreto reglamentario N° 1105/89, tuvieron como fin declarar en estado de emergencia la situación económico financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, disponiendo la intervención de todos los entes, empresas y sociedades de propiedad del Estado.

Las facultades y atribuciones otorgadas por la ley a los interventores, al Ministerio de Economía y a la Presidencia de la Nación, eran todas las relacionadas a un proceso privatizador y de concesión de servicios públicos. Es decir, su objetivo era la venta de los activos de la empresa

Poder Judicial de la Nación

estatal y no la contratación de un consultor.

Por lo tanto, las contrataciones autorizadas en el Capítulo V de la citada ley, debían entenderse enmarcadas en dichos fines, de manera que el órgano competente debía justificar la aplicación al caso del régimen de emergencia establecido (art. 46).

Esa es la razón por la que se daba participación a las cámaras empresarias y se establecía que a los efectos de comparación de ofertas, podían ser de aplicación las medidas de protección y preferencia para la industria nacional.

Es decir que no podían aplicarse por analogía estas normas para la contratación de una empresa consultora, puesto que cada régimen tiene sus propios fines y el relativo a los servicios de consultoría tenía una ley especial, no resultando justificativo suficiente para recurrir a otro marco regulatorio el estado caótico en que se encontraba ENTEL (el), según adujeron los imputados.

Sin perjuicio de ello, el art. 18 párrafo 1º de la citada ley, consignaba que los procedimientos de selección debían asegurar la máxima publicidad y transparencia, estimulando la concurrencia de la mayor cantidad posible de interesados y justificando el tipo de sistema determinado mediante acto administrativo motivado; lo que claramente no ocurrió en el presente caso.

Tampoco bajo este procedimiento se dio cumplimiento al art. 47 que establecía la obligación de solicitar la presentación de por lo menos dos ofertas o cotizaciones a empresas reconocidas, cuando fuere posible. Como vimos anteriormente, en el concurso en análisis sólo hubo un oferente y una cotización, negándose al Estudio Torrent Auditores una ampliación de plazo para que pudiera presentar su propuesta.

Por otra parte, no se entiende cómo las autoridades de ENTEL (el) habiendo manifestando expresamente en los términos de referencia que el concurso se iba a regir por la ley N° 22.460 de Consultoría, que establecía el concurso público como procedimiento de contratación, posteriormente hicieran caso omiso a la normativa que consideraban aplicable

y que realmente regía.

Durante sus alegatos las defensas manifestaron que si bien la ley N° 22.460 de Consultoría era la que regía la contratación de estos servicios, no podía aplicarse toda vez que no se encontraba reglamentada por el decreto correspondiente.

Si analizamos el entonces art. 12 de la ley N° 22.460 de Consultoría, podemos ver que estaba redactado de la siguiente manera "...La contratación de servicios de consultoría realizada por las entidades mencionadas en el art. 1° de la presente Ley, deberá efectuarse mediante el procedimiento de concurso público, salvo el empleo de concurso privado y la contratación directa, cuyos supuestos serán fijados por vía reglamentaria...".

Es decir, el procedimiento de concurso público era el que fijaba la norma y por su definición y claridad se encontraba plenamente operativo en ese entonces. En cambio requería reglamentación el procedimiento de concurso privado y de contratación directa, ya que todavía no se habían fijado los supuestos que los abarcarían, por lo que sólo esta parte de la norma era la que necesitaba de la intervención del Poder Ejecutivo para tener plena aplicabilidad, aunque bien podía recurrirse a los principios generales del derecho administrativo receptados por la ley de contabilidad, a la cual ya me referí con anterioridad.

Otros dos claros ejemplos de que la ley de consultoría resultaba aplicable es que tanto ENTEL (el) como Obras Sanitarias de la Nación (expediente N° 2212/94 que se desarrollará en el punto -2-) en los términos de referencia de sus llamados a concurso, receptaron los artículos 18 y 14 de aquélla, respectivamente, los cuales establecían que la contratada estaba obligada a aceptar modificaciones al contrato hasta un 20% del monto contractual y que las firmas consultoras no podían subcontratar más del 25% del valor de las tareas que formaban el objeto principal del contrato.

Asimismo la cláusula 36 de los términos de referencia del expediente N° 8257/93-ENTEL establecía que las controversias entre las partes se iban a solucionar a través del art. 27 de la ley de Consultoría (N° 22.460).

Poder Judicial de la Nación

Ahora bien, de la lectura del expediente administrativo de ENTEL (el) se advierte que se utilizó un procedimiento de excepción, irregular e improcedente, dividido en dos etapas, una primera consistente en una licitación privada en la que se invitaron a determinadas consultoras a participar y una segunda en la que se realizó una contratación directa con la única empresa oferente.

Este sistema mixto ya había sido criticado por la SIGEN en el expediente N° 2212/94 de Obras Sanitarias de la Nación cuando refirió que se trataba de procedimientos opuestos.

Sin perjuicio de ello, aunque se hiciera un esfuerzo por entender que este mecanismo de contratación heterodoxo encuadraba dentro de la normativa legal vigente, lo cierto es que tampoco se daba cumplimiento a los preceptos que regulaban por un lado la licitación privada y por otro la contratación directa.

Como dije anteriormente la licitación privada exigía que las invitaciones fueran cursadas a un mínimo de seis casas comerciales del rubro (art. 62 inciso 8 del decreto N° 5720/1972).

Sin embargo el imputado Gustavo Víctor Daneri elevó los pliegos de condiciones sugiriendo que la invitación fuera cursada a tan solo tres consultoras (Estudios Torrent Auditores; KPMG y Henry Martin & Asociados) las que fueron elegidas de una lista de 8 auditores clase "A" proporcionada por la SIGEN (cf. fs. 82 del expediente 2212/94-OSN).

Los motivos por los cuales tan solo se invitaron a tres de las ocho consultoras a pesar de que la ley exigía un mínimo de seis nunca fueron explicitados con claridad, como tampoco, las razones por las que se seleccionó sólo a estas tres empresas.

Es más, el art. 16 inciso b) del estatuto interno de ENTEL (decreto 2748/78) establecía una exigencia aún mayor, que era la invitación a un mínimo de diez firmas.

No obstante ello, la Liquidadora María Julia Alsogaray aprobó los términos de referencia del concurso y la

nómina de firmas consultoras a ser invitadas (cf. resolución N° 90/94 de fs. 73/76 del expediente 8257/93-ENTEL).

Durante su alegato la defensa de Gustavo Víctor Daneri refirió que se convocó a un mínimo de tres empresas, en virtud de lo dispuesto por la ley N° 23.696 y los arts. 11 y 19 del decreto N° 1105/89.

Sin embargo, como expliqué con anterioridad, nunca podían considerarse aplicables al caso dichas normas, que tenían otros fines, más precisamente, la venta de los activos de la empresa estatal en liquidación.

Pero además el art. 18 inciso 5° del decreto N° 1105/89, establecía que la contratación directa -aunque se invitase a tan solo tres postulantes (art. 19 párrafo segundo)- debía ajustarse a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, aplicando en lo que fuere pertinente los recaudos contenidos en la ley de contabilidad, el reglamento de contrataciones del Estado o la ley de Obras Públicas; lo que claramente no ocurrió en el presente caso.

Tampoco la convocatoria a tres empresas se encontraba justificada en el art. 62 inciso 10 del decreto 5720/72, relativo a la solicitud de ofertas en las contrataciones directas por razones de urgencia.

Es que si se estaba recurriendo a un procedimiento mixto, primero de licitación privada y después de contratación directa, no se podían aplicar dentro del primer procedimiento normas del segundo, por ser ambos institutos incompatibles, tal como lo señaló la SIGEN.

En este sentido, Juan Carlos Cassagne, recogiendo el criterio de Rodolfo C. Barra, señala que, con la diferencia de que las invitaciones se cursan a empresas o personas determinadas, "...En todos los demás actos del procedimiento de licitación privada se aplican los principios y normas que rigen la licitación pública, cuya aplicación se lleva a cabo en forma supletoria, lo cual, a su vez, permite distinguir este medio de elegir el contratista de la llamada contratación directa..." (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2da Edición, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 88).

Poder Judicial de la Nación

Por su parte Julio Rodolfo Comadira entiende que en la licitación privada, la oposición o concurrencia, dentro de límites propios de este sistema, igualmente debe ocurrir, y por ello no es válida la licitación en la que se ha invitado a un único oferente, o en la cual cotiza un solo licitante (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo*, 1era Ed., Bs. As., 2012, Abeledo Perrot, T. 1, p. 873/874)

Dicho ello habremos de analizar si estaban encuadradas algunas de las excepciones que hubiesen permitido la contratación directa:

a) "...cuando la operación no exceda de cien mil pesos (\$100.000)...".

La contratación de la UTE ascendía a la suma de cuatrocientos ochenta y ocho mil cuatrocientos pesos (\$488.400) por un plazo de 180 días, pudiendo prorrogarse aquél en términos idénticos al original, lo que implicaba una duplicación del precio, de manera que el monto excedía ampliamente el valor fijado como máximo para la contratación directa.

d) "...Por razones de urgencia, en que a mérito de circunstancias imprevistas no pueda esperarse la licitación...".

Desde que se elevara el pliego de condiciones del concurso hasta la resolución que dispusiera la adjudicación del contrato a la UTE, no se hizo mención alguna a razones o motivos de urgencia que justificaran la contratación directa. Solo aludieron Alsogaray y Daneri a la trascendencia de las tareas encomendadas (cf. fs. 67 y 68).

En consecuencia, al nunca señalarse cuales fueron las razones de urgencia, menos siquiera se hizo una ponderación de aquéllas (art. Art. 55 inciso 6 del decreto N° 5720/72 denominado "Reglamento de las Contrataciones del Estado"), violándose también el art. 13 del estatuto interno de ENTEL (decreto 2748/78) que también exigía justificación para este tipo de contratación.

En este sentido la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que la urgencia, por tratarse de una

cuestión de hecho, debe ser analizada en el marco de estudios técnicos cuya ponderación "...debe realizarse de conformidad con los informes de los especialistas en la materia..." (cf. PTN, Dictámenes, T. 146:180) y que "...el apremio debe ser concreto e inmediato, y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa, pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasione la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativas, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público..." (cf. PTN, Dictámenes, T89, pág. 260/267).

Tanto Gustavo Víctor Daneri como María Julia Alsogaray, en sus declaraciones indagatorias, señalaron que las razones de urgencia que permitían la contratación directa surgían de un informe de la Auditoría General de la Nación que encomendaba a ENTEL (el) agilizar las tareas de liquidación.

Ahora bien, el citado informe de auditoría fue finalizado con fecha 31 de marzo de 1994 y aprobado el 31 de mayo del mismo año, de manera que nunca pudo haber justificado la contratación directa de la consultora, toda vez que el proyecto de términos de referencia del concurso fue elevado por Gustavo Víctor Daneri a María Julia Alsogaray el día 6 de diciembre de 1993 y girado por la funcionaria a la Subsecretaría de Normalización Patrimonial con fecha 1 de abril de 1994, es decir con anterioridad al citado informe.

Sin perjuicio de ello, de su lectura se advierte que si bien se buscaba agilizar la realización de los activos de capital de la ex empresa estatal, entre otro temas, la mayor preocupación de la AGN era que había transcurrido un plazo prudencial desde la privatización de la empresa -dispuesta en el año 1989- y que no se había percibido aún un nivel de ingresos acorde con el tiempo y los recursos públicos invertidos con ese objetivo.

En este sentido cabe destacar que el presupuesto modificado estaba previsto en \$12.207.000 de recursos y gastos, de los que gran parte estaban destinados a la

Poder Judicial de la Nación

confección de un inventario de bienes que nunca se realizó.

Por otra parte, el citado informe hacía mayor hincapié en el enorme patrimonio inmobiliario más que en el material de rezago, en razón de que por la venta de los primeros se preveían ingresos por \$15.000.000 anuales.

Si bien es cierto que con fecha 17 de junio de 1993 el Ministerio de Economía había dictado la resolución N° 649/1993 por la cual los entes debían desafectar todos los bienes muebles en desuso o en condición de rezago para que la Subsecretaría de Administración de Bienes procediera a su venta; recién el 7 de marzo de 1994 ENTEL (el) indicó que se había detectado material de rezago en poder de los contratistas y que se estaba realizando un puntilloso inventario con la colaboración de la SIGEN y el Ejército Argentino.

Sin embargo, el único material que se había encontrado fue el hallado a mediados de 1993 por un hecho casual en un depósito de la firma Dycasa ubicado sobre la ruta nacional N° 9, consistente en bobinas con cables de la empresa ENTEL (el). Es decir, que era falsa la afirmación de que se estaba realizando un inventario sobre el material de rezago en general (cf. informe de la AGN a fs. 1360).

Por lo tanto, no resulta lógico entender que algo que se encontró por casualidad, que no se sabía siquiera que existía y que, desde que se iniciara el proceso de liquidación de ENTEL a principios de los años 90', no le había interesado a la ex empresa estatal, en tan solo unos meses se convirtiera en una cuestión trascendental.

Tampoco puede considerarse justificada la urgencia en el dictado del decreto N° 1836/94 que establecía la obligación de los entes estatales en liquidación de realizar un relevamiento de su estado patrimonial de activos y pasivos al 30 de junio de 1994, toda vez que dicho decreto fue dictado el 14 de octubre de 1994, es decir casi un año después de que se elevara el pliego a consideración.

Otro informe de la Auditoría General de la Nación nombrado por las defensas en sus alegatos para justificar la

procedencia del concurso y del contrato suscripto con la UTE, fue el finalizado con fecha 24 de junio de 1997 y aprobado el 17 de marzo de 1998 (cf. documentación reservada en Secretaría).

De su lectura se aprecia que la AGN reconoce que ENTEL (el) realizó las acciones tendientes a cumplir con la liquidación de los bienes y activos de la empresa tal como fuera solicitado en marzo/mayo de 1994.

Sin embargo no se puede deducir de dicha afirmación que el procedimiento utilizado por las autoridades de ENTEL (el) haya sido el correcto, es más, la AGN realiza numerosas críticas al trabajo desarrollado al señalar que "...encontrándonos a más de siete años desde la concesión...aún existen importantes activos que ni siquiera es posible valuarlos adecuadamente (material sobrante y rezago en poder de los contratistas). Las acciones judiciales tendientes al cumplimiento de las recomendaciones que se formularan...aún se encuentran pendientes de resolución y fueron iniciadas con demoras, a nuestro juicio, injustificadas...".

Por último viene al caso destacar, que si bien para algunos la licitación o el concurso público parecieran ser sinónimos de lentitud, dispendio, complicación e ineficacia, la solución no radica en su supresión como procedimiento de selección del contratista del Estado; sino que "...aquella reside, en definitiva, en la articulación de los medios no jurídicos conducentes al logro de una organización y dinámica administrativa que, nutrida de un plantel funcional esencialmente moral e idóneo, responda a las concepciones más modernas de la Ciencia de la Administración..." (cf. COMADIRA, Julio Rodolfo, ob. cit. p. 287/288).

f) "...las obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución debe confiarse a empresas, personas o artistas especializados...".

Cabe señalar que este inciso debe ser comprendido como la autorización a contratar en forma directa solamente cuando escasas empresas o personas físicas tienen la capacidad científica, técnica o artística necesaria para

Poder Judicial de la Nación

llevar a cabo una determinada obra.

Esta interpretación resulta armoniosa con el art. 62 inc. 10 del decreto 5720/72 que no le exige a este tipo de contratación la solicitud de ofertas a tres casas del ramo y con la ley N° 22460 que establecía como regla general para las contrataciones de consultoría el concurso público (art. 12).

En el país existían numerosas consultoras o empresas de auditoría, de las cuales la SIGEN catalogaba dentro de la categoría "A" tan solo a ocho, de manera que había varias empresas con las especialidades requeridas. Ni hablar de las tareas de índole jurídica, para las que existían numerosos estudios jurídicos de renombre e importancia.

Tampoco se advierte del expediente que se haya fundamentado la necesidad de la especialización (art. 56 inciso 8 del decreto 5720/72), esto se aprecia con solo leer el punto "9. ALCANCE DE LAS TAREAS" de los términos de referencia, que rezaba que "...las actividades y tareas a realizar serán todas aquéllas que resulten necesarias para poder dar cumplimiento al objetivo fundamental definido en el presente pliego...".

Por lo tanto, los trabajos que debía desarrollar la consultora eran multidisciplinarios, pues se requería la intervención de ingenieros, contadores y abogados, de manera que las especialidades eran varias.

Tal como señala Juan Carlos Cassagne, esta excepción, vigente aún en la actualidad, exige una "...fuerte impronta *intuitae personae*..." por lo que "... existe la obligación de la Administración de fundar o motivar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica que se trate...no bastará la incorporación al expediente de los antecedentes curriculares o institucionales del especialista, artista o empresa, sino que será menester que el organismo explicita la unicidad aludida en la norma y la adecuación de aquéllos al objeto de la contratación..." (CASSAGNE, Juan Carlos, El contrato administrativo, 2da Edición, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 82/83); lo que claramente no ocurrió

en el presente caso.

Este carácter es el que nos permite diferenciar este tipo de contratación de la relativa a los servicios de consultoría, los cuales no son definidos con un carácter individual o personal sino en forma más amplia como "...toda prestación de servicios profesionales, científicos y técnicos de nivel universitario, cumplidos bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios realizada por firmas consultoras o consultores..." (cf. art. 2º de la ley de Consultoría N° 22.460).

Como se puede observar, de las leyes y reglamentaciones administrativas vigentes al momento de efectuarse la contratación, se desprendía la existencia de medios realmente eficaces e idóneos para llevar adelante aquélla, en miras de la transparencia del sistema de contrataciones del Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho al respecto que cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada porque se trata de un requisito esencial de su existencia (CSJN, "Servicios Empresarios Wallabies SRL v. Provincia de Salta", s/incumplimiento de contrato, Fallos 323:1841 (2000)

Asimismo, de haberse observado el sistema de contratación previsto para el caso -la licitación o concurso público- seguramente se habrían obtenido mejores ofertas tanto en lo relativo a los precios como en la calidad de servicios.

En consecuencia, las máximas autoridades de ENTEL (el) a través de un buscado procedimiento impropio, engorroso y confuso pretendieron darle una apariencia de legalidad al concurso que, en realidad, no tenía.

A continuación expondré otras irregularidades, que también me permiten concluir que la contratación examinada estuvo dirigida a fin de que la UTE conformada exclusivamente a ese efecto resultara adjudicada.

2) DIFERENCIAS CON EL EXPEDIENTE N° 2212/94 DE OBRAS SANITARIAS DE LA NACIÓN UTILIZADO COMO MODELO PARA LA

CONTRATACIÓN DE LA UTE.

Durante su declaración indagatoria Gustavo Víctor Daneri señaló que para la contratación de la consultora, tomó como base el sistema utilizado en el expediente N° 2212/94 de Obras Sanitarias de la Nación.

Ahora bien, de la compulsa del citado expediente, se advierte que también hubo un apartamiento del sistema de la licitación o concurso público previsto por la normativa legal vigente. Sin embargo se señalaron diversas circunstancias que justificaban la realización de una contratación directa por razones de urgencia, como así también, se adoptaron mecanismos externos de control, principalmente, a través de la intervención de la SIGEN y de la Secretaría de Coordinación Legal, Técnica y Administrativa del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.

Por lo tanto, comparando ambos expedientes, se aprecian las siguientes notorias falencias del concurso desarrollado por las autoridades de ENTEL (el).

a) Falta de acreditación del requisito de urgencia.

A diferencia de lo que ocurrió en el expediente N° 8257/93-ENTEL (el) en el de Obras Sanitarias de la Nación, quien elevó el pliego de condiciones -Asesor del Liquidador- hizo referencia a varios aspectos que resultaban importantes y que justificaban la necesidad de llevar adelante un concurso para el cierre de los contratos de obra pública.

Entre ellos señaló: a) que los temas a resolver constituían uno de los principales problemas de la Liquidación y que los reclamos administrativos pendientes eran de larga data; b) que estaban contenidos en voluminosos expedientes, cuyo análisis, elaboración e informe requería una tarea multidisciplinaria altamente calificada de abogados, ingenieros y contadores; c) que se presumía elevado el contenido patrimonial de los reclamos, estimándose en \$130.000.000, lo que reforzaba el requerimiento de contar con personal altamente especializado en las tareas de resolución administrativa; d) que OSN (el) no contaba con una organización en la cantidad y calidad que se requería, ni

tampoco, correspondía la formación de una planta permanente, dadas las urgencias del proceso liquidatorio; e) que la contratación revestía carácter de urgencia real y concreta ya que, de no adoptarse acciones concretas en la resolución de los reclamos en sede administrativa, podían ocasionarse contingencias y juicios, con los consiguientes gastos causídicos asociados y el mayor costo que esto significaba para el Tesoro (cf. fs. 35/37)

Asimismo el Departamento de Asuntos Jurídicos de OSN (el) evaluó los argumentos brindados por el Asesor del Liquidador y los confrontó con los dictámenes dictados por la Procuración del Tesoro de la Nación que señalaban los parámetros para determinar la existencia del requisito de urgencia, entendiendo que aquélla se encontraba configurada en el caso. También analizó que se trataba de la contratación de obras y servicios que requerían una especial capacidad del co-contratante, por lo que se encontraba habilitada la contratación directa.

Ahora bien más allá de esto, lo cierto es que el concurso realizado por OSN (el) versaba sobre deudas que registraba la empresa, por lo que la urgencia radicaba en los intereses que se estaban generando y en evitar su judicialización en pleno proceso liquidatorio.

En el concurso de ENTEL (el) en cambio se trataba de recuperos que eventualmente podían obtenerse y no de reclamos puntuales contra la empresa, por lo que no podía asimilarse la urgencia en ambos casos. La justificación de que podían prescribir las acciones legales sobre esos créditos no resulta suficiente, ya que la decisión de iniciar acciones legales -según Fernández Madero para evitar prescripciones- fue tomada recién en noviembre de 1996, es decir tres años después, sin contar que, al presentarse el Plan de Trabajos definitivos en el mes de abril de 1995 la UTE había manifestado que los plazos de prescripción para reclamar los créditos no estaban vencidos.

En consecuencia, tal como señala Julio Rodolfo Comadira (cf. obra citada anteriormente, p. 308/309) "...un contrato celebrado directamente, con sustento en la urgencia sin que ésta aparezca debidamente justificada...adolecerá,

por ende, de nulidad absoluta e insanable...".

b) Sospechosa "ausencia" entre las invitadas de la empresa Deloitte.

Tampoco se entiende de la comparación de ambos expedientes, cómo si Gustavo Víctor Daneri tomó como base el procedimiento utilizado por OSN (el), solamente escogió a tres de las cuatro empresas que oportunamente la ex empresa estatal seleccionara de la lista proporcionada por la SIGEN, dejando justamente afuera aquélla a quien se le había adjudicado aquél concurso (cf. fs. 72 del expediente N° 8257/93-ENTEL).

Cabe recordar que en las licitaciones privadas se exigía la invitación de seis empresas, no obstante lo cual, Daneri en su declaración indagatoria, señaló que a su entender, el mínimo era de tres, según lo dispuesto por la ley N° 23.696 y los arts. 11 y 19 del decreto N° 1105/89.

Sin embargo, como expliqué con anterioridad, nunca podían considerarse aplicables al caso dichas normas, que tenían otros fines, más precisamente, la venta de los activos de la empresa en liquidación y no la contratación de un consultor.

Asimismo, la nómina enviada a la SIGEN permitía claramente el cumplimiento de la normativa de la licitación privada ya que incluía a ocho empresas auditoras, entre ellas: Pistrelli, Díaz y Asociados; Bertora y Asociados; Estudios Torrent Auditores; Price Waterhouse & Co; Harteneck, Lopez y Cía; Klinveld, Peat, Marwick, Odelderler (KPMG); Deloitte & Touche y Henry Martin y Asociados (cf. fs. 82 del expediente N° 2212/94).

Sin embargo, Gustavo Víctor Daneri decidió invitar al Estudio Torrent Auditores que en el expediente N° 2211/94-OSN había señalado que no podía presentarse debido a compromisos profesionales contraídos con anterioridad (cf. fs. 104), a Henry Martin que nunca contestó y a KPMG que también había decidido no presentarse debido a que los trabajos requerían la participación de profesionales de otras ramas diferentes a las que contaba dicho estudio (en su

mayoría contadores públicos o licenciados en administración), por lo que debía subcontratar por encima del porcentaje máximo estipulado en el pliego (cf. fs. 106).

Esta convocatoria a firmas que no presentaron oferta alguna en el expediente de OSN y la no invitación a ofertar a la empresa que sí lo hizo -Deloitte- resulta sospechosa en razón de los propios dichos de Daneri quien manifestó que había consultado a quienes llevaron adelante el proceso en OSN y que conocía la totalidad de las empresas de la lista enviada por la SIGEN.

En este sentido, cabe recordar que Deloitte figuraba entre las primeras firmas de aquella lista, que había ganado el concurso realizado por OSN y que había sido contratada por el Banco Nacional de Desarrollo (BANADE) para la privatización de ENTEL (el).

Por otra parte del informe de la Auditoria General de la Nación de fecha 31 de marzo de 1994 y aprobado el 31 de mayo de 1994 se desprende que Deloitte ya estaba trabajando con ENTEL (el) toda vez que había sido contratada como consultora para la realización de los balances de los años 1989 y 1990 y estaba gestionando una ampliación del contrato para confeccionar los balances retrasados de los años 1991 y 1992.

Durante la audiencia de debate se hizo presente como testigo Carlos José Cravello, representante de Deloitte, quien señaló que no había impedimento legal o técnico para que la firma llevara adelante más de un trabajo a la vez y que a la época de los hechos la envergadura de Deloitte no era comparable con la de Henry Martin o Torrent, aclarando que no conocía la de KPMG.

Una explicación brindada por Daneri para haber invitado a KPMG, Henry Martín y Torrent Auditores solamente y no a Deloitte fue que la "lista corta" debía ser de tres empresas por lo que tenía que descartar a una. Sin embargo no se entiende por qué justamente descartó a Deloitte que había ganado el concurso de OSN, era conocida por ENTEL (el) y contaba con la mayor capacidad operativa.

Si bien nada obligaba a las autoridades de ENTEL

Poder Judicial de la Nación

(el) a invitar a Deloitte a concursar, no puede negarse que resulta llamativo que si se tomó como modelo el procedimiento utilizado por OSN (el), no se haya convocado a dicha firma, aunque más no fuera con el objeto de incentivar la competencia y lograr un mejor precio o prestación de servicios, sin perjuicio de que con posterioridad se eligiera a otra firma.

Las razones brindadas en el debate por los imputados Daneri y Alsogaray no resultaron claras, mientras que el primero señaló que en un trabajo anterior con ENTEL (el) la firma Deloitte había omitido brindar información importante, lo cierto es que no pudo especificar cuál era esa información y si era obligación de la empresa brindarla. Por su parte María Julia Alsogaray expresó que tampoco la habría invitado pero sin precisar motivos concretos, por lo que nos quedamos sin conocer las razones por las que un funcionario público, con obligación de fundar sus decisiones, desdeñó a la principal potencial ofertante.

c) Falta de aprobación o autorización del contrato por el Secretario de Coordinación Legal, Técnica y Administrativa del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.

El liquidador de OSN (el) una vez que aprobó el llamado a concurso y preadjudicó el mismo a la empresa Deloitte, dispuso elevar la resolución a conocimiento del Secretario de Coordinación Legal, Técnica y Administrativa del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos con el fin de que autorizara la adjudicación definitiva de la contratación, toda vez que el monto del contrato había sido superior a la suma de \$500.000, lo que excedía el límite por el que podía firmar el propio Liquidador (funcionario de nivel equivalente a Subsecretario) -arts. 1 y 2 del Decreto N° 2662/92 y 1 de la resolución N° 384/93 del M.E.) (cf. fs. 445/447).

Ahora bien, a fs. 452/453 y 454/455 lucen los dictámenes de la Dirección General de Administración y de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, ambas del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, por los cuales

hicieron saber al Subsecretario Legal y al Secretario de Coordinación Legal, Técnica y Administrativa de dicho Ministerio, que la contratación en realidad debía enmarcarse en el art. 3° del decreto 2662/92 por corresponder los servicios a contratar al clasificador "servicios técnicos y profesionales", por lo que la autorización y aprobación del gasto imputable era de competencia exclusiva de los Secretarios o funcionarios equivalentes, independientemente del monto.

En vistas de ello, manifestaron que resultaba como normativa aplicable la resolución del MEyOSP N° 384/93 que en su artículo 2° transfería a los liquidadores las competencias que establecía el art. 3° del decreto N° 2662/92 -vistas en el párrafo anterior- con la limitación prevista por el art. 5° del decreto N° 2394/92 que señalaba que para la contratación de servicios jurídicos se debía contar con la aprobación a ese fin de la Secretaria de Coordinación Legal, Técnica y Administrativa del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación.

Véase que a fs. 456 luce agregada la nota del Secretario de Coordinación Legal, Técnica y Administrativa del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, donde prestan conformidad a la contratación aludida en lo referente a la inclusión de servicios jurídicos, de acuerdo a lo previsto por el art. 5° del decreto N° 2394/92.

Luego de ello, el Liquidador de OSN (el) a fs. 457/458 dictó la resolución N° 81304 por la cual dispuso adjudicar con carácter definitivo el concurso de antecedentes y ofertas a la firma Deloitte.

Ahora bien, en el expediente de ENTEL (el) el monto del contrato ascendía a la suma de \$488.400, es decir una suma levemente inferior al límite de \$500.000 que tenían los liquidadores para aprobar este tipo de contrataciones.

Esta fue la razón, a mi entender, por la que se previó la cláusula de ampliación del plazo, es decir, poder fijar un precio de contrato por encima de aquella suma, pero que al dividirlo en dos etapas, no superara dicho tope, evitando que el expediente debiera salir de la esfera de

ENTEL (el) hacia la del Ministerio de Economía.

Tal razonamiento se condice con lo afirmado por la misma imputada María Julia Alsogaray, cuando al dictar la resolución N° 104/95 (cf. fs. 251/255) señaló que las tareas adicionales que se estaban aprobando por la suma de \$195.360 se encontraban dentro del 20% del valor del contrato.

Por lo tanto, la propia Liquidadora consideraba que el monto total del convenio ascendía a \$976.800, es decir la retribución original más su duplicación por prórroga del plazo.

No obstante ello, como ya se indicó, toda contratación de servicios jurídicos, independientemente de su monto, debía contar con la aprobación de la Secretaria de Coordinación Legal, Técnica y Administrativa del Ministerio de Economía, lo que no ocurrió en el expediente de ENTEL (el).

USO OFICIAL

3) APARTAMIENTO DE LAS NORMAS DE SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DE CONSULTORES POR PRESTATARIOS DEL BANCO MUNDIAL QUE REGULAN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Uno de los argumentos utilizados por Daneri para justificar el tipo de contratación llevado adelante en el expediente N° 8257/93-ENTEL fue que se utilizó el marco regulatorio del Banco Mundial para la "Selección y Contratación de Consultores por prestatarios", ante la falta de un decreto reglamentario de la ley de consultoría.

Ahora bien del análisis de dicha normativa se aprecian una serie de exigencias que no fueron cumplidas por las autoridades de ENTEL (el) en la contratación de la UTE.

En primer lugar el Banco Mundial establece entre las consideraciones que deben guiar el proceso de selección: la necesidad de dar a los consultores la oportunidad de competir y la importancia de que el proceso de selección sea transparente. Sin embargo, como vimos anteriormente, no se dio cumplimiento a ninguna de ellas.

Por otra parte, tampoco se siguieron las pautas emanadas de las siguientes normas:

El art. 2.1 establece en cuanto al proceso de

selección por "lista corta" que luego de la preparación de los términos de referencia del concurso y la estimación de costos y presupuesto, se debe dar publicidad al concurso para luego preparar la nómina de consultores.

En el expediente N° 8257/93-ENTEL, Daneri elaboró la "lista corta" de consultores sin dar cumplimiento al requisito de publicidad del concurso. El primer acto en publicarse en el Boletín Oficial fue el de la resolución N° 16/95 por la cual ya se había dispuesto adjudicar el contrato a la UTE.

Esto también resultaba violatorio del art. 12 del Estatuto Orgánico de ENTEL aprobado por el Decreto N° 2748/78 que establecía que las contrataciones debían realizarse conforme a los principios de publicidad y competencia.

Asimismo, el art. 2.5 establece que el pliego del concurso y el contrato deben ser publicitados en una gaceta o periódico nacional, exigiéndose mayores medios de comunicación cuando el valor superare los doscientos mil dólares (U\$S 200.000).

A lo largo del expediente n° 8257/93-ENTEL no se realizó ninguna publicación en un periódico o medio nacional a pesar de que la contratación excedía casi cinco veces dicha suma, teniendo en cuenta el tipo de cambio vigente en ese momento.

El art. 2.6 señala que el prestatario debe preparar la "lista corta" en base a aquéllas firmas que hayan expresado interés o lo hayan solicitado. La lista debe contar de seis firmas aunque podrá ser menor en condiciones especiales, por ejemplo, cuando sólo unas cuantas firmas calificadas hayan expresado interés para un trabajo específico o cuando el tamaño del contrato no justifique una mayor competencia.

Con esta norma se advierte un claro objetivo de evitar fraudes que se puedan suscitar convocando al concurso a empresas que no tienen interés en participar y ubicando entre ellas a alguna que se quiera beneficiar, como ocurrió en el presente caso.

En el expediente N° 8257/93-ENTEL se realizó una

"lista corta" de consultores sin saber si las empresas tenían o no interés en concursar. Peor aún, como vimos anteriormente se convocó a aquéllas que se habían negado a participar en un concurso similar (OSN) y se omitió invitar a la única empresa interesada y ganadora de dicho concurso (Deloitte).

4) EQUIVOCADO PERFIL DE LAS CONSULTORAS A LAS QUE FUE DIRIGIDO EL CONCURSO.

Del análisis del expediente N° 8257/93-ENTEL no se advierten los motivos por los cuales se invitaron a concursar a tres estudios contables, cuando gran parte de las tareas de liquidación de los contratos de obra pública requería de un alto grado de asesoramiento y gestión jurídica.

Quien elevó el proyecto de pliego de condiciones fue la propia Gerencia de Asuntos Legales de ENTEL (el), a cargo de Daneri, quien manifestó que dicho sector carecía del personal e instrumental necesario para desarrollar las actividades que se proponían tercerizar (cf. fs. 67). Esta manifestación la volvió a realizar el nombrado a fs. 72, por lo cual, teniendo en cuenta la especialidad de la gerencia que elevó los pliegos, resulta claro que se trataba de asuntos de índole jurídica.

Asimismo la resolución N° 90/94 (cf. fs. 73/76) por la cual la Liquidadora dispuso el llamado a concurso establecía la necesidad de contratar un consultor "...con capacidad suficiente para el desarrollo técnico, **legal** y administrativo contable..." para la liquidación de los contratos de obra pública "...en que ENTEL (el) haya actuado como comitente y que a la fecha **se encuentren en aptitud jurídica** para que cualquiera de los contratantes pueda válidamente practicar reclamaciones al respecto...".

Por su parte, los términos de referencia del concurso también marcaban un claro predominio de los aspectos jurídicos de las tareas a realizar y por lo tanto del perfil que debía tener la consultora a contratar (cf. fs. 77/122).

En el numeral "4. Postulantes" se establecía que la convocatoria se dirigía a firmas "...de reconocida

experiencia en auditoría y consultoría de temas económico financieros, administrativo contables, técnicos y **jurídicos...**"

Asimismo el numeral "9. Alcance de las tareas" señalaba que la contratista debía "...reunir toda la información económico-financiera, técnica, **legal** y administrativo contable...", "...emitir **opinión jurídica** sobre créditos y deudas recíprocos...", "...proponer los cursos de acción en caso de que existan **controversias** administrativas, arbitrales y/o **jurídicas...**", "...emitir **opinión**, técnica, económico financiera y **jurídica** sobre la naturaleza de deudas y créditos recíprocos..." y "...asistir a la comitente en la **elaboración de los demás instrumentos contractuales** necesarios para proceder a la liquidación y cierre final de los contratos..."

En el mismo sentido, el numeral "13.3 Documentos..." le exigía a las empresas invitadas que acrediten la capacidad de sus profesionales de planta en las especialidades relacionadas con la convocatoria, señalando entre ellas a **especialistas jurídicos.**

A ello debemos aunar, la comunicación conocida como Circular N° 1 dirigida a las tres empresas invitadas luego de un pedido de aclaratoria solicitado por KPMG (cf. fs. 129), en la que Gustavo Víctor Daneri, esta vez como Coordinador General de ENTEL (el), informó que "...**en el caso de iniciarse acciones judiciales...en todos los casos...se apelará a la asistencia de profesionales de la consultora...entendiéndose que tal actividad se encuentra incluida dentro de las responsabilidades que le caben...y no merece retribución adicional de ninguna naturaleza...**" (cf. fs. 130/132).

Asimismo a fs. 133, la empresa KPMG solicitó a ENTEL (el) un detalle de todos los **juicios que terceros** hubieran iniciado contra ENTEL (el) a efectos de completar la estimación de la carga de trabajo.

Todas estas actividades legales en cabeza del Consultor luego fueron plasmadas en el contrato suscripto por ENTEL (el) con la UTE conformada por KPMG, Fernández Madero y

Poder Judicial de la Nación

Copiga S.A. Es más, se agregaron como obligaciones de la contratista: iniciar como subrogante **las acciones legales necesarias** tendientes a hacer efectivos los créditos y/o bienes en cuestión y seleccionar aquéllos contratos que por sus características posibiliten un recupero rápido y efectivo de los bienes y/o créditos, teniendo en cuenta también a tal efecto la magnitud de los montos o valores involucrados, la solvencia del deudor y los **remedios legales** con que se cuenten en cada caso particular (la negrita en todos los casos me pertenece).

Por lo tanto, del análisis de las piezas documentales señaladas anteriormente, se puede vislumbrar que el fundamento para contratar a un consultor externo era conocer el estado de situación en el que se hallaban las contrataciones de obras públicas que ENTEL (el), en calidad de comitente, hubiera celebrado.

Para ello resultaba indispensable producir una certificación general e individual de cada uno de los contratos, para luego efectuar un pronóstico jurídico sobre la posibilidad de realizar reclamos legales y la probabilidad de ganarlos.

En consecuencia, el consultor que hubiere de encarar el proyecto, debía poseer suficiente aptitud técnica y administrativo contable, pero especialmente legal para poder recomendar en forma adecuada los caminos a seguir ante la existencia de un derecho crediticio o de una deuda pendiente.

Esto ya había sido puesto de manifiesto por la propia KPMG en el expediente 2211/94 de OSN cuando decidió no presentarse al concurso debido a que se requería la participación de profesionales de otras ramas diferentes a las que contaba dicho estudio (en su casi totalidad contadores públicos o licenciados en administración) (cf. fs. Nota de fs. 106 firmada por los socios Hernán Pflaum y Ricardo de Lellis).

Lo visto, también se desprendía del pacto final de honorarios acordado con la UTE, en el que se destinó el 30% del total de la remuneración fija a la actividad legal, como así también, una retribución contingente del 18% sobre los

efectivos recuperos que se realizaran, es decir, de lo generado como consecuencia de las acciones legales iniciadas o a través de los mecanismos de mediación o negociación previa (cf. fs. 148 del expediente).

Por lo tanto, lo correcto habría sido que la convocatoria hubiere sido hecha también a importantes estudios jurídicos con capacidad suficiente para cubrir las necesidades legales que requería la liquidación de la empresa estatal o en todo caso el desdoblamiento del concurso entre los aspectos de índole contable y jurídica.

No obstante ello, aunque se considerase válido el argumento utilizado por los imputados de que las tareas eran mayormente contables, no se entiende cómo se asignaron los trabajos jurídicos (en el peor de los casos consistentes en el 30 % del total) a un solo y único abogado, cuando los propios acusados hicieron referencia constantemente a la complejidad de las tareas y la voluminosidad de la documentación.

5) INSUFICIENTE CONTRALOR EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES Y APARTAMIENTO INTENCIONAL DE LA SIGEN DEL EXPEDIENTE.

El proyecto de pliego de condiciones del concurso, elevado por el entonces Gerente de Asuntos Legales de ENTEL (el), Gustavo Víctor Daneri, a la funcionaria Liquidadora, María Julia Alsogaray, preveía en su punto 10 segundo párrafo (cf. fs. 6) que la Sindicatura General de la Nación (en adelante SIGEN) actuaría "...como contraparte del adjudicatario, supervisando la ejecución técnica de las tareas que se encomiendan, en todas y cada una de las etapas de realización y aprobando el informe con opinión correspondiente...".

Este proyecto luego fue girado por la Liquidadora de ENTEL (el) a la Subsecretaría de Normalización Patrimonial del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, la cual a través de su Directora Nacional emitió un memorandum de fecha 22 de junio de 1994 informando distintas observaciones o cambios que a su criterio debían introducirse

Poder Judicial de la Nación

en el pliego (cf. fs. 69/71).

A fs. 72, nuevamente Daneri, esta vez en el cargo de Coordinador General de ENTEL (el), elevó a la Liquidadora Alsogaray, un proyecto de resolución conteniendo el pliego definitivo de condiciones del concurso y haciendo saber que se había dado intervención en el mismo a la Subsecretaría de Normalización Patrimonial.

Por ello, a fs. 73/122, la funcionaria Liquidadora dictó la resolución N° 90/94 de fecha 27 de septiembre de 1994, por la cual aprobó los términos de referencia del concurso, aclarando que se habían receptado las sugerencias realizadas por la Subsecretaría de Normalización Patrimonial.

Ahora bien, de la lectura del Anexo I de la mentada resolución, en el que se fijaron los términos de referencia definitivos del Concurso, se advierte que dicha afirmación resultaba falsa.

Ni Daneri al elevar el proyecto de resolución, ni Alsogaray al suscribir aquélla, dieron cumplimiento, a pesar de así haberlo afirmado, con las siguientes observaciones realizadas por la Directora Nacional de Normalización Patrimonial, Licenciada Claudia A. Silva:

a) En la cláusula 25, se estableció que cualquier modificación o enmienda del contrato se iba a regir por la ley, jurisdicción y competencia de las autoridades argentinas. Sin embargo, la DNNP había solicitado que se precisara la jurisdicción de los tribunales de Capital Federal.

b) Por otra parte, en la cláusula 33 se señaló que en caso de rescisión por decisión del Comitente serían abonadas las retribuciones devengadas hasta la fecha de la notificación y la indemnización de los daños experimentados que acreditase el Consultor. Sin embargo, la DNNP había requerido que en dicha cláusula se estableciera que sólo debían abonarse las retribuciones devengadas, con los gastos efectivamente realizados, hasta el momento en que opere la rescisión y no desde la fecha de su notificación. Asimismo, los oferentes debían renunciar expresamente al reclamo de daños y perjuicios.

c) En el mismo sentido, en la cláusula 36, se

estableció para el caso de divergencias no resueltas sobre el concurso o el contrato, el arbitraje como mecanismo de solución y la competencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación. Sin embargo, la DNNP había expresamente manifestado que resultaba más práctico y definitorio el sometimiento de las cuestiones a la justicia ordinaria.

Ahora bien, más allá del incumplimiento a varias de las observaciones realizadas por la Dirección Nacional de Normalización Patrimonial, sin razón ni manifestación alguna al respecto, lo más grave es que también se modificaron cláusulas que estaban en el proyecto de términos de referencia original y que no habían recibido ninguna observación o crítica de la Dirección Nacional de Normalización Patrimonial.

Es decir que mientras Daneri y Alsogaray manifestaban haber acogido a todas las observaciones de la DNNP, no sólo no estaban cumpliendo con varias de ellas sino que en forma oculta modificaban otras cláusulas de los términos de referencia. En el presente punto solo habremos de examinar aquélla relativa al exhaustivo control que debía efectuar la SIGEN.

De la lectura de la foja 83 de los términos de referencia definitivos, se advierte no solo cómo el control de la SIGEN fue eliminado del proyecto original, para dar intervención a la Unidad de Auditoría Interna (UAI) de ENTEL (el), sino que además se alteró sustancialmente el rol de esta última, disminuyéndolo, pues la facultad decisoria que tenía en la frase de "aprobando el informe con opinión correspondiente" se sustituyó por la simplemente consultiva que le asigna la construcción gramatical "emitiendo informe con la opinión correspondiente".

Es decir, la SIGEN no sólo fue reemplazada por un funcionario que guardaba dependencia jerárquica con las autoridades de ENTEL (el), sino que además, se modificó el alcance de su contralor.

Si bien no escapa al Suscripto que Daneri al elevar el proyecto de pliego de condiciones (cf. fs. 67) manifestó

Poder Judicial de la Nación

que previamente había tomado contacto con la SIGEN, quien -en principio y en general- le habría conformado el criterio expuesto, lo cierto es que no figura en el expediente ni en ninguna otra documentación obrante en este legajo una constancia que acredite una participación formal de dicho organismo.

Ahora bien, durante los alegatos, las defensas manifestaron que había existido un correcto control de legalidad del contrato por parte de las áreas correspondientes de la ex empresa estatal ENTEL (el).

Sin embargo, veremos a continuación que este control no solo no fue el adecuado sino que ni siquiera se cumplió.

En primer lugar la Gerencia de Asuntos Legales de ENTEL (el) estuvo a cargo de imputado Daneri durante el período de elaboración del proyecto de pliego de condiciones, por lo que no resulta lógico ni legítimo que el propio autor del proyecto sea quien deba controlarse, en un doble carácter reñido con los principios de transparencia e imparcialidad que deben imperar en la función pública.

Tampoco puede considerarse que la Subsecretaría y la Dirección Nacional de Normalización Patrimonial, realizaran un adecuado control jurídico, toda vez que estaban a cargo de un Contador Público Nacional y una Licenciada en Economía, respectivamente. Es decir, dicho control de ninguna manera podía considerarse de legalidad, ni abarcativo del realizado por la SIGEN, ya que las observaciones de dicho sector se vinculaban con cuestiones propias de la dependencia.

No obstante ello, resulta llamativo, que si los funcionarios de ENTEL (el) realmente entendían que uno de los organismos de control dentro del ente era el Área de Normalización Patrimonial, no hayan dado cumplimiento a las observaciones que le fueron solicitadas, o lo que es peor, efectuaran modificaciones a cláusulas que no habían sido objetadas, todo ello sin dejar constancia documentada de los motivos de tales decisiones.

Por ello, tanto Daneri como María Julia Alsogaray fueron mendaces al afirmar que habían recogido todas las

sugerencias y que habían aprobado el proyecto original con los cambios propuestos.

La normativa del Banco Mundial en este aspecto establece en su art. 1.17 que "...Aún cuando se haya adjudicado el contrato después de obtener la "no objeción" del Banco, el Banco puede declarar viciada la contratación si llega a la conclusión de que la "no objeción" fue emitida sobre la base de información incompleta, inexacta o equívoca proporcionada por el Prestatario o si los términos y condiciones del contrato fueron modificados sin la aprobación del Banco..."

Un actuar diferente se aprecia en el expediente N° 2212/94-OSN donde el Liquidador (cf. fs. 79) realizó modificaciones al proyecto de pliego y las volvió a girar al Departamento de Asuntos Jurídicos, el cual, luego de examinarlas entendió que aquéllas no merecían observaciones desde el punto de vista jurídico, con excepción de la cláusula 1° donde se advertía la omisión de una palabra.

Aquí podemos advertir cómo a pesar del primer visto bueno del Departamento Jurídico, el Liquidador entendió la necesidad de realizar modificaciones, pero en vez de callarlas y hacerlas pasar como si fueran parte del primer proyecto -como ocurrió en ENTEL (el)- las volvió a girar al Departamento de Asuntos Jurídicos para que estuvieran al tanto de ellas.

Otro de los argumentos utilizados por algunas de las defensas es que la SIGEN había controlado el contrato a través de la delegación que poseía en ENTEL (el).

Sobre este punto debo señalar que tal como manifestara la Sra. Fiscal de Juicio, la SIGEN sólo podía tomar intervención en un expediente ante un pedido formal para que emitiera dictamen, o bien en casos de auditorías programadas por la propia SIGEN o requeridas por ciertos organismos como la Oficina Anticorrupción.

Por lo tanto, aunque hubiera existido una delegación de la SIGEN en ENTEL (el), lo cierto es que no se advierte ninguna intervención formal de aquélla en el expediente, por lo que de ninguna manera puede considerarse que haya tomado conocimiento real de la existencia de ese contrato.

Poder Judicial de la Nación

Los letrados defensores, también aludieron a que la Unidad de Auditoría Interna (UAI) de ENTEL (el), tenía entidad suficiente para realizar el control de legalidad del contrato.

Sobre ello cabe decir, que si bien es cierto que las unidades de auditoría interna de los entes gubernamentales tienen una relación de coordinación técnica con la SIGEN, por ser éste último el órgano rector del sistema de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, lo cierto es que de ninguna manera pueden equipararse o igualarse.

Es decir, si bien la UAI-ENTEL (el) tenía una relación de cooperación con la SIGEN, sus funcionarios eran designados por el propio ente que debían auditar. Es decir que dependían jerárquicamente de ENTEL (el) a diferencia de lo que hubiese ocurrido en caso de actuar funcionarios de la SIGEN.

Asimismo, si la propia SIGEN hubiese considerado que estaba representada en el expediente N° 8257/93-ENTEL por su delegación en ENTEL (el) o por la UAI-ENTEL, no habría señalado como irregularidad en su informe de auditoría de fecha 3 de octubre de 2000 reservado en Secretaría, el insuficiente contralor que había tenido el expediente, ni tampoco hubiese criticado su falta de intervención en aquél.

Queda claro entonces que se desarrolló una maniobra deliberada, para dejar de lado la intervención de la SIGEN, con el claro objetivo por parte de las autoridades de ENTEL (el) de que la supervisión fuera ejercida por funcionarios que dependían jerárquicamente de la funcionaria Liquidadora y no por un ente descentralizado externo e independiente

Adviértase que en su declaración testimonial el Auditor Jefe de la Unidad de Auditoría Interna, Héctor M. Raggio, expresó, respecto de este contrato, que nada se había controlado, que esa Unidad no hacía control de legalidad y que el área a su cargo no estaba en condiciones materiales de hacerlo, pues estaba integrada por apenas cuatro personas, que, esencialmente, debían encargarse de todos los juicios laborales contra ENTEL (el).

Asimismo, del análisis del expediente N° 8257/93-ENTEL se observa que las únicas actuaciones que tuvo la UAI-ENTEL en el expediente fueron las siguientes: a) en la nota de fecha 7 de noviembre de 1994 (cf. fs. 140/142) por la cual se aconsejó a la Liquidadora de ENTEL a proceder a la calificación de la UTE para la apertura del sobre N° 2 de propuesta económica; b) en el acta de apertura del sobre N° 2 -propuesta económica- del concurso (cf. fs. 149) y c) en la nota del mes de diciembre de 1994, obrante a fs. 152/153 por la cual se propició adjudicar el concurso del rubro a la UTE.

Es decir que sus intervenciones fueron todas con anterioridad al dictado de la resolución N° 16/95 (cf. fs. 157/158) por la cual se adjudicó el contrato a la UTE; luego de ello no tuvo ninguna actuación formal, por lo que las resoluciones dictadas por la Liquidadora que dispusieron: a) la aprobación del plan de trabajo definitivo presentado por la UTE y la prórroga del plazo contractual (Resolución N° 73/95 de fs. 238/240), b) la realización de trabajos adicionales consistentes en la petición y producción de medidas preliminares de procesos judiciales (Resolución N° 104/95 de fs. 251/255), c) el inicio de las demandas judiciales (Resolución N° 164/96 de fs. 275/278), y d) la contratación de consultores técnicos (Resolución N° 2/97 de fs. 290/292); no tuvieron el debido control por parte de la UAI-ENTEL.

En consecuencia, aunque se entendiese que el cambio de la SIGEN por la UAI-ENTEL no merecía reproche alguno, lo cierto es que ésta última no supervisó la ejecución técnica de las tareas encomendadas en ninguna de sus etapas, ni emitió informe alguno con su opinión sobre aquéllas, tal como se había establecido en el punto 10 segundo párrafo de los términos de referencia del concurso, que formaban parte del mismo contrato.

Es decir que tampoco a la Unidad de Auditoría Interna, mecanismo previsto por la ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (art. 100 de la ley N° 24.156), se le dio la intervención legal y contractualmente prevista.

Por último, cabe hacer referencia al expediente N° 2212/94 de OSN, mencionado por Gustavo Víctor Daneri, como el modelo seguido para la contratación de la consultora. De la lectura de dicho expediente, se advierte que la SIGEN sí tuvo una intervención formal y real en su desarrollo, toda vez que le fue remitido el pliego del concurso (cf. fs. 41 del expediente N° 2212/94-OSN), confeccionó la nómina de estudios de auditoría externa categoría "A" con los que operaba (cf. fs. 82) y realizó observaciones al pliego, determinando la existencia del requisito de urgencia que permitía omitir la licitación pública, como así también, el encuadre legal que resultaría correcto (cf. Memorandum de fs 93/97), por lo que no se entiende cómo pudo alegar Daneri que siguió el ejemplo de aquél expediente, cuando las diferencias entre ambos casos, como se ha demostrado, fueron notorias, lo que demuestra aún más que la exclusión del organismo de control por excelencia, la SIGEN, fue intencional.

6) DEFICIENTE CONFIGURACIÓN DE LA CALIDAD Y EXTENSIÓN DE LAS TAREAS A REALIZAR POR LA CONSULTORA.

De la lectura de los términos de referencia del concurso, como así también del propio contrato, se advierte una clara indeterminación acerca de las tareas que efectivamente debía realizar la consultora.

Esta indefinición impidió que se pudiera evaluar bajo parámetros objetivos la extensión, características y dificultades de las tareas exigidas a las consultoras así como tampoco lo estaba el costo de aquéllas.

Asimismo, permitió que con posterioridad a la suscripción del contrato con la UTE, se estableciera una ampliación del plazo del contrato, se dispusiera el inicio de diligencias preliminares, se ordenara el comienzo de procesos judiciales y se autorizara la contratación de consultores técnicos, todo ello por entender la adjudicataria, unilateralmente, que dichas actividades excedían el objeto del contrato originalmente firmado.

El punto "9. ALCANCE DE LAS TAREAS" de los términos de referencia del concurso, establecía que "...las actividades y tareas a realizar serán todas aquéllas que resulten necesarias para poder dar cumplimiento al objetivo fundamental definido en el presente pliego..."

Asimismo, el punto "10. CARGA ESTIMADA DE TRABAJO. SU DIRECCIÓN" señalaba que "...Será responsabilidad exclusiva de los oferentes estimar la carga de trabajo necesaria para el desarrollo de las tareas objeto de la presente convocatoria, por lo que todo error u omisión en este sentido no podrá ser invocado en contra de...ENTEL (el)...".

Por su parte las cartas de invitación enviadas a las empresas dejaban sentado que ENTEL (el) no se encontraba "...en condiciones de asegurar a ciencia cierta el volumen de trabajo que la tarea en cuestión habrá de insumir, por lo que su estimación será responsabilidad de los oferentes..." (cf. fs. 120)

Ante esta situación, la consultora KPMG decidió enviar una nota a ENTEL (el) con fecha 20 de octubre de 1994 (cf. fs. 133) solicitando que, a fin de completar una estimación de la carga de trabajo en relación a la licitación, se le brindara un detalle de todos los juicios que terceros hubieran iniciado contra ENTEL (el), como así también, la forma de archivo de esos expedientes, los medios y posibilidades de acceso a los mismos y si existía un registro de reclamos de terceros que pudiera ser consultado.

Por su parte, el Estudio Torrent Auditores, cuatro días después, también solicitó a ENTEL (el) poder tomar contacto con la documentación correspondiente a fin de realizar una correcta evaluación de las tareas a ejecutar, sus plazos y sus costos, requiriendo una prórroga de por lo menos 15 días de la fecha establecida para la presentación de las propuestas (cf. nota de fecha 24 de octubre de 1994 obrante a fs. 134).

A pesar de ello, ambos pedidos fueron rechazados por ENTEL (el) con fecha 24 de octubre de 1994 -el mismo día de la consulta del Estudio Torrent- por considerar que no había motivos valederos para postergar el acto de apertura de propuestas y que ENTEL (el) no se encontraba en condiciones

Poder Judicial de la Nación

de asegurar a ciencia cierta el volumen de trabajo que la tarea en cuestión habría de insumir, por lo que su estimación sería responsabilidad de los oferentes.

Asimismo hizo saber que la documentación en cuestión se encontraba en los depósitos de la empresa y que tales pautas habían sido adoptadas en virtud de la falta de sistematización de los correspondientes archivos y de la inexistencia de registros metodológicamente confeccionados (cf. fs. 135/137).

Posteriormente, Gustavo Daneri mediante nota de fecha 7 de noviembre de 1994 (cf. fs. 140/142), volvió a admitir la indeterminación de las tareas a realizar, al señalar respecto de la decisión del Estudio Torrent de rechazar la invitación por tal motivo, que "...tal incertidumbre -expresamente prevista en los respectivos términos de referencia...- se constituyó en uno de los motivos determinantes del llamado a concurso de que se trata...".

Por lo tanto, resulta por demás sospechoso que no siendo claras ni determinadas las tareas que debía realizar, la UTE que en un principio no estaba en condiciones de cotizar y a quien no se le otorgó la información requerida, pudiera luego realizar una oferta económica, que terminó siendo aceptada, máxime cuando sólo había transcurrido un plazo de 21 días entre la recepción de la carta de invitación (de fecha 7 de octubre de 1994 -cf. fs. 127-) y el acto de apertura de la propuesta (fecha 28 de octubre de 1994 - fs.139-).

En este sentido, cabe aclarar que no se encontró entre la documentación acopiada en este legajo ninguna constancia fehaciente de que alguna autoridad o empleado de la UTE se hubiera presentado en los depósitos de ENTEL (el) aludidos, con anterioridad a efectuar su oferta económica, para examinar los documentos o los archivos de datos que allí se guardaban.

No obstante ello, aunque la UTE hubiese realizado la revisión de aquéllos, el escaso tiempo que tuvo para ello difícilmente le habría permitido evaluar la cantidad de

trabajo que le insumiría la labor encomendada y menos su costo económico, considerando que la nota enviada a ENTEL (el) pidiendo información fue del 20 de octubre de 1994 y la fecha de vencimiento para realizar las propuestas ocurrió el día 28 de octubre del mismo año.

En consecuencia, la UTE no tenía posibilidades de evaluar si el negocio que habría de llevar adelante le sería o no redituable o incluso generarle pérdidas.

También resulta sugestiva la renuencia de ENTEL (el) con el Estudio Torrent Auditores a permitirles compulsar la documentación. En la audiencia de debate el testigo Antonio Blas Carlomagno, socio del citado estudio, refirió que en varias oportunidades solicitó a ENTEL (el) poder tener acceso a los depósitos a fin de evaluar las tareas a ejecutar, sin embargo siempre le contestaban que tenía que esperar, pues habían varios estudios con turnos asignados con anterioridad, de manera que decidió rechazar la invitación a concursar, toda vez que no podía cotizar algo que no sabía de qué se trataba.

Las dificultades para cotizar el trabajo, fueron reflejadas por la firma Deloitte a través del informe obrante a fs. 1791/1793 del principal, que fue ratificado en la audiencia de debate por el testigo Carlos José Cravello.

Por su parte, el testigo Julio Alberto Pueyrredón, que fuera socio de la Consultora Harteneck López y Asociados, al exhibírsele el informe de fs. 1794/1798, por él emitido, afirmó que no resultaba posible determinar cuántas horas/hombre serían necesarias para realizar el trabajo, porque faltaba información, por lo que la estimación era "a ojo". Manifestando también que el pliego examinado era genérico y faltaba volumen y tipo de trabajo, sin el grado de detalle mínimo que permitiera cotizar las tareas con un criterio técnico y realista.

En este sentido señaló el testigo que cuando la cantidad de trabajo era difícil de precisar, debía haber una interacción constante entre las partes, que implicaba una demora de hasta dos o tres meses hasta que la empresa invitada pudiera realizar una adecuada presentación de la

oferta, siendo habitual que se concedieran prórrogas para ese fin.

Por otra parte, tampoco podía resultar atractivo suficiente para la UTE, como manifestaron los imputados Pflaum y Alsogaray, la posibilidad de una retribución contingente referida a un porcentaje del valor de los créditos o bienes sujetos a recupero, toda vez que se desconocían las posibilidades de éxito, siempre en el eventual supuesto de que hubiere algún reclamo que realizar.

En virtud de lo expuesto, no puede tomarse como un argumento valedero, que siendo KPMG una empresa de larga y notable trayectoria, según lo manifestado por los imputados, se hubiera presentado a un concurso prácticamente a ciegas, efectuando una propuesta económica sin saber a ciencia cierta la complejidad y extensión del trabajo ni las responsabilidades y riesgos que le generaría el mismo.

Más reprochable aún resulta el actuar de los funcionarios de ENTEL (el), pues no resulta lógico que el propio comitente fuera el que propusiera a los concursantes la determinación y extensión de las tareas a realizar y su valuación en horas/hombre.

En base a lo expuesto, resulta claro y puedo sostener que la indeterminación en los términos de referencia del concurso, tenía dos claros objetivos.

1) En primer lugar, que las demás firmas invitadas al no poder evaluar el tipo y la cantidad de tareas a realizar, se retiraran del concurso y de esa manera quedara libre el camino para que sólo la consultora con la que previamente se había espúriamente acordado el resultado del "concurso", en este caso la UTE, resultara adjudicataria.

Esto fue lo que ocurrió con el Estudio Torrent Auditores, que ante la negativa al pedido de prórroga por parte de ENTEL (el), decidió no presentar oferta alguna en razón de la incertidumbre sobre las tareas a realizar (cf. fs. 138).

2) Y el otro objetivo fue permitir que la consultora

adjudicataria cotizara libremente y sin parámetros de control la cantidad de horas/hombre y el valor de ellas que entendiese oportunas con el único límite de la partida presupuestaria asignada a ENTEL (el) para estos servicios.

Es claro que aquí se da por sentado, por lo que se viene diciendo, la existencia del pleno acuerdo entre los desleales funcionarios de ENTEL (el), María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, y los integrantes de la UTE beneficiada, Hernán Pflaum y Fernández Madero.

Reitero, este accionar de las autoridades de ENTEL (el) era violatorio de diversos artículos de la normativa del Banco Mundial para la contratación de consultores, como ser:

El art. 2.3 en cuanto establece que "...se deben definir claramente los objetivos, las metas y la extensión del trabajo encomendado y suministrarse información básica (incluso una lista de los estudios y datos básicos pertinentes que ya existan) con objeto de facilitar a los consultores la preparación de sus propuestas.... se deben enumerar los servicios y los estudios necesarios para llevar a cabo el trabajo y los resultados previstos (por ejemplo, informes, datos, mapas, levantamientos)...".

Como pudimos ver, en el expediente N° 8257/93-ENTEL el objeto del concurso y del contrato estaba totalmente indefinido y la determinación de las tareas a realizar quedaba en cabeza del consultor.

Por su parte, el art. 2.13 establece que "...El Prestatario debe conceder a los consultores tiempo suficiente para preparar sus propuestas. El plazo que se conceda debe considerar las tareas que se asignen al Consultor. Normalmente no debe ser inferior a cuatro semanas ni superior a tres meses (por ejemplo, para servicios que requieran el establecimiento de una metodología sofisticada o la preparación de un plan maestro multidisciplinario). Durante este intervalo, las firmas pueden solicitar aclaraciones... Si es necesario, el Prestatario debe prorrogar el plazo para la presentación de propuestas..."

Aquí observamos otro incumplimiento, ENTEL (el) confeccionó las cartas de invitación a las empresas con fecha

Poder Judicial de la Nación

6 de octubre de 1994 (recibidas con fecha 7 de octubre de 1994) y la fecha límite para la presentación de las propuestas era el 28 de octubre del mismo año, por lo que se contaba con tan solo 21 días para su elaboración, es decir por debajo del plazo mínimo de un mes previsto por el Banco Mundial y con la gravedad, en este caso, de que las tareas eran totalmente indeterminadas.

Asimismo, no se prorrogó el plazo solicitado por la empresa Torrent Auditores (cf. fs. 134/139), a pesar de que resultaba claramente necesario para una correcta confección de su propuesta.

Durante la declaración indagatoria de Daneri, éste manifestó que en un concurso común el plazo para presentar ofertas era de doce días, sin embargo él mismo había manifestado que no se trataba de un caso común, sino de gran complejidad.

Por ello, ante la escasez de interesados tenía sentido otorgar una prórroga para no perder la posibilidad de recibir una oferta que podía generar competencia entre las consultoras.

Sobre este tema también se advierten claras diferencias con el concurso llevado a cabo por Obras Sanitarias de la Nación.

En el expediente N° 2212/94-OSN el concurso tenía por objeto una actividad limitada, tal como se observa de su cláusula 1° de los términos de referencia, que establecía que el concurso "...tiene por objeto adjudicar en forma directa una locación de obra intelectual destinada al cierre de contratos de obra pública de Obras Sanitarias de la Nación (el)... referida a: a) la totalidad de los reclamos que pudieran tener tramitación al 31/03/94, derivados de los expedientes que se indican en el Anexo II (deuda consolidada...) y b) la totalidad de la deuda corriente que pudiera tener OSN (el) al 31/03/94 derivada de los expedientes que se indican en el Anexo II..." -deuda corriente- (cf. fs. 2)

Por su parte el Anexo II contenía un listado de todos los expedientes de reclamo, detallándose su número de orden, el contratista, el número de expediente, su

descripción, monto, origen del ajuste y concepto (cf. fs. 17/31).

Con posterioridad se precisó aún más dicho anexo, a través de un informe realizado por la Secretaría General de OSN (el) sobre el estado actual de los reclamos (cf. fs. 77/78).

Así las cosas, el Liquidador de OSN (el) dispuso aprobar los términos de referencia, aclarando que se trataban de 55 unidades de deuda de las cuales 35 eran unidades de deuda consolidada y 20 de unidades de deuda corriente (cf. fs. 83/86).

Como podemos observar a diferencia de lo que ocurrió en el expediente 8257/93 de ENTEL (el), el objeto del concurso no era vago sino que estaba completamente delimitado, estableciéndose con precisión las unidades de deuda y la fecha límite de los reclamos, con lo que, de inicio, las tareas de la eventual adjudicataria estaban perfectamente determinadas.

7) CARENTE O INSUFICIENTE JUSTIFICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN PACTADA.

En el proyecto de pliego de condiciones elevado por Daneri a la Liquidadora de ENTEL (el) se establecía que el consultor iba a percibir como retribución un monto equivalente al valor de las horas/hombre aplicadas y certificadas por ENTEL (el), con un límite que se iba a fijar con posterioridad; y una retribución contingente referida a un porcentaje del valor de los créditos o bienes cuyo recupero por parte de ENTEL (el) fuera posible.

Asimismo se disponía que la propia ENTEL (el) iba a fijar la carga de trabajo (horas/hombre) mensual, tanto para los primeros meses de la contratación, como para los siguientes (cf. fs. 3/4 y 6).

Por otro lado se exigía que las retribuciones cotizadas incluyeran todos los gastos necesarios para llevar a cabo las tareas (viajes, hoteles, comunicaciones, etc.) los cuales debían ser detallados con objeto puramente informativo. También debía discriminarse para cada categoría

Poder Judicial de la Nación

de integrantes del equipo, el número de horas/hombre previsto utilizar en cada actividad y el valor horario considerado, como así también, el IVA no debía ser discriminado en la facturación (cf. fs. 12).

Con la resolución N° 90/94 se aprobaron los términos de referencia del concurso (cf. fs. 72/76), especificándose que ENTEL (el) no iba a reconocer un valor superior a la suma de \$ 40 la hora/hombre -sin IVA- por las tareas a ser contratadas.

Sin embargo, a diferencia de lo que surgía del proyecto de pliego y sin que la Dirección Nacional de Normalización Patrimonial hubiera solicitado alguna modificación al respecto, en los términos de referencia definitivos se estipuló que la estimación de la carga de trabajo en horas/hombre, no sería fijada por ENTEL (el) de antemano, sino que quedaría, en manos de la consultora.

También se quitó la obligación que tenía la oferente de presentar un detalle de todos los gastos necesarios para llevar a cabo sus tareas y se ordenó que el IVA fuera discriminado en la facturación a diferencia del pliego donde dicho impuesto debía estar integrado a aquélla.

Así las cosas, con fecha 14 de noviembre de 1994 se celebró en ENTEL (el) el acto de apertura del sobre N° 2 - oferta económica- del único oferente del concurso para la contratación de un consultor, es decir la UTE compuesta por KPMG, Fernández Madero y Copiga S.A. (cf. fs. 148/150).

Dicha propuesta estaba dividida en una remuneración "A" separada por la especialidad contable, económica y financiera a la cual se dedicarían 9240 horas/hombre a un precio de \$37 la hora/hombre y una especialidad legal a la cual se destinarían 3960 horas/hombre al mismo precio. Ello arrojaba un total de 13.200 horas/hombre equivalentes a una remuneración integral de \$488.400.

Por otra parte se preveía una remuneración "B" consistente en un porcentaje de recupero equivalente al 18 %.

Por último, la UTE señaló que la asignación final de horas entre sus integrantes iba a ser establecida al confeccionarse el Plan de Trabajos definitivo.

Seguidamente, Gustavo P. Cresta, Gerente de Asuntos Legales de ENTEL (el) y Héctor M. Raggio, Auditor Jefe de la UAI, manifestaron que los valores cotizados por la UTE se ajustaban razonablemente a los de plaza, sin perjuicio de la inexistencia de otras ofertas con que comparar (cf. fs. 152/153).

Finalmente, mediante resolución 16/95 (cf. fs. 157/171), la Liquidadora de ENTEL (el) dispuso adjudicar el contrato a la UTE y aprobar el proyecto de contrato que luego sería firmado, por los valores de retribución que ofertara la consultora.

Ahora bien en el apartado "Quinta: Retribución...punto e)" (cf. fs. 165) se realizó un nuevo cambio -en forma subrepticia y sin conocimiento de la SIGEN o la UAI- de los términos de referencia definitivos, estableciéndose que: "...serán considerados como gastos reembolsables, sin formar parte de las retribuciones debidas a la UTE, los gastos de viaje, estadía, etc., en que debe incurrir la UTE para la realización de sus tareas, los que en todos los casos, deberían contar con la previa autorización expresa de ENTEL (el)..."

Corresponde poner de resalto que esta nueva modificación, no era menor. Veamos, si comparamos el proyecto de pliego, los términos de referencia aprobados y el contrato finalmente suscripto, podemos observar que ENTEL (el) pasó de obligar a la UTE a que incluyera en su retribución los gastos necesarios para llevar a cabo las tareas (viajes, hoteles, comunicaciones, etc.) e informarlos, para luego eliminar aquélla obligación de detallarlos y finalmente en el contrato establecer que dichas erogaciones fueran reembolsables.

Ahora bien, del análisis de los documentos expuestos anteriormente, surge con claridad que la retribución pactada en el contrato carecía de justificación y del control de razonabilidad que merece todo contrato administrativo celebrado por un ente estatal.

No se entiende cómo si las autoridades de ENTEL (el)

Poder Judicial de la Nación

no se encontraban en condiciones de delimitar la extensión del trabajo al iniciarse las gestiones, pudieron al poco tiempo determinar que los valores cotizados por la UTE eran los correctos y que se ajustaban razonablemente a los de plaza. Y es que no se advierte en todo el expediente, cómo los funcionarios de ENTEL (el) arribaron a dicha conclusión, cuando no indican los parámetros objetivos que tomaron en cuenta para llegar a aquélla.

Véase que en su declaración testimonial, Gustavo P. Cresta, tampoco pudo dar ninguna explicación razonable sobre los motivos por los que consideró adecuada la cantidad de horas presupuestadas y el porcentaje de éxito del 18%.

Este accionar por parte de la más alta jerarquía de ENTEL (el) y su asistente directo en esos temas, era contrario al art. 17 de la ley N° 22.460 (ley de Consultoría) que establece que la contratación de los servicios de consultoría se efectuará: "...con la exigencia de que el precio sea comparable con el que se paga habitualmente, en lugar y tiempo similares por trabajos de extensión y naturaleza equivalentes, ejecutados por consultores o firmas consultoras independientes, altamente calificados..." y que "...La forma de pago del monto del contrato será en forma proporcional al trabajo realizado...".

A pesar de esta imposición normativa no se observa que las autoridades responsables de ENTEL (el) hayan solicitado un informe de precios testigo que les permitiera tener una base objetiva para determinar si los importes eran los correctos, ni como dijera anteriormente, tampoco se comprende cómo la UTE cotizó un trabajo sin saber concretamente en qué consistía.

Por otra parte, cabe señalar que la UTE nunca dio cumplimiento a la obligación fijada en el punto 15.2 de los términos de referencia de "...detallar para cada categoría de integrantes del equipo el número de horas/hombre prevista utilizar en cada actividad y el valor horario considerado".

Si bien al presentar su oferta económica (cf. fs. 148/149) se comprometió a informar la asignación definitiva de horas entre sus integrantes al confeccionar el Plan de

Trabajos definitivos, lo cierto es que de la lectura de aquéllos (cf. fs. 193/234) no se advierte el cumplimiento de dicha previsión.

Por lo tanto ENTEL (el) estableció la remuneración fija que percibiría la UTE sin nunca saber cómo se dividiría el trabajo entre sus integrantes, en clara violación a los términos de referencia por ella misma redactados.

Las razones expuestas me llevan a concluir que la oferta económica fue confeccionada por la UTE con la complicidad de los funcionarios de ENTEL (el) que tuvieron relación con el llamado a concurso y que aquí se encuentran imputados. Es decir, al momento de realizar la tasación, Hernán Pflaum y Fernández Madero como autoridades de la UTE ya sabían hasta qué monto podían cotizar su oferta, como así también que contaban con el visto bueno de ENTEL (el).

Y una prueba contundente de que la retribución había sido pactada con anterioridad a la apertura del sobre N° 2 de oferta económica, surge de lo manifestado por la entonces Liquidadora, María Julia Alsogaray, quien en su declaración expresó que tanto ella como Gustavo Víctor Daneri, sabían que la partida presupuestaria para servicios de empresas llegaba al millón de pesos (\$1.000.000) y que no podían ir más allá de este monto.

Esta manifestación se ve corroborada con la nota obrante a fs. 156 en la que el funcionario Luciano Graciano del Departamento de Presupuesto hizo saber que la imputación presupuestaria destinada para este gasto era de un millón de pesos (\$1.000.000).

Obsérvese que si sumamos la retribución original pactada en el contrato de \$488.000, a su duplicación fijada por resolución N° 73/95 (cf. fs. 239/240), ello arroja un total de \$976.000, es decir prácticamente el millón de pesos destinado por presupuesto (el 97,60% para ser preciso). Ello sin contar obviamente la retribución contingente que se podía generar a futuro.

Por lo tanto, resulta una más que extraña coincidencia que la tasación de la UTE haya sido casi idéntica a la partida presupuestaria de ENTEL (el). Esta similitud entre la cotización y el presupuesto sólo se

Poder Judicial de la Nación

explica a través de un conocimiento y acuerdo previo entre los funcionarios aquí imputados y al menos dos de los representantes de la UTE, más precisamente Hernán Pflaum y Fernández Madero.

En cuanto a la retribución contingente de éxito, María Julia Alsogaray, admitió en su indagatoria que el porcentaje de recupero de 18% había sido idea de Gustavo Víctor Daneri, pareciéndole incluso reducido aquél tope, ya que, por lo general, dicho porcentaje rondaba entre el 20% y 25%.

Aquí tampoco puede considerarse una casualidad que la UTE haya ofrecido el mismo porcentaje de éxito que el conversado entre las autoridades de ENTEL (el), Alsogaray y Daneri.

En base a estas consideraciones, resulta claro que a los funcionarios de ENTEL (el), en ningún momento les interesó si la cantidad de horas que demandaría el trabajo era o no la correcta, tampoco se preocuparon por la forma en como se dividiría el trabajo entre los integrantes de la UTE. Su única inquietud era que las retribuciones estuviesen dentro del presupuesto, sin analizar en ningún momento su onerosidad, en la medida en que se ha acreditado, por lo que se viene diciendo, el ilícito acuerdo entre los funcionarios de ENTEL (el) imputados y algunos de los representantes de la UTE.

Es que la "orientación" ilícita de la contratación en favor de la UTE no consistió solamente en que aquélla resultara adjudicataria del concurso, sino también en el alcance de las retribuciones que podía percibir.

En otro orden de ideas, cabe destacar que en el expediente N° 2212/94 de Obras Sanitarias de la Nación, se había descartado el sistema de remuneración de "a tanto por hora certificada", luego utilizado por ENTEL (el), en favor de un sistema más simple y claro, a través del cual los concursantes pudieran cotizar el precio de la tarea profesional por cada unidad de deuda -consolidada o corriente- sobre la que habrían de realizar su tarea

profesional (cf. fs. 37 del citado expediente).

Es decir que en el expediente de OSN (el) se podía estimar con precisión el trabajo en base a un listado de expedientes (unidades de deuda) que se adjuntaba como Anexo II a los términos de referencia del concurso. La confección de este listado permitía que se pudiera evaluar la razonabilidad de la oferta a través de elementos concretos. Asimismo no estaba prevista ninguna retribución contingente ni prórroga del plazo.

En cambio en el expediente de ENTEL (el) al no precisarse ningún parámetro objetivo que permitiera medir el trabajo, cualquier cotización que se efectuara iba a ser siempre meramente conjetural y aleatoria.

Asimismo la cláusula o porcentaje de éxito sobre futuros recuperos y la posibilidad de duplicar el precio del contrato, lucen claramente desproporcionados con el mero confronte de ambos expedientes.

8) CARENTE O INSUFICIENTE JUSTIFICACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO Y DUPLICACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN PACTADA.

El proyecto de pliego de condiciones del concurso establecía en su punto "7. PLAZO" que el contrato tendría una vigencia estimada de ciento ochenta días corridos, contados a partir de la celebración del mismo y que dicho término podía ser prorrogado "...a exclusivo juicio de ENTEL (el) en el supuesto de que el desarrollo de las tareas lo indique aconsejable" (cf. fs. 4).

Una vez girado dicho proyecto a la Subsecretaría de Normalización Patrimonial del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, ésta observó dicha cláusula por entender que su redacción daba lugar a que el contrato pudiera prorrogarse sin límites (cf. fs. 69/71).

Esto motivó que el numeral fuera cambiado posteriormente, quedando redactado de la siguiente manera "...Este término podrá ser prorrogado a exclusivo juicio de ENTEL (el) por una única vez y por un término máximo idéntico al plazo original...", es decir, 180 días. Por lo tanto, si bien se especificó que la prórroga podía realizarse por una

Poder Judicial de la Nación

única vez, se excluyó de dicha cláusula -sin razón o explicación alguna- la necesidad de que el desarrollo de las tareas de la consultora indicaran aconsejable tal prórroga.

Más aún, en el contrato que en definitiva se suscribió, se volvió a modificar ese precepto, en forma callada u oculta, estableciéndose que, en caso de prórroga, aquélla debía ser por única vez y por un término igual -no máximo- al plazo original. Es decir, que la ampliación solo podía ser por 180 días, quitando la posibilidad de un término menor como permitían los términos de referencia originales.

Como ya dijera anteriormente es francamente alarmante advertir cómo, cada vez que se cotejan cláusulas entre el proyecto de pliego de condiciones, las observaciones realizadas por la DNNP, los términos de referencia definitivos del concurso y el contrato finalmente suscripto, se descubren modificaciones realizadas en forma solapada y todas dirigidas a que la UTE obtuviera mayores beneficios, y hubiera menor injerencia de los órganos de control en la ejecución del contrato.

De otra parte, a fs. 193/234 la UTE presentó el "Plan de Trabajos definitivo de las tareas de liquidación final de contratos de obra pública" en el mes de abril de 1995.

En base a dicha presentación, la Liquidadora de ENTEL (el), María Julia Alsogaray, con el visto bueno de los Dres. Gustavo P. Cresta, Gerente de Asuntos Legales, y el Dr. Horacio D. Ali, Gerente de Administración y Gestión (cf. fs. 235/237), dictó la resolución N° 73/95 (cf. fs. 238/240) por la que se dispuso aprobar el Plan de Trabajos definitivos presentado por la UTE.

Para fundar dicha decisión, la Liquidadora sostuvo que "...del análisis de las horas presupuestadas, las realmente insumidas, y las que serán necesarias para culminar la tarea encomendada, surge la conveniencia de ampliar el plazo original del contrato..." por lo que correspondía hacer uso de la cláusula cuarta del contrato, concordante con el numeral 7 de los términos de referencia.

Como podemos observar se utilizó una frase abstracta, carente de contenido y con ausencia de todo respaldo objetivo y documentado, para justificar la ampliación del plazo del contrato y la duplicación del precio de la contratación.

Tal como señaló la SIGEN en su informe de auditoría legal celebrado con fecha 3 de octubre de 2000 (obrante entre la documentación reservada en Secretaría) "... el uso de esta prerrogativa por parte de los funcionarios con facultades decisorias, debe ser ejercida con ajuste a estrictas razones de interés público y con un criterio prudencial, que siempre debe hallarse debidamente sustentado en informes técnicos circunstanciados que justifiquen acabadamente las respectivas decisiones...".

Cuando las autoridades de ENTEL (el) decidieron aprobar la oferta económica de la UTE por considerarla adecuada, estaban obligados a interpretar que las horas/hombre que había cotizado la empresa, cubrían la totalidad de las tareas asumidas dentro del plazo originalmente previsto.

Esto surge del Anexo I punto 2.2 de los términos de referencia del concurso, relativo a la "Metodología para la evaluación de las ofertas" (cf. fs. 105), que establecía como parámetros para evaluar las propuestas de las empresas: la calidad del cronograma de tareas, el cual debía cumplir adecuadamente con los plazos de iniciación y finalización, como así también, especificar los tiempos que habrían de insumir los distintos trabajos dentro del proyecto global.

Por lo tanto si bien estaba prevista una prórroga o ampliación de plazo, se entendía que para admitir aquella y por lo tanto duplicar el precio del contrato, debían existir fuertes razones consecuencia de acontecimientos no previsibles con anterioridad, avaladas éstos por elementos objetivos que justificaran un acto jurídico de tal naturaleza.

Es decir, las autoridades de ENTEL (el), previo a otorgar la prórroga, debían determinar si la UTE había cumplido con los tiempos previstos para la ejecución de las tareas y si realmente existían razones de interés público que

autorizaran la ampliación del contrato.

En caso de considerar que el plazo original no se hubiera cumplido por cuestiones imputables a la UTE, los funcionarios de ENTEL (el) debían haber aplicado la penalidad prevista en el punto "38.CONDICIONES GENERALES" que establecía que "...si por causas imputables al Consultor no cumpliera los servicios estipulados en el plazo establecido, pagará a EL COMITENTE una penalidad de 0,5% diario del valor asignado a la actividad incumplida. Dicho valor se determinará en base a las horas-consultor establecidas en el cronograma incluido en la propuesta acordada y el valor horario ofrecido para prestaciones adicionales..." lo que ni siquiera se intentó reclamar pese a que dicha cláusula señalaba que "...EL CONSULTOR deberá cumplir los plazos que acuerde con el COMITENTE para cada actividad que integre la propuesta negociada...".

USO OFICIAL

Es decir, si bien la UTE tenía la responsabilidad de garantizar que los servicios ofrecidos se desarrollasen dentro del plazo estipulado, ello no ocurrió, no se dieron por esa parte, ni se exigieron de parte de ENTEL (el) los motivos por los que se incurrió en ese incumplimiento notorio.

En este orden de ideas, viene al caso destacar que en el expediente N° 2211/94-OSN, Obras Sanitarias de la Nación siempre dejaba constancia de las fechas en las que entregaba cada uno de los expedientes de unidades de deuda (cf. fs. 477/478, 483/484, etc.), como así también, Deloitte asentaba las fechas de su devolución (cf. fs. 1 del Expediente N° 11249/94, fs. 1 del expediente N° 11250/94, fs. 1 del expediente N° 232/95, etc.), ello con el objeto de contabilizar los plazos para la elaboración de los respectivos informes y poder determinar cualquier mora o incumplimiento.

Por otra parte, tampoco podía entenderse que el informe final presentado por la UTE justificara la ampliación del plazo del contrato, toda vez que las propias autoridades de ENTEL (el) al aprobarlo manifestaron que el plan de

trabajo "...satisface las expectativas de la contratación y abarca todas las tareas allí encomendadas, sin que ello implique otorgamiento de ampliación alguna de los servicios contratados (numeral 38 de los términos de referencia)..." (cf. resolución N° 73/95 de fs. 238/240 y nota de fecha 21 de julio de 1995 de fs. 235/237).

De la propia resolución se advierte una contradicción entre los fundamentos y su parte dispositiva que me exime de hacer otros comentarios más que destacar la complacencia de la Liquidadora con la UTE, admitiendo y dando por buenas todas las explicaciones ofrecidas por aquélla aunque se diera de narices con los intereses estatales que ella debía preservar.

Otra irregularidad de la resolución N° 73/95 observada consiste en que si bien en ella se mencionó que había tomado intervención la Gerencia de Asuntos Legales, no se advierte en el expediente, con anterioridad a ella, ningún dictamen legal, de manera que se omitió la consulta al servicio jurídico del ente -elemento esencial en todo acto administrativo-, en clara violación a lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

En conclusión, si bien la posibilidad de prorrogar el contrato estaba expresamente prevista, resulta injustificable que las autoridades de ENTEL (el) no hayan motivado documentalmente y en forma detallada las razones por las que justificaban el uso de dicha opción.

Cabe insistir en que no se trató de una prórroga o ampliación menor, sino que se duplicaba el plazo y el costo del contrato, por lo que la exigencia de haberle reclamado a la UTE los motivos por los cuales no había cumplido las prestaciones dentro del plazo originalmente convenido era mayor y ni qué decir de la obligación de la Liquidadora de, en caso contrario, desarrollar los argumentos por los cuales dispensaba a la UTE de tal obligación y de adverso agradecerla con esa duplicación.

9) CARENTE O INSUFICIENTE JUSTIFICACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DEL CONTRATO CONSISTENTE EN LA REALIZACIÓN DE

TRABAJOS ADICIONALES RELATIVOS A LA PETICIÓN Y PRODUCCIÓN DE MEDIDAS PRELIMINARES EN PROCESOS JUDICIALES CONTRA LAS EX CONTRATISTAS Y LICENCIATARIAS, COMO ASÍ TAMBIÉN, EN EL PROCESAMIENTO DE UN ARCHIVO ELECTRÓNICO.

Mediante nota de fecha 2 de octubre de 1995 (cf. fs. 243/245) Jaime Fernández Madero, en representación de la UTE, solicitó a ENTEL (el) autorización para requerir en sede judicial diligencias preliminares con el objeto de obtener prueba anticipada.

En su escrito señaló que los honorarios del perito único a nombrarse quedarían a cargo de la actora, sin perjuicio de repetirlos de las otras partes, si se ganaban con costas los juicios futuros. En cuanto éstas hizo saber que se regían por las normas comunes del proceso, sin perjuicio de lo cual aunque la actora resultare vencida, podía ser eximida total o parcialmente de aquéllas, si hubiera sido inducida a accionar por la conducta equívoca de la demandada.

Con fecha 20 de noviembre de 1995, la Liquidadora de ENTEL (el), dictó la resolución N° 104/95 (cf. fs. 251/255) por la cual dispuso la realización de trabajos adicionales por parte de la UTE consistentes en: 1) la petición y producción de medidas preliminares en procesos judiciales contra ex contratistas y licenciatarias del servicio telefónico a fin de preparar las acciones judiciales contra aquéllas, y 2) el procesamiento del archivo telefónico elaborado por ENTEL (el) en poder de las licenciatarias, analizando la información obtenida a fin de utilizarla para acreditar los derechos invocados.

Para ello emitió una nueva orden de trabajo que ampliaba el contrato de consultoría celebrado con la UTE en 5280 horas/hombre (equivalentes a \$195.360)

Para fundamentar tal decisión, María Julia Alsogaray, se basó en las siguientes consideraciones: 1) la posibilidad de que pudieran existir créditos en favor de ENTEL (el) contra sus ex contratistas, por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que generaren la necesidad de

reclamar judicialmente el pago de dichos créditos, 2) la posibilidad de que algunos ex contratistas hubieran entregado a las empresas licenciatarias materiales propiedad de ENTEL (el), 3) la necesidad de contar con la información contenida en una base de datos en poder de la licenciataria Telefónica de Argentina S.A.; 4) la falta de integridad de la documentación que obraba en poder de ENTEL (el); 5) que la Gerencia de Asuntos Legales de ENTEL (el) carecía de capacidad operativa para enfrentar tareas de semejante magnitud, 6) que la UTE había informado de qué forma se solventarían las costas judiciales, 7) que el numeral 38, párrafo quinto, de los términos de referencia establecía que el Consultor estaba obligado a aceptar ampliaciones de los servicios contratados hasta un 20% del total, y 8) que en el presupuesto de ENTEL (el) se habían incrementado los ingresos corrientes en igual medida que los gastos corrientes, por lo que existían los fondos necesarios para la ampliación del contrato.

Ahora bien no puede dejarse de resaltar que estas labores encomendadas a la UTE en forma de trabajos adicionales, no eran más que meros complementos de aquéllos objetivos que se tuvieron primigeniamente en cuenta al elaborar los términos de referencia del concurso y el contrato. Es decir, que se estaban agregando como nuevas y necesarias tareas, las que eran propias de las primigenias obligaciones de la UTE.

Véase en este sentido, la cláusula tercera inciso m) del contrato (cf. fs. 179vta), establecía como obligación de la Consultora la realización de "...las tareas necesarias para proceder al recupero efectivo de los citados bienes y/o créditos, llevando a cabo las gestiones y trámites que sean pertinentes...".

Por otra parte, la Circular Aclaratoria N° 1 (cf. fs. 130/132) emitida por el propio imputado Daneri, durante el llamado a concurso y comunicada a las firmas participantes, expresaba que "...en el caso de iniciarse acciones judiciales para el recupero efectivo de los bienes o créditos de ENTEL (el) que surjan de la liquidación final de

Poder Judicial de la Nación

cierre de los contratos de obra pública celebrados por la misma, en todos los casos esta empresa apelará a la asistencia de profesionales de la consultora que sea en definitiva contratada, entendiéndose que tal actividad, se encuentra incluida dentro de las responsabilidades que le caben en virtud de lo reglado en el numeral 9. "ALCANCES DE LAS TAREAS" y no merece retribución adicional alguna de ninguna naturaleza a cargo de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (el)..."

Por lo tanto, se insiste, las medidas preliminares de prueba anticipada ordenadas a la UTE por ENTEL (el), eran parte integrante de las obligaciones contractuales que tenía la Consultora y corrían bajo su responsabilidad, como así también, cualquier otra tarea que resultara necesaria a fin de alcanzar el objetivo del contrato -lograr el recupero efectivo de los créditos o bienes de ENTEL (el)-.

Más claro, se estaba pagando a la UTE una misma actividad por tres vías diferentes: 1) a través de la retribución fija, 2) a través de la retribución contingente del 18% del recupero efectivo de los créditos y bienes por parte de ENTEL (el) y 3) con el reconocimiento de un adicional de horas/hombre.

Carece de razón salvo por la mañosa conclusión que se viene describiendo la decisión de realizar trabajos adicionales que en realidad formaban parte del mismo contrato y que debían liquidarse conforme a la oferta económica cotizada y aceptada al adjudicarse el concurso.

La misma suerte corren las tareas descriptas en el art. 3 de la resolución N° 104/95, consistentes en el procesamiento y análisis del archivo electrónico elaborado por ENTEL (el) en poder de las licenciatarias, analizando la información obtenida, para acreditar los derechos de ENTEL (el).

Este trabajo también estaba a cargo de la UTE según el punto 9 apartado a) de los términos de referencia del concurso (cf. fs. 81) y de la cláusula tercera apartado b) del contrato (cf. fs. 178vta) que establecían la obligación

de "...reunir toda la información económico-financiera, técnica, legal y administrativo-contable, vinculada con los contratos de obra pública existentes en ENTEL (el) y las respectivas licenciatarias para proceder a su estudio...".

Sobre este punto, el testigo Eduardo Tomás Ulzurrun, ingeniero de Copiga S.A., señaló con claridad durante la audiencia de debate que en el mes de julio de 1995 había recibido la base de datos informatizada de Telefónica de Argentina S.A. para su análisis, por lo que resultaba innecesario disponer la realización de esta tarea cuatro meses después. También resultó ilustrativa la manifestación del testigo cuando dijo que los archivos magnéticos daban "una pista" pero no había "evidencia" concreta de los créditos de ENTEL (el) con las ex contratistas, por cuanto no se podía obtener el balance final por faltar documentación necesaria.

Tampoco resulta aceptable que la UTE en el mes de octubre de 1995 haya solicitado a ENTEL (el) autorización para el pedido en sede judicial de medidas preliminares de prueba anticipada, cuando en su Plan de Trabajos definitivos presentado en el mes de abril de 1995 había afirmado que: "...la compilación efectuada sirvió para elaborar una estadística a los efectos de evaluar el estado de la documentación, por lo que se puede deducir que existen casos que ya poseen los elementos suficientes para iniciar los reclamos..." (cf. fs. 201) "...se efectuó un muestreo (casos piloto) de todos los contratos celebrados por ENTEL (el) eligiendo aquellos que por sus características podían ser los más representativos de la universalidad de contratos a estudiarse..." (cf. fs. 202) "...con respecto a los reclamos por falta de devolución de materiales y de acuerdo a lo observado a través de los casos piloto analizados, podemos concluir que existen posibilidades de constatar y corroborar documentalmente la falta de devolución de materiales. Con relación a los reclamos aún no efectuados por daños ocasionados al plantel hemos verificado la existencia de documentación suficiente para iniciar los reclamos..." (cf. fs. 208).

Es por ello, que resulta contundente la maniobra

Poder Judicial de la Nación

defraudatoria pues en pocos meses la UTE pasó de afirmar que se encontraba en condiciones de iniciar los reclamos a tener que recurrir a la solicitud judicial de medidas preliminares de prueba anticipada para los mismos propósitos.

En otro orden de ideas, cabe observar que en los fundamentos de la resolución N° 104/95 vistos anteriormente, se utilizó términos y verbos en modo potencial, que claramente reflejaban dudas o poca certeza respecto del acto administrativo que se estaba aprobando, el que, por otra parte, revestía una trascendencia económica y jurídica no menor.

En este sentido, cabe observar los fundamentos descriptos como puntos 1) y 2), en los que se mencionaba la "posibilidad" de que pudieran existir créditos en favor de ENTEL (el) contra sus ex contratistas y la "posibilidad" de que algunas de dichas empresas hubieran entregado a las licenciatarias del servicio telefónico materiales propiedad de ésta.

Por su parte el fundamento 6) dejaba entrever que la UTE había señalado en forma concreta como se solventarían las costas judiciales, cuando en realidad en su pedido de fs. 243/245 la consultora solo había hecho una referencia a las distintas formas en que podían regularse los honorarios del perito y resolverse el tema de las costas en la sentencia.

A ello se agrega el fundamento 7) que remitía al numeral 38, párrafo quinto, de los términos de referencia. Esta cláusula establecía la obligación en cabeza del Consultor, pero no de ENTEL (el), de aceptar ampliaciones de hasta el 20% del total del contrato. Por lo tanto el pedido de la UTE no era de acatamiento obligatorio para la ex empresa estatal.

Asimismo, resulta llamativo que pudiendo disponerse una ampliación de hasta el 20% del valor del contrato, se haya utilizado justamente el tope máximo -sin dar razones de dicho proceder- toda vez que la suma abonada en concepto de trabajos adicionales por medidas preliminares ascendió a \$195.360 que es exactamente el 20% de \$976.800, la suma total prevista en el contrato teniendo en cuenta la retribución

original y su duplicación por prórroga del plazo.

En consecuencia, podemos ver como el contrato fue ampliándose permanentemente sin justificación alguna, pasando de las 13.200 horas/hombre (\$488.400) previstas originalmente como retribución, a luego 26.400 horas/hombre (\$976.800) y posteriormente 31.680 horas/hombre (\$1.172.160).

10) RESPONSABILIDAD EN LA PARALIZACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y EN EL INICIO DE LAS ACCIONES JUDICIALES.

Mediante nota de fecha 24 de octubre de 1996 (cf. fs. 260/267) Jaime Fernández Madero, representante de la UTE, informó a ENTEL (el) que el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, Secretaría N° 7, en el expediente N° 51.237/1995 caratulado "ENTEL (el) c/ Natelco S.A. y otros s/ diligencias preliminares" había dispuesto la suspensión de las diligencias preliminares y pruebas anticipadas destinadas a determinar las deudas que las ex contratistas y licenciatarias tuvieran con ENTEL (el), que fueran ordenadas con fecha 20 de diciembre de 1995 y ampliadas el día 17 de septiembre de 1996, debiendo apuntar que este ítem ya fue mencionado previamente en este pronunciamiento.

Respecto de las razones por las que las medidas preliminares encomendadas no fueron cumplidas en su totalidad refirió que desde febrero de 1996 no había podido obtener la firma de un apoderado de ENTEL (el) para la presentación de los escritos necesarios para la prosecución de las causas y que la ex empresa estatal no había entregado a los peritos dinero alguno para cubrir, al menos parcialmente, los anticipos de gastos, por lo que aquéllos se negaron a iniciar las pericias; quedando los trámites demorados, no pudiéndose llevar a cabo las diligencias preliminares y pruebas anticipadas ordenadas por el Juzgado.

Es decir, no solo no estaba justificada una retribución adicional por el inicio de demandas preliminares, sino que una vez iniciadas se debieron suspender generando un nuevo perjuicio al Estado, el cual no solo fue económico sino

también procesal, ya que permitió a las ex contratistas y licenciatarias preparar su estrategia defensiva para las futuras demandas.

Con fecha 21 de noviembre de 1996 (cf. fs. 275/278), la Liquidadora María Julia Alsogaray, con el visto bueno del Gerente de Asuntos Legales, González, y el Coordinador General, Alí, dictó la resolución 164/96 por la cual dispuso el inicio de demandas judiciales tendientes a obtener el recupero de los créditos que tenía la empresa contra sus ex contratistas y sociedades licenciatarias. Asimismo se ordenó al Dr. Jaime Fernández Madero, como integrante de la UTE, la preparación y presentación de las demandas, debiendo renunciar expresamente a percibir honorarios de ENTEL (el) por las tareas indicadas.

USO OFICIAL

Para fundamentar tal decisión la Liquidadora de ENTEL (el) tuvo en cuenta que: a) las diligencias preliminares ordenadas no pudieron llevarse a cabo por conocidas razones inherentes al proceso de liquidación sufrido por la empresa, b) que las diligencias preliminares se encontraban suspendidas, lo que permitía suponer que no podían hacerse efectivas por mucho tiempo; c) que habiéndose perdido el "efecto sorpresa" que aseguraba la eficacia de dichas medidas, éstas se tornaban inconvenientes; d) que la Gerencia de Asuntos Legales carecía de capacidad operativa para actuar en tareas de tal complejidad, e) que la indeterminación informada por la Consultora afectaba únicamente la cuantía de dichos créditos, pues en cuanto a la existencia de obligaciones ante ENTEL (el) por parte de las ex contratistas y licenciatarias, eran claros los resultados de la auditoría, encontrándose los reclamos individualizados con precisión y detalle en las presentaciones judiciales por las que se solicitaron las diligencias preliminares.

En razón de ello, entendió que resultaba más eficaz e idóneo deducir demandas judiciales a efectos de obtener el recupero de los créditos.

Como podemos observar tanto la Gerencia de Asuntos Legales, como el Coordinador General y la Liquidadora María Julia Alsogaray, no respondieron en forma alguna a las

observaciones realizadas por Jaime Fernández Madero, como representante de la UTE.

Tan solo se limitaron a brindar una argumentación genérica y vacua de que las diligencias preliminares se habían demorado por "... conocidas razones inherentes al proceso de liquidación sufrido por esta empresa...".

Ahora bien, ¿cuáles eran esas "conocidas razones"? ¿No correspondía que las autoridades de ENTEL (el) determinaran concretamente los motivos por los cuales se había demorado la firma de los escritos por parte de sus apoderados?

Era obvio que la falta de impulso en este proceso, iban a generar consecuencias negativas tanto económicas como judiciales en todos aquellos juicios en los que se pensaba hacer valer las medidas preliminares.

Tal como refiriera la SIGEN en su informe "...resultaba ineludible determinar responsabilidades, toda vez que si las mismas eran imputables a la Consultora se debía proceder a requerir mínimamente la devolución del dinero abonado por ENTEL en concepto de las horas/hombre presupuestadas para el trámite de las diligencias preliminares, en tanto si emergía la responsabilidad de los funcionarios de la empresa, correspondía la instrucción de los sumarios pertinentes y el recupero del perjuicio fiscal..."

En su declaración testimonial González -Gerente de Asuntos Legales- manifestó que nunca había analizado el tema de las diligencias preliminares con profundidad, siendo Fernández Madero quien entendía del tema y sugerido el inicio de las demandas.

Esto coincide con lo expresado por el propio Dr. Fernández Madero en su declaración indagatoria de fs. 1417/1423 incorporada por lectura al debate, en la que admitió haber sugerido entablar las demandas.

Como podemos observar, los funcionarios de ENTEL (el) no realizaban control alguno de los pedidos de la UTE, lo aceptaban y, en el nivel correspondiente, dictaban las resoluciones a medida de aquélla; los subordinados seguramente en conocimiento de la benevolencia de la

Poder Judicial de la Nación

Liquidadora hacia la contratista y aquélla por la ya famosa componenda con la Consultora y sus circunstanciales socios.

La Procuración del Tesoro de la Nación señaló que las diligencias preliminares "...no pudieron cumplirse por cuanto la ex empresa pública no contaba con fondos suficientes para atender los anticipos de gastos que requerían los peritos designados. Esta circunstancia es llamativa por cuanto resultaba obvio que los fondos para atender las erogaciones de los expertos se habrían de requerir en forma inmediata. De modo tal que, si no se contaba con el dinero, no tenía mayor sentido que se solicitaran las medidas preliminares y las pruebas anticipadas. Por otra parte, la falta de impulso de este proceso, podría generar consecuencias negativas para los intereses públicos en aquellos juicios en que se harían valer las medidas y las pruebas que se lograran anticipadamente..." (cf. fs. 182 del expediente N° 297/02 de la Procuración del Tesoro de la Nación reservado en Secretaría).

USO OFICIAL

Sobre los motivos por los que no se adelantaron los gastos a los peritos, González señaló que no se contaba en el presupuesto de ENTEL (el) para el año 1996 con los fondos necesarios para atender los importantes gastos que las pericias demandaban.

Ahora bien, ¿por qué motivo se iniciaron las diligencias preliminares si las autoridades de ENTEL (el) ya sabían al dedillo que no contaban con los fondos necesarios para realizar las pericias? Asimismo, ¿no resultaba previsible que las ex contratistas fueran a oponer resistencia a la hora de entregar documentación que las podía comprometer?

La respuesta a estos interrogantes es que las diligencias preliminares fueron ordenadas sin un análisis previo acerca de su pertinencia y posible cumplimiento, como un dato más del beneplácito de la cabeza de ENTEL (el), con las peticiones de la UTE.

11) INJUSTIFICADA CONTRATACIÓN DE CONSULTORES TÉCNICOS Y CONTABLES.

Como ya se anticipó, por nota de fecha 3 de enero de 1997 (cf. fs. 284/285), Fernández Madero, en representación de la UTE, solicitó a ENTEL (el) la designación del Ingeniero Herman Goldenberg como Consultor Técnico y de los Dres. Mario Wainstein y Javier Piazza como Consultores Contables, con el objeto de que pudieran arribar a buen término las acciones judiciales iniciadas, en especial en lo relativo al ofrecimiento y producción de las pericias técnicas y contables. Asimismo señaló que tanto Goldenberg como Piazza habían intervenido en las diligencias preliminares y pruebas anticipadas iniciadas por ENTEL (el).

El letrado, luego de resaltar el reconocido prestigio de los profesionales, requirió una remuneración para el Ingeniero H. Goldenberg y el Dr. Wainstein de \$75.000 para cada uno, pagaderos a través de un anticipo de \$15.000 al suscribirse el convenio y 5 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de \$12.000; mientras que para el Dr. Javier Piazza recomendó una retribución de \$35.000 pagaderos en 5 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de \$7.000.

Así las cosas con fecha 9 de enero de 1997 (cf. fs. 290/292), la Funcionaria Liquidadora María Julia Alsogaray, dictó la resolución N° 02/97 por la cual dispuso la contratación del Ingeniero Herman Goldenberg y los Contadores Públicos Mario Wainstein y Javier Piazza, como consultores técnicos y contables respectivamente, fijando como honorarios las sumas señaladas anteriormente.

Entre los fundamentos se señaló la complejidad de las cuestiones probatorias que sustentaban las pretensiones judiciales, la idoneidad de los profesionales propuestos y que las contrataciones tenían imputación presupuestaria. Asimismo se consideró que el carácter de obra científica/técnica de la labor encomendada, el monto de la cuestión y la urgencia en la preparación de la prueba, permitían la contratación directa.

Finalmente a fs. 296/298, 299/301 y 302/304 lucen agregados los contratos suscriptos con los consultores el día 31 de enero de 1997.

Poder Judicial de la Nación

Ahora bien, según la Liquidadora de ENTEL (el) la contratación directa de los consultores técnicos se basó en los incisos "a", "d" y "f" de la entonces ley de contabilidad (decreto-ley N° 23354/1956).

Estos incisos autorizaban la contratación directa en los siguientes casos:

1) Inciso "a": cuando la operación no excediera de cien mil pesos (\$100.000) (monto actualizado por decreto N° 2293/93).

A mi entender el monto de la contratación no era menor a cien mil pesos. Si bien la retribución en forma separada de cada consultor no alcanzaba dicho monto, lo cierto es que el objeto de las tareas era uno solo, la producción de pericias en los procesos judiciales, por lo que la suma total de la contratación en realidad ascendía a ciento ochenta y cinco mil pesos (\$185.000), casi el doble de lo permitido.

2) Inciso "d" por razones de urgencia, en que a mérito de circunstancias imprevistas no pudiera esperarse la licitación.

Ahora bien, de la lectura del dictamen elaborado por González, como del visto bueno de Ali y de la resolución N° 02/97 suscripta por la Liquidadora, no surgen los motivos de urgencia que justificaban la contratación de los profesionales ni los parámetros utilizados para cotizar sus retribuciones.

Más claro, no se mencionó ningún elemento o circunstancia objetiva que permitiera encuadrar la contratación en una situación de urgencia (cabe recordar en este sentido los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación vistos anteriormente).

Es más de la declaración testimonial de González, se advierte que no se realizó control alguno acerca de los fundamentos o razones del pedido de la UTE. Durante el debate el testigo declaró que Fernández Madero era quien le daba las instrucciones sobre estos procesos ya que era quien conocía del tema y que sólo tuvo en cuenta que desde el punto de vista legal, la norma autorizaba a contratar por el monto propuesto. Sin embargo, como señalé anteriormente se estaba

excediendo el monto máximo que autorizaba la contratación directa.

3) Inciso "f": para el caso de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución debiera confiarse a empresas, personas o artistas especializados.

En estos casos se debía documentar la necesidad de la especialización y los antecedentes que acreditaban la notoria capacidad técnica o artística de las empresas, personas o artistas a quienes se encomendaba la ejecución de la obra o trabajo (art. 56 inciso 8° del decreto N° 5720/1972).

Sin embargo, no se advierte que para la designación de los consultores se hubiera contado con los antecedentes de los profesionales propuestos, de manera de acreditar aún mínimamente su capacidad, idoneidad y experiencia. Asimismo ninguno de los profesionales, figuraba o se encontraba incluido en la documentación de la oferta acompañada por la UTE (reservada en Secretaría).

Como podemos observar, la autoridad máxima de ENTEL (el), María Julia Alsogaray, a pedido del abogado Fernández Madero, representante de la UTE, hizo lugar a la contratación de consultores técnicos omitiendo los requisitos exigidos por la normativa vigente.

Al igual que las ampliaciones y adicionales anteriores, esta nueva erogación por parte de la ex empresa estatal tampoco tenía razón de ser, toda vez que la labor que debían prestar los ingenieros y contadores de la UTE -tanto antes como después de los juicios- formaba parte del objeto del contrato, en especial de las retribuciones fija y contingente previstas en aquél.

Durante la audiencia de debate se preguntó a González si estas tareas estaban incluidas en el contrato original suscripto con la UTE, sin embargo, al contestar, no pudo ser categórico al respecto, señalando primero que no lo estaban y luego que no lo recordaba.

A pesar de ello, de la sola lectura de la documentación que integraba la oferta presentada por la UTE (reservada en Secretaría), se advertía claramente que aquélla

Poder Judicial de la Nación

contaba con ingenieros y contadores públicos en sus filas.

En este sentido cabe volver a recordar la circular aclaratoria N° 1 (cf. fs. 130) a través de la cual ENTEL (el) explicó a las consultoras invitadas que, de iniciarse pleitos judiciales, se apelaría a la asistencia de profesionales de la consultora contratada, entendiéndose que tal actividad se encontraba incluida dentro del alcance de sus tareas y sin que ello implicara retribución adicional de ninguna naturaleza por parte de ENTEL (el).

Es decir, que debía ser la propia UTE quien aportara de su plantel a los profesionales necesarios para las tareas, máxime cuando estaba prevista una cláusula de éxito consistente en un porcentaje de lo que se fuera a recuperar en los procesos judiciales en los que se llevarían a cabo dichas pericias.

USO OFICIAL

En este sentido, la normativa del Banco Mundial establece en su art. 2.25 que "...No se debe permitir que la firma seleccionada efectúe sustituciones del personal clave, a menos que las partes convengan en que un retraso indebido del proceso de selección hace inevitable tal sustitución o que tales cambios sean fundamentales para alcanzar los objetivos de los servicios. Si esto no fuera el caso y se determina que en la propuesta se ofrecieron servicios de personal clave sin haber confirmado su disponibilidad, el Prestatario puede descalificar a la firma y continuar el proceso con la siguiente firma mejor calificada en el rango...".

Sin embargo, en el expediente N° 8257/93 de ENTEL (el) la UTE no solo no explicó los motivos por los cuáles ofreció servicios con los que aparentemente no contaba, sino que no recibió ninguna observación al respecto de quienes representaban los intereses del Estado.

Otro punto llamativo surge de la circunstancia por la cual durante todo el año 1996 ENTEL (el) no pudo contar con el presupuesto necesario para afrontar los gastos de las pericias solicitadas en las diligencias preliminares, según sus máximas autoridades, y sin embargo, en tan solo seis días logró una partida presupuestaria autorizando una erogación de

\$185.000, sólo para dicho rubro.

Durante su alegato, la defensa de Hernán Pflaum señaló que la propuesta de contratación de consultores técnicos y contables fue realizada por Jaime Fernández Madero a título personal y no como representante de la UTE.

Sin embargo, el Gerente de Asuntos Legales, González, en su dictamen manifestó que "...la complejidad de las cuestiones probatorias que sustentan las pretensiones, llevo a que nuestro Consorcio Consultor KPMG Finsterbusch, Pickenhaym Sibille -Jaime Fernández Madero y Copiga S.A. UTE, aconsejara con fecha 03/01/97, recurrir al instituto procesal de los "consultores técnicos"...".

Es decir, Fernández Madero siempre actuó como apoderado de la UTE y las autoridades de ENTEL (el) hicieron lugar a sus pedidos por tratarse de un representante de aquélla.

Asimismo, la resolución N° 02/97 que autorizó la contratación de los consultores, fue publicada en el Boletín Oficial, por lo que no resulta convincente que siendo KPMG una empresa de prestigio internacional, tal como manifestó el propio Hernán Pflaum, socio de la empresa, no hubiera tomado conocimiento ni siquiera circunstancialmente de un acto por el que aparecía como responsable, lo que acredita una vez más, el ilícito contubernio que se viene señalando entre personajes privados y funcionarios públicos.

Ahora bien, no solo la autoridad máxima de ENTEL (el), María Julia Alsogaray, aprobó la propuesta acercada por Jaime Fernández Madero, como representante de la UTE, sin realizar el control de razonabilidad que requiere todo acto administrativo, sino que además dicho actuar tuvo un objetivo espurio, consistente en beneficiar a profesionales que poseían claros vínculos con ellos.

En su declaración testimonial el Ingeniero Herman Goldenberg, manifestó que mantenía una relación con Fernández Madero desde hacía más de cincuenta años. Señaló que lo único que recordaba del contrato era haber participado en la realización de un peritaje técnico, aunque no pudo precisar

el expediente ni las tareas que llevó a cabo. Tampoco recordó haber contribuido en diligencias preliminares de ninguna índole.

Ahora bien de la compulsa de todos los expedientes iniciados por ENTEL (el) en sede contencioso administrativa federal -reservados en Secretaría- no surgió la intervención del Ingeniero Goldenberg en ningún tipo de peritaje.

Tan solo se encontró -luego de una minuciosa búsqueda- un escrito de fecha 11 de diciembre de 1995 en los autos Nº 51.237/1995 caratulados "ENTEL (el) c/ Natelco s/diligencias preliminares" en el que se lo proponía como consultor técnico (cf. fs. 35) y el consiguiente proveído de fecha 20 de diciembre de 1995, donde el juzgado hace lugar a su designación y lo intimaba a aceptar el cargo (cf. fs. 156/15), lo que efectuó con fecha 27 de diciembre de 1995 (cf. fs. 171).

USO OFICIAL

Por su parte, el Contador Piazza en su declaración testimonial manifestó que no conocía ni había trabajado nunca con Fernández Madero.

Sin embargo, señaló que creía que se había llegado a él a través de Alsogaray, por cuanto el testigo se había desempeñado desde los años 1993/1994 y hasta el presente, como contador público y asesor fiscal de la nombrada y su familia, y que a partir del año 1995 había realizado algunas tareas remuneradas para ENTEL (el), como por ejemplo la confección de balances y una actuación como consultor técnico en una causa iniciada contra Telefónica de Argentina S.A.

Sobre este punto, preguntado específicamente si dicha actuación había consistido en la realización de algún peritaje en el marco de un expediente contencioso administrativo, su respuesta fue negativa ya que la tarea estaba destinada sólo a relevar documentación a fin de que ENTEL (el) la utilizara en las demandas.

Como podemos observar Fernández Madero, representante de la UTE, propuso la designación de un consultor, al que no conocía, con el objeto de beneficiar a un profesional con un vínculo cercano a María Julia Alsogaray.

Visto de otra manera, surge nítidamente que fue Alsogaray quien le sugirió a Fernández Madero que solicitara la designación de Piazza como consultor, para luego ella misma, aprobar su contratación.

De la compulsión de los expedientes iniciados por ENTEL (el) en sede contencioso administrativa federal, incorporados al debate, tampoco surge la intervención del Contador Javier Piazza en algún tipo de peritaje.

Solo se hallaron dos escritos en los que se lo proponía como consultor técnico (cf. fs. 365vta del expediente N° 38.569/96 caratulado "ENTEL (el) c/ Colpa s/ contrato administrativo" y fs. 374 del expediente N° 38.563/96 caratulado "ENTEL (el) c/ Petersen s/ contrato administrativo").

Y respecto del Contador Mario Wainstein, cabe señalar que si bien no declaró testimonialmente en la audiencia de debate en virtud de su fallecimiento, tampoco surge del relevo de los expedientes judiciales iniciados por ENTEL (el) aquí adunados, que haya realizado peritaje alguno, tan solo se advierte una aceptación de cargo a fs. 167vta de los autos N° 51.237/1995 caratulados "ENTEL (el) c/ Natelco s/diligencias preliminares".

Por lo expuesto, no existe evidencia alguna de que los consultores técnicos contratados hubieran efectuado las tareas por las cuales ENTEL (el) erogó la suma total de ciento ochenta y cinco mil pesos (\$185.000).

Sólo el Contador Javier Piazza manifestó haber realizado tareas de relevamiento de documentación, que, fuerza es decirlo, no eran más que las labores que debían realizar los empleados de la UTE en virtud del objetivo del contrato, que no imponían obligación dineraria alguna para el ente estatal y de lo que tampoco hay constancia registral alguna.

También resulta importante lo advertido por la SIGEN en su informe de auditoría legal celebrado con fecha 3 de octubre de 2000 (obrante entre la documentación reservada en Secretaría), en donde señaló que "...Cabe aclarar como una muestra más de la desprolijidad con que se actuaba y quizás

en un alarde demostrativo de la impunidad que creían gozar, que en el mismo expediente sin foliar y sin coser se encontró la misma resolución N° 02/97 firmada por María Julia Alsogaray, pero con fecha 2 de enero de 1997, es decir un día antes del pedido que facturara el Dr. Jaime Fernández Madero integrante de la UTE..."

Todo lo expuesto me lleva a concluir, no solo la ilegalidad de la designación de consultores técnicos aprobada por la Liquidadora de ENTEL (el), sino también, que dicho accionar estuvo dirigido a beneficiar patrimonialmente -en perjuicio del erario público- a profesionales o a quien fuera con los que se guardaba una vinculación previa, ninguno de los cuales realizó las tareas encomendadas.

Asimismo, queda claro que la Liquidadora de ENTEL (el) no era ajena a los pormenores que rodeaban las resoluciones que firmaba.

12) INCOMPATIBILIDAD MANIFIESTA.

Mediante nota de fecha 28 de noviembre de 1996 (cf. fs. 282) Hernán Pflaum y Jaime Fernández Madero -representantes de la UTE- comunicaron al Gerente de Asuntos Legales de ENTEL (el) González, que "...como es de conocimiento de ENTEL, KPMG Finsterbusch Pickenhayn Sibille, integrante de esta UTE, es desde hace muchos años auditor de Siemens S.A. y socios de la firma ejercen cargos de sindicatura en dicha empresa..." por lo que KPMG se excusaba de participar a todos los efectos de las acciones relacionadas con la demanda iniciada contra Siemens. S.A.

Junto a la nota se acompañó a fs. 283 el acta de Asamblea N° 16 por la cual los miembros de la UTE citada, dejaban constancia de que habiendo recibido la orden de trabajo dictada en virtud de la resolución N° 164/96 por la cual se encomendaba al Dr. Jaime Fernández Madero, en su condición de integrante de la UTE a preparar y presentar demandas judiciales contra una lista de ex contratistas, entre las que se incluía a Siemens S.A., KPMG habría de excusarse de participar de la demanda contra dicha sociedad,

toda vez que desde hacía muchos años era auditora de aquélla, ejerciendo sus socios cargos de sindicatura en la misma.

Por lo tanto, de acuerdo a lo manifestado por Hernán Pflaum y Fernández Madero, esta incompatibilidad ya resultaba conocida por las autoridades de ENTEL (el).

Esto se ve corroborado al leer la documentación que comprendía la oferta efectuada por la UTE (reservada en Secretaría) de la que surgía claramente que KPMG mantenía vínculos profesionales con la empresa Siemens S.A.

A pesar de ello, las autoridades de ENTEL (el) adjudicaron el concurso a la UTE conformada por KPMG, quien sólo se excusó formalmente recién dos años después de suscripto el contrato, y luego de haber realizado diversas tareas en la que se cotejaba información relativa a ex contratistas en conflicto, entre ellas Siemens S.A., por lo que la excusación de KPMG resultó a todas luces tardía.

KPMG como integrante de la UTE, brindaba asesoramiento a la actora y en su actividad extra contractual a la demandada, lo que configuraba un conflicto de intereses manifiesto.

Esta incompatibilidad es contraria a lo estipulado por el art. 8 de la ley de Consultoría (Nº 22.460) que establece que los consultores, las firmas consultoras, sus socios y los profesionales intervinientes en contratos de servicio de consultoría no deben estar vinculadas directa o indirectamente con las empresas destinatarias que provean o sean destinatarias del objeto del servicio.

El objetivo de esta norma se basa en que las consultoras deben desarrollar su tarea con imparcialidad, lo que de ninguna manera podía ocurrir en este caso, dado que la UTE prestaba servicios de antigua data a Siemens S.A., empresa en conflicto con ENTEL (el).

Esta contrariedad también era violatoria de los numerales "27. INCOMPATIBILIDADES" de los términos de referencia y "14. INCOMPATIBILIDADES" del contrato, que establecían que "...queda absolutamente prohibido a la UTE asesorar, aconsejar, patrocinar, representar o de cualquier

Poder Judicial de la Nación

modo involucrarse en forma directa o indirecta (considerándose como tal la intervención aún a título personal de cualquier integrante o gerente de la UTE) en la formulación o tramitación administrativa, judicial o arbitral de los reclamos o peticiones de cualquier contratista vinculado a los acuerdos relativos a la asistencia que se contrata por este concurso. Dicha incompatibilidad se extenderá por dos años desde la firma del presente contrato..."

Asimismo bajo esta situación, difícilmente la UTE hubiera podido dar cumplimiento a su obligación de confidencialidad asumida en las cláusulas 34° de los términos de referencia y 10° del contrato.

Durante su alegato la defensa de Pflaum, señaló que nunca ENTEL (el) le suministró a KPMG un listado de ex contratistas del que surgiera la participación de Siemens S.A., por lo que la incompatibilidad recién fue advertida una vez finalizados los trabajos.

Sin embargo el Plan de Trabajos definitivos fue presentado por la UTE en el mes de abril de 1995 y los informes definitivos sobre las tareas de liquidación datan de diciembre de 1995, por lo que en el mejor de los casos la excusación debió producirse un año después.

Y obsérvese cómo claramente influyó esta relación existente entre la UTE y Siemens S.A. que la propia ENTEL (el) tuvo que solicitarle a la UTE que la incluyera entre las demandadas, toda vez que se la estaba dejando afuera (cf. fs. 275/278) a pesar de que se habían iniciado a su respecto diligencias preliminares, aspecto sobre lo cual también declaró González.

No solo eso, sino que Fernández Madero, recién mediante nota de fecha 17 de marzo de 1997 (cf. fs. 315/316) manifestó que luego de un nuevo y profundo relevamiento de la documentación, podía afirmar que ENTEL (el) resultaba titular de créditos contra Siemens S.A.

Por otra parte, no bastaba con la sola excusación de KPMG, sino que debía apartarse toda la UTE de intervenir en

el caso contra Siemens S.A.

A pesar de ello, Fernández Madero, como representante de la UTE, dio inicio a la demanda judicial contra Siemens S.A. y envió a ENTEL (el) numerosos informes entre marzo y noviembre de 1997 que daban cuenta de su actuación en el expediente 38.570/1996 "ENTEL (el) c/ Siemens S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, Secretaría N° 7 (actualmente en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, Secretaría N° 15).

Este accionar debía haber sido penado por ENTEL (el) exigiendo a la UTE la devolución íntegra del "...dinero en efectivo, del precio total percibido por su labor con motivo del concurso..." (cláusulas 27 de los términos de referencia y 14 del contrato).

Véase que la normativa del Banco Mundial también impugna este conflicto de intereses, al establecer en su art. 1.9 "...que los consultores deben dar asesoramiento profesional, objetivo e imparcial, y que en todo momento deben otorgar máxima importancia a los intereses del contratante... No se contratará a consultores para servicios que puedan crear conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratantes, o que puedan ponerlos en situación de no poder prestar sus servicios en la forma que mejor convenga a los intereses del Prestatario....".

Ahora bien, en su alegato la defensa de Hernán Pflaum manifestó que el inicio de las diligencias preliminares, como así también el comienzo de las demandas judiciales y la contratación de los consultores técnicos, habían corrido bajo la exclusiva responsabilidad del Dr. Jaime Fernández Madero.

Sin embargo, el propio Hernán Pflaum como socio y representante de KPMG, al firmar la excusación de fs. 282/283 dejó asentado por escrito su conocimiento de las acciones judiciales que se le estaban ordenando iniciar a la UTE y por

lo tanto a todos sus integrantes, y pese a ello, no sólo no realizó reserva, aclaración u objeción alguna, sino que por el contrario manifestó que KPMG se excusaba de intervenir únicamente de las acciones legales contra Siemens S.A.

Por lo tanto, es clara la responsabilidad del nombrado por estos actos, máxime teniendo en cuenta que todos los integrantes de la UTE debían responder en forma conjunta sobre los trabajos realizados respecto de ENTEL (el) (cf. cláusula 29° de los términos de referencia y 8° del contrato) y que estaba prohibido ceder o transferir el contrato (cf. cláusula 9 del contrato).

El art. 381 de la ley N° 19.550 -según texto de la ley N° 22.903- establece respecto de las uniones transitorias de empresas que "...salvo disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de las empresas por los actos y operaciones que deban desarrollar o ejecutar, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros...".

Sin embargo la UTE conformada por KPMG, Fernández Madero y Copiga S.A. estableció expresamente en el contrato constitutivo que sus miembros iban a responder solidariamente respecto de las obligaciones que surgieran frente a ENTEL (el) y terceros (cf. cláusula 10° del contrato constitutivo de la UTE de fs. 3854/3859 del principal).

Asimismo el art. 9° de la ley de Consultoría (N° 22.460) establece que los consultores consorciados son solidariamente responsables por la calidad y exactitud de la totalidad de las tareas ejecutadas y también por todos los aspectos contractuales.

En el contrato social de la UTE, también existían otras cláusulas que demostraban claramente que Hernán Pflaum no podía desconocer de la existencia de los actos jurídicos que estaban obligando a KPMG.

En primer lugar el plazo de duración de la UTE, no tenía un fecha fija de finalización, sino que sugestivamente comprendía el tiempo necesario para la realización y terminación de las tareas correspondientes al concurso, como así también, para la liquidación total de las cuentas

pendientes entre las partes y respecto de terceros (cf. cláusula 2º del contrato constitutivo de la UTE).

Asimismo, la cláusula sexta, establecía que los porcentajes de distribución de los ingresos entre los integrantes de la UTE se mantenían en caso de que se agregasen horas/hombre a través de adicionales, extensiones del contrato, nuevas órdenes de trabajo, etc.

De manera que es falso afirmar que habiendo vencido el plazo original del contrato con ENTEL (el) finalizaba la actuación de KPMG.

Otro argumento utilizado por la defensa de Hernán Pflaum fue que para obligar a la UTE era necesario contar con la firma de dos representantes.

Sin embargo la cláusula quinta por la cual se designó a Hernán Pflaum y Jaime Fernández Madero como representantes de la UTE, facultándolos para actuar en forma conjunta, realizaba una remisión al art. 379 de la ley N° 19.550 -según texto de la ley N° 22.903- que establece que "...el representante tendrá los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer derechos y contraer obligaciones..." y que "...dicha designación no es revocable sin causa, salvo decisión unánime de las empresas participantes; mediando justa causa la revocación podrá ser decidida por el voto de la mayoría absoluta...".

Ello resultaba coincidente con la cláusula 8º, que señalaba que ninguna de las partes podía desvincularse de la UTE sin el previo consentimiento otorgado por las restantes. Sin embargo, no existe en autos constancia alguna que acredite la revocación del mandato otorgado al Dr. Jaime Fernández Madero.

Por otra parte, resulta difícil creer que Hernán Pflaum no haya tomado conocimiento de las contrataciones que estaba autorizando ENTEL (el) y que obligaban a KPMG como integrante de la UTE.

Ello toda vez que los integrantes del consorcio debían reunirse una vez cada treinta días a fin de deliberar sobre los temas y cuestiones que hacían al objeto de la misma, debiendo adoptarse todas las decisiones por unanimidad

(cláusula séptima).

Asimismo cada sesenta días la UTE debía practicar un estado de situación del cumplimiento de las tareas, así como de los ingresos y egresos producidos, siempre con la aprobación de todas las partes (cláusula décima).

Si Hernán Pflaum hubiese entendido que el Dr. Jaime Fernández Madero estaba incumpliendo alguna de las obligaciones asumidas en el contrato, podía haberle reclamado su cumplimiento más los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado, o declarar rescindido el contrato (cláusula decimotercera), lo cual no ocurrió.

También, durante su alegato, la defensa del imputado hizo referencia a la existencia de una nota por la cual el Estudio Jurídico del Dr. Fernández Madero se hacía responsable por las acciones judiciales y desligaba a KPMG de ellas.

Sin embargo no pudo precisar si aquélla fue secuestrada el día del allanamiento y en su caso, su ubicación dentro de la documentación reservada en Secretaría.

Cabe recordar que la UTE no estaba integrada por el Estudio Jurídico Basilico, Fernández Madero & Duggan sino, como dije anteriormente, por el abogado Jaime Fernández Madero en soledad.

Sin perjuicio de ello, en caso de que realmente hubiere existido dicha nota, no se entienden los motivos por los que KPMG constituyó una UTE con un abogado y en forma separada obligaría a un estudio jurídico, involucrando a toda su estructura. Esta maniobra, en todo caso, también resultaría sospechosa e indicativa de los verdaderos fines de la integración societaria.

13) VINCULACIÓN DE GUSTAVO VÍCTOR DANERI CON JAIME FERNÁNDEZ MADERO, INTEGRANTE DE LA UTE QUE GANÓ LA CONTRATACIÓN Y EXCUSACIÓN TARDÍA DE AQUEL.

Otra clara irregularidad en el trámite del expediente es que el Dr. Jaime Fernández Madero, integrante de la UTE a quien se adjudicó el contrato, tenía una relación y/o vinculación laboral con el entonces Gerente de Asuntos

Legales y posterior Coordinador General de ENTEL (el), Gustavo Víctor Daneri.

Esto surgió por un lado de la declaración del propio Daneri en el debate, quien refirió que el estudio jurídico al que él pertenecía conocido como "Daneri, Mertehikian, Zavala" estaba vinculado desde el año 1992 al estudio "Basilico, Fernández Madero, Duggan" en la prestación de servicios profesionales al Ministerio de Economía de la Nación, más precisamente en la atención de juicios laborales.

Ello motivó que el nombrado con fecha 7 de noviembre de 1994 (cf. fs. 140/142) decidiera excusarse formalmente de intervenir en la puntuación y recomendación de la oferta presentada por la UTE, en virtud de la relación que lo vinculaba con Fernández Madero.

Este último, por su parte, en su declaración indagatoria de fs. 1417/1423 incorporada por lectura al debate, preguntado por el juez instructor acerca de su relación con Gustavo Víctor Daneri, manifestó que tenía "...una relación profesional con él, lo conozco a partir de que en el año 1992 o 93, nuestro estudio y el de él, formamos una UTE y nos presentamos en un concurso como oferentes para defender a los entes en liquidación o residuales, frente a los reclamos a iniciarse por empleados o funcionarios de esos entes. Había varios miles de juicios. Y se presentaron muchos estudios jurídicos, entonces, Daneri al cual yo no conocía, pero sí Basilico, se presentó en el estudio y nos contó del concurso. Resultamos elegidos y realizamos trabajos donde yo tuve alguna ligera intervención...lo vi varias veces a Daneri, pero no me ocupo de la parte laboral. No soy amigo de él ni nada de eso. Él creo que tampoco intervino en el concurso, sí nos presentamos y lo ganamos...".

Es decir, ambas partes admitieron en sus declaraciones la relación profesional que los unía, la cual era de relevancia, pues generó la excusación "aparente" de Gustavo Daneri en el análisis de la oferta.

Ahora bien, esta excusación resultó a todas luces tardía, toda vez que Gustavo Daneri había sido el encargado de redactar el proyecto de pliego de bases y condiciones del

Poder Judicial de la Nación

concurso (cf. fs. 1/67), de escoger las tres empresas que fueron invitadas a participar (cf. fs. 72), de cursar las invitaciones a las firmas (cf. fs. 123/128) y de evacuar las aclaraciones o dudas solicitadas por las empresas (cf. fs. 130/132 y 135/137).

Es decir, Daneri se excusó de intervenir en una contratación luego de que él mismo la hubiera encabezado y encaminado para su adjudicación al solo oferente que había presentado una propuesta, justamente la UTE integrada por el Dr. Jaime Fernández Madero.

Incluso con posterioridad a su excusación, se advierten intervenciones de Gustavo Víctor Daneri en el expediente.

A fs. 156, luce una nota de fecha 14 de febrero de 1995, en la que Luciano Graciano del Departamento de Presupuesto, le contestó a Daneri un pedido de informe relativo a la imputación presupuestaria para la contratación del consultor, que hace referencia "...a lo solicitado en el día de la fecha...".

Asimismo, fs. 187, Daneri aparece firmando junto a Ali -Gerente de Administración y Gestión a cargo de la Gerencia de Contabilidad y Finanzas- (cf. fs. 187) la orden de trabajo que dio comienzo a las tareas de la UTE.

Más gravoso aún resulta el informe definitivo presentado por la UTE en diciembre de 1995 -más de un año después de la excusación- del que se desprende que "...en las reuniones mantenidas con el Coordinador General de ENTEL (el), Gustavo Daneri, se propuso a ENTEL (el) que considerase la posibilidad de iniciar diligencias preliminares previas a la interposición de la demanda..."

Finalmente, la testigo María Eugenia García, perteneciente al "Estudio Basílico, Madero y Duggan" también manifestó haber mantenido reuniones con Gustavo Daneri y conversar sobre temas legales.

Estos elementos nos permiten deducir que Fernández Madero intervino en la contratación a partir de la fuerte relación que lo unía con Gustavo Víctor Daneri. Esta afirmación se robustece a partir de las siguientes

circunstancias.

En primer lugar no se advierten con claridad los motivos por los cuales KPMG, que fue la empresa originalmente invitada al concurso, en vez de unirse con un estudio jurídico, se asoció con un abogado particular, el Dr. Jaime Fernando Fernández Madero. Ello a pesar de que los imputados intentaron explicar que la contratación había sido con el Estudio Jurídico "Basilico, Fernández Madero, Duggan" y no con el abogado Jaime Fernández Madero como único profesional.

A diferencia de lo que sostienen las defensas, si bien el Dr. Fernández Madero era socio de un estudio jurídico de renombre, lo cierto es que participó en la UTE en forma individual y no bajo la estructura de un estudio profesional.

Esto surge claramente del contrato de constitución de la UTE (cf. fs. 3854/3859), de la oferta de la UTE, del contrato suscripto con ENTEL (el) y de toda la documentación del expediente, donde nunca se menciona al Estudio Jurídico Basilico, Fernández Madero & Duggan.

Lo único obrante en el expediente relacionado al estudio jurídico, son hojas membretadas con su nombre a través de las cuales el Dr. Fernández Madero hizo saber a ENTEL (el) en forma individual que renunciaba a regulaciones de honorarios (cf. fs. 257/258 y 281) y los informes acerca del estado de los juicios (cf. fs. 310/379). Sin embargo, para todos los pedidos realizados a ENTEL (el) que motivaron el dictado de resoluciones, se utilizaron hojas impresas con la forma social de la UTE.

En su declaración indagatoria, Hernán Pflaum señaló que el Dr. Fernández Madero había sido convocado en virtud de la relación profesional que lo unía con el síndico de la empresa Bieckert de apellido Finterbusch, padre de dos de los socios principales de KPMG en Argentina. Esto fue admitido por el propio Fernández Madero.

Sin embargo ninguno de los otros integrantes de KPMG, ni siquiera el imputado Juan Carlos Pickenhayn, manifestó conocer a Fernández Madero.

Por su parte los testigos que prestaron funciones en KPMG, sostuvieron que si bien la empresa trabajaba

permanentemente con estudios jurídicos, el integrado por el Dr. Fernández Madero no era uno de ellos, más aún el testigo Croissant en la audiencia de debate expresamente lo excluyó.

Este escaso conocimiento que tenían las autoridades de KPMG respecto del Dr. Fernández Madero, contrasta claramente con la relación que los unía a Copiga S.A., la otra empresa integrante del consorcio.

El Ingeniero Galli en su declaración indagatoria de fs. 1427/1430 incorporada por lectura al debate, señaló que Copiga S.A. había celebrado con anterioridad otros contratos privados de colaboración con KPMG.

Por su parte, Hernán Pflaum refirió que la unión con Copiga S.A. respondía a la relación de hermandad existente entre socios de ambas consultoras.

En este contexto resulta ilógico que KPMG haya conformado una unión con un abogado que prácticamente no conocía.

En consecuencia, surge a las claras que fue Gustavo Víctor Daneri quien dirigió la contratación en favor de KPMG previo cerciorarse de que ésta se asociare con el Dr. Jaime Fernández Madero.

Esto se pone de manifiesto cuando luego de invitarse a tres consultoras contables, solo uno responde a la invitación y es justamente el que se había asociado con dicho abogado.

Esto explica el porqué, al suscribirse el contrato con la consultora (cf. fs. 177/185) se agregaron algunos ítems ("ll" a "ñ") que no estaban en los términos de referencia del concurso y que ampliaban la actividad jurídica de los servicios a desarrollar.

El hecho de haberse descartado el procedimiento de licitación pública, el no desdoblamiento del concurso por invitación entre el área contable y jurídica y la omisión de llamar al concurso a renombrados estudios jurídicos del medio, permiten concluir que la adjudicación tuvo una clara "orientación" a la UTE integrada por el Dr. Jaime Fernández Madero, a fin de atribuirle las tareas de índole legal.

La normativa del Banco Mundial define esta maniobra como "práctica de colusión" (art. 1.22), es decir el arreglo de dos o más personas diseñado para lograr un propósito impropio, en violación de las normas éticas que los consultores deben observar durante el proceso de selección y ejecución de los contratos.

Si bien las defensas manifestaron en sus alegatos que KPMG gozaba del prestigio necesario para resultar adjudicataria, lo cierto es que no contaba con abogados en su plantel sino con contadores y licenciados en administración (cf. fs. 106 del expediente 2211/94-OSN), por lo que se encontraba obligada a subcontratar o unirse a especialistas jurídicos; y es ahí donde aparece en escena el Dr. Jaime Fernández Madero.

14) AUSENCIA DE CONTROL POR PARTE DE ENTEL (el) A LAS TAREAS DESARROLLADAS POR LA UTE.

No se observa en todo el expediente N° 8257/93-ENTEL que las autoridades de ENTEL (el) hayan efectuado un mínimo control sobre las tareas desarrolladas por la UTE a fin de corroborar que se estuviera cumpliendo con el objeto del contrato.

El art. 16 de la ley de Consultoría (N° 22.460) establece que el contratante tendrá facultades de controlar la ejecución de los trabajos, dar directivas y formular las observaciones que considere pertinentes.

Por su parte, la normativa del Banco Mundial, utilizada como guía al decir de Daneri, establece en su art. 1.6 que "... El Prestatario es responsable de supervisar el desempeño de los consultores y de asegurarse de que éstos lleven a cabo los servicios que se les han encargado de conformidad con el contrato. Sin asumir las responsabilidades del Prestatario ni de los consultores, el personal del Banco debe vigilar los resultados de los servicios en la medida en que sea necesario para asegurarse de que se están realizando con el nivel de calidad apropiado y que se basan en datos aceptables...".

Asimismo, el art. 4.2 señala que los contratos que se abonan por tiempo trabajado "...deben ser supervisados

estrechamente y administrados por el contratante a fin de asegurar que el trabajo marche en forma satisfactoria y que los pagos solicitados por los consultores sean adecuados...".

Esta falta de control por parte de las autoridades de ENTEL (el) sobre el desarrollo de las tareas, permitió que se efectuaran erogaciones sin saber a ciencia cierta si los trabajos solicitados resultaban necesarios y si encuadraban dentro del contrato, y lo que es peor, que algunos ni siquiera se realizaran, como ocurrió en el caso de los consultores técnicos.

15) INADECUADA ESTRATEGIA LEGAL Y DEFICIENTE PREPARACIÓN DE LAS DEMANDAS JUDICIALES.

Las demandas iniciadas por ENTEL (el) en diciembre de 1996 contra las ex contratistas y licenciatarias fueron firmadas por el apoderado de ENTEL (el), Dr. José Rodolfo Eleazar González, con el patrocinio letrado del Dr. Jaime Fernández Madero, representante de la UTE.

En todas ellas se reclamó el cobro de daños y perjuicios, más las actualizaciones, intereses, costas y costos, causados por aquéllas sociedades, en virtud de los siguientes daños:

a) Incumplimiento del deber de custodia de la obra encomendada según los contratos de obra pública suscriptos.

b) Incumplimiento de la obligación de devolución de materiales propiedad de ENTEL (el) -o valores actualizados de los mismos- que le fueran suministrados a las empresas para realizar las obras públicas encomendadas.

c) Cobro de las sanciones pecuniarias establecidas contractualmente para los diferentes casos de incumplimiento, como así también, el pago de los gastos administrativos previstos en el contrato.

Cabe señalar que cada reclamo versó sobre numerosos

"PEs" -presupuestos específicos- que era el nombre que recibía cada uno de los trabajos encargados a las empresas dentro del total de la obra que debían realizar, como por ejemplo, el tendido de cables en una determinada calle.

Ahora bien, ni del análisis del expediente N° 8257/93-ENTEL, ni de los informes parciales y finales presentados por la UTE, se advierte que alguna de las autoridades de ENTEL (el), o de la UTE haya ponderado alguna de las siguientes consideraciones, que según el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (cf. fs. 179/186 del expediente N° 297/02-PTN reservado en Secretaría), ratificado en todos sus términos en la audiencia de debate por su autor, el Dr. Sergio Lázaro Peppe, resultaban fundamentales para decidir acerca de la conveniencia de promover o no las demandas judiciales, entre ellas:

a) Si los materiales cuya devolución se reclamaba guardaban una relevancia económica que justificara los juicios, teniendo en consideración lo oneroso y dificultoso del acopio de pruebas, los costos del proceso y la eventual degradación y obsolescencia del material en cuestión.

b) La relación costo-beneficio que implicaban los procesos, considerando en especial, los gastos en honorarios profesionales y el pago de la tasa de justicia.

En fin, luego de haber compulsado 22 de los 25 expedientes iniciados por ENTEL en sede contencioso administrativa federal -que fueran remitidos "ad effectum videndi et probandi" por distintos juzgados-, se observa que en muchos de ellos se dictaron resoluciones que reflejan un actuar deficiente en la confección de las demandas y en el trámite de los juicios.

Entre ellas podemos señalar:

a) Resoluciones que hicieron lugar a excepciones de

defecto legal interpuestas por las demandadas, con costas para ENTEL (el):

Esta excepción se encuentra prescripta en el art. 347, inciso 5º del CPCCN y resulta aplicable cuando el escrito de demanda interpuesto por la actora no reúne las solemnidades y condiciones de claridad que impone el art. 330 del código de rito, por resultar ininteligible a consecuencia de imprecisiones, ambigüedades u omisiones, que impiden u obstaculizan el derecho de defensa de la parte contraria.

Para que proceda es necesario que los vicios de la demanda sean de tal gravedad que se haga difícil conocer lo que pretende la actora, de manera que la única manera de subsanar dichas deficiencias en los enunciados legalmente exigibles, sea a través de la admisibilidad de esta excepción o defensa.

Bajo estos supuestos normativos distintos juzgados del fuero contencioso administrativo federal hicieron lugar a excepciones de defecto legal que obligaron a ENTEL (el) a reformular sus demandas. Más precisamente en los siguientes expedientes:

1) N° 38.559 "ENTEL (el) c/ Tecsel S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, Secretaría N° 21 (cf. fs. 849/850 y 915/917);

2) N° 38561/1996 "ENTEL (el) c/ Teyma S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, Secretaría N° 23 (cf. fs. 277/279);

3) N° 38.556/1996 "ENTEL (el) c/ Techint S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9, Secretaría N° 17 (cf. fs. 390/396);

4) N° 38.571/1996 "ENTEL (el) c/ CSC S.A. y otros/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, Secretaría N° 1 (cf. fs. 946) y

5) N° 38.558/1996 "ENTEL (el) c/ Tecno Matter Instalaciones y Construcciones S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, Secretaría N° 3 (cf. fs. 318/320).

En todos ellos los jueces sostuvieron que la actora (ENTEL) no había determinado en forma precisa los montos de los daños y perjuicios que reclamaba.

Asimismo, se advirtieron otras omisiones, como por ejemplo:

a) que "...la cosa demandada no se encuentra debidamente individualizada, en tanto la actora ha recurrido a una determinación genérica, remitiéndose a la prueba documental por ella acompañada, a efectos de que la demandada fuera quien tuviera a su cargo la individualización de los materiales y daños al plantel reclamados, así como su monto..." (cf. resolución de fs. 915/917 dictada por la Sala IV de la CNACAF en los autos N° 38.559/96);

b) que la actora debía "...indicar cada uno de los contratos o legajos correspondientes, y describir cada uno de los perjuicios denunciados..." (cf. fs. 390/396 de los autos N° 38.556/96); y

c) que ENTEL (el) debía "...señalar cada uno de los materiales cuya devolución pretende, el valor pretendido para cada uno de ellos, la obra pública para la cual los había entregado y el contrato suscripto entre las partes a tal efecto..." (cf. fs. 946 de los autos N° 38.571/96).

Todas estas decisiones no hacen más que reflejar la deficiente actuación del Dr. Jaime Fernández Madero, como representante de la UTE, al confeccionar las demandas.

Tal como señaló la Procuración del Tesoro de la Nación en la auditoría realizada con fecha 13 de febrero de 2002 (Expediente N° 297/02 reservado en la Secretaría del Tribunal) estas resoluciones evidencian "...una grave falta de diligencia en la confección del escrito de demanda, aspecto que cobra singular importancia si se tiene en consideración la relevancia de algunos de los montos comprometidos en juicio...La demora en el trámite y la carga de costas pudieron ser evitadas si las demandas hubieran sido confeccionadas en términos claros y concretos, como de hecho ocurrió al tiempo de reformular su texto como consecuencia del progreso de las defensas..."

b) Resoluciones que hicieron lugar a excepciones de falta de legitimación activa interpuestas por las demandadas, con costas para ENTEL (el):

USO OFICIAL

En los siguientes expedientes se dictaron resoluciones en las que se hizo lugar a excepciones de falta de legitimación activa interpuestas por ex contratistas, con costas para la actora (ENTEL):

1) N° 38.564/1996 "ENTEL (el) c/ Estructuras S.A.C.I.C.I.F. y otro s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, Secretaría N° 14 (cf. fs. 2858/2863, 2949/2958 y 3034/3036) y

2) N° 38.566/1996 "ENTEL (el) c/ Pirelli Cables S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, Secretaría N° 19 (cf. fs. 670/676).

Aquí los magistrados entendieron que muchos de los "PEs" que hacían al objeto de las demandas, se encontraban comprendidos en la cesión de contratos efectuada a través de los contratos de transferencia celebrados con las licenciatarias, por lo que ENTEL (el) había dejado de ocupar

el carácter de parte en los contratos cedidos.

Más precisamente, la Sala III de la CNACAF en el expediente N° 38.564/1996 "ENTEL (el) c/ Estructuras S.A.C.I.C.I.F. (cf. fs. 2949/2958) con fecha 31 de agosto de 2012 sostuvo que "...si bien como principio la transferencia de los contratos cedidos operó a partir de la toma de posesión, quedando las obligaciones y los créditos anteriores a dicho momento en cabeza de ENTEL, lo cierto es que la última parte del art. 8.5.1..." de los contratos de transferencia de las acciones aprobados por el decreto N° 2332/1990 "...determina sin lugar a dudas que todas las prestaciones de hacer o dar cosas que no son dinero, aún pendientes de cumplimiento, sean a cargo de ENTEL o de la otra parte en los contratos cedidos, fueron incluidas en la transferencia pactada...".

Véase que ya con anterioridad, la Sindicatura General de la Nación en su informe de auditoría legal celebrado con fecha 3 de octubre de 2000 (obrante entre la documentación reservada en Secretaría), había sostenido que la UTE en ninguno de sus informes había analizado el art. 8.5.1 del capítulo VIII de los contratos de transferencia, donde las partes habían acordado lo atinente a la "CESIÓN DE LOS CONTRATOS", y cuyo entendimiento y ponderación resultaba fundamental a la hora de aconsejar el inicio de las acciones judiciales.

Por otra parte, los decretos N° 1658/91 y N° 2121/91, establecían que la funcionaria Liquidadora de ENTEL (el), María Julia Alsogaray, debía controlar el desarrollo de las causas judiciales que se inicien y que "...según los contratos de transferencia, sus anexos e instrumentos complementarios correspondan al Estado Nacional...".

Sin embargo, como vimos anteriormente, se iniciaron reclamos por asuntos por los cuales no estaba legitimado el Estado Nacional para accionar, generándose costas en su perjuicio.

c) Resolución que hizo lugar a una excepción de

falta de legitimación pasiva interpuesta por la demandada, con costas para ENTEL (el):

En el expediente 38.566/1996 caratulado "ENTEL (el) c/ Pirelli Cables S.A. s/ contrato administrativo", el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, Secretaría N° 19, resolvió hacer lugar a la falta de legitimación pasiva articulada por los letrados patrocinantes de la demandada (cf. fs. 670/676). Posteriormente, dicho decisorio fue confirmado por la Sala II de la CNACAF (cf. fs. 1110/1114) con costas para ENTEL (el) en ambas instancias.

La razón por la que prosperó el planteo de la demandada era que ENTEL (el) estaba reclamando a Pirelli Cables S.A. una serie de incumplimientos por trabajos que en realidad nunca se le habían encomendado. En otras palabras, ENTEL (el) erró en la identificación de la empresa demandada.

Del decisorio de primera instancia se advierte el claro error de asesoramiento técnico de la UTE, cuando el juez señaló que "...lo argumentado por la actora en el sentido de que en el informe de la consultora especialmente contratada para relevar y analizar los contratos de obra pública celebrados por su parte se mencionaba a estos PEs como adjudicados a la demandada, no alcanza a desvirtuar lo que se desprende de la documental citada..."

d) Resolución que hizo lugar a una excepción de prescripción interpuesta por la demandada, con costas para ENTEL (el):

En el mismo expediente visto en el punto anterior, el juzgado también hizo lugar a una excepción de prescripción con relación al rubro -devolución de materiales- por haber transcurrido más de diez años desde la terminación de las obras encomendadas a Pirelli Cables S.A.

Por lo tanto, no se entiende cómo si en el plan de trabajos definitivos presentado por la UTE en abril de 1995, se había efectuado un análisis técnico jurídico sobre el tema de la prescripción, concluyendo que resultaba aplicable al

caso el plazo decenal de las obligaciones de naturaleza contractual, posteriormente se promovieran demandas judiciales respecto de deudas anteriores a diciembre de 1986, que claramente se encontraban prescriptas.

e) Resoluciones que rechazaron los términos de las demandas, con costas para ENTEL (el):

En dos de los expedientes se arribaron a soluciones de fondo sobre las cuestiones ventiladas. Aquí podemos ver, cómo magistrados de distintas instancias coincidieron en la improcedencia de las demandas iniciadas por ENTEL (el).

1) Expediente N° 38.559 caratulado "ENTEL (el) c/ Tecsel S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, Secretaría N° 21.

Con fecha 10 de febrero de 1998 (cf. fs. 849/850), el juzgado resolvió rechazar en todos sus términos la demanda incoada en autos por ENTEL (el) contra TECSEL S.A., con costas, por entender que "...la parte actora no ha logrado acreditar, ni mínimamente, los daños al plantel invocados ni la falta de devolución de materiales por parte de la contratista...En efecto, de la lectura del informe del perito ingeniero civil designado de oficio...surge que de acuerdo a la documentación inspeccionada no se puede determinar la totalidad de los materiales entregados por ENTEL a la contratista para la ejecución de cada una de las obras que ésta le encomendara...ya que no hay planos de las obras contratadas ni documentación que describa todos y cada uno de los pormenores de las obras..."

Asimismo en el fallo se hicieron remisiones a conclusiones del perito contador designado en autos, quien había señalado que "...No me fue posible verificar que el mega emprendimiento llevado a cabo por ENTEL...haya contado en algún momento con el respaldo de un adecuado sistema administrativo, estructurado de manera tal que permitiera el seguimiento y control operativo mediante registraciones simultáneas confiables y documentación archivada en forma

Poder Judicial de la Nación

ordenada y permanente... la información obtenida de la base de datos o archivo informático de la actora no tienen valor probatorio alguno desde el punto de vista contable..."

Por otra parte, en cuanto a los daños y perjuicios derivados del cobro de las sanciones pecuniarias, el juzgado sostuvo que la administración pública, frente al cocontratante, tenía poderes de control y de dirección del contrato, resultando improcedentes los daños y perjuicios cuando se encontraba prevista específicamente en el contrato -que es ley entre las partes- la multa como sanción, la cual no fue ejercida oportunamente por el Estado Nacional.

Con fecha 20 de abril de 2011 (cf. fs. 2670/2675) la Sala IV de la CNACAF confirmó la sentencia con costas de ambas instancias a la actora vencida.

En su decisorio señaló que "...la existencia del perjuicio en el patrimonio de quien lo invoca constituye un presupuesto o requisito esencial para determinar la responsabilidad..." de manera que "...quien lo alega tiene la carga de probarlo, siendo irrelevante la existencia del daño si no se lo demuestra debidamente (cf. art. 377 del CPCC)..."

En cuanto al agravio vinculado al incumplimiento del deber de devolución de los bienes propiedad de ENTEL (el) sostuvo que "... la actora no ha detallado ni probado en debida forma cuáles eran tales bienes..." remitiéndose a las conclusiones del perito quien refirió que "...La Actora por sí o a través de la consultora contratada ponen de manifiesto la imposibilidad de lograr localizar, ordenar y procesar la documentación respaldatoria de los reclamos formulados en autos. El contenido de los nueve paquetes remitidos al juzgado por el Archivo General de la ex ENTEL (el), es insuficiente, disperso y anárquico, razón por la cual no puede ser tomado en consideración para la tarea encomendada..."

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 19 de noviembre de 2013 (cf. fs. 2725/2728), desestimó el recurso ordinario de apelación interpuesto por la actora y confirmó la sentencia apelada,

destacando que "...si los informes periciales no demostraban la real existencia y monto del daño alegado, era necesario entonces fundar además lo reclamado en algún otro elemento probatorio, extremo de cumplimiento *sine qua non* para la procedencia de la demanda. Sin embargo, la recurrente se limitó en esta instancia a proponer -para remediar la ausencia de prueba- la inversión de la carga probatoria que en su concepto debía estar a cargo de la parte demandada..."

2) Expediente N° 38.564/1996 caratulado "ENTEL (el) c/ Estructuras S.A.C.I.C.I.F. y otro s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, Secretaría N° 14.

Con fecha 20 de diciembre de 2011 (cf. fs. 2858/2863) el juzgado rechazó la demanda respecto de la gran mayoría de los "PEs" reclamados por ENTEL (el) a la ex contratista Estructuras S.A.C.I.C.I.F., mientras que, sobre los restantes -como vimos anteriormente-, hizo lugar a la excepción de legitimación activa incoada por la demandada.

En dicho fallo el juzgado hizo constantes remisiones a los argumentos esgrimidos por la Dra. María José Sarmiento en la resolución vista en el punto anterior, agregando que "...con los elementos de prueba aportados a los presentes autos, la actora no acreditó los hechos invocados como fundamento de su pretensión, lo que detenta una orfandad probatoria por su parte, a quien le incumbía dicha carga procesal (cf. art. 377 del CPCCN), por lo que corresponde, sin más, rechazar la demanda interpuesta..."

Posteriormente, con fecha 31 de agosto de 2012 (cf. fs. 2949/2958) la Sala III de la CNACAF resolvió confirmar la sentencia apelada con costas, agregando como argumento, que de las declaraciones testimoniales obrantes en la causa surgía que el control de los materiales entregados -balance de materiales- se encontraba en cabeza de ENTEL, ente que tenía a su cargo la emisión de la documentación correspondiente, por lo que la actora debería haber acompañado al juicio dicha documentación y no la contratista,

Poder Judicial de la Nación

pues no era obligación de esta última.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 19 de noviembre de 2013 declaró desierto el recurso ordinario que le fuera concedido a la actora, con costas.

f) Resoluciones que declararon la caducidad de instancia por inacción de la actora, con costas:

Sobre este punto, cabe señalar que si bien no puede atribuirse a los funcionarios de ENTEL (el) ni al Dr. Jaime Fernández Madero como representante de la UTE, la posterior inacción en los expedientes de los abogados de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de la Nación, quienes asumieran el patrocinio letrado en representación del Estado luego de la renuncia del Dr. Jaime Fernández Madero, lo cierto es que la ineficiencia profesional de éste vista en los puntos anteriores, respecto de la falta de aporte de la prueba favorable de la actora, ciertamente generó dificultades en el trámite de los siguientes expedientes, respecto de los cuales se declaró la caducidad de instancia, con costas en diversas instancias para la actora:

1) N° 38.570/1996 "Entel (el) c/ Siemens S.A (continuadora de Equitel S.A. y Redcom S.A.) s/ contrato administrativo del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, Secretaría N° 15 (cf. fs. 739/740, 814/815, 834 y 849);

2) N° 38.563/1996 "ENTEL (el) c/ Petersen Thiele & Cruz S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, Secretaría N° 13 (cf. fs. 327);

3) N° 38.577/1996 "ENTEL (el) c/ Dycasa S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9, Secretaría N° 17 (cf. fs.

622/623 y 649/650) y

4) N° 38.576/1996 "ENTEL (el) c/ José Sueiro y Cía. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, Secretaría N° 23 (cf. fs. 600/602).

5) N° 38.561/1996 "ENTEL (el) c/ Teyma S.A. s/ contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, Secretaría N° 23 (cf. fs. 1326/1327, 1372/1373 y 1453/1454);

Lo señalado en el primer párrafo del presente punto, fue advertido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 28 de septiembre de 2010, cuando al confirmar la caducidad de instancia declarada en las instancias anteriores, señaló que "...se advierte que, desde un primer momento, la propia recurrente dejó ver las dificultades existentes para la obtención de los antecedentes administrativos base de la demanda instaurada los cuales, paradójicamente y como principio, debían hallarse en su poder..." (cf fs. 1453/1454 de la causa N° 38.561/1996)

g) Otras irregularidades advertidas por la Procuración del Tesoro de la Nación (cf. expediente N° 297/02 de la PTN reservado en Secretaría):

A continuación me remitiré a otras irregularidades que fueron receptadas por la Procuración del Tesoro de la Nación:

1) Incumplimiento del art. 333 del CPCCN:

"En varios procesos se cuestionó el cumplimiento por parte de la actora de las previsiones del art. 333 del código de rito, por cuanto no se individualizó adecuadamente la prueba documental ni el lugar preciso en que se hallaba. Este hecho generó la pérdida de pruebas y la imposición de costas

por errónea interpretación del art. 333 CPCC. En particular en los autos "ENTEL c/ ESTRUCTURAS S.A.C.I.F.I.", se observaron deficiencias procesales en oportunidad de ofrecer prueba, lo que provocó oposiciones que fueron compartidas por el juzgado interviniente, en cuanto rechazó toda prueba documental y/o informativa ofrecida en violación a las disposiciones contenidas en los arts. 333, 335, 376, 396 y 397 del Código Procesal, circunstancia ésta que reduciría el marco probatorio dentro del cual los peritos deberían confeccionar sus respectivos informes..."

2) Los recursos declarados desiertos:

"...En varios expedientes se han declarado desiertos recursos de apelación interpuestos por la actora, toda vez que no fueron fundados oportunamente y/o no reunieron mínimamente lo establecido en el art. 265 del CPCC..."

3) Aspectos puntuales cuestionados:

"... En los autos "ENTEL c/ ESTRUCTURAS S.A.C.I.F.I." la actora fue objeto de apercibimiento en los términos del art. 388 del Código Procesal, ante sus reiterados incumplimientos frente a la requisitoria del juzgado de acompañar las actas de recepciones provisorias y definitivas emitidas por ENTEL a favor de la empresa demandada.

En los autos "ENTEL c/ RECSA S.A." se produjo una significativa demora hasta lograr la integración de la litis, por desconocimiento del domicilio de la accionada, aspecto este muy llamativo si tenemos en consideración que se trataba de empresas que se habían desempeñado como contratistas del Estado.

En el expediente "ENTEL c/ CSC S.A. y otro" se omitió inscribir la inhibición general de bienes decretada contra la empresa demandada en los respectivos registros.

En el juicio "ENTEL c/ DYCASA" se observó falta de insistencia en la producción de la prueba documental en poder de la Dirección Nacional de Normalización Patrimonial, lo que podría dar lugar a una eventual declaración de negligencia.

En el mismo proceso se observó la ausencia de

letrados de la actora en las audiencias de los testimonios ofrecidos por la demandada, lo que da cuenta de una actitud omisiva en el control de la prueba adversaria..."

4) Cuestiones relativas a la tasa de justicia:

"...Las reiteradas incidencias en relación con la tasa de justicia en la mayoría de las causas, por las sucesivas liquidaciones, intimaciones e imposiciones de costas, entorpecieron el trámite.

Así, en los autos "ENTEL c/ Siemens S.A.", en torno al pago de la tasa de justicia y a los reiterados incumplimientos por parte de ENTEL, se le impuso una multa en los términos de la Ley N° 23.898. Asimismo, por haber estimado el representante del Fisco los intereses por mora y no haberlos cancelado la actora, se libró certificado de deuda.

En los autos "ENTEL c/ TECSEL S.A.", la incidencia en cuestión por el pago de la tasa de justicia, motivada por la ausencia de una correcta determinación de los montos en tiempo oportuno por parte de la actora, originó un dispendio procesal en detrimento de la atención de un litigio de relevancia económica.

En los autos "ENTEL c/ DYCASA", la intimación del magistrado, con similar fundamento a los del representante del Fisco al rechazar la oposición formulada por la actora, ordenó que en cinco días se practicara liquidación del monto reclamado bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en los artículos 11 y 12 (multa y astreintes) de la Ley de Tasas Judiciales..."

Dicho ello, habré de agregar una última irregularidad, surgida con posterioridad al dictamen de la PTN de fecha 13 de febrero de 2002 (cf. fs. 179/186)

5) Irrisorio monto por el cual fueron iniciadas algunas de las demandas:

En el expediente N° 38.558/1996 caratulado "ENTEL (el) c/ Tecno Matter Instalaciones y Construcciones S.A. s/

Poder Judicial de la Nación

contrato administrativo" del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, Secretaría N° 3, la actora ENTEL (el) luego de que el juzgado la intimara a precisar el importe de la demanda (cf. fs. 318/320) señaló, con fecha 17 de septiembre de 1999 (cf. fs. 334/337), que el monto actualizado de aquélla ascendía a la suma de \$1578,74.

Esta suma claramente resultaba irrisoria para que el Estado Nacional formulase una demanda, máxime cuando el informe confeccionado por la UTE señalaba que se habían seleccionado aquéllos contratos cuya cuantía justificaba el inicio de acciones judiciales.

Tan es así, que la ex contratista Tecno Matter decidió allanarse a la demanda, realizando manifestaciones que dejan entrever cierta ironía sobre el reclamo que se le estaba efectuando, lo que se refleja en el escrito de fs. 359, donde refirió que "...teniendo en cuenta que han transcurrido veinte años desde la supuesta celebración de los contratos mencionados por la actora...y que mi mandante no tiene la supuesta documentación contable correspondiente a dicho supuesto contrato (ya que la obligación legal de guardar la documentación contable es por un plazo de diez años (art. 44 del Código de Comercio), y que por lo tanto carece de los elementos de prueba para ejercer debidamente su derecho de defensa, es que venimos en legal tiempo y forma a allanarnos lisa, llana, expresa, completa e incondicionalmente a la demanda interpuesta en autos y a cumplir simultáneamente con la prestación reclamada, a cuyo fin practicamos liquidación actualizada y damos en pago la suma de \$1.960,01..." debiendo las costas ser soportadas por su orden, excepto en lo atinente al pago de la tasa de justicia que sería soportada por la demandada.

Así las cosas, con fecha 15 de marzo de 2000 (cf. fs. 361) ENTEL prestó conformidad al allanamiento, lo que fue aprobado por el juzgado con fecha 3 de abril del mismo año (cf. fs. 365).

Todas estas irregularidades, son las que llevaron a la Procuración del Tesoro de la Nación a concluir que lo oneroso del contrato suscripto entre ENTEL (el) y la UTE no

se compadeció con las falencias evidenciadas en la forma de proponer las demandas, como tampoco, con la imprecisión y deficiencia con la que se efectuó el ofrecimiento y producción de la prueba documental.

En el mismo sentido, la Sindicatura General de la Nación en el informe de auditoría legal celebrado con fecha 3 de octubre de 2000 (obstante entre la documentación reservada en Secretaría) cuyos términos fueron ratificados en la audiencia de debate por sus autores, los Dres. Ricardo Pérez Vélez y Hugo Carcavallo, señaló que las demandas fueron iniciadas "...aún con el dictamen carente del debido sustento que a tal efecto presenta la UTE integrada por KPMG, Jaime Fernández Madero y Copiga, donde no se analiza que el entablamiento de acciones judiciales de gran trascendencia económica, producirían en caso de frustrarse, un grave perjuicio económico para el Fisco, en razón de las costas y honorarios derivados de la aventura judicial intentada..."

En este sentido, recordó que en la cláusula octava del contrato firmado por las partes, la UTE había asumido la responsabilidad técnica y profesional respecto de las recomendaciones que formulara a ENTEL (el).

Cabe señalar a ello las manifestaciones vertidas por el testigo Sergio Lázaro Peppe en la audiencia de debate, cuando calificó el resultado de estas demandas como "...desastroso...", "...un fracaso...", a pesar de que se había contratado a "...uno de los mejores estudios de Buenos Aires...".

En base a todo lo expuesto, la estrategia legal propuesta por la UTE a través de Hernán Pflaum y Jaime Fernández Madero y avalada por la Liquidadora de ENTEL, María Julia Alsogaray, generó un grave perjuicio económico al Estado Nacional en virtud de las cuantiosas costas impuestas en distintas instancias en las que tramitaron los expedientes.

Por otra parte, teniendo en cuenta que todas las demandas se basaron en un mismo modelo que contenía iguales argumentaciones, cambiando nada más que las empresas

demandadas y los "PEs" reclamados, no es aventurado imaginar que en un futuro no muy lejano podían generarse nuevos perjuicios patrimoniales en el marco de estas acciones judiciales mal entabladas.

En este sentido, tal como sostienen los autores Marcelo Colombo y Paula Honisch en su obra "Delitos en las Contrataciones Públicas", la acción típica puede darse "...aún en los casos en que sólo genera un peligro para el patrimonio; cuando lo que la acción u omisión producen es un daño potencial... en aquéllos casos en los que el tipo de administración fraudulenta se cometió mediante la modalidad específica de "obligar abusivamente" el tipo se consuma al momento en que se ha hecho nacer la posibilidad de perjuicio... pues la consumación del delito no reclama perjuicio efectivo por medio de la atención de la obligación a cargo del patrimonio: basta con que se lo haya "obligado", es decir, con que se haya hecho nacer la posibilidad del perjuicio que puede materializarse con el correspondiente pago..." (COLOMBO, Marcelo; HONISCH, Paula; *Delitos en las Contrataciones Públicas*, 1º Edición, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2012, p. 181).

Es decir, en este último caso, la posibilidad de perjuicio nació en diciembre de 1996 cuando se interpusieron las demandas con las deficiencias descriptas con anterioridad.

IV. AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD PENAL DE CADA UNO DE LOS IMPUTADOS:

a) Responsabilidad Penal de María Julia Alsogaray:

Con relación a María Julia Alsogaray, considero que se encuentra plenamente acreditada su responsabilidad penal como autora del hecho descripto en este decisorio.

Debe señalarse, en primer lugar, que Alsogaray era la Delegada Liquidadora de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en liquidación (ENTEL e.l.), es decir su máxima autoridad, en la época en que el hecho se produjo, conforme la designación efectuada mediante el art. 2 del decreto 1658/91 del Poder Ejecutivo Nacional, del 22 de

agosto de 1991.

Por lo tanto, estaba facultada para obligar a dicho ente estatal, tal como lo hizo en el caso del ilegítimo contrato de consultoría en análisis suscripto con la Unión Transitoria de Empresas compuesta por KPMG, el Dr. Jaime Fernández Madero y Copiga S.A., al que ya me refiriera al describir el hecho.

Es que ya desde la misma gestación del pliego (o de los "términos de referencia") se aprecia su concreta intervención que luego desembocaría en el fraude al Estado Nacional.

En tal sentido resulta útil confrontar el expediente 8.257 de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (e.l.) porque del mismo surgen palmariamente las sucesivas intervenciones que tuvo la imputada Alsogaray en la génesis de la irregular contratación, así como también durante su desarrollo y ejecución.

Por tal motivo, habré de detallar una vez más, cada una de las resoluciones suscriptas por Alsogaray en dicho expediente -que han sido reconocidas en firma y contenido por aquélla durante el debate- y puntualizar cuál es la conducta que se le reprocha en ellas.

I) Resolución 90/94 del 7 de septiembre de 1994 (fs. 73/74):

Mediante dicho acto administrativo, Alsogaray llamó a concurso para la contratación de un consultor en los términos ya referidos en esta sentencia.

Ahora bien, de los propios considerandos de dicha resolución se desprenden varios de los aspectos cuestionables del llamado a concurso. En efecto, surge de allí que los "términos de referencia" elaborados por la Gerencia de Asuntos Legales fueron puestos en conocimiento de la Subsecretaría de Normalización Patrimonial del Ministerio de Economía de la Nación que elaboró sugerencias que fueron receptadas en el texto definitivo.

Sobre este aspecto, ya he señalado que no todas las sugerencias fueron adoptadas en el texto finalmente aprobado y otras reformas se efectuaron sin control de organismo alguno y así quedaron plasmadas en el contrato suscripto por las partes.

Poder Judicial de la Nación

Surge efectivamente a fs. 68 del mismo expediente que el día 1º de abril de 1994, Alsogaray corrió vista a la referida Subsecretaría, pese a que este trámite no estaba contemplado en el ordenamiento legal vigente. La propia Claudia Silva, quien dictaminara a fs. 69/70, al prestar declaración como testigo en el debate, sostuvo que no estaba dentro de la función de la Subsecretaría opinar acerca de un pliego, que a veces se enviaba el expediente para consulta, y no era obligatoria su opinión.

Ya se hizo mención que se dejó de lado una cláusula original del pliego que precisamente otorgaba el control de la contratación a la SIGEN, asumiendo esa tarea la Unidad de Auditoría Interna (en adelante, la UAI) de la propia empresa en liquidación.

Señaló en este sentido Alsogaray en su declaración indagatoria que el pliego del concurso no fue objetado por el sector de Asuntos Legales de ENTEL, la SIGEN o la UAI.

Sin embargo, tal como se aprecia de la lectura del expediente, en realidad ese pliego no fue controlado ni por la SIGEN ni por la UAI previo al llamado a concurso ni tampoco intervino la División Asuntos Legales de ENTEL.

Se ha señalado por parte de la defensa de Daneri, a la cual se remitiera la de Alsogaray, que resultaba superfluo someter el asunto a control de Asuntos Legales, cuando esta misma División estaba a cargo de Daneri, precisamente el autor de los términos de referencia. Ahora bien, ésta precisamente ha sido una irregularidad.

Es que si bien Alsogaray señaló que, antes de suscribir una resolución, siempre daba intervención previa a Asuntos Legales, y así lo dice en el párrafo quinto de los considerandos, lo cierto es que este acto administrativo careció de dictamen legal previo, a contrario de lo que prescribe el art. 7 inc. "d" de la ley 19.549, tal como también ya se sostuvo al describir el hecho.

Ha señalado bien la señora Fiscal de Juicio que el coimputado Daneri, de alguna manera, actuaba como "juez" y "parte" en este tema. Es decir que, por un lado, proyectaba el pliego y, por el otro, a su vez, ejercía el aparente control de legalidad.

Demás está decir que esa extralimitación de

funciones fue autorizada por Alsogaray, ya que incluso en su declaración indagatoria brindada en el debate, dijo que si venía el expediente firmado por Daneri, pese a no ser un dictamen jurídico, le daba tranquilidad porque el legajo "*...venía estudiado...*".

También Alsogaray ha sido responsable de haber omitido darle intervención acerca de lo actuado a la SIGEN. Es que, por más que este organismo de control, tuviera funcionarios dentro de ENTEL en liquidación, su intervención no era oficiosa, sino que le debía ser conferida eventualmente por el ente a controlar -tal como acertadamente lo señalara la Dra. Namer- lo cual no ocurrió, no sólo previo a esta resolución sino tampoco en el resto del expediente. Es cierto que se dio intervención a la Subsecretaría de Normalización Patrimonial, pero no se trataba esa dependencia de un órgano de control, ni sus dictámenes eran vinculantes para el organismo solicitante, tal como lo dijera el ex subsecretario Rubén Poncio al prestar testimonio en el debate.

Considero que no era cuestión de dar intervención a cualquier organismo, sino a los especializados y legalmente facultados para ello. La actividad administrativa se encuentra reglada y no sujeta a semejante discrecionalidad.

Pero además de ello, sobre el fondo de la contratación, Alsogaray hizo referencia a que los bienes que "*...no tenían fierros...*" no se transferían a las empresas que habían ganado la licitación por la privatización de ENTEL, es decir Telefónica de Argentina, y Telecom Argentina, sino que pertenecían a ENTEL residual.

Ya sobre este tema se ha expedido tanto la Procuración del Tesoro de la Nación como la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal.

La primera señaló que, al menos analizando los Capítulos VII y VIII del Contrato de Transferencia de ENTEL surgía la posibilidad cierta de que los derechos sobre los rezagos de material hubieran sido transferidos a las licenciatarias del servicio y no siguieran bajo la titularidad de ENTEL residual, lo cual tuvo corroboración judicial en el fallo referido al describir el hecho.

No obstante ello, asumiendo que la voluntad de

Alsogaray hubiera estado dirigida hacia la liquidación de las cuentas con los ex contratistas de ENTEL, eso que estaba plasmado en lo que ella en su declaración indagatoria en esta sede describiera como "...una libreta de almacenero...", lo cierto es que ello de ninguna manera se compadecía con la finalidad de un ente en liquidación, el cual -por definición- tenía como objetivo el cese de la ex empresa estatal y la reducción de sus gastos. No olvidemos que la política privatizadora de las empresas y sociedades del Estado durante aquel entonces tuvo, entre sus objetivos declamados, la reducción del gasto público. Por lo demás, según la propia Alsogaray, el Ministerio de Economía de la Nación de aquel entonces demandaba la necesidad de que no sobrevivieran entes residuales.

Entonces, si lo que desencadenó el procedimiento de esta contratación, más que un Plan de Acción como se proclama en la resolución 90/94 que se analiza, fue el descubrimiento casi fortuito de unas bobinas conteniendo cables telefónicos que estaban en poder de la firma Dycasa y debían ser devueltas a ENTEL, cómo se explica que, ante un panorama tan incierto, se llamara a concurso por montos importantes para contratar una consultora a efectos de localizar eventualmente algún tipo de documentación que serviría para recuperar casi mágicamente otro supuesto material de rezago que estaría en poder de ex contratistas de ENTEL.

Alsogaray en su declaración indagatoria remarcó la necesidad de no renunciar a recuperar los bienes del Estado pese a que no estaba asegurado el éxito de esa empresa. La defensa, a su vez, ha resaltado que las decisiones administrativas adoptadas fueron de naturaleza política no judicializable, es decir sujetas a criterios de oportunidad, mérito y conveniencia, reservadas a la discrecionalidad de la Administración Pública.

Sin embargo, debe señalarse, como primer abordaje del tema, que dichas decisiones administrativas pueden ser objetadas judicialmente si, como en este caso, han constituido el medio para cometer delitos penales. Debe tenerse en cuenta que, en este caso, Alsogaray administraba un patrimonio estatal, cuya incolumidad debía preservar. No se analiza si la contratación consistió en un "...buen o mal

negocio...", o si era *"...conveniente o necesario..."* -como dijo la Dra. Bissierier-, sino que el tema a decidir es si, a través de este convenio, se gestó un fraude en perjuicio del erario público, tal como se ha acreditado.

Ahora bien, el panorama descrito por la propia Alsogaray en su declaración indagatoria en el debate nos convence de la ilicitud de su conducta, cuando dijo que con el descubrimiento de las bobinas con cable de Dycasa se abría *"...un universo no cuantificable de igualdad de situaciones..."*, añadiendo que sobre el tema *"...no había mucha información..."*.

No resulta creíble que alguien como Alsogaray, que ya había estado a cargo de funciones públicas con anterioridad y con versación y estudios universitarios de ingeniera industrial, no pudiera determinar lo que la señora Fiscal de Juicio calificara acertadamente como la relación "costo-beneficio". En otras palabras: ¿Convenía a las arcas estatales a través de una empresa en liquidación, contratar una consultora para recuperar algún tipo de documentación que a su vez permitiera recuperar bienes aparentemente de la empresa que se hallaban en poder de terceros? ¿Por qué suponer que el casual hallazgo de bobinas con cable en poder de Dycasa se podía replicar en el caso de otras empresas sin tener documentación idónea para reclamar esos u otros bienes? E inclusive, si en el contrato de transferencia a las licenciatarias Telefónica y Telecom no habían sido expresamente asignados esos bienes y su eventual derecho sobre ellos a la ENTEL residual, ¿era lícito embarcar al Estado en semejante empresa, a todas luces fantasmiosa en cuanto a sus posibilidades de éxito?.

Es que hay algo elemental que tuvo en cuenta Alsogaray al momento de disponer el llamado a concurso: la eventualidad de recuperar algún material en poder de terceros ex contratistas de ENTEL, le daba a la contratación una fachada de aparente legalidad cuando en realidad no era sino el medio para distraer ilícitamente fondos estatales.

Alsogaray demostró en su indagatoria estar plenamente consustanciada de los pormenores del llamado a concurso, por lo cual las irregularidades del pliego que han sido destacadas al inicio de esta resolución, son plenamente reprochables a ella.

Poder Judicial de la Nación

En cuanto al tema de las consultoras convocadas, Alsogaray fue clara en su declaración indagatoria al señalar que era preferible que se pudiera contratar un consorcio contable-legal y de ingeniería que fuera solidariamente responsable, aunque con predominio del primer rubro. Ya se ha señalado en este mismo decisorio que la convocatoria a estudios contables efectuada no se hizo de acuerdo con la normativa vigente y que además tuvo la característica de estar claramente direccionada a favor de KPMG y de quien sería su socio en la UTE, el Dr. Jaime Fernández Madero.

Si bien dijo Alsogaray que similar proceder se había adoptado en el llamado a concurso formulado por Obras Sanitarias de la Nación, en liquidación, ya se hizo un análisis comparativo de ambos procedimientos -al describir el hecho-, del cual surgen notorias diferencias, todas ellas siempre en desmedro de la transparencia en la convocatoria efectuada por ENTEL e.l.

Explicó también Alsogaray por qué no se recurrió específicamente al concurso público para seleccionar al consultor, señalando que ello se debió a que se quería elegir a empresas de renombre. Es un argumento falaz ya que bien se detalló en los considerandos de este fallo cómo se podía cumplir con la normativa legal, y garantizar la transparencia de la contratación, así como también seleccionar una consultora adecuada para llevar a cabo la tarea.

Señaló además Alsogaray que las horas-hombre establecidas para la tarea y el precio de ellas no era muy atrayente aunque sí lo era el llamado honorario contingente (al que denominó "*...la zanahoria...*"), respecto del cual era lo que llamó "*...el incentivo mayor...*". No cabe duda de que este último, resultaba ciertamente desproporcionado para la contratación efectuada tal como lo apuntara acertadamente la señora Fiscal de Juicio.

También sostuvo la imputada que ENTEL en liquidación contaba en febrero del año 1995 con una previsión presupuestaria de \$1.000.000 en servicios no personales, que podía ser utilizada para esta contratación, acordando con Daneri que primero se iba a efectuar la mitad del trabajo y luego la otra parte. No cabe duda, a esta altura del análisis, que la existencia de esa partida presupuestaria,

que se encuentra documentada en el informe de fs. 156 del expediente de ENTEL sugestivamente dirigido a Daneri cuando éste ya se encontraba excusado del trámite de este concurso, fue decisiva para pergeñar el llamado a concurso, y contratar ilegalmente con la consultora.

Sin duda, como se dijo al describir el suceso, las cifras por las cuales fue contratada la consultora, incluida la prórroga del convenio, tuvieron relación con el monto de lo presupuestado. Inclusive ténganse en cuenta las aseveraciones de Alsogaray en su indagatoria en cuanto a que la previsión presupuestaria debía ser solicitada el año anterior al de su ejecución.

II) Resolución Nro.145/94 del 7 de noviembre de 1994 (fs.143 del expediente):

Ya se señaló que mediante esta decisión administrativa, la imputada María Julia Alsogaray precalificó la oferta presentada por KPMG y dispuso la apertura del sobre Nro. 2 el 14 de noviembre de 1994.

En esta resolución llama la atención que, pese a que en el dictamen previo de fs. 140/142 suscripto por Raggio, Cresta y Alí se aconsejaba su precalificación, se señalaba que el oferente no registraba "*...antecedentes en la recuperación de créditos y bienes que se encuentran en poder de terceros...*", así como también que carecía de "*...adecuado cronograma de tareas...*", se optó por contratar a esa consultora, o a la unión transitoria de empresas que integraba. Con lo cual si bien se preseleccionaba aparentemente a una consultora de primer nivel, y -al decir de Alsogaray- se soslayaban ciertas normas de las contrataciones públicas en miras a tales propósitos, los propios asesores de la liquidadora en el dictamen antedicho, ponían ciertamente en duda sus calidades y aptitudes específicas para la tarea concreta a llevar a cabo. Una vez más se demuestra como se dirigió la contratación, rumbo que fue propiciado por Alsogaray al suscribir esta resolución.

La alusión al oferente Torrent Auditores en la resolución nos lleva al tema de la evidente falta de transparencia en la selección del cocontratante, que fuera ya referida en otros considerandos de la resolución.

Ello desmiente la aseveración de la imputada

Poder Judicial de la Nación

Alsogaray en cuanto a que no le llamó la atención que Torrent no presentara oferta, añadiendo que la existencia de una sola no era raro ni descalificatorio, por cuanto no se estaba frente a un gran negocio.

Sin embargo, la orientación de la adjudicación hacia KPMG y el abogado Jaime Fernández Madero, allegado a Daneri, surge claramente.

Otra circunstancia irregular que surge del dictamen de fs. 140/142 que precede esta resolución firmada por Alsogaray es la excusación del coimputado Gustavo Daneri, en su carácter de coordinador general de ENTEL en liquidación, de *"...intervenir en la presente..."*, *"...en razón de la relación que lo vincula con uno de los integrantes de la oferente, Dr. Jaime Fernández Madero..."*.

Es que tal excusación aparece desprovista de concretos fundamentos, y además tiene estrecha vinculación con la imprevista aparición del Dr. Jaime Fernández Madero como socio de la UTE precalificada, el cual inclusive lo hizo en forma solitaria y no como integrante del estudio jurídico entonces denominado "Basílico, Fernández Madero y Duggan", lo que surge del contrato social de la UTE incorporado al debate.

III) Resolución Nro.16/95 de ENTEL en liquidación del 22 de febrero de 1995 (fs.157/158):

Mediante este acto administrativo la imputada Alsogaray adjudicó el contrato referido al consorcio consultor KPMG-Jaime Fernandez Madero-Copiga S.A., aprobó el proyecto de contrato adjunto -que obra a fs. 177/185- y delegó en el Coordinador General -Daneri- y en el Gerente de Contabilidad y Finanzas, la firma de la orden de trabajo respectiva, lo que se aprecia a fs. 187 -de fecha 7 de marzo de 1995-. Nuevamente resulta irregular que Daneri, quien ya se había excusado de intervenir en esta contratación, fuera justamente uno de aquellos a los que Alsogaray le encargara la suscripción de la orden de trabajo. Asimismo, dicho alejamiento no podía ser desconocido por la imputada, teniendo en cuenta la jerarquía de Daneri en el ente y la naturaleza de las funciones que la misma Alsogaray le encomendaba.

Oportunamente se señaló en este fallo que esta

resolución tuvo como antecedente tres dictámenes previos, entre ellos el de fs. 152 suscripto por Gustavo Cresta y Héctor Raggio, donde se hacía referencia a que los valores cotizados por la consultora -37\$ por cada una de las 13.200 horas de trabajo y 18% de remuneración sobre el recupero, más IVA- *"...se ajustan razonablemente a los de plaza..."*.

Ahora bien, ni en ese dictamen ni en la resolución posterior suscripta por Alsogaray, donde se repite la fórmula *"...se adecúan razonablemente a los de plaza..."*, se señaló a quien se consultó o qué elementos de juicio objetivos se tuvieron a la vista para llegar a esa conclusión respecto del precio.

Al respecto, Alsogaray señaló en su declaración indagatoria que se consultó informalmente con la SIGEN aunque no se hizo constar porque dicho órgano no daba esa información oficialmente, pero que de todas maneras el valor fue menor porque la SIGEN pagaba por entonces 56\$ la hora. No parece razonable que no se expresaran los parámetros tenidos en cuenta para avalar la cifra ofrecida por el consorcio precalificado, máxime cuando de ello dependía una importante erogación por parte del Estado Nacional.

En cuanto al porcentaje de remuneración contingente, dijo Alsogaray que fue evaluado con el coimputado Daneri, con lo cual se perfila otra irregularidad: si se había hablado del 18% con Daneri después del ofrecimiento por parte del consorcio precalificado, evidentemente queda en claro que Daneri, pese a su declamada marginación de la contratación, seguía íntimamente vinculado a ello, lo cual refuerza la acreditación de su interés en la misma para favorecer a KPMG y a Fernández Madero y las ilícitas miras de la imputada en el mismo sentido.

Por el contrario, si esta conversación tuvo lugar antes de la apertura de las ofertas, también resulta diáfano que el tema no estuvo ajeno a la vinculación Daneri-Fernández Madero, es decir que la cifra del 18% por la remuneración contingente ya estaba acordada previamente entre los imputados por su posición

en ENTEL y el consorcio luego adjudicatario.

Para que no queden dudas inclusive Alsogaray en su declaración indagatoria dijo que su experiencia con el "...*success fee*..." (remuneración de éxito) fue que era más alta que en otros casos que tuvo de privatizaciones, y que se puso ese porcentaje (la "...*zanahoria*...") porque era "...*poco atractivo el trabajo*...", no recordando por qué Daneri le proporcionó la cifra de 18%, aunque añadió que se preveía que iba a ser un trabajo grande.

En el Contrato de Consultoría entre ENTEL en liquidación y la Ute KPMG, Fernández Madero, Copiga S.A., de fs.177/185, de fecha 24 de febrero de 1995, Alsogaray reconoció su firma como la obrante a fs. 185 vuelta

IV) Resolución 73/95 del 25 de julio de 1995 (fs.238/240):

Mediante esta resolución, Alsogaray aprobó el plan de trabajos definitivos de la UTE adjudicataria del contrato y a su vez propuso a la consultora la prórroga del plazo contractual originalmente previsto a un lapso de 360 días corridos o 26400 horas/hombre, lo que ocurriera primero.

En los considerandos de la resolución, sostuvo la imputada que ello resultaba necesario por las horas "...*realmente insumidas y las que serán necesarias para culminar la tarea encomendada*...", invocándose la cláusula cuarta del contrato y la existencia de una previsión presupuestaria de \$1.000.000.

María Julia Alsogaray señaló en su declaración indagatoria que esta situación ya había sido conversada con Daneri: o sea la posibilidad de la prórroga.

Ahora bien, esta prórroga lisa y llanamente constituyó una variación trascendente respecto del pliego original ya que no solamente se ampliaba el término inicialmente establecido de 180 días corridos, sino también el precio.

Téngase en cuenta además que esta prolongación del plazo contractual se decidió luego de transcurrido un poco más de cuatro meses de emitida la orden de

trabajo sin que se especificara en la resolución o en el dictamen previo de fs.235/237 suscripto por Alí y Cresta, qué tareas concretas se habían cumplido, qué objetivos se habían alcanzado o, en definitiva, por qué se necesitaban seis meses más de tareas. Menos aún se precisó cuántas horas/hombre se llevaban cumplidas hasta ese momento.

La propia Alsogaray refirió en la declaración indagatoria que recibió información somera de Daneri acerca del estado de los trabajos -más allá, nuevamente, de que aquél no podía intervenir por su excusación previa y es una nueva señal del ilícito obrar de consuno de ambos-. Pero nada de ello consta en la resolución que firmó, la cual implicó una nueva distracción de fondos públicos en perjuicio del Estado Nacional.

Pero todas estas conjeturas no hacen sino corroborar lo que ya había dicho Alsogaray en su indagatoria: que ya desde un comienzo estaba planeada esta prórroga, la cual -vale agregar- no había sido solicitada previamente por la consultora sino que fue decidida de oficio por ENTEL en liquidación con fundamentos por demás insuficientes, máxime cuando se trataba de una erogación que duplicaba el monto original de la contratación.

Vuelve entonces a destacarse cómo lo relevante para seguir adelante con esta forma leonina de contratación para el Estado, era la existencia de la suma de \$1.000.000 de previsión presupuestaria, más allá de la necesidad o justificación real para ampliar el gasto.

V) Resolución Nro.104/95 del 20 de noviembre de 1995 (fs.251/255):

En este acto administrativo la imputada María Julia Alsogaray aceptó la ampliación de los servicios contratados hasta un 20% del total, según lo previsto en la cláusula sexta, primer párrafo, del contrato suscripto entre la UTE y ENTEL en liquidación (fs. 181 vta. del expediente), por un total de 5250 horas/hombre.

En los considerandos de la resolución, Alsogaray manifestó que se había obtenido cierta

documentación en virtud de la labor efectuada por la consultora y por lo tanto cabía "...la posibilidad de que existan créditos a favor de ENTEL e.l. contra sus ex contratistas, por incumplimiento de las obligaciones citadas...", por lo cual se consideraba necesario reclamar judicialmente tales acreencias, mediante la producción de diligencias preliminares.

Tal como se sostuvo en los considerandos referidos a la descripción del hecho, nada se dijo en esa resolución acerca del tipo de avances concretos que tuvieron los trabajos, ni por qué las medidas preliminares podían ser decisivas para garantizar el éxito de lo que procuraba la contratación como tampoco sobre que documentación se había fundado la duplicación.

Al prestar declaración indagatoria sobre este punto, Alsogaray señaló que Daneri le trajo esta resolución para la firma. Una vez más, se aprecia cómo aquélla permitió que Daneri siguiera interviniendo en el tema de esta contratación más allá de su aparente excusación derivada de su vínculo con la UTE, a la que precisamente se le seguía ilegalmente abonando sumas de dinero.

Sobre la ampliación de esta contratación, Alsogaray también expresó que ella confió en lo que dijo la autoridad de control -aunque en realidad la SIGEN no intervino allí- y en que no tuvo observaciones de "...legales..." de ENTEL, confiando en los que sabían del tema. Y a modo de conclusión, sostuvo que si no hubiera procedido así, la acusarían de no haber hecho nada.

Ahora bien, yendo a las consecuencias de esta resolución, téngase en cuenta que aunque se pagó lo antes señalado a la UTE contratante, lo cierto es que las medidas preliminares no prosperaron en el ámbito judicial porque no se contó con fondos para anticipar a los peritos por su labor.

Queda entonces de manifiesto, una vez más, una nueva disposición patrimonial perjudicial para el Estado efectuada por Alsogaray, ya que en lugar de que esos fondos fueran destinados al aparente fin para el que lo estaban, ni la UTE ni ENTEL se hicieron cargo del pago

del anticipo de gastos a los peritos designados en los pedidos de diligencias preliminares efectuados judicialmente.

Esto, sin perjuicio de reiterar la innecesariedad de efectuar una nueva erogación cuando ya el contrato original preveía ésta, tal como fuera señalado en los considerandos respectivos.

VI) Resolución 164/96 del 21 de noviembre de 1996 (fs.275/278):

En esta decisión administrativa Alsogaray resolvió disponer el inicio de las demandas judiciales tendientes a obtener el recupero de los créditos que tenía la empresa ENTEL e.l. contra los ex contratistas y sociedades licenciatarias, encargándose su preparación a Jaime Fernández Madero como integrante de la UTE, así como también su continuación y tramitación hasta el final de los procesos.

Ahora bien, en los considerandos de la resolución, se hizo referencia a que "*...por conocidas razones inherentes al proceso de liquidación sufrido por esta Empresa, las diligencias preliminares no pudieron llevarse a cabo...*" y entonces se adoptó la decisión de deducir las acciones judiciales por entender que era la solución más idónea y eficaz.

También destacó en esa resolución Alsogaray que era muy clara la auditoría en cuanto a lo que se reclamaba, resultando "*...únicamente...*" incierta su cuantía.

Ahora bien, evidentemente la decisión de iniciar demandas judiciales contando con tan escasos elementos de prueba para sustentarlas fue también una resolución gravosa para los intereses que Alsogaray debía resguardar.

Resulta elemental y del más primario sentido común en cualquier persona física o jurídica que decide promover una acción judicial, la de evaluar los riesgos de afrontarlo, ante la posibilidad de perder el juicio y tener que abonar las costas. Mas aun en este caso cuando el patrimonio que estaba administrando Alsogaray era el de un tercero: concretamente el de un ente estatal en

Poder Judicial de la Nación

liquidación, por lo cual las consecuencias de la radicación de tales demandas judiciales -más de veinte- debían ser evaluadas con mayor rigurosidad aún y además, como se ha dicho, cuando se ignoraba alegremente si se podía allegar algún numerario a las exangües faltriqueras del Estado Nacional.

Por ello, frente a algo tan evidente como la circunstancia -explicitada en la resolución que se analiza- que no podía evaluarse el monto por el cual se accionaba, requisito exigido por el art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que resultara factible ni mínimamente esperable obtener dicha información precisamente de la contraparte demandada, resulta poco verosímil suponer que Alsogaray adoptara tal decisión sin representarse con claridad el perjuicio que ocasionaría al Estado.

Pero falta el "non plus ultra"; la propia Alsogaray expresó estas consideraciones en la nota fotocopiada de fecha 17 de octubre de 1997 dirigida al Subsecretario de Normalización Patrimonial del Ministerio de Economía de la Nación, reconocida por ella en la audiencia de debate, que luce a fs. 47/54 de las actuaciones aportadas por la defensa de Daneri, reservadas en Secretaría, cuando sostuvo con respecto a los juicios entablados para recuperar el material de rezago que: *"...de haberse actuado en forma inmediata, grave daño se hubiera causado a los intereses que precisamente se intentan resguardar, ya que difícilmente se hubiera podido encuadrar las pretensiones, los hechos, el marco normativo y demás con la profundidad y claridad con que se ha realizado. En este aspecto, debe destacarse que la prudencia y la seriedad en el manejo de la res pública, las más de las veces no va acompañada de la celeridad..."*.

Dijo la imputada en su declaración indagatoria que para este tema fue asesorada por Alí y que prefirió seguir el curso de acción original, acotando que había obligación de hacerlo aun con mínimas posibilidades de éxito.

Este es un argumento falaz. Cualquiera que

administra un patrimonio ajeno, reitero una vez más, y decide entablar una acción judicial, debe hacer un estricto análisis del "costo-beneficio". Si Alsogaray hubiera justificabo razonablemente su inacción frente a la magra prueba reunida de los posibles reclamos a efectuar a los ex contratistas, su accionar no habría podido serle reprochado.

Pero al obrar en forma contraria, haciendo creer que esa proactividad era favorable a los intereses del Estado, no ha sino agravado el perjuicio ya existente derivado de la irregular contratación, por cuanto no se ha ganado ninguno de los más de veinte juicios iniciados luego de litigar por casi veinte años, con el agravante de que el Estado ha sido condenado en costas en diversos expedientes y que en algunos de los procesos se rechazó la demanda, tal como ha sido analizado.

VII) Resolución Nro.2/97 de fecha 9 de enero de 1997 (fs.290/292):

Mediante este acto administrativo, la imputada María Julia Alsogaray dispuso contratar al ingeniero Herman Goldenberg, y a los contadores públicos nacionales Mario Wainstein y Javier Piazza como consultores técnicos -en los términos del art. 458 del C.P.C.C.- en los procesos judiciales promovidos para obtener el recupero de los créditos de la empresa ENTEL contra varios ex contratistas iniciados el 30 y 31 de diciembre de 1996. Al respecto, señaló que los nombrados eran idóneos para tal función, y que se justificaba su contratación directa en virtud de lo prescripto por el art. 56 inc.3ro. apartados a), d) y F) de la ley de contabilidad.

Ahora bien, varias son las irregularidades que surgen de esta última contratación. En primer lugar que aparece una notoria duplicación de gastos, ya que, conforme se expresara anteriormente, el contrato original ya contemplaba este tipo de erogaciones, a diferencia de lo que sostuvo Alsogaray en su declaración indagatoria.

Por lo demás, como ya se señaló, de la

compulsa de los expedientes judiciales no surge que los consultores en cuestión hubieran llevado a cabo algún tipo de peritaje. Si bien el perito Goldemberg dijo haber efectuado una pericia, lo cierto que esto no se ha constatado.

Se recurrió además al mecanismo de una contratación directa, cuando amén de no corresponder, como ya se dijo, tampoco surge de las actuaciones administrativas, cuáles fueron los elementos tenidos en cuenta para seleccionar estos profesionales, aunque luego, al ser interrogados en la audiencia de debate, se pudo determinar que, al menos Goldemberg tenía vinculación con Fernández Madero, y Piazza, con la propia Alsogaray, de quien dijo haber sido su contador y el de su familia.

Concretamente la contratación fue irregular y absolutamente innecesaria, y ambos profesionales dijeron haber cobrado del Estado sendas sumas de dinero por tareas que no efectuaron. Queda clara entonces la responsabilidad que le cabe a Alsogaray por esta contratación que desvió dinero público sin justificación alguna, con el agravante de que uno de los consultores designados -Piazza- era un profesional que trabajaba con la imputada y su familia, previa y contemporáneamente al convenio con la Ute, más allá de la negativa -poco convincente- de Alsogaray de no haber sido ella quien lo recomendara en una contratación directa sin publicidad alguna e inclusive frente a los dichos en contrario del propio Piazza.

En su declaración indagatoria prestada en el debate, Alsogaray ensayó una justificación para esta contratación, diciendo que se los hizo trabajar en la selección de información que fuera útil para las demandas durante seis meses, quedando a disposición si fuera necesario para temas legales, acotando que no sabía si actuaron en sede judicial.

Pero también queda desvirtuada esta explicación, porque la resolución que ella misma firmó decía otra cosa: que sólo actuarían en el ámbito judicial. Y por otra parte ¿no era que la selección de

la información ya había sido hecha en ocasión del informe definitivo de la consultora a fines de 1995? Por qué el Estado nuevamente debía afrontar gastos para presuntamente recuperar algunos bienes en poder de terceros en un tarea que se presentaba a esta altura tan dificultosa?.

También Alsogaray señaló que si mediante la promoción de acciones legales se hubiera cometido algún acto contrario a la ética se lo habría reprochado la Auditoría General de la Nación, la que por el contrario le dijo que debían ir más rápido. Al respecto, cabe remitirse a lo señalado al analizar el contenido de las resoluciones 49/04 y 36/98 de la AGN, que precisamente no llevan agua al molino de la causante, al menos no con el caudal pretendido, porque allí la AGN desliza críticas a la mora del ente estatal y su ineficacia.

Con respecto al tema de la contratación de los consultores técnicos, ha hecho hincapié la defensa de Alsogaray en que la crítica se ha centrado en la vinculación profesional de Piazza con ella, cuando desde ese punto de vista, no estaba prohibida legalmente esa contratación. Sin embargo, debe responderse a ello que, si se hizo referencia al vínculo Alsogaray-Piazza, fue porque se tuvo noticia de ello recién a partir de la declaración de este último en el debate y debido a que esa relación permitió -en mayor medida aún- acreditar la relación de la imputada con la conducta reprochada, al contratar directamente a su propio contador para efectuar una tarea para la Administración Pública que nunca se llevó a cabo, mediante la disposición de una suma importante de fondos estatales cuya administración estaba a su cargo.

Por lo expuesto, he de manifestar que la conducta desplegada por María Julia Alsogaray reúne los extremos objetivos y subjetivos exigidos por la figura de análisis, la cual será desarrollada en el acápite correspondiente.

En definitiva, por todos los argumentos desarrollados tanto aquí como al describir el hecho imputado, entiendo que María Julia Alsogaray es

responsable penalmente en calidad de coautora de su comisión al haber otorgado los actos administrativos de disposición patrimonial ya referidos que permitieron consumar la maniobra defraudatoria en perjuicio del Estado Nacional.

b) Responsabilidad Penal de Gustavo Víctor Daneri:

Con relación a Gustavo Víctor Daneri, considero que se encuentra plenamente acreditada su responsabilidad penal en carácter de coautor material del hecho que fuera descrito en el punto III.

En primer lugar, se encuentra verificado que al momento del hecho el nombrado se desempeñó en un primer momento como Gerente de Asuntos Legales y luego como Coordinador General de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en liquidación (cfr. documentación aportada por su defensa e incorporada por lectura que fuera identificada como "*prueba documental anexo a)*" y "*prueba documental anexo b)*"-.

Asimismo, esto surge de su propia declaración indagatoria prestada en el debate, donde el encausado expresó que había asumido la función de Gerente de Asuntos Legales de ENTEL e.l. el día 1º de diciembre de 1992, manteniéndose en funciones en el mismo cargo hasta el mes de agosto de 1994 cuando fue designado Coordinador General de la misma empresa hasta ser dejado cesante el día 31 de diciembre de 1995. A su vez, en aquella ocasión expresó que había asumido dicha función a propuesta de "*...un secretario de María Julia Alsogaray de nombre Alejandro Videla...*" y que dentro de sus tareas se encontraban las del ordenamiento metódico de las tres gerencias que poseía ENTEL e.l., dando el "*...marco de necesidad necesario para que pudiera actuar la liquidadora...*", aclarando que "*...era una especie de Secretario General...*" de la empresa en liquidación.

En el mismo sentido, han declarado en el debate los testigos Gustavo Pascual Cresta y Jorge Eleazar González, quienes expresaron, entre otras cosas, que había una relación de "*...superioridad...*" y "*...jerarquía...*" entre las restantes gerencias y el Coordinador General Daneri.

Habiendo ubicado funcionalmente a Gustavo Víctor Daneri y a fin de lograr una mejor comprensión de la atribución de responsabilidad por el hecho que se le imputa, resulta menester acudir a los principales elementos de prueba de carácter documental que nos permiten reconstruir cual fue la concreta intervención que tuvo en la contratación ilegítima objeto de estudio.

Pues bien, enumeraré a continuación la participación concreta que tuvo el imputado en la tramitación del expediente N° 8.257/93-ENTEL:

- a) En su carácter de Gerente de Asuntos Legales de ENTEL e.l. ideó y elaboró el pliego de bases y condiciones -ver fs. 1/43- a fin de contratar en forma directa por invitación un asesoramiento externo para proceder a llevar a cabo las tareas de certificación y liquidación final de cierre de los contratos de obra pública donde ENTEL e.l. hubiera actuado en calidad de comitente; elevándolo a la funcionaria Liquidadora mediante nota de fecha 6 de diciembre de 1993 -ver fs. 67-.
- b) Luego de ello y recepcionadas algunas de las sugerencias emitidas por la Subsecretaría de Normalización Patrimonial, el nombrado elevó - esta vez ya como Coordinador General de ENTEL e.l.- a la funcionaria liquidadora mediante nota del mes de septiembre de 1994 -ver fs. 72-, toda la documentación correspondiente al concurso más el modelo de carta de invitación a ser enviado a las tres firmas por él seleccionadas para participar, junto con el proyecto de la resolución 90/94 (inicialado por Daneri) mediante la cual se llamó a concurso para la contratación de un consultor en los términos ya referidos en esta sentencia -ver fs. 73/76, 77/119, 120/121 y 122-.
- c) Aprobado el pliego y dispuesto el llamado a concurso por la Liquidadora mediante la firma de la resolución 90/94, remitió las invitaciones a las tres firmas seleccionadas -Henry Martin y

Asociados, Estudio Torrent Auditores y KPMG- con fecha 6 de octubre de 1994 -ver fs. 123/124, 125/126 y 127/128-.

- d) A continuación y ante un pedido de aclaratoria formulado por la firma KPMG en relación al pliego de bases y condiciones, redactó la circular N° 1 con fecha 21 de octubre de 1994 que especificó que en caso de iniciarse acciones judiciales para el recupero efectivo de los bienes y/o créditos, se apelaría a la asistencia de profesionales de la consultora que resulte contratada, entendiéndose que dicha actividad se encontraba comprendida dentro del apartado "alcance de tareas" y que no merecía retribución adicional de ninguna naturaleza. Dicha Circular fue comunicada a todas las consultoras invitadas -cf. fs. 130/132-.
- e) Asimismo, redactó y firmó la nota de fecha 24 de octubre de 1994, en la cual rechazó el pedido de prórroga solicitado por el Estudio Torrent Auditores a fs. 134. Asimismo, en la misma misiva contestó, ante un pedido formulado por la firma KPMG que *"...se hace notar que en la carta de invitación se informó que ENTEL (e.l.) no se encontraba en condiciones de asegurar a ciencia cierta el volumen de trabajo que la tarea en cuestión habrá de insumir, por lo que su estimación será responsabilidad de sus oferentes. La totalidad de la documentación que tiene directa relación con la tarea de consultoría a contratar se encuentra en los depósitos de esta empresa en liquidación, que los señores proponentes deben visitar. Se aclara que tales pautas fueron adoptadas en virtud de la falta de sistematización de los correspondientes archivos y de la inexistencia de registros metodológicamente confeccionados..."* -ver fs. 135/137-.
- f) Por otro lado, con fecha 7 de noviembre de 1994, ante la recepción de la propuesta efectuada por

la Unidad Transitoria de Empresas conformada por KPMG, Jaime Fernández Madero y Copiga, se excusó de intervenir *"...en razón de la relación que lo vincula con uno de los integrantes de la oferente, Dr. Jaime Fernández Madero..."* -ver fs. 140/142-.

- g) Finalmente, su última intervención formal en el expediente donde consta su firma es en la nota de fecha 7 de marzo de 1995 dirigida a la firma KPMG en donde se emitió la correspondiente orden de trabajo a partir de la cual comenzó a computarse el respectivo plazo contractual -ver fs. 187-.

Si bien lo expuesto hasta aquí ha permitido entender la importancia de la actuación de Daneri en la época en que se produjo el hecho objeto de este juicio -distando de ser *"...una muy limitada y escasa intervención..."* conforme reseñara su defensa-, es necesario recordar algunos de los dichos del imputado al momento de deponer en el debate a tenor de lo normado en el art. 294 del C.P.P.N.

A tal fin, en aquella oportunidad expresó que en virtud del desorden que había en ENTEL e.l. a nivel administrativo y contable, aconsejó a la Liquidadora contratar asesoramiento externo para proceder a la liquidación final de cierre de cuentas de la empresa, elaborando a tal fin el pliego de bases y condiciones que se encuentra agregado al expediente N° 8.257, del que se hacía *"...responsable..."*.

Luego de hacer diversas consideraciones sobre los distintos regímenes legales que consideró aplicables al caso de estudio, agregó que las tres consultoras invitadas siempre estuvieron en igualdad de condiciones y que en ningún momento se les sugirió que se vincularan con algún estudio externo y mucho menos con uno en particular.

En cuanto a su relación con el abogado Jaime Fernández Madero, expresó que el estudio al cual pertenece y es socio fundador se encontraba vinculado al estudio "Basílico, Fernández Madero, Duggan" en la prestación de servicios profesionales al Ministerio de Economía de la Nación a través de la atención de dos mil juicios laborales

Poder Judicial de la Nación

desde el año 1992. En virtud de ello, indicó que se excusó de intervenir en el expediente 8.257 *"...en la apertura de los sobres..."*, cuando la firma KPMG presentó su propuesta conjuntamente con el abogado Fernández Madero. Asimismo, mencionó que su relación con el nombrado era *"...formal..."* y que éste tenía *"...una posición económica más elevada..."* que la suya.

Por otro lado, agregó que *"...con posterioridad no intervino nunca más..."* en el expediente N° 8.257 salvo cuando la Ingeniera Alsogaray le solicitó que expidiera *"...una orden de trabajo..."*, la cual firmó *"...sin dudarlo..."* por considerar que *"...no tenía que ver con razones de decoro y delicadeza y no hacía a la administración contractual..."*.

Asimismo, expresó que en su larga trayectoria había intervenido en *"...más de quinientos contratos administrativos..."*, habiendo elaborado de su puño y letra *"...no menos de cien pliegos..."*, considerando a su criterio que este era *"...un buen pliego..."* difícil de mejorar.

Por otro lado, refirió que el pliego de bases y condiciones objeto de esta investigación, mencionaba que solo podían hacerse pedidos de aclaraciones hasta cinco días antes de la apertura de ofertas y que la única firma que pidió aclaraciones fue la de KPMG, ya que *"...el estudio Torrent solo pidió prórroga del plazo vencido dicho término..."*. Asimismo, rechazó los dichos del testigo Carlomagno en cuanto a que no se podía *"...acceder a la documentación..."* que obraba en poder de ENTEL e.l.

Finalmente, preguntado en cuanto a si recordaba como se había hecho la asignación presupuestaria del contrato respondió que no era un tema que estuviera dentro de su *"...órbita..."*.

Pues bien, previo a dar respuesta a las alegaciones de la defensa, he de señalar que, respecto de los cuestionamientos relativos a la materialidad del hecho delictivo, el tema ya ha sido tratado extensamente en la parte pertinente de este decisorio, por lo cual abordaré únicamente las cuestiones novedosas que fueran introducidas por aquélla parte a fin de lograr una mejor comprensión de la atribución de responsabilidad por el hecho que se le imputa a Gustavo Víctor Daneri.

Dicho esto, surge claramente de lo hasta aquí expuesto que Daneri en su carácter de Gerente de Asuntos Legales y luego Coordinador General de ENTEL e.l. no actuó como un funcionario más dentro del proceso de adjudicación del contrato investigado en autos ya que él fue el encargado de abrir las actuaciones elevando a la entonces liquidadora el proyecto de pliego de condiciones para este contrato, de sugerir la instrumentación del mismo a través de un concurso por invitación, de escoger las tres empresas que serían invitadas a participar, de cursar las invitaciones a la firma, de aclararle a las empresas competidoras las dudas o consultas y de señalarles que en caso de iniciarse acciones judiciales para el recupero de bienes y/o créditos de ENTEL esa empresa en liquidación apelaría a la asistencia de profesionales de la consultora que fuera definitivamente contratada.

Interpretando todo lo narrado se llega a la conclusión de que el imputado Daneri tenía un interés particular en que la consultora KPMG resultara adjudicada y esto se evidencia por su relación con el Dr. Jaime Fernández Madero. En este sentido, resulta a todas luces llamativo que el ideólogo de los términos de referencia y eslabón fundamental en el inicio del expediente N° 8.257 se excusara sorpresivamente ante la llegada -también sorpresiva- del abogado en cuestión.

Siguiendo este orden de ideas, si bien a lo largo del debate no se pudo comprobar que la relación que unía a los nombrados fuera "...íntima..." tal como informara el testigo Pérez Vélez en su informe de auditoría legal, sí se pudo comprobar que entre ellos había una relación laboral de larga data y de suma importancia, anterior al contrato y con miles de juicios en común -la gran mayoría de ellos en trámite aún cuando Daneri se encontraba en funciones en ENTEL e.l. como expresara el nombrado en su indagatoria-.

Sumado a ello, ningún integrante de KPMG -incluido Pickenhayn y Pflaum- pudieron explicar como fue que el Dr. Fernández Madero se asoció con dicha firma. En tal sentido, cabe recordar que los testigos Gustavo Santomasi, Ricardo Enrique De Lellis y Gerardo Croissant, fueron contestes en el debate en que la empresa trabajaba "...permanentemente con

Poder Judicial de la Nación

estudios jurídicos...", no obstante lo cual ninguno recordó a Fernández Madero como uno de ellos.

En otro orden de ideas, en relación a lo manifestado por el Dr. De Núñez en cuanto a que la Sra. Fiscal le atribuyó "*...una actuación omnipresente...*" a su defendido "*...aún cuando ya no pertenecía más a ENTEL e.l...*", cabe recordar que con posterioridad a su excusación se probaron en el transcurso del debate intervenciones del nombrado en el expediente.

No escapa al suscripto que en su indagatoria el imputado dijo que una vez que se excusó no intervino más en el aspecto contractual, sino en lo que hacía sólo a cuestiones operativas en relación al cargo que detentaba como Coordinador General, aclarando que estaba al tanto "*...de lo que surgía del trabajo...*". No obstante ello, y a pesar de este intento de explicación ensayado por Daneri ha quedado por demás demostrado que siguió absolutamente vinculado al trámite del contrato, su ejecución y continuidad, siendo dicha excusación una mera ficción.

Ejemplo de ello, son: la nota de fecha 14 de febrero de 1995 obrante a fs. 156 del titular del Departamento de Presupuesto dirigida a Daneri en donde su firmante da respuesta a una solicitud efectuada en esa fecha por el Coordinador General en relación a la imputación presupuestaria del ejercicio 1995; el informe definitivo de la UTE de diciembre de 1995 -más de un año después de la excusación de Daneri- en donde se mencionan expresamente reuniones con el imputado frente a la posibilidad de iniciar diligencias preliminares (ver fs. 4, 12 y 13) y la orden de trabajo de fs. 187 que si bien la menciona Daneri y su defensa, jamás debería haber firmado el nombrado si estaba excusado.

A lo expuesto, restan agregar los dichos de su consorte de causa Pflaum quien expresó en su indagatoria que "*...siempre...*" hablaba con Daneri ya que era su "*...interlocutor principal...*" y la persona de normal contacto con la UTE - inclusive en la ejecución del contrato- participando en las reuniones de trabajo, y los de la coimputada Alsogaray quien refirió haber tenido contacto con Daneri con relación a este tema en varias ocasiones después de su excusación.

En el mismo sentido declaró en el debate la testigo María Eugenia García quien pese a recordar muy poco dado el transcurso del tiempo, en lo que aquí interesa, y mucho, si recordó haber mantenido reuniones con Daneri y conversar "...sobre temas legales..." con el nombrado.

Por todo lo expuesto, quedó demostrado a lo largo de todo el debate que la excusación de Daneri sólo consistió en un apartamiento formal del expediente, siguiendo en la práctica vinculado e interviniendo en la contratación y sus sucesivas prorrogas.

Sumado a ello y sólo a modo de mención cabe recordar que dos de las personas encargadas de controlar la tramitación del expediente una vez "apartado" Daneri eran Héctor Raggio -Jefe de la Unidad de Auditoría Interna- y Gustavo Pascual Cresta -Gerente de Asuntos Legales-, ambos designados en ENTEL e.l. a propuesta del imputado conforme manifestaran en sus respectivas testimoniales.

Por lo demás, en cuanto a las firmas apócrifas que obran en el expediente ENTEL que no se corresponden con las de puño y letra del imputado Daneri -conforme surge del informe pericial de fs. 4666/4686-, cabe señalar que aquéllas únicamente certifican originales -a excepción de la de fs. 245 que es un cargo de recepción- y no guardan relación con la responsabilidad penal que le cabe a Daneri por su intervención en el expediente N° 8.257. En tal sentido, las rúbricas que obran a fs. 67, 72, 73/76, 77/122, 123/124, 125/126, 127/128, 130/132, 135/137, 140/142 y 187 -que hacen al objeto procesal de la presente causa- fueron reconocidas por el propio imputado.

A todo lo expuesto, resta agregar que los motivos aducidos por Daneri a lo largo de todo el debate para justificar su actuación fundamentando su accionar en motivos de urgencia que no existían e informes de la Auditoría General de la Nación posteriores al primer proyecto de pliego -tal como fuera desarrollado extensamente en el acápite III-, me llevan a concluir que sus argumentos no son más que una estrategia de defensa cuyo fin ha sido el de justificar su deliberada intervención en el ejercicio de sus funciones como Coordinador General de ENTEL e.l. con el notorio fin de favorecer a la Unión Transitoria de Empresas conformada por

Poder Judicial de la Nación

KPMG, Copiga y el abogado Fernández Madero, en perjuicio de los intereses patrimoniales del Estado.

Finalmente, cabe hacer algunas consideraciones en torno a lo alegado por la defensa en cuanto a que la acusadora no había probado el dolo de la figura penal en estudio, agregando que Daneri solo había actuado "...en cumplimiento de un deber legal..." por lo que dicho accionar no puede ser ilícito (art. 34, inciso 4º, del C.P.).

Ahora bien, ya ha sido extensamente desarrollado al describir el hecho imputado, cómo precisamente el apartamiento de la ley fue la constante en la conducta de Daneri al proyectar la resolución que ordenaba el llamado a concurso y direccionarlo en favor de KPMG y Fernández Madero; amen de ser uno de los ideólogos de la gestación de esta ilegítima contratación que perjudicó al Estado Nacional.

Abocándonos al tipo subjetivo, corresponde tener presente que el dolo requerido por la figura es "directo" y consiste en el conocimiento de la titularidad, por parte de la administración pública, del patrimonio afectado por el fraude.

En tal sentido, cabe recordar que *"El autor debe obrar con el fin de procurar, para sí o para un tercero, un lucro indebido, o para causar daño. Tales direcciones del elemento subjetivo indican la exclusividad del dolo directo. No es admisible el eventual, ni siquiera cuando no se busca un lucro indebido, porque la acción tiene que ser emprendida con la voluntad expresa de dañar: no hay culpabilidad típica en la acción de quien la ha emprendido sabiendo que viola sus deberes y que de ella puede resultar daño, si no quiere expresamente causarlo."* (cfr. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Tomo 7, 1ra. edición, Hammurabi, Buenos Aires 2009, comentarios artículo 173, página 238)

Dicho ello, debo señalar que sobran elementos de juicio para atribuirle a Gustavo Víctor Daneri la finalidad de perjudicar el patrimonio del Estado Nacional mediante la conducta que se le reprocha.

El conocimiento de los elementos del tipo objetivo por parte de Daneri resulta innegable toda vez que -entre

otras cosas- elaboró los términos de referencia, excluyó a la SIGEN como organismo de control de la ejecución del contrato por la unidad de auditoría interna, y siguió participando aún cuando estaba excusado en la ejecución del contrato

Todo esto, da cuenta del particular interés y, en ese sentido, del conocimiento que tuvo Daneri de la irregularidad de la contratación objeto de autos.

No escapa al suscripto que el puesto de más alta jerarquía era ocupado aquí por la imputada María Julia Alsogaray como cabeza de ENTEL en su rol de Liquidadora, no obstante lo cual Daneri ocupó un papel preponderante pues desempeñaba el cargo de Coordinador General de la empresa en cuestión siendo responsable directo de la gestión por él realizada. En efecto, tuvo una activa y destacada participación en la maniobra investigada que quedó plasmada en documentos de ineludible valor probatorio como ya ha sido desarrollado en los párrafos precedentes.

Por lo tanto su actuar no obedeció a un conjunto de inexplicables actividades negligentes, sino a un accionar doloso que respondió a un plan de acción común tendiente a sustraer fondos públicos en perjuicio del Estado Nacional con conocimiento pleno de la ilicitud de su conducta en función del carácter de funcionario público que detentaba y con la voluntad de consumir el tipo penal aquí reprochado.

Asimismo, no puede ser minimizada la solvencia técnica demostrada por el imputado a lo largo del debate para abordar las cuestiones relativas al cargo que detentaba y los estudios de grado y posgrado que le permitieron conocer la temática objeto de estudio.

En base a las circunstancias valoradas, entendemos que Daneri tuvo el co-dominio del hecho que se le atribuye, actuando de forma dolosa, pues no se ha colectado elemento de convicción alguno que genere siquiera un mínimo margen de duda en cuanto a la sapiencia de la ilicitud de su accionar.

c) Responsabilidad Penal de Hernán Pflaum:

Se encuentra plenamente acreditada la responsabilidad penal de Hernán Pflaum en el hecho imputado como partícipe necesario del hecho consistente en la contratación fraudulenta efectuada por ENTEL en liquidación

Poder Judicial de la Nación

con la UTE compuesta por KPMG, Jaime Fernández Madero y Copiga S.A., que él integraba como representante de la consultora nombrada en primer término, como ya fuera descripto.

Pflaum tuvo un rol preponderante en la contratación de marras, ya que fue el socio de KPMG que tuvo participación en las diligencias previas a la adjudicación del contrato, así como también quien suscribió el contrato con ENTEL y participó en su ejecución. No hay elemento de juicio en el debate que desmienta su actuación. Por lo demás, Pflaum reconoció sus firmas en las notas obrantes a fs. 129, 133 y 282 del expediente 8.257 de ENTEL, así como también en las actas de recepción de propuestas de fs. 139 y 149, la de la oferta económica de fs. 148 y en el contrato de fs. 177/185, siempre de aquel legajo.

Muchos de los argumentos defensistas vertidos tanto por el imputado al prestar indagatoria en el debate como por su asistencia técnica en el alegato, han sido objeto de refutación al describir el hecho, por lo cual en este segmento de la resolución sólo abordaré aquello que no fue tratado anteriormente o que lo fue en forma sucinta.

Así, dando respuesta al Dr. Brady, he de señalar que el informe de la SIGEN, luego ratificado en la audiencia de debate por los testimonios de Pérez Vélez y Carcavallo, no es un "...compendio de subjetividades...", sino que está basado en el análisis objetivo del expediente de contratación y en el de la normativa vigente en ese entonces, conforme se ha explicitado al inicio de mi voto.

También ha quedado desmentido lo alegado por Pflaum y su defensa en cuanto a que la responsabilidad de aquél respecto de la contratación habría concluido con la suscripción del informe definitivo que propiciaba medidas preliminares en el ámbito judicial, ya que tanto la normativa que vinculaba internamente la vida de la unión transitoria de empresas como la que la relacionaba con ENTEL indicaban que tal atribución de responsabilidad continuaba aun durante la concreción de las acciones judiciales, tal como fuera explicado anteriormente al describir el hecho.

En este sentido, resulta hartamente reveladora de la participación de Pflaum en la última parte de ejecución del

contrato la nota que obra a fs. 282 del expediente de ENTEL, de fecha 4 de diciembre de 1996, con membrete de la UTE, en la que el propio imputado junto a Fernández Madero, anunciaron la excusación de KPMG de *"...participar a todos los efectos de las acciones relacionadas con la demanda contra Siemens S.A..."*.

Es que del texto de esa nota podemos inferir varias circunstancias:

- a) Que Pflaum sabía de la existencia de la resolución 164/96 de ENTEL en liquidación, de fecha 21 de noviembre de 1996 que encomendaba la promoción de acciones judiciales contra ex contratistas de ENTEL en liquidación.
- b) Nada se decía allí (ni en otro lugar del expediente) que KPMG no estuviera de acuerdo en promover dichas demandas, más allá de que Jaime Fernández Madero, por su especialidad en materia legal, fuera el encargado de presentarlas y prepararlas.
- c) Que hubo una reunión de integrantes de la UTE el día 28 de noviembre de 1996 -así se dice en la nota- donde se abordó el tema de Siemens y KPMG expresó su deseo de excusarse, por lo cual no puede señalarse que la UTE hubiera dejado de funcionar o algo parecido, como señalara Pflaum.
- d) Que la incompatibilidad de intereses entre KPMG Y Siemens, quedó patentizada con esta misiva, aspecto éste que fue ampliamente tratado al describir el hecho.

Por ello, la argumentación de la defensa de Pflaum en cuanto a que en esta etapa de la contratación *"...deja de haber informes de la UTE y todo queda a merced de Fernández Madero..."* es poco consistente. Es que si KPMG, a través del imputado Pflaum, integraba la UTE y ésta continuaba vigente, ¿de dónde puede deducirse que Fernández Madero actuaba solo? Es que además de la referida nota de fs. 282, debemos tener en cuenta que el abogado de mención había renunciado a percibir honorarios por su actuación en estos juicios,

Poder Judicial de la Nación

conforme se desprende de la nota presentada a fs. 281 del expediente administrativo.

Entonces queda claro que -más allá de la descalificación que merece la actuación de Fernández Madero en la etapa judicial-, lo cierto es que el citado letrado sólo pudo actuar en estos juicios, como patrocinante de ENTEL, en razón de ser integrante de la UTE contratante, y su especialista legal. Sin duda, esta etapa del convenio tenía un componente más jurídico que contable, pero ello no excusa a Pflaum por lo allí acontecido, por lo antes señalado.

También sostuvo la defensa de Pflaum que el problema de la "orientación" de la contratación "no es...del particular llamado por el Estado", sino de la Administración Pública. Esto no es cierto ya que en el caso se demostró, al describir el suceso, que tal anomalía estuvo claramente concertada con la UTE adjudicataria, por lo cual le son oponibles las ilicitudes cometidas por Alsogaray y Daneri como funcionarios públicos, si sucede -como en este hecho- que se acreditó la connivencia del cocontratante privado. En tal caso, resulta imputable penalmente Hernán Pflaum quien, como parte activa de la consultora, participó decisivamente en la contratación ilícita con el Estado, y además resultó beneficiario de parte del monto defraudado a ENTEL e.l, como socio de KPMG.

Acerca de la vinculación entre KPMG y Fernández Madero, el señalamiento de Pflaum en su indagatoria y del Dr. Brady en su alegato en cuanto a que se contrató al estudio que integraba y no a aquél en persona, ya ha sido rebatido al abordarse el tema durante la descripción del suceso, inclusive destacando que la prueba documental es clara en desmentir esa situación.

Resulta incluso llamativo que Pflaum dijera que a Fernández Madero no lo conocía personalmente antes de formar la UTE cuando luego iba a ser su socio; que Pickenhayn manifestara que decididamente nunca lo vio antes; y que inclusive el testigo Gerardo Croissant señalara que no era el estudio jurídico de Fernández Madero alguno de los que trabajaban con KPMG y que no recordaba quién lo había propuesto a aquél como socio de la UTE.

La remota vinculación existente entre KPMG y

Fernández Madero -sólo habrían compartido un tema de Bieckert en el pasado- no es sino un indicio relevante que demuestra la clara dirección que tuvo la contratación desde ENTEL en liquidación -a través de Daneri y Alsogaray-, hacia KPMG y Fernández Madero, desde el momento en que sí se acreditó la relación entre este último y Daneri, tal como se expusiera en otra parte de mi voto.

En cuanto a las labores efectuadas por la UTE referentes al relevamiento de la documentación en los depósitos de ENTEL existentes en las oficinas céntricas, Caballito y Ciudadela, al que aludiera Pflaum, no puede negarse que hayan existido, ya que los testigos Eduardo Ulzurrum y Gerardo Bianconi -de Copiga S.A.-, Gerardo Croissant, José Luis Castro, Carlos Mancini y Néstor García -de KPMG-, y María Alejandra Santurio y María Eugenia García -por el estudio Fernández Madero- han declarado acerca de los trabajos desarrollados en tal sentido, lo cual además está reflejado en el informe final de KPMG.

Ahora bien, lo cierto es que ninguna consecuencia beneficiosa para el erario público tuvo esa tarea. En efecto, ya se dijo que ningún juicio -después de dieciocho años- de los más de veinte que promovió ENTEL en liquidación tuvo éxito, salvo el acuerdo arribado en el expediente seguido contra Tecno Matter S.A.

Por eso, más allá del despliegue de personal de la UTE en los depósitos de ENTEL durante algunos meses, ya en el origen de la ilícita contratación se vislumbraba que resultaría virtualmente imposible recuperar algunos de los bienes o derechos que reclamaba el ente residual, hipótesis que se comprobó palmariamente durante su desarrollo: los dichos de Ulzurrum ya fueron analizados y se ven corroborados por el informe definitivo de la UTE. Es que, en definitiva, la recolección de datos fue tan magra que no se sabía cuánto había que reclamar a las ex contratistas ni sobre qué base fáctica.

Por lo demás, como he dicho, suponer que las diligencias preliminares podrían cubrir semejante vacío probatorio y que éste sería llenado por las eventuales demandadas no resulta creíble, y más bien aparece como una manera de seguir aparentando que "algo se hacía" para

beneficio de los intereses estatales, cuando en realidad la voluntad de los imputados -incluida la de Pflaum- estaba sólo dirigida a seguir perjudicando al erario público con inútiles erogaciones que lo único que en definitiva consiguieron fue reunir alguna documentación -incluida archivos informáticos- con los cuales se promovieron verdaderas aventuras judiciales con idéntico resultado perjudicial para el Estado Nacional.

Resulta por demás insólito que Pflaum señalara en su indagatoria que la perjudicada económicamente por la contratación había sido la UTE, pese a que admitió que el consorcio cobró todo lo que ENTEL se había comprometido a abonarle -sin perjuicio de los resultados desfavorables para la empresa en liquidación- y que inclusive no había sido un trabajo "...a pérdida..." para la consultora, como él mismo se encargó de señalarlo.

También resulta contradictorio que Pflaum señalara en su indagatoria que esta contratación con ENTEL "...no tenía significación para KPMG...", sino una importancia relativa y que tampoco le interesaba ENTEL e.l. como cliente. Todo esto es casi como decir que la consultora hizo un acto de filantropía hacia el ente en liquidación, pese a que la UTE se benefició en más de \$1.300.000 y en similar medida perjudicó a ENTEL en esa suma. Por lo demás, el testigo Gustavo Santomasi, gerente de KPMG y administrador de la UTE, al declarar en el debate dijo que el trabajo efectuado fue "...relevante por la cantidad de facturación y horas de trabajo...".

En suma, por todas estas consideraciones y las vertidas al describir el hecho imputado, considero que se encuentran acreditados los elementos del tipo objetivo y subjetivo de la conducta reprochada a Hernán Pflaum que ya fuera descripta, en carácter de partícipe necesario, y por ello debe ser responsabilizado penalmente.

V. SIGNIFICACION JURIDICA:

Considero que la conducta desplegada por los imputados reúne los extremos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo penal descripto en el artículo 173 inciso 7° en función del 174 inciso 5° del Código Penal de la Nación, esto es defraudación por administración fraudulenta en perjuicio

de una administración pública, el cual se habrá de atribuir a María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, bajo el carácter de coautores, y a Hernán Pflaum, en carácter de partícipe necesario (artículo 45 del Código Penal).

El artículo 173 inciso 7° del Código Penal castiga al que *"... por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos..."*.

Sobre tal cuestión, la doctrina tiene dicho que este tipo actual *"... antes que una defraudación por fraude es, principalmente, una defraudación por abuso de confianza, ya que no necesita el engaño para que se produzca el perjuicio, sino el abuso de los poderes que el autor ejerce en virtud de un acto anterior preexistente..."* (conf. Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre. "Derecho Penal. Parte Especial" T. 1. pág. 537. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2007).

En el debate ha quedado acreditado que los procesados perjudicaron los intereses del Estado Nacional al obligarlo abusivamente a deshacerse de millonarias sumas de dinero en favor de una unidad transitoria de empresas conformada por la consultora KPMG, COPIGA y el Dr. Jaime Fernández Madero, en virtud de una contratación a todas luces ilegal.

El tipo penal achacado se encuentra agravado por tratarse de un fraude contra la administración pública (inciso 5to. del artículo 174 del Código Penal) pues la disposición patrimonial en cuestión provino de los fondos públicos administrados por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en liquidación (ENTEL e.l.).

Sobre el particular cabe señalar que únicamente puede ser autor de este delito quien maneja, administra o custodia los bienes e intereses del Estado Nacional. De esta manera, y habida cuenta que el patrimonio del Estado había sido puesto mediante decisión del Poder Ejecutivo Nacional en cabeza de la imputada María Julia Alsogaray, en su carácter de Liquidadora de ENTEL e.l. y de Gustavo Víctor Daneri, en

Poder Judicial de la Nación

su carácter de Gerente de Legales y luego Coordinador General -que se encontraba en la misma situación específica que aquélla por su vinculación funcional con el ente en liquidación-, es que los nombrados deberán responder en carácter de coautores.

La doctrina sostiene que administrar un patrimonio ajeno implica "*...la facultad de gobernar y regir los bienes ajenos, ordenando los medios para su mejor conservación, empleo y ganancia...*" (Caamaño Iglesias Paiz, Cristina, "Administración fraudulenta" citada en Donna, Edgardo, Revista de Derecho Penal, T.2000-1, pág.269).

En esa inteligencia, debe señalarse que el más alto cargo de ENTEL en liquidación lo ejerció Alsogaray durante el tiempo de vigencia del contrato, por lo cual claramente aparece como sujeto activo de la conducta en análisis.

También lo es Gustavo Daneri toda vez que fue Gerente de Asuntos Legales y luego Coordinador General de la empresa de mención, teniendo bajo su dependencia, según él lo manifestara en su declaración indagatoria, tres gerencias: Asuntos Legales, Contabilidad y Finanzas y Administración. En suma, en el caso concreto de la contratación con la UTE, su alta jerarquía en la empresa implicó tener a su cargo el cuidado y la administración del ente estatal, y por ende ser coautor de la conducta reprochada, junto a Alsogaray, ya que él fue quien diseñó el convenio, eligió e invitó a los oferentes, aclaró a las empresas competidoras las dudas o consultas y les señaló que en caso de iniciarse acciones judiciales para el recupero de bienes y/o créditos de ENTEL esa empresa en liquidación apelaría a la asistencia de profesionales de la consultora que sea definitivamente contratada, tal como se señaló al analizar su responsabilidad penal

Para aplicar en la especie de los contratos públicos la manda legal del art. 59 de la ley 19.550 -texto según ley 22.903- de sociedades comerciales en cuanto a la obligación del administrador de "*...obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios...*", Colombo y Honisch sostienen que "*...la conducta esperable de quien tuviere a su cargo el manejo, administración o cuidado de fondos públicos es que contribuya a lograr el bien común y ella se valorará*

positivamente en la medida en que resulte idónea para maximizar esa finalidad; considerando si lo ha procurado también de manera eficiente (pero claro está, sin violentar las normas que regulan su actuación)..." (Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, "Delitos en las contrataciones Públicas", Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1ª. Edición, septiembre de 2012, pág. 193).

Evidentemente la conducta desplegada por Alsogaray y Daneri, al procurar un lucro indebido a la consultora cocontratante, se apartó notoriamente de la finalidad que su desempeño en la función pública requería, cuál era la de lograr el bien común a través de la gestión conforme los parámetros de legalidad que soslayaron con perjuicio para el patrimonio administrado.

También se ha sostenido doctrinariamente que *"...las acciones tienen que constituir una violación de los deberes del agente en sus funciones de manejo, administración o custodia..."* y que *"...los límites de esos deberes son los determinados por la ley..."*, pudiendo dichas violaciones concretarse *"...por medio de acciones no permitidas o ilícitas en su modo..."* (cfr. misma cita, pág. 538).

En esta inteligencia, a los imputados Alsogaray y Daneri, en su carácter de funcionarios públicos, les era exigible la realización de deberes, que bajo ningún punto de vista debían ser violados como sucedió ya que gestaron una contratación ilegal que perjudicó los intereses estatales, la cual se llevó a cabo mediante un procedimiento ideado por ellos que de manera alguna aseguró la transparencia, competencia y publicidad requerida por la normativa vigente, tal como se explicó al describir el hecho.

El resultado típico de la acción delictiva en el caso en análisis se verificó mediante el perjuicio a los intereses confiados. Ya se hizo referencia a su cuantía, así como también a las sucesivas acciones desplegadas por los imputados que perjudicaron el patrimonio estatal, al describir el hecho.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo penal atribuido a los imputados, debe señalarse que está acreditado que se procuró a un tercero un lucro indebido: concretamente a la UTE compuesta por KPMG, Copiga y Jaime Fernández Madero,

incluyéndose el caso de los consultores técnicos Goldenberg, Wainstein y Piazza, pues -como se señaló- tanto se trató de una contratación ilegítima en sus inicios, como durante su desarrollo y ejecución, y quedó acreditado que tanto la UTE como los consultores técnicos en cuestión cobraron indebidamente las sumas de dinero abonadas por ENTEL en liquidación.

Por otro lado, respecto del encausado Hernán Pflaum considero adecuado encuadrar su conducta en el carácter de partícipe necesario en los términos del artículo 45 del Código Penal de la Nación Argentina teniendo en cuenta que su colaboración resultó indispensable para la consumación del hecho. En tal sentido, no cabe duda que tuvo conocimiento del irregular procedimiento adoptado para la contratación e intervino tanto en su origen, como en su celebración y desarrollo así como en la concreción del resultado en carácter de socio fundador de la firma KPMG; siendo su aporte esencial para lograr la consumación del delito por parte de los funcionarios públicos Daneri y Alsogaray.

A los fines de acreditar el tipo subjetivo de la conducta en análisis, cabe remitirse a lo señalado al tratar la responsabilidad penal de cada uno de los imputados.

Resta destacar que no concurren circunstancias que indiquen la existencia de causas de justificación sobre la conducta desplegada por los imputados -descartada que fue la de cumplimiento de deber legal alegada por la defensa de Daneri-, así como tampoco de inculpabilidad o inimputabilidad que tornen lícito o irreprochable el hecho típico investigado.

Entonces, habiendo quedado acreditado el dolo directo requerido por el tipo penal en trato, es que considero que, a la luz de las constancias agregadas a la causa, corresponde encuadrar la conducta disvaliosa perpetrada por aquéllos en los términos indicados al comienzo del acápite.

VI. PAUTAS MENSURATIVAS DE LA PENA:

Corresponde en este acápite, dar tratamiento a la sanción penal aplicable a los imputados, mensurando el

"quantum" en base a las escalas establecidas para el tipo penal ya seleccionado.

Habida cuenta de las reglas fijadas en los artículos 40 y 41 del Código Penal de la Nación, el Suscripto entiende adecuado al caso, imponer a María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri las penas de cuatro años de prisión, inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos, inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, accesorias legales y el pago de las costas del proceso. Asimismo, en cuanto al imputado Hernán Pflaum, corresponde imponerle la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y el pago de las costas del proceso.

Hecho este introito, pasaré entonces a enumerar y valorar las circunstancias puntuales a ser tomadas en cuenta a los fines de la determinación de la sanción a imponer a los imputados antes nombrados respecto del hecho por el que fueran encontrados penalmente responsables.

a) Respecto de María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri:

A los fines de la graduación de la pena de prisión impuesta a María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, la cual excede el monto mínimo previsto por el legislador para el delito a éstos endilgado, he tenido en cuenta principalmente la modalidad de comisión del hecho ventilado, su naturaleza y el papel fundamental que aquéllos cumplieron.

En tal sentido, fue Gustavo Víctor Daneri en carácter de Gerente General de ENTEL y luego Coordinador General quien valiéndose del grado funcional con el que contaba dentro de ENTEL e.l., elaboró el proyecto de pliego de condiciones para el contrato de estudio y sugirió la instrumentación del contrato a través de un concurso por invitación con el fin de defraudar a la administración pública y favorecer a la UTE conformada por KPMG, Copiga y Jaime Fernández Madero, sabiendo que su accionar ilícito sería respaldado por la cabeza de ese organismo. Sumado a ello, no actuó como un funcionario más dentro del proceso ya que cursó las invitaciones a las firmas, aclaró a las empresas competidoras las dudas o consultas y finalmente

Poder Judicial de la Nación

dictó la circular N° 1; circunstancias ya tratadas al momento de analizar su responsabilidad penal.

En igual sentido, obró la imputada María Julia Alsogaray en su carácter de Liquidadora y máxima autoridad de ENTEL e.l. ya que a través de la resolución 90/94 autorizó, entre otras cosas, el llamado a concurso para la contratación de un consultor tomando como base el pliego elaborado por su consorte de causa Daneri, como así también a través de la resolución N° 16/95 resolvió adjudicar a la UTE conformada por los miembros de KPMG, Copiga y Fernández Madero el contrato investigado en autos, para finalmente mediante la resolución 164/96 dar la autorización para la iniciación de las demandas ante el fuero contencioso administrativo federal, provocando un perjuicio al Estado Nacional que se extiende hasta la fecha. Ello amén de su intervención en las resoluciones 145/94, 16/95, 73/95, 104/95, 164/96 y 2/97, a través de las cuales distrajo fondos públicos en beneficio de la UTE a través del contrato de consultoría ilegal.

En definitiva, los nombrados, mediante sus respectivas participaciones, tomaron parte en el indebido otorgamiento por parte del Estado Nacional a la UTE conformada por las empresas KPMG, Copiga y Fernández Madero, de una suma dineraria que supera el millón de pesos (más precisamente un millón trescientos cincuenta y siete mil ciento sesenta pesos -\$1.357.060-, más el Impuesto al Valor Agregado, la cual en virtud de la ley de convertibilidad vigente al momento de los hechos, equivalía a la misma cantidad en dólares estadounidenses), como así también permitieron que se entablaran demandas judiciales con perdidas millonarias para el Estado Nacional, generado un perjuicio económico considerable.

Sumado a ello, debe tenerse presente que nos hallamos ante un delito de suma gravedad institucional, pues el hecho reprochado a los incusos involucró a una importante empresa estatal, como así también a una consultora privada de renombre internacional como es KPMG. En este sentido, puede afirmarse que esta clase de delitos socavan los cimientos mismos del Estado de Derecho, y consecuentemente, la confianza de la comunidad toda, tanto en el plano nacional como internacional, y es justamente lo que nuestro país

tutela a través de la suscripción de diversas convenciones y tratados que rigen en materia de corrupción -concretamente en el caso el artículo VI apartado 1 "c" de la Convención Interamericana contra la corrupción (aprobada por la ley N° 24.759 y publicada en el Boletín Oficial el día 17 de enero de 1997).

En otro orden de ideas, también corresponde valorar como agravantes, además de las consecuencias de las acciones llevadas a cabo por María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, su situación socio-cultural, sus holgadas situaciones económicas, integrando éstos un segmento social de clase media-alta, el elevado nivel educacional alcanzado, puesto que contaban con estudios universitarios completos -en el caso de Daneri también de posgrado-, el entorno afectivo-filial que cada uno poseía, destacándose sobre dicho extremo que provenían de hogares constituidos normalmente, de los cuales recibieron apoyo y contención familiar, además, del hecho de que los nombrados habitaban viviendas amplias, con buen estado de conservación ubicadas en los barrios de Recoleta (Alsogaray) y Belgrano (Daneri), de esta ciudad, cubriendo satisfactoriamente sus necesidades habitacionales (cfr. informes socio-ambientales obrantes a fs. 1855/1858 y 1879/1883, respectivamente).

En ese orden, cabe recordar que Gustavo Víctor Daneri, desempeñó múltiples funciones en el ámbito de la Administración Pública, habiéndose desempeñado con cargos de importancia en la ex Obras Sanitarias de la Nación - Supervisor de la División Licitaciones y Contratos del Departamento de Asuntos Jurídicos-; el Ente Binacional Yacyretá y el Banco de la Provincia de Buenos Aires. En tal sentido, sus ascensos demuestran no sólo el nivel de capacitación obtenido, sino también el grado de confianza en él depositados, ocupando importantes cargos de alta jerarquía. Sumado, a ello se debe tener en cuenta su amplia trayectoria en la actividad privada, dedicándose al ejercicio de la profesión activamente desde el año 1974 hasta la fecha, siendo socio fundador del estudio jurídico "Daneri, Mertehikian & Zavala", especializándose en la rama del derecho contencioso administrativo y laboral -cfr. fs. 1879/1883 del informe socio-ambiental, su propia declaración

Poder Judicial de la Nación

indagatoria prestada en el debate y la documentación aportada por su defensa e incorporada por lectura que fuera identificada como "*prueba documental anexo a)*"-.

Es decir, se trató de un funcionario público con una escala jerárquica alta, que tuvo gran cantidad de subordinados a su cargo, y que a la par que ascendió recibió mayores atribuciones con el objeto de, entre otras cosas, cuidar y defender el erario público y, por sobre todas las cosas, ser leal a su país y a sus conciudadanos.

Iguales consideraciones restan por hacer respecto María Julia Alsogaray, quien tiene una amplia trayectoria en la función pública, iniciada en el año 1977, como Ministra Económico de la Embajada Argentina en la República Oriental del Uruguay, como Diputada Nacional y como interventora de Entel (previo a su liquidación) y de la ex empresa SOMISA, y Secretaria de Medio Ambiente de la Nación -estos dos últimos en forma contemporánea a su función como liquidadora de Entel-.

Lo dicho hasta aquí, permite apreciar un mayor poder de reflexión por parte de Alsogaray y Daneri a la hora de cometer el injusto en trato, puesto que se trató de personas expertas e instruidas, que desde su posición de poder, abusaron de sus funciones y aprovecharon su sapiencia y experiencia para delinquir, por lo cual considero que en estos casos se justifica una pena de la magnitud asignada.

Finalmente, cabe señalar que he considerado como atenuantes el hecho de que los imputados Alsogaray y Daneri carecen de antecedentes penales computables.

b) Respecto de Hernán Pflaum:

En primer lugar, y tal como lo he desarrollado al tratar la gravedad del delito en cuestión en el punto a) del presente acápite, me remito a los argumentos allí vertidos, plenamente aplicables al presente, a fin de no producir reiteraciones innecesarias.

Ahora bien, a los fines de la graduación de la pena impuesta a Hernán Pflaum, he tenido en cuenta principalmente la modalidad de comisión del hecho ventilado, su naturaleza y el grado de participación que éste aportó, pues entiendo que si bien, como ya lo he tratado en el acápite correspondiente

a su responsabilidad penal, el nombrado fue considerado partícipe necesario del delito en tanto prestó una colaboración esencial, entiendo que el rol por él desempeñado no tuvo el protagonismo de aquéllos que como Alsogaray y Daneri, cumplían funciones públicas.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que el imputado Pflaum tuvo conocimiento del irregular procedimiento adoptado para la contratación e intervino en la concreción del resultado toda vez que KPMG a través de él -como su representante- percibió como integrante de la UTE parte de la suma de dinero defraudada, causando un daño al patrimonio del Estado Nacional -el cual se efectivizó con la contratación materia de autos- y con la iniciación de todos los juicios en el fuero Contencioso Administrativo Federal ocasionándole un perjuicio económico millonario al Estado Nacional en virtud de las costas que aún en la actualidad se continúan generando por las deficientes demandas judiciales iniciadas por la UTE con el visto bueno de las autoridades de ENTEL e.l.

Asimismo, corresponde valorar también como agravante, su situación socio-cultural, integrando un segmento social de clase media-alta, el alto nivel educacional alcanzado, puesto que aquél contaba con estudios universitarios completos, el entorno afectivo-familiar que detentaba, destacándose sobre dicho extremo que provenía de un hogar legalmente constituido en el cual recibió el apoyo y contención de sus padres, además, del hecho de que habitaba una vivienda amplia, en muy buenas condiciones de mantenimiento, cubriendo satisfactoriamente las necesidades habitacionales (cfr. informe socio-ambiental obrante a fs. 1903/1905).

Aunado a ello debe ponderarse, que a la fecha del hecho Pflaum era uno de los socios más importantes de la firma KPMG, actividad que, sin perjuicio de las maniobras delictivas desplegadas por éste, le permitía percibir una considerable remuneración mensual con la cual cubrir holgadamente, y de una manera lícita, las necesidades de su grupo familiar (ver informe socio-ambiental referido y su declaración indagatoria).

En ese orden, cabe recordar también que el imputado desempeñó importantes cargos ejecutivos en la

Poder Judicial de la Nación

actividad privada, siendo CEO de diferentes empresas de renombre como "Cervecería Argentina S.A. Isenbeck". En tal sentido, sus ascensos demuestran no sólo el nivel de capacitación obtenido, sino también el grado de confianza en él depositados.

Lo dicho hasta aquí, permite apreciar un mayor poder de reflexión por parte del nombrado a la hora de cometer el injusto en trato, puesto que se trató de una persona instruida que desde su posición de poder, abusó de su cargo y aprovechó su sapiencia y experiencia para contribuir decisivamente a perjudicar patrimonialmente al Estado mediante la espuria contratación.

Así, se advierte que si bien su contribución en el hecho que aquí se le reprocha se encuentra en un nivel apenas inferior a Alsogaray y Daneri, no por ello su aporte dejó de ser fundamental desde el momento en que, como integrante de la UTE cocontratante de la Administración, fue uno de los que percibió las sumas desviadas del patrimonio estatal.

Todas estas cuestiones he considerado en cuanto al monto de la pena impuesta a Hernán Pflaum. Sin embargo, en lo que hace a la modalidad de cumplimiento de aquélla, entiendo que corresponde dejarla en suspenso, ello teniendo en cuenta que la experiencia carcelaria demuestra la manifiesta inconveniencia de la aplicación de penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo de corta duración, máxime en este caso donde el encartado carece de antecedentes penales condenatorios, lo que en este caso induce a hacer uso de la opción que contempla el artículo 26 del Código Penal de la Nación concediendo al encartado, el beneficio de la condicionalidad de la ejecución de las sanciones a aplicar.

Ahora bien, sobre este punto y teniendo en cuenta la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión impuesta, la modalidad del delito bajo juzgamiento, y a fin de prevenir la comisión de nuevos delitos, entiendo como adecuado, imponer a Hernán Pflaum la obligación, por el plazo de tres años, de fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato, y realizar tareas comunitarias no remuneradas por el término de tres años en una institución de bien público, durante un lapso de doce horas mensuales, la cual deberá ser propuesta por el nombrado dentro del plazo de

cinco días hábiles desde que la presente adquiriera firmeza, conforme con lo establecido en los incisos 1° y 8° del artículo 27 bis del Código Penal de la Nación.

c) De la Inhabilitación Especial Perpetua para Ejercer Cargos Públicos respecto de María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri:

Tal como me he referido anteriormente, corresponde imponerles a María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri la pena de inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos, prevista en el art. 174, último párrafo del Código Penal de la Nación, en razón de que ambos, a la fecha del hecho y de acuerdo al delito imputado en autos, revestían calidad de funcionarios públicos.

Sobre este tema, no resulta ocioso efectuar algunas precisiones. La Ley N° 25.602 publicada en el Boletín Oficial el 20 de junio de 2002 introdujo una modificación en el último párrafo del art. 174 del CP, estableciendo que "*...En los casos de los tres incisos precedentes, el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua...*". En efecto, del simple confronto entre este texto y el anteriormente vigente según la ley 23.077 se advierte que aquél previo a la reforma sólo hacía referencia al "*empleado público*".

Ahora bien, en cuanto a este punto, entiendo que la reforma no introdujo una modificación sustancial, pues una interpretación armónica de los últimos dos incisos de la norma en cuestión -en su antigua redacción- con su último párrafo me lleva a concluir que el término utilizado fue "*empleado*" a modo de género, incluyendo dentro de aquél a las dos especies de agentes públicos: funcionarios y empleados. En efecto, lo que el legislador tuvo en miras fue sancionar con mayor rigor a todos aquéllos que participen en funciones públicas, ya sea a los que sólo prestaban un servicio vinculado a ese ejercicio o a aquéllos que, más aún, intervinieron creando voluntad estatal, pues no parece admisible que quienes tuvieron mayores responsabilidades dentro del Estado (funcionarios) y perjudicaron el erario público, pudieran permanecer y desarrollar labores públicas ocupando cualquier cargo dentro de la administración a la que

defraudaron, mientras que a aquéllos que sólo ejecutaban, colaboraban y permanecían jerárquicamente por debajo de éstos (empleados) les estuviera vedado.

Por lo demás, éste también ha sido el sentido del término establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por nuestro país el 10 de septiembre de 1977, previa aprobación por la Ley N° 24.759, cuya publicación en el Boletín Oficial data del 17 de enero de 1997. Así, en su art. 1° prescribe que funcionario público es "*...cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos...*".

Finalmente considero que, los conceptos empleados y funcionario público deben interpretarse con el alcance establecido en el art. 77 del Código Penal, esto es, como todo aquél que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

En definitiva, el último párrafo del art. 174 - antigua redacción- pena a todos los agentes públicos, ya sea a quienes el Estado delegó en su persona la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público, es decir los funcionarios, como a aquéllos que sólo coadyuvaron en esa función, sin participar en ella, o sea, los empleados propiamente dichos, que hayan cometido el ilícito descripto en los dos incisos anteriores.

VII.- COSTAS DEL PROCESO:

En función del resultado del presente proceso y lo dispuesto en los artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación, los condenados María Julia Alsogaray, Gustavo Víctor Daneri y Hernán Pflaum, deberán afrontar el pago de las costas causídicas, fijadas en la suma de sesenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 69,67), bajo apercibimiento de imponérseles una multa equivalente al cincuenta por ciento de la tasa omitida en caso de no hacerla efectiva dentro de los cinco días de que adquiera firmeza la presente.

VIII. OTRAS CUESTIONES:

a) En primer lugar, conforme la condena de efectivo cumplimiento dispuesta en los presentes actuados respecto de María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, corresponde disponer la prohibición de salida del país de los mencionados para lo cual deberán librarse los oficios pertinentes.

b) Asimismo, se deberá ordenar, firme que sea la presente, la inmediata captura de María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, para lo cual oportunamente se librarán los pertinentes oficios (artículo 494 del Código Procesal Penal de la Nación).

c) A su vez, se deberá diferir para su oportunidad la eventual unificación de penas que podría corresponder respecto de la condenada María Julia Alsogaray, la que se hará previa intervención de las partes (artículo 58 del Código Penal de la Nación).

d) Por otra parte, corresponde que se hagan cesar las medidas cautelares oportunamente dispuestas respecto de Juan Carlos Pickenhayn, en virtud de su absolución (art. 402 del Código Procesal Penal de la Nación).

e) En otro orden de ideas, se deberán devolver a los juzgados respectivos los expedientes oportunamente solicitados y, firme que quede la presente, darle el destino que corresponda a la documentación reservada en Secretaría (arts. 522 y 523 del C.P.P.N.).

f) De otro lado, se deberá encomendar al Actuario que practique los cálculos de pena respecto de María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, como así también de la caducidad registral con relación a la totalidad de las condenas recaídas (arts. 24 y 51 del Código Penal de la Nación y 493 del Código Procesal Penal de la Nación).

g) Asimismo, se deberá diferir la regulación de los honorarios profesionales de los letrados actuantes, hasta tanto den cumplimiento a los requisitos exigidos por la normativa previsional vigente.

h) En otro orden de cosas, se deberán tener presentes las reservas de casación y del caso federal que fueran formuladas por las defensas.

i) Finalmente, notificada que sea la presente,

deberá publicarse la presente sentencia a través del Centro de Información Judicial (Acordada 15/13, 24/13 y su anexo de la C.S.J.N.).

Tal es el sentido de mi voto.

Sobre las mismas cuestiones la Dra. María del Carmen Roqueta dijo:

1) Comparto los fundamentos vertidos por mi colega preopinante y emito mi voto en igual sentido.

2) DE LA FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL:

Durante el transcurso de la audiencia de debate oral y pública celebrada en autos, en la oportunidad prevista por el art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación, la Sra. Fiscal de Juicio formuló sus conclusiones sobre las pruebas allí producidas, de manera motivada y específica, propiciando la absolución de Juan Carlos Pickenhayn respecto del hecho imputado a aquél.

Por ello, considero aplicable al presente proceso el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Mostacchio, Julio Gabriel s/homicidio culposo" resuelto el 17 de febrero de 2004, en el que se retomaba la doctrina sentada -por ese Alto Tribunal- a partir de los precedentes "Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad" del 29 de diciembre de 1989; "García, José Armando s/p.s.a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/casación" resuelto el 13 de junio de 1995 y "Ferreyra, Julio s/ recurso de casación" resuelto el 20 de octubre de 1995, oportunidades en las que se sostuvo que *"...ante el pedido absolutorio fiscal, el tribunal se encuentra impedido de realizar el juicio valorativo crítico del proceso, pues de lo contrario habría una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso..."*.

En ese sentido, tal como lo sostuve en pronunciamientos análogos, y en similares circunstancias, y no habiendo la Sra. Fiscal de Juicio formulado acusación alguna contra el encausado Pickenhayn en orden al delito imputado y no dándose en autos el supuesto acontecido en el fallo "Santillan, Francisco A.", resuelto el 13 de agosto de

1998 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es que corresponde dictar a su respecto un fallo absolutorio.

Tal es mi voto.

Sobre las mismas cuestiones el Dr. José Valentín Martínez Sobrino dijo:

1) Comparto la solución adoptada por el Dr. Julio Luis Panelo en cuanto a las cuestiones señaladas en su voto.

2) DE LA FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente, que en materia criminal, la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (fallos: 125:10, 127:36, 189:34, 308:1557, entre muchos otros).

También expresó el Superior Tribunal que si durante el debate el Fiscal solicitaba la absolución del imputado, el Tribunal -por falta de acusación fiscal- carecía de facultades para dictar un fallo condenatorio, bajo pena de transgredir las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso (cfr. fallos 320:1891, 327:120 y 327:3097, entre otros), criterio con el que coincido, junto con mis colegas y así hemos resuelto en varios pronunciamientos.

Y dicha coincidencia surge del propio concepto de acusación, que ha elaborado nuestra Corte Suprema, para arribar a esta conclusión a la que también adhiero. Ello es así porque se entiende por acusación aquel acto formal que debe reunir como requisitos mínimos -invariablemente exigidos por la jurisprudencia-, a) la individualización del o los hechos imputados y la enunciación y valoración de la prueba que acredite su materialidad fáctica y, b) la pretensión punitiva.

Entonces, debemos convenir que ese acto conglobante solamente puede ocurrir en la oportunidad prevista en el art. 393 del código adjetivo, es decir, en la discusión final que se lleva a cabo una vez concluída la recepción de la prueba durante el debate -en las que se fundará la sentencia-,

ocasión en que se les concederá la palabra, sucesivamente, al actor civil, a la parte querellante, al Ministerio Público Fiscal y a los defensores del imputado y del civilmente demandado, para que en ese orden aleguen sobre aquéllas y formulen sus acusaciones y defensas.

Llevados estos criterios al caso concreto que nos ocupa, es de destacar que al alegar sobre la prueba producida durante el debate la Sra. Fiscal de Juicio concluyó en forma motivada y específica (art. 69 del ritual) que no podía formular acusación alguna contra el imputado Juan Carlos Pickenhayn, en orden al delito endilgado y por ello mal puede el suscripto saltarse a la torera el criterio de los acusadores, encargados legítimos y exclusivos, en nuestro sistema penal, de ejercer la pretensión punitiva.

Por ello, no dándose tampoco en autos el supuesto acontecido en el fallo "Santillan, Francisco A.", resuelto el 13 de agosto de 1998 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde dictar respecto del nombrado un fallo remisorio.

Tal es mi voto.

En virtud de las conclusiones a que se arribaran en la deliberación llevada a cabo conforme lo dispuesto por los artículos 396, 398 y 399 del Código Procesal Penal de la Nación, y los votos emitidos en su consecuencia, el Tribunal...

RESUELVE:

I) NO HACER LUGAR al planteo relativo a la imposibilidad de dictar sentencia por existir un recurso pendiente de resolución ante la Cámara Federal de Casación Penal interpuesto por la defensa de Gustavo Víctor Daneri, por no darse el supuesto invocado en esta etapa del proceso (artículo 353 "a contrario sensu" y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

II) NO HACER LUGAR al planteo de nulidad impetrado por la defensa de María Julia Alsogaray, por no darse en autos ninguno de los supuestos invocados que pudieran acarrear la sanción mencionada (artículo 167 "a contrario

sensu" y sptes. del Código Procesal Penal de la Nación).

III) ABSOLVER, libremente y sin costas, a JUAN CARLOS PICKENHAYN, de las demás condiciones personales obrantes en el exordio, en orden al delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de una administración pública (artículo 173, inciso 7º, en función del artículo 174, inciso 5º del Código Penal de la Nación), en carácter de partícipe necesario (art. 45 del Código Penal de la Nación), por no haberse producido a su respecto acusación del Ministerio Público Fiscal (artículos 18 de la Constitución Nacional y 398 y siguientes, 402, 492 y 530 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV) CONDENAR a MARÍA JULIA ALSOGARAY, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a las **PENAS DE CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETUA PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR EL TIEMPO DE LA CONDENA, ACCESORIAS LEGALES** y las **COSTAS** del presente proceso, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de una administración pública en relación al hecho por el cual fuera acusada (artículos 12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 173, inciso 7º, en función del artículo 174, inciso 5º y último párrafo del Código Penal de la Nación y 398, 399, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

V) CONDENAR a GUSTAVO VÍCTOR DANERI, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a las **PENAS DE CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETUA PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR EL TIEMPO DE LA CONDENA, ACCESORIAS LEGALES** y las **COSTAS** del presente proceso, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de una administración pública en relación al hecho por el cual fuera acusado (artículos 12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 173, inciso 7º, en función del artículo 174, inciso 5º y último párrafo del Código Penal de la Nación y 398, 399, 403, 530 y 531 del Código Procesal

Poder Judicial de la Nación

Penal de la Nación).

VI) CONDENAR a **HERNAN PFLAUM**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la **PENA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN CUYO CUMPLIMIENTO SE DEJA EN SUSPENSO** y las **COSTAS** del presente proceso, por considerarlo partícipe necesario del delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de una administración pública en relación al hecho por el cual fuera acusado (artículos 26, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 173, inciso 7º, en función del artículo 174, inciso 5º, del Código Penal de la Nación y 398, 399, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

VII) DISPONER, que **HERNAN PFLAUM**, cumpla por el término de **TRES AÑOS** con las reglas de conducta establecidas en el art. 27 bis, incisos 1º y 8º del Código Penal de la Nación, consistentes en fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato y realizar tareas comunitarias no remuneradas por el término de tres años, durante un lapso de **DOCE HORAS MENSUALES**, en una institución de bien público, la cual deberá ser propuesta por el imputado en el plazo de cinco días hábiles desde que adquiriera firmeza la presente.

VIII) ORDENAR, firme que sea la presente, **LA INMEDIATA CAPTURA DE MARÍA JULIA ALSOGARAY** y **GUSTAVO VÍCTOR DANERI**, para lo cual oportunamente se librarán los pertinentes oficios (artículo 494 del Código Procesal Penal de la Nación).

IX) PROHIBIR LA SALIDA DEL PAÍS de **MARÍA JULIA ALSOGARAY** y **GUSTAVO VÍCTOR DANERI**, atento a la condena recaída a su respecto, para lo cual se librarán los pertinentes oficios.

X) DIFERIR para su oportunidad la eventual unificación de penas que podría corresponder respecto de **MARÍA JULIA ALSOGARAY**, la que se hará previa intervención de las partes (artículo 58 del Código Penal de la Nación).

XI) ORDENAR EL CESE de las medidas cautelares

oportunamente dispuestas respecto de **JUAN CARLOS PICKENHAYN**, de conformidad con lo resuelto en el punto III (art. 402 del Código Procesal Penal de la Nación).

XII) DEVOLVER a los Juzgados respectivos los expedientes oportunamente solicitados y, firme que quede la presente **DAR** a la documentación reservada en Secretaría el destino que por derecho corresponda (arts. 522 y 523 del Código Procesal Penal de la Nación).

XIII) ENCOMENDAR al Actuario que practique los cálculos de pena respecto de María Julia Alsogaray y Gustavo Víctor Daneri, como así también de la caducidad registral con relación a la totalidad de las condenas recaídas (arts. 24 y 51 del Código Penal de la Nación y 493 del Código Procesal Penal de la Nación).

XIV) DIFERIR la regulación de los honorarios profesionales de los letrados actuantes, hasta tanto den cumplimiento a los requisitos exigidos por la normativa previsional vigente.

XV) TENER PRESENTES las reservas de casación y del caso federal que fueran formuladas por las defensas.

XVI) NOTIFICADA que sea, **PUBLICAR** la presente sentencia en los términos de las Acordadas 15/13, 24/13 y su respectivo anexo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

REGISTRESE, notifíquese, fecho comuníquese y oportunamente archívese.

JULIO LUIS PANELO

MARÍA DEL CARMEN ROQUETA

JOSÉ VALENTÍN MARTÍNEZ SOBRINO

Poder Judicial de la Nación

Ante mí;

TOMÁS RUSH
SECRETARIO DE CÁMARA

NOTA: Para dejar constancia de que en el día de la fecha se dio lectura a los fundamentos de la presente sentencia conforme lo prescribe el art. 400 del Código adjetivo.-----
Secretaría, 28 de abril de 2014.-----

USO OFICIAL