

Ministro Redactor:
Sergio Torres Collazo.-

VISTOS

Para definitiva de segunda instancia en autos: “**C. R., F.. L. E., F. J.. UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES**” (IUEI. 475-4/2014), venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 2º Turno, por apelación de la Defensa del primero (Dr. Gonzalo Fernández) y del Ministerio Público (Dr. Luis Pacheco Carve), contra la sentencia N° 23 de 18.12.2017, dictada por la Dra. María Helena Mainard, con intervención de la Defensa de F. L. (Dr. Mario Spangenberg).-

RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 1304-1314), cuya correcta relación de actos procesales se da por reproducida, amparó parcialmente la pretensión Fiscal y a la vez que condenó a F. C. R. (oriental, divorciado, economista, sin antecedentes) a la pena de veinte (20) meses de prisión, inhabilitación especial por el término de 2 años y multa de 1.000 UR, absolvió a F. L. E. (oriental, casado, economista, sin antecedentes), desestimando a su respecto el requerimiento (fs. 116-1125).-

Ambas Defensas habían abogado en lo previo por esta última solución (fs. 1130-1145vto., 1146-1207).-

II) A fs. 1321, el Ministerio Público, en tiempo y forma interpuso

recurso de apelación contra la absolución de L. E.. Al expresar agravios (fs. 1332-1340), sostuvo en síntesis: a) el acusado se extralimitó en sus funciones al oficiar como “*garante verbal*” en la concesión del aval por el BROU a la empresa COSMO SL. Transmitió en forma verbal al Presidente del Banco República el interés del Poder Ejecutivo para que se realizaran los máximos esfuerzos respaldando su emisión y se tuviera “*flexibilidad*” en el manejo de los riesgos. Hubo entonces una intromisión indebida que excedió la competencia funcional del cargo que ejercía como Ministro de Economía y Finanzas, pues de esa manera, en gran medida a consecuencia de su intervención, determinó al BROU a emitir un aval por aproximadamente U\$S 14.000.000, sin el contralor mínimo indispensable; b) dijo que la expresión “*garante verbal*” se empleó para ilustrar la participación que le cupo como agente del Gobierno, transmitiendo al Presidente del BROU el respaldo del Ejecutivo a la empresa COSMO SL, por tratarse -según adujo- de un asunto de “*alto interés del Estado*”, indicando como imperiosa su concesión “*en tiempo récord y aún si no se cumplían todos los requisitos de presentación y estudio de la documentación exigida*”. En ese marco, la exigencia de flexibilidad ofició de autorización para que se obviarán los trámites y controles de rigor. Agregó que si bien en la oportunidad era importante propender al éxito de la subasta, ello no justificaba soslayar la normativa reglamentaria mínima imprescindible para que el aval se concediera; c) aun cuando

no hay relación jerárquica directa entre el Ministro de Economía y el Presidente del BROU, en el derecho nacional existen diversos tipos de controles administrativos del Poder Ejecutivo sobre los Entes Autónomos (arts. 197 y 198 de la Constitución) que aplican al caso, por lo que no puede perderse de vista que la solicitud provino de un representante del Poder que controla administrativamente la gestión de los Directores del Banco en general y C. en particular; d) en base al principio de especialidad, respaldar concesiones de avales excede la competencia de su cargo, siendo aún más irregular que su Ministerio respalde el otorgamiento a una empresa distinta (COSMO SL), a quien en realidad lo había gestionado: el empresario J. C. L. M.; e) el acto arbitrario que se imputa no es la concesión del aval, porque evidentemente él no lo concedió, como erróneamente se interpreta, o el haber “ordenado” hacerlo, porque C. no estaba sujeto a jerarquía. Éste consiste, en sustancia, en la injerencia, intromisión y presión indebida sobre la persona del Presidente del Banco, transmitiéndole un respaldo tácito, pero evidente, del Ejecutivo hacia COSMO SL cuando -sabía- era imposible que se reunieran los requisitos necesarios, o se ofrecería contragarantía exigible; f) entonces, el acusado, con su gestión, extralimitó sus funciones, lo que configuró un actuar indebido, arbitrario, ilegal, que ocasionó un grave perjuicio a la imagen de la Administración y al BROU, que tuvo que afrontar el pago del aval; g) si aún se descartara su responsabilidad por

no haber ejecutado los verbos típicos de la figura como expresa la hostilizada, debería analizarse, dijo, si su conducta encuadra en la hipótesis de coparticipación, es decir, como coautor de dicho delito, en función del dispositivo amplificador del tipo que consagra el art. 61.1 del CP: “... *los que determinan a otros a cometer el delito*”.-

III) A fs. 1320, el Dr. Gonzalo Fernández interpuso recurso de apelación por su defendido (C.). En sus agravios (fs. 1343-1364), argumentó en síntesis: a) su conducta es “*penalmente irrelevante*”. La figura acriminada, multicuestionada a lo largo del tiempo y de carácter residual, va en contra del mentado principio de legalidad y la regla “*lex stricta*”, como garantía penal básica. A pesar de ello, dado que se la ha declarado constitucional, lo que se reclama es su aplicación con un criterio de prudencia, medida y extremo cuidado; b) luego de un exhaustivo análisis del tipo penal, invocó errores u omisiones en la plataforma fáctica de la recurrida; c) también incurrió en otros elementos fundantes que no comparte. Uno de ellos fue no considerar que el otorgamiento no dependía del BROU, sino del solicitante del aval, pues el hecho que el mismo no se expidió a favor del fideicomiso, sino del Ministerio de Economía y Finanzas., no le es imputable. El Banco debe evaluar al cliente solicitante y no al beneficiario. Además, dijo, resulta inadmisibles la valoración que se realiza en cuanto a que el Banco Central del Uruguay en un informe observó que la operación incumplió lo edictado en la Carta Orgánica. Esa

afirmación carece de respaldo, siendo el propio informe del BCU quien la desmiente, pues no menciona incumplimiento o violación alguna y la multa impuesta obedece a cuestiones ajenas al otorgamiento del aval; d) con relación a la exigencia de contragarantía, que ésta (la empresa BOSTON) no se haya presentado el mismo día ante el BROU, sino días más tarde, luego de efectuado el remate, pero con vigencia retroactiva, no implica ilicitud; e) refiere la impugnada que la empresa MONT FORTELCO fue perjudicada con un *“trato diferencial, desigual”* en relación a COSMO, configurando un *“acto arbitrario”*, lo que es equivocado: basta leer la declaración del Presidente de la empresa supuestamente perjudicada, quien descartó que se hubiera solicitado aval al BROU para presentarse a la subasta; f) sobre la documentación presentada para tramitar el aval, dijo, se interpreta mal lo declarado por el Gerente del Banco, Sr. R. G., descontextualizando sus dichos cuando declara: *“... lo que teníamos era lo dicho por el Sr. Presidente, el respaldo del Ministerio de Economía ...”*, cuando antes había detallado los recaudos documentales recibidos, con lo que mal puede decirse que carecía por completo de toda documentación. Lo pendiente, al momento de aprobarse y otorgarse el aval, era la presentación de contragarantía, contando en tal sentido solo con el respaldo del M.E.F.; g) en relación al juicio de subsunción típica, la *A-quo*, luego de enunciar el bien jurídico protegido (el normal funcionamiento de la Administración) y el medio típico de ejecución (el abuso del cargo), concluyó en

forma errónea que *“la criminalidad debe centrarse en el abuso”*. No obstante esa tesis es errónea, pues no basta la desviación, el abuso o el exceso de poder para llenar el tipo penal, sino que también se requiere que mediante ese abuso el agente de la conducta *“incurra en un acto arbitrario”*. Y el acto arbitrario, sostuvo, no adquiere carácter de tal por verificarse mediante abuso de poder, la arbitrariedad se configura *“cuando el móvil del acto contraría el interés público”*; h) no obstante, señaló, la recurrida también deviene ilógica e incongruente al valorar de forma diversa el concepto de arbitrariedad punible y en el caso, respecto de los dos acusados. La contravención al interés público se descarta por completo, desde el momento que el elemento determinante de la concesión del aval lo fue el pedido del M.E.F., con el fin de evitar que el remate se viera nuevamente frustrado; i) también soslaya la sentencia del grado que la decisión de conceder el multicitado aval fue un acto orgánico, a pesar de que responsabiliza a C. exclusivamente, quien cumplió con las disposiciones de la Carta Orgánica del Banco, por lo que nunca incurrió en exceso de poder ni extralimitó sus facultades; j) aun cuando se coincidiera con el fallo que el delito de marras <centra la criminalidad en el abuso> y que el <abuso del cargo> implica el uso ilegítimo de las facultades y poderes del mismo, deviene palmario que *“el carácter colegial y orgánico del acto de aprobación de la emisión del aval, aprobado tras conjuntarse los tres votos contestes del Directorio, según lo manda la ley,*

jamás puede calificarse como un acto de abuso individual del cargo de Presidente, que ejercía a la sazón el imputado"; k) hubo ausencia de dolo o voluntad criminosa consciente de su defendido, por tanto, ni su conducta devino adecuada al tipo objetivo (no existió un abuso punible), ni el acto conllevó la nota de arbitrariedad subjetiva reclamada por la figura legal, pues quienes *"quisieron ayudar al Estado"* y no otra cosa, mal pueden haber obrado con el dolo de concretar el móvil, motivo o finalidad espuria, que es el contenido indispensable de la arbitrariedad que reprocha éste ilícito; l) descartada la atipicidad que se reclama, en la especie incidiría la justificante del art. 28 CP, el cumplimiento de la ley que enerva la antijuridicidad penal, pese a que la conducta del agente se adecúe a la figura penal del art. 162 CP. Y si también se descarta este argumento, sería de recibo la teoría del error de hecho o de tipo permisivo (art. 22 CP), que implica la equivocada representación de la situación fáctica, en el caso, respecto a una norma justificante. Esto es: si el Directorio del BROU aplicó mal sus facultades discrecionales creyendo obrar en un propósito noble y cumpliendo con la ley, porque se estaba en presencia de *"una situación de emergencia para el Estado Uruguayo"* y la flexibilidad en la concesión del aval había sido solicitada y respaldada por el Ministro de Economía, se configuró un error de tipo permisivo, que implicó un supuesto de ignorancia o falso conocimiento sobre un elemento esencial y decisivo del tipo permisivo. Dicho error

enerva el dolo típico, dirime de plano la responsabilidad penal, dejando subsistente la eventual culpa, la cual carece de consecuencias jurídico-penales porque el art. 162 no tipifica la modalidad imprudente de realización (art. 19 CP); II) en forma subsidiaria se agravió del monto de la pena, tomando como baremo de graduación la “*dañosidad*” inferida en un delito de mero peligro, donde no hubo perjuicio material para la Administración Pública, pues el riesgo fue asumido por un tercero.-

IV) A su turno, la Defensa de L. abogó por la confirmatoria (fs. 1365-1395); contestó en lo medular: a) no hay argumento válido para oponerse a la absolución. Como expresa la hostilizada, su defendido no actuó como garante verbal en la concesión del aval por el BROU a COSMO y tampoco conjugó los verbos nucleares “*cometer*” u “*ordenar*”. El Sr. Fiscal calificó su actuación como extralimitación indebida y arbitraria, siendo que su única intervención consistió en un llamado telefónico al entonces Presidente del BROU, a los efectos de solicitarle que hiciera todo lo que estuviera a su alcance y actuara en forma flexible y cuidadosa en el otorgamiento del aval. Esa petición no implicó imposición de especie alguna, por lo que no puede configurar la extralimitación funcional alegada; b) la llamada se realizó a nombre del Gobierno, tratándose de un tema de Estado, por lo que transmitió su respaldo a la gestión a realizar y que obviamente debe ajustarse a los criterios anteriormente mencionados *flexibilidad y cuidado* de no apartarse demasiado

de los trámites regulares; c) en cuanto a la arbitrariedad, solo puede tener lugar en la medida que no hubiera motivo racional que justifique o explique su conducta, sin llegar a juzgar el mérito o la conveniencia, porque no es ésta tarea de la justicia. En la llamada no se verificó motivo espurio, sino una obligada respuesta a la necesidad de que no se viera frustrada la salida proyectada a un problema que apremiaba. Al no existir acto arbitrario, la conducta resulta atípica; d) la ausencia de dolo determina que no se verifiquen los elementos estructurales para configurar la figura penal acriminada. La esencia subjetiva del tipo exige que el sujeto actúe con conciencia y voluntad de dañar o perjudicar a la Administración o a los particulares, lo que debe acreditarse. Su ausencia descarta todo reproche. L obró con el fin de salvaguardar el supremo interés del Estado y no de perjudicar a la Administración u otra persona; e) el Ministerio Público refiere al contralor administrativo que ejerce el Poder Ejecutivo sobre el BROU, para demostrar que se emitió un mandato incoercible, compatible con el verbo ordenar, cuando en realidad se trató de un riguroso pedido de cooperación para solucionar una situación extrema; f) En suma -concluyó- su patrocinado actuó dentro de la órbita legítima de la discrecionalidad que dispone un Ministro de Estado para cumplir sus cometidos, que ejerció en el ámbito de su legítima competencia, motivado por un fin de interés público.-

V) Finalmente, el Ministerio Público (fs. 1397-1400), al contestar los agravios de la Defensa de C., sostuvo en

resumen: a) la figura imputada se encuentra perfectamente definida, si bien en forma amplia, pues resulta imposible prever la infinidad de actos arbitrarios que pueden llegar a cometerse; b) que la llamada del Ministro de Economía haya sido en nombre del Gobierno y que no existieran otros interesados en la subasta, son cuestiones irrelevantes que no enervan la antijuridicidad del acto; c) en relación con los recaudos presentados, es el propio acusado quien admite que al tiempo de emitir el aval no se habían aportado todos los requeridos: *“luego del remate se acercó gran parte de la información solicitada”*; d) si bien el empresario L. M. asumió la responsabilidad y se comprometió a abonar la suma de la garantía, el pago de las cuotas, por diferentes circunstancias, no se realizó, por lo que el perjuicio aún no se reparó; e) la circunstancia que el BCU impusiera una multa al BROU por su actuación en la concesión del aval, no es otra cosa que un indicio de cargo relevante que deja en evidencia la irregularidad de la actuación de la institución sancionada; f) además, dijo, la no exigencia de contragarantía para otorgar el aval constituye una clara irregularidad imposible de subsanar a posteriori; g) la Defensa alega que el acto atribuido no fue arbitrario sino que se inspiró en el interés general y el ánimo de cooperar con el Gobierno para solucionar un problema grave para el Estado. No obstante, como admitió el acusado, en realidad el fin fue el de propender al éxito de la subasta, por lo que no puede catalogarse de *emergencia nacional* la

posibilidad de frustración de un remate, por más importante que fuere; h) si bien reconoce el carácter colegiado del acto en cuestión, lo claro y evidente es que fue el C. quien instruyó al Gerente del Banco –R. G.- para que se concediera el aval, por lo que existe a su respecto *un plus* de responsabilidad que justifica la sanción penal; i) el error de hecho, sostuvo, debe versar sobre las circunstancias constitutivas del delito, por lo que no puede alegarse el haber creído obrar con noble propósito, sino demostrar la existencia de error sobre la arbitrariedad del acto atribuido y en dicho sentido, resulta a todas luces inaceptable sostener que el Presidente del BROU desconozca que no tiene facultades para instruir a un subordinado para que conceda un aval sin la verificación de los requisitos habilitantes imprescindibles; j) el daño a la Administración, perjuicio económico, efectivamente existió. El BROU debió afrontar el pago del aval y el costo asumido por J. C. L. M., aún no fue reparado.-

VI) Recibidos los autos, se citó para sentencia, que previo pasaje a estudio fue acordada en legal forma, luego de su integración.-

CONSIDERANDO

I) La Sala, con la conformidad de los votos que se requieren para su dictado, por considerar de recibo los agravios formulados por el Ministerio Público, habrá de revocar la recurrida en cuanto dispuso la absolución del acusado L. y

decretar su condena en la forma solicitada, a la vez que habrá de confirmar la condena de C. R. por no considerar en su caso convincentes los argumentos que se esgrimieron por su Defensa con miras a su revocación.-

II) Del punto de vista sustancial, la recurrida, como fundamento de la condena impuesta al Ec. C. y la absolución del Ec. L., recogió la plataforma fáctica propuesta en la demanda-acusación del Ministerio Público, donde se consigna lo que a continuación y para mejor ilustración del caso, se transcribe: *“... el 5/7/2012, el P. Ejecutivo resolvió liquidar PLUNA S.A., única aerolínea de bandera nacional con 75 años de historia. La aerolínea no podía enfrentar las obligaciones financieras, por lo que comunicó que dejaba de volar por tiempo indefinido”.-*

“Por Ley 18.931, en forma excepcional, se autorizó al Poder Ejecutivo a constituir un Fideicomiso de Administración, regulado por la Ley 17.703, “con la finalidad de preservar el valor de los activos, viabilizar opciones de mantenimiento del servicio de transporte y preservar fuentes de trabajo (art. 1° de la Ley 18.931)”.-

“Por Decreto N° 240/2012 del 30/7/2012, se creó el Fideicomiso de Administración, constituido por el Poder Ejecutivo actuando a través del Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas como Fideicomitente; con el Esc. L. como Fiduciario y con las aeronaves como bienes Fideicomitidos, con el fin de procurar

la transferencia de los activos de la ex PLUNA gravados con derecho real de garantía (las aeronaves) a un nuevo titular, a través de un procedimiento competitivo público de adjudicación, en un plazo máximo de 60 días (art. 4° lit. c del Decreto N° 140/12)”.-

“El pliego de condiciones (anexo al Dec. 270/2012 del 22/8/2012), establecía que los interesados en participar en el referido procedimiento, debían presentar previamente ante el Fideicomiso y a su favor, una garantía de mantenimiento de oferta, a través de un aval bancario emitido por un banco de plaza, o de una póliza de seguro de Fianza, que estuviera bajo la regulación del Banco Central del Uruguay”. -

“El remate se fijó para el 12/9/2012 y fue postergado por razones de oportunidad y promoción a un mayor número de interesados para el 1° de octubre de 2012”.-

“Es así que la Empresa Cosmo S.L. se presentó en el acto de remate de las siete aeronaves CRJ 900 Bombardier, de la ex PLUNA S.A.. El único oferente y mejor postor fue el denominado por el rematador “caballero de la derecha”, individualizado como A. C. S. por el Esc. P. S., encargado de labrar el acta. El mejor postor resultó ser H. A. C. S., de nacionalidad española”.-

“Ahora bien, para la subasta los interesados debían entregar al Fideicomiso una garantía de mantenimiento de su oferta por el equivalente a la suma de U\$\$ 13.688.516, a través de un aval bancario emitido por un banco de plaza, o a través de la Póliza

de Seguro de Fianza del Banco de Seguros del Estado, el que debería mantenerse vigente hasta la transferencia de las aeronaves. El aval bancario debía ser emitido por instituciones financieras reguladas por el Banco Central del Uruguay (Pliego de Condiciones para la Subasta de siete aeronaves pertenecientes al Fideicomiso Aeronave Ley 18.931 (fs. 41 y ss.)”.-

“La subasta debía realizarse el 12/9/2012, pero fue postergada por razones de oportunidad y promoción a un mayor número de interesados para el día 1/10/2012”.-

“Es así que el Ministerio de Economía y Finanzas, en la persona de su titular, el encausado, Ec. F. L., se comunicó telefónicamente con el Presidente del Banco de la República Oriental del Uruguay, el también enjuiciado Ec. F. C., el 28/9/2012, para informarse sobre la existencia de interesados en la tramitación de avales. C., tras consultar al Banco, le transmitió a L. que había dos empresas gestionándolos. La llamada se reiteró en la mañana del remate y en esta oportunidad, el Ec. L. le transmitió al Ec. C., que el Sr. L. M. le manifestó que acercaría una empresa y de ocurrir, le estaba solicitando al B.R.O.U., que hiciera los máximos esfuerzos que tuvieran a su alcance para emitir ese aval en particular. También le manifestó, que en el Banco se encontraba el Fiduciario Ec. L., conjuntamente con los representantes del grupo español Mont Fortelco, empresa que estuvo gestionando la garantía ante el B.R.O.U.”.-

“Declaró el Ec. L. que el 27/9/2012, que él, junto al Ministro de Ministro de Transporte y Obras Públicas, Enrique Pintado, recibieron en reuniones separadas, a dos de los tres interesados en participar en la subasta de las aeronaves, Sr. M. y su grupo, quienes comunicaron su interés en participar y contar con un aval emitido por Sancor Seguros, y con el Sr. L. M., quien les informó que no se presentaría a la subasta, pero que estaba gestionando que otra empresa lo hiciera, que la misma tramitaría el aval ante el B.R.O.U., pero no mencionó el nombre de la empresa”.-

“Una vez que recibió esas llamadas, C. instruyó al personal subordinado a efectos de conceder el aval, sin la información necesaria, permitiendo que en definitiva COSMO S.L. estuviera habilitado para presentarse a la subasta; dichas instrucciones fueron impartidas concretamente, al Gerente Ejecutivo de la División Empresas del BROU, R. G.”.-

“Este le informó al Ec. C. las condiciones planteadas por el solicitante del aval y que al ser una firma extranjera, sin antecedentes en el Banco, de la que se contaba con muy poca información y sin ninguna garantía, no podía ser considerada”.-

“No obstante ello, C. le indicó que era de interés nacional y que además de su consentimiento, contaba con el consentimiento de los Directores del B.R.O.U., a saber V. y P., ya que en estos casos, en los que la operación supera el 1% del patrimonio del Banco, se requiere de mayorías especiales”.-

“El aval fue otorgado por el B.R.O.U., según sostiene la

Fiscalía, por el respaldo del Ministerio de Economía y Finanzas a la operación y porque el cliente que tramitó el mencionado aval a favor de la empresa Cosmo, fue L. M., quien como Presidente de Los Cipreses S.A., propietaria de Buque Bus, envió una nota al B.R.O.U., en la que expresaba que le constaba que la empresa Cosmo S.L. constituida en España, tenía como giro principal la actividad aeronáutica en España (22/10/2012)”.-

“El día 1/10/2012, concurrió a la sede del B.R.O.U. en Ciudad Vieja, el Sr. H. A. C. S., conocido de L. M., ya que era compañero de estudio de su hijo P. y compadres, además de haberse desempeñado laboralmente durante años en Buquebus Argentina, Uruguay y España. C. se presentó en representación de Cosmo SL, sin adjuntar ningún recaudo, más allá de una nota dirigida al B.R.O.U. con fecha 28/12/2012, por la que se comunica que se autoriza a C. S. para retirar de dicha Institución la póliza de caución emitida como garantía de mantenimiento de la oferta a presentar en la subasta, a quien se le otorgó un aval de mantenimiento de oferta que ascendía a la suma de U\$\$ 13.885.156 (trece millones ochocientos ochenta y cinco mil ciento cincuenta y seis dólares), pese a no cumplir con las condiciones necesarias. En la garantía de mantenimiento de oferta figuraba como beneficiario el Ministerio de Economía y Finanzas, cuando en realidad debía serlo el Fideicomiso. Ello obedeció, según C., a que así lo solicitó Cosmo S.L.; R. G. expresó que

L. M. le transmitió el texto del aval (fs. 244). C. manifestó que se limitó a corregir el nombre de la empresa que figuraba mal, sin hacer gestión alguna, que podría haberlo hecho la aseguradora Boston Seguros. El Director del B.R.O.U. P., expresó que las gestiones las hizo L. M.”.-

“Con el aval, C. se presentó en el local Stand de España de la Rural del Prado, resultando el mejor postor de las siete aeronaves Bombardier CRJ 900, por la suma de U\$\$ 137.000.000 (ciento treinta y siete millones de dólares) y con la garantía de mantenimiento de oferta, con el aval bancario referido, por la suma indicada. El Esc. S. fue quien labró el acta, consignó erróneamente la existencia de varios ofrecimientos y pujas y el nombre del oferente como A. C. S.”.-

“Al finalizar el acto, el mejor postor debía abonar la comisión del rematador, Sr. Mario Stefanoli, Presidente de la Asociación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios, U\$\$ 835.700 (ochocientos treinta y cinco mil setecientos dólares), lo que no hizo y a lo que se comprometió Cosmo S.L.. No se dejó constancia en el acta de quien autorizó a diferir el pago y otorgar un plazo de 48 horas, en violación del pliego de condiciones, si bien el fiduciario Ec. L., manifestó que ante la solicitud de prórroga de pago efectuada por Cosmo S.L., los rematadores accedieron a ello y el Fideicomiso accedió a compartir la garantía, en caso de problema de cobro, todo para darle viabilidad a la subasta”.-

“El 8/10/2012, el directorio del B.R.O.U. con los votos

favorables del Presidente Ec. C., de los Directores oficialistas P. y V., aprobó el otorgamiento del aval, adjuntando la garantía de mantenimiento de la oferta concedida por la Aseguradora Argentina Boston Seguros, con la que opera L. M.. Este fue quien contactó la aseguradora con Cosmo”.-

“La fecha de la póliza era 29/9/2012 (día sábado), no se adjuntaron otros recaudos pendientes los que al 24/10/2012, aún se pedían por el B.R.O.U.. O sea que se aprueba el aval, con la carpeta incompleta de Cosmo, contrariamente a lo declarado por C., quien reconoció haber mantenido conversaciones con L. M. relativas a dicho tema”.-

“El 11/10/2012, Cosmo S.L. le comunicó al Ministro de Transporte y Obras Públicas, al Sr. Enrique Pintado, que desistía de la opción de compra de las aeronaves”.-

“Transcurrieron 30 días en los que Cosmo S.L. debía integrar el precio por el desistimiento o por el vencimiento del plazo, lo que no se cumplió, por lo que caducaron los derechos a su favor”.-

“Como se designó en la garantía de mantenimiento de oferta como beneficiario al Ministerio de Economía y Finanzas, cuando debió haber sido el Fideicomiso, el 26/10/2012, se realizó una cesión de crédito por parte del Ministerio de Economía y Finanzas (cedente) a favor del Fideicomiso (cesionario), la que fue notificada al B.R.O.U. el 1/11/2012, y fue rechazada por éste, por Cosmo S.L. (tomador del aval) y por la Aseguradora Boston Seguros, esgrimiendo estos dos

últimos incumplimiento de formalidades previas a la ejecución”.-

“El 9/11/201, el B.R.O.U. por intermedio de su sede en Buenos Aires, notificó por un notario argentino a la Aseguradora Boston el incumplimiento de Cosmo S.L.. El 22/11/2012, el B.R.O.U. intimó notarialmente el pago de la suma asegurada, U\$\$ 13.885.156, a Cosmo S.L. en la ciudad de Madrid, trasladándose un Escribano a dicha ciudad”.-

“Por nota de fecha 5/12/2012, Cosmo S.L. se opuso al pago intimado, instando al B.R.O.U. que se abstuviera de ejecutar la fianza, bajo pena de iniciar acciones legales por daños y perjuicios”.-

“El 7/12/2012, la aseguradora Boston Seguros le comunicó al B.R.O.U. que operó la caducidad prevista en el art. 8 en las condiciones generales de la póliza”.-

“El 12/12/2012, el Juzgado Letrado de 1° Instancia en lo Civil de 9° Turno, en autos “L., J. c/ BROU - Intimación de pago” Fa. 2-5738/2012, intimó al B.R.O.U. el pago del aval otorgado como garantía de mantenimiento de la oferta e intereses, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales”.-

“El 21/12/2012, el B.R.O.U. intimó el pago de la póliza a la Aseguradora Boston Seguros en Buenos Aires, de conformidad con lo dispuesto por el art. 10 de las Condiciones Generales”.-

“El 15/12/2012, la Aseguradora invocó la caducidad (ya invocada), así como la nulidad de la cesión de créditos, por carecer del consentimiento de Cosmo S.L., calificando de

improcedente la intimación de pago a Cosmo S.L. y el hecho de ocultarle la existencia de vicios formales, lo que coincidía con el argumento utilizado por el B.R.O.U. para no pagar la fianza al Fideicomiso”.-

“El 4/3/2013, el Sr. L. M. dirigió una carta al Ec. C. como Presidente del B.R.O.U., por la que ofreció asumir el pago de la fianza U\$\$ 13.885.156, subrogándose en todos los derechos contra la aseguradora, para que sus empresas no se vieran afectadas de distinta manera en su desempeño comercial por controversias jurídicas entre el B.R.O.U., Boston Seguros, Cosmo SL, Ministerio de Economía y Finanzas y el Fideicomiso, el que demoraría años en dilucidarse judicialmente. Expresaba no reconocer responsabilidad en los hechos relativos al cierre de PLUNA, ni en el proceso relativo a la subasta”.-

“El 19/3/2013, se celebró un convenio entre el B.R.O.U. y L. M., por el que éste se obligó a pagar al primero la suma de U\$\$ 13.885.256, mediante un pago inicial de U\$\$ 888.516 y el saldo en 8 cuotas iguales y consecutivas de U\$\$ 1.600.000, pactándose la resolución de pleno derecho en caso que la normativa en base a la que se realizó la subasta quedara sin efecto, o resultare inaplicable por las acciones promovidas y por ende, si ello implicara la nulidad del remate y en consecuencia del aval otorgado por el B.R.O.U. al Ministerio de Economía y Finanzas”.-

“El 7/11/2013, por Sentencia N° 528 la Suprema Corte de

Justicia declaró inconstitucionales los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 18.931 y subsiguientes sentencias N° 576 y 577 de fecha 9/12/2013. Por lo que L. M. no efectuó el pago que correspondía su vencimiento, habiendo resultado inútil la tentativa de conciliación” (ver fs. 1306-1308vto.).-

III) Según emerge de obrados, las autoridades gubernamentales tomaron conocimiento de la gravedad de la situación de la aerolínea mencionada a fines del mes de mayo de 2012: *“en el Gobierno obviamente estábamos preocupados por el cierre de la empresa, no solo por la conectividad sino también por la situación de los trabajadores” (Mujica, fs. 1089).-*

Fue por ello que a pedido del entonces Presidente de la República, L. concurrió al domicilio de L. M.: *“... para evaluar y verificar si existía alguna posibilidad de que él fuera el inversor privado que necesitaba la empresa a la luz de la situación planteada... me resultó claro que si bien el negocio le interesaba, no estaba en condiciones de convertirse en el socio estratégico de PLUNA SA” (L. fs. 139; L. M. fs. 186).-*

La sombría realidad que atravesaba la empresa hizo que el 9.7.2012 el Poder Ejecutivo remitiera al Poder Legislativo un Proyecto de ley en el que se destaca en su Exposición de motivos lo siguiente: *“El proyecto de ley que se somete a consideración del Poder Legislativo, tiene como objetivos sustanciales preservar la conectividad aérea del país, defender los recursos del Estado, contemplar la problemática laboral de*

*los trabajadores que se desempeñaban en PLUNA así como atender la masa de acreedores de la empresa” y agregaba más adelante: “la solución trazada, implica la autorización al Poder Ejecutivo a los efectos de constituir un fideicomiso, cuyo objetivo consistirá en adquirir y preservar determinados activos de Pluna SA, **previando dentro de determinados plazos proceder a subastar los mismos en forma pública y extrajudicial, mecanismo que conjuga al mismo tiempo el valor celeridad y el valor transparencia y publicidad**” (lo destacado no figura en el texto original).-*

El referido proyecto -con algunas modificaciones- finalmente se transformó en la Ley No. 18.931 el 17.7.2012.-

El Ministerio de Economía y Finanzas fue uno de los organismos que activamente intervino en “*la elaboración del Decreto y Presidencia de la República somos los responsables de la definición de las condiciones de la subasta*” (L. fs. 134), en cuyo pliego de condiciones se estableció la exigencia de que para poder participar en ella se requería que previo a su inicio el interesado debía entregar al “*Fideicomiso una garantía de mantenimiento de su oferta, por el equivalente a la suma de U\$S 13.688.516, a través de un aval bancario emitido por un Banco de plaza o a través de Póliza de seguro de Fianza del Banco de Seguros del Estado, el que deberá mantenerse vigente hasta la transferencia de las Aeronave. El aval bancario deberá ser emitido por instituciones financieras reguladas por el Banco Central del Uruguay*” (fs. 417).-

En tal sentido declaró L.: *“Más tarde, cuando nos tocó jugar el papel de vendedores de las siete aeronaves, ya con la ley aprobada, le acerqué la ley y los decretos reglamentarios (a L. M.) con el propósito de interesarlo. Debo reconocer que no tuve una respuesta negativa inicial al respecto”* (fs. 140) y que *“Después ocurrieron cosas que hicieron más difícil el contacto y es que en la medida que empezó a hacer declaraciones públicas donde cuestionaba el mecanismo de la subasta y además les decía a otros posibles interesados que los aviones no valían el rango de precio al que nosotros estábamos queriendo vender”* fs. 140).-

Así se pronunció L. M.: *“Al poco tiempo me informan que había una subasta, me muestran el pliego, nosotros lo compramos y cuando lo leí dije que no sabía quién lo había hecho, porque parecía que lo hubiese hecho un demonio porque era inviable para cualquier empresario serio. Le dije que no contara conmigo y se lo dije al Señor presidente y que iba a ser un fracaso”* (fs. 186).-

La subasta prevista en principio para el 12.9.2012 fue suspendida a fin de habilitar la presentación de un mayor número de interesados (fs. 416), señalándose una nueva para el lunes 1.10.2012.-

En una reunión que se llevó a cabo el día jueves 27.9.2012 entre L. y L. M., el primero declaró que el segundo le informó que *“no iba a presentarse a la subasta”* (fs. 126) pero que *“estaba haciendo gestiones para que una empresa extranjera*

si participara en la subasta. No me dijo cuál era la empresa extranjera...” (fs. 126); en tanto para L. M.: “el Gobierno me insistía que estábamos cada vez más cerca de la subasta y me dijo que si no conocía a nadie en el mundo. Entonces se me ocurrió el Sr. C. ...” (fs. 187).-

Finalmente el viernes 28 hubo un llamado telefónico de L. a C. *“para informarme sobre la tramitación de avales, quiero aclarar que la respuesta que recibo es que hay dos empresas gestionando avales” (L., fs. 127); “... en una llamada telefónica, al mediodía del propio día de la subasta ... nosotros habíamos constatado que las dos empresas MONT FORTELCO y la que L. M. acercaría a la subasta” (no mencionó el nombre COSMO porque yo aún no sabía cómo se llamaba esa empresa), tenían previsto tramitar los avales ante el BROU. Ese es el motivo y el fundamento de mi llamada. Yo le digo al presidente del BROU que el Sr. L. M. me dijo en presencia del MTOP que una empresa se acercaría a tramitar un aval al BROU. Quiero aclarar que esta información que le transmití a C. estaba también afectada por esa desconfianza y prudencia que tenía con respecto a todo lo que se me decía, yo no tenía la seguridad de que eso fuera a ocurrir. Si ocurría, le estaba solicitando al BROU que hiciera los máximos esfuerzos que estuviera a su alcance para emitir ese aval en particular...” (L., fs. 128).-*

Este resumen inicial de los prolegómenos de lo sucedido se justifica en tanto deja en evidencia el marcado interés del

Gobierno de la época de habilitar desde un comienzo la activa intervención del empresario L. M. en el tema, ya sea como “*socio estratégico*” o como adquirente en subasta de los bienes; a la vez que brinda un claro panorama del entorno a partir del cual se enmarcó y desarrolló el accionar ilícito de los acusados, tal como se establecerá a continuación.-

IV) La situación de F. C. R.:

A pesar del esfuerzo dialéctico de la Defensa dirigido a controvertir el razonamiento y piezas de convicción relevadas, considera la Sala que la potencia de la prueba de cargo reunida a lo largo y ancho de este proceso ha dejado en evidencia el acierto de la hipótesis acusatoria que hizo suya la sentencia de condena.-

Ello, en tanto resulta inconcuso que lo que se verificó en la especie no fue otra cosa que una deliberada y consciente actividad del funcionario dirigida, inequívocamente, a viabilizar de manera claramente abusiva (abusar implica ir más allá de lo permitido, sobrepasar los límites de las funciones que le competen), a la vez que arbitraria (esto es: contra todo derecho y contra toda lógica y razón), la presentación de una empresa en particular (COSMO S.L.) a una subasta dispuesta por una ley (No. 18.931), sin que pudiera brindar una justificación plausible de semejante conducta.-

En ese marco, la imperativa directiva que impartió a sus subordinados cuando recibió la comunicación del coencausado, decididamente no tradujo un accionar

involuntario, irreflexivo -como insistentemente pretende- sino precisamente lo contrario.-

Porque en sustancia lo que hizo, al amparo de la tosca excusa de estar desempeñándose en función del supuesto "*interés nacional*" (extremo que será analizado con detenimiento más adelante), fue determinar a los servicios técnicos del banco que presidía a que saltaran todas y cada una de las más elementales reglas de prudencia que deben presidir la actividad bancaria, con la finalidad de viabilizar el irregular otorgamiento de un aval.-

Ciertamente no fue otro que C. quien, abusando de su condición de máxima autoridad del BROU y sabiendo -a las claras- que el millonario aval no estaba en condiciones y por ende, no podía de otorgarse; se erigió en uno de los principales motores de las anomalías mencionadas *in extenso* por los magistrados del anterior grado, instruyendo e influyendo de tal manera que no dejó a los funcionarios de la institución más opción que doblegarse ante sus dictados.-

El testimonio de un alto jerarca del BROU (Gerente de la División Empresas), Sr. R. G., de amplia trayectoria en el organismo, ilustra en mucho la *irregular* operativa que desarrollaron los servicios del banco a su influjo, para dar por bueno lo que no lo era y dejar así expedita la vía para la irregular presentación de COSMO SL en la subasta: "... *recibo la llamada del Pte. del Banco Ec. C. me pregunta sobre el aval, le comunico las condiciones que me había dado el solicitante*

*para la misma y que al ser una firma extranjera que no tenía antecedentes en el banco y el solicitante no había ofrecido ninguna garantía en su respaldo, no podíamos considerar la garantía de mantenimiento de oferta. A lo que el Ec. C. me indica que se trataba de un tema de interés nacional... que él tenía el consentimiento de los directores del banco necesarios para la aprobación del aval. La ejecutiva de cuentas estuvo presente también en esta conversación y se contaba en ese momento con muy poca información de la empresa COSMO” (fs. 187); “... **Cuando me llama el Presidente del BROU se le indica que con esa información que teníamos en ese momento y sin garantías no era posible conceder la garantía solicitada.** Y es cuando él me expone los motivos de interés nacional, que pudiera existir un ofertante en la subasta de aviones, la garantía del MEF y que contaba con la aprobación de los directores necesarios para la concesión de esta operación y se instruye al servicio para la emisión de la misma...” (fs. 1011) (la negrita no figura en el original).-*

Lo que en lo medular corroboró M. C. D. M. (la ejecutiva de cuenta mencionada): “... Preg. Estaba Ud. presente cuando el Sr. G. recibe el llamado del Pte. del Banco el Sr. C. y en caso afirmativo, puede detallar lo central de esa conversación. Cont. Sí estaba presente. R. G. le comunicó que no teníamos la documentación necesaria para otorgar el aval, eso fue lo que escuche y luego G. me transmitió que el Presidente le dijo que era de interés nacional, no sí se era ése el término, que había

*una llamada del MEF y que además había consultado al Directorio ...” (fs. 1036); “Preg. Por Fiscalía: Cuando Ud. menciona la conversación entre el Sr. J. C. L. M. y el Sr. G., hablaban respecto de su propia persona y sus empresas o de otra persona y/u otra empresa. Cont. Él estaba referenciando a una empresa. Desde un primer momento quedó claro que no era para él...” (fs. 1037). Agregó: “... **Nosotros teníamos una orden de parte del Presidente del Banco que era el Ec. C. de emitirlo**” (fs. 1037) (la negrita no figura en el original).-*

Mayores comentarios huelgan.-

Pero la declaración de G. no se limitó a ello, sino que también permitió exponer la opacidad que tiñó la trama desde un principio: “... *Primero se presenta como L. M., yo comienzo a consultar sobre los demás de la operación, le consulto a nombre de quién se iba a emitir la garantía, si era a nombre de Cipreses, me dice que no, le pregunto si era a nombre de las otras firmas del grupo, me dice que no, le pregunto a nombre de quién y me dice que iba a ser a nombre de COSMOS LÍNEAS AÉREAS, le pregunto qué relacionamiento tiene, **pero no me responde**. Le pregunto si iba a ser garante de la operación, me dice que no, le pregunto qué tipo de garantías ofrece y **tampoco me responde**. Dentro de esas condiciones se le consulta quién iba a ser el beneficiario del aval y me responde que iba a ser el MEF, que el solicitante era COSMO y el importe de más de trece millones de dólares. En ese momento yo me encontraba frente a la ejecutiva de cuenta con*

la cual en forma previa y ante la llamada del señor presidente estaba viendo la carpeta de Cipreses y tomando nota en forma conjunta ...” (fs. 1008) (la negrita no figura en el original).-

De lo que aflora una verdad evidente de la que tanto C. -como L.- estaban en cabal conocimiento: COSMO SL no era la auténtica interesada en presentarse al remate sino que oficiaba de firma “fachada” para disimular la identidad del real interesado (el empresario L. M.), tal como de manera consistente se infiere de las circunstancias fácticas que con detalle describe la acusación: “...En el aval se había designado por J. C. L. M., quien fue que lo solicitó ante el BROU, al Ministerio de Economía y Finanzas como beneficiario, en vez del Fideicomiso, en la persona del Ec. J. L.. Tanto la empresa aseguradora argentina BOSTON como el tomador del aval COSMO SL se negaron a pagar arguyendo incumplimiento de las formalidades previas a la ejecución... Pocos días después, el 7.12.2012 la empresa comunica al BROU que en cumplimiento de lo previsto en el art. 8 de las condiciones generales de la póliza, había operado la caducidad. Finalmente se realiza la cesión -a la que en principio se opuso el BROU- en favor del Fideicomiso. Finalmente: El 4.3.2013 se presenta por nota ante el BROU el empresario J.C. L. M. ofreciendo hacerse cargo del aval otorgado y rechazado por la aseguradora BOSTON, a la cual la une un vínculo empresarial evidente, es la aseguradora de su empresa “Los Cipreses S.A.”. Con fecha 19.3.2013 se celebra entre el BROU y J. C. L.

M. un acuerdo de pago en el cual este último se obliga a pagar la suma de U\$S 13.885.256, con un pago inicial de U\$S 1.600.000, cuyos vencimientos surgen del documento glosado de fs. 215 a 220” (fs. 1111-1112). Y agrega: “... no solo se entrega un aval por U\$S 13.885.156 a una empresa desconocida, mejor dicho a una persona que comparece a la baranda del BROU y dice ser representante de COSMO SL, a instancias del Presidente de la institución bancaria, que no contaba con la documentación mínima para el otorgamiento del mismo, y que ni siquiera había sido tramitado por dicha empresa sino por J. C. L. M., que referenció la misma, siendo esto suficiente para que en dicha situación absolutamente irregular se concediera tal beneficio entendiéndolo el Sr. Presidente que era “una operación absolutamente segura”, según afirmara en declaración anterior. Todo ello basado además en un interés nacional por la premura en rematar las aeronaves de la ex Pluna, en el plazo legal, sin tomar las mínimas provisiones de asegurar un resultado ganancioso o al menos mediante un procedimiento conforme a derecho ...” (fs. 1114); “... Resultó luego que H. C. S., representante de la empresa COSMO SL, no solo era muy conocido de L. M., en tanto había sido compañero de estudio de su hijo J. P. sino que tenían un vínculo de compadres y se había desempeñado como funcionario de las empresas del empresario en España y Argentina ...” (fs. 1116); “... No solo hubo que ejecutar el aval (en la práctica no se logró, solo luego de meses de hizo un

acuerdo con L. M. que se hizo cargo del pago del miso) sino que además inmediatamente después de la subasta el oferente a quien se habían otorgado el aval en forma más que irregular, decide dejar sin efecto el negocio, no cumpliendo con sus obligaciones, Ni la Aseguradora -que también tenía vinculaciones comerciales con L. M.- (era la aseguradora de "Los Cipreses S.A.") honra sus obligaciones, alegando que operó la caducidad de la póliza según lo dispuesto en el art. 8º de la misma" (fs. 1116-1117).-

El manejo arbitrario surge asimismo evidenciado del informe del BCU (cuyas conclusiones la Defensa busca a toda costa desmerecer), que se constituyó en otro potente indicio para visualizar el telón de fondo en el que se ejecutó la operativa.-

Pues rectamente leído e interpretado, aun cuando no se circunscriba solo a evaluar la actuación del BROU en dicho tema, hace particular hincapié en él para justificar la sanción que se le impuso: *"... En el año 2012 la Superintendencia de Servicios Financieros (SSF) realizó una Evaluación Integral al Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU). Como resultado de dicha evaluación se detectaron una serie de debilidades. Entre ellas, una relacionada con la aprobación por parte del Directorio del BROU, de una operación de crédito (aval) con la empresa COSMO, la que constituyó una excepción a las políticas de riesgo definidas, no habiéndose verificado la realización de un análisis de riesgos de crédito como para LA/FT (incumplimiento al Estándar Mínimo de*

Gestión No. 5). En efecto, se verificó que la información que contenía la carpeta del cliente era insuficiente para valorar el riesgo de crédito asumido (Art. 269 de la RNRCSF y Comunicación 2006/195) y que, al momento de realizada la operación, no se contaba con los datos identificatorios a que refiere el artículo 297 de la referida Recopilación sobre Cosmo...” (fs. 840-840vto.).-

En definitiva, la claridad que brota de lo que se transcribe es - como bien anota el Ministerio Público- muestra acabada de la anómala actividad que se desarrolló en la emergencia a su influjo y al influjo del coencausado: “... que el propio B.C.U. impusiera una multa al B.R.O.U. por su actuación en el otorgamiento del aval no deja de ser una circunstancia relevante para la causa, y un indicio probatorio concordante más que conduce a la inexorable conclusión de la irregularidad en la actuación del B.R.O.U.” (fs. 1399).-

Pues aun cuando el monto de la multa no variara (ver fs. 1032), lo que no puede obviarse es que lo referido constituye otra cuenta que deja en evidencia el marco de capricho en el que se movieron los acusados, con la finalidad de eludir los controles mínimos indispensables requeridos por la normativa aplicable y forzar de esa manera a los servicios del banco a que avalaran lo que no estaban en condiciones de avalar.-

Que la decisión final haya sido luego refrendada por el Directorio en esencia nada implica a su favor. Como ya se adelantó: la eventual responsabilidad de otros en el evento no

alcanza para exculparlo y el asentimiento que otorgaron dos miembros (*“él tenía el consentimiento de los directores del banco necesarios para la aprobación del aval”*, fs. 187), no transforma en regular la irregular forma en que a su influjo se montó para habilitar la presentación de COSMO SL a la subasta.-

En suma: malgrado las conclusiones de la Defensa, incluso haciendo la aplicación prudente y mesurada del tipo como se reclama, lo real y concreto es que la prueba de cargo ha sido contundente en cuanto a demostrar -de manera *plena y completa*- como C., abusando de su condición de poder como máximo jerarca de una institución bancaria que presidía, maniobró arbitrariamente para dejar expedita la vía para propiciar la posterior aprobación del aval por el Directorio que presidía.-

En este marco, las discrepancias sobre algunos extremos fácticos u otros temas laterales a los que hace mención el memorial de agravios; destinadas -claramente- a desviar el foco del problema con miras a diluir la cuestión central, no resultan de relieve para la correcta dilucidación de la causa.-

Y en relación con las disquisiciones que se plantearon sobre la existencia o no de perjuicio económico, se reitera lo que ya se sostuvo: *“Si esa actividad (a todas luces arbitraria) irrogó o no un perjuicio pecuniario efectivo a la entidad bancaria (aun cuando ello está por determinarse), en sustancia no es relevante. Para la configuración de la figura lo que importa es*

su aptitud para causarlo (a un particular, o a la Administración)...”.-

Como dijo la Corporación: “... el bien jurídico tutelado por el art. 162 del C.P. es el normal funcionamiento de la Administración, que se ve amenazado cuando sus funcionarios no actúan moderadamente en el ejercicio de sus funciones causando un perjuicio a la misma Administración o a los particulares (Cairolí, “Curso de Derecho Penal Uruguayo”, T. IV, 1995, pág. 222)”.-

“El ilícito se refiere a abusos genéricos, sin fin específico o nominado, por lo que -a diferencia de las conductas descriptas en otros tipos legales- la criminalidad se centra en el abuso propiamente dicho”.-

“De este modo, cuando hay intención de lucro propio se configuran delitos tales como la concusión, peculado, cohecho, etc., y cuando el móvil es cualquier otro (v. gr. favores, odio, soberbia, venganza o cualquier otra pasión distinta de la codicia) cabe imputar un abuso innominado de funciones (cf. Cairolí, ob. y t. cit., pág. 221, recogiendo la opinión de Carrara en su “Programa de Derecho Criminal”, parág. No. 2513)”.-

“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. III, Bogotá, 1955, pág. 209 y especialmente nota 114)”.-

“El acto arbitrario es un acto antijurídico, viciado por haberse verificado mediante abuso de los poderes del cargo. Es esencial en la figura, la nota de arbitrariedad, entendida como un proceder o dictaminar por capricho o contra las Leyes de la razón. Y para calificar un acto de arbitrario, la nota con que la Ley acota el acto en el art. 162 del C.P., es de carácter necesariamente subjetivo (cfm. Sents. Nos. 552/00 y 61/05)” (SCJ, S.1640/2010).-

En similar orientación se expresó esta Sala con otra integración: *“... Independientemente de la posición doctrinaria que se asuma respecto a la ubicación de las referencias subjetivas del tipo dentro de la Teoría del Delito, no existe controversia en nuestro medio respecto a que la configuración de este delito, exige la presencia del rasgo de subjetividad, como soporte del arbitrario (Bayardo, op.cit., pá. 218; Camaño Rosa, A., Tratado de los Delitos, pág. 126; Anuario... T.II pág. 9 c. 10, y T. III pág. 61 c. 267). No alcanza, entonces, con que la acción imputada represente un formal apartamiento de los deberes del funcionario sino que se requiere que dicho acto responda a la voluntad consciente del funcionario de violentar sus deberes. Pero además, debe configurarse la otra*

referencia subjetiva contenida en el tipo, cual es el que la conducta sea dirigida a ocasionar un perjuicio a los particulares o a la administración. No se requiere el perjuicio efectivo, sino que basta la aptitud del acto para alcanzar ese resultado dañoso, por cuanto esta figura tiene como objeto de la tutela el bien jurídico del normal funcionamiento de la Administración Pública ” (S. 85/1998).-

La referencia subjetiva: *"en perjuicio de la Administración o de los particulares"*, puede ser material o moral, no requiriéndose que se concrete para que el delito se ocasione; en tanto se trata de un delito *de peligro*, bastando que la acción del perpetrador sea hábil para generar un daño (Cairolí, Curso, T.IV, pp. 223, Maggiore, Derecho Penal, P. Especial, V.III, pp. 211-212, entre otros).-

Condición que en el sub-exámene se cumple con creces, tanto como el soporte arbitrario que notoriamente impregnó la inconducta del acusado.-

También se ha arguido que la desviación, el abuso o el exceso de poder no bastan para llenar el tipo penal, sino que se requiere que mediante ese abuso el agente de la conducta *"incurra en un acto arbitrario"*, cuestión que en el enfoque defensista no se verifica en la especie pues el acto solo adquiere tal carácter *"cuando el móvil... contraría el interés público"*.-

Pero lo que no advierte es que eso es, precisamente, lo que prístinamente se dio cuando C. y también L., de manera

consciente y deliberada incidieron de manera decisiva para que el BROU alterara -de manera grave- el trámite para la concesión del aval y así desnaturalizar el desarrollo y resultado de un remate que había sido ordenado y regulado por un marco legal que, para colmo, explícitamente había sido consagrado para conjugar, al mismo tiempo que el valor celeridad, **“el valor transparencia y publicidad”** (la negrita no es del texto original).-

¿Desde cuándo maniobrar para que los servicios técnicos del BROU aprueben un aval en semejantes condiciones a favor de una firma ignota que notoriamente oficiaba de “*pantalla*” es un acto cuyo móvil no contraría el interés público?

¿Desde cuándo habilitar que esa firma puje y adquiera aviones por un monto millonario en dólares en un remate público es un acto cuyo móvil no contraría el interés público?

¿Desde cuándo permitir que ese remate se transforme en una suerte de “*parodia*” es un acto cuyo móvil no contraría el interés público?

Plantearse tales interrogantes es responderlas.-

En definitiva ha quedado acreditado que la contravención al interés público fue manifiesta, patente y ello no se conmueve por la existencia de un pedido previo del M.E.F. para “*evitar que el remate se viera nuevamente frustrado*” y “*ayudar al Estado*”.-

No hay justificación o explicación plausible, ni regla de la lógica o la experiencia que permita situar lo ocurrido dentro de los

cánones de la legalidad y la transparencia pública, cuando la tónica fue siempre la oscuridad, lo furtivo y el abandono de plano de todas las normas elementales de gestión y control de la cosa pública, constitutiva de la nota de arbitrariedad, por más excepcionalidad en la situación que se invoque.-

Por consiguiente, al contrario de lo arguido, es inevitable concluir que el acto de otorgamiento fue arbitrario precisamente porque contradijo -de plano- el interés público.-

Porque más allá de los motivos que adujo, no es posible sostener que otorgar una garantía en tales condiciones y sin respaldo adecuado es algo que atiende dicho interés, pues en tales condiciones y circunstancias la fianza nunca podría funcionar de manera adecuada. Como por otra parte no funcionó ante la aseguradora argentina, quien se negó a efectuar el pago por haber sido emitida a favor del MEF y no del Fideicomiso como correspondía.-

Es evidente que sin una garantía adecuada no se atendía al fin concreto al que se aspiraba, esto es que el negocio concluyera en debida forma, como en definitiva no ocurrió.-

Y también es muy claro que el interés nacional no se protegía buscando llegar con éxito como fuera a la subasta para cumplir el plazo establecido por la Ley No. 18.391. Se protegía adoptando las precauciones propias para negocios de esa envergadura, exigiendo todos los recaudos y precauciones propios a los mismos. Y si en definitiva la subasta fracasaba por falta de interesados, era de cargo del Estado brindar

alguna nueva solución ante la falta de la solución delineada por la ley citada.-

El llamado "*interés nacional*" no autoriza actuar de cualquier manera y hacerlo como se verificó -esto es- omitiendo adoptar las precauciones generalmente exigidas para este tipo de operativa, lo que supuso fue el despliegue de un actuar abusivo en el que se ejerció un acto arbitrario, contrario a derecho, en perjuicio de la administración, lo que impone concluir que el delito se configuró más allá de la motivación particular.-

La noción de "*interés nacional*" es concepto amplio e indeterminado que bien puede considerarse próximo al de "*interés público*" e "*interés general*".-

El art. 20 de la Ley 17.060 establece que "*Los funcionarios públicos deberán observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos*".-

En este sentido dijo esta Sala (S. 43/2001) que el interés público "*es equiparable al interés general, al interés colectivo*

de una sociedad o de una región determinada. Estas nociones, que particularizan aspectos colectivos como... la salud pública, el orden público, la seguridad ciudadana, componen una nómina de inquietudes, necesidades, disposiciones, que son compartidas por la enorme mayoría de los sujetos de derecho en una colectividad y que se dirigen hacia un fin principalmente colectivo”.-

Y la Suprema Corte de Justicia señaló que *“resulta importante indicar que las pautas que definen el interés general no son rígidas ni inalterables, “sino que varían con la evolución de cada medio y cada época, de ahí que las soluciones legislativas no resulten coincidentes y lo que importa, en definitiva es que las nuevas disposiciones consulten el interés general del momento en que se dictan, ajustándose a las condiciones políticas, económicas y sociales existentes” (S. 525/2000).-*

Por su parte, De Cores y Cal en su trabajo sobre *“El concepto público y su incidencia en la contratación administrativa”* en la Revista de la Universidad de Montevideo, Año IV, 2007, No. 11, sostienen que: *“puede definirse provisoriamente entonces el interés público, con ESCOLA como “el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o*

potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos. Postura que se presenta a priori como la más acertada, por respetar adecuadamente los principios inherentes a un Estado de Derecho, liberal y humanista; pero tiene el inconveniente de no dar soluciones ante problemas concretos que se planteen. Por ello, aun cuando no compartamos el enfoque ostensiblemente político de CERRI, sus ideas encierran una gran dosis de verdad y sentido pragmático. Es obvio que el Estado, principal agente de los intereses de la comunidad, no puede verificar en cada acto que realiza la conformidad de los intereses mayoritarios. Es en este sentido que asiste razón a CERRI: el interés público encierra, en cierto sentido, un juicio de valor; aunque éste no estará dado a nuestro entender por los intereses de la clase dominante, sino por el sentir mayoritario y homogéneo de la población que expresa sus convicciones al concertar un texto constitucional. Por lo dicho no aparecen como antagónicas las posiciones de CERRI y ESCOLA, sino que aquella -con la aclaración apuntada- sería la aplicación práctica de ésta. La tesis que estamos adoptando justificaría la presunción de legitimidad, de carácter relativo, de que gozan los actos del aparato estatal cuando éste se desempeña dentro del ámbito de sus atribuciones” (pp. 132 -133).-

Teniendo presente estas nociones se vuelve a insistir que la conclusión a la que se ha arribado en cuanto a que las conductas que se juzgan en modo alguno encartan como respuesta al invocado “*interés nacional*”.-

Ante la problemática situación económica y financiera que planteaba un escenario específico y para el cual evidentemente interesaba adoptar medidas para hacer frente a ella, el Poder Ejecutivo propuso una solución excepcional que el Poder Legislativo hizo Ley; inmediatamente la propia Administración fijó expresamente las condiciones en las cuales se cumpliría la subasta y los requisitos que deberían cumplir los interesados en participar en la misma.-

Siendo a esa altura cuando surgen los actos arbitrarios que ameritan el reproche, pues el análisis del “*interés nacional*” debe ser realizado en relación específica a los actos respecto a los cuales se pretende responsabilizar penalmente a los autores; de lo contrario, bajo el paraguas que implica la existencia del “*interés nacional*” por solucionar la situación de PLUNA SA, podrían cobijarse impunemente actos puntuales que no respondieran al mismo.-

El Decreto No. 500/91 fija normas generales de actuación en la Administración Central y en su artículo 2 establece que “**la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho** y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales: a) imparcialidad; b) legalidad objetiva; c) impulsión

de oficio; d) verdad material; e) economía, celeridad y eficacia; f) informalismo en favor del administrado; g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismo; h) delegación material; i) debido procedimiento; j) contradicción; k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; l) motivación de la decisión; m) gratuidad” (la negrita no está en el texto original).-

Por tanto, como sostiene con acierto la Fiscalía: “... *no se puede preservar el interés nacional violando normas y reglamentos, es decir a toda costa. No importa como dice el Ec. C. que el monto del aval será ínfimo respecto del giro habitual del Banco. Ese no es el punto. En la especie, no interesa el monto, es el dinero público del Estado uruguayo para cuyo manejo existen normas y reglamentos que deben ser cumplidos, lo que es inherente a un Estado de Derecho”* (fs. 1123-1124).-

Para culminar este capítulo, en relación con la aspiración del apelante de aplicar subsidiariamente el art. 22 ó el 28 del Código Penal en favor de su defendido, la Sala habrá de coincidir con lo que en tales aspectos concluye el Ministerio Público cuando contesta los agravios.-

Es muy claro que no puede entenderse que existió en el caso error de hecho, cuando C. era plenamente consciente de la arbitrariedad del acto al disponer a los servicios del banco que emitieran el aval sin las exigencias documentales y de contralor propias de dicha operación.-

Conforme al art. 22 el error de hecho que excluye el dolo debe versar sobre las circunstancias constitutivas del delito, y en el sub-exámene tal error no se dio. El acusado -por su cargo- era plenamente consciente de las falencias con las que se realizaba la operación de otorgamiento del aval.-

Como enseña Cairoli, para que se verifique, conforme al Código, un supuesto de error de hecho debe ser “*esencial, es decir debe recaer sobre elementos esenciales del tipo delictivo, o sea que debe existir u por lo menos una falsa representación de uno de los elementos del tipo penal*” (Derecho Penal Uruguayo, Tomo 1, año 2001, p. 201) y aquí es muy claro que por el cargo de ocupaba no podía desconocer que estaba actuando con abuso de su cargo al ordenar arbitrariamente el otorgamiento del aval.-

Y si bien en todo momento buscó justificar su accionar en la excepcionalidad de la situación planteada, ello nuevamente conduce al alegado *interés nacional*. Y a la pregunta -contestada supra- de si éste se satisfacía logrando de cualquier manera que alguien ofertara en la subasta, o si lo que se debía hacer era que la subasta se realizara con participantes que hubieran cumplido todos los requisitos que les eran exigibles, entre ellos con un aval otorgado en forma, como jurídicamente correspondía.-

Tampoco se da en la especie una hipótesis de cumplimiento de la Ley (art. 28 C.P.) como también se postula, en la medida que el delito imputado no se verificó por el liso y llano

otorgamiento de un aval, sino por las irregulares y arbitrarias condiciones en que el de autos se otorgó.-

V) La situación de F. L. E.:

Más allá del debate suscitado en cuanto al alcance de algunos términos empleados por el Ministerio Público: “*garante verba*” por ej.; la Sala como en parte ya adelantó en el anterior Considerando, comparte el enfoque del Ministerio Público cuando señala que el nombrado excedió (de materia patente, se agrega) la competencia funcional de su cargo (Ministro de Economía y Finanzas), haciendo que el BROU emitiera un aval millonario (algo menor a U\$S14.000.000,00) en las condiciones antedichas, que sabía a la perfección no iba a contar con el contralor mínimo indispensable.-

Conclusión ésta que a pesar de lo que se ha arguido en contrario, no admite dos opiniones. Su profesión de economista, su amplia experiencia en el ejercicio de dicha profesión, más la elevada (muy elevada) dignidad del cargo que en la época desempeñaba (era nada más y nada menos que el Ministro de Economía y Finanzas de la República), decididamente no permiten -racionalmente- aventurar otra solución.-

En efecto, la marcada injerencia que demostró y desplegó para favorecer a la empresa COSMO SL en la emergencia, haciendo *imperioso* para el BROU la concesión del aval, como bien dice el Sr. Fiscal: “... *en tiempo récord y aún si no se cumplían todos los requisitos de presentación y estudio de la*

documentación exigida”, es cosa que -se insiste- a esta altura de los acontecimientos es extremo que está fuera de cuestión. Ello fue lo que a habilitó a C. a imponer *su* criterio por sobre los organismos de control de la institución que presidía para obviar, olímpicamente, los trámites y controles de rigor. Todo lo que se encuentra bien lejos de la órbita de legitimidad de que dispone un Ministro en el cumplimiento de sus cometidos, como su Defensa supone.-

Y si bien se reitera que era importante para el Gobierno que la subasta fuese exitosa, parece una obviedad tener que resaltar que ello no explica, ni justifica, la forma como idóneamente *presionó* para que se eludiera la aplicación de normas mínimas imprescindibles de control (pues no podía ignorar que no era factible que se reunieran los requisitos necesarios u ofreciera una contragarantía exigible).-

Con este panorama, que haya existido o no una relación jerárquica directa o indirecta de L. con el presidente del BROU no hace volver las tornas.-

Pues es obvio y evidente que fue su inmenso *peso político e institucional* lo que impuso para que los servicios del BROU actuaran de la manera como lo hicieron. Así lo confirma la evidencia empírica con incontestable elocuencia, cuando muestra la manera en que su presidente salió *disparado* a ejecutar lo que en otras circunstancias y condiciones jamás hubiera realizado.-

Que en ese contexto su intervención se haya cumplido a través

de un único llamado telefónico nada implica a su favor: más no necesitó para imponer su criterio y el del Poder Ejecutivo al BROU con el fin de *torcer* las formas en beneficio de COSMO SL (y el auténtico interesado en participar de la subasta, la Sala se permite puntualizar).-

Decididamente lo suyo no se trató de una *“simple llamada”*, ni por el emisor, ni por el receptor, ni por su contenido. L. no era un Economista más:

a) era el Ministro de Economía y Finanzas;

b) actuaba conjuntamente con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas como Fideicomitente en representación del Poder Ejecutivo ante ese *“Fideicomiso de aeronaves Ley 18.931”* (art. 1 del D 240/ 2012);

c) llamaba no a título personal sino que cuando se comunicó con C. fue claro y preciso de que lo hacía *“en nombre del Gobierno, en nombre del Poder Ejecutivo”* (L., fs. 1095; en igual sentido C. fs. 580; el Vice Pte BROU P., fs. 996). Incluso V. 2º Vice presidente del BROU es más gráfico aún: *“la relación con el Ministerio es una relación casi con su patrón”* (fs. 1002).-

No debe olvidarse asimismo que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía controla al BROU, entre otros, al ser Ente Autónomo comprendido en el régimen de los artículos 197 y 198 de la Constitución (fs. 211);

d) sus llamadas respecto a la concesión del aval a COSMO no fueron solamente antes de que se otorgara el mismo, sino que

hay otra realizada *“... por el Ec. C. sobre las 14.20 y me dice que el Ministro de Economía lo había consultado respecto a si el aval había sido emitido a lo que le respondo que sí”* (G., fs. 250);

e) su peso institucional y político -como se dijo- era innegable, a tal punto de L. M. declara que hablaba *“con el Ministro de Economía que representaba al Sr. Presidente”* (fs. 189).-

Ese poderoso emisor de la llamada se comunicaba con otro poderoso receptor como es el Presidente del BROU, para transmitirle un mensaje fuerte: la operación del aval que solicitaría una empresa NN que presentaría L. M. *“cuenta con el respaldo del Ministerio de Economía y Finanzas”* (C., fs. 14); *“... el Ministerio de Economía y Finanzas iba a ser garante de esa operación” mientras la empresa no presentara las garantías correspondientes*” (P., fs. 109, 992).-

Y si faltaba algo más, véase lo que declara L. M.: *“... cuando se concreta la empresa española de acuerdo al pliego necesitaba un aval. El Ministro de Economía dijo: “el aval se lo damos nosotros”* (fs. 186).-

Y por cierto, lo de que adujo, en cuanto a que se limitó a solicitar a C. -muy gentilmente, se supone- que hiciera todo lo que estuviera a su alcance y actuara de manera flexible y cuidadosa en el otorgamiento del aval, es también otro extremo que la evidencia empírica ha dejado como otro afirmación carente de sustento alguno.-

L. también sostuvo que en las negociaciones siempre actuó

con “*desconfianza y prudencia que tenía con respecto a todo lo que se me decía*” (fs. 127). Sin embargo, a pesar de su larga trayectoria profesional, institucional y política, así como la desconfianza y prudencia que adujo siempre guiaron sus pasos, igualmente presionó para que se otorgara un aval a una empresa de la cual ni su nombre conocía.-

Por de pronto es muy obvio que ninguno de los valores que justificaban la realización de la subasta: celeridad, transparencia y publicidad, fueron observados. Y no porque el marco normativo se lo impidiera sino por el accionar ilícito que desplegó junto al coencausado.-

La “*celeridad*” extrema que se pretendió imprimir llevó a que se terminara por conceder un aval habilitando a una empresa desconocida, que no aportó en tiempo y forma la documentación requerida, siquiera la contragarantía. Celeridad que llevó por ejemplo a tener que confeccionar nuevamente el aval ya que estaba mal escrito el nombre de la empresa (fs. 304).-

La “*transparencia*” se opacó de tal forma que en concreto no se sabía a ciencia cierta a quien se estaba dando el aval, más allá de conocer “*in extremis*” el nombre de la empresa avalada: “...*le consulto a nombre de quien se iba a emitir la garantía si era a nombre de CIPRESES, me dice que no, le pregunto si era a nombre de las otras firmas del grupo me dice que no, le pregunto a nombre de quien y me dice que iba a ser a nombre de COSMOS LINEAS AEREAS, le pregunto qué*

relacionamiento tiene, pero no me responde. Le pregunto si iba a ser garante de la operación me dice que no, le pregunto qué tipo de garantías ofrece y tampoco me responde...” (G. a fs. 1008).-

Y la “*publicidad*” sucumbió luego de hacerse conocer las condiciones para presentarse a la subasta para dar paso a reuniones y llamadas en la privacidad de los despachos de altos jerarcas para conceder, contra viento y marea, el aval requerido.-

El tema de la presentación previa a la subasta de “*una garantía de mantenimiento de su oferta*” no era por cierto un tema menor e intrascendente: era el único requisito exigido para participar válidamente en la misma (L., fs. 255) y como tal lo único que controló el Escribano S. actuante en la diligencia (fs. 74) y en el que se basó el Fiduciario L. para no solicitar que se le exhibiera poder acreditante a C. como representante de COSMO: “*... nosotros no pedimos en el momento de la subasta confirmación del apoderamiento de la empresa. Esto fue una decisión que tomamos cuando diseñamos la subasta de forma de facilitar el acceso y la confidencialidad. La seguridad de quien ofertaba venía de la mano de la representación del aval*” (fs. 253). A fs. 255 agrega L.: “*la única condición era tener un aval*” (fs. 255).-

A su vez la concesión del aval tuvo repercusiones para la institución bancaria: “*Cuando el Banco respectivo otorga un aval en favor de un cliente, está abriéndole un crédito a éste,*

que generará una efectiva deuda en el caso de que -requerido a tal efecto por el beneficiario- el banco pague la suma garantizada (a lo cual está obligado en virtud del aval otorgado), con lo cual el cliente se transformará en deudor del Banco por esa suma” (fs. 209).-

Pero tal aval al que todos hacen referencia como respaldo de las posteriores acciones fue otorgado irregularmente, incluso en forma hasta tragicómica, pues destaca que el propio Presidente del Banco que lo expidió admitió que existían “deficiencias” en la carpeta de COSMO que desde el punto de vista del reglamento del BROU debían relevarse (fs. 1061) y entre ellas estaba el hecho de “no contar con el poder debidamente legalizado por parte del Sr. C.” (fs. 1063). Incluso C. reconoció en su oportunidad que se había presentado únicamente con “una carta del Presidente de COSMO” (fs. 309), habiéndosele otorgado días después de la subasta por parte de COSMO un poder amplio para que la represente en nuestro país en todo lo referido a dicho acto pudiendo -entre otras facultades- “... transferir, ceder y/o renunciar a la posición de COSMO en favor de tercera persona sea pública y/o privada” (fs. 29-35).-

En suma: como con acierto señaló el Ministerio Público, L., al igual que C., con su conducta configuró un actuar indebido, ilegal, arbitrario, que -como era de esperar- terminó afectando y perjudicando de manera grave y como mínimo la imagen, el prestigio de la institución pública principalmente involucrada,

“así como la normalidad funcional y el buen desempeño del cargo de sus servidores” (fs. 934vto.); con lo que la esencia subjetiva del tipo se encuentra acreditada y cumplida con creces.-

VI) En merito a lo expuesto la Sala -como ya lo adelantó- habrá de confirmar *in totum* el fallo de condena dictado en primera instancia respecto de C., dado que tampoco avizora razones para mitigar una sanción que respeta los estándares consagrados en el art. 86 CP y disposiciones concordantes; a la vez que revocará la absolución de L., disponiendo en su lugar su condena como autor (art. 60-1 CP) de un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (art. 162 CP), relevando en el grado la circunstancia alteratoria individualizada en la acusación (atenuante análoga de la primariedad), a la pena de veinte (20) meses de prisión, inhabilitación especial por el término de 2 años y multa de 1.000 UR.-

Por estos fundamentos, lo dispuesto en las normas citadas, **el Tribunal,**

FALLA:

CONFÍRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA EN RELACIÓN A F. C. R. Y REVÓCASELA EN CUANTO ABSOLVIÓ A F. J. L. E., A QUIEN SE CONDENA COMO AUTOR DE UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES EN CASOS NO PREVISTOS ESPECIALMENTE POR LA LEY, A

***SUFRIR LA PENA DE VEINTE (20) MESES DE PRISIÓN,
INHABILITACIÓN ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE DOS (2)
AÑOS Y MULTA DE MIL (1.000) UNIDADES
REAJUSTABLES.-
NOTIFÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.-***

Sergio Torres Collazo
Ministro

Graciela Gatti Santana
Ministra

Julio Olivera Negrín
Ministro

**Alberto Reyes Oehninger (DISCORDE) *confirmando absolució
y revoco condena.*** Nadie negó que todo lo actuado fue -para
bien o para mal- en aras del interés nacional; y si el móvil no es
espurio (capricho sin duda que no hubo, odio es claro que
menos), no hay Abuso de funciones.

El Presidente del BROU podía conceder autorizaciones hasta
el 1%. Para las que superaran esa cantidad se requería el
consentimiento de los demás directivos. Tal como a la postre
hiciera. El art. 2 de la Carta Orgánica del BROU faculta a su
Presidente, asistido del Gerente General, a otorgar poderes. A

su vez su art. 14 exige que, cuando los créditos o préstamos excedan el 1% (uno por ciento) del Capital integrado y reservas del Banco, la respectiva concesión voto de tres Directores.

Vale decir, como se ha declarado en autos, ni siquiera puede sostenerse que sea de meridiana claridad que hubo desvío procedimental evidente al otorgarse el aval.

Existía la reconocida urgencia en la realización del remate en función del plazo máximo de sesenta días para concretarlo: *“...Esta operación tiene la particularidad de que se apoyaba en una Ley que daba un plazo máximo de sesenta días para la realización del remate de los aviones de PLUNA y además en el requisito también legal de que los oferentes debían entregar un aval que sólo podía estar otorgado por un Banco regulado por el Banco Central del Uruguay o por el Banco de Seguros del Estado.- Ese requisito de sesenta días para que un eventual interesado pudiese evaluar los aviones, estudiar la viabilidad del negocio y presentarse ante una institución financiera local para solicitar un aval era tan exiguo que debimos recurrir a procedimientos de excepción y presentarse ante una institución financiera, máxime teniendo en cuenta que los eventuales oferentes eran en su totalidad empresas no residentes, por lo cual no tenían antecedentes crediticios en el sistema local.- De esa forma, teníamos dos alternativas: procesar rutinariamente la solicitud del aval y por lo tanto frustrar el remate por la ausencia de oferentes o viabilizar estas solicitudes con la información mínima básica y con una*

garantía que respaldara al banco de tales incumplimientos” (C., fs. 9).

Se podrá especular que bastaba con aprobar otra ley, pero no es pertinente.

Al margen de valoración alguna, se actuó como se actuó, no por capricho, sino porque se trató al éxito del remate como “cuestión de Estado”. Eso nadie lo discute.

No lo discute la Fiscal que acusó, quien se limita a deshacerse de la objeción, puerilmente, con aquello de que el fin no justifica los medios, diciendo: *“Los encausados han pretendido durante el proceso justificar la conducta desplegada en oportunidad de conceder un aval a la empresa española COSMO SL aduciendo el interés nacional desde el punto de vista económico, sin contar con la documentación mínima para evaluar el riesgo para otorgarlo. Ello no es de recibo. Entiende la Fiscalía que no se puede preservar el interés nacional violando normas y reglamentos, es decir, a toda costa. No importa como dice el Ec. C. que el monto del aval sea ínfimo, respecto del giro habitual del Banco. Ese no es el punto. En la especie, no interesa el monto, es el dinero público, del Estado uruguayo, para cuyo manejo existen normas y reglamentos que deben ser cumplidos, lo que es inherente a un Estado de Derecho”* (fs. 1123/1124).

La acusación, al igual que la solicitud de procesamiento, se basó en intuicionismo justiciero, al socaire de una declamada adhesión al Estado de Derecho, que legitimaría imputar el

delito de abuso de funciones, a como dé lugar, como si al Derecho Penal se desinteresara que los destinatarios hayan actuado -si se quiere, irregularmente o mal- movidos por el interés nacional del art. 1º de la Ley 18.931: *“preservar el valor de los activos, viabilizar opciones de mantenimiento del servicio y preservar fuentes de trabajo”*.

Como señala la Defensa de C. al expresar agravios, *“...el funcionario público que obra con abuso de su cargo no delinque de por sí mediante la mera ejecución del acto funcional abusivo, sino que, en la economía del art. 162 C.P., se reclama que el acto en cuestión, amén de abusivo, debe ser arbitrario...inmotivado, sin sentido, un acto <porque sí>, un acto sin fundamento...la arbitrariedad se verifica <cuando el móvil del acto discrecional es contrario al interés público, o cuando coincide con algún interés privado (de secta, enemistad, de venganza, de prepotencia> (cfr: Giuseppe Maggiore, Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1972, vol. III, ps. 210-211)”* (fs. 1346 vto.).

La imputación estuvo siempre en que, pese a no contarse con información, el aval fue otorgado a una empresa desconocida. Fiscalía nunca adujo que mediara un acuerdo soterrado con L. M..

Hubo otra empresa extranjera, de la cual el banco no tenía referencias, ni culminó los trámites: *“...Esta empresa había solicitado un aval a cambio de la prenda de títulos que poseía en Europa y por razones operativas no se llegaba a tiempo*

para poder constituir la prenda. -Era sumamente complicado y se acordó entonces la realización de un depósito por el monto del aval.- Dicho depósito no llegó en tiempo antes del remate por lo cual el aval no fue emitido” (C., fs. 15).

Sobre esa empresa, se dijo: “...El problema con el aval de este segundo grupo era distinto del que me parece, ocurrió en relación al aval de esta otra empresa COSMO, porque ese grupo no tenía antecedentes crediticios nacionales, ni tenía ninguna referencia comercial conocida en nuestro país.- Entonces el BROU les exigió, como no podía ser de otra manera, que hubiera un respaldo con una garantía de muy buena calidad, bonos o un depósito específico para estar correctamente contra garantizando la emisión del aval.- Y el fiduciario en mi última comunicación telefónica con él, me dice que esperó hasta el último minuto antes de salir para la subasta esperando el SWIFT de la transferencia, que es la documentación de que la contragarantía que requería el República estaba disponible” (L., fs. 96).

Entonces, la forma de que el remate no se frustrara por segunda vez, ese último día del plazo legal, evitando consecuencias económicas que nadie discute, era otorgar el polémico aval a una empresa extranjera desconocida, pero “traída” o “presentada” por un cliente de primera línea del BROU como L. M., y por eso, respaldada por el MEF.

No se adujo que los acusados hayan actuado sin importarles que COSMO no tuviera capacidad financiera para adquirir los

aviones. Lo que faltaba era documentos de una empresa avalada por un empresario como L. M., de confianza del BROU (no de los acusados), en una situación donde el tiempo apremiaba al Gobierno, como lo resalta la Defensa de L. en oportunidad de contestar los agravios de la Fiscalía: “...*la presencia de empresas interesadas en participar en esta segunda subasta (luego del fracaso rotundo de la anterior) era un objetivo primordial para el éxito de la estrategia que el Gobierno se había trazado, para intentar solucionar la crítica situación que vivía la línea aérea nacional, en ineludible salvaguardia del erario público*” (fs. 1381).

Si se consiguió o no ese objetivo, no hace a la decisión del caso penal.

¿Es que penalmente no interesa el fin perseguido?: “***Si el motivo fue lícito, de provecho para la sociedad -como invocara la Defensa-, aunque el hecho sea un abuso ontológico no puede haber la sanción penal***” (Cairolí, Curso..., FCU, 1995, p. 223. Cfm. jurisprudencia citada a fs. 1347: TAP 1o, Sent. 178/1976, TAP 3o, Sent. 135/1991, TAP 2o, Sent. 118/1995; TAP 3o, Sent. 63/1996; TAP 1o, Sent. 71/2001).

A lo largo del proceso y en ambas instancias, la Fiscalía se esmeró infructuosamente en dar con un fin o móvil espurio. No en vano habló primero de intención de favorecer a otra empresa. Tal fue la piedra angular del pedido de sujeción, descartada y sustituida por la probabilidad de perjuicio material

o moral, atendido que el bien jurídico es el normal funcionamiento de la Administración, como dice la condena de C., cuyo procesamiento se intentó justificar diciendo que su conducta implicó *“al Estado Uruguayo y por consiguiente a toda la población pérdidas económicas millonarias a las que se debió, se debe y se deberá continuar haciendo frente”* (fs. 721). La acusación confunde abuso de poder con el delito de abuso de funciones, e ingresa en consideraciones ajenas al proceso judicial, que se presentan sin objetividad alguna: *“Fue un negocio nefasto para el país, para aquellos que intervinieron, ya que resultaron procesados que se basaron pura y exclusivamente en las negociaciones que dijo el Ministro F. L. había tenido con J. C. L. M., que además todos sabían que se había bajado de su postura de interesado en comprar los aviones”* (fs. 1115).

Es decir, se llega a convocar como elemento del perjuicio, la suerte corrida por los propios acusados, al ser incriminados penalmente por la Fiscalía y el Juzgado *A quo*.

El sistema penal no puede actuar a modo de oráculo *ex post facto*, cernidor ni censor de desaciertos en toma de decisiones políticas o empresas de gobierno, midiéndolas con reglas de buena Administración (por cuya inobservancia el BROU fue sancionado por el BCU), porque eso no es acorde con el principio de legalidad (tipicidad), y evade su competencia. El delito imputado adquiere contornos inconmensurables toda vez que se interpreta válido completarlo haciendo gala de agudeza

o discrecionalidad judicial; en el caso, ora porque no se pidió garantías a una empresa fantasma, ora porque se interpreta - modificando una vez más la imputación- que todo lo hecho fue destinado a favorecer a L. M., como nunca se había hecho valer en autos, en análisis parcial y cuando menos, opinable, a la luz de ulteriores controversias.

Igual que cuando -como ya se vio-, la *A quo* que dispuso el procesamiento optó por apartarse del pedido fiscal, expresamente, diciendo: “...no se comparte el criterio esgrimido por el Representante del Ministerio Público y Fiscal en cuanto a que se concedió el respaldo orgánico a tan solo una de las cuatro interesadas en participar del remate...”. La alusión que respecto al perjuicio para la recta Administración hizo el M. Público en aquella oportunidad, también se confunde con el favorecimiento descartado en el sumario: “No es concebible que en un Estado Democrático de Derecho, en un período de suma trascendencia histórica para el país durante el cual cierra la única aerolínea nacional y se crea en forma excepcionalísima un Fideicomiso de Administración por una Ley 18.931, con el fin de procurar la transferencia de los activos de PLUNA a un nuevo titular a través de un procedimiento competitivo público de adjudicación, nada menos que el Ministerio de Economía, y el Presidente del Banco República, interfieran propiciando una preferencia totalmente inaceptable e ilegítima, en relación a uno de los interesados en la subasta... Naturalmente ante este tipo de

acciones, es palmario el desprestigio a la buena imagen de la recta Administración Pública...” (fs. 536-537).

Como dijo la Sala cuando en mayoría (y anterior integración) entendió legal revocar el procesamiento, el Fiscal que lo pidió había visto una trama que el Juzgado que lo dispuso, no vio. Entonces no hubo un distinto punto de vista sobre los mismos hechos, sino que cada Magistrados interpretó diferente las exigencias del tipo, **vaciando de contenido al debate sobre su configuración, a algo tan esencial a ella como es la arbitrariedad**, “...rasgo típico del acto cometido u ordenado por el funcionario, con abuso de su cargo, y en perjuicio de la Administración o de los particulares (que) encuentra su ubicación conceptual en el ámbito o esfera de los **móviles o motivos** del autor...” (Viana Reyes, El abuso de autoridad genérico, INUDEP, N° 3-, p. 92, RDP 10, p. 69). En igual sentido, la SCJ ha declarado: “*Es esencial en la figura, la nota de arbitrariedad, entendida como un proceder o dictaminar por capricho o contra las leyes de la razón.- Y para calificar un acto de arbitrario, la nota con que la Ley acota el acto en el art. 162 del C.P., es de carácter necesariamente subjetivo*” (Sent. 400/09, RDP 20, p. 475).

Luego que el procesamiento fuera revocado, al interponer de casación, la Fiscalía varió su punto de vista, relativizando la centralidad de su argumento (*favorecimiento*), en virtud que aquel fallo lo descartó e introdujo la tesis del perjuicio económico. Así fue percibido y destacado en la discordia de la

SCJ a la confirmación del procesamiento: *“Tanto es así que el propio recurrente en casación intentó justificar su postura (esto es, el hecho de haber centrado su requisitoria respecto a F. C. en la desigualdad que supuso para las restantes empresas la conducta arbitraria del Presidente del BROU, que no tuvo otro fin que favorecer a COSMO S.L.) argumentando que no podían (...) hacerse extensivas al requerimiento fiscal de inicio de un proceso penal las exigencias de la demanda acusatoria, que naturalmente limita los poderes del juez, conforme a lo previsto en el art. 246 del C.P.P.” (fs. 890). Ello, porque, no era (...) procedente descalificar actuaciones como las objeto de análisis, cuando el Representante Fiscal describe una plataforma fáctica para obtener un pronunciamiento provisorio, de naturaleza revocable, aun de oficio (art. 132 del C.P.P.), sin contar con la posibilidad de utilizar los mecanismos previstos en el conjunto de normas que regulan el proceso en virtud de que, sólo una vez agotados éstos, el suscrito Representante de la causa pública podrá legítimamente ratificar, ampliar o modificar su pretensión inicial en la etapa del plenario, cuando está obligado a relacionar los hechos definitivos en los que se erige el reproche penal, los calificará, invocará atenuantes y agravantes y requerirá la imposición de una pena, cumpliendo con el multicitado artículo constitucional” (fs. 890 vto.).*

Y en apoyo de su posición convocó, incluso, el principio de inocencia, “(...) que no es más que el juego armónico de una serie de reglas de aplicación para la consagración del

denominado 'estado de inocencia' (...)", señalando que "(...) permanece incambiado aun con el dictado del procesamiento y es recién con el pronunciamiento sobre el fallo de culpabilidad que habrá de cuestionarse su vigencia" (fs. 889 vto.).

Y más adelante sostuvo: <El estado de inocencia permanece incambiado y desde allí comienza el derrotero del juicio procesal penal que no tiene otro objeto que el de reafirmar o cuestionar la presunción creada por el auto de procesamiento. Y ello precisamente a través del diligenciamiento de la prueba y la realización de los actos procesales inter partes, que permitirán realizar ese juicio de verosimilitud (...)>", (fs. 889 vto./890).

En suma, los propios argumentos del recurrente en casación nos están demostrando que la violación del principio de congruencia fue correctamente relevada por la Sala, habida cuenta de que con esos argumentos no puede, como vimos, defenderse jurídicamente una postura de tal naturaleza.

Son, entonces, los propios argumentos del Ministerio Público los que enervan el fundamento de la discordia del Dr. Sergio Torres, quien, haciendo una interpretación del dictamen que el recurrente en casación no hizo, concluyó, erróneamente, que el reproche de la Fiscalía incluía toda la mecánica previa cumplida por el imputado para hacer viable el otorgamiento del aval (fs. 876 vto.).

Finalmente, cabe señalar que, como bien indicó la Sala, la referencia en el auto de procesamiento a las "pérdidas

millonarias” que no fueron mencionadas en el dictamen fiscal y respecto de las cuales nada se dijo con relación al imputado (considerando 4, fs. 867) supuso otra muestra de la vulneración del principio de congruencia” (fs. 886/887 vto.).

Pues bien, al acusar, la Fiscalía invoca “**palmario desprestigio a la imagen de la recta Administración Pública...**” (fs. 1123). Lo reiteró en su alegato (fs. 1278), donde adiciona: “Y aún **podría decirse** que a través del otorgamiento <fast track> del aval, **existió un notorio y admitido favorecimiento a la empresa Cosmo, aún cuando no hubieran otros interesados u oferentes. No se imputa un trato preferencial o privilegiado a una empresa sobre otras, sino una conducta ilegal que favoreció a una de ellas, en sí misma**” (fs. 1279). Los comentarios huelgan.

Estas mutaciones no hacen sino demostrar la falta de rigor de la imputación, donde no alcanza con el escándalo ni la infracción (que tampoco se ve demasiado clara, no obstante la sanción del BCU), ni puede soslayarse que más allá de alusiones a ocultamiento y falta de transparencia que evocan lo contrario, el móvil no fue espurio.

Si ni la recurrida ni la Fiscalía cuestionaron que el interés nacional animó la llamada (L.) y el otorgamiento del aval (C.) a la única interesada (*favorecida respecto de sí misma*, según la Fiscalía), una empresa desconocida pero “traída” por un cliente del BROU de primera línea como L. M. (*en cuyo beneficio ahora se sugiere que actuaron los acusados*), a último

momento, para permitir que hubiera algún oferente, no cabía ni cabe dedicar esfuerzo judicial alguno a mostrar lo contrario, ni abundar sobre obviedades como que el fin no justifica los medios; tan cierto, como que el apartamiento de los medios no siempre constituye delito, en cuyo caso, la Administración incurriría en el mismo toda vez que medie observación del Tribunal de Cuentas, BCU, etc.

Se descartó que fuera relevante la existencia de acuerdo entre las partes acerca de que se quiso evitar la frustración del remate por falta de oferentes, por un móvil que no era sino dar cumplimiento a una ley, lo que significaba evitar un perjuicio muy superior al dinero que no se perdió sino que inicialmente no se obtuvo, por incumplimiento del aval.

El remate cuya frustración se pretendía evitar, con tanto afán y apuro, estaba previsto y era la finalidad de una ley aprobada para evitar pérdidas financieras mayores.

Al no resultar desmentido sino expresa o tácitamente reconocido que en ello estaba comprometido el interés nacional, el móvil no fue espurio; *ergo*, no hay adecuación típica, más allá de valoraciones que con perspectiva extraña al ámbito penal (dominado por el principio de legalidad o tipicidad) pueda merecer esa ley a los fines de este proceso, y el comportamiento de los acusados, como ejecutores.

Es indudable que el aval no se habría otorgado sin la garantía del MEF; pero ello no puede escindir-se de que COSMO era una empresa vinculada con L. M., quien la “presentó”, dictó

telefónicamente el aval, consiguió el seguro, etc. Y no se acusó por falta de transparencia, ni porque ambos imputados fueran piezas de un montaje que los excede: simular un remate de los aviones, para beneficio de un particular (esto nunca fue invocado realmente). **El bien jurídico ha sido confundido con el delito que lo contempla, y no son lo mismo. Por eso, cuando el otorgamiento del aval era facultativo, y se demuestra que no hubo móvil espurio (hipótesis acusatoria inicial del favorecimiento, por ejemplo), el reproche penal no es más que un error:** *"...no surge articulado el perjuicio (moral o material) inferido por la conducta del imputado a la Administración o a los particulares requerido como referencia subjetiva del art. 162 C.P., expresión que al decir de Bayardo Bengoa "... es... la pauta psíquica... que sirve de base a la intención del sujeto activo" (Tratado de Derecho Penal Uruguayo, T. IV, pág. 218)...el imputado, Director Nacional de Aduanas, ante la reclamación por parte de sus funcionarios de un sector (el contable) sobrecargado de tareas, que no podía cumplir adecuadamente sus funciones sin exceder el horario normal y en virtud de la imposibilidad de abonarles horas extras (pues carecía de crédito presupuestal habilitado al efecto), dispuso compensarlos mediante el pago de viáticos. No se le imputa haberse beneficiado de manera alguna con tal decisión y no surge cuestionado que la compensación abonada a los funcionarios beneficiados haya sido una cosa diferente a la (en principio debida)*

contraprestación correspondiente al incremento del horario de trabajo cumplido.

“...La transposición de rubros (de gastos a retribuciones personales) podrá constituir una infracción administrativa que comprometa la responsabilidad del funcionario en ese ámbito, pero en tanto no haya implicado alguno de los pagos en cuestión exceso con relación a la tarea extraordinaria cumplida por los beneficiarios -lo que no aparece siquiera invocado en la especie- y sea tan sólo contraprestación de ella, tal infracción no puede erigirse por sí en factor atributivo de responsabilidad penal, precisamente por ausencia del requerido legalmente "perjuicio" para la Administración o los particulares.

“...De acuerdo con tal enfoque fáctico, que encuadra perfectamente en los hechos dados por probados por la Sala de mérito, no advierte la mayoría de qué manera la conducta atribuida al jerarca encarta en la previsión del art. 162 C.P. pues no se configuró la referencia subjetiva del tipo penal mencionada.

“En tal sentido hay que señalar que, significativamente, en ninguno de los pronunciamientos antecedentes se indica de qué manera y en qué medida la conducta del imputado perjudicó a la Administración (obviamente parece impensable un perjuicio a los particulares). Más allá del subrayado enfático de fs. 1192, la mayoría de la Sala de mérito no consignó en que consistió el perjuicio a la Administración. Adviértase que convoca en apoyo de su postura los testimonios de fs. 194,

197, 215, 217 y 219, de los que surge precisamente que los pagos rotulados como viáticos eran en esencia una compensación por cumplir tareas extraordinarias consecuencia del incremento de trabajo y de la salida de dos funcionarios de la sección respectiva.

“La circunstancia de que al suprimirse esos pagos se redujo considerablemente el gasto (alegada a fs. 1192) no implica la existencia del perjuicio a la Administración requerido. Para evidenciar que tales pagos eran penalmente reprochables habría debido demostrarse -lo que no se hizo en autos- que no eran contraprestación de una tarea (extraordinaria cumplida), consecuencia de una importante sobrecarga de trabajo, reconocida inclusive en la propia demanda acusatoria (fs. 1109).

“...En conclusión, estima la mayoría de la Corte, que la a la de mérito aplicó erróneamente el art. 162 del Código Penal al no ponderar la ausencia del perjuicio para la Administración, legalmente requerido, por lo que corresponde casar la sentencia recurrida y absolver...” (SCJ, Sent. 248/2006).

Así lo entendió en su discordia el Dr. Hounie en relación a C., en conceptos trasladables a L.: “De entenderse que, a lo sumo, el imputado obró por error -ante la situación de urgencia puesta de relieve por el propio Ministro de Economía de la época-, ello enervaría el dolo. Y sabido es que el delito de abuso de funciones se incrimina a título de dolo directo: voluntad de ordenar o cometer un acto y conciencia de que éste implica un

*abuso del cargo y que **se dirige** en perjuicio de particulares o de la propia Administración (cf. Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, T. IV, Parte especial, Vol. 1, 3a edición, p. 181).*

*“En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha sostenido que para apreciar la antijuridicidad de la conducta del agente en el marco de esta figura es necesario verificar que aquel haya tenido la voluntad de actuar arbitrariamente. **No alcanza, entonces, con que la acción imputada represente un formal apartamiento de los deberes del funcionario, sino que se requiere que dicho acto responda a la voluntad consciente del funcionario de violentar sus deberes, requiriéndose, además, que su conducta esté dirigida a ocasionar un perjuicio a los particulares o a la Administración Pública (Revista de Derecho Penal, N° 12, c. 5, ps. 233/234).***

En suma: se condenó a C. y se insiste en reprochar a L., por un manejo impropio para una instancia inédita, tanto como la ley que la previó, variando a cada momento los argumentos por los cuales se interpreta y confunde, lo irregular como ilícito penal. Al margen de la sanción del BCU por falta de información documental sobre COSMO con la que se decidió el aval, éste lo comenzó a pagar quien presentó a dicha empresa, y quien terminó refinanciando las cuotas que luego se negó a cumplir.

El comportamiento erráticamente enjuiciado no es digno de reproche penal; y las consideraciones sobre falta de

transparencia, etc., evaden un análisis de esa materia.

Esc. María Laura Machin

Secretaria Letrada