

C. N° 833/2018

Jdo. Ldo. Penal Esp. en Crimen Org. 1ºT

DIRECCIÓN Bartolome Mitre 1275 2º Piso

CEDULÓN

BARREIRO TOCCO, Pablo

Montevideo, 29 de mayo de 2018

En autos caratulados:

DELGADO, ALVARO, HEBER FONTANA, LUIS, LACALLE POU, LUIS, LARRAÑAGA, JORGE, SARAVIA,  
JORGE - DENUNCIA

Ficha 2-13757/2016

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

Decreto 459/2018,

Fecha :29/05/18

VISTOS:

La instrucción practicada en estas actuaciones presumariales IUE 2-13757/2016 seguidas en el Juzgado Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado de Primer Turno, con intervención del Fiscal Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado Dr. Luis Pacheco.-

RESULTANDO:

I) LAS ACTUACIONES CUMPLIDAS.-

1) El día 19 de abril de 2016, ante este Juzgado Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado de Primer Turno, comparecieron parlamentarios de cuatro partidos políticos, a denunciar la presunta comisión de hechos delictivos en la gestión de la empresa estatal A.N.C.A.P. durante los años 2000-2015, de acuerdo a las actuaciones cumplidas por la Comisión Investigadora Parlamentaria que trabajó en el tema, formándose los expedientes presumariales IUE 2-13757/206 y 2-13800/2016 (fs. 1-73 y 75-97 y 202). Asimismo la denuncia presentada en autos IUE 2-13800/2016 (fs.220-272) recayó en el similar de Segundo Turno, declinándose competencia ante esta sede por razón de prevención.

Atento a que algunos de los hechos presuntamente delictivos se reiteraban en cada una de las denuncias presentadas, por resolución nº 889/2016 del 17 de agosto de 2016, se dispuso la acumulación de las actuaciones en los autos IUE 2-13757/2016, prosiguiéndose en estos la indagatoria (fs. 115-118).

2) En mérito a las denuncias antedichas y previo dictamen fiscal, se dio inicio a investigación presumarial relativa a la comisión de presuntos hechos delictivos por parte de directores y funcionarios de ANCAP así como de sociedades anónimas vinculadas y empresarios particulares contratantes con el ente estatal, durante el periodo 2000-2015.

Así, se realizó informe por parte de Equipo Multidisciplinario designado al efecto (fs. 482-498), se agregaron numerosos informes y pruebas documentales y se recibieron las declaraciones solicitadas por la Fiscalía.

3) Concluida la indagatoria presumarial, por dictamen nº 257/2018 del 19 de marzo de 2018, el Fiscal Letrado Nacional en lo Penal Especializado en Crimen Organizado solicitó el enjuiciamiento sin prisión de: a) Raúl Sendic bajo la imputación de reiterados delitos de Peculado y dos delitos de Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; b) Germán Riet y Juan Gómez bajo la imputación de dos delitos de Abuso de Funciones en casos no previstos especialmente previstos por la ley; c) Juan Amaro, José Coya, Juan Romero, Eduardo Golsztein y Raul Lemez bajo la imputación de un delito de Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; d) Manuel González bajo la imputación de un delito de Estafa (fs. 3376-3408).

4) La Defensa de los indagados Germán Riet y Juan Gómez promovió declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción del art. 162 del Código Penal (fs. 3502-3507).

De acuerdo a lo dispuesto por los arts. 511 a 513 del C.G.P., por decreto nº 267/2018 del 2 de abril de 2018 se dispuso la suspensión del procedimiento presumarial respecto de los excepcionantes, expidiéndose testimonio que se individualizó como IUE 474-36/2018 y se elevó a la Suprema Corte de Justicia para la decisión correspondiente (fs. 3508-3510, fs. 3993 vto., fs. 3994 vto.).

En mérito a ello, no corresponde pronunciarse en esta oportunidad respecto de la requisitoria formulada en relación a los excepcionantes Germán Riet y Juan Gómez, reservándose hasta el dictado de sentencia en el proceso de inconstitucionalidad.

5) Las restantes Defensas formularon oposición a la requisitoria del Ministerio Público, solicitando en su caso el diligenciamiento de nuevas probanzas para sustentar sus afirmaciones y peticionando el archivo de las actuaciones presumariales (fs. 3635-32652, fs. 3653-3663, fs. 3672-3719, fs. 3720-3735, fs. 3736-3715, fs. 3752-3755, fs. 3770-3827 y Anexo XXII).-

6) Por auto nº 390/2018 del 4 de mayo de 2018 se citó a las partes para resolución, subiendo los autos al despacho con fecha 11 de mayo de 2011 (fs. 3975-3996 vto.).-

CONSIDERANDO:

I) CUESTIONES PRELIMINARES.-

1) En primer lugar, corresponde señalar que la investigación cumplida en estos obrados estuvo dirigida a establecer las eventuales responsabilidades penales que pudieran recaer sobre los directores y funcionarios de A.N.C.A.P. por los hechos denunciados.

A pesar de las connotaciones políticas que puedan haberse atribuido a las denuncias, esta resolución debe atenerse a las resultancias de la instrucción cumplida. No es competencia del juez penal, juzgar

el resultado –más o menos exitoso- de la gestión realizada por los directores y técnicos de A.N.C.A.P. , lo que corresponde al ámbito de la responsabilidad política o incluso civil, si fuere caso.

También deben quedar fuera de este pronunciamiento judicial las consideraciones éticas, los juicios de valor, las apreciaciones subjetivas y las imputaciones no demostradas en autos.

Por otra parte, en el objeto de esta investigación coliden normas del derecho penal con normas del derecho administrativo. Debe recordarse que no toda violación a las reglas que rigen la administración pública y los principios que deben regir la actuación de los funcionarios públicos (ética, probidad) implica una trasgresión a la norma penal. Es decir, una infracción que amerite responsabilidad administrativa, no necesariamente constituye delito.

La responsabilidad penal surge cuando el accionar de un sujeto se adecua a un tipo penal previsto en el Código Penal, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1, 3, 18 de dicho Código. En síntesis, solo podrá ser sancionada por la ley penal, aquella conducta que se ajuste a la descripción de un delito – descripción formulada por esa ley penal- y que además sea cometida con conciencia y voluntad.

En esta etapa procesal, la suscrita deberá pronunciarse sobre la requisitoria de enjuiciamiento formulada por el representante del Ministerio Público (fs. 3376-3408) y decidir si los hechos contenidos en la plataforma fáctica de dicha solicitud han resultado primariamente acreditados y si se adecuan a los tipos delictivos cuya imputación se pretende. Sin perjuicio de acceder al diligenciamiento de las pruebas ofrecidas por las Defensas al formular los respectivos descargos, en caso que se entendiera necesario y pertinente.

2) En segundo lugar y en relación a la requisitoria fiscal, entiende la suscrita que el principio de congruencia es plenamente aplicable en el procedimiento presumarial, lo cual implica que aún en esta etapa, la selección de hechos que el Ministerio Público da por primariamente acreditados continenta la actuación del juez (T.A.P. 1er. Turno, sent. n° 353/2014 del 13 de octubre de 2014 en autos IUE 475-73/2014).

Ya hace años, en plena vigencia del modelo de proceso inquisitivo, el Profesor Walter Guerra manifestaba: “Cuando el Juez en un proceso penal, requiere el pronunciamiento del Ministerio Público, previo al dictado del auto de procesamiento, no está haciendo otra cosa que realizar el derecho impuesto por la Constitución. Bajo este modelo, los hechos alegados por el representante fiscal y la calificación que el mismo haga de estos hechos, obligan al Juez, salvo que se haya incurrido en error manifiesto” (Guerra, Walter, ¿El Juez Penal puede procesar de oficio imputando delitos más graves a hechos no propuestos por el Ministerio Público en su requisitoria?, Rev. Uruguaya Derecho Procesal año 2001 n° 4, p. 363)”.

Más recientemente, han sostenido los Profesores Santiago Garderes y Gabriel Valentín: “La relación entre la solicitud fiscal de procesamiento y el auto de procesamiento está pautada, al igual que toda sentencia, por el principio de congruencia, por lo que, en nuestro concepto, no es admisible que el Juez evada el marco fáctico propuesto por el Fiscal en su requisitoria de enjuiciamiento, aun cuando eventualmente pueda admitirse en relación a la tipificación de esa conducta una variación fundada en la regla iura novit curia -sólo admisible si no altera los hechos considerados en la pretensión de enjuiciamiento” (El nuevo régimen del presumario, Nota 92, p.63).

En consecuencia, el juez debe limitar su análisis y resolución a los hechos incluidos por la Fiscalía en su requisitoria de procesamiento, pues de lo contrario y respecto de los hechos ajenos a esa solicitud, estaría actuando de oficio, en contravención al principio acusatorio que rige el proceso penal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 22 de la Constitución de la República.

Es decir que han quedado fuera del objeto de esta resolución aquellos hechos denunciados respecto de los cuales la Fiscalía entendió que no se configuraba delito alguno y por tanto no solicitó imputación delictual a ninguno de los involucrados.

3) En tercer lugar, se dirá que es necesario para el dictado de la resolución correspondiente, que el Juez realice la valoración de las pruebas recibidas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme lo dispuesto por el art. 174 del C.P.P.

El sistema de la sana crítica tiene por base los principios lógicos y de experiencia que son ante todo, reglas del correcto entendimiento humano (Cf. Couture, Fundamentos, p. 270), lo propio de un ser que actúa racionalmente o de manera razonable (Cf. Marabotto, Curso del C.G.P., T. I, p. 146) y configuran un sistema de libre apreciación razonada, basado en reglas objetivas de razón, experiencia y ciencia (Cf. Vescovi, Derecho Procesal, T. I., p. 85). Este sistema, como lo dice la S.C.J., "no somete al Juzgador a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que da libertad para apreciar su eficacia persuasiva con el único límite de exigir la razonabilidad de su juicio, que debe ser ajustado a las leyes de la lógica, de la común experiencia y adecuadamente explicitado de modo de permitir el control de la logicidad" (L.J.U., c. 12.034; Cf. R.U.D.P., n° 3-4/98, .c. 766, p. 472; Rev. Der. Penal n° 20, c. 344, p. 726, c. 349, p. 728).

Como enseñara el recordado Profesor y Magistrado Dr. Víctor H. Bermúdez, "las reglas de la sana crítica" conforman una categoría intermedia entre la prueba legal o tasada y la libre convicción. Sin llegar a constituir un nuevo sistema, establece un correctivo o un criterio de limitación a la libertad concedida al juez en el sistema de la libre convicción. El juez no puede apreciar la prueba en forma caprichosa, en forma arbitraria, sino que debe hacerlo mediante un razonamiento lógico y en aplicación de los datos que le suministra la experiencia (Cf. "Los Medios de Prueba" Curso sobre el Código del Proceso Penal Ley No. 15.032, pág. 321).

## II) LOS DELITOS REQUERIDOS POR LA FISCALÍA.-

La Fiscalía requirió la imputación de tres delitos, según los casos: el delito de Abuso de Funciones en casos no previstos especialmente por la ley (art. 162 del C.P. redacción dada por el art. 8 de la ley n° 17.060 del 23 de diciembre de 1998), el delito de Peculado (art. 153 del C.P.) y el delito de Estafa (art. 347 del C.P.).

Se realizará una breve consideración sobre los mismos, para posteriormente analizar si se ha reunido durante la instrucción los medios de convicción suficientes para entender que el accionar de los indagados se adecua a los tipos penales requeridos y amerita por tanto el inicio del proceso penal solicitado por el titular de la acción, esto es, el Ministerio Público.

### A) EL DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES EN LOS CASOS NO PREVISTOS ESPECIALMENTE POR LA LEY (art. 162 del C.P.).-

1) El delito de Abuso de funciones en los casos no previstos especialmente por la ley (art. 162 del C.P., redacción dada por el art. 8 de la ley n° 17.060) está contenido en el Título IV del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la Administración Pública.

En el ámbito del derecho penal, el concepto de Administración Pública debe entenderse en sentido amplio, es decir, comprensiva de los tres poderes del Estado y de toda actividad funcional del Estado, los municipios, los entes públicos y las personas públicas no estatales.

En relación al objeto de la tutela, la doctrina sostiene que no puede hablarse de un bien jurídico común a los delitos contenidos en ese título, sino que debe determinarse en cada tipo penal, cuál es la cualidad o el aspecto del ejercicio de la función pública vulnerada. Así, los delitos perpetrados por funcionarios en general implican una infracción al deber propio de la función (tales como el peculado, la concusión, el fraude) mientras que los delitos perpetrados por quien no es funcionario en general implican la falta de respeto a los funcionarios o la desobediencia de sus mandatos (tales como el desacato o el atentado).

Al respecto enseñaba Soler que “la administración no es un bien jurídico en sí mismo; es una denominación que agrupa muchas infracciones y empleada en un sentido más amplio que el técnico”. Agregando que el término, más que para designar a la administración, se emplea “para referirse al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en todas las ramas de sus tres poderes” (Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1998, T. V, ps. 87-88, cit. por Mariana Malet en “La corrupción en la Administración Pública”, Ed. Carlos Alvarez, 1999, ps. 57-59).

Específicamente, los delitos perpetrados por los funcionarios en el ejercicio de su cargo o en el desempeño de su función, se catalogan como delitos de corrupción y tutelan “el buen desempeño de los cargos públicos, la normalidad funcional, el prestigio de la administración, la transparencia de la gestión.... Lo protegido es en última instancia la objetividad, legalidad e imparcialidad exigible a la función pública, lo que vincula a estas figuras con la desviación del fin de realización, de los intereses generales que tiene dicha función y con el abuso de poder” (Langón, M.- Código Penal Comentado, ed. 2013, T. II, p.150).

2) En el marco de las convenciones internacionales suscritas por Uruguay, a saber, la Convención Interamericana contra la Corrupción celebrada en Caracas el 29 de marzo de 1996 y ratificada por ley n° 17.008 del 25 de setiembre de 1998, se sancionó la ley n° 17.060 del 23 de diciembre de 1998 –denominada ley Anticorrupción-, que consagra normas de prevención contra la corrupción así como modificaciones e innovaciones en los delitos relativos a la materia.

En el mismo sentido se dictó el decreto n° 30/003 del 23 de enero de 2003, que estableció las normas generales de conducta y de responsabilidad que rigen la actuación de los funcionarios públicos.

3) El concepto de funcionario público está definido en el art. 175 del C.P., redacción dada por el art. 8 de la ley n° 17.060 ya mencionada, que dispone: “Art. 175.- (Concepto de funcionario público).- A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal”.

Se trata de un concepto amplio pero delimitado por dos supuestos: ejercicio de un cargo o desempeño de una función. El ejercicio del cargo es la actividad del funcionario propia de la competencia del puesto que ocupa en los cuadros de la Administración Pública; la función pública refiere a toda actividad que suponga cumplir los fines del Estado.

La parte final del artículo, incorporada por la ley nº 17.060, incluye en la categoría a los funcionarios de las personas públicas no estatales, que por lo tanto –y zanjando una anterior discusión doctrinaria- son considerados funcionarios públicos a los efectos penales.

Por su parte, los arts. 2 y 3 del Decreto nº 30/003 del 23 de enero de 2003 especifican el ámbito objetivo y subjetivo de la normativa, incluyendo en el concepto de funcionario público, entre otros, a los funcionarios de los entes autónomos y en general, de todos los organismos, servicios o entidades estatales, así como las personas públicas no estatales.

4) El delito de Abuso de Funciones en los casos no previstos especialmente por la ley, tipificado en el art. 162 del C.P., redacción dada por la ley nº 17.060, castiga a aquel “funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales ....”.

Este delito “es una figura subsidiaria, que castiga aquellos abusos de poder o desviación en el ejercicio de las funciones de los funcionarios públicos que no se pudieran hacer entrar en alguno de los títulos específicos del reato con los cuales se reprimen los abusos nominados de autoridad (Cf. Reta, A. "Derecho Penal" Segundo Curso, Tomo I, pág. 180, cit. en sent. T.A.P. 3er. Turno, L.J.U., T. XCI, c. 10.472).

De constitucionalidad permanentemente discutida, el delito referido constituye un tipo penal abierto, norma de segundo grado, subsidiaria. Comprende todos los actos arbitrarios cometidos por el funcionario con abuso del cargo y en perjuicio a la Administración o los particulares, que no estuvieren previstos en los delitos nominados consagrados en el Código o leyes especiales.

De acuerdo a lo dispuesto por la norma, los verbos típicos son dos: cometer y ordenar. El medio típico es el abuso del cargo. Y el acto arbitrario es aquel acto antijurídico que se haya ordenado o cometido mediante abuso de los poderes que el cargo confiere. Debe cumplirse además la referencia subjetiva, cual es “en perjuicio de la Administración o de los particulares”, sin que sea necesario que el daño se concrete para que opere la consumación del delito (Cairoli, M.- Derecho Penal Uruguayo, La Ley Uruguay, 2ª ed., T. II, p.1245-1246). “La norma dice “en perjuicio” de la administración o de los particulares, lo que significa que esa es la dirección que debió asumir el acto, pero no se requiere la efectiva concreción del daño dado que se trata de un delito de peligro” (T.A.P. sent. nº 258/2017 del 10/9/2014).

B) EL DELITO DE PECULADO (art. 153 del C.P.).-

Bajo la denominación de Peculado, el art. 153 del C.P. castiga al “funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno,....”.

Este delito tutela tanto el patrimonio del Estado como la probidad y corrección que debe mantener el funcionario público.

Dice el Profesor Soler “...el peculado es una retención indebida calificada, y la calificación deriva de que el abuso es cometido por el funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función...” (Soler, S. Derecho Penal Argentino. Tomo V. Pág. 202 y 203, cit. en ).-

Se construye sobre la base de la apropiación prevista en el art. 351 del C.P. Apropiarse significa comportarse ejerciendo actos de dominio sobre la cosa que se tiene en posesión: el sujeto poseedor invierte el título de posesión en propiedad, apropiándose del objeto mueble que se le ha confiado en carácter de posesión (Cf. Cairoli, M.- ob. cit., p. 743).

En el delito de Peculado -a diferencia del delito de Apropiación Indebida (art. 351)- el sujeto activo es calificado: debe ser un funcionario público. El objeto material de la conducta puede ser cosa mueble o dinero (moneda acuñada, papel moneda y equivalentes de acuerdo a lo previsto por el 231 del C.P.).

La norma establece además un requisito típico - que el funcionario esté en posesión de la cosa en razón de su cargo- y una referencia subjetiva consistente en la finalidad de provecho -en beneficio propio o ajeno-, entendiéndose por tal cualquier ventaja material o moral.

En suma, el tipo penal previsto en el art. 153 del C.P. requiere que el funcionario haya invertido el título de posesión de la cosa -que detentaba en razón de su cargo- trocándolo en propiedad, siempre que se haya actuado con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

### C) EL DELITO DE ESTAFA (art. 347 del C.P.).-

El art. 347 del Código Penal establece: “El que con estratagemas o engaños artificiosos indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado .....”.

El delito de estafa protege el derecho de propiedad -mueble o inmueble-, el que se ve afectado por la inducción en error a la víctima por parte del sujeto activo, mediante el empleo de “estratagemas o engaños artificiosos”.

Es decir que es un delito por comisión: el autor debe realizar una presentación engañosa de la realidad, lo que se ha llamado un engaño calificado o puesta en escena. Ese engaño debe ser idóneo para inducir en error y está dirigido a obtener un provecho injusto en daño del sujeto pasivo, sin que sea necesario que ese provecho se obtenga efectivamente para que el delito se consuma. Se trata de un delito de peligro por lo cual la consumación se produce con la mera inducción en error (Cairoli, M.- ob. cit., ps. 701-710).

### III) LOS HECHOS PROBADOS Y LA RESPONSABILIDAD PENAL.-

De acuerdo a lo expuesto en el Considerando I (Cuestiones preliminares), se analizarán las resultancias de la instrucción practicada a fin de establecer si los hechos contenidos en la plataforma fáctica de la requisitoria fiscal han quedado acreditados -en el grado de semiplena prueba que exige

esta etapa presumarial. Y en caso de entenderse suficientemente acreditados, esta resolución deberá pronunciarse respecto la responsabilidad penal que eventualmente corresponda a aquellos indagados cuyo enjuiciamiento requirió la Fiscalía.

#### A) CONTRATO DE ANCAP CON TRAFIGURA.-

##### 1) Los hechos probados.-

Entre los años 2007 y 2009 se produjo en el país un déficit de lluvias que afectó la producción de energía hidroeléctrica, por lo cual A.N.C.A.P. debió importar gasoil y fueloil para el funcionamiento de la planta termoeléctrica de U.T.E. Mediante el correspondiente procedimiento de llamado de precios, se adjudicó la compra a la empresa TRAFIGURA.

En octubre del 2009 y como consecuencia de las lluvias caídas, se había regularizado la generación hidroeléctrica. Uruguay contaba entonces con gasoil ya comprado a TRAFIGURA para los meses siguientes, que no sería utilizado y para el cual no tenía capacidad de almacenamiento. La rescisión de ese contrato le acarrearía a A.N.C.A.P. el pago de cuantiosas multas por incumplimiento (declaración de Spagna fs. 936-956, declaración de Pastorino fs. 954-961, declaración de Simian fs. 2055-2063).

En octubre del 2009, A.N.C.A.P. recibió la visita de representantes de la petrolera estatal ecuatoriana PETROECUADOR interesados en analizar las posibilidades de intensificar las relaciones entre ambas empresas, en el marco del Convenio de Alianza Estratégica entre PETROECUADOR y A.N.C.A.P. suscrito el 13 de noviembre de 2006.

En esas circunstancias, representantes de A.N.C.A.P. plantearon a la empresa ecuatoriana la existencia del excedente de gasoil comprado a TRAFIGURA, mostrando aquélla interés en su adquisición, con la condición que fuera intercambiado por crudo -es política regular de PETROECUADOR entregar crudo como medio forma de pago de los productos refinados (declaración de Pastorino fs. 954-96, declaración de Spagna fs. 936-956).

TRAFIGURA aceptó la propuesta y así se entregó ese gasoil a la empresa ecuatoriana, solucionando A.N.C.A.P. el problema del excedente.

A raíz de esa situación coyuntural y dado el éxito de la transacción, las tres empresas acordaron continuar esa operativa, mediante la cual A.N.C.A.P. incursionaba en el negocio del trading o intermediación: compraba crudo a PETROECUADOR que derivaba a TRAFIGURA y compraba productos refinados a TRAFIGURA, que derivaba a PETROECUADOR. Como contraprestación, A.N.C.A.P. percibía un porcentaje que era abonado por TRAFIGURA.

El 26 de enero de 2010, A.N.C.A.P. y PETROECUADOR firmaron un Convenio de Intercambio de Hidrocarburos por el cual Petroecuador se obligaba a proveer de crudo a ANCAP y ésta proveería de productos refinados a PETROECUADOR como contraprestación por las entregas de crudo, por el plazo de un año renovable (fs. 73-79 de Anexo Doc. II parte B). En cumplimiento de dicho convenio se firmaron dos contratos de compraventa: uno de venta de petróleo crudo de PETROECUADOR a A.N.C.A.P. y el otro de productos refinados de A.N.C.A.P. a PETROECUADOR (fs. 55-73 y 80-94 del mismo Anexo). En representación de la empresa uruguaya, los documentos fueron suscritos por Germán Riet en su calidad de Presidente del ente.

El 26 de agosto de 2010, A.N.C.A.P. y TRAFIGURA firmaron lo que se llamó un “contrato espejo”, esto es, un Acuerdo de Intercambio de Hidrocarburos por el cual A.N.C.A.P. se obligaba a proveer a TRAFIGURA el crudo que recibiera de PETROECUADOR durante la vigencia del Convenio del 26/1/2010 y por su parte TRAFIGURA se obligaba a proveer a A.N.C.A.P. los productos refinados a ser entregados a PETROECUADOR durante la vigencia de dicho convenio, como contraprestación de la entrega de crudo de la empresa ecuatoriana. Se acuerda que TRAFIGURA abonará a la empresa uruguaya un comisión por cada cargamento recibido/o entregado (cláusula 10) (fs. 11-15 de Anexo Doc. II parte A). En la misma fecha se firmaron los respectivos contratos de compraventa de petróleo crudo y compraventa de productos (fs. 16-25 del Anexo) así como un Convenio General de Cooperación por el cual se disponía la creación de un Comité Ejecutivo para el seguimiento de los contratos y TRAFIGURA aseguraba mantener a A.N.C.A.P. indemne de toda pérdida o perjuicio emergente de los proyectos que ejecutaran en el marco de ese convenio (fs. 26-28 del mismo Anexo). En representación de A.N.C.A.P. los documentos fueron firmados por Raúl Sendic en su calidad de Presidente de la empresa estatal.

A.N.C.A.P. recibía como pago por su gestión logística operativa un fee equivalente a 0.10 dólar por barril acordado de petróleo crudo y a partir del quinto mes se aumentó a 0.15 dólar por barril. . Ese fee lo pagaba TRAFIGURA (fs. 952 y 957 y contratos antes mencionados).

Ese negocio continuó sin dificultades hasta fines del 2011, cuando el Director Camy planteó en el seno del Directorio de A.N. C.A.P. algunas dudas sobre la negociación así como cuestionamientos respecto de la empresa TRAFIGURA por presuntos actos de corrupción en otros países (declaraciones Camy 2300-2312).

Por resolución nº 1760/12/2011 del 29/12/2011, el Directorio encomendó a la Gerencia de Negocios Compartidos (Servicios Jurídicos) y a la Gerencia de Negocios Energéticos dar inicio a los trámites para la denuncia de los contratos firmados con PETROECUADOR y TRAFIGURA (fs. 221 Anexo Doc. II parte B).

Los contratos se finalizaron por vencimiento del plazo, con la conformidad de todos los intervinientes según las respectivas actas de finiquito (fs. 223-228 y fs. 229-233 Anexo Doc. II parte A).

Esta operativa de trading reportó a A.N.C.A.P. una ganancia aproximada de U\$S 6.000.000 (seis millones de dólares) en dos años.

2) La prueba recibida.-

La prueba de los hechos relatados resulta de:

a) Anexo Documental II Parte A:

1.-Acuerdo de Intercambio de Hidrocarburos entre A.N.C.A.P. y TRAFIGURA (fs. 11-15), Contrato de Compraventa de Petróleo Crudo Oriente entre TRAFIGURA y A.N.C.A.P. (fs. 16-25) y Convenio General de Cooperación (fs. 26-28), todos suscritos por el Presidente del ente Raúl Sendic;

2.- informe de la Unidad de Negocios Energéticos- Gerencia de Comercio Exterior y proyecto de resolución, dirigido al Presidente de A.N.C.A.P. (fs. 134 vto.-136);

- 3.- modificaciones aprobadas al convenio antedicho (fs. 156-167);
- 4.- actuaciones del Comité de Intercambio (fs. 168-205);
- 5.- resolución de Directorio nº 1760/12/2011 del 29/12/2011 de encomendar a las Gerencias de Servicios Compartidos (Servicios Jurídicos) y de Negocios Energéticos el inicio del trámite para formalizar la denuncia de los contratos de compraventa de crudo y productos suscritos con PETROECUADOR y de trading en general (fs. 221);
- 6.- comunicaciones de la resolución antedicha a PETROECUADOR y a TRAFIGURA (fs. 222 y vto.);
- 7.- actas de finiquito y archivo (fs. 223-241);
- 8.- contratos relativos a actividad de trading desarrollada por A.N.C.A.P. con PETROECUADOR Y GLENCORE en los años 2000-2001 (fs. 243-426).-

b) Anexo Documental II Parte B:

- 1.- informe de la Unidad de Negocios Energéticos- Gerencia de Comercio Exterior y proyecto de resolución, dirigido al Presidente de A.N.C.A.P., de fecha 25 de enero de 2010 (fs. 2-3);
- 2.- proyectos de Contrato de Compraventa de petróleo crudo entre PETROECUADOR y A.N.C.A.P. (fs. 4-37) y de Convenio de intercambio de Hidrocarburos entre PETROECUADOR Y A.N.C.A.P. (fs. 38-44);
- 3.- correo del director de TRAFIGURA dirigido al Presidente de A.N.C.A.P. (fs. 45), de fecha enero de 2010;
- 4.- resolución urgente de Presidencia de A.N.C.A.P. aprobando la suscripción de los contratos con PETROECUADOR (fs. 47-54);
- 5.- contrato y convenio referidos en nº 2 suscritos el 26 de enero de 2010 por los respectivos presidentes de las empresas petroleras (Germán Riet en el caso de A.N.C.A.P.) (fs. 55-92);
- 6.- actuaciones del Comité de Intercambio (fs. 93-192 vto.);
- 7.- resolución de Directorio nº 1760/12/2011 del 29/12/2011 de encomendar a las Gerencias de Servicios Compartidos (Servicios Jurídicos) y de Negocios Energéticos el inicio del trámite para formalizar la denuncia de los contratos de compraventa de crudo y productos suscritos con PETROECUADOR y de trading en general (fs. 195);
- 8.- actas de finiquito de los contratos suscritos con PETROECUADOR (fs. 204-210);
- 9.- actas de finiquito de los contratos suscritos con TRAFIGURA (fs. 211 vto.-215);
- 10.- documentos de embarques entregados en Ecuador (fs. 303418);

c) Anexo Documental VIII bis.– Respuesta a oficio nº 1335/2016: Resoluciones de Directorio en Actas nº 94/1/2010, nº 1191/11/2010, nº 365/4/2011, nº 876/9/2010, documentadas en Actas nº 7526/2010, 7547/2010, 7547/2010 7554/2010 y 7570/2011 por las cuales se ratifican las actuaciones del Presidente del ente en relación a la suscripción de los contratos con PETROECUADOR y TRAFIGURA (fs. 112-119);

- d) Anexo Documental XIII: Plan Estratégico de A.N.C.A.P. (fs. 2180);
- e) declaración de Nunzia Spagña, Gerente de Comercio Exterior (fs. 936-956);
- f) declaración de José Pastorino, Gerente de Negocios Energéticos (fs. 954-961 );
- g) declaración del Ing. Nicolás Simian, ex representante de TRAFIGURA ARGENTINA (fs. 2055- 2063);
- h) declaración del director Carlos Daniel Camy (fs. 2300-2312);
- i) declaración del director Juan Justo Amaro (fs. 2275-2284 y 3752-3755);
- j) declaración del presidente del directorio Raúl Sendic (fs. 2606-2634 y 3635-3652).-

### 3) La responsabilidad penal de los indagados.-

1.- La Fiscalía requiere la atribución de responsabilidad penal por la comisión del delito de Abuso de funciones en los casos no previstos especialmente por la ley (art. 162 del C.P. redacción dada por el art. 8 de la ley nº 17.060) respecto de los directores de ANCAP: Raúl Sendic, Juan Gómez, Germán Riet y Juan Justo Amaro.

La Defensa de Raúl Sendic se opuso a la petición fiscal manifestando que no se actuó en forma arbitraria, dado que todos los contratos fueron analizados por Servicios Jurídicos que entendió que el acto no era contrario a derecho, ya que se encuentran exceptuados de licitación por tratarse de compra de crudo y derivados en el exterior. La Carta Orgánica de la empresa habilita incursionar en todas las actividades propias de los hidrocarburos y ello incluye la comercialización, concepto que contiene la intermediación o trading. A.N.C.A.P. solo aportó trabajo operacional y el retorno fue de aproximadamente U\$S 6.00.000 (fs. 3641-3646).

Por su parte, la Defensa de Juan Justo Amaro expresó en síntesis, que la comercialización de crudo cuestionada –trading- sin convocatoria a licitación, está habilitada por la Carta Orgánica en su art. 8, redacción dada por el art. 178 de la ley nº 15.903. No es admisible el criterio de reprochabilidad basado en las cantidades percibidas por el ente en el negocio, porque la gestión eficiente del organismo no puede castigarse criminalmente. En relación al delito requerido, entiende que desde el punto de vista objetivo, no hubo actuación arbitraria y desde el punto de vista subjetivo el indagado no tuvo dolo de actuar en perjuicio de la Administración, sino que votó la resolución cuestionada en mérito al asesoramiento e informes técnicos del ente que avalaban la legalidad de lo actuado (fs. 3923-3933).

Debido a la interposición de la excepción de inconstitucionalidad por Juan Gómez y Germán Riet y la consecuente suspensión de las actuaciones a su respecto, no corresponde pronunciarse en relación a su eventual responsabilidad penal.

Analizadas las emergencias de autos, la proveyente discrepará con las conclusiones a las cuales arribó el representante del Ministerio Público, entendiendo que no corresponde atribuir responsabilidad penal a los directores mencionados, por las razones que se expondrán a continuación.

2.- Es un hecho aceptado por la Fiscalía que en el año 2009 A.N.C.A.P. contaba con un excedente de gasoil ya comprado a TRAFIGURA en procedimiento de llamado de precios -no cuestionado- y que no disponía de lugar para su almacenamiento. Asimismo que el incumplimiento del contrato con TRAFIGURA haría incurrir en responsabilidad al ente.

Es decir que el primer acuerdo celebrado con PETROECUADOR se debió a esa situación coyuntural y constituyó una solución para que la empresa estatal uruguaya pudiera colocar ese gasoil ya adquirido, sin incurrir en incumplimiento del contrato celebrado con TRAFIGURA y evitando el pago de cuantiosas multas. Así, A.N.C.A.P. vendió a Ecuador el gasoil adquirido a TRAFIGURA y PETROECUADOR lo pagó con crudo, que A.N.C.A.P. entregó a TRAFIGURA como medio de pago.

3.- En ese marco y habiendo resultado exitoso el primer intercambio, surgió la idea de incursionar en el negocio de trading, que dejaría el cobro de una comisión para el ente así como el conocimiento adquirido por los funcionarios de negocios energéticos.

A juicio de la suscrita, esta actividad no fue violatoria del art. 190 de la Constitución de la República.

El art. 190 mencionado dispone que los entes autónomos “... no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes ....”. La ley de creación de A.N.C.A.P. nº 8.764, de 15 de octubre de 1931 establece en su art. 1º: “Créase un ente industrial del Estado que se denominará ‘Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland’ con el cometido de explotar y administrar el monopolio del alcohol y carburante nacional y de importar, rectificar y vender petróleo y sus derivados y de fabricar portland”. El art. 3º de la misma ley enumera las operaciones industriales y comerciales que le corresponde realizar en ejercicio de su competencia.

El art. 178 de la ley nº 15.903 del 10 de noviembre de 1987 agrega al art. 3º de la ley antes citada, el siguiente literal:

"m) Participar en el exterior en las diversas fases de la operación petrolera - prospección, exploración, producción y comercialización - sea directamente o mediante asociación con otras empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras”.

Finalmente, de acuerdo a la declaración del director Germán Riet, el Plan Estratégico del año 2007 estableció como tarea de la empresa, la actividad de trading a cargo de la Gerencia de Comercio Exterior (declaración de Riet, fs. 2360; Anexo Doc. XIII Plan Estratégico ps. 14-15, 19).

En suma, entiende la suscrita que de acuerdo a lo informado por Servicios Jurídicos, los contratos firmados con PETROECUADOR y TRAFIGURA están amparados en la norma legal antes transcrita (art. 178 de la ley nº 15.803), en tanto habilita la actividad de intermediación, entendida como una modalidad de comercialización de petróleo y sus productos.

Debe recordarse además que Uruguay y Ecuador habían firmado en el año 2006 un Convenio de Alianza Estratégica entre las dos empresas petroleras, con el objeto de explorar actividades relativas –entre otras- a la comercialización de petróleo. Por lo cual la actividad documentada en los convenios y contratos mencionados es a juicio de la suscrita una actividad de comercialización de petróleo y derivados, comprendida en el giro de la empresa estatal.

En este sentido y conforme señalaron los funcionarios declarantes en obrados, ya en los años 2000-2002 A.N.C.A.P. había desarrollado la misma actividad de trading, también con la petrolera ecuatoriana PETROECUADOR por un lado y con la empresa GLENCORE por el otro. Los antecedentes referidos obran agregados en Anexo Documental II parte A (fs. 242-425) con el contralor del Tribunal de Cuentas (fs. 423-425).

4.- Es cierto que como señala la Fiscalía, el contrato con PETROECUADOR se firmó en enero de 2010 y el contrato “espejo” con TRAFIGURA recién se firmó en agosto de 2010.

De acuerdo a la explicación proporcionada por la Gerente de Comercio Exterior Ing. Nunzia Spagna, la operativa comenzó en enero de 2010 porque los cargamentos ya adquiridos a TRAFIGURA tenían fecha de 11, 12 y 13 de enero de 2010. En esa fecha debían ser descargados por A.N.C.A.P., lo que la empresa no podía hacer por tener sobrestock y carecer de depósitos suficientes. Por lo cual ese gasoil fue enviado a Ecuador, donde se descargó en el mes de febrero de 2010, y a cambio de ese gasoil, PETROECUADOR entregó el crudo correspondiente al cuatrimestre enero-abril de 2010 (fs. 944-945).

Fue admitido por los declarantes que durante el tiempo que insumió la elaboración y firma de todos los contratos (enero a agosto de 2010) se hicieron otras operaciones, cuyo procedimiento fue explicado por el Gerente de Negocios Energéticos Ing. José Pastorino: “PETROECUADOR ofrecía cargamento y ofrecía la fórmula de precio. Y a la vez planteaba los derivados que quería recibir en intercambio. TRAFIGURA ofrecía su oferta y en función de ello había aceptación o rechazo. .... Había toda una documentación a través de vía electrónica, se recibía la propuesta de PETROECUADOR, se transfería a TRAFIGURA y así continuamente, de todas maneras se iba haciendo el seguimiento uno a uno....” (fs. 956).

Es decir que cada propuesta era comunicada electrónicamente a las partes y si ambos aceptaban, se concretaba la transacción. Y en ningún caso debía A.N.C.A.P. desembolsar dinero, ya que el negocio era crudo por productos, sin intercambio de divisas, tal como exigía la petrolera ecuatoriana.

En este sentido, los técnicos interrogados manifestaron que existía el compromiso de las empresas de firmar el respectivo contrato y cada transacción que se realizaba era documentada vía electrónica en la forma antes explicitada (declaraciones de Spagna, Pastorino y Simian). Según manifestó el Ing. Simian: “Había un acuerdo, en la industria es normal que se ejecuten los embarques sin contrato, con nominaciones e inspectores, y la ejecución de esas operaciones de acuerdo a las condiciones acordadas, .... Antes del inicio de los embarques hubo una carta del Grupo TRAFIGURA a A.N.C.A.P., creo que de TRAFIGURA a Riet... También existe un respaldo en la documentación de embarque que certifica todo lo que se hizo” (declaración Simian fs. 2058). En este sentido, obra agregado a esta causa una nota de fecha enero de 2010, enviada por el director de TRAFIGURA al Presidente de A.N.C.A.P. Germán Riet, en la cual se compromete a suscribir con el ente contratos espejos a los que éste suscriba con PETROECUADOR (fs. 45 Anexo Doc. 2 Parte B). Pero más allá de esa nota, entiende la suscrita que cada una de las operativas realizadas estaba documentada de la forma antes expresada.

5.- Constituye otro hecho cuestionado que la contratación con TRAFIGURA para este negocio fue realizada sin llamado licitatorio.

El art. 33 inciso 2º numeral 16 del T.O.C.A.F. (Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera) habilita que se realice el procedimiento de contratación directa para “la adquisición en el exterior de petróleo crudo y sus derivados, aceites básicos, aditivos para lubricantes y sus respectivos fletes”.

En el caso, Servicios Jurídicos de A.N.C.A.P. entendió que la contratación con TRAFIGURA estaba amparada en la norma antedicha y por lo tanto no era necesario el procedimiento licitatorio. En ese sentido fueron asesorados los directores que autorizaron las firmas de los respectivos contratos y modificaciones posteriores (resoluciones agregadas a fs. 11-118 del Anexo Doc. VIII bis contestación a oficio nº 1335/2016)..

Comparte la suscrita la conclusión antedicha, en el entendido que los convenios y contratos firmados por A.N.C.A.P. con PETROECUADOR y con TRAFIGURA respectivamente, documentan compraventas realizadas por la empresa, sea de crudo o de productos refinados, con la contraprestación correspondiente.

Por el contrario, no resulta acreditado en autos que la contratación con TRAFIGURA haya tenido como finalidad favorecerla en el negocio con PETROECUADOR, en cuya caso la imputación requerida probablemente fuera por otro delito. Tampoco surge prueba de cuál fue la ganancia efectivamente obtenida por dicha empresa, más allá de las cifras manejadas en las denuncias.

Lo que sí resulta probado –y así es reconocido por la Fiscalía- es que por la actividad reseñada, desarrollada en el término de dos años, A.N.C.A.P. obtuvo una ganancia aproximada de U\$S 6.000.000 (seis millones de dólares), finalizando con la plena satisfacción de todos los intervinientes.

Como se expresaba en considerandos anteriores, si bien el delito previsto en el art. 162 del C.P. es un delito de peligro, es decir que no se exige para su consumación el daño efectivo de la Administración, es necesario que la intención del agente esté dirigida a ocasionar ese perjuicio.

Por lo tanto, no es un dato irrelevante que, no solamente que no se perjudicó a la Administración sino que, por el contrario, el ente obtuvo importantes ganancias por una actividad que no le reportaba riesgos.

Por el contrario, no corresponde fundar la responsabilidad en la hipótesis de cuánto hubiera podido ganar en caso de otra empresa hubiera intervenido en la transacción, asistiendo razón en este punto a la Defensa del indagado Amaro en cuanto la mayor o menor eficiencia en la gestión de la administración no es susceptible de hacer incurrir en responsabilidad penal.

6.- En conclusión, entiende la suscrita que no es posible atribuir en el caso responsabilidad penal a los indagados Raúl Sendic y Juan Justo Amaro.

Tal como se explicitara en considerando anteriores, el elemento material del delito previsto en el art. 162 del C.P. consiste en cometer u ordenar, con abuso del cargo, cualquier acto arbitrario en perjuicio de la administración o de los particulares.

Ha sentenciado la Suprema Corte de Justicia: “El medio típico para cometer el delito examinado es el abuso del cargo, que significa el uso ilegítimo de las facultades, poderes y medios inherentes al cargo público que se ejerce, comprendiendo todas las posibilidades de conductas ilegítimas, que - según

indicara la casación italiana - pueden ser: la usurpación de un poder no conferido por la ley, el exceso en los límites de la propia competencia, el abuso del propio poder, el obrar fuera de los casos establecidos por la ley y la inobservancia de las formalidades legales prescritas (Maggiore, Tratado, vol. 3, Bogotá, 1955, pág. 209 y especialmente nota 114) ...." (sent. S.C.J. nº 552/2000).-

El abuso del funcionario se materializa en un acto arbitrario. El acto "es objetivamente arbitrario en cuanto contraría formal o sustancialmente las disposiciones que delimitan en ámbito de competencia funcional, ya sea excediéndolo o violentando las formalidades que impone la ley o el reglamento. Es subjetivamente arbitrario cuando, tratándose de actos discrecionales, se actúa con desviación de poder por móviles contrarios al interés público" (T.A.P. 2º Turno, sent. nº 258/2014 del 10/9/2014).

Las resoluciones dictadas por los indagados en relación las contrataciones antes reseñadas, no reúnen los caracteres necesarios para ser calificadas como acto arbitrario.

En el aspecto objetivo, se trata de actos dictados en el ámbito de la competencia funcional del directorio. En el aspecto subjetivo, no surge de autos que se haya actuado con desviación de poder o por móviles contrarios al interés público, desde que se autorizó un negocio comprendido en el giro de la empresa y que en definitiva le reportó importantes ganancias.

Tanto la resolución dictada por el Presidente como la posterior ratificación por el Directorio por unanimidad de votos, fueron actos dictados en uso de la competencia asignada al cargo, para cumplir el giro comercial de la empresa en el marco del Plan Estratégico de A.N.C.A.P. y con el debido asesoramiento de las Gerencias respectivas, a saber, Gerencia de Comercio Exterior y Gerencia de Negocios Compartidos (Servicios Jurídicos). Al respecto, Servicios Jurídicos asesoró al Directorio en cuanto a que el TOCAF permitía la compra directa de crudo o derivados (art. 33) y el art. 3 de la ley de A.N.C.A.P. en la redacción dada por el art. 178 de la ley nº 15.903 habilitaba el negocio de la intermediación.

Por lo que se desestimaré la requisitoria fiscal respecto de Raúl Sendic y Juan Justo Amaro en relación a los hechos relatados en este capítulo.-

## B) VINCULACIÓN CON EXOR PARA LA CANCELACIÓN DE LA DEUDA CON P.D.V.S.A. -

### 1) Los hechos probados.

En el año 2005, Uruguay y Venezuela suscribieron el "Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas" y un Contrato Marco de compraventa de crudo y/o productos", a partir del cual nuestro país comenzó a comprar crudo a Petróleos de Venezuela S.A. (P.D.V.S.A) ( fs. 156-207, 246-249).

En el año 2010 A.N.C.A.P. comenzó a interesarse en cancelar la deuda en forma anticipada, por lo cual viajó a Venezuela con varias propuestas, que no fueron aceptadas por la empresa acreedora.

En noviembre de 2011 y ante sugerencia de la propia empresa venezolana, representantes de la empresa EXOR LTDA. se acercaron a A.N.C.A.P., a fin de ofrecerle los servicios financieros de la empresa para la elaboración de una "ingeniería financiera" para la cancelación anticipada de la deuda mencionada.

EXOR es una empresa internacional que se dedica al management, es decir, manejo de prefinanciación de exportaciones, fondos de inversión y asuntos bursátiles y económicos (declaración de Addario, fs. 1741).

Fue así que EXOR envió una nota al Presidente de A.N.C.A.P. Raúl Sendic solicitando una entrevista, la que se concedió para el día 11 a la hora dieciséis. Por razones de agenda se solicitó a EXOR atrasar el horario, lo que sus representantes no podían hacer, por lo cual la reunión tuvo lugar al mediodía durante un almuerzo. Estuvieron presente Raúl Sendic (Presidente) y José Coya (Gerente de Servicios Compartidos) por la empresa uruguaya, y César Addario, Alejandro Steineck y otra persona por EXOR. La reunión fue breve –duró entre treinta y cuarenta y cinco minutos- y los representantes de EXOR plantearon su idea para la cancelación anticipada de la deuda con beneficios para A.N.C.A.P.

El Presidente de A.N.C.A.P. aceptó la intervención de EXOR para dicha cancelación. A los diez días se reunió nuevamente con representantes de EXOR y del Banco Societé Générale y se acordó viajar juntos a Caracas a hacer la presentación del proyecto en P.D.V.S.A. Ese viaje se realizó en diciembre de 2011 y por A.N.C.A.P. concurren Raúl Sendic (Presidente) y José Coya (Director).

La propuesta de EXOR LTDA. consistía en una ingeniería financiera por la cual mediante la instrumentación de un fideicomiso bajo la administración de EXOR y de un banco internacional como fiduciario (Societé Générale). A.N.C.A.P. cancelaría la deuda con un ahorro para la empresa de suma aproximada a los 200.000.000 U\$S (doscientos millones de dólares).

Esa propuesta fue aceptada por P.D.V.S.A. y el 29 de marzo de 2012, Raúl Sendic, en representación de A.N.C.A.P., firmó con P.D.V.S.A. un Acuerdo para redefinir las condiciones de pago de la deuda originada por la compra de petróleo crudo (fs. 141-146 del Anexo Doc. IV). En sus considerandos, el acuerdo explicitaba que, para implementar el mecanismo de pago anticipado, “se propuso constituir un fideicomiso que se denominará DC TRUST, con la participación del Banco Societé Générale (en adelante Banco Fiduciario) y EXOR INTERNATIONAL LTD., cuyo beneficiario principal, preferente y privilegiado será PDVSA Petróleo con respecto a las cantidades adeudadas” (fs. 142). Asimismo la cláusula 2ª referida (Fideicomiso) encomendaba a EXOR INTERNATIONAL LTD. la constitución del fideicomiso con el Banco Fiduciario, en el plazo de dos años y en las condiciones que fueran previamente aceptadas por PDVSA en su condición de beneficiario (fs. 142 vto.).

La firma de ese primer acuerdo se realizó en Caracas, a dónde viajaron Sendic y Coya, sin ningún funcionario de Servicios Jurídicos. El día anterior Coya envió el modelo al Gerente de Servicios Jurídicos Dr. Leonardo Bianchi para que lo revisara, quien expresó que no se violentaba ninguna norma uruguaya y que la firma requería ratificación posterior por el Directorio del ente (declaración Bianchi, fs. 1068-1069).

El 4 de julio del mismo año se firmó una primera adenda que mantenía a EXOR en la negociación (fs. 153-155 Anexo Doc. IV). Por lo cual EXOR comenzó a negociar con el Banco Societé Générale la constitución del fideicomiso.

El 3 de agosto de 2012, José Coya recibió un mensaje en su teléfono celular comunicándole que P.D.V.S.A. había resuelto desplazar a EXOR del negocio y sustituirlo por el Banco BANDES Venezuela y BANDES Uruguay sin intervención de EXOR (acta de comprobación, fs. 347-350 Anexo Doc. IV). De acuerdo a esa decisión, el 10 de agosto se firmó el “Addendum nº 2” al “Acuerdo para redefinir las

condiciones de pago anticipado de la deuda”, con la participación del Banco BANDES pero utilizándose la ingeniería financiera propuesta por EXOR LTDA. (fs. 147-148 Anexo Doc. 4).

Finalmente, tal como señala la Fiscalía, el acuerdo definitivo para la cancelación anticipada se realizó con la intervención del Banco del Tesoro Venezolano. Así, el 14 de diciembre de 2012 se firmó el Convenio modificatorio del Acuerdo para redefinir las condiciones de pago de la deuda. En este acuerdo final no se mantiene la ingeniería financiera propuesta por EXOR LTDA. sino la operativa es la siguiente: P.D.V.S.A. le endosa los pagarés firmados por A.N.C.A.P. al Banco del Tesoro, el que los ofrece a A.N.C.A.P. y ésta los adquiere por el valor presente neto (fs. 149-152 Anexo Doc. iv, declaración de Bianchi fs. 1069-1070). La deuda se canceló mediante un préstamo del Ministerio de Economía aprobado por ley nº 18.895 y significó para A.N.C.A.P. el ahorro de suma aproximada a U\$S 200.000.000 (doscientos millones de dólares).

Como bien señala la Fiscalía, A.N.C.A.P. no formuló objeción alguna al desplazamiento de EXOR LTDA. por parte de la empresa venezolana y todas las actuaciones del presidente de A.N.C.A.P. fueron ratificadas por el Directorio (resoluciones en expediente administrativo Anexo Doc. IV, fs. 250-320).

Como consecuencia de la exclusión del acuerdo celebrado entre ambas empresas petroleras, EXOR LTDA. realizó reclamos ante A.N.C.A.P. en vía administrativa, los que fueron desestimados por resolución de Directorio, previo asesoramiento de Servicios Jurídicos (fs. 321-376 Anexo Doc. 4). Por lo cual EXOR LTDA. promovió diligencias preparatorias y posteriormente, demanda judicial por daños y perjuicios ante el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 4º Turno, que fuera notificada a la empresa estatal el 5 de agosto de 2014 (fs. 377-434 Anexo Doc. IV).

En esas circunstancias y a instancias de EXOR LTDA., se iniciaron negociaciones para arribar a un acuerdo transaccional, las que culminaron el 11 de diciembre de 2014 con la firma de dos convenios con la empresa reclamante: un “Acuerdo de Servicios” y una “Transacción sujeta a Condición” (fs. 435-474 Anexo Doc. IV).

El “Acuerdo de Servicios” estableció que A.N.C.A.P. otorgaba a EXOR LTDA la exclusividad para intervenir en una segunda operación de cancelación de deuda –que se había generado desde la primera cancelación y que ascendía a un total aproximado a los U\$S 453.000.000 (cuatrocientos cincuenta y tres millones de dólares), condicionada a la aceptación expresa y escrita de P.D.V.S.A. Asimismo se acordó que la operación era a exclusivo riesgo de EXOR, no generándose honorarios a cargo de A.N.C.A.P., y que el beneficio económico, en caso que existiera, lo obtendría del fideicomiso (cláusula 6ª, fs. 444 vto., declaraciones de Steinbeck fs. 1725, Addario fs. 1745-1746). Por la “Transacción sujeta a condición”, las partes se obligaron a dar por terminado la acción civil promovida una vez obtenido el consentimiento de P.D.V.S.A. para la realización de la operación referida en el Acuerdo de Servicios y ello sea comunicado por escrito a EXOR y A.N.C.A.P. (cláusula 3ª).

EXOR obtuvo la aceptación de P.D.V.S.A. y dicha aceptación fue comunicada a A.N.C.A.P. el 27 de mayo de 2015, en la forma acordada (fs. 474 vto.-477 Anexo Doc. IV).

Por el contrario, A.N.C.A.P. no logró obtener los fondos para la operación de cancelación acordada. En efecto, en el mes de julio de 2015 A.N.C.A.P. recibió un Acto de Directiva del Poder Ejecutivo para

realizar la cancelación anticipada de la deuda con P.D.V.S.A. en el marco del Acuerdo realizado por el Poder Ejecutivo con representantes del gobierno venezolano que concurrieron a nuestro país. Dicho acuerdo disponía la creación de un Fondo de Compensación Comercial (Fideicomiso) a través de la corporación venezolana de exportación (CORPOVEX) con el objeto de fomentar el flujo comercial binacional. El monto correspondiente a la deuda –suma debida menos quitas pactadas- sería destinado a la financiación de dicho Fondo (acta reunión entre representantes de gobiernos de Uruguay y Venezuela de fecha 6-7/7/2015, fs. 2412-2413; resultando IV a X de Resolución de Directorio nº 1168/11/2015, fs. 137-139 Anexo Doc. VIII bis).

Este acuerdo celebrado entre los gobiernos de Uruguay y Venezuela determinó el incumplimiento del Acuerdo de servicios firmado en diciembre de 2014 con EXOR LTDA.

Por resolución nº 1168/11/2015 del 19 de noviembre de 2015, el Directorio decidió aprobar una nueva transacción con EXOR, por la cual le pagaba la suma de U\$S 3.100.000 (tres millones cien mil dólares) y EXOR declara no tener más nada que reclamar por el juicio iniciado el 28 de mayo de 2014 ni por las cancelaciones de deuda concretadas por A.N.C.A.P. en 2013 y 2015 (fs. 137-140 Anexo Doc. VIII bis).

El gasto fue observado por el Tribunal de Cuentas y el nuevo directorio de A.N.C.A.P. no reiteró el gasto, por lo cual tampoco se cumplió esa transacción (resolución nº 506/7/2016 del 14 de julio de 2016 Acta nº 7791 (fs. 130 vto.-131 vto. Anexo Doc. VIII bis).

De acuerdo a las declaraciones recibidas en autos, actualmente, se sustancia un juicio civil iniciado por EXOR contra A.N.C.A.P. por U\$S 34.000.000 (treinta y cuatro millones de dólares).

2) La prueba.-

a) Anexo Documental IV:

1.- acuerdo para redefinir condiciones de pago de la deuda con intervención de EXOR Ltda. (fs. 141-146 y fs. 153-155);

2.- adenda con sustitución de EXOR Ltda. por Bandes Venezuela y Bandes Uruguay S.A. (fs. 147-148);

3.- convenio modificadorio con intervención de Banco del Tesoro C.A. Banco Universal (fs. 149-152);

4.- contratos de venta de crudo (fs. 156-207);

5.- acuerdo de servicios de fecha 11 de diciembre de 2014 (fs. 208-215);

6.- transacción de fecha 11 de diciembre de 2014 (fs. 216-217);

7.- acuerdo marco de compraventa de crudo y/o productos celebrado entre Venezuela y Uruguay, dentro del Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas, del año 2005 (fs. 246-249);

8.- expediente administrativo de ANCAP nº 242670 (fs. 250-478).-

c) Anexo Documental VIII bis.– Respuesta a oficio nº 1335/2016: resoluciones de Directorio nº 423/3/2012, nº 835/7/2012, nº 977/8/2012, nº 1577/12/2012, nº 1619/12/2012, nº 117/1/2013, nº 985/8/2013, nº 1675/12/2014, nº 1168/11/2015, nº 506/7/2016 (fs. 119 vto.-140);

- d) declaración de Leonardo Bianchi (fs. 1067-1080);
- e) declaración de Alejandro Steineck (fs. 1725-1740);
- f) declaración de César Addario (fs. 1741-1750);
- g) declaración de Carlos Daniel Camy (fs. 2300-2312);
- h) declaración de Juan Justo Amaro (fs. 2275-2284 y 3752-3755);
- i) declaración de Germán Riet (fs. 2357-2380);
- j) declaración de Raúl Sendic (fs. 2606-2634 y 3635-3652).-

### 3) Las responsabilidades penales.-

1.- La Fiscalía solicita la atribución de responsabilidad penal a Raúl Sendic -presidente del directorio que realizó las primeras actuaciones de la operativa- y José Coya, Juan Gómez y Germán Riet – presidente y directores respectivamente, quienes aprobaron el Acuerdo de Servicios del 11 de diciembre de 2014.

La Defensa de Raúl Sendic se opuso a la petición fiscal manifestando que fue P.D.V.S.A la que presentó a EXOR LTDA. como intermediaria en la operación de cancelación anticipada de deuda, que A.N.C.A.P. y EXOR LTDA. nunca firmaron un acuerdo vinculante para la primera operación y que todas las resoluciones contaron con los debidos informes tanto del área de Servicios Financieros como de Servicios Jurídicos del ente (fs. 3636-3641).

La Defensa de José Coya también controversió la requisitoria fiscal expresando en síntesis que en la segunda cancelación de la deuda, siete meses después de firmada la transacción con EXOR LTDA., A.N.C.A.P. recibe un acto administrativo del Poder Ejecutivo ordenando la cancelación en el marco del “Acuerdo Binacional” firmado entre los gobiernos de Uruguay y Venezuela, descartando así la intervención de EXOR LTDA. Agregando que no resulta probado el dolo de su defendido, siendo que siempre actuó en el marco de la ley y con el respaldo de Servicios Jurídicos (fs. 3654-3660).

Por la razón ya explicitada, esta resolución se pronunciará exclusivamente sobre la responsabilidad de los indagados Raúl Sendic y José Coya.

2.- En relación a la responsabilidad de Raúl Sendic, asiste razón a la Fiscalía en cuanto el primer contacto entre EXOR LTDA. y A.N.C.A.P. se trabó exclusivamente entre el representante de aquella y el Presidente del Directorio Raúl Sendic. Más allá que fuera P.D.V.S.A. que hubiera sugerido ese contacto, lo cierto es que el funcionario de A.N.C.A.P. que inició el vínculo con EXOR fue su Presidente Raúl Sendic.

Según su propia declaración, en noviembre de 2011 Raúl Sendic mantuvo la primera reunión – durante un breve almuerzo- con los representantes de EXOR y los autorizó a realizar gestiones ante P.D.V.S.A. para lograr la cancelación anticipada de la deuda de A.N.C.A.P. Pocos días después se reunió en sus oficinas con representantes de EXOR y del banco europeo Société Générale que intervendría en el fideicomiso. A fines del mismo año, Sendic viajó a Caracas en la cual conversó con representantes de la petrolera venezolana sobre el pago referido. Además concurrió a una

presentación de la propuesta de EXOR. En ese viaje lo acompañó José Coya -quien en ese momento era Gerente de Servicios Compartidos-, además de algún funcionario del “área económica” que no identificó. Posteriormente mantuvieron una reunión en Montevideo a la cual concurren P.D.V.S.A, EXOR y un representante del Banco Societé Générale. En marzo de 2012, viajó nuevamente a Caracas, con el gerente José Coya, para la firma del primer convenio. Es recién en esa oportunidad cuando Coya se comunicó con el Gerente de Servicios Jurídicos –que se encontraba en Rio de Janeiro- para consultarlo sobre el contenido de dicho convenio. Y es cuando el Dr. Bianchi le advirtió que la firma del contrato debía ser ratificada por el Directorio.

Es decir que el Presidente del Directorio dio participación a EXOR en las negociaciones con P.D.V.S.A. y realizó todas esas gestiones y reuniones con la finalidad del pago anticipado de la deuda, sin dar noticia al Directorio ni consultar a Servicios Jurídicos. Fue en marzo de 2012, estando en Venezuela el día antes de la firma del primer convenio, cuando se hizo la consulta al Dr. Leonardo Bianchi, quien no integraba la delegación. Expresamente declaró el Gerente de Servicios Jurídicos Dr. Bianchi, refiriéndose al primer acuerdo: “Ese acuerdo fue negociado en Caracas por una delegación de A.N.C.A.P. que viajó a P.D.V.S.A. y no viajó nadie de mi división. El día anterior a la firma de ese acuerdo yo estaba en Rio de Janeiro.... y Coya me manda el modelo del acuerdo que todavía no estaba firmado, para ver si se violaba alguna norma uruguaya. Eso creo que fue el 22 de marzo de 2012. .... una cosa que le señalé a Coya cuando me llamo es que requería aprobación del directorio, cosa que se realizó a posteriori. .... Luego de firmado el acuerdo desde Servicios Jurídicos tuvimos más participación porque el convenio había que reglamentarlo.....”. Agregando en relación a la actividad desplegada por EXOR con anterioridad a la firma del convenio: “Desde Servicios Jurídicos nunca supimos de esas reuniones o intermediaciones o gestiones que EXOR alega en su escrito de demanda....” (fs. 1068-1069). Y fue recién después de la firma del acuerdo de marzo de 2012 cuando se dio noticia al directorio para que ratificara lo actuado (declaración Camy fs. 2309, declaración Riet fs. 2338, resoluciones de directorio fs. 119 vto.-121 vto. Anexo Doc. nº 8 bis).

También es cierto, como afirma la Fiscalía, que cuando en el mes de agosto de 2012, P.D.V.S.A. decidió unilateralmente sustituir a EXOR y al Banco Societé Générale por el Banco BANDES –lo cual le fue comunicado al Gerente Coya por un mensaje en su teléfono celular (fs. del Anexo Doc. nº 4), el Presidente de A.N.C.A.P. se desinteresó del tema, justificando ese accionar en la ausencia de contrato con EXOR. Así declaró: “Nosotros no teníamos ninguna vinculación con EXOR, su participación era a riesgo propio” (fs. 2612).

La suscrita disiente de la interpretación realizada por el ex Presidente de A.N.C.A.P.

El hecho que EXOR participara “a su propio riesgo” significaba que ni A.N.C.A.P. ni P.D.V.S.A se obligaban a pagarle honorarios a EXOR sino que su ganancia –en la ingeniería financiera propuesta tanto para el primer acuerdo como en el posterior Acuerdo de Servicios del 2014- iba a depender del valor de los bonos al final del plazo o al momento de cancelación total de la deuda (declaración de Steineck fs. 1728, Addario fs. 1745).

Distinto fue lo que sucedió, ya que P.D.V.S.A. excluyó a EXOR de la negociación y por lo tanto, ésta perdió toda posibilidad de ganancia que hubiera podido obtener de la cancelación anticipada de la deuda, de acuerdo a la ingeniería financiera que había propuesto.

Por otro lado, la participación de EXOR en el negocio de cancelación anticipada de la deuda resultaba del primer convenio firmado entre A.N.C.A.P. y P.D.V.S.A el 23 de marzo de 2012 y de la primera adenda modificativa, en el cual ambas partes aceptaron esa intervención.

3.- En relación a la ausencia de procedimiento competitivo para la selección de EXOR, son de recibo las razones expuestas por los directores y técnicos de A.N.C.A.P. en cuanto no era posible en este asunto hacer un llamado a licitación a empresas interesadas en gestionar la cancelación anticipada de la deuda. En este sentido, se comparte en primer lugar que ese pago anticipado requería el consentimiento de la acreedora P.D.V.S.A., por lo que ningún objeto tendría esa licitación si una vez realizada, la acreedora rechazara la propuesta de la empresa gananciosa. Al respecto manifestó Alejandro Steineck: "La P.D.V.S.A. del 2011 no es la del 2017 ni el petróleo vale lo que valía ..... en ese momento P.D.V.S.A consideraba que la aplicación benévola en tasa y en plazo no justificaba que efectuara quitas..." (fs. ). Es decir que era A.N.C.A.P. la que tenía mayor interés en esa cancelación anticipada por el ahorro que le significaría, lo que llevaba a aceptar las condiciones que impusiera la petrolera venezolana.

En segundo lugar, un llamado a licitación hubiera afectado la confidencialidad que requería la operativa. Como fue explicado en autos, la operación proyectada debía requerir reserva, dado que la noticia de una eventual compra de bonos por quinientos millones de dólares hubiera afectado el mercado bursátil y la operación fracasaría (declaración de Steineck y Bianchi ).

Sin embargo, esa confidencialidad que hacía inviable una licitación con la publicidad que conlleva, no podía extenderse a los miembros del directorio ni a Servicios Jurídicos de la empresa, por lo menos a su Gerente, quien debió ser consultado con antelación suficiente a la firma del primer convenio del 23 de marzo de 2012 para poder analizarlo como correspondía.

4.- En suma, el Presidente de A.N.C.A.P. Raúl Sendic, en forma verbal y sin establecer las condiciones de la intervención ni los derechos y obligaciones de las partes, autorizó a EXOR a realizar gestiones ante P.D.V.S.A. para que ésta aceptara la cancelación anticipada de la deuda y la participación de EXOR. Por lo cual EXOR realizó la propuesta de ingeniería financiera que fue aceptada por la empresa venezolana y plasmada en el primer acuerdo de marzo de 2012.

Posteriormente, una vez aceptada la propuesta de EXOR, Raúl Sendic firmó el acuerdo en marzo de 2012 sin noticiar al Directorio ni siquiera requerir el asesoramiento de Servicios Jurídicos. Acuerdo que, a juicio de la suscrita, reconoce la participación de EXOR y recoge la ingeniería financiera elaborada por ésta. Por lo cual –más allá de formalismos y de lo que resultare de un eventual juicio en sede civil- no puede decirse simplemente que la empresa estatal no tenía ninguna vinculación con EXOR.

Entiende la proveyente que la conducta de Raúl Sendic se adecua en este caso a la previsión del art. 162 del C.P. En efecto, el entonces Presidente de A.N.C.A.P. realizó actos arbitrarios en abuso de su cargo, al exceder el ámbito de su competencia y violentar las formalidades que impone la normativa para su actuación –especialmente para la firma de un contrato- exponiéndola a acciones indemnizatorias que a la fecha aún no se han laudado.

Declaró el Gerente de Servicios Jurídicos que A.N.C.A.P. sólo manifiesta su voluntad a través de actos jurídicos y que ni el presidente ni ningún otro funcionario están autorizados a realizar contratos en forma verbal (fs. 1070).

Pues bien, a juicio de la suscrita, Raúl Sendic, excediendo los poderes que su cargo le confería, autorizó en forma verbal la intervención de EXOR para lograr la cancelación anticipada de la deuda y posteriormente firmó un acuerdo en el cual se reconocía esa intervención, sin seguir los procedimientos legales y reglamentarios para ello, ocasionando un perjuicio económico a la empresa cuando EXOR fue excluida de la negociación sin recibir ninguna retribución por el trabajo efectivamente realizado.

Por lo cual se accederá a la requisitoria fiscal, imputando prima facie a RAUL FERNANDO SENDIC RODRÍGUEZ la comisión de UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES EN LOS CASOS NO PREVISTOS ESPECIALMENTE POR LA LEY, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 162 del C.P. en la redacción dada por el art. 8 de la ley nº 17.060.

El delito se imputará en calidad de AUTOR, desde que realizó los actos constitutivos del tipo penal mencionado, de acuerdo a lo establecido por el art. 60 nº 1 del C.P.

5.- En relación a la responsabilidad de José Coya emergente del Acuerdo de Servicios y de la Transacción firmados con EXOR el 14 de diciembre de 2014, resulta de obrados que en la fecha referida, el mencionado ocupaba el cargo de Presidente del Directorio.

En esa calidad, el 11 de diciembre de 2014 dictó una resolución de carácter urgente por la cual aprobó el Acuerdo de Servicios y la Transacción antes relacionados, que también firmó como Presidente el día 14 de diciembre de 2014. Dicha decisión fue ratificada por resolución del Directorio nº 1675//12/2014 del 18 de diciembre de 2014 (Acta nº 7733) (fs. 132-134 del Anexo Doc. nº 8 bis y fs. 450-455, fs. 463 y fs. 472 del Anexo Doc. nº 4).

La Fiscalía fundamenta su requisitoria en que “A.N.C.A.P. pacta el pago de una millonaria “comisión”, una multa equivalente al 1,75% del total nominal de la deuda, sin saber a ciencia cierta si el Ejecutivo otorgaría los fondos necesarios para la segunda cancelación. El Poder Ejecutivo efectivamente resuelve realizar la cancelación de deuda mediante otro mecanismo, por lo cual A.N.C.A.P. incumple la exclusividad que había pactado con EXOR en la cláusula novena del Acuerdo de Servicios”..... Agregando que “mediante el Acuerdo de Servicios del año 2014, las autoridades de A.N.C.A.P. se comprometen a otorgar exclusividad a EXOR para la segunda operación de cancelación de deuda con P.D.V.S.A., pactando en la cláusula novena del Acuerdo que en caso de que la operación no se realice con EXOR, A.N.C.A.P. pagaría una comisión del 1,75% del total del valor de la deuda, esto es, una comisión millonaria en dólares (aproximadamente 8.000.000 U\$S, ocho millones de dólares); y pactando en la cláusula undécima del Acuerdo, una comisión similar a favor de EXOR, en caso de que la operación en definitiva no se realice por parte de A.N.C.A.P.”.

La proveyente se permitirá en este punto discrepar con el representante del Ministerio Público.

6.- Es necesario recalcar –aunque sea evidente- que esta resolución no puede pronunciarse sobre la interpretación del Acuerdo de Servicios y la Transacción sujeta a condición, firmadas entre A.N.C.A.P. y EXOR en diciembre de 2014. Esa cuestión está sometida a decisión en el juicio promovido por EXOR ante la sede civil competente, el que según declaraciones recibidas, tiene por

objeto ésta y otras cuestiones debatidas. Sabido es además la independencia entre las acciones civiles y penales, de acuerdo a lo previsto por los arts. 26 y 27 del C.P.P. (ley nº 15.032).

Sin perjuicio de ello y a los efectos de decidir la cuestión ventilada en esta causa, es necesario analizar la requisitoria fiscal a la luz de las pruebas diligenciadas, esto es, los documentos agregados y las declaraciones recibidas.

Resulta de los documentos agregados que en el Acuerdo de Servicios y en la Transacción sujeta a condición, las partes contratantes –A.N.C.A.P. y EXOR- pactaron varias condiciones.

Es cierto como dice el sr. Fiscal, que tanto la cláusula novena como la undécima establecieron –en concepto de liquidación por daños y perjuicios- el pago de una suma equivalente al 1,75% del total del valor de la deuda para el caso que A.N.C.A.P. incumpliera el compromiso de exclusividad con EXOR o decidiera no abonar la deuda habiendo obtenido los fondos para la cancelación (fs. 445-446 y 491-492 Anexo Doc. IV).

Pero a juicio de la suscrita, ninguna de las cláusulas citadas refiere a la hipótesis que A.N.C.A.P. no obtuviera los fondos para la cancelación de la deuda, sino que esta hipótesis –que en definitiva acaeció- es la prevista en la cláusula decimocuarta del Acuerdo de Servicios y cláusula cuarta de la Transacción.

Así, el Acuerdo de Servicios establece: “Décimocuarto: Cláusula resolutoria: Las partes pactan que será condición resolutoria de este Acuerdo de Servicios, el hecho que en el plazo de doce meses a contar desde su suscripción, A.N.C.A.P. no obtenga o no cuente con los fondos necesarios para cumplir sus obligaciones para satisfacer los pagos de esta operación. En caso de verificarse la condición, esto es, si A.N.C.A.P. no cuenta u obtuviera los fondos suficientes para volcar a la operación en el plazo establecido, este contrato se resolverá, teniéndose por no escrito, volviendo las partes a su situación originaria previa a la firma del presente, sin responsabilidad para ninguna de ellas.” (fs. 446 vto. Anexo Doc. IV).

En la Transacción se estableció: “Cuarto.- Clausula resolutoria: Esta transacción está sujeta a la cláusula resolutoria dispuestas en cláusula 14º del señalado Acuerdo, en tanto el hecho que en el plazo de doce meses a contar desde su suscripción ANCAP La transacción estaba sujeta a condición resolutoria, por la cual si en el plazo de doce meses desde la suscripción A.N.C.A.P. no hubiera obtenido los fondos necesarios para la cancelación anticipada de la deuda, operaría la resolución del Acuerdo de Servicios y de la Transacción, retomándose el proceso. En dicho caso, esto es si en el plazo fijado en el Acuerdo de Servicios o cualquiera de sus prórrogas A.N.C.A.P. no hubiera obtenido los fondos, cualquiera de las partes quedará habilitada a comparecer en el expediente solicitando su impulso en tanto quedará sin efecto la transacción” (fs. 492 Anexo Doc. IV).

Es decir, en la interpretación de la suscrita y a los efectos de este proceso penal, en oportunidades de celebrar los convenios de diciembre de 2014, A.N.C.A.P. y EXOR acordaron que en caso que la primera no obtuviera los fondos necesarios para el pago de la deuda dentro del plazo de doce meses a contar de la firma del documento, operaría la resolución del Acuerdo de Servicios y de la Transacción, sin responsabilidad para ninguna de las partes y quedando habilitada la prosecución del juicio civil suspendido.

Esta es la posición sustentada por el Dr. Leonardo Bianchi (fs. 1075) y que según su declaración se está discutiendo en juicio –juicio que por lo que resulta de las declaraciones recibidas involucra otras cuestiones. También fue lo expresado por el representante de EXOR Alejandro Steineck quien declaró: “El contrato de 2014 tenía una cláusula resolutoria en la cual A.N.C.A.P. se reservaba su derecho de incumplir por no disponer de fondos....” (fs. 1732).

6.- En conclusión, la liquidación por concepto de daños y perjuicios pactada en los contratos, estaba prevista para incumplimiento por parte de A.N.C.A.P. por hechos imputables a la misma. En ese caso, es razonable en cualquier negociación que se acuerde una indemnización para la contraria, por lo cual no se entiende que se trate de un acto arbitrario. Pero para el caso que la empresa uruguaya no lograra obtener los fondos necesarios para el pago de la deuda –causa no imputable a la misma – se acordó la resolución de los contratos sin responsabilidad para las partes, sin perjuicio de la prosecución de las acciones civiles oportunamente suspendidas.

Por lo expuesto, no puede entenderse que José Coya haya incurrido en “una conducta arbitraria, carente de fundamento, y formal y sustancialmente contraria a las disposiciones que delimitan el ámbito funcional” como entiende la Fiscalía.

No existió en el caso abuso del cargo ni acto arbitrario, en tanto José Coya, en su calidad de Presidente de la empresa, firmó los contratos estando debidamente asesorado por las Gerencias respectivas y con la finalidad de transar el juicio al que estaba sometida A.N.C.A.P. Es decir que por un lado, se evitaba una eventual condena judicial en contra de la empresa y por otro, lograba una nueva cancelación anticipada de la deuda con P.D.V.S.A. –con los consiguientes beneficios económicos para la empresa.

El incumplimiento de esos acuerdos se debió a una causa externa que impidió que se dispusiera de los fondos necesarios para el pago de la deuda, a saber, la decisión del Poder Ejecutivo de cancelar la deuda por el procedimiento relatado. Los contratos firmados habían previsto esa hipótesis dejando a salvo la responsabilidad de A.N.C.A.P., según las cláusulas cuarta y decimocuarta respectivamente, anteriormente transcriptas. Por lo cual tampoco se configuró en el caso la referencia subjetiva del tipo penal, esto es, que el accionar estuviere dirigido a perjudicar a la administración.

Por lo cual se desestimaré la requisitoria fiscal entendiendo que no corresponde la imputación de responsabilidad penal al indagado José Coya.

### C) CEMENTOS DEL PLATA S.A.

En relación a las actuaciones de la sociedad vinculada Cementos del Plata S.A., el dictamen fiscal (capítulo III) descartó varios de los puntos denunciados.

Así, entendió que tanto las irregularidades o errores de cálculo e imprevisiones en el proceso de construcción de la planta, como las multas pagadas por Cementos del Plata S.A. quedan fuera del ámbito del derecho penal. También descartó que la producción de cal estuviera fuera del objeto del ente estatal, desde que el art. 3 lit. I) de la ley nº 8.764 de Creación de A.N.C.A.P. contempla la instalación de fábricas de portland y “productos afines”, dentro de los que cabe incluir la cal. Asimismo entendió que no existieron hechos delictivos en la contratación de la empresa Pleno Verde S.A. para el transporte de la cal a la usina de Candiota en Brasil, debido a que Cementos del Plata

S.A. es una empresa que se rige estatutariamente por las normas del derecho privado y como tal no está obligada a la realización de un llamado a licitación para su contratación.

En suma, la Fiscalía concluyó que las actuaciones mencionadas se enmarcaron en un proyecto global en el cual se tomaron decisiones estratégicas, que pueden ser discutidas y cuestionadas pero que no encuadran en conducta delictiva que amerite el reproche penal.

Por el contrario, requirió la imputación de responsabilidad penal de Juan Luis Romero por adelantos de dinero que, en su calidad de Gerente de Cementos del Plata S.A., dispuso se realizaran a Pleno Verde S.A. entre los años 2010 y 2013, por un monto total aproximado de U\$S 2.400.000.

En consecuencia, y de acuerdo a la congruencia que debe regir el presumario según las consideraciones antes expuestas, sobre ese extremo de hecho deberá pronunciarse esta resolución.

#### 1) Los hechos probados.-

A partir del Plan Estratégico de A.N.C.A.P. aprobado en el año 2007, el denominado Proyecto Cal consistió en un plan que buscó negocios vinculados a las reservas de piedra caliza –de alta calidad según estudios realizados- que el ente posee en el departamento de Treinta y Tres –cuyo permiso de explotación estaba cerca de expirar de acuerdo a la normativa del Código de Minería.

En ese marco, el 30 de setiembre de 2010, Cementos del Plata S.A. (empresa subsidiaria de A.N.C.A.P.) suscribió un contrato con la empresa brasileña C.G.T.E.E. (Compañía de Generación Térmica de Energía Eléctrica) –propiedad de la empresa estatal Electrobras- por el cual la primera le suministraba a C.G.T.E.E. cal viva, en volúmenes crecientes durante un plazo de 10 años renovable, la cual debía ser entregada en la central de generación eléctrica ubicada en Candiota, Rio Grande do Su (fs. 248-277 Anexo Doc. III parte B).

Para dar cumplimiento a ese contrato, Cementos del Plata S.A. debía construir una planta de cal de alta tecnología en el departamento de Treinta y Tres. Debido a la urgencia de C.G.T.E.E. en recibir la cal, el contrato se estructuró en tres etapas: en la primera, Cementos del Plata se obligaba a entregar una cantidad máxima de 3.500 toneladas de cal por mes con ciertas especificaciones; en la segunda etapa, a partir del plazo de dos años, se aumentaba el volumen de cal a entregar, manteniendo las especificaciones de la primera etapa; en la tercera etapa, debía entregarse el mismo volumen que en la segunda pero aumentaban las especificaciones de calidad de la cal (declaración Marcelli fs. 1036, declaración Romero fs. 980-981). Durante la primera etapa, Cementos del Plata se abasteció de proveedores locales para cumplir las entregas pactadas; en la segunda etapa, ya se había construido una planta de “tecnología muy simple” y “costo acotado” (la “planta chica”), que quedó operativa en julio de 2013 y producía alrededor de 4.500 toneladas al mes. La tercera etapa comenzó con la puesta en funcionamiento de la “planta grande”, que de acuerdo a la declaración del Ing. Romero, era cuando se iba a “recuperar la inversión y obtener beneficios”.

De acuerdo al contrato celebrado, Cementos del Plata se obligó a entregar la cal viva “en silo”, esto es, en la propia planta de Candiota.

A tal efecto, el 7 de octubre de 2010 firmó contrato de transporte y logística con la empresa PLENO VERDE S.A., propiedad del ciudadano brasileño Acir García, conocida en nuestro país por ser la empresa de logística que trasladaba el cemento de A.N.C.A.P. y de Cementos Artigas a Brasil (fs. 36-

41 Anexo Doc. XVIII). En este contrato se establecían dos etapas y en cada una de ellas se fijaban dos cantidades máximas (4500 y 8500 toneladas respectivamente) y cantidades promedio (113 toneladas y cantidades fijadas en función de tabla de valores que se acuerda) (cláusula 3 fs. 37 y vto.).

Durante los primeros tiempos y por distintas razones, la cantidad de cal enviada a Candiota no alcanzó los volúmenes esperados (declaración Apoj fs. 1027, declaración Romero fs. 987); incluso en algunos meses no se exportó por distintos inconvenientes en la planta brasilera (declaración Marcelli, fs. 1038, declaración Romero fs. 982). Esto ocasionó dificultades financieras a la empresa Pleno Verde, que había realizado una gran inversión principalmente por la compra de las tolvas. Por tal motivo y a fin de evitar que Pleno Verde rescindiera su contrato, el Gerente de Cementos del Plata S.A. Ing. Juan Luis Romero fue realizando anticipos de dinero a Pleno Verde, a cuenta de los futuros pagos por concepto de transporte y logística.

Los anticipos se realizaron en varias oportunidades entre el 13 de octubre de 2010 y el 4 de febrero de 2016, siendo la mayoría de ellos durante el año 2013 (fs. 34 Anexo Doc. XVIII). Los adelantos totalizaron un monto aproximado a U\$S 2.400.000 (dos millones cuatrocientos mil dólares) y eran documentados mediante recibos firmados por Acir García, titular de la empresa Pleno Verde (fs. 8-34 Anexo Doc. XVIII).

El 21 de octubre de 2013 Cementos del Plata S.A. y Pleno Verde firmaron un Contrato Modificatorio, en el cual se documentan los anticipos ya recibidos y se acuerda la forma de cancelación: Pleno Verde devolvería los anticipos deduciendo un 20% del importe de cada facturación, lo que comenzaría a aplicarse una vez que la planta grande estuviera en funcionamiento (cláusula 3ª, fs. 46 Anexo Doc. XVIII).

El 1º de agosto de 2016 se firma un nuevo Acuerdo Modificatorio y Pleno Verde por el cual las partes documentan el monto de anticipos otorgados hasta la fecha que asciende a U\$S 2.437.500 y garantiza la suma adelantada mediante la constitución de una prenda de vehículos automotores de la empresa THEMA que se detallan, hasta que se cancele el monto total anticipado o hasta que se llegue a un acuerdo sobre la forma de cancelación de dicha suma (cláusulas 2.2 y 4.4 (fs. 48 vto.-49 y fs. 57 vto.-60 del Anexo Doc. XVIII).

Finalmente, el 10 de febrero de 2017 se firma una nueva modificación al contrato original en la cual se establece que la suma total anticipada a Pleno Verde asciende a 2.127.023,10 U\$S (dos millones ciento veintisiete mil veintitrés dólares con diez centésimos) y se acuerda plazo y procedimiento para su devolución (cláusula 8 fs. 74 Anexo Doc. XVIII; declaración Apoj fs. 1028).

De acuerdo a las declaraciones recibidas en esta causa, a partir de la puesta en funcionamiento de la planta principal a mediados del año 2016, la producción de cal es la proyectada o aún superior (declaración Acir García fs. 1019-102, declaración Apoj fs. 1030, declaración Marcelli, fs 1038). La empresa Pleno Verde ha dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales y de acuerdo a lo establecidos en el último acuerdo modificadorio del contrato, se están descontando los anticipos en sus facturaciones, habiéndose reintegrado al mes de abril de 2017 el 20% de la suma anticipada (declaración Apoj fs. 1028 y vto.).

2) La prueba.-

a) Anexo Documental III (parte A y B): documentación relativa a la construcción de la planta de cal, auditoría de estados contables de Cementos del Plata S.A.; auditorías externas; contratos celebrados con C.G.T.E.E.;

b) Anexo Documental VIII bis.- Contestación oficio nº 1335/2016.: 1.- acta de directorio de Cementos del Plata S.A. de fecha 21 de setiembre de 2010 (fs. 211-213); 2.- declaratoria de integración del directorio de Cementos del Plata S.A. (fs. 214-216);

c) Anexo Documental XVIII.- Contestación oficio nº 1483/2017 (fs. 2873-2874): 1.- recibos por adelantos expedidos por Pleno Verde S.A. (fs. 9-16, 24, 26-28, 30-33); 2.- facturas de Pleno Verde S.A. por concepto de transporte internacional y logística (fs. 17-23, 25, 29); 3.- composición de anticipos a julio de 2016 (fs. 34); 4.- contrato de transporte y logística con Pleno Verde S.A. del 7/10/2010 (fs. 33-41); 5.- acuerdo programático celebrado con Pleno Verde S.A. (fs. 43); 6.- modificación del contrato de transporte y logística con Pleno Verde S.A. del 21/10/2013 (fs. 45-46); 7.- acuerdo transitorio en relación a contrato de transporte y logística del 1/8/2016 (fs. 48-49); 8.- contrato de prenda (fs. 57 vto.-60); 9.- acta de directorio de Cementos del Plata S.A. del 29/7/2016 que aprueba acuerdo transitorio y contrato de prenda (fs. 62-63); 10.- modificación del contrato de transporte con Pleno Verde S.A. y condiciones de devolución de anticipo, de fecha 10/2/2017 (fs. 72-76); 11.- acta de Directorio de Cementos del Plata S.A. del 10/2/2017 que aprueba modificación de contrato (fs. 78); 12.- tabla comparativa sobre volúmenes de cal viva transportada (fs. 80); 13.- informes de auditorías realizadas por KPMG años 2010 a 2016 (fs. 83-194); 14.- actas de Directorio de Cementos del Plata S.A. (fs. 196-204); 15.- actas de asambleas de accionistas de Cementos del Plata S.A. (fs. 206-228); 16.- correos electrónicos referidos a adelantos de fecha 11/11/2015, 14/1/2016 y 15/1/2016 (fs. 230, 232 y 234);

d) copia de acta de directorio de Cementos del Plata S.A. de fecha 21/9/2010 (fs. 2955-2956);

e) copia parcial de Notas a los Estados Contables (fs. 2957-2963);

f) declaración de Eduardo Milano (fs. 1002-1013);

g) declaración de Gerardo Marcelli (fs. 1033-1043);

h) declaración de Roger Apoj (fs. 1025-1032);

i) declaración de Acir García (fs. 1015-1024);

j) declaraciones de Juan Luis Romero (fs. 975-1000);

k) declaración de Juan Gómez (fs. 2329-2351);

l) declaración de Germán Riet (fs. 2357-2380);

ll) declaración de José Coya (fs. 2414-2435).-

3) La responsabilidad penal.-

1.- La Fiscalía requirió la atribución de responsabilidad penal al indagado Juan Luis Romero por la comisión de un delito de Abuso de funciones en los casos no especialmente previstos en la ley (art. 162 del C.P.) en mérito a que entre los años 2010 y 2013 resolvió el otorgamiento de los anticipos de

dinero a la empresa Pleno Verde S.A., por un monto total aproximado de U\$S 2.400.000, sin conocimiento previo ni resolución del directorio del ente estatal.

La Defensa formuló oposición a la requisitoria, expresando sintéticamente, en primer lugar que los actos que se le imputan fueron realizados en su calidad de Gerente de Cementos del Plata S.A. por lo cual no es posible atribuirle la comisión de un delito que exige que el sujeto activo revista la calidad de funcionario público; en segundo que la conducta de su defendido no se ajusta al tipo penal requerido, por los argumentos que expresa en su fundado escrito (fs. 3672-3716).

Atento a los descargos efectuados por la Defensa, deben analizarse dos extremos: si le es aplicable al indagado la normativa penal referida a funcionarios públicos y si en ese caso, incurrió en el delito de abuso de funciones en casos especialmente no previstos en la ley.

2.- En relación al punto referido a la normativa penal aplicable, tal como señala la Fiscalía, Cementos del Plata S.A. es una empresa que se rige estatutariamente según las normas del derecho privado, por lo cual no se aplican las normas de contabilidad y administración financieras del Estado (fs. 3384). Por ese motivo el sr. Fiscal entendió que no era exigible a la sociedad el llamado a licitación para la adjudicación del contrato de logística y transporte de cal a Candiota.

Sin perjuicio de ello, solicitó la imputación a Juan Luis Romero por la comisión del delito previsto en el art. 162 del C.P., que tiene un sujeto activo calificado, a saber, el agente de la conducta debe ser un funcionario público.

Al formular sus descargos ante la requisitoria fiscal, la Defensa del indagado Romero sostuvo que no es posible atribuirle el delito previsto en el art. 162 del C.P. debido a que toda la operativa del Proyecto Cal, "se desarrolló en el ámbito de Cementos del Plata S.A., una empresa subsidiaria de A.N.C.A.P. que funciona, a todos sus efectos, bajo un marco jurídico de Derecho privado". Por tal razón sostiene que los actos de quienes actuaron en esa sociedad no podrán ser juzgados por el derecho penal aplicándoles una figura delictiva, que requiera que el revista necesariamente la condición de funcionario público, como el art. 162 del Código Penal.) (fs. 3708-3709).

3.- En el ámbito del derecho administrativo, sostiene Sayagués Laso que el funcionario público es "todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal" (cit. Pesce, Eduardo.- Concepto de Funcionario Público, en Derecho Penal, Hacienda y Administración Pública, F.C.U., p. 82). En el derecho penal el concepto es más amplio y está establecido en el art. 175 del C.P., redacción dada por el art. 8 de la ley nº 17.060 antes transcrito, por el cual funcionario público es todos los que "ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal".

El concepto entonces está delimitado por dos notas esenciales: el ejercicio de un cargo y el desempeño de una función. El cargo público es la situación estatutaria que integra a la persona en los cuadros de la administración pública, siendo el ejercicio del cargo la actividad que realiza el sujeto dentro de ese marco. La función pública es el ejercicio de una actividad que supone el cumplimiento de los fines del Estado. En opinión de Camaño Rosa, para ser considerado funcionario público desde el punto de vista penal, es imprescindible, además del desempeño de la función, es imprescindible estar incorporado a las actividades estatales (Pesce, E.- ob. cit., p. 83-84).

El art. 2º de la ley nº 17.060 (Ley Anticorrupción) incorpora el concepto antes referido, al disponer: “A los efectos de la presente ley se entiende por funcionarios públicos, las personas a las que refiere el art. 175 del C.P.”. Finalmente, el decreto reglamentario nº 30/2003 incluye en el concepto de funcionario público, entre otros, a los funcionarios de los entes autónomos y en general, de todos los organismos, servicios o entidades estatales, así como las personas públicas no estatales.

4.- De acuerdo a su declaración, el Ing. Juan Luis Romero ingresó a A.N.C.A.P. en el año 1990 siendo estudiante de Ingeniería Industrial y comenzó a trabajar en la refinería de La Teja en el Área de Ingeniería y Obras. A partir del año 1993, ya recibido, ocupó distintos cargos como ingeniero. En el año 2005 integró el Equipo de Planificación Estratégica que se dedicaba al desarrollo de planes estratégicos para el ente. En el año 2007 fue designado Gerente de la División Portland, cargo que ocupó hasta el año 2016, cuando fue designado a otra área (fs. 975).

Siempre según sus manifestaciones, la División Portland de A.N.C.A.P. cumple dos funciones: la producción del cemento portland elaborado por el ente y su comercialización. A partir del Plan Estratégico del 2007, surgieron dos lineamientos: 1) la reestructuración industrial y comercial del negocio del cemento portland, y 2) la identificación de oportunidades de negocio para la reservas de piedra caliza del departamento de Treinta y Tres. Este segundo lineamiento fue lo que dio nacimiento al Proyecto Cal (fs. 976).

La sociedad subsidiaria Cementos del Plata S.A. fue constituida en el año 1998 con la finalidad de comercializar el cemento portland producido por A.N.C.A.P. En sus inicios, el 55% del capital accionario era propiedad de la empresa Loma Negra y el 45% de A.N.C.A.P. En el año 2008, el ente adquirió el 95% del paquete accionario, siendo el restante 5% propiedad de Loma Negra S.A. El relacionamiento de Cementos del Plata S.A. con A.N.C.A.P. se daba a través de la Gerencia de División Portland y por esa razón al adquirir el ente la mayoría del paquete accionario, se designó a Romero como Gerente General de Cementos del Plata S.A. (fs. 976-977).

Es decir entonces que, por un lado, Juan Luis Romero era funcionario público en tanto ocupaba el cargo de Gerente de la División Portland de A.N.C.A.P.; por otro lado, integraba en calidad de Presidente el Directorio de Cementos del Plata S.A. y ocupaba el cargo de Gerente General de la sociedad.

Fue también en el año 2008, una vez adquirida la mayoría del paquete accionario, que el directorio de A.N.C.A.P. decidió que los proyectos referidos a la explotación de la piedra caliza se hicieran a través de la empresa subsidiaria Cementos del Plata S.A. (declaración Juan Gómez fs. 2342-2343).

5.- Asiste razón a la Defensa en cuanto todas las decisiones adoptadas por el Ing. Romero en relación al negocio de la cal celebrado con C.G.T.E.E. lo fueron en su calidad de Gerente General de Cementos del Plata, sociedad anónima regida por las normas del derecho privado.

En efecto, en el marco del Plan Estratégico de A.N.C.A.P. –por el cual, se reitera, se fijaba como objetivo la búsqueda de oportunidades de negocios para la reservas de piedra caliza en Treinta y Tres-, en sesión del 21 de setiembre de 2010 el Directorio de Cementos del Plata S.A. aprobó el Proyecto Cal y se autorizó al Presidente Juan Luis Romero a firmar el contrato con C.G.T.E.E. y demás contratos relacionados -a saber, contrato de logística para el suministro de cal a C.G.T.E.E. y

contratos de suministro con los proveedores locales (acta de directorio, nº 3, fs. 211 vto.-212 en Anexo Doc. Nº 8 bis, declaración de Romero fs. 976-978, declaración de Juan Gómez).

El accionar que la Fiscalía entiende como delictivo, esto es, el otorgamiento de anticipos de dinero a la empresa Pleno Verde, fue realizado por Juan Romero en tanto Gerente de Cementos del Plata S.A., encargado de toda la operativa del Proyecto Cal, que expresamente A.N.C.A.P. decidió fuera realizado por la sociedad subsidiaria. Sociedad anónima que -como se ha dicho- se rige por el derecho privado y cuyos empleados no pueden ser considerados funcionarios públicos desde que no ingresan en ninguno de los supuestos previstos en el art. 175 del C.P.

En consecuencia, no es posible imputar a Juan Luis Romero el delito previsto en el art. 162 del C.P. desde que al ejecutar la conducta que la Fiscalía le atribuye, no lo hacía en el marco de la competencia de su cargo en A.N.C.A.P. ni ejerciendo una función pública, entendiéndose por tal toda aquella que implica el cumplimiento de los fines del Estado.

6.- Sin perjuicio de lo antes expuestos, aún en el supuesto que se entendiera aplicable la normativa penal relativa a los funcionarios públicos, a juicio de la suscrita no surgen elementos de convicción suficientes para concluir que Juan Luis Romero incurrió en el tipo penal previsto en el art. 162 del C.P., ni aún en el grado de probabilidad exigido en esta etapa procesal.

Como se dijo antes, en marco del Plan Estratégico del año 2007, el Directorio de A.N.C.A.P. resolvió que las actividades tendientes a la explotación y comercialización de las reservas de piedra caliza en el departamento de Treinta y Tres, fueran desarrolladas por la subsidiaria Cementos del Plata S.A. Por su parte, el Directorio de Cementos del Plata S.A. aprobó el Proyecto Cal y se autorizó al Presidente Juan Luis Romero a firmar el contrato con C.G.T.E.E. y demás contratos relacionados -a saber, contrato de logística para el suministro de cal a C.G.T.E.E. y contratos de suministro con los proveedores locales (acta de directorio, nº 3, fs. 211 vto.-212 en Anexo Doc. Nº 8 bis, declaración de Romero fs. 976-978, declaración de Juan Gómez).

En uso de ese poder concedido por el directorio, Juan Luis Romero firmó con Pleno Verde el contrato de transporte y logística. Y cuando se presentaron las dificultades en la producción de cal, que repercutieron en la empresa de logística, resolvió autorizar anticipos de dinero en efectivo a Pleno Verde, con la finalidad de "mantener la integridad del Proyecto Cal y llegar a la etapa final del negocio" (declaración Apoj fs. 1029 vto.-1030).

En este punto y sobre la cuestión relativa a las cantidades de cal a transportar, asiste razón a la Defensa en cuanto si bien el contrato original estableció cantidades máximas y no mínimas, lo que sí estableció fueron "cantidades promedios" a transportar en cada etapa (cláusula 3a fs. 37 y vto. Anexo Doc. XVIII, declaración Marcelli fs. 1038). Entonces, es cuando no se alcanzan los volúmenes promedio y ante las dificultades financieras de la empresa Pleno Verde, que se decide el otorgamiento de anticipos.

7.- En relación a dichos anticipos, resultan de las pruebas recibidas varios elementos que hacen descartar el eventual accionar delictivo de Romero.

En primer lugar, los adelantos -si bien dispuestos por el Gerente General Romero- estaban en conocimiento del directorio de Cementos del Plata S.A. A su vez, el directorio de la sociedad estaba integrado con uno o dos directores de A.N.C.A.P. -durante el proceso fueron Germán Riet, Juan

Amaro, Juan Gómez- quienes estaban permanentemente enterados de las cuestiones relativas al avance del proyecto e incluso alguno como Riet participó en las negociaciones de las adendas, en las cuales se reconocen los anticipos (declaración Marcelli, fs. 1042).

En segundo lugar, además de los recibos firmados por Acir García, los anticipos fueron reconocidos desde el primer acuerdo modificatorio firmado el 21 de octubre de 2013. . Ese primer acuerdo modificativo fue firmado por Romero y Apoj y los siguientes por miembros del directorio de la empresa (fs. 48 y 72 Anexo Doc. XVIII). Con posterioridad al primer acuerdo modificatorio se otorgaron otros anticipos (fs. 34 Anexo Doc. XVIII) que se fueron recogiendo en las siguientes modificaciones, por lo cual es indudable que el directorio de Cementos del Plata estaba en conocimiento de los mismos.

En tercer lugar, los anticipos eran incluidos en estados contables de la empresa que eran remitidos por el Auditor Externo KPMG al Directorio de Cementos del Plata S.A., por los ejercicios de los años 2010 a 2016 (fs. 83-194 y 196-200 Anexo Colectivo XVIII).

Los balances de la empresa en los que se incluían los anticipos eran aprobados anualmente por la Asamblea de Accionistas, a la cual asistía A.N.C.A.P. como socio mayoritario, a través de sus representantes. En cada una de esas Asambleas se aprobó todo lo actuado por el Directorio y la Gerencia en el año anterior, lo que incluye lo actuado en relación al Proyecto Cal (Anexo Doc. XVIII parte B fs. 206-228, declaración de Milano fs. 1005-1006). En ese sentido declaró Marcelli que “en los balances de Cementos del Plata están los anticipos y todo se consolida en A.N.C.A.P.” (fs. 1043).

Finalmente, resulta de la declaración del director de A.N.C.A.P. José Coya que aun cuando el directorio del ente estatal no dictó resolución relativa a los anticipos, “todo el Proyecto Cal .... tiene el respaldo de los directores de A.N.C.A.P.”. Manifestó además que en el año 2016 fue consultado por Romero por un nuevo adelanto y estuvo de acuerdo en concederlo “opinando que era importante resolver el adelanto y que el proyecto en general requería de acciones para solucionar lo más importante que era finalizar las obras de la segunda planta de cal” (fs. 2426-2427). Agregando posteriormente que “los adelantos ... tienen que ver con la operativa del negocio, en particular en este caso, de la cal. El proyecto de la cal tenía como principal fundamento el de valorizar especialmente las materias primas de piedra caliza en abundancia que existían en Treinta y Tres. Ese fundamento es importante porque deviene en que un proyecto de esa naturaleza, acordado bajo la lógica de un cliente preferencial y de largo plazo, como la venta de cal a Brasil, requería que todos sus elementos principales como el funcionamiento de la logística, no se cayeran. De otra forma el riesgo del proyecto podía ser crítico” (fs. 2430).

Es decir que tanto el directorio de Cementos del Plata S.A. como directores de A.N.C.A.P. estuvieron en conocimiento de los anticipos otorgados a Pleno Verde, sin que se formulara objeción al respecto, en el entendido que eran necesarios para el desarrollo completo del Proyecto Cal.

Por lo cual—se reitera, en el caso que se entendiera que es posible imputar un delito cuyo sujeto activo es calificado- no puede concluirse que Juan Luis Romero haya realizado la conducta prevista en el art. 162 del C.P.

No existió un acto arbitrario realizado con abuso del cargo, dado que la decisión de otorgar anticipos a Pleno Verde estuvo justificada por la necesidad de mantener a la empresa de logística en el

negocio hasta que éste llegara a la tercera etapa, cuando se iba a “recuperar la inversión y obtener beneficios” según declaró Romero. Lo cual se ve reforzado por las palabras de Marcelli cuando expresó que “en relación a Pleno Verde, si lo matábamos a él, nos matábamos nosotros”. Tampoco se configuró la referencia subjetiva, esto es, el accionar no estuvo dirigido a ocasionar un perjuicio a la empresa ni a A.N.C.A.P., sino por el contrario, pretendía mantener el negocio que en definitiva reportaría ganancias a la empresa.

En conclusión, también en este caso se trató de una decisión de estrategia empresarial que –como reiteradamente señala la Fiscalía- podrá ser cuestionada, pero no configura una conducta que amerite el reproche penal.

Por todas las razones expuestas, se desestimaré la solicitud de enjuiciamiento formulada respecto de JUAN LUIS ROMERO en el entendido que no le es atribuible responsabilidad penal por la comisión del delito requerido por la Fiscalía.

#### D) TRANSACCIÓN CON LA EMPRESA KIOS.-

1.- En relación a la denuncia referida a presuntas irregularidades en el contrato celebrado entre A.N.C.A.P. y la Armada Nacional, para la construcción de un remolcador y dos barcas por parte del Servicio de Construcciones y Reparaciones de la Armada (S.C.R.A.), para el transporte fluvial de combustibles (Capítulo V de la requisitoria), la Fiscalía solicitó la imputación de responsabilidad penal a los Ing. Eduardo Goldztejn y Ricardo Lemez, por su accionar en relación a la transacción celebrada el día 7 de enero de 2014 por A.N.C.A.P. con la empresa KIOS, y el posterior incumplimiento por parte del ente estatal.

Se descartó por el representante del Ministerio Público la existencia de hechos delictivos durante el proceso de construcción de las barcas y el remolcador así como en las licitaciones realizadas para el arrendamiento de remolcador de las barcas, que fueran todas adjudicadas a la empresa NAUTIMIL S.A.

Por lo cual, en mérito a los principios ya expresados, tales extremos quedan excluidos del objeto de esta resolución.

2.- Quedó acreditado en autos, y así se reseña en la requisitoria del Ministerio Público, que por licitación de abril de 2012, A.N.C.A.P. adjudicó a la empresa NAUTIMIL S.A. el remolque de las barcas construidas a fin de transportar combustible a los puertos fluviales de Nueva Palmira y Paysandú, hasta que se pusiera en funcionamiento el remolcador Ky Chororó -propiedad del ente y construido por la Armada Nacional. La licitación fue impugnada por la empresa KIOS S.A. que perdiera la licitación mediante recursos de nulidad y revocación, invocando irregularidades en el procedimiento. La Administración mantuvo el acto recurrido por lo cual KIOS S.A. promovió acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En diciembre de 2013 había vencido el último contrato y su ampliación, adjudicado a NAUTIMIL S.A. En esas circunstancias, con la finalidad de poner fin a las acciones judiciales iniciadas por KIOS S.A., se realizaron contactos para arribar a un acuerdo transaccional.

Por resolución nº 1777/12/2013 del 12 de diciembre de 2013 se aprobó la firma del convenio transaccional proyectado por Área de Servicios Compartidos – Servicios Jurídicos (Acta nº 7696, fs.

154-155 del Anexo Doc. XIV bis; Anexo Doc. V parte A fs.137 vto.-140; expediente administrativo nº 243344, fs. 165 vto.-178 del Anexo Doc. XIV parte D).

Es así que el 27 de diciembre de 2013 se firma una transacción por la cual A.N.C.A.P. se obligó a contratar en forma directa a la empresa KIOS S.A. para realizar el remolque-empuje de sus barcasas transportando combustible hasta los puertos de Paysandú, por un importe de U\$S 500.000 (quinientos mil dólares) y a partir del 1º de enero de 2014, de acuerdo a las especificaciones del Pedido de Precios nº 1700388400. Estos requerimientos incluían, entre otros, que los remolcadores debían tener un calado máximo de 2,50 metros (Anexo Doc. XIV Parte D fs. 185-187).

El día 7 de enero de 2014 se realizó una reunión en las oficinas de Servicios Jurídicos de A.N.C.A.P. a la cual asistieron: por el ente, los abogados de Servicios Jurídicos –que no firmaron el acta- y los Ingenieros Alvaro Balarini, Ricardo Lemez y Eduardo Golszstejn; por KIOS S.A.: Francisco Licio como Director, el asesor letrado Dr. Dante Barrios, el Cap. Raimundo Gallino y el Cr. Martín Capurro (acta fs. 3529).

De acuerdo a las resultancias del acta labrada, los presentes acordaron que el mismo día se realizaría la medición del calado del buque Huracán en el Puerto de Montevideo por parte de técnicos del Grupo de Buceo de la Armada (GRUBU) (cláusula primera). Asimismo se acordó que al día siguiente 8 de enero, las partes concurrirían al Puerto de Nueva Palmira a fin de: a) realizar la medición del calado del buque Pampero por técnicos del GRUBU, b) hacer entrega en custodia a KIOS S.A. de las barcasas de A.N.C.A.P. , c) realizar el armado y maniobra del convoy, con las barcasas cargadas con agua, con inspectores del DIRME-COTEC (cláusula segunda). Las cláusulas tercera, cuarta y quinta establecen otras obligaciones a cargo de KIOS S.A. para ser cumplidas en los días siguientes (fs. 3529).

Encontrándose presentes todos los asistentes a la reunión, el Ing. Golszstejn llamó por teléfono a la oficina de GRUBU para coordinar la diligencia para el mismo día, siendo informado que el personal trabajaba hasta las 15.00, por lo cual la diligencia debía cumplirse casi inmediatamente. Por su parte, representantes de KIOS S.A. se comunicaron con el patrón del buque a fin de informarle que ese día se concurriría a realizar el medido del calado (declaraciones Lemez y Golszstejn).

Una vez finalizada la reunión cerca de la hora 13.00, los Ingenieros de A.N.C.A.P. Ricardo Lemez y Eduardo Golszstejn concurrieron a las dependencias del GRUBU en el Puerto de Montevideo donde hablaron con el jefe del grupo Capitán Alfredo Arijón a quien le solicitaron se realizara la medición del calado del buque Huracán.

El Ing. Golszstejn junto con tres buzos del GRUBU se dirigieron en un gomón al buque y los buzos realizaron la medición solicitada, la cual arrojó como resultado final que el calado máximo del buque era de 2.80 metros (hoja de misión Anexo Documental – contestación a oficio nº 1484/2017, Parte A pág. 26).

Los técnicos regresaron a las oficinas de A.N.C.A.P. donde el Ing. Lemez entregó la hoja de misión referida en la oficina de Servicios Jurídicos (declaración Lemez fs. 3734, Golszstejn fs. 3746).

Como consecuencia de esa medición, Servicios Jurídicos entendió que KIOS S.A. había incumplido la transacción. Así, el 7 de enero de 2014 a la hora 05.38 pm la Dra. Olga Logaldo envió un correo electrónico a los abogados y técnicos partícipes de la reunión, incluidos los Ing. Lemez y Golszstejn,

informándoles que atento a que el buque de la empresa KIOS S.A. no cumplía las especificaciones del pliego de condiciones, ANCAP no se encontraba en condiciones de entregar las barcasas al día siguiente a dicha empresa, como se había acordado. Asimismo exhortaba a la Gerencia Logística a tomar los recaudos necesarios para garantizar el abastecimiento de combustible en el litoral norte del país (correo Anexo XIX parte A pág. 24).

El día 8 de enero de 2014 A.N.C.A.P. notificó a la empresa KIOS S.A. la resolución antedicha y el Gerente de Logística inició las gestiones para adjudicar a NAUTIMILL S.A. el transporte del combustible (Anexo XIX sobre adjunto).

El día 9 de enero de 2014, personal del GRUBU realiza una nueva medición del calado del buque Huracán, a solicitud de KIOS S.A., que arrojó un calado máximo de 2,50 metros (Anexo Documental XIX-Contestación a oficio nº 1484/2017)

El día 10 de enero de 2014 A.N.C.A.P. otorga nuevamente el servicio de remolque de las barcasas a NAUTIMILL S.A.

La empresa KIOS S.A. promovió acción judicial ante el Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 1er Turno. La sentencia dictada –confirmada en segunda instancia y casación– condenó a A.N.C.A.P. al pago de los daños y perjuicios ocasionados a KIOS S.A. por el incumplimiento de la transacción celebrada el 27 de diciembre de 2013 (fs. 460-480, fs. 1781-1795).

## 2) La prueba.-

a) Anexo Documental V Parte A: demanda de nulidad presentada por KIOS S.A. ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (fs. 2-33); 2.- contestación de A.N.C.A.P. (fs. 33 vto.-50); 3.-demanda por daños y perjuicios presentada por KIOS S.A. ante Juzg. Contencioso Administrativo 1er Turno (fs. 51-91); 4.- contestación de A.N.C.A.P. (fs. 92-137); 5.-transacción entre A.N.C.A.P. y KIOS S.A. del 27/12/2013 (fs.137 vto.-140); 6.- escritos de desistimiento presentados por KIOS S.A. en ambos juicios (fs. 140 vto.-141); expediente administrativo nº 240595/0/0 iniciado el 23 de abril de 2010 para contratación de remolcador fluvial para transporte de combustible: pedido de precios nº 1700344800, adjudicación a NAUTIMILL S.A., denuncia de nulidad y recurso de revocación de KIOS S.A. y resoluciones del Directorio (fs. 142-411):

b) Anexo Documental V Parte B: 1.- expediente administrativo nº 241712 iniciado el 11 de mayo de 2011, para contratación de remolcador fluvial para transporte de combustible: pedido de precios nº 1700362600, adjudicación a NAUTIMILL S.A. , ampliación del pedido de precios, recurso de revocación de KIOS S.A. , resolución de Directorio (fs. 1-127); 2.- expediente administrativo nº 242663 iniciado el 27 de marzo de 2012, para contratación de remolcador fluvial para transporte de combustible: pedido de precios nº 1700377500, adjudicación a NAUTIMILL S.A., recurso de revocación de KIOS S.A. , resolución del Directorio (fs. 128-209);

c) Anexo Documental V parte C: 1.- expedientes administrativos para construcción de dos barcasas y un remolcador (fs. 1-299);

d) Anexo Documental XIV parte A: expediente administrativo nº 240595/0/0 iniciado el 23 de abril de 2010 para contratación de remolcador fluvial para transporte de combustible –ya relacionado en literal a;

e) Anexo Documental XIV parte B: expediente administrativo nº 241712 , iniciado el 11 de mayo de 2011 para contratación de remolcador fluvial para transporte de combustible –ya relacionado en literal b;

f) Anexo Documental XIV parte C: expediente administrativo nº 242663 iniciado el 27 de marzo de 2012 para contratación de remolcador fluvial para transporte de combustible –ya relacionado en literal b;

g) Anexo Documental XIV parte D: expediente administrativo nº 243344 iniciado el 8 de noviembre de 2012, para contratación de remolcador fluvial para transporte de combustible: 1.- pedido de precios nº 1700388400, adjudicación a NAUTIMILL S.A., recurso de revocación presentado por KIOS S.A. (fs. 1-165); 2.- informe de Servicios Jurídicos sobre acuerdo transaccional entre A.N.C.A.P. y KIOS S.A., proyecto de resolución y proyecto de convenio transaccional; aprobación por Gerencia Logística (fs. 165 vto.-178); 3.- resolución de Directorio nº 1777/12/2013 del 12/12/2013 (Acta nº 7669) que aprueba el convenio transaccional proyectado (fs. 182-183); 4.- Convenio Transaccional de fecha 27/12/2013 suscrito en representación de A.N.C.A.P. por José Coya y Miguel Tato (fs. 185-187); 5.- correo electrónico de Olga Logaldo de fecha 7 de enero de 2014 (fs. 190).

h) Anexo Documental VIII bis.- Contestación oficio nº 1483/2017: resolución nº 020/2013 del 25/1/2013 de Servicios Compartidos (fs. 150 vto.-151): resoluciones de Directorio nº 704/5/2014 del 15/5/2014 (Acta nº 7710) y nº 1777/12/2013 del 12/12/2013 (Acta nº 7696) (fs. 151 vto.-155).

i) Anexo Documental XIX.- contestación a oficio nº 1484/2017, parte A, B y sobre adjunto (fs. 2867-2868): expediente administrativo nº 243344/7 iniciado el 7/1/2014 por petición de NAUTIMILL S.A. ; expediente administrativo nº 243344/8 iniciado el 9/1/2014 por petición de KIOS S.A.; actas de notificación a KIOS S.A. de fecha 8/1/2014 de la decisión de no hacerle entrega de la custodia de las barcasas sitas en Nueva Palmira; copia de correo electrónico de fecha 10 de enero de 2014 por el cual el Área Logística solicita se contrate a NAUTIMILL S.A. para el servicio de empujador para las barcasas; expediente administrativo 243344/11;

j) Sentencias de primera y segunda instancias dictadas en autos “KIOS S.A. c/ A.N.C.A.P.- Daños y perjuicios” IUE 2-48665/2014 dictadas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, respectivamente (fs. 460-481 y fs. 1781-1795);

k) documentación presentada por la Defensa de Goldsztejn: hoja de misión de fecha 7/1/2014 expedida por GRUBU; acta de reunión de fecha 7/1/2014; informe de Facultad de Ingeniería de la UDELAR sobre oleaje en Puerto de Montevideo; informes de la Dirección Registral y de Marina Mercante; fotografías protocolizadas de la embarcación Huracán; acta notarial de constatación de mediciones de viento y oleaje en Dársena Fluvial y registro fílmico de dicha filmación; fotografías sin protocolizar de la embarcación Huracán (fs. 3527-3596); fotografías protocolizadas del buque Huracán (fs. 3736-3741);

l) declaración de Eduardo Lurner (fs. 1636-1653);

ll) declaración de Ruben Varela (fs. 1688-1692);

m) declaración de Fernando Capurro (fs. 1693-1700);

n) declaración de Ricardo Lemez (fs. 1675-1687 y 3720-3735);

ñ) declaración de Eduardo Goldsztejn (fs. 1703-1724 y 3736-3715).-

Corresponde advertir que con posterioridad al decreto que citó para resolución, se recibió documentación remitida por A.N.C.A.P. a esta sede, según resolución de Directorio de fecha 3/5/2018 comunicada por oficio nº 103-2018-D/243344/11, la que fue individualizada como Anexo XXVII. Dado que los documentos recibidos no han podido ser controlados por las partes, no serán objeto de valoración en esta resolución.

3) La responsabilidad penal.-

1.- La Fiscalía solicitó el enjuiciamiento de Eduardo Goldsztejn y Ricardo Lemez por entender que su conducta se adecua al delito de Abuso de funciones en los casos no especialmente previstos en la ley, previsto en el art. 162 del C.P. redacción dada por el art. 8 de la ley nº 17.060.

Las respectivas Defensas se opusieron a la requisitoria fiscal, entendiendo que los hechos no encuadran en la tipificación referida, por las razones de hecho y de derecho que exponen (fs. 3720-3735 y 3736-3715).

Corresponde entonces el análisis de la participación de los indagados en los hechos que se han entendido acreditados, a fin de resolver si su accionar se ajusta el tipo penal requerido por la Fiscalía.

2.- Cabe señalar que si bien la Fiscalía realizó un cuestionamiento en su dictamen, no requirió responsabilidades penales en relación a la transacción celebrada con KIOS S.A. mediante la cual se otorga el contrato de remolque de las barcazas en forma directa a la empresa mencionada.

En cambio, solicitó imputación respecto de Eduardo Goldsztejn y Ricardo Lemez, la que fundamenta en “una serie de acontecimientos que demuestran mala fe y abuso de funciones de parte de los mencionados funcionarios”, los que pueden reseñarse en la comisión de los siguientes “actos arbitrarios” mencionados en la requisitoria: a) concurren al Puerto del Buceo a efectuar la medición, sin coordinar debidamente el horario con los representantes de la empresa; b) no explicitaron al GRUBU cuál era la finalidad de la medición; c) realizaron la medición en condiciones climáticas inapropiadas que entorpecían el correcto desarrollo de la tarea; d) con su actuación irregular, indujeron en error a las autoridades de A.N.C.A.P., que entendieron –a partir de un informe de Jurídica- que KIOS había incumplido definitivamente la transacción celebrada.

Sobre esta plataforma fáctica deberá decidir la suscrita, ya que en aplicación de las reglas de la congruencia ya mencionadas, todas las restantes cuestiones no integran la continencia de la causa, y por lo tanto están excluidas del pronunciamiento.

Para la decisión a adoptarse se valorarán las pruebas de cargo agregadas en este procedimiento presumarial, con el debido contralor de las partes e incluso de los denunciantes. No se tendrán en consideración los documentos agregados en Anexo Doc. nº XXVII por las razones expuestas en el párrafo final del numeral 2 anterior, referido a la prueba.

Tampoco podrán considerarse las emergencias de la causa tramitada ante el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo I.U.E. 2-48665/2014mencionada en el dictamen de la Fiscalía. En este

sentido, se comparten las consideraciones de las respectivas Defensas de Lemez y Goldsztejn en relación a la prueba trasladada, regulada por el art. 145 del C.G.P. y el art. 29 del C.P.P. del año 1980 que se aplica en este proceso. De acuerdo a dichas normas, las probanzas recibidas en dicha causa no fueron agregadas a la presente en calidad de prueba trasladada. Por lo que en modo alguno puede una resolución judicial fundarse en una declaración testimonial que no obra agregada en la causa. Sí fueron agregadas en autos las sentencias dictadas por los tribunales que intervinieron en la causa mencionada, pero al respecto debe señalarse que la regla de independencia entre el proceso civil y el proceso penal establecida en el art. 28 del C.P.P. incluye los correspondientes fallos.

3) En relación al primer punto, entiende la suscrita que la referencia al Puerto del Buceo señalada por la Defensa, constituye un mero error material, ya que resulta de toda la prueba agregada que el buque Huracán estaba en el Puerto de Montevideo. Es también en el Puerto de Montevideo donde se ubica la sede del GRUBU, a la cual concurren los indagados para solicitar la medición del calado del buque.

Tampoco puede extraerse –del contexto relatado en el dictamen- que la Fiscalía entienda que la medición la realizaron materialmente los propios indagados, aun cuando se haya empleado el giro “realizan la medición” citado por la Defensa.

En definitiva, resulta claramente de las pruebas recibidas que la medición del calado se realizó por los buzos del GRUBU de la Armada y que en esa ocasión el buque Huracán se encontraba en la Dársena Fluvial del Puerto de Montevideo.

En cuanto a la falta de coordinación del horario de la medición, debe señalarse que la reunión del día 7 de enero de 2014 se realizó en las oficinas centrales de A.N.C.A.P. -ubicadas en la calle Paysandú esquina Paraguay- finalizando cerca de la hora 13.00. En el acta labrada y suscrita por los asistentes se asentó que la medición se realizaría ese mismo día. De acuerdo a información recabada vía telefónica por el Ing. Goldsztejn, el personal del GRUBU se retiraba a la hora 15.00. También representantes de KIOS S.A. llamaron al patrón del buque para notificarlo que ese día se iba a realizar la medición, obviamente antes de las 15.00 horas.

En el acta labrada se documentó el acuerdo que la medición se hiciera por personal del GRUBU – equipo de buceadores en el cual ambas partes confiaban. No se dejó constancia que dicha medición iba a ser presenciada por las partes de la transacción ni que hubiera que notificarse la hora de realización.

En la reunión se encontraban presentes, además de los técnicos de A.N.C.A.P. y el personal de la empresa KIOS S.A., varios abogados de A.N.C.A.P. -que no firmaron el acta (fs. 3720 y 3743)- y el abogado de la empresa KIOS S.A. Dr. Dante Barrios, quien sí firmó el acta, por lo que cabe concluir que no tuvo objeciones a su redacción.

En consecuencia, invocar posteriormente la irregularidad de la medición porque no fue comunicada formalmente la hora de la diligencia, cuando es claro que la misma debía hacerse en forma inmediata dado el escaso tiempo que restaba al horario laboral del GRUBU, es un exceso de ritualismo que no será de recibo en estas actuaciones.

Por la misma razón podría entonces cuestionarse la medición realizada el día 9 de enero de 2014 por personal del GRUBU, a pedido exclusivo de KIOS S.A. y sin noticia alguna a A.N.C.A.P.

En relación a que no fue aclarado al jefe del GRUBU el motivo de la medición –sin perjuicio que no resulta de autos sino de la declaración recibida en sede contencioso-administrativa- la suscrita no alcanza a comprender la relevancia de la cuestión. La tarea solicitada a los buzos fue la medición del calado del buque Huracán y esa fue la tarea realizada, según surge de la hoja de misión extendida el mismo día 7 de enero. El propósito de esa medición, es decir, el destino para el cual iba a ser utilizado su resultado, es por completo ajeno a su realización.

Por último, no resulta de estas actuaciones prueba alguna sobre las condiciones climáticas reinantes al momento de la citada medición. El jefe del GRUBU Capitán Alfredo Arijón permitió a su personal que realizara la medición solicitada, aun cuando puede entenderse -de acuerdo a las reglas de la experiencia- que si esas condiciones no eran las adecuadas, la tarea podría acarrear riesgos para la integridad física de los buzos.

Como ya se precisó anteriormente, no puede admitirse como prueba en este procedimiento una declaración recibida en otro juicio, que no obra agregada con las formalidades correspondientes a la prueba trasladada.

Por el contrario, el informe realizado por la Facultad de Ingeniería a solicitud de A.N.C.A.P. presentado por el indagado Goldsztejn como prueba de descargo, descarta las conclusiones del dictamen fiscal sobre las inclemencias del tiempo y el estado del agua en la Dársena Fluvial (fs. 3530-3532).

En suma, la tarea de medición fue realizada por los buceadores del GRUBU -grupo aceptado por ambas partes en la transacción. El procedimiento fue explicado por el Ing. Goldsztejn en su declaración (fs. 3475). Ni él ni el Ing. Lemez participaron de esa medición: Lemez permaneció en el muelle y Goldsztejn en el gomón del GRUBU (declaración Lemez fs. 3734). Se documentó en la hoja de misión agregada en autos, en la que no se formuló observación ninguna, ni sobre el estado del tiempo ni sobre ninguna otra circunstancia que pudiera haber incidido en el resultado de la medición del calado del buque.

Los citados Ing. Lemez y Goldsztejn no participaron en el proceso de elaboración de la transacción, aprobada por el Directorio y firmada el día 27 de diciembre de 2013 por los jefes de A.N.C.A.P.

La actuación de los ingenieros fue una tarea meramente operativa en cumplimiento del acuerdo al que se arribó el día 7 de enero de 2014 para efectivizar la transacción antedicha. Reunión a la que concurren en calidad de técnicos, subordinados al Gerente de Logística Ing. Alvaro Balarini, que también estaba presente. A saber: finalizada la reunión dieron cumplimiento a lo acordado concurrendo al Puerto de Montevideo para solicitar al GRUBU la medición del calado del buque Huracán. No realizaron la medición del calado, que fue hecha por buzos del GRUBU, y no fue invocado –ni por supuesto acreditado- que hayan interferido de alguna manera en el resultado obtenido por aquéllos, por ejemplo, falseando el mismo.

Finalizada la medición, entregaron en Servicios Jurídicos la hoja de misión expedida por el supervisor del GRUBU.

Esa misma tarde, la Dra. Olga Logaldo (Gerente de Servicios Compartidos) comunicó vía correo electrónico la decisión de no hacer entrega de las barcas a KIOS S.A. al día siguiente, como se

había acordado. Ese correo fue enviado a la Dra. Elena Silva, al Dr. Leonardo Bianchi y a los Ing. Balarini, Goldsztn, Lemez y Lurner (Anexo XIX parte A pág. 24).

Por lo expuesto, entiende la suscrita que no se ha reunido prueba suficiente como para concluir que los indagados hayan incurrido en la conducta delictiva cuya imputación se solicita. Es decir, remitiéndose a consideraciones expuestas en párrafos anteriores respecto del delito previsto en el art. 162 del C.P., no resultan de estas actuaciones elementos de convicción suficientes para entender que los Ing. Lemez y Goldzstejn hayan realizado de actos arbitrarios –motivados por fines espúreos o contrarios a los intereses públicos-, con abuso del cargo –excediéndose en los poderes que les conferían los cargos que ocupaban- y destinados a perjudicar a la Administración.

Por lo tanto, no existiendo prueba de cargo suficiente, entiende la suscrita que no es necesario el diligenciamiento de la prueba de descargo solicitada por las respectivas Defensas.

En mérito a todo lo expuesto, se desestimaré la solicitud fiscal de enjuiciamiento formulada respecto de los indagados RICARDO LEMEZ y EDUARDO GOLDSZTEJN.

#### E) RECEPCIÓN ANTICIPADA DE LA PLANTA DE BIOETANOL.-

En relación a la empresa subsidiaria Alcoholes del Uruguay S.A. (ALUR S.A.), el representante del Ministerio Público descartó las cuestiones denunciadas por representantes de Unidad Popular, entendiendo que no enmarcan en conductas delictivas, a saber: la aprobación de capitalizaciones, condonaciones de deuda y correcciones retroactivas de precios; la adquisición de un avión para uso de la empresa; la contratación directa de la agencia de publicidad en tanto la empresa se rige por las normas del derecho privado y no está obligada a realizar un procedimiento competitivo.

En relación a la construcción de la planta de bioetanol de Paysandú, los cuestionamientos de la Fiscalía se centraron en la firma de acuerdos modificatorios al contrato original con la empresa UTE Abener-TEYMA y específicamente, la recepción provisional de la planta.

Pero si bien el Ministerio Público realizó una serie de observaciones en relación a los Acuerdos Modificatorios, no solicitó imputación penal alguna al respecto –dado que están sometidos a proceso arbitral internacional, , por lo cual tampoco deben ser analizados en esta resolución.

Sin embargo, concluyó que el Gerente General de ALUR Ing. Manuel González incurrió en un accionar delictivo en ocasión de la recepción provisoria de la planta, por lo cual requirió su enjuiciamiento por la comisión de un delito de Estafa (art. 347 del C.P.).

En aplicación de la congruencia que rige el presumario – según consideraciones ya formuladas-, esta resolución deberá pronunciarse exclusivamente sobre el extremo de hecho que fundamenta la requisitoria fiscal, esto es, las irregularidades cometidas por el Ing. González en ocasión de la recepción provisoria de la planta de bioetanol en Paysandú.-

#### 1) Los hechos probados.-

1.- La empresa subsidiaria Alcoholes del Uruguay S.A. (ALUR S.A.) se constituyó en el año 1999. El paquete accionario se integró en un 90% propiedad de A.N.C.A.P. y el 10% restante propiedad de la Corporación Nacional para el Desarrollo. El objeto inicial de la sociedad era la distribución de alcoholes y solventes, pero luego se fue ampliando en el año 2006 cuando asumió la gestión de la ex

cooperativa CALNU, vinculándose a la producción de etanol, azúcar, alimento animal ganadero y energía eléctrica.

El 30 de octubre de 2007 el Parlamento aprobó la ley nº 18.195 (Ley de Agrocombustibles), que impuso a A.N.C.A.P. la obligación de “incorporar alcohol carburante producido en el país con materias primas nacionales, en una proporción de hasta un 5% (cinco por ciento) sobre el volumen total de la mezcla entre dicho producto y las naftas (gasolinas) de uso automotivo” que se comercializaran a partir del 31 de diciembre de 2014 (art. 6).

En ese marco, ALUR S.A. –por decisiones de su directorio- inició un proceso de inversiones para la construcción de plantas de biodiesel: primero, una de pequeñas dimensiones en Paso de la Arena, posteriormente una de mayores dimensiones en Capurro, y finalmente, en el año 2012 se decide la construcción de una planta de producción de bioetanol en Paysandú (declaración Cr. Gskirzewski fs. 1440-1441, declaración Cr. Dibarboure fs. 1512-1513, declaración de Ing. González fs. 1493-1494).

2.- De acuerdo a su declaración, el Ing. Manuel González ingresó a ALUR S.A. en el año 2008 por un llamado abierto para ingeniero de proyecto de una planta de biodiesel en Montevideo. En el 2009 fue designado Gerente de la Unidad Negocios de Biodiesel, encargada de la producción de biodiesel y subproductos. Entre los años 2012 y 2016 ocupó el cargo de Gerente General de ALUR S.A., jerarquizado al directorio de la empresa (fs. 1492).

3.- Para la construcción de la planta de Paysandú, el 31 de enero de 2013 se firmó el “Contrato de Diseño, Suministro, Construcción y Puesta en Operación Comercial Llave en Mano de una Planta de Producción de Bioetanol” entre: por una parte ALUR S.A. (el propietario), por otra parte UTE Abener Energía y Teyma Gestión de Contratos de Construcción e Ingeniería S.A. (el contratista), y por otra parte Teyma Uruguay S.A. (Teyma). La cláusula segunda estableció como objeto del contrato el desarrollo del proyecto que incluye el diseño, suministro, construcción y puesta en operación comercial, bajo la modalidad llave en mano, de la planta industrial de la producción de etanol, en la modalidad, lugar, términos y condiciones que se acuerdan en el contrato (contrato y anexos agregados en Anexo Doc. nº XV, fs. 2-79).

A lo largo del proceso de construcción y según fuera pactado en el documento antedicho, ese contrato original sufrió modificaciones en distintos puntos, habiéndose aprobado en definitiva siete acuerdos modificatorios entre enero de 2013 y agosto de 2016 (fs. 2444-2480).

4.- El 27 de abril de 2015 el Ing. Manuel González, en representación de ALUR S.A., procedió a la Recepción Provisional de la Planta y suscribió el acta correspondiente, en cumplimiento de lo dispuesto por cláusula 20.3 del contrato (acta de recepción cláusula III, fs. 2467).

La recepción provisional fue precedida de un Ensayo de Prestaciones realizado entre el 19 y 24 de abril de 2014 y una inspección conjunta de la planta por las tres empresas contratantes, de acuerdo a lo previsto en el contrato (cláusula I, fs. 2466 vto.).

Tal como se señala en el dictamen fiscal, en la cláusula III del acta de recepción se dejó constancia que “uno de los parámetros no se ajustó al valor garantizado y que dicha diferencia se compensa con mejoras registradas en otros valores garantizados” (fs. 2467).

Declaró Manuel González que la recepción provisoria de la planta de bioetanol era uno de los hitos en la ejecución del contrato. De acuerdo de lo estipulado, fue precedida por un ensayo de cinco días durante los cuales se realizó una producción controlada –de forma continua durante las veinticuatro horas del día- a fin de verificar el cumplimiento de las estipulaciones contractuales. Fue llevado a cabo por un equipo de técnicos integrado por cuatro jefes de turno, un jefe de producción, un jefe de mantenimiento, un jefe de división, las contrapartes designadas por el contratista y un tecnólogo de KATZEN (consultora). Ese ensayo evaluó que la mayoría de los parámetros relevantes cumplieron o superaron lo establecido en el contrato, con excepción de uno, el parámetro de conversión de almidón a alcohol que tuvo un desvío inferior al 2% del valor establecido en el contrato (declaración fs. 3297, acta de recepción fs. 2466 vto.-2467 y tabla de producciones y rendimientos esperados (Anexo IV del contrato original, agregada en Anexo Doc. nº XV fs. 59).

Así fue documentado en el acta antedicha (fs. 2467).

En cumplimiento de lo pactado en el contrato y acuerdos modificatorios, ALUR S.A. pagó a la contratista TEYMA (Abengoa) un premio por la entrega provisional anticipada de la planta (declaración González, fs. 3297-3298) que de acuerdo al dictamen fiscal ascendió a suma cercana a un millón de dólares (U\$S 1.000.000).

2) La prueba.-

a) copia simple del contrato entre ABENGOA y KATZEN para asesoramiento técnico en la construcción de Planta de Bioetanol, firmado el 16/12/2012 en Sevilla, España (fs. 1770-1779);

b) informe de ALUR contestación a oficio nº 1402/2017 (fs. 2441-1442);

c) documentación remitida en contestación al oficio nº 1402/2017: Anexo I: Acuerdos modificatorios (7) al Contrato de Diseño, Suministro, Construcción y Puesta en operación comercial llave en mano de planta de producción de bioetanol del 31 de enero de 2013 (fs. 2443-2480); Anexo II:

Acta de directorio de ALUR S.A. de fecha 22 de diciembre de 2015 (fs. 2481-2484); Anexo III: actuaciones relativas a la solicitud de recepción definitiva de la planta presentada por UTE Abener - Teyma Paysandú (fs. 2485-2500);

Anexo IV: Consulta jurídica sobre los acuerdos modificativos realizada por el Dr. Alejandro Hernández (fs. 2502-2412); acta de trabajos pendientes en la planta de bioetanol de fecha 9/6/2016 (fs. 2515-2517); acta de certificación de producción de alcohol en la planta de bioetanol de ALUR (fs. 2519); informe de evaluación de ofertas para la construcción de la planta de bioetanol (fs. 2521-2533); informe de avance de proceso de adjudicación Proyecto Fase II de fecha 3/2/2012 elaborado por Ing. Manuel González (fs. 2535); contrato LNTP sobre la construcción de planta de bioetanol llave en mano en Paysandú, firmado entre ALUR, UTE Abener Teyma Paysandú y Teyma Uruguay S.A., de fecha 11/10/2012 (fs. 2572-2582);

d) documentación presentada por el Ing. González en audiencia del 28/4/2017 (fs. 1453-1492);

e) documentación y escrito presentado por el Ing. Gonzalez en relación a Consulta jurídica al Dr. Alejandro Hernández (fs. 3043-3092 y fs. 3093-3107)

f) informe de ALUR en contestación a oficio nº 1627/2017 sobre estudio de ingeniería relativo al Tercer Acuerdo Modificatorio y documentos en Anexo III (fs. 3125-3126 y 3113-3124);

g) documentos presentados por el Ing. González en audiencia de fecha 6/3/2018: informe de ensayo de fecha 23/4/2015 de la Facultad de Ingeniería de UDELAR (fs. 3290); organigrama del Proyecto Bioetanol Paysandú (fs. 3296);

h) Anexo Documental XXII: documentación presentada por la Defensa en anexo y en audiencia de fecha 13 de abril de 2018 (fs. 3770-3798 y anexo);

i) Anexo Documental XXIII- contestación a oficio nº 179/2018: testimonio de contestación y reconvenición de demanda arbitral ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional;

j) declaración de Gabriel Skirzewiski (fs. 1440-1449);

k) declaración de Martín Dibarboure (fs. 1512-1520);

l) declaraciones de Manuel González (fs. 1492-1511, fs. 3297-3306 y fs. 3799-3827).

### 3) La responsabilidad penal.-

1.- El representante del Ministerio Público solicitó el enjuiciamiento de Manuel González por la comisión de un delito de Estafa (art. 347 del C.P.) entendiéndolo que por medio de engaños y artificios (invocando una compensación de valores inexistente, en lugar de no aceptar la recepción provisoria de la obra, otorgar un plazo a la contratista y negar el pago del premio de un millón de dólares) indujo en error a A.L.U.R., para procurar a un tercero –la contratista- un beneficio –el pago del premio- al cual no tenía derecho.

La Defensa se opuso a la requisitoria fiscal, manifestando en síntesis: en primer lugar, el Fiscal se equivoca en cuanto a los hechos que fundamentan su solicitud de enjuiciamiento, tanto en relación a la fecha de recepción provisional como en relación a la admisibilidad de la compensación de valores realizada; en segundo lugar, no se dan en el caso ninguno de los elementos del tipo penal de Estafa, por las razones que explica en extenso en su escrito de descargos (fs. 3770-3827).

2.- De acuerdo al principio acusatorio y a las reglas de la congruencia ya mencionadas, la suscrita deberá pronunciarse sobre los hechos en los cuales la Fiscalía fundamenta su requisitoria, a fin de resolver: en primer lugar, si los hechos referidos fueron probados, en el grado de suficiencia que exige la presente etapa procesal; en segundo lugar, si los hechos se adecuan al tipo penal requerido, esto es, el delito de Estafa (art. 347 del C.P.).

La Fiscalía fundamenta su requisitoria en dos extremos de hecho: a) la recepción provisional de la planta se verificó con posterioridad a la fecha acordada en el contrato (11 de febrero de 2015) por lo cual no correspondía que ALUR S.A. abonara a la contratista el premio pactado; b) el acta de recepción provisional hace referencia a una compensación de valores de parámetros resultantes del ensayo de prestaciones que no estaba prevista en el contrato. Entiende el sr. Fiscal que dado que la contratista no cumplió los valores garantizados, debió haberse aplicado lo dispuesto en las cláusulas 19.2 y 20.5 del contrato original, según las cuales “en caso de que se compruebe que la planta no alcanza alguna de las prestaciones garantizadas por causas imputables al contratista, el contratista

deberá ejecutar a su costo las correcciones y/o sustituciones que sean necesarias” (19.2 literal c) y que “en caso de que el contratista incumpla las prestaciones garantizadas sujetas a penalización...”, se le otorgaría un plazo de 12 (doce) semanas para realizar las modificaciones pertinentes para subsanar el incumplimiento. Por el contrario, afirma el sr. Fiscal, el Gerente González aceptó la recepción provisoria de la obra y dejó constancia que el valor del parámetro no alcanzado “se compensa” con mejores valores alcanzados en las restantes variables.

3.- En primer lugar, se analizará la cuestión relativa a la fecha de recepción provisional de la planta.

La recepción provisoria de la planta fue regulada en la cláusula 7.2 del contrato al establecer el plazo de ejecución, la que establece: “la recepción provisional de la planta tendrá lugar el día que se cumplan veintiocho meses consecutivos contados desde la firmal del LNTP (11 de octubre de 2012)”. Esa fecha era el 11 de febrero de 2015 (fs.18 vto. Anexo Doc. nº XV).

Más adelante, las cláusulas nº 19 y 20 regulaban el procedimiento a seguir para la puesta en marcha, el ensayo de prestaciones y la recepción provisoria de la planta (fs. 25 vto., 28 y 29 Anexo Doc. nº XV). Finalmente, la cláusula nº 24 establecía las penalidades para el caso de retraso imputable al contratista para la entrega provisoria (24.1) y los premios para la empresa UTE en caso de entrega provisoria anticipada respecto del 11 de febrero de 2015 (24.3) (fs. 33 vto.-35 Anexo Doc. nº XV).

Sin perjuicio de las fechas estipuladas en el contrato original, la cláusula 7.4 confería al contratista (UTE-TEYMA) la facultad de solicitar al propietario (ALUR) la extensión del plazo de ejecución de los trabajos, en caso de determinados supuestos que se establecían. Si la petición era aceptada por el propietario, el contrato habilitaba a las partes a convenir la modificación del cronograma de obra y el nuevo plazo de ejecución (fs. 18 vto.- 19 Anexo Doc. nº XV).

Asiste razón a la Defensa en cuanto la fecha de entrega provisoria originalmente fijada para el día 11 de febrero de 2015, fue prorrogada.

En efecto, resulta de los Acuerdos Modificatorios agregados (fs. 2443 y sig.) que en dos oportunidades durante la ejecución del contrato y habiéndose configurado las causales previstas, las partes firmaron Acuerdos Modificatorios que -entre otros puntos- prorrogaban la fecha fijada para la recepción provisoria de la planta. Por el Primer Acuerdo Modificatorio (del 12/2/2014) se acordó como nueva fecha de recepción provisoria el día 29 de abril de 2015 (cláusula 2.1, fs. 2446) y por el Segundo Acuerdo Modificatorio (del 25/7/2014) se fijó como fecha para la recepción provisoria el 26 de junio de 2015 (cláusula 4 fs. 2449 vto.-2450).

Del cotejo del contrato y acuerdos modificatorios resulta que la recepción provisional de la planta, verificada el día 27 de abril de 2015, se realizó sesenta días antes que la fecha fijada en el segundo acuerdo -vigente en esa oportunidad- esto es, el 26 de junio de 2015.

Como consecuencia de haber operado la recepción provisional en forma anticipada, nació el derecho de la empresa contratista de cobrar el premio estipulado en el contrato (cláusula 24.3 Anexo XV fs. 35).

No hubo entonces un accionar irregular del Gerente González en tanto –se reitera- la recepción provisional se verificó con anterioridad a la fecha estipulada en el Segundo Acuerdo Modificatorio.

4.- En segundo lugar, corresponde pronunciarse respecto del punto relativo a la compensación de valores alcanzados realizada en oportunidad de la recepción provisional.

La Fiscalía funda su requisitoria en que el Ing. González relación una compensación –no prevista en el contrato- entre los valores obtenidos en el Ensayo de Prestaciones para los diferentes parámetros respecto de los valores garantizados, a raíz de una diferencia en la tasa de conversión de kgs. de etanol/kgs de almidón.

La compensación referida fue documentada en la cláusula III del acta de recepción provisional de la planta (fs. 2467) y fue admitida por el Ing. González en su declaración en audiencia del 6 de marzo de 2018.

Según declaró el indagado, los parámetros relevantes cumplieron o superaron los valores garantizados, a excepción del parámetro de conversión de almidón a alcohol, que tuvo un desvío inferior al 2% del valor garantizado en el contrato. Sobre el punto, explicó González que el ensayo de medición del contenido de almidón se realiza mediante una técnica de la Facultad de Ingeniería, la que tiene un error propio del sistema de medición superior al 2% (informe de ensayo de la Facultad de Ingeniería, fs. 3290). Por esa razón no podía concluirse que la diferencia de valor fuera un incumplimiento contractual y atento a que los otros ensayos cumplían los requisitos contractuales, se procedió a la recepción provisional (declaración fs. 3297). Agrega el indagado, en relación al margen de error y a la compensación realizada: “en el contrato original no recuerdo si estaba establecido o no, dado que se realizó tres o cuatro años antes y puede que algunas condiciones de esa recepción provisoria se revisaron luego” (fs. 3298).

También en este punto la suscrita deberá dar la razón a la Defensa, desde que la compensación referida estaba prevista expresamente en el Segundo Acuerdo Modificadorio, cuya cláusula nº 3 previó la posibilidad de compensaciones en caso de diferencias en los valores obtenidos en relación a los valores garantizados.

Los valores garantizados fueron establecidos en el Anexo IV del Contrato original (fs. 57 vto.-59), específicamente en la tabla de producciones y rendimientos esperados (fs. 59). El cotejo entre los valores establecidos en esa tabla y los valores de la tabla realizada en oportunidad de la recepción provisional de la planta (fs. 2466 vto.-2467), corrobora los dichos de Manuel González en audiencia (fs. 3297-3298) y en el escrito presentado con fecha 20 de marzo de 2018 (fs. 3469-3472).

Por lo cual tampoco en este punto existió a juicio de la suscrita un accionar irregular de Manuel González.

5.-Se dijo que no corresponde pronunciarse en relación a los Acuerdos Modificatorios, dado que no fueron objeto de requisitoria fiscal alguna. Sin embargo, es del caso señalar que los dos Acuerdos Modificatorios mencionados en los párrafos anteriores -por los cuales se prorrogó la fecha de recepción provisional y se pactó la posibilidad de compensación de valores- fueron suscritos en representación de ALUR S.A. por su Presidente Leonardo De León y el Gerente General Ing. Manuel González (fs. 2447 vto. y 2450). Razón por la cual no puede invocarse que las addendas –que en definitiva se aplicaron para la recepción provisional- fueron realizadas por el Gerente sin conocimiento del directorio de la empresa.

Es preciso agregar además, que tampoco fue objeto del pedido fiscal la controversia relativa a los errores en el ensayo de prestaciones que actualmente se ventilan en sede de Arbitraje Internacional, según los informes obrantes en autos. Por lo cual a los efectos de esta decisión, deben tenerse por válidos los ensayos realizados en oportunidad de la recepción provisional de la planta.

Por la misma razón, entiende la suscrita que los argumentos esgrimidos por ALUR S.A. en su escrito contestación y reconvencción a la demanda presentada por la empresa contratista no constituyen prueba suficiente de los hechos, desde que forman parte de la defensa de la empresa en el proceso arbitral. Además, fueron agregados en autos con posterioridad a la formulación de descargos por lo cual la defensa de González no pudo realizar el contralor exigido por las garantías del debido proceso.

6.- En conclusión, la recepción provisional de la planta de bioetanol se realizó de acuerdo con las estipulaciones contractuales, según las cláusulas antes señaladas.

No surgen acreditado a juicio de la suscrita -ni aún con el carácter de provisoriedad exigido en esta etapa del proceso- que el indagado Manuel González haya realizado maniobras o estratagemas artificiosas para inducir en error a ALUR S.A. y así procurar un beneficio injusto a la empresa contratista.

Resulta de obrados que para la construcción de la planta se conformó un equipo integrado por técnicos de A.N.C.A.P. y de ALUR S.A. con una estructura específica dado la entidad del proyecto (declaración Cr. Gskirzewski fs. 1441 vto., organigrama fs. 3065-3066). El Ing. González en su calidad de Gerente General de ALUR S.A. realizó la supervisión general del proyecto y reportaba directamente al Presidente de ALUR S.A. Leonardo De León (fs. 1494). En sesión del 2 de febrero de 2015 y ante la renuncia a la Presidencia por parte de Leonardo De León, el directorio de ALUR S.A. acordó la necesidad de otorgar al Gerente General (Manuel González) un poder general de administración para permitir “la fluidez de las formalizaciones de las decisiones operativas”. Por lo que se resolvió que ese poder se revise por mail entre los directores y síndico y se apruebe formalmente por el Presidente, cargo que a partir de esa fecha recayó sobre Germán Riet (fs. 3086-3088 y 3793-3794).

Entonces, las actuaciones llevadas adelante por el Gerente General contaron con el contralor en primer lugar del Presidente de ALUR S.A. Leonardo De León, quien también firmó los dos primeros acuerdos modificatorios. A partir de su renuncia como Presidente, el Gerente Manuel González actuó en función del poder de administración que se le confirió.

Por otra parte, el premio a recibir por la contratista -cuestionado en el dictamen fiscal- ya había sido pactado en el contrato original (cláusula 24.3 fs. 35 del Anexo Doc. nº XV) y se introdujeron modificaciones en las addendas posteriores. Es cierto que la cláusula 2.1 del Quinto Acuerdo Modificatorio prevé una bonificación adicional para la empresa contratista (fs. 2462 vto.-2463 vto.). Pero mal puede decirse que dichas addendas -firmadas por Manuel González- no eran conocidas por ALUR S.A.

Resulta de las copias de correos electrónicos agregados por el indagado, que las propuestas de modificaciones eran puestas en conocimiento de los técnicos de ALUR S.A. previamente a la firma de las adendas (fs. 3773-3788). Específicamente, el borrador del Quinto Acuerdo Modificatorio y Acta

de Recepción Provisional fue enviado vía correo electrónico a la consultora KPMG, a los gerentes de ALUR S.A. Mauricio Salvatierra y Walter Bisio y al abogado de la empresa Dr. Robert Miller (fs. 3773-3782).

Más aún, obra agregado un correo del 18/5/2015, enviado por Asesoría Jurídica de Abengoa UTE-Teyma Paysandú al Dr. Robert Miller que dice: “el viernes pasado le enviamos el juego de originales del Acta RP (Recepción Provisional) y 5ª Adenda firmados”. Robert Miller contestó en la misma fecha acusando recibo de la documentación y sin formular observación alguna al respecto (fs. 3778).

7.- Por todo lo expuesto, no corresponde atribuir responsabilidad penal a Manuel González, en el entendido que su accionar se ajustó a las especificaciones del Contrato de Diseño, Suministro, Construcción y Puesta en Operación Comercial Llave en Mano de una Planta de Producción de Bioetanol, firmado el 11 de octubre de 2012, así como las estipulaciones del Primer Acuerdo Modificatorio, del 12 de febrero de 2014 y del Segundo Acuerdo Modificatorio, del 25 de julio de 2014.

#### F) USO DE TARJETAS CORPORATIVAS DE A.N.C.A.P.-

##### 1) Los hechos probados.

1.- En el mes de junio de 2017 y como consecuencia de informes periodísticos, representantes del Partido Nacional y del Partido Independiente, así como el propio representante del Ministerio Público, solicitaron se ampliara la instrucción llevada adelante en estos obrados a fin de investigar presuntas irregularidades cometidas por los Directores de A.N.C.A.P. en el uso de tarjetas de crédito corporativas (fs. 1348 a 1349, 1350 y 1365).

2.- Como señala la Fiscalía en su dictamen, por resolución nº 322/3/2011 del 24 de junio de 2011, el Directorio de AN.C.A.P. aprobó un reglamento titulado “Procedimiento para el uso y administración de tarjetas corporativas de Directorio” (Anexo Doc. nº XVII parte C - Respuesta a Oficio nº 731/2017, p. 1523 vto.-1524 vto.).

Dicho reglamento establece, en síntesis, que cada Director tiene asignada una tarjeta para “efectuar pagos por gastos imprevistos que surjan en sus misiones de trabajo”. Asimismo, dispone que cada Director es responsable personal por los gastos incurridos, y que mensualmente, en un plazo no mayor a dos días hábiles posteriores al cierre de la tarjeta, cada usuario debe remitir a la Gerencia de Relaciones Institucionales y Comunidad una copia del estado de cuenta y los comprobantes de los gastos.

3.- Según su propia declaración, durante su ejercicio como Presidente del Directorio de A.N.C.A.P. Raúl Sendic hizo uso de las tarjetas corporativas, especialmente la tarjeta VISA, en los términos establecidos por el reglamento (fs. 2618-2620).

De los estados de cuentas de las tarjetas agregados en esta causa (Anexo Doc. nº XVII parte A pág. 6-17 vto. y parte B pág. 961-1189) resulta que Raúl Sendic usó la tarjeta en más de trescientas oportunidades, en el país y en el exterior.

El listado de gastos incluye hoteles, restaurantes y combustibles, compras realizadas en tiendas de ropa, freeshops, supermercados, calzados deportivos, electrónica, joyería y librerías, entre otros.

El monto total aproximado de los gastos pagados con la tarjeta corporativa asciende a \$ 550.000 (quinientos cincuenta mil pesos uruguayos) y U\$S 38.000 (treinta y ocho mil dólares).

De los informes recibidos resulta que el reembolso realizado por Sendic durante su ejercicio como presidente de la empresa estatal, fue de U\$S 130 (ciento treinta dólares) (recaudo fs. 2271, Anexo Doc. n° XVII parte B pág. 835-890, informe JUTEP fs. 1948).

4.- El indagado no aclaró las compras realizadas, ni en la nota presentada a la JUTEP ni en su comparecencia ante esta sede. Tampoco presentó las facturas correspondientes a los gastos ni comprobantes de haber procedido al reembolso a A.N.C.A.P. en caso de gastos personales (fs. 1941-1942 y 2606-2634).

2) La prueba recibida.-

a) publicaciones de prensa (fs. 1354-1355, 1358-1364

b) informe de A.N.C.A.P. sobre uso de tarjetas corporativas (fs. 2314-2315);

c) Anexo Documental n° XVII partes A, B y C – contestación a oficio n° 731/2017: estados de cuentas de tarjetas VISA y MASTERCARD utilizadas por directores de A.N.C.A.P.; reglamento de uso de tarjetas corporativas; informe sobre reembolso de gastos y justificaciones de compras personales o gastos imprevistos;

d) informe de la Junta de Transparencia y Ética Pública (fs. 1933 a 1950);

e) declaración de Raúl Sendic (fs. 2606-2634 y fs. 3635-3652).

3) La responsabilidad penal.-

1.- El representante del Ministerio Público solicitó el enjuiciamiento de Raúl Sendic bajo la imputación de reiterados delitos de Peculado, por entender que su conducta se adecua a la previsión de los arts. 54 y 153 del C.P.

Por su parte, la Defensa controvertió la requisitoria, manifestando en síntesis que Raúl Sendic nunca hizo uso de la tarjeta fuera de los fines previstos en el reglamento y que cuando debió utilizarla en alguna ocasión extraordinaria o en alguna compra personal, hizo los reembolsos correspondientes. Sin embargo, afirma, la prueba no ha podido ser localizada en los archivos informáticos de A.N.C.A.P. y no se han encontrado los comprobantes de los gastos efectuados, por lo cual se ha dispuesto una investigación administrativa al respecto. Concluye que disponer un enjuiciamiento sin que haya concluido esa investigación atenta contra el derecho al debido proceso y el principio de inocencia (fs. 3646-3648).

Analizadas las emergencias de las actuaciones cumplidas en relación al tema en cuestión, la suscrita accederá a la requisitoria fiscal, por las razones que se exponen a continuación.

2.- Como señala el informe de JUTEP, la tarjeta corporativa constituye “una herramienta financiera usada por las instituciones para realizar, gestionar y controlar los gastos de forma cómoda y sencilla. Es una herramienta que aporta trazabilidad y en ningún caso debería convertirse en una excusa para diluir controles” (fs. 1936).

Sin embargo, de acuerdo a los informes remitidos por A.N.C.A.P. y las conclusiones de la JUTEP, la empresa estatal no llevaba a cabo el debido control del uso de las tarjetas corporativas, conforme estaba regulado en el reglamento de uso del año 2011.

En este sentido, el control que realizaba por la Gerencia Económica Financiera consistía solamente en “la verificación que el monto global de las compras con tarjetas corporativas, fuese equivalente al monto debitado por el BROU y que las tarjetas fueran válidas”, pero no se realizaba el control con los vaucher correspondientes y las facturas de compra, ni se cumplía con la intervención del Contador Delegado (informe JUTEP fs. 1935-1936).

Es así que recién después de una búsqueda exhaustiva, la empresa pudo enviar a la JUTEP los comprobantes respaldatorios de los gastos realizados por los directores Riet, Gómez y Amaro (fs. 1939). Todo lo cual diera lugar a que –como señala la Defensa- el actual directorio dispusiera una investigación administrativa sobre eventuales responsabilidades respecto del archivo y conservación de comprobantes de gastos efectuados mediante tarjetas corporativas (informe fs. 1938, copia de resolución fs. 3632-3633).

3.- Entiende la suscrita que esa omisión de la empresa no ampara la completa omisión del Presidente del ente en justificar los gastos realizados.

Descartando los gastos de hoteles, restaurantes y combustibles -que pueden atribuirse al cumplimiento de la función y por tanto acordes al reglamento de uso de las tarjetas- resultan de los estados de cuentas correspondientes a sus tarjetas, numerosas compras en tiendas de ropa, supermercados, calzados deportivos, electrónica, joyería y librerías, entre otros, en nuestro país y en el exterior, sin los correspondientes comprobantes justificativos.

Se comparten las consideraciones de la Fiscalía en cuanto afirma que el indagado no ha podido explicar razonablemente, en ninguna instancia -judicial o extrajudicial- los gastos realizados. Tampoco ha presentado recibos de los reembolsos que realizó en los casos que correspondía, según su declaración.

Tampoco puede admitirse que todas esas compras obedecieran a motivos funcionales, tanto por la naturaleza de los gastos como por el número de compras realizadas, “no siendo bajo ningún concepto razonable que tamaña cantidad de dinero responda a gastos imprevistos, que era el fin para el que estaba previsto el uso de las tarjetas”, como expresa el sr. Fiscal.

A modo de ejemplo, en relación a explicación brindada en audiencia sobre la compra realizada el 3 de enero de 2011 en tienda de La Paloma (fs. 2619-2620), A.N.C.A.P. informó a la JUTEP que “el sr. Sendic se encontraba en uso de licencia y que no se dispone de información sobre la realización de algún evento con participación institucional en el departamento de Rocha en esa semana (fs. 1948).

4.- Atento a los argumentos esgrimidos por la Defensa, cabe señalar que la conclusión antedicha no significa en modo alguno violentar el principio de inocencia que rige el proceso penal.

Como se dijo en párrafos anteriores, ha quedado primariamente acreditado en esta etapa procesal, que Raúl Sendic realizó compras con la tarjeta corporativa de A.N.C.A.P. por \$ 550.000 (quinientos cincuenta mil pesos uruguayos) y U\$S 38.000 (treinta y ocho mil dólares). El reembolso acreditado por Sendic asciende a U\$S 130 (ciento treinta dólares) (fs. 2271 de estos autos, Anexo Doc. nº XVII).

Este hecho no fue controvertido por Raúl Sendic, limitándose a manifestar que cumplió el procedimiento establecido en el reglamento pero sin agregar justificativo ni comprobante alguno, como sí hicieron otros directores al declarar en esta causa. Así Juan Eduardo Máspoli presentó en la sede copia de estados de cuenta de las tarjetas y el justificativo de la compra de un teléfono celular debido a su rotura en un viaje, el cual entregó en A.N.C.A.P. cuando finalizó su ejercicio como director (fs. 2391-2118); Juan Justo Amaro declaró haber utilizado la tarjeta para pagar gastos en ocasión de un viaje a Londres por asunto de A.N.C.A.P. durante el cual fue víctima de hurto, procediendo posteriormente al reembolso de los gastado (fs. 2272-2274 y fs. 2280). Tales reintegros resultan asimismo del informe agregado por A.N.C.A.P. (Anexo XVII) además de los correspondientes a Germán Riet y Raúl Sendic, éste último por la suma de U\$S 130 (ciento treinta dólares).

Como se dijo anteriormente, la naturaleza y cantidad de compras realizadas con la tarjeta corporativa usada por Raúl Sendic, permite concluir -con el grado de provisoriedad admisible en esta etapa procesal- que las mismas no correspondieron exclusivamente al ejercicio de su función como Presidente, sino que constituyeron gastos personales que no reembolsó a la empresa estatal tal como exigía el reglamento.

5.- Esta conducta es violatoria de las normas de conducta exigibles a los funcionarios públicos en relación a la administración de fondos públicos, establecidas en los arts. 20 a 23 de la denominada Ley Anticorrupción nº 17.060 y del decreto nº 30/2003. Máxime cuando se trataba de un funcionario que ocupaba el cargo de mayor jerarquía en el ente estatal, esto es, la Presidencia del Directorio de A.N.C.A.P.

A juicio de la suscrita y compartiendo el dictamen fiscal, el accionar relatado evade la esfera administrativa y es alcanzado por las normas del derecho penal.

En efecto, se han reunido elementos de convicción suficientes para entender que Raúl Sendic, en su calidad de Presidente de A.N.C.A.P., hizo un uso indebido del dinero del ente estatal –a través de la tarjeta corporativa de que estaba en posesión en razón de su cargo-, apropiándose de importantes sumas, que empleó en gastos personales.

Enseña Camaño Rosa en relación al tipo penal antedicho: “...El concepto de “posesión” también es amplio y difiere del civil. Implica la facultad que tiene la administración pública para disponer de una cosa, utilizándola para sus fines propios, por intermedio de sus funcionarios...” agregando “...La mencionada posesión puede tener su origen tanto en la ley, como en un acto administrativo o en la simple costumbre...” Y en lo que refiere al otro extremo comprendido en la norma expresa “...la posesión tiene que ser “por razón del cargo”, en sentido estricto, o sea a causa de las funciones o de la competencia, por lo menos genérica, del funcionario...” (Camaño Rosa, Antonio, Delitos contra la Administración Pública en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Tomo 60 Año 1963. Pág. 128).-

El indagado realizó la conducta material exigida por el art. 153 del C.P. que consagra el delito de Peculado, del cual se hizo reseña en capítulos anteriores. A saber: Sendic conjugó el verbo nuclear “apropiarse”, desde que existió inversión del título de posesión en propiedad; se configuró el requisito típico, dado que estaba en posesión de la tarjeta con la cual realizó los gastos en razón de su cargo; se cumplió asimismo la referencia subjetiva, esto es, obtuvo un beneficio por las compras realizadas con la mencionada tarjeta y en definitiva abonadas por el dinero público.

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de lo que resulte en el devenir del proceso a iniciarse, se accederá a la requisitoria del Ministerio Público imputando prima facie a RAÚL FERNANDO SENDIC RODRÍGUEZ la comisión de REITERADOS DELITOS DE PECULADO, de conformidad con las previsiones de los arts. 54 y 153 del Código Penal.

### III) LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISORIA.-

1) De acuerdo a lo previsto por el art. 125 del C.P.P., se exige para dar inicio al sumario que, habiendo valorados las probanzas recibidas conforme las reglas de la sana crítica, resulte primariamente de la misma que ha ocurrido un hecho con apariencia delictiva y que existan elementos de convicción suficiente para establecer prima facie que el indagado tuvo participación en el mismo. Es decir que en esta etapa del proceso, la decisión se limita a resolver si se configura prueba suficiente que legitime el enjuiciamiento cuestionado, sin que esto implique prejuzgamiento o conclusión definitiva (art. 125 inc. 4 lit. A y B y art. 132 del C.P.P.).

2) Del análisis de las emergencias de la causa a la luz de las consideraciones expuestas a lo largo de esta resolución, se concluye que el informativo probatorio recogido permite tener por reunidos elementos de convicción suficientes para acceder parcialmente a la requisitoria fiscal.

Por los fundamentos expuestos en el Considerando nº III literales B y F, entiende la suscrita que la conducta típica, antijurídica y culpable de RAÚLFERNANDO SENDIC RODRÍGUEZ se adecua prima facie a UN DELITO DE ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES, EN RÉGIMEN DE REITERACIÓN REAL CON REITERADOS DELITOS DE PECULADO, de acuerdo a lo dispuesto por los art. 54, 153 y 162 del C.P. (el último en la redacción dada por el art. 8 de ley nº 17.060).

Los delitos serán imputados EN CALIDAD DE AUTOR, en tanto el agente realizó los actos materiales constitutivos del tipo penal, de acuerdo a lo previsión del art. 60 nº 1 del Código Penal.

La requisitoria formulada por el Ministerio Público expresamente descartó la solicitud de medida cautelar –prisión preventiva u otra medida limitativa de la libertad-, por las razones que expone en el dictamen.

Según ya se ha expresado, la petición fiscal delimita el contenido de la resolución del Juez, lo cual es aplicable también en relación a las medidas limitativas de la libertad. Así, ha sido posición sustentada por la suscrita que no corresponde al Juez disponer medida cautelar –específicamente la prisión preventiva o medida sustitutiva a la prisión- sin requisitoria fiscal previa, ya que en tal caso estaría actuando de oficio, en contravención al principio acusatorio que rige el proceso penal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 22 de la Constitución de la República. Posición que se ha visto reforzada por la vigencia del nuevo Código del Proceso Penal (ley nº 19.293 y modificativas), según el cual toda medida cautelar limitativa de la libertad requiere petición del titular de la acción penal.

Por lo cual el enjuiciamiento será dispuesto SIN PRISIÓN y bajo caución juratoria.

Por otro lado, atento a las penas previstas para los delitos imputados (arts. 153 y 162 del C.P.) y el concurso delictual regido por las reglas del art. 54 del C.P., se estima que es previsible que la pena a requerir en su oportunidad por el acusador alcance guarismos de penitenciaría. En su mérito y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 80 lit. a de la Constitución de la República, el art. 81 nº 1 del C.P., el art. 20 de la ley nº 8.070, la Acordada de la Suprema Corte de Justicia nº 7.529 del 18 de octubre de

2004 y la Resolución de la Suprema Corte de Justicia nº 81/2015, corresponde comunicar el procesamiento dispuesto a la Corte Electoral, a los efectos correspondientes.

3) Por el contrario, la proveyente se permitirá discrepar con el representante del Ministerio Público, y de acuerdo a las consideraciones expuestas en los Considerandos nº III literales A, B, C, D y E, se concluye que no corresponde atribuir responsabilidad penal por los hechos referidos en la plataforma fáctica de la requisitoria, a los indagados JUAN JUSTO AMARO, JOSÉ COYA, JUAN LUIS ROMERO, EDUARDO GOLDSZTEJN, RICARDO LEMEZ y MANUEL GONZÁLEZ.

Asimismo, por las razones expuestas en el Considerando nº III literal A, se desestimaré la imputación requerida respecto de RAÚL SENDIC por su participación en los hechos relativos a la negociación con TRAFIGURA y PETROECUADOR.

Según enseña la doctrina en conceptos que recoge la jurisprudencia, “cuando se dicta un auto de procesamiento el Juez, emitiendo un juicio de probabilidad, declara que hay elementos probatorios suficientes para presumir que el imputado es culpable. Es un juicio de probabilidad ..... donde los elementos afirmativos deben ser superiores a los negativos, de modo ya que no basta la simple posibilidad de que concurren los elementos de la imputación. .... La duda sobre cualquier extremo de la imputación no autoriza el procesamiento sino que obliga a declarar la falta de mérito para dictarlo” (Vélez Mariconde, citado en Rev. Der. Penal, nº 11, c. 900, p. 510).

Pero la suficiencia que constituye la nota reclamada para que la prueba reunida en la instrucción presumarial justifique el procesamiento, guarda relación con la requerida para condenar: "...serán suficientes cuando, a criterio del Juez, ellas permitan, por sí solas, o, conjuntamente con otras nuevas a producir durante el ulterior desarrollo del proceso, concluir éste en una probable sentencia condenatoria" (TAP 2º, S. 159/97, LUJ, c. 13336).

Así lo ha entendido el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, afirmando que “la exigencia de suficiente que constituye la nota distintiva de la prueba reunida para procesar a un individuo, debe ser correlacionada con la requerida para condenar que no es otra que la plena prueba. .... Es decir, la suficiencia requerida lo es en relación a los elementos de convicción, o dicho de otra manera, suficientes probanzas que persuadan que el imputado tuvo participación en el delito. .... Pero además esto supone que cuando las pruebas recogidas en la etapa presumarial carecen de esta idoneidad probatoria, el Juez no debe trasponer esta etapa del procedimiento penal” (Rev. Der. Penal, nº 11, c. 906, p. 512-513; Cf. Rev. Der. Penal, nº 12, c. 320, p. 433, c. 323, p. 435). En el mismo sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno sentenció que “para establecer que ha existido una conducta desvalorada por el derecho penal como resultado de la voluntad de un sujeto determinado, es necesario que el juez llegue a esa convicción y resuelva decretar el auto de procesamiento. .... Pero debe reunirse elementos suficientes y evaluar la posibilidad cierta o probable de obtener nuevos elementos que refuercen el nexo hecho-autor” (Rev. Der. Penal, nº 11, c. 971, p. 533).

Por las razones expuestas en los considerandos señalados, la prueba reunida no tiene la fuerza convictiva suficiente para disponer la sujeción a proceso penal de los indagados individualizados en el numeral 3º de este capítulo, en el entendido que no se han configurado los elementos necesarios para la imputación del tipo penal requerido.

4) A modo de síntesis, cabe reiterar conceptos ya vertidos, señalando que el delito consagrado en el art. 162 del C.P. constituye un tipo penal abierto -criticado por quienes propugnan su inconstitucionalidad por entender que “es una forma de extender al aparato punitivo una carta de crédito en blanco, pronta a ser llevada según el momento, circunstancia y valoración de los operadores penales” (Aller, Germán.- Derogar el tipo penal de Abuso de Funciones, en Criminología y Derecho Penal, Tomo 1, Ed. Del Foro, 2005, p. 42).

A juicio de la suscrita y para evitar que esto suceda, es necesario acotar la interpretación de los elementos constitutivos del tipo. En ese sentido, el medio típico para cometer el delito es el abuso del cargo, que significa el uso ilegítimo de las facultades, poderes y medios inherentes al cargo público que se ejerce. El acto arbitrario es un acto antijurídico, viciado por haberse verificado mediante abuso de los poderes del cargo y que se ubica en el ámbito de los móviles del autor de la conducta, entendiendo que será arbitrario aquel acto que tenga motivos espúreos y contrarios al interés de la administración (Rev. Der. Penal nº 10, c. 9, p. 69). Por último, la expresión “en perjuicio de la Administración o de los particulares” contenida en el art. 162 del C.P., constituye una referencia subjetiva del tipo penal. Sostiene la doctrina que las referencias subjetivas cumplen una función constitutiva del tipo penal y contribuyen a la precisión del injusto. Así se ha dicho que “los elementos subjetivos vienen a precisar el tipo legal, a dar cumplimiento al principio de certeza. Su inclusión dentro del tipo tiende a excluir la vaguedad y constituye un obstáculo a la arbitrariedad” (Bustos Hormazábal, Lecciones de Derecho Penal, Parte general, p. 218, citado por Camaño, Diego.- “El delito de abuso de funciones ....” en Rev. Der. Penal nº 17, p. 162). En el art. 162 del C.P., la referencia subjetiva “en perjuicio” marca el propósito del agente, representa la dirección en la cual se proyecta la intención del agente.

Según se ha señalado al analizar los hechos reseñados en el dictamen fiscal y la participación de cada uno de los indagados mencionados en el numeral 3º, no se configuraron los elementos necesarios del tipo penal.

La conducta desplegada, en cada caso, no reúne los caracteres necesarios para ser calificada como actos arbitrarios dictados con abuso del cargo. En el aspecto objetivo, fueron decisiones adoptadas en el ámbito de la competencia funcional de sus respectivos cargos. En el aspecto subjetivo, no surge acreditado en ninguno de los casos que se haya actuado con desviación de poder o por móviles espúreos o contrarios al interés público, ni que el accionar haya estado dirigido a ocasionar un perjuicio, sea a la Administración o a los particulares.

Por lo que de acuerdo a los extremos de hecho y consideraciones de derecho antes expuestas y conforme lo dispuesto por los arts. 3, 18 y 60 del Código Penal y art. 162 del C.P. en la redacción dada por la ley nº 17.060, se desestimaré la solicitud de enjuiciamiento formulada por el Ministerio Público respecto de JUAN JUSTO AMARO, JOSÉ COYA, JUAN LUIS ROMERO, EDUARDO GOLDSZTEJN, RICARDO LEMEZ y MANUEL GONZÁLEZ. Asimismo se desestimaré la solicitud de enjuiciamiento de RAÚL SENDIC por los hechos referidos a la negociación de A.N.C.A.P. con las empresas PETROECUADOR y TRAFIGURA.

RESUELVO:

I) Decrétase el PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN y bajo caución juratoria de RAÚL FERNANDO SENDIC RODRÍGUEZ bajo la imputación prima facie a UN DELITO DE ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES, EN RÉGIMEN DE REITERACIÓN REAL CON REITERADOS DELITOS DE PECULADO, en calidad de AUTOR.

II) DESESTÍMASE LA SOLICITUD DE ENJUICIAMIENTO respecto de los indagados JUAN JUSTO AMARO, JOSÉ COYA, JUAN LUIS ROMERO, EDUARDO GOLDSZTEJN, RICARDO LEMEZ y MANUEL GONZÁLEZ, clausurándose las actuaciones a su respecto.-

III) DESESTÍMASE LA SOLICITUD DE ENJUICIAMIENTO DEL INDAGADO RAÚL FERNANDO SENDIC RODRÍGUEZ por la comisión de un delito de Abuso de Funciones en relación a los hechos contenidos en Considerando nº III literal A (negociación con TRAFIGURA y PETROECUADOR).

IV) Comuníquese el procesamiento dispuesto respecto de Raúl Fernando Sendic Rodríguez a la Corte Electoral, oficiándose.

V) Ténganse por designada la Defensa de Confianza Dr. Gumer Pérez y Dr. Ignacio Durán.

VI) Téngase por incorporadas y ratificadas al sumario las actuaciones presumariales.

VII) Comuníquese a los efectos de la calificación del prontuario y solicítese planilla de antecedentes al I.T.F., oficiándose.

VIII) Cítese a Leonardo De León, asistido de Defensor, a declarar en audiencia de acuerdo a lo solicitado en dictamen fiscal nº410/2018 petitorio nº 3 (fs. 3971), cometiéndose.

Dra. Beatriz LARRIEU DE LAS CARRERAS

Juez Ldo.Capital