

Sentencia No. 117

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, trece de febrero de dos mil veinte

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria estos autos caratulados: "1) **R. F. S. R. - ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES EN REITERACIÓN REAL CON REITERADOS DELITOS DE PECULADO.** 2) **A., J.** 3) **C., J.** 4) **R., J.** 5) **G., E.** 6) **L., R.** 7) **G., M.** 8) **G, J.** 9) **R., G. - ANTECEDENTES - CASACIÓN PENAL", IUE 2-13757/2016,** venidos a conocimiento de esta Corporación en mérito al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal Letrado Especializado en Crimen Organizado, Dr. Luis Pacheco Carve, contra la Sentencia Interlocutoria No. 562/2018, de fecha 11 de diciembre de 2018, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia No. 459/2018 de fecha 29 de mayo de 2018, el Juzgado Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado de 1er. Turno, a cargo de la Dra. Beatriz Larrieu, falló:

<<I) *Decrétase el PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN y bajo caución juratoria de R. F. S. R. bajo la imputación prima facie a un DELITO DE ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES, EN RÉGIMEN DE REITERACIÓN REAL CON REITERADOS DELITOS DE PECULADO, en calidad de AUTOR.*

II) *DESESTÍMASE LA SOLICITUD DE ENJUICIAMIENTO respecto de los indagados J. J. A., J. C., J. L. R., E. G., R. L. Y M. G., clausurándose las*

actuaciones a su respecto.

III) DESESTÍMASE LA SOLICITUD DE ENJUICIAMIENTO DEL INDAGADO R. F. S. R. por la comisión de un delito de Abuso de Funciones en relación a los hechos contenidos en Considerando nº III literal A (negociación con TRAFIGURA Y PETROECUADOR) (...)>> (fs. 4002/4064).

La misma Sede, por Sentencia Interlocutoria No. 599/2018 de fecha 25 de julio de 2018, sentenció: <<*Desestímase la solicitud de enjuiciamiento de los indagados J. G. y G. R.*

Clausúranse las actuaciones a su respecto (...)>> (fs. 4256/4277).

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno [Charles (r), Cal y Merialdo], por Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia No. 562/2018, falló: <<*Confírmase la providencia impugnada. Oportunamente, devuélvase a la Sede de origen*>> (fs. 4345/4364 vto.).

II.- En tiempo y forma, el Sr. Fiscal Letrado Especializado en Crimen Organizado, Dr. Luis Pacheco Carve interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el <<*ad quem*>>.

En su libelo impugnativo, que obra a fs. 4373/4379, argumentó que corresponde hacer lugar al pedido de enjuiciamiento del encausado R. F. S. R. por la comisión de un (1) delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (artículo 162 del Código Penal), en virtud de su actuación como Presidente de ANCAP en las negociaciones relacionadas con las operaciones

de trading en los que el Ente estatal se relacionó con la firma TRAFIGURA (dicho delito concurrirá en régimen de reiteración real con los ya atribuidos a S. en autos).

El Sr. Fiscal también se agravió por entender que debió disponerse el enjuiciamiento por dos (2) delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (artículo 162 del Código Penal), de los ex Directores de ANCAP G. R. B. y J. G. C..

Y en el caso de J. J. A. C. y J. M. C., el recurrente postuló que debieron ser procesados por un (1) delito de abuso de funciones en casos no previstos por la ley (artículo 162 del Código Penal).

Indicó que corresponde casar la sentencia en virtud que los referidos integrantes del Directorio de ANCAP intervinieron en los dos grandes asuntos que fueron objeto de reproche penal por parte del Ministerio Público: la triangulación o trading con la firma TRAFIGURA y los acuerdos con la firma EXOR relacionados con la reestructura de la deuda de ANCAP con PDVSA.

Postuló que los hechos semiplenamente probados no han sido discutidos, por lo que la divergencia estriba en el encuadre de los mismos en el tipo penal (artículo 162 del Código Penal).

i) Denunció que la sentencia de segunda instancia no encuadró adecuadamente en el Derecho aplicable los hechos vinculados a la triangulación con la empresa TRAFIGURA.

Recordó que en autos quedó acreditado que, el 26 de enero de 2010, se firmó un

contrato entre ANCAP y PETROECUADOR por el cual esta última se obligaba a proveer de crudo a ANCAP para ser refinado (de preferencia en las refinerías de ANCAP); por su parte, ANCAP proveería de productos refinados a PETROECUADOR.

Debido a una circunstancia coyuntural de necesidades de UTE, en el marco de una sequía, se realizó un llamado a precios para la compra de gasoil de la cual resultó adjudicataria TRAFIGURA, que proveyó a ANCAP de ese combustible.

De este modo, ANCAP comenzó a cumplir sus obligaciones contractuales por medio de TRAFIGURA la cual, actuando como intermediaria, adquiría crudo a PETROECUADOR y le vendía gasoil como contrapartida.

Esta situación se prolongó sin contrato entre las partes hasta el 26 de agosto de 2010, fecha en la cual se celebró un contrato entre ANCAP y TRAFIGURA, catalogado como <<contrato espejo>> al suscrito entre ANCAP y PETROECUADOR. En dicho contrato se reconoció un <<fee>> o cuota fija a favor de ANCAP que recibiría una utilidad de 0,10 U\$S por barril -luego aumentada a 0,15 U\$S- por cada transacción de intercambio de crudo por productos refinados.

En definitiva, ANCAP colocó en su lugar a TRAFIGURA y fue esta última quien se vinculó comercialmente con PETROECUADOR adquiriéndole crudo y vendiéndole gasoil por lo cual entregaba un *fee* a ANCAP.

Indicó que el ex Presidente de ANCAP, R. F. S. R., y los ex integrantes del Directorio del referido Ente, G. R., J. G. y J. J. A. C., deben

responder por un delito de abuso de funciones por su actuación en relación a la operativa vinculada al trading en la que intervino TRAFIGURA. En efecto, si bien es cierto que TRAFIGURA fue seleccionada -en el marco de un llamado a precios- para proveer a ANCAP de gasoil en el marco del déficit hídrico que afectó en su momento al país, no hubo procedimiento selectivo alguno para colocarla en lugar de ANCAP en la relación con PETROECUADOR en el negocio de compra de crudo y venta de gasoil.

La decisión de colocar a TRAFIGURA en el lugar de ANCAP en esta relación contractual con PETROECUADOR fue contraria a Derecho. Es decir, fue lícita la compra de gasoil a TRAFIGURA pero ilícita la triangulación o *trading*.

En tal sentido, se desconocieron las disposiciones que regulan la competencia de ANCAP y el proceder (como lo reconoció la propia Sala en su sentencia) no fue transparente. Esa falta de transparencia y la transgresión a las normas del TOCAF (por omitir la realización de un procedimiento selectivo cuando este correspondía), configuran el delito de abuso de funciones. Los mencionados directores incurrieron en actos arbitrarios, contrarios formal y sustancialmente a las normas jurídicas.

El artículo 33 del TOCAF no contiene ninguna excepción habilitante del proceder del Directorio de ANCAP a la hora de seleccionar a TRAFIGURA. Lo que se permite es la compra directa de petróleo crudo y sus derivados en el exterior, pero, en este caso, ANCAP no

compró ni vendió petróleo o derivados a TRAFIGURA sino que la posicionó en un contrato en el que PETROECUADOR proveería de petróleo a ANCAP y, ésta, a su vez, vendería gasoil refinado a PETROECUADOR.

ANCAP estaba lucrando con una intermediación realizada por TRAFIGURA; le concedió a esta empresa una posición comercial más ventajosa, situándola en un negocio millonario sin transitar por un previo proceso de selección, y adicionalmente, operó sin contrato alguno entre enero y agosto de 2010.

Por tal motivo, concluyó que debió disponerse el procesamiento de ex Presidente de ANCAP R. F. S. R. y de los ex Directores de ANCAP G. R., J. G. C. y J. J. A. C.

ii) El recurrente también se agravió por la decisión de la Sala de confirmar la decisión de la Sra. Juez a quo, por la cual rechazó el pedido de procesamiento del ex Presidente de ANCAP J. C. y de los ex Directores G. R. y J. G., por sus actuaciones relacionadas con el <<Acuerdo de servicios>> y la posterior <<Transacción sujeta a condición>> celebrada entre ANCAP y EXOR.

Indicó que la sentencia prácticamente no contiene fundamentación con relación a los motivos por los que se desestimó la apelación de la Fiscalía en este punto.

El recurrente observó que fue antijurídica la actuación de C., G. y R., en la medida que transaron un juicio que, según los servicios jurídicos de

ANCAP era ganable. Pero fundamentalmente, la irregularidad de su actuación fue haber pactado nuevamente en exclusividad con EXOR para una segunda operación de cancelación de deuda, sin saber fehacientemente si el Ejecutivo acordaría los fondos -como efectivamente ocurrió- y pactando una multa millonaria a abonar por ANCAP, del 1,75% del total nominal de la deuda en caso de que -una vez obtenidos los fondos para la cancelación- la operación finalmente no se realizara con intervención de EXOR. El Poder Ejecutivo finalmente decidió la cancelación de la deuda por otro mecanismo, por lo cual ANCAP incumplió con la exclusividad que había pactado oportunamente con EXOR.

En cualquier caso, el argumento de que se intentó salvar una irregularidad anteriormente cometida no puede erigirse en una excusa absolutoria, ya que no puede enmendarse una ilicitud mediante otra ilicitud.

La sentencia carece de una adecuada justificación porque no se detiene a examinar algunos de los cuestionamientos realizados en el recurso de apelación. En particular, no aborda el punto concerniente a si se verificó o no la condición resolutoria consistente en que ANCAP obtuviera los fondos del Ejecutivo, prevista en la cláusula 4ª de la Transacción y en la cláusula 14 del Acuerdo de Servicios.

Lo cierto es que, más allá de las resultancias del proceso civil iniciado por EXOR para cobrar la multa pactada, no pude negarse que el Directorio

de ANCAP en diciembre de 2014 pactó un Acuerdo y Transacción sin hallarse obligado a ello, menos aún, pactar una multa millonaria para el caso en que no se efectivizara la cancelación de la deuda a través de EXOR, que es precisamente la que la empresa pretende cobrar judicialmente y se encuentra en discusión.

El hecho de que los servicios jurídicos de ANCAP hayan dado el visto bueno no resulta una causa exculpatoria. Un asesoramiento jurídico puede ilustrar sobre la viabilidad jurídico-formal de un acuerdo o transacción, pero la responsabilidad acerca de su contenido recae indudablemente en los firmantes de tales instrumentos, por lo cual no queda enervada la responsabilidad del Presidente de ANCAP y los Directores que suscribieron la decisión.

En definitiva, la Fiscalía concluyó que el Directorio de ANCAP en el 2014 reintrodujo a EXOR en una operación de cancelación de deuda sin licitación y pactando multas millonarias sin certeza de obtener los fondos necesarios y sin certeza de poder respetar la exclusividad que se garantizaba.

En efecto, expusieron al Ente a una eventual condena millonaria en dólares sin que haya existido necesidad alguna para haber firmado el acuerdo y, menos aún, en los términos que se firmó. Todo ello implica una actuación irregular, arbitraria, carente de fundamento, violatoria de los deberes funcionales, contraria a las normas que delimitan el ámbito funcional, con perjuicio para la imagen de la Administración y con potencial y

concreto perjuicio económico para ANCAP.

iii) Concluyó que la conducta de los ex Presidentes de ANCAP, S. y C., así como la de los ex Directores R., G. y A. C., encuadra en el tipo penal previsto en el artículo 162 del Código Penal. Dicha norma penal fue infringida en este caso, pues no fue aplicada a hechos que se adecúan típicamente a la figura descripta.

Los actos fueron cometidos en perjuicio de la imagen, el prestigio y el normal desenvolvimiento de la actividad estatal.

Se trató de actos arbitrarios que consisten en desbordes de la esfera competencial del funcionario, contrariando, en el caso de TRAFIGURA, normas de contabilidad y administración financiera y en el de EXOR, acordando ventajas y multas en favor de una firma privada. Expuso al Estado a un juicio millonario en su contra para salvar una irregular contratación en la misma.

III.- Por Providencia No. 291, del 28 de febrero de 2019 (fs. 4384), se ordenó dar ingreso al recurso de casación movilizado.

Se confirió el correspondiente traslado por el término legal a las Defensas y fue puntualmente evacuado en los términos que surgen de los escritos de fs. 4399/4405 (R. y G.) y fs. 4407/4421 (A. C.); por su parte S. y C. no evacuaron en tiempo y forma los traslados conferidos.

IV.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte (Dr. Cancela), quien en su dictamen concluyó que corresponde desestimar el recurso movilizado

por el Sr. Fiscal Letrado Especializado en Crimen Organizado, Dr. Pacheco Carve (fs. 4481/4492 vto.).

V.- Por Decreto No. 1463, del 5 de agosto de 2019 (fs. 4494), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

VI.- Culminado el estudio, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, de conformidad al artículo 56 de la Ley No. 15.750, desestimaré el recurso de casación movilizado sin especial condenación procesal.

II.- Toma nota la Corte, que como cuestión liminar se procederá a analizar la admisibilidad formal del recurso de casación impetrado.

En efecto, el art. 269 del Código del Proceso Penal establece:

<<Procede el recurso de casación por infracción de la Ley en el fondo o en la forma, contra todas las sentencias dictadas en la segunda instancia, así como las resoluciones de segunda instancia que pongan fin a la acción penal o hagan imposible su continuación>> .

En el caso puesto a consideración, la impugnada es una sentencia interlocutoria de segunda instancia que confirma la de primera instancia en cuanto no hizo lugar al pedido de enjuiciamiento de los indagados R., G., C. y A. C. Por lo tanto, resulta

admisible el recurso de casación en tanto cuestiona la decisión de ordenar -a su respecto- la clausura y el archivo de las actuaciones.

La Corte observa, que distinta es la situación de la recurrida en relación al encausado R. S., dado que la resolución -en lo que a él refiere- no integra el elenco de las sentencias pasibles de ser impugnadas mediante el recurso de casación (Cfme. Sentencia de esta Corporación No. 1620/2014).

Como se señala desde la doctrina, cuando la ley refiere a las <<resoluciones de segunda instancia que pongan fin a la acción penal o hagan imposible su continuación>>, alude inequívocamente a las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas que impidan continuar con el proceso (Cfme. Jardí Abella, M.: <<Los recursos>> en AA. VV.: <<Curso sobre el Código del Proceso Penal>>, IUDP, FCU, Montevideo, s/f, pág. 375).

En tal sentido, la sentencia interlocutoria impugnada: (i) no pone fin a la acción penal respecto de S. y (ii) no hace imposible la prosecución del proceso a su respecto. Por lo tanto, no es procesalmente admisible el recurso movilizado por el Sr. Fiscal que cuestiona la decisión de no procesar a S. por sus actuaciones, como Presidente de ANCAP, relacionada a las negociaciones con la firma TRAFIGURA. Dicha decisión fue adoptada por una sentencia interlocutoria que no puso fin a la acción penal en relación a S. y no hace imposible la prosecución del proceso penal.

III.- Efectuadas las apre-

ciaciones que anteceden, la Corte entrará a continuación a analizar el agravio que denuncia la infracción a lo previsto en el artículo 162 del Código Penal respecto de la conducta de los indagados R., G., A. C. y C.

En cuanto al mérito de la cuestión, estima la Corte que no es posible concluir - aún con el grado de provisoriedad que preside esta etapa del proceso- que exista semiplena prueba de la comisión del delito de abuso de funciones en casos no previstos expresamente por la ley por parte de los indagados R., G., A. C. y C., como lo asevera el distinguido Fiscal recurrente.

A juicio de la Corte, corresponde comenzar por recordar que el tipo penal descrito en el artículo 162 del Código Penal, contiene una referencia subjetiva que resulta, en este caso, determinante para desestimar el recurso en cuestión. En efecto, la conducta típica es descrita de la siguiente forma en la ley: *<<El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables)>>.*

El medio típico del abuso del cargo, significa el uso ilegítimo de las facultades,

poderes y medios inherentes al cargo público que se ejerce (Cfme. LJU 15482 -SCJ 248/2006-). En tal sentido, el fundamento de la figura delictiva del artículo 162 del C.P. es no dejar impunes actos arbitrarios de los funcionarios que comprometen la buena imagen de la administración pública.

Como enseña Diego Camaño Viera, la expresión <<en perjuicio>> [de la Administración o de los particulares] constituye una referencia subjetiva del tipo penal. Por lo tanto, la misma no forma parte del dolo. El sujeto debe actuar con conocimiento y voluntad de ejecutar un acto arbitrario, abusando de su cargo (dolo) persiguiendo además una finalidad de causar perjuicio a la Administración (referencia subjetiva o elemento subjetivo del tipo penal).

El tipo penal no requiere, como elemento constitutivo, la efectiva causación de un perjuicio a la Administración, por lo que adquiere la fisonomía de un delito de peligro o de resultado cortado (Cfme. LJU caso 15745, TAP 2º 73/2007). La consumación se produce con la conjugación del verbo típico consistente en ejecutar un acto arbitrario, que debe perseguir la finalidad (ulterior) de perjudicar a la Administración (aunque el perjuicio, en definitiva, no llegue a consumarse).

Añade el autor que, desde el punto de vista probatorio, deberá inferirse de los hechos si el sujeto actuó con conocimiento y voluntad de abusar del cargo mediante la ejecución de un acto arbitrario, así

como también la persecución de una finalidad de perjudicar a la Administración (Cfme. Camaño Viera, D.: <<El delito de abuso de funciones en la nueva jurisprudencia de la SCJ>>, Revista de Derecho Penal Nº 17, pág. 163; véase también, en un sentido sustancialmente coincidente, Basaistegui Itté, J.: <<Algunas reflexiones respecto al abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley>>, Revista de Derecho Penal Nº 22, págs. 159/160).

Por su parte, Langón indicó: *<<El delito no requiere que se cause efectivamente el perjuicio, sino que éste es la finalidad a que se endereza la actividad del actor, constituyendo un claro elemento subjetivo del tipo, que viene a ser de peligro (concretado en la objetiva probabilidad de la concreción del daño), que no admite en consecuencia tentativa.*

El delito no consiste, como se dice habitualmente, en abusar del cargo, sino en cometer "actos arbitrarios" en perjuicio de la administración o de los particulares>> (Cfme. Langón Cuñarro, M. <<Código Penal uruguayo y leyes penales complementarias comentados>>. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2016, Pág. 420).

Bajo estas premisas conceptuales, estima la Corte que la actuación de los indagados no llegó a consumir la conducta prevista en el tipo penal por el que el acusador público pretende encausarlos.

IV.- En el caso de la elección de la firma TRAFIGURA para intermediar con PETROECUADOR en el negocio que tenía como objeto la venta de gas oil y la

compra de petróleo crudo, no resulta posible reprocharles a los directores un obrar orientado a perjudicar a la Administración.

En efecto, ANCAP estaba ejecutando un contrato con TRAFIGURA, a quien había seleccionado por un procedimiento cuya regularidad no fue puesta en tela de juicio, para la compra de gas oil. Tenía en stock un volumen de gas oil importante, que había adquirido en el marco de un déficit hídrico que azotó al país y que se había superado. Surgió la posibilidad de vender ese excedente de combustible a PETROECUADOR y, a cambio, obtener petróleo crudo. TRAFIGURA fue colocada en el marco de este negocio como intermediaria (porque evidentemente tenía relaciones con PETROECUADOR que aseguraban mejores condiciones de negocio). Por incorporarse a realizar el *trading*, TRAFIGURA le aseguraba a ANCAP un *fee* (pago fijo) por cada barril de petróleo que ANCAP le adquiriría a PETROECUADOR.

Por ese negocio, ANCAP terminó obteniendo una ganancia de U\$S 6.000.000 (seis millones de dólares estadounidenses).

A juicio de esta Corporación no es posible reprocharles a los directores indagados una conducta penalmente reprochable por su actuación en dicho negocio.

Por un lado, es cierto que la elección de TRAFIGURA para realizar esa actividad de *trading* no fue precedida de un procedimiento selectivo, lo que -como resulta innegable- supuso la violación de reglas

de contratación administrativa y administración financiera públicas (básicamente: de disposiciones del TOCAF). Ahora bien, la inobservancia de dichas reglas de contabilidad y administración financiera pública serán pasibles de generar responsabilidad de otro tipo (administrativa o política) pero no necesariamente responsabilidad penal. Ello porque no puede repro-chársele a los integrantes del Directorio haber habilitado este negocio con el propósito de perjudicar a ANCAP.

Estima la Corte subrayar, en lo atinente a la referencia subjetiva del tipo penal, que la ley requiere, exige que el acto arbitrario debe de tener como finalidad la de perjudicar a la Administración.

En este caso no es posible concluir que los Directores hayan obrado con ese propósito al habilitar, mediante su voto en el Directorio, el negocio con TRAFIGURA. Antes bien, lo que privilegiaron fue una oportunidad de negocio que, si bien se hizo con irregularidades formales en el plano administrativo, no puede inferirse que haya estado inspirada en un móvil espurio.

Quizás un llamado a un procedimiento selectivo para elegir la empresa que interviniera en esa operativa de *trading* podría -eventualmente- haber logrado que ANCAP obtuviera una ganancia mayor, pero esa eventualidad (incomprobable por ser contrafáctica), no es constitutiva de algún daño a la Administración.

Como bien lo señala el Sr.

Fiscal de Corte en su dictamen, no surge semiplenamente colmada en este caso la referencia subjetiva del tipo, es decir, el perjuicio para la Administración o en su caso de los particulares. La actuación de los Directores del Ente indagados, eventualmente, puede ser pasible de generar responsabilidad de orden administrativa, civil y/o política, pero ello escapa a la órbita penal que nos ocupa.

V.- En la actuación relacionada con la celebración del <<Acuerdo de servicios>> y de la <<Transacción>> con EXOR, tampoco advierte la Corte que la conducta típica atribuida se encuentre semiplenamente acreditada.

Estima la Corte oportuno recordar cómo se dieron los hechos que vincularon a ANCAP con EXOR.

(i) La deuda con PDVSA y la negociación del año 2010 para su cancelación anticipada.

En el año 2010, ANCAP mantenía una deuda con PDVSA, que era uno de sus proveedores de petróleo crudo. Ese año ANCAP inició gestiones para realizar una cancelación anticipada de su deuda con PDVSA.

En esas circunstancias, EXOR se puso en contacto con el Presidente de ANCAP, R. S., para ofrecerle sus servicios financieros a efectos de elaborar una <<ingeniería financiera>> que satisficiera a ambas partes en la operación de cancelación anticipada de deuda. Fue así que EXOR elaboró una propuesta de ingeniería financiera mediante la instrumentación de un fideicomiso

bajo la administración de EXOR y del banco internacional como fiduciario (Société Générale), que le permitiría a ANCAP obtener un ahorro de U\$S 200.000.000.

(ii) La firma del preacuerdo con PDVSA con la intervención de EXOR y el posterior desplazamiento de esta última.

En marzo de 2012, ANCAP firmó un preacuerdo con PDVSA a fin de concretar la cancelación de la deuda con intervención de EXOR. En agosto de ese mismo año PDVSA resolvió unilateralmente desplazar a EXOR del negocio y sustituirla, primero por BANDES y, posteriormente, por el Banco del Tesoro Venezolano. Se ejecutó finalmente el acuerdo en diciembre de 2012 sin la intervención de EXOR pero empleando la ingeniería financiera propuesta por ésta. A raíz de ese desplazamiento, EXOR decidió iniciar acciones legales reparatorias contra ANCAP por daños y perjuicios.

(iii) La transacción celebrada entre ANCAP y EXOR en 2014.

Durante el año 2014, a efectos de transar amigablemente la contienda civil reparatoria que EXOR mantenía contra ANCAP, resolvieron celebrar una <<Transacción sujeta a condición>> y un <<Acuerdo de Servicios>> con EXOR, por el cual se otorgó a EXOR exclusividad para intervenir en una segunda operación de cancelación de deuda -que se había generado desde la primera cancelación y que ascendía a un total aproximado de U\$S 453.000.000 (dólares estadounidenses cuatrocientos cincuenta y tres millones). Se acordó que, en caso de que

la operación no se concretara, ANCAP pagaría a EXOR un 1,75 % del total nominal de la deuda. Asimismo, por el acuerdo transaccional, se suspendían los plazos del juicio civil iniciado, el cual quedaría transado siempre y cuando ANCAP cumpliera con el Acuerdo de Servicios.

(iv) El incumplimiento de ANCAP con la transacción y el acuerdo de servicios.

ANCAP no cumplió puntualmente con lo acordado porque el Poder Ejecutivo resolvió no otorgarle los fondos para esta segunda cancelación de deuda y decidió realizar la operación sin la intervención de EXOR. Por lo tanto, EXOR se hizo acreedora al pago de la multa que ascendía a U\$S 8.000.000 (dólares americanos ocho millones). A su vez, reanudó el juicio iniciado en 2014.

(v) La segunda transacción (también incumplida por ANCAP).

En esas circunstancias, en 2015 ANCAP celebró una nueva transacción con EXOR, por la que se obligaba a indemnizarla en la suma de U\$S 3.100.000 (dólares estadounidenses tres millones cien mil). ANCAP también incumplió con este acuerdo, porque el gasto fue observado por el Tribunal de Cuentas de la República (TCR). Actualmente se sustancia un juicio civil, iniciado por EXOR contra ANCAP, por 34.000.000 (dólares estadounidenses treinta y cuatro millones).

Tal como se detalló al reseñar los agravios del recurrente, este cuestionó que no se sujete al proceso penal al Presidente de ANCAP que sucedió a S. (el indagado J. C.) y a los miembros del

Directorio R. y G.

La Corte estima, (concordando una vez más con el enfoque del Tribunal y del Sr. Fiscal de Corte) que la conducta de los indagados no encuadra dentro del tipo penal por el que se los pretende encausar. En efecto, cuando C., R. y G. aparecieron en escena, debieron enfrentar la situación generada por el anterior Presidente del Ente (S.) que había contactado a EXOR y le había asegurado su participación en una operación de cancelación de deuda de la que fue unilateralmente desplazada, por decisión de la acreedora (PDVSA).

Ante esa situación, EXOR pretendió obtener un resarcimiento de ANCAP y promovió acciones judiciales para conseguirlo. EXOR había sido contratada directamente por S. sin un procedimiento previo y de manera inconsulta.

Por cierto, que ante ese escenario C., G. y R. debieron implicarse para resolver una situación ya consumada. Lo hicieron asesorados por los servicios jurídicos de ANCAP y con su visto bueno.

En tal sentido, lo actuado por estos indagados no parece haber estado orientado por otro propósito que el de buscar una salida o encontrar el <<mal menor>> ante una situación compleja, en la que EXOR arremetía ante incumplimientos anteriores de ANCAP (cuestión esta última que deberá en su momento resolver la justicia del fuero civil).

En el plano técnico-jurídico, el punto clave a juicio de esta Corporación resulta ser el

de las referencias subjetivas del tipo previsto en el art. 162 del Código Penal.

En tal sentido, el obrar de C., G. y R. no puede calificarse como abusivo o que haya estado orientado a provocar un perjuicio a la Administración. Antes bien, parece haber sido un accionar que, quizás en forma desprolija (o derechamente: cometiendo irregularidades en el plano administrativo), buscó una salida a una situación tremendamente compleja en la que estaba el Ente a causa del obrar de su anterior Presidente.

Como bien lo consigna el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen, las acciones llevadas a cabo por estos indagados podrán, eventualmente, ser pasibles de generar responsabilidad en el plano civil o administrativo, o podrán ser llamados a responsabilidad política; pero no corresponde el reproche penal pretendido.

En definitiva, por las razones expuestas, concluye la Corte que corresponde desestimar el recurso de casación en examen.

VI.- No hay mérito para imponer especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, con el concurso de voluntades formalmente requerido al amparo del artículo 56 inciso segundo de la Ley No. 15.750 (L.O.T.) y en atención a lo establecido en los artículos 269 y concordantes del Código del Proceso Penal, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN

INTERPUESTO .

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL .

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO Y ,

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE .

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**