

//tencia N°

Min. Red.: Dr. Rolando Vomero Blanco

Montevideo, 13 de octubre de 2014.-

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia en autos: **“C.F. UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES” (IUE: 475-73/2014)**; venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado de Crimen Organizado de 20° Turno, a conocimiento del recurso interpuesto por la Defensa privada a cargo del Dr. Gonzalo Fernández, contra la Resolución. N° 323/2014, dictada el 4 de abril de 2014 por la Dra. Adriana De Los Santos, con intervención del Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal Especializado de Crimen Organizado de 2° Turno Dr. Juan Bautista Gómez.-

RESULTANDO:

1) A requerimiento del Ministerio Público (fs.509-541), por la decisión referida (fs. 703-725) se dispuso -sin prisión- el procesamiento del imputado, quien es oriental, divorciado, sesenta y dos años, Economista, sin antecedentes, según lo que consigna la carátula.-

Ello, porque malgrado su versión y las objeciones planteadas por su Defensa, se tuvo por provisionalmente acreditado que resultó ser autor de los hechos que en el capítulo correspondiente (Consid. 2), habrán de detallarse.-

2) La Defensa dedujo reposición y apelación (fs. 747-788vto.). Abogando por la revocación del auto de procesamiento, dijo en síntesis: **a)** la recurrida ha acogido la pretensión penal del MP, quien por dictamen de

1.11.012 formuló requerimiento genérico, peticionando la sumisión del reo a proceso sobre la base de la *imputatio iuris* allí mencionada (fs. 509/541). Sin embargo el tribunal ha modificado radicalmente -y contra *ius*- la *imputatio facti* deducida por el titular de la acción penal, lo que le genera una frontal e irredimible discrepancia jurídica, que determina la instalación temporánea de la presente vía recursiva; **b)** no es acertada la valoración jurídico-penal que se ha hecho sobre el mérito del hecho investigado en la pieza presumarial, ni menos aún la subsunción típica que ha concluido el auto de procesamiento, adecuando la conducta bajo la figura delictiva tipificada por el art. 162 CP, en tanto F.C. a conducta de su patrocinado no admite ninguna calificación jurídico-penal; **c)** se le ha imputado una conducta acordada a través de un acto orgánico, una resolución pluripersonal del órgano colegiado rector de la institución bancaria, cuando su comportamiento individual en la incidencia jamás puede ser valorado como abuso de cargo (abuso funcional); **d)** se han atribuido al Ec. C. una serie de falencias técnicas del aval emitido que, naturalmente, implicarán a lo sumo y en el peor de los casos, eventuales errores materiales de los funcionarios intervinientes en la emisión del mismo, pero en modo alguno pueden ser atribuidos *per saltum* al jerarca máximo de la institución (*nullum crimen sine actio*); **e)** se valoró como arbitraria una decisión que no es un acto administrativo de derecho público, sino una operación de crédito, una decisión comercial bancaria de derecho privado, impregnada del connatural margen de aleatoriedad y de riesgo, como todas las de su género, pero claramente exorbitante del contralor jurisdiccional de legalidad. Y no se advierte que el acto reprochado logró su finalidad, por cuanto el aval fue pagado, hasta que un evento ajeno a la relación jurídica inter-partes (Sentencia No. 528/2013 que declaró la inconstitucionalidad de la ley No. 18.931 de la Suprema Corte de Justicia), llevó al deudor a suspender y discutir el pago del saldo remanente; extremo que hubiera ocurrido con cualquier garante y que, obviamente, no es reprehensible como falta penal a los otorgantes del crédito; **f)** el acto de marras entonces no irrogó perjuicio

pecuniario alguno a la entidad bancaria y, en puridad, solo puede sensatamente sostenerse que una sentencia de la Suprema Corte de Justicia -desvinculada de los hechos y que no es secuela causal del acto acordado- impidió percibir un saldo remanente del lucro cesante (multa) que el obligado venía abonando, lo que aleja toda posibilidad de que lo actuado se adecue al tipo objetivo del reato consagrado por el art. 162 CP; **g)** tampoco puede darse por configurado el tipo subjetivo del ilícito, pues no ocurre en la incidencia el dolo típico reclamado por la figura, ni tampoco la referencia subjetiva de finalidad (obrar en perjuicio) reclamada por la norma de mención. La más rigurosa valoración jurídico penal no logrará ir más allá de la culpa, que no es punible en relación a este delito; **h)** no se entiende, además, dado que se reprocha al imputado haber accedido a la emisión de un aval a favor de COSMO S.L., por haber participado en una decisión colectiva integrando su voluntad individual con la expresión de voluntad homóloga coincidente de otros dos miembros del Directorio del BROU, que a los otros dos Directores que acordaron la misma resolución bancaria nada se les haya atribuido penalmente; **i)** es indiscutible que atento al monto del aval, y por superar esa barrera que impide la resolución individual del asunto, el Presidente del BROU no podía -y nunca intentó siquiera- actuar por sí, sino que sometió el planteo recibido al colegiado. Consultó antes que nada a sus compañeros de Directorio. Así, fueron los soportes mayoritarios del órgano quienes formaron la voluntad orgánica institucional y resolvieron la emisión del aval. Este hecho vinculado a la conformación de la voluntad orgánica está irrefragablemente comprobado en estos obrados, con el testimonio de los otros dos Directores acordantes del acto, que cita en extenso; **j)** cuando su cliente recibió la solicitud cursada por el Ministro de Economía, lo primero que hizo fue consultar a los otros dos miembros de la mayoría del Directorio, enterándolos a cabalidad de la situación planteada y recabando su explícito asentimiento. Solo después de obtenida esa conformidad, instruyó que se emitiera el aval gestionado. No caben dudas de que medió un acto orgánico,

una resolución de directorio en mayoría, un acto pluripersonal de naturaleza institucional; **k)** todo ello es reconocido por la recurrida, que ignora que en el caso no está ante una actuación individual supuestamente abusiva, sino ante una decisión orgánica adoptada conforme a las pautas estatutarias y que refleja el normal modo de expresión de la voluntad institucional; **l)** la actuación de C., luego de recibir el llamado del Ministro de Economía, se apegó estrictamente a la Carta Orgánica del BROU y a la Resolución sobre límites de crédito de modo que procedió a recabar la voluntad orgánica pertinente para la realización del acto que le fuera solicitado, lo que descarta un supuesto de abuso; **ll)** la resolución interpreta en forma errónea el concepto penal de autoría, valorando equivocadamente el concepto de “*actos consumativos*” en relación al reato de marras, que al parecer traslada exclusivamente al momento de la transmisión verbal de una instrucción (al funcionario G.) y no, como debe serlo, al momento previo de adopción de la resolución orgánica favorable; **m)** no hubo abuso funcional por cuanto, en primer lugar, es prístino que se atuvo estrictamente a su incumbencia y no infringió las reglas de la competencia funcional propia del cargo, promoviendo la conformación de la voluntad orgánica indispensable para autorizar el acto, según las normas estatutarias; en segundo lugar, porque el acto acordado tampoco se apartó de las formas, puesto que aun siendo aprobado por tres Directores *ab initio* en forma verbal, fue luego ratificado por resolución escrita, de suerte que tampoco media en el ocurrente una contravención de orden formal; en tercer lugar, porque no se verificó en la especie la voluntad de favorecer a un postulante en perjuicio de otros posibles competidores en la subasta, tal como erróneamente había señalado el representante Fiscal y fuera expresamente descartado por la Sede; **n)** sostuvo el MP que el otorgamiento del aval sin contar a ese momento con la respectiva contragarantía era una irregularidad administrativa, un hecho que carecía de relevancia penal, al punto que lo que el actor penal imputó en este juicio no fue el otorgamiento del aval, sino el supuesto beneficio, ventaja o

privilegio concedido a COSMO S.L., en perjuicio y en detrimento de otros hipotéticos competidores. Ésa era, inequívocamente, la *imputatio facti* que debía ser resuelta por el tribunal, en sentido positivo o negativo, pero no otra cosa, no algo incuestionado por el titular de la acción. La regla de congruencia impuesta por el art. 198 CGP, es aplicable por el principio de complementación legal del art. 6 CPP al juicio penal. La resistida se apartó de esa regla, al modificar la pretensión penal, incurriendo así en una infracción de *ultra* o *extrapetita*, incongruencia por exceso (positiva) en relación a los hechos, resolviendo el enjuiciamiento del indagado en virtud de hechos no reprochados por el MP, y que, consecuentemente, no integraban el objeto del proceso. Todo lo cual configura un supuesto que, en la calificación doctrinal, se denomina la incongruencia causal, en tanto se imputa un hecho que, a partir de la delimitación de la plataforma fáctica formulada por el titular de la acción penal y por la imputación por éste deducida, no integraba el objeto del proceso. El titular de la pretensión punitiva cumplió con el deber procesal y con la carga que grava su actuación en juicio, y dejó bien en claro que no era la insuficiencia de la garantía en el acto del otorgamiento del aval lo que criminalizaba la conducta, pues hasta allí se estaba en el ámbito de la irregularidad administrativa no punible. Argumentó el Sr. Fiscal en tal sentido, sin tener razón pero con manifiesta claridad expositiva, que el factor o elemento que excedía ese terreno de la pura irregularidad administrativa y convertía al hecho en un injusto penal, haciéndolo ingresar en la órbita típica, sería la ventaja o favorecimiento que se le habría concedido a COSMO S.L., en perjuicio de los restantes competidores gestionantes de avales homólogos por cuanto ello instalaría una clara desigualdad entre los oferentes. De ello hizo caso omiso el tribunal, cuyo giro no juega dentro del ámbito permitido del *iura novit curia*, sino que bien por el contrario, altera la plataforma fáctica e incurre en *ultrapetita*. Reconvierte entonces en un delito penal, más allá de la *petitio* ejercida por el titular de la acción, lo que para éste era una mera irregularidad

administrativa, que no había imputado como ilícito punible. Desde el punto de vista sustancial, el imprevisto giro de la interlocutoria, mutando radicalmente la plataforma fáctica de sustento de la imputación actuada en su oportunidad por el MP, ha colocado al procesado en situación de indefensión procesal, pues debió salir a defenderse de lo que le acriminaba el MP y el tribunal terminó soslayando esa controversia y procesándolo por otros motivos, frente a los cuales no medió requerimiento fiscal y por cuya razón no pudo ante ellos anteponer defensa previa; ñ) la interlocutoria manifiesta que a raíz de la conducta del reo se habrían ocasionado pérdidas efectivas (perjuicio real), a las cuales inclusive califica de “*millonarias*”. Es una conclusión insensata, huérfana del más mínimo fundamento. Como se viera, el aval que COSMO S.L. no honró, y que incumplió BOSTON, lo pagó el Sr. L.M., su padrino y gestor, si es que en las sombras no fue algo más. La resolución atacada hasta concluye que aquél no va a continuar pagando, conclusión no refrendada en estas actuaciones judiciales. El BROU tiene un documento para ejecutar. De tal suerte, el tribunal no puede sostener a priori que no va a cobrar; o) el Estado Uruguayo no perdió, sino que ganó dinero con el otorgamiento del aval y la cobranza de esa multa inesperada, que cayó de los cielos. Si el aval no se hubiese otorgado y dado que no comparecieron otros oferentes al acto, el remate se hubiera visto frustrado y el fideicomiso no hubiese percibido nada. Ello demuestra que la Administración del BROU actuó con presteza inusitada, pero en exclusivo interés público, usando la discrecionalidad jerárquica en un caso excepcionalísimo, que no tiene parangón, ni admite ser comparado con ninguna otra operación crediticia corriente. Nadie discute que el aval, en mérito a la premura existente, se concedió contando con información mínima. No obstante después se completó la carpeta respectiva y se obtuvo también la contragarantía de la compañía Boston Argentina de Seguros SA y en definitiva el aval se cobró; p) en punto al perjuicio la Defensa también logró demostrar que no existía ningún otro oferente perjudicado con el otorgamiento del aval a COSMO S.L.;

q) el tipo objetivo de la figura, estructurado sobre dos núcleos verbales -cometer u ordenar- exige que estos se conjuguen bajo una referencia modal: deben actuarse con abuso del cargo. A su vez, en concordancia con ese *modus operandi* reclamado por el tipo, aquello que se comete u ordena ha de ser, ineluctablemente, un acto arbitrario con perjuicio real o en perjuicio potencial -según la interpretación que se le asigne a la proposición *en-* de la Administración o de los particulares; **r)** luego de hacer caudal en diversa jurisprudencia, sostuvo que un acto discrecional realizado en estricto apego a la Ley No. 18.931 y al Decreto 240/2012, un acto dispuesto en exclusiva observancia y coadyuvancia con el interés del Estado, un acto realizado con fines de interés público -aún si fuera equivocado- jamás nunca puede ser valorado como acto arbitrario, en el sentido clarísimo que conjuga el tipo penal; **s)** la conducta del procesado tampoco se adecua a la tipicidad subjetiva del art. 162 CP, cuya norma engloba un tipo doloso, subrayado y caracterizado todavía por un elemento subjetivo injusto. La norma legal ha estructurado el tipo subjetivo de la figura delictual en base a la arbitrariedad, que se comete en perjuicio de la Administración o de los particulares. No cabe dudar que lo obrado por el imputado en la emergencia está lejos de perseguir un fin perjudicial contra la Administración o los particulares y jamás supuso una conducta consciente de ese perjuicio potencial al cual se endereza el acto arbitrario, que está demandado por la tipicidad subjetiva del ilícito. Cree la defensa, con total honestidad, que cuando menos esto es lo mínimo que puede concedérsele: admitir que el procesado y los demás Directores actuaron en error, que obraron en la falsa creencia de que su conducta estaba justificada por el interés público superior, en la honrada convicción de que esa necesidad imperiosa de viabilizar la concurrencia al remate del interesado activaba en su favor la norma de permiso, dentro del aludido contexto de urgencia. Si como lo ha puntualizado tanto la representación fiscal, cuanto el tribunal, no existe el más mínimo indicio en autos de la persecución de un interés privado o de la finalidad de procurar un

provecho personal indebido, en estos obrados podrá argumentarse -a lo más- que el Ec. C. y los Directores concurrentes actuaron más en la incidencia por causa de error, imbuidos de la equivocada creencia de que obraban al amparo de las facultades discrecionales otorgadas por la ley para disponer en materia crediticia. Cuando un agente obra fuera del presupuesto objetivo, pero con elemento subjetivo de justificación, su conducta encuadra en una suerte de contratipo del dolo. Por más rigor que se tenga en la aplicación de la ley al caso de autos, tendrá que contemplar la Sede que el procesado, al trasmitírsele la inquietud y el interés público del Gobierno de que facilitara en todo cuanto le fuera posible la concurrencia a la almoneda de COSMO S.L. mediante el otorgamiento del aval, incurrió en error y -siempre en los hipótesis de mínima- creyó actuar legalmente facultado para ello y, en consecuencia en la errónea creencia de que ejercía un acto que le estaba permitido. En tal caso parece harto claro que obró con error sobre la concurrencia de un supuesto objetivo de justificación inexistente, en la convicción errónea de que actuaba bajo el amparo de la justificante y sin desbordar su alcance y límites, pero animado por el elemento subjetivo de justificación. En caso de discordancia entre la inexistencia de un presupuesto objetivo de justificación y el elemento subjetivo de justificación, estaremos inequívocamente ante un error sobre la causa de justificación. Lo que se plantea, en rigor de verdad, es lo que se ha denominado un error de prohibición indirecto, o más cercano a nuestra nomenclatura habitual, la justificación putativa. Aun considerando que se trató de un error vencible, que pudo haberlo superado empleando una mayor diligencia, usando mayores precauciones, cumplimentando de mejor manera el deber objetivo de cuidado, lo que se tendrá es una conducta que no prevé algo que era sin embargo representable y ese déficit de previsión configurativo de la culpa inconsciente sobreviene a causa de la impericia, imprudencia, negligencia o violación de leyes o reglamentos perpetrada en el marco de un obrar lícito como lo es la actividad bancaria (art. 18 CP). La infracción al deber objetivo

de cuidado, de la cual resulta la vencibilidad o evitabilidad sobre el error atinente al presupuesto objetivo de justificación determina, por tanto, que la conducta no quede justificada (sigue siendo antijurídica) pero al mismo tiempo excluye terminantemente el dolo y únicamente permite la imputación del ilícito a título de culpa, como un obrar imprudente. Solo que ello no es viable en nuestro derecho en relación al reato de abuso genérico o innominado de funciones, al tenor de la prohibición consignada por el art. 19 CP. Por este camino se llega a una misma y unívoca conclusión, acerca de la no punibilidad de la conducta que la interlocutoria impugnada le reprocha al procesado. Como queda dicho, en la peor de las valoraciones que puedan formularse en su contra, tendríamos un comportamiento típico y antijurídico (no justificado), pero que no puede ser imputado como delito, por cuanto el art. 22CP opera como causa de exclusión de culpabilidad e impone concluir que ese acto típico y antijurídico es no obstante inculpable, por cuanto la tipicidad no deviene extensible para abarcar esa modalidad e obrar imprudente, conforme a lo consignado por los art. 19, 22 y 162 CP; **t**) criticó algunas reflexiones contenidas en la hostilizada; a saber: **1**) que al haber concluido la imputación de una conducta delictiva, tras computar un franco reconocimiento al interés nacional involucrado (fs. 704) y mencionar el afán de viabilizar la subasta (fs. 707), concluya, sin embargo, en la imputación de una conducta delictiva, indicando que ello no implica cuestionar la buena o mala gestión del indagado; **2**) la razón por la que se trajo a colación -haciéndolo incidir en el razonamiento- el pronunciamiento de incompatibilidad constitucional de la ley N° 18.931 emanado de la SCJ, hecho ajeno y superviniente a la conducta del imputado; **3**) la suspicacia a propósito de las notas provenientes de la Embajada de Venezuela y del Sr. Molinari -cuyo texto modelo fue efectivamente proyectado por esta Defensa- para aportarlo bajo forma documental y sin necesidad de citar a los firmantes, en beneficio de la celeridad del trámite; **4**) el pretendido “*Cambio de la declaración*” del Ec C., que en realidad no es tal. Con la información de

que disponía, ambigua por cierto, dijo inicialmente que habían sido dos las empresas gestionantes del aval. Mejor informado en la audiencia de ratificación, al tomar conocimiento de que la representación fiscal le imputaba haber perjudicado a M. F., se atuvo a esclarecer que esta última no había petitionado ningún aval, ni tan siquiera había comparecido ante el BROU, sino que solo había entrado en conversaciones con el Ec. L., pero no para obtener un aval del BROU, sino para hacer efectiva una transferencia de dinero a la cuenta del Fiduciario que, en definitiva, nunca transfirió. Ello no puede interpretarse como un cambio deliberado de la declaración buscando un mejor posicionamiento procesal, sino apenas como la debida aclaración y diferenciación de la situación entre COSMO S.L. y MONT FORTELCO.-

3) Al evacuar el traslado de los recursos (fs. 806-812vto.), el Sr. Fiscal actuante abogó por la confirmatoria. Dijo en lo medular: **a)** En primer término se entiende que es indispensable realizar una precisión respecto al giro utilizado en el requerimiento inicial -que ha generado interpretaciones y motivado consecuencias no afirmadas por esta Representación- cuando aludió a la existencia de “*interesados*”, expresión que no es más que un reflejo fiel de las declaraciones de los encausados y el Ec. Javier L.. Como tal, está referida a los sujetos de derecho que requirieron información sobre las condiciones de la proyectada subasta de los aviones de la empresa PLUNA S.A. Nunca afirmó que tales interesados hubieran gestionado el aval que se requería. Del desarrollo del proceso emerge con nitidez incontrastable que fueron dos de esos interesados (COSMO S.L. y MONT FORTELCO) quienes intentaron conseguir tal garantía ante el BROU, por lo que discrepa enfáticamente con lo afirmado por el recurrente respecto de que la única empresa que gestionó el aval fue COSMO S.L. Al respecto dijo que basta reparar en la prueba presentada por la propia Defensa a fs. 641-642, posterior al pedido de enjuiciamiento, que cita en extenso, que confirma tal aserto sin ningún tipo de dudas, así como también lo hacen el Director C. José Perazzo y el imputado, cuyas declaraciones también transcribe; **b)** se

comparte asimismo lo manifestado por la Sede en el auto recurrido en cuanto al cambio de versión realizado por el Ec. C. (fs. 720), que a la luz de los demás elementos manejados, aparece como un vano intento de colocarse en posición más favorable; **c)** no es posible sostener -como se hace- que fuera una única empresa la que efectuó gestiones ante el BROU para la obtención del aval que le permitiera participar en la subasta. El encausado no comunicó a sus pares del Directorio la existencia de dos interesados en el aval, que se hallaban en igualdad casi absoluta, salvo que uno contaba con la referencia de un cliente del Banco (L.M.) y el “*respaldo*” del Ministerio de Economía y Finanzas, y al igual que el otro, carecía de toda documentación imprescindible para la obtención del multicitado aval; **d)** no se trata en consecuencia de juzgar al justiciable por una decisión de carácter orgánico como se alega, de lo que se trata es de la deliberada omisión de informar a los otros miembros de situaciones idénticas y contemporáneas, vinculadas al mismo tema. Los Directores Vázquez y Perazzo refieren haberse enterado de las gestiones realizadas por otro grupo, varios días después de la realización de la subasta. En sentido similar se manifiesta el Director Irastorza, quien declaró que se enteró de la existencia de otra empresa, con tratativas frente al Banco para presentarse a la subasta, al momento que se efectuó una interpelación a las autoridades ante el Parlamento nacional (fs. 107); **e)** lo que viene de reseñarse lejos está de desconocer la teoría del órgano, y lo único que refleja es un accionar individual, cumplido por el encausado C., quien impartió la orden a sus subordinados para la facilitación del otorgamiento del aval a COSMO S.L., en acto abusivo por excelencia, apto para causar perjuicio tanto a un particular, como a la Administración. No es admisible entonces la afirmación efectuada por el impugnante, al indicar que la imputación al Ec. C. se realiza “*solo por haber sido éste el receptor de la llamada telefónica del Ministro de Economía...*” (numeral 66); **f)** tampoco se visualiza razón de los agravios explicitados en torno a la imputación fiscal y su relación de hechos. Ésta refleja lo sucedido y es innegable el

favoreggiamento de autos. El cuadro fáctico que permite a atribución del hecho reprochado efectivamente se verificó, ya que el Ec. C. sabía de la existencia de más de un interesado en el aval, y más aún, dentro del propio parquet del BROU. Los hechos cuestionados y la prueba allegada durante la instrucción sustentan con holgura el reproche formulado, ya que se acreditó que dentro del BROU existían cuando menos dos interesados en la subasta;

g) malgrado la exposición del recurrente sobre la pretensión deducida, sostuvo que el MP no se limitó únicamente a la existencia del mencionado *favoreggiamento*. Por el contrario, el *favoreggiamento* solo era uno de los aspectos que fueron expresamente relevados en su vista que contempló la injerencia impropia de un Ministro de Estado y el resultado final, precipitado, mediando la aprobación del agraviado. Resulta evidente que si se afirma que el indagado “*aceptó esa situación irregular*”, y la consolidó con sus instrucciones, como se expresara en el requerimiento inicial, no se está limitando a señalar una mera irregularidad administrativa, sino que ello da relevancia a su conducta y merece reproche penal. La proveyente no se apartó de los hechos relacionados y relevados en el pedido de enjuiciamiento oportunamente formalizado, sino que fincó su relevancia en otro aspecto que también queda atrapado en la conducta incriminada. Desde esa perspectiva, la alegada violación del principio de congruencia hecha por la Defensa, no es tal: no se trata de hechos diferentes, sino de los mismos, de los que la Sede, parcialmente, hace otra lectura, todo lo cual es perfectamente admisible por la provisoriedad de esta instancia procesal, so pena de efectuarse una antojadiza interpretación del libelo fiscal;

h) en cuanto al mentado principio de congruencia, es válido recordar que en la lógica del CPP se evidencia en el art. 246, cuando impone al juzgador el límite de la pena y las medidas de seguridad en base a lo requerido por el MP en su demanda acusatoria. No es aceptable la conclusión a la que arriba la Defensa respecto a una supuesta situación de indefensión, cuando los hechos analizados en la impugnada son los mismos articulados por esta Representación, y la interpretación de la

distinguida decisora, no puede llamar a sorpresa ninguna de las partes y será en etapas ulteriores, que se determinarán en forma definitiva; **i)** tampoco comparte la postulada justificación putativa en favor del encausado C., en virtud de los mismos argumentos convalidados por las pruebas incorporadas. Aún para el caso de que el Tribunal entendiese que se verifica un error de prohibición indirecto, como se aboga, en todo caso, vencible, la consecuencia sería la concurrencia de una circunstancia atenuante, como sostiene José A. Petito en su excelente análisis sobre “*admisibilidad del error de prohibición en nuestro derecho*” (Revista de Ciencias Penales N° 2/1996 Estudios en Homenaje a Adela Reta); **j)** también se disiente en cuanto a la ausencia de perjuicio derivado de los hechos de autos. Si bien en esta instancia no se puede cuantificar con exactitud el monto del perjuicio contra la Administración, lo que es sensato advertir es que éste efectivamente se verificó con la afectación de recursos humanos y económicos que indudablemente se dispusieron -como la propia prueba presentada por la Defensa, luego del requerimiento fiscal así lo demuestra- para atender las vicisitudes del caso en examen. Véase que las obligaciones emergentes del aval han sido desconocidas por la empresa presuntamente obligada, por la aseguradora Boston, y actualmente por el responsable del acuerdo de pago firmado; **k)** por lo demás, el desprestigio de la Administración Pública resulta un hecho incontrovertible por la propia significación de los funcionarios a quienes se les reprocha, en conductas que a juicio del suscrito no admiten justificación. Debe tenerse presente, por otra parte, que la figura imputada es un *delito de peligro*, y que por tanto, no requiere la efectiva producción del perjuicio.-

4) Por Res. N° 515/2014 (fs. 816-817), la *A-quo*, por los argumentos ya explicitados a los que se remitió íntegramente, y los concordantes formulados por el Sr. Representante del MP, mantuvo la recurrida. Agregó que el procesamiento se basa en la existencia de elementos de convicción suficiente de que el imputado presuntamente

cometió el delito que se le atribuye, y que en el estadio en que se encuentra la instrucción no existe evidencia que permita compartir los argumentos ensayados por la Defensa para la revocación de la imputación jurídica realizada en forma primaria.-

5) Recibidos en este Tribunal, se citó para sentencia del grado, la que se acordó previo pasaje a estudio (fs. 823 y ss.).-

CONSIDERANDO

1) La Sala, por mayoría legal, revocará la atacada en tanto asiste razón al apelante, por aquello que se dirá.-

2) Los hechos en que se fundó el pronunciamiento dicen que, el 6 de noviembre de 2012 se inició presumario con carácter reservado, con el fin de investigar la comisión de presuntos hechos delictivos en relación con la tramitación y otorgamiento de un aval bancario por parte del BROU a favor de la empresa española COSMO S.L.- Aval en virtud del cual dicha empresa pudo presentarse al acto de remate de siete aeronaves CRJ Bombardier de la ex PLUNA S.A. Resultó entonces único oferente y mejor postor su representante H.A.C.S., denominado *“el caballero de la derecha”* por el rematador actuante, Mario Stefanoli.-

El 5 de julio de 2012, el Poder Ejecutivo había resuelto liquidar PLUNA ante la imposibilidad de la empresa de afrontar sus obligaciones financieras.- La Ley No. 18.931, en forma excepcionalísima, autorizó al PE a constituir un Fideicomiso de Administración regido por la Ley No. 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). El Decreto N° 240/12 creó el Fideicomiso de Administración con el siguiente esquema: PE -actuando a través de los Ministerios de Economía y Finanzas y de Transporte y Obras Públicas- como Fideicomitente, nombrando al Ec. Javier L. como Fiduciario y con las aeronaves como bienes

fideicometidos, con el fin de procurar la transferencia de los activos de la ex PLUNA S.A. gravados con derecho real de garantía, a un nuevo titular, a través de un procedimiento competitivo público de adjudicación, en un plazo máximo de 60 días.-

El pliego de condiciones previsto para ello establecía que los interesados en participar de dicho procedimiento debían presentar previamente ante el Fideicomiso, y a su favor, una garantía de mantenimiento de su oferta, a través de un aval bancario emitido por un Banco establecido en plaza, o una Póliza de Seguro de Fianza, que estuviera bajo la regulación del BCU.-

El acto de remate fue fijado para el 12 de setiembre de 2012, siendo postergado -por razones de oportunidad y promoción a un número mayor de posibles interesados- para el día 1º de octubre de 2012.-

El Ministro de Economía y Finanzas de la época -Ec. F.L.- se comunicó telefónicamente con el Presidente del BROU -Ec. F.C.- el 28 de setiembre de 2012, para informarse sobre la existencia de interesados en la tramitación de los avales.- Éste, previa consulta en el Banco, le transmitió que había dos empresas gestionándolos (una de ellas, COSMO S.L.).- Comunicación telefónica que le reiteró en horas próximas al mediodía del mismo día de la subasta. En esta última el Ec. Lorenzo transmitió al Ec. C. que el Sr. L.M. le había manifestado que acercaría una empresa, por lo que de ocurrir “le estaba solicitando al BROU que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular”.-

Recibidas las llamadas, el presidente del BROU instruyó a personal subordinado a efectos de conceder el aval a dicha empresa, sin la información necesaria.- De ese modo se permitió que COSMO S.L. estuviera habilitada para presentarse en la subasta.- Concretamente el Gerente Ejecutivo de División Empresas del banco, Sr. R.G. , informó al Ec. C. sobre las condiciones planteadas por el solicitante del aval.- Le indicó que se trataba de una firma extranjera sin antecedentes en el banco, de la que se

contaba con muy poca información y no ofrecía ninguna garantía, por lo que no podía ser considerada.- No obstante ello el Ec. C. le indicó que la aprobación era un tema de interés nacional, y que además de su consentimiento, contaba con el de los Directores del BROU necesarios para la aprobación del aval (Vázquez y Perazzo). De acuerdo a las mayorías exigidas por la Carta Orgánica de la institución, para este tipo de operaciones, cuando la operación supera el 1% del patrimonio del banco, como acontecía con el aval, el presidente no está facultado a actuar solo, sino que requiere de mayorías especiales.-

En el entorno de la hora trece y treinta del día de remate, concurríó a la Sede del BROU (Ciudad Vieja), el Sr. H.A.C.S., invocando la representación de COSMO S.L.- No adjuntó ningún recaudo que acreditara en legal forma dicha representación, más que una nota dirigida al BROU fechada el 28 de setiembre de 2012, por la que se comunica que se autoriza al Sr. Calvo Sánchez a retirar de dicha institución la póliza de caución emitida como garantía de mantenimiento de la oferta a presentar la subasta.- Al nombrado se le otorgó un aval de mantenimiento de oferta que ascendía a la suma de trece millones ochocientos ochenta y cinco mil ciento cincuenta y seis dólares (U\$S 13:885.156,00).- La garantía de mantenimiento de oferta designaba beneficiario al Ministerio de Economía y Finanzas en forma errónea, pues correspondía que lo fuera el Fideicomiso.-

Obtenido el aval del BROU, Calvo Sánchez se presentó a las quince horas en el local del *“Stand España”* de la Rural del Prado, lugar donde se desarrolló el remate.- Resultó el único oferente y mejor postor, en representación de COSMO S.L., por un monto total de U\$S137.000.000, con la garantía de mantenimiento de oferta consistente en el aval bancario otorgado horas antes por el BROU.-

De todo lo actuado se labró Acta de Constatación por el Esc. Pablo Seitun, quien consignó erróneamente la existencia de varios ofrecimientos y pujas, e identificó al oferente como Antonio C. Sánchez.-

Culminado el acto de remate, el mejor postor debía abonar la comisión del rematador y los gastos del remate, más no lo hizo.- Las partes acordaron, como surge del Acta de constatación, que la empresa se obligaba a verificar el pago dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.- Nunca se cumplió.-

En sesión de fecha 8 de octubre de 2012, el Directorio del BROU, con los votos favorables de su presidente, Ec. C., y los Directores Perazzo y Vázquez, aprobó el otorgamiento del aval,- Se adjuntó la garantía de mantenimiento de la oferta concedida por la aseguradora Argentina BOSTON SEGUROS, Póliza No. 12920 fechada 29 de setiembre de 2012, no así otros recaudos pendientes, y que al 24 de octubre de 2012 el BROU aún reiteraba la solicitud de los mismos. Se aprobó el otorgamiento del aval, pero tampoco a esa fecha se encontraba completa y en condiciones la carpeta del cliente COSMO S.L.-

El 11 de octubre de 2012, COSMO S.L. comunicó al Sr. Ministro de Transporte y obras Públicas que desistía de la opción de compra de las aeronaves. Transcurrieron los treinta días con que contaba dicha empresa para integrar el precio por desistimiento o por vencimiento de plazo, pero el pago nunca se cumplió, operando la caducidad de derechos a su favor.-

3) La Defensa hizo hincapié en que la *A-quo*, cuando amparó la pretensión penal del MP que peticionaba la sumisión a proceso de su defendido, modificó de forma radical -y contra ius- la *imputatio facti* deducida. Lo que tradujo una grave infracción al principio de congruencia, con todas sus consecuencias procesales.-

En su óptica, del dictamen del MP emerge que el otorgamiento del aval no era un hecho penalmente relevante; al punto que lo que el actor penal imputó no fue eso, sino el supuesto beneficio, ventaja o privilegio concedido a COSMO S.L., en perjuicio y en detrimento de otros hipotéticos competidores. Sobre ello giró la controversia que se entabló a partir de la contestación de la Defensa. Más la decisión de la Juez hizo caso omiso de

ello, directamente soslayó el tema en debate, y procesó por otros motivos (*ultrapetita*), dejando al imputado en situación de indefensión procesal.-

Frente a ello el MP replicó que su pretensión no se limitó a la existencia del tan mentado *fovoreggiamento*, que tan solo fue uno de los aspectos expresamente relevados en la vista. Dijo que al sostener que el indagado “*aceptó esa situación irregular*”, y la consolidó con sus instrucciones, no se limitó a señalar una mera irregularidad administrativa, sino una conducta que merece reproche penal. Por ende no hubo apartamiento de la *A-quo* de los hechos relacionados y relevados en el pedido de enjuiciamiento, sino que su decisión simplemente fincó la relevancia en otro aspecto que también quedaba atrapado en la conducta incriminada. Lo que torna inaceptable hablar de sorpresa o indefensión.-

La Sala con esta integración tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la vigencia o no del principio de congruencia en el presumario, concluyendo en forma afirmativa: “...en la etapa presumarial el Sr. Fiscal pidió que se procesara por Violencia privada luego de analizar la prueba y descartar -explícitamente- que obrara acreditado un propósito de sustracción como para imputar el delito de Rapiña por el cual -sin embargo- el Juez procesó”.-

“Ese fundado dictamen constituía un evidente impedimento para imputar oficiosamente el delito descartado, aunque se discrepara, ya no sobre el tipo como adujera el A quo para legitimar su apartamiento, sino sobre los hechos: “Resulta ostensible que la imputatio facti esbozada por el Ministerio Público aún en esta etapa, continenta la actuación del Juez, quien se ve limitado por la relación y aun por la selección de hechos que aquel da por primariamente acreditados. Por tanto, imputar hechos no reclamados, no incluidos por el requirente (en el caso, por entenderlos nada menos que carentes de prueba), conllevaría una actuación ex officio vedada al tribunal, quien de esa forma constituiría la relación procesal sin acción previa (Constitución, art. 22)”.-

“Distinta es la situación en lo que tiene relación con la imputatio iuris puesto que el encuadre jurídico dado por el Fiscal no necesariamente debe vincular en esta etapa al Magistrado judicial. En este caso rige en todo su vigor el iura novit curia por lo que el Tribunal posee el poder/deber de aplicar el derecho que a su criterio gobierna la situación fáctica puesta bajo su jurisdicción”.-

“Se sobreentiende que con esta resolución viabiliza el debate discursivo y la Defensa podrá en el decurso del Proceso contra argumentar al respecto, por lo que se colige de ello que la intangibilidad de la Defensa no se ve desmedrada” (Perciballe, Principio de Congruencia en materia penal..., en XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pp. 301/302)” (Sentencia Nº 74/2014).-

“De todo ello deriva la imposibilidad de aplicar antes y ahora, oficiosamente, una imputación de mayor gravedad, bajo diversa interpretación de los hechos (no solo del derecho). Si en el grado, para la Acusadora finalmente no hubo Rapiña impropia porque no se llegó a la sustracción, la Sala está impedida de discrepar, igual que lo estaba el A quo respecto a la consumación, porque también ella es quaestio facti. (Sentencia 265/2013).-

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

En el mismo sentido se pronunciaron ambos autores en

Comentarios al art. 125 CPP, p. 365 y ss.: “Otra cuestión vinculada con la requisitoria fiscal, refiere al contenido del auto de procesamiento; concretamente, nos referimos a la relación entre requisitoria y auto de procesamiento, o en términos más amplios, al principio de congruencia y su vigencia en esta fase inicial del proceso penal. En ese sentido, y adelantando la conclusión sobre el tema propuesto, consideramos que rige en relación al auto de procesamiento, el principio de congruencia, y por lo tanto, el juez no debe apartarse del marco fáctico propuesto por el fiscal en su requisitoria, siendo ilegítimo el procesamiento por hechos ajenos a la requisitoria y la imputación de delitos diversos o más graves que los previstos por el fiscal al solicitar el procesamiento. Son varios los argumentos que permiten fundar esa conclusión. En primer término, esa es la única conclusión adecuada al principio acusatorio consagrado en el art. 22 de la Constitución de la República: si no es lícito procesar de oficio, sin pedido fiscal, tampoco lo es procesar por hechos que no fueron incluidos en la solicitud fiscal, puesto que en relación a esos hechos, el juez estaría procesando de oficio. No alcanza, entonces, con la requisitoria fiscal para afirmar la vigencia del principio acusatorio en esta fase inicial; es preciso, además, que el juez limite su análisis y resolución a los hechos incluidos por el fiscal en su requisitoria o solicitud de procesamiento, pues, de lo contrario y respecto de los hechos ajenos a esa requisitoria, el juez estaría actuando de oficio, apartándose de la premisa constitucional ya mencionada. De modo que, aun cuando el juez considere probados durante el presumario, con el grado de convicción exigido legalmente en esta etapa del proceso, otros hechos delictivos, no está habilitado para efectuar imputación penal alguna en relación a esos hechos si no fueron incluidos por el fiscal en su requisitoria, como fundamento de la solicitud de procesamiento; si de todos modos procesa por esos otros delitos, estará procesando de oficio en relación a esos hechos. El principio de congruencia se concibe, generalmente, como un límite a la potestad jurisdiccional, fundado en las garantías del derecho de defensa (...)

y caracterizado por la necesaria adecuación del fallo al marco fáctico propuesto por las partes. Lo que significa que la congruencia debe valorarse en relación a los hechos introducidos por las partes y no, en relación a la eventual calificación jurídica que de esos hechos hubieran efectuado las partes, que, como tal, no vincula necesariamente al juez (*iura novit curia*). Y sigue: “o se admite que hay ejercicio de función jurisdiccional sin acción; o se arriba a la conclusión, que no nos parece lógica, afirmada por el autor mencionado, en el sentido que hay determinado sector de acción pública, que la misma la ejerce el propio órgano jurisdiccional, cosa que también nos parece un error...Cuando el Ministerio Público formula su requisitoria, además de pedir el procesamiento por existir elementos de convicción suficientes de la ocurrencia de hechos que configurarían determinado delito, debe establecer claramente cuáles son los hechos que motivan el pedido de procesamiento, y establecer la calificación delictual. Esos hechos, y no otros, son la razón o motivo del pedido fiscal. Esta petición limita los poderes del tribunal, debiendo existir congruencia entre lo solicitado por el Ministerio Público y lo que resuelva el juez”.-

4) La explícita discrepancia de la A quo con el dictamen Fiscal hace a la *imputatio facti*.- Aquella consiste nada menos que en una diversa perspectiva sobre la estructura o referencia subjetiva del tipo penal seleccionado y único posible o aplicable a la plataforma fáctica propuesta por el titular de la acción y obviada, resistida o modificada por el tribunal: “...el hecho arbitrario debe ser capaz de producir un daño material o moral a la Administración o a los particulares.- 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” (Cairolì, Curso de Derecho Penal, FCU, 1995, p. 223).-

Si para el Ministerio Público, el favorecimiento es lo que califica y contamina de ilicitud penal, como surge sin esfuerzo del texto y contexto de su dictamen, al punto que la Defensa argumentó y se esforzó en probar lo

contrario, la A quo no podía desinteresarse del tema (incongruencia omisiva).- Menos podía discrepar en que el delito quedaría configurado “de todos modos”, por otras consideraciones ajenas al análisis de si se pretendía o no, beneficiar a COSMO, en perjuicio de otros interesados.- La recurrida rehusó el análisis de un elemento relevante, como el interés del agente; el silencio de la A quo respecto a lo argumentado por las partes “...genera una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso” (Malem Seña, El error judicial y la formación de los jueces, Gedisa, 2008, pp. 149, 179. Lorenzetti, Teoría de la decisión judicial, Desalma, 2006, pp. 264, 265; Perciballe, El principio de motivación del fallo en materia penal, RUDP, 4/03, p. 515 ss. Cfm de la Sala: S/166/09, entre otras).-

La figura delictiva imputada es de por sí polémica y difusa como para seguir adelante un proceso donde el Ministerio Público fue corregido y, a futuro, limitado por el Juzgado, de forma tan contundente: “...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...”.-

Aunque la Sala discrepara con esta conclusión, no podría modificarla en virtud del principio non reformatio in pejus.-

En rigor, la A quo razonó y procesó tal como si no hubiera existido pedido Fiscal.- Es como si ante un pedido de procesamiento por Rapiña, el Juez discrepara con el animus lucrandi pero decidiera procesar igual por dicho delito.- Del pedido de procesamiento y de la contestación de los agravios, surge que la referencia subjetiva integra su pretensión de enjuiciamiento.- Es inescindible de la conducta concretamente imputada por él.-

En lugar de cuestionar el apartamiento realizado por la Juez, el Ministerio Público lo convalidó expresamente.- Al menos pudo señalar que no compartía una fundamentación tan explícitamente discordante.- Además la A

quo incurrió en incongruencia, al identificar como perjuicio, supuestas pérdidas millonarias (extremo no mencionado en la requisitoria) sin resultar debidamente aclarado a qué refiere ni en qué medida las atribuye al encausado, cuya única intervención enjuiciada fue la relativa al otorgamiento del aval.-

No es posible argumentar que para el delito de Abuso de funciones en los casos no previstos en la ley basta el perjuicio moral a la Administración (non reformatio in pejus).- La alusión que al respecto hizo el Ministerio Público en oportunidad de pedir el procesamiento, deriva exclusiva y enfáticamente, del mentado favorecimiento. Dijo: “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).-

En suma: el Fiscal vio una trama que la A quo no vio.- Entonces no habría sido una distinta visión de los mismos hechos, como se expresa en la contestación de los recursos, sino que cada uno de los Magistrados atribuye conductas diversas.- Y ello constituye una clara incongruencia.-

5) El delito imputado se encuentra legislado en el art. 162 del Código Penal.- Incorre en dicha figura el funcionario público que con abuso de su cargo cometa u ordene cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares y cuando ese acto no esté especialmente previsto en el Código.-

El abuso "...es el uso ilegítimo de las facultades, poderes y medios inherentes al cargo de funcionario público, y en general toda conducta contraria a sus deberes" (Maggiore, Derecho Penal, Edit. Temis, 5ª edición, 1950, p. 209).-

Como dice Viana Reyes: "...la arbitrariedad, como 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 encuentra su ubicación conceptual en el ámbito o esfera de los móviles o motivos del autor de la conducta" (El abuso de autoridad genérico, INUDEP, año II, N° 3-1981, p. 92, cit. en RDP N° 10, p. 69).-

"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" (S. C. de J., Sent. 400/09, RDP N° 20, c. 6, p. 475).-

Maggiore (ob. cit., p. 210) dice que debe examinarse "...caso por caso si el hecho constituye un abuso de poder.- En general podemos distinguir este abuso en sentido objetivo y en sentido subjetivo.- Se tiene el primero cuando el acto es sustancial o formalmente contrario a la norma que regula el campo de la actividad funcional, en que el funcionario se mueve para cometer el hecho acriminado, sea que exceda los límites de su propia competencia, sea que no observe las formalidades prescriptas por la ley.- La arbitrariedad se presenta también en el acto discrecional, no sólo cuando se violan las normas legales para el ejercicio de él, sino cuando se le realiza por un fin distinto de aquel para el cual ese poder fue conferido (détournement de pouvoir).- Esto sucede cuando el móvil del acto discrecional es contrario al interés privado (de secta, de enemistad, de venganza, de prepotencia).- En tal caso, la arbitrariedad objetiva coincide con la subjetiva, que es la conciencia de violar las normas que regulan la propia actividad funcional".-

En la citada Sentencia N° 400/09, la Suprema Corte de Justicia

dijo que “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 prescriptas (Maggiore, Tratado, Vol. III, Bogotá 1955, pág. 209 y especialmente nota 114)”.-

Analizada la prueba recibida, no se advierte que la actuación de **C.** se apartara de la que correspondía a su cargo.- Él, como Presidente del Banco, podía conceder autorizaciones hasta el 1%.- Para las que superaran esa cantidad se requería el consentimiento de los demás directivos.- Y eso fue lo que hizo el encausado.-

El art. 2 de la Carta Orgánica del BROU faculta al 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 requerirá el voto conforme de tres Directores.-

Existía urgencia en la realización del remate en función del plazo máximo de sesenta días para concretarlo.- **C.**, a fs. 9, refiriéndose a la urgencia en conceder el crédito, dijo “...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”.-

En ese contexto, el encausado recibió del entonces Ministro de Economía Ec. F.L., una comunicación telefónica a efectos de conocer si existían interesados en obtener avales por dicha institución bancaria.- A fs. 15 **C.** manifestó: “...El día viernes 28/9/12 el Ministro de Economía me llama solicitándome información acerca de si existían interesados que estuviesen solicitando los avales correspondientes, para presentarse al remate de los aviones de PLUNA del 1º de octubre siguiente.- En ese momento hice las consultas del caso, donde se me informa que existían dos empresas que habían solicitado aval para presentarse al remate citado, una de ellas era la empresa COSMO LINEAS AÉREAS”.-

A esa conversación telefónica también se refirió F.L.- Éste, a fs. 126, manifestó: “...El día viernes 28 tengo una comunicación telefónica con el Presidente del Banco República F.C., para informarme sobre la tramitación de avales quiero aclarar que la respuesta que recibo es que hay dos empresas gestionando avales.- Yo sabía que una no era el Sr. Molinari.- Ninguna de las dos podía ser el Sr. Molinari porque me hablaba de un instrumento de garantía diferente.- Y sabía que un grupo español MONT FORTELCO, estaba preparando su presentación en la subasta el Sr. Bermúdez creo que es el representante que se presentó, y sabía que pretendía tramitar el aval en el BROU.- ...Ese fue el contenido específico de mi comunicación telefónica con el Sr. C., no hubo ninguna mención a nombres de empresas...”.-

6) El 1º/10/12 **C.** recibió otra comunicación telefónica del Ec.

Lorenzo donde éste le solicitó los máximos esfuerzos para emitir el aval para el remate a la empresa que se acercara a solicitarlo.- A fs. 127 dijo "...la única gestión relativa a la emisión de los avales por parte del BROU que yo realicé personalmente.- Eso ocurrió en una llamada telefónica, al mediodía del propio día de la subasta, el lunes primero de octubre.- Nosotros habíamos constatado que las dos empresas (la española MONT FORTELCO y la que L.M. acercaría a la subasta), (no menciono el nombre COSMO porque yo aún no sabía como 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 tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular.- La solicitud que le estaba haciendo es una solicitud que solo la puede hacer el Ministro de Economía al Presidente del BROU en persona, porque de acuerdo a la nueva Carta Orgánica de la institución, el presidente era el único funcionario del BROU que podía respaldar a sus servicios para emitir un aval de esta empresa o de cualquier otra a tres horas de la subasta, sin mediar reunión de directorio...".-

El encausado, a fs. 10, manifestó: "...Respecto de la operación en cuestión debo decir que en primer lugar hubo negociaciones entre esta empresa COSMO y el Poder Ejecutivo para su participación el remate.- A partir de ellas el Ministro de Economía me informa que esta operación cuenta con el respaldo del M. E y Finanzas y por lo tanto a pesar de la insuficiencia de garantías solicitadas pero aún no recibidas por el Banco al momento de la concesión del aval, entendimos que era una operación absolutamente segura.- Inmediatamente después recibimos garantía de la empresa COSMO

a satisfacción del banco”.- (El destaque pertenece a la Sala).

Esa garantía de la que habla **C.**, como surge de sus dichos en la foja referida, “...fue presentada en la semana del remate, posterior al día lunes de la subasta y consistió en una fianza solidaria extendida por BOSTON Compañía Argentina de Seguros S.A.”.- Agregó que se trata de “...una empresa de reputación en Argentina, entre cuyos clientes están las mayores empresas de Argentina”.-

A pesar de la falta de información reconocida respecto de COSMO, **C.** -como dijo a fs. 15-, contaba con dos razones de peso para instruir que se le otorgara el aval: “...la primera el respaldo a la operación por parte del M. E. (y) Finanzas y en segundo lugar que el cliente que tramitó ese aval a favor de la empresa COSMO fue el Sr. Juan Carlos L.M., cliente de larga data en el BROU y de cumplimiento intachable, por lo cual entendimos que era una operación perfectamente garantizada por la palabra de los intervinientes y por el respaldo del Sr. L.M.”.-

7) Como se dijo, el Presidente del BROU estaba facultado para otorgar avales y, si superaban cierto monto, necesitaba el consentimiento del Directorio.- Anuencia que puede ser concedida a posteriori, como no era la primera vez que sucedía.- Así lo dice el Director Alejandro Irastorza a fs. 82 manifestó: “...C. tiene facultades de otorgar determinado crédito y la sesión siguiente inmediata la tiene que resolver el directorio.- Nosotros nos teníamos que haber reunido el jueves 4 de octubre, no hubo sesión por un problema de enfermedad y por eso quedó para el 8 y mi voto fue negativo...”.

C., antes de dar el aval, habló con dos directores del BROU, quienes asintieron la concesión del mismo.- El encausado, a fs. 10, relató “...realicé una consulta con el Vice Pte. y segundo Vice Pte. y al contar con los votos necesarios para aprobar la resolución en directorio en la sesión siguiente, di instrucciones en el sentido de que se diera el aval correspondiente”.-

Las palabras del encausado fueron confirmadas por los dos vice

presidentes de la institución bancaria.-

Jorge Perazo, a fs. 85, dijo: "...el Pte. del Banco el Sr. C. me convocó el día 1º de octubre, para plantearme la concesión por parte del banco de un aval a la firma COSMO, lo cual significaba condiciones especiales.- Había un tema de urgencia y lo que me preocupó en forma inmediata cuales era (n) las posibilidades que el banco tuviera en el otorgamiento un perjuicio patrimonial.- Acepté las condiciones, el banco no iba a tener perjuicios patrimoniales por dos motivos, primero había una intervención del Ministro F.L. interesado en el tema, estableciendo que el banco iba a tener una garantía válida y mientras tanto el M.E.F. iba a ser garantía del banco, esa garantía se otorgaba hasta tanto se constituyera una garantía sólida a juicio del banco, lo cual se concretó en los siguientes días... En segundo lugar, el otro elemento importante a mi juicio era que, quien había iniciado todo el procedimiento para la solicitud del aval, fue el Sr. L.M., cliente del Banco de muchos años, muy buen cliente él y las empresas a las cuales está vinculado, por consiguiente constituía cero riesgo para el banco".-

En sus declaraciones, el testigo habló de lo frecuente que es la realización de operaciones por el monto de la de autos, así como a la decisión tomada en forma urgente y avalada posteriormente.- A fs. 113 manifestó: "...Para el BROU el monto de este aval, son parte de operaciones crediticias absolutamente comunes considerando los montos del patrimonio del banco, así como de sus activos y utilidades.- La segunda precisión es que cuando planteo que es común esta operación es respecto a que se tomen decisiones urgentes y luego sean aprobadas por el Organismo que corresponde, es lo que se llama habitualmente la <aprobación de lo actuado>.- "Este caso, es un caso especial, porque había una urgencia que trascendía al BROU, había una urgencia del Gobierno, y si no se hacía la subasta ese día se perdía todo.- Fue especial porque teníamos alguna documentación de la empresa, que se complementarían a posteriori y me

parece importante destacar que operaciones otorgadas en forma urgente y que se aprueba a posteriori, es totalmente común en la operativa del BROU”.-

El otro Director (Danilo Vázquez) se expresó de modo similar.- A fs. 88 narró que el “...1º de octubre de este año fui consultado por el Sr. Presidente C. sobre esta operación y me dijo que había tenido una llamada reciente del Ministro de Economía, solicitando la posibilidad de que el banco otorgara una garantía de mantenimiento a una empresa que iba a ser referenciada por el Sr. L.M. y que iba a presentar los recaudos en la división correspondiente del banco para su trámite.- De la conversación que tuve con C. le manifesté que uno podría considerar una operación de este tipo o sea, una garantía de mantenimiento de oferta donde no había un desembolso efectivo de dinero, a una empresa que pudiera verificarse las condiciones básicas para ser sujeto de crédito presentando los recaudos necesarios como ser estatutos, quien la representa, balances y estado de resultados y a efectos de viabilizar esta operación debería exigirse, dadas las urgencias, una garantía a satisfacción del banco por el monto total del aval.- El banco exigiría una garantía que cubriera la eventualidad de un incumplimiento en el futuro.- En tales condiciones no tendría problema en lo personal de acompañar la resolución cuando llegara al Directorio...”.-

Efectivamente, como surge de la fotocopia de la resolución incorporada a fs. 1619, el 8 de octubre de 2012 el Directorio del BROU -salvo su integrante Irastorza- aprobó “...lo actuado por los servicios de acuerdo a las instrucciones recibidas, al otorgar un aval a COSMO LINEAS AEREAS S.L. a favor del Ministerio de Economía y Finanzas y con destino a afianzar ante dicho Organismo la garantía de mantenimiento de oferta en el remate de aviones de PLUNA S.A. efectuado el día 1.10.2012...”.-

8) Entonces, pese a no contarse con toda la información, el aval fue otorgado debido a la urgencia.-

C., a fs. 12, relató que llamó al Gerente R.G. “...indicándole que

la emisión del aval a pesar de la urgencia y de la todavía insuficiencia de la información contaba con el respaldo del M.E. y Finanzas, si no llegaba a completarse la garantía requerida por el Banco a la empresa COSMO y por lo tanto a fin de viabilizar un remate de una actividad que tenía un inmenso impacto en la actividad económica del país (turismo, ingresos, hotelería, restaurantes) y que el BROU tiene como misión el desarrollo de la actividad económica del país, entendimos que era de caso viabilizar dicho aval.- Por otra parte la relación entre M.E.F. y el BROU es una relación donde hay créditos y débitos continuos de gran magnitud, de colaboración para cumplir los objetivos de la política económica y que si bien esta operación millonaria en dólares puede entenderse significativa para una persona o para una empresa, es una operación de rutina para el BROU y en la medida que fracasara la misma el beneficiario no era un particular sino el propio M. E. Finanzas”.-

El aval fue autorizado a la única empresa en condiciones de presentarse al remate y resultar adjudicataria.-

Hubo otra empresa extranjera que se interesó en obtener el aval.- Pero la misma, de la cual el banco no tenía referencias, ni culminó los trámites necesarios, C., a fs. 15, dijo “...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”.-

Sobre esa empresa, a fs. 96, Lorenzo 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”.-

De forma concordante se expresaron todos los protagonistas que fueron interrogados al respecto, en particular, García: “Preg. Recuerda si había otros interesados que hubieran realizado trámites ante el BROU para el otorgamiento del aval para poder presentarse en la subasta. Cont. Al 1/10/12 no tenía conocimiento que alguna otra empresa se hubiera presentado al banco para solicitar una garantía para la subasta. No obstante en forma posterior me entero de que sí había existido otra empresa, y que se había presentado en la división finanzas dando como garantías unos bonos los cuales no pudieron calificar”. “Preg. Si no fuera por la intervención del Pte. del BROU los servicios del banco hubieran otorgado la garantía de mantenimiento de oferta. Cont. La operación tal como se lo informara al Sr. Pte. no reunía las condiciones para ser acordadas. Por lo cual entiendo yo, que dada la urgencia, el interés nacional, respaldo del MEF y, la presencia de un importante empresario, fueron elementos que se tuvieron en cuenta”.

Por ende, no era relevante que **C.** hubiera obviado informar a los otros integrantes del Directorio del BROU, sobre la existencia de otros interesados: no llegaron a “calificar”.

En la perspectiva del encausado, la única forma de que el remate no se frustrara, ese último día del plazo legal, era permitir a COSMO, la empresa “traída” o “presentada” por un cliente de primera línea del BROU, respaldada por el MEF, otorgar el polémico aval. No hubo propósito espurio, como aclararon los Magistrados preintervinientes.

Por ende, no puede presumirse que **C.** haya impartido directivas sin importarle que COSMO tuviera o no capacidad financiera para adquirir los

aviones. No fue alegado ni hay prueba de algo semejante. La intención de favorecer, que como se dijo, constituye la piedra angular del pedido de procesamiento y cuyo examen fue indebidamente soslayado en la recurrida, no surge de las actuaciones practicadas.

La reticencia o las contradicciones que se atribuyen al imputado, no alcanzan a desvirtuar esa conclusión objetiva y razonable; ni lo hacen *per se*, culpable de delito alguno.

Corresponde entonces la clausura del sumario, si lo único que resta es la general desaprobación de una conducta por un resultado que se dice deficitario para el Estado, sin que a ese respecto la recurrida proporcione la necesaria explicación acerca de qué manera la conducta de **C.** 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).

Como dijo la SCJ, *mutatis mutandi*: “Se coincide con la discordia...en cuanto a que en autos 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)...”.

“...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 que manera y en que 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...En conclusión, estima la mayoría de la Corte, que la Sala de mérito aplicó erróneamente el art. 162

del Código Penal al no ponderar la ausencia del perjuicio para la Administración, legalmente requerido” (Sent. N° 248/2006).

Demás está decir que es deber funcional de la Sala, sustraerse a la opinión pública, los medios de comunicación, actores políticos, grupos de presión, no juzgar en base a reglas de buena administración, ni presunciones de dolo, etc.

El debido proceso y el principio de legalidad imponen decidir y motivar en mérito a la prueba de hechos con posibilidad de defensa y subsunción en conductas predeterminadas por la normativa penal vinculante. Con este sentido, el principio de inocencia impide modificar el umbral de la prueba cuando se trata de indagados con altas responsabilidades, o categorías de delitos cuyo esclarecimiento reviste cierta complejidad.

Por los fundamentos expuestos, lo dispuesto en las normas citadas, **EL TRIBUNAL:**

RESUELVE:

Revócase la resolución impugnada y clausúrase el sumario respecto al encausado. Téngase por cancelada la caución.- Oportunamente, devuélvase.-

Dr. Alberto Reyes Oehninger
Ministro

Dr. Rolando Vomero Blanco
Ministro

Dr. Sergio Torres Collazo
Ministro //DISCORDE

//El aspecto adjetivo

No se está en el sub-exámene -en sustancia- ante un supuesto en el que se haya fallado sobre una cuestión distinta o ajena al objeto del proceso, con prescindencia de la *imputatio facti* deducida.-

El tan mentado requerimiento luce glosado a fs. 509-541. En su

capítulo III, en la breve reseña introductoria que en él se realiza, se expresa que *“El lunes 1 de octubre de 2012, fecha de la subasta, aproximadamente al mediodía el Sr. Ministro F.L. se comunica telefónicamente con el Presidente del Banco República, F.C. (anterior llamada: el 28/09/2012), expresándole -según sus dichos- que el Sr. L.M. le había manifestado que acercaría a una empresa, y que “Si ello ocurría, le estaba pidiendo al BROU que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular”. Puso asimismo en conocimiento que se encontraba en las instalaciones del Banco, El Fiduciario L. con los representantes del grupo español, Mont Fortelco (fs. 95/96). Dicha empresa, estuvo gestionando la garantía ante el Banco República”*; para luego señalar que *“aproximadamente a las 13 hs. de ese día, se presenta ante la Sucursal de Ciudad Vieja, el Sr. H.A.C.S. en representación de la aerolínea COSMO S.L., y se le otorga un aval de mantenimiento de oferta sin cumplir las condiciones necesarios al efecto”* (fs. 526).-

También se indica en otro tramo del dictamen (fs. 533): ***“resulta contundente que al momento de otorgar el aval del 1º de octubre de 2012, el Banco República, no contaba con la información necesaria -ni siquiera mínima-, acerca de la empresa avalada”***. Y sigue: *“a) La documentación acercada por H.C.S., era hartamente insuficiente, y los tiempos para su concesión muy limitados. Éste se hizo presente ese mismo día en el edificio bancario de Ciudad Vieja próximo a las 13 horas, y el remate se celebraría a las 15 horas en la zona del Prado. La declaración del Gerente Ejecutivo de División Empresas del Banco República, el testigo R.G. , es muy ilustrativa en este último aspecto; a saber declara: “... recibo la llamada del Pte. del Banco Ec. C.. Me pregunta sobre el aval, le comunicó 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). En relación a la documentación que se tenía en el momento de otorgar la garantía, contesta: “lo que teníamos era lo dicho por el Sr. Presidente, el respaldo del M. de Economía” (fs. 187vto.). b) El informe formulado por el Banco Central del 15 de noviembre de 1992 -en base al pedido de informe que presentara el legislador Jorge Larrañaga, por intermedio de la respectiva Cámara de Senadores, art. 118 de la Constitución-, es explícito en cuanto a que, aún al momento de aprobarse el aval cuestionado, era insuficiente dicha información. A saber textualmente determina: “Con la evaluación realizada hasta ese momento, se verificó que con 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 RNRCSF sobre Cosmo” (fs. 158). c) actuación de la entidad bancaria por cuanto aún el 24 de octubre de 2012, continuaba reiterando solicitudes de documentación a la empresa COSMO S.L. (Documento XVII, Anexo Documental)”.-

El pedido trajo además a colación declaraciones del imputado y otro tramo del testimonio del Gerente Ejecutivo del BROU (R.G.), “funcionario desde hace 40 años en la institución, (que) declara respecto a la habitualidad de tramitar avales en forma telefónica: “No, no es habitual. Evidentemente en este caso por los motivos de urgencia y con el respaldo del M.E.F., fue considerado así en el ámbito superior del directorio” (fs. 187vto.)” (fs. 535).-

Posteriormente sostuvo: “en la especie, el Ministerio de Economía, en la persona de F.L., ilegítimamente operó de garante verbal frente al Banco República, en favor de una empresa extranjera COSMO S.L., mientras ésta entregara con posterioridad al 1º de octubre 2012, la Póliza pendiente” (fs.

536).-

A la par de ello calificó de inadmisibles los argumentos manejados por los indagados (entre ellos el Ec. C.), para justificar su actuación. No es concebible -dijo- *“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 la 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 Ministro 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”* (fs. 536-537). Y en referencia expresa al imputado, dice que éste: **“... aceptando esta situación irregular, instruyó a personal subordinado a efectos de conceder indebidamente el cuestionado aval, sin la información necesaria, permitiendo que en definitiva, COSMO S.L. fuera el único mejor postor”**, para culminar sosteniendo: *“Desde luego que dichas actuaciones exceden la mera irregularidad administrativa, determinando una clara desigualdad con respecto a las restantes empresas interesadas en participar en la subasta. Se trata de verdaderos actos arbitrarios cometidos con abuso del poder funcional que ostentan los indagados, en virtud de sus respectivos cargos públicos”* (fs. 537).-

Bien leído entonces el dictamen, emerge en forma nítida que en él la Fiscalía no se limita a cuestionar penalmente el supuesto beneficio, ventaja o privilegio concedido a COSMO S.L.; sino que en el reproche incluye toda la mecánica *previa* cumplida (por el imputado) para hacer viable el otorgamiento del aval, lo que ciertamente conduce al descarte del agravio de orden formal.-

La intencionada -legítimamente intencionada, se aclara- lectura que del pedido de enjuiciamiento hace la Defensa, fraccionándolo según su interés,

ciertamente no logra disimular lo obvio: la conducta que el MP buscó reprochar al Ec. C. no se circunscribió al supuesto fin perseguido (que en puridad no es un acto, sino la consecuencia de ciertos actos), y abarcó sus acciones relacionadas con el otorgamiento del aval a la empresa COSMO S.L., que se gestaron a partir de la comunicación telefónica recibida del Ministerio de Economía y Finanzas.-

Con este cuadro, que el MP haya puesto énfasis en un aspecto del tema, y que la *A-quo* lo haya puesto en otro, ciertamente no alcanza a configurar un supuesto de incongruencia, que permita sostener en fase de procesamiento (arts. 125 y 132 CPP) que se actuó *ex officio*; en tanto ambos magistrados, en última instancia, han coincidido en lo relevante: la presencia del perjuicio que el tipo requiere, y que el abuso funcional en el que presuntamente habría incurrido el Ec. C. se verificó a partir de su directa y relevante incidencia en el proceso que condujo a la indebida concesión del aval.-

La consideración literal -y descontextualizada- de algunas frases del pedido, ciertamente no alcanza para abonar la conclusión de que medió cambio de la pretensión, y que el imputado vio vulnerado su derecho a la defensa. La recurrida en esencia decidió sobre lo litigado, y con arreglo a las pretensiones deducidas; lo que excluye todo supuesto de ultra o extra petita: *“La precisión en la determinación en el objeto debe exigirse, en suma, en el grado en que ella sea necesaria, siempre aplicando el criterio finalístico que atiende al fin que el acto se propone y a la idoneidad de que debe estar revestido para alcanzarlo ... también los hechos son a veces susceptibles de enunciación general; y ... cuando ello ocurre, deben tenerse por enunciados los extremos particulares que aquélla comprende”* (Odriozola, "Interpretación de la demanda", Rev. Judicatura, No. 10, p. 252).-

Pues cabe recordar que si bien la interpretación de la demanda debe revestir cierto rigor: *“... al mismo tiempo admite una cierta elasticidad, la necesaria para contemplar el fin procesal, esto es, el hecho de que el*

propósito del proceso - que lo requiere y lo justifica- es hacer efectivo un derecho necesitado de protección. Por lo dicho, nunca se podrá preferir a la voluntad declarada la meramente interna, que, por no objetivada, carece de relevancia. Pero sí se podrá optar, entre dos sentidos posibles, por aquél que sea más lógico atribuir al demandante, de acuerdo con el conjunto de sus manifestaciones, con el interés tutelable que surge de las mismas y con la utilidad que teóricamente debe deparar todo proceso' (ob.cit., p.250).-

El aspecto sustantivo

Aduce la Defensa que “se han atribuido al Ec. C. una serie de falencias técnicas del aval emitido que, naturalmente, implicarán a lo sumo y en el peor de los casos, eventuales errores materiales de los funcionarios intervinientes en la emisión del mismo, pero en modo alguno pueden ser atribuidos per saltum al jerarca máximo de la institución (nullum crimen sine actio)”.-

A la luz de lo que surge de autos, el argumento no se muestra convincente.-

No emerge, al menos por ahora, que el imputado se hubiera limitado a incurrir en eventuales *errores materiales* en la emisión del aval, como se arguye.-

Resulta evidente que en los hechos, lo que hubo fue un intencionada actividad dirigida, inequívocamente, a viabilizar a toda costa y como diere lugar, la presentación de una empresa en especial (COSMO S.L.) a una subasta que ya había sido postergada por falta de interesados concretos.-

En ese marco, las directivas que impartió al personal del banco que presidía, luego que recibió la comunicación telefónica del PE, en modo alguno traduce un accionar involuntario, irreflexivo; sino, precisamente, lo contrario.-

La hipótesis del error que se esgrime, entonces, no es de recibo, en tanto no solo se encuentra huérfana de respaldo en la prueba reunida, sino que se halla en abierta pugna con toda praxis. Máxime si se pondera la

dilatada experiencia bancaria del imputado, su condición de Economista profesional, y la alta jerarquía que ostentaba en la institución de mención.-

En esencia, lo que hubo fue un deliberado y consciente actuar de parte del Presidente del BROU, destinado, en aras de un supuesto y brumoso *"interés nacional"*, a que sus subordinados saltaran todas y cada una de las normas mínimas de prudencia que deben presidir la actividad, con la finalidad de que el Directorio estuviera en condiciones de aprobar un aval a favor de una empresa, que notoriamente ninguna institución bancaria en su sano juicio, podía otorgar.-

Es evidente que no existió una atribución *per saltum* al Ec. C. de la responsabilidad por el cúmulo de irregularidades que se sucedieron en el otorgamiento. En tanto fue éste -precisamente- quien abusando de su condición, y a sabiendas (se insiste en ello), que el aval (por un monto millonario) no podía ni debía darse; contra toda lógica y toda razón, se transformó en el principal motor de las irregularidades mencionadas *in extenso* por los magistrados del anterior grado, influyendo e instruyendo de tal manera a sus subalternos para que éstos no tuvieron más opción que acceder a sus dictados.-

El testimonio de un alto jerarca del BROU, Gerente de la División Empresas, Sr. R.G., de vasta trayectoria (fs. 533-534), es altamente ilustrativo de la a todas luces *irregular* operativa que hubo de desarrollarse por los servicios de la institución, a partir de la deliberada iniciativa del imputado para posibilitar la presentación contra viento y marea de COSMO S.L: *"... 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).-

Por de pronto, si algo faltaba para dejar afirmado este extremo, el pasaje del informe del BCU que el MP transcribe, lo despeja de forma definitiva: *“Con la evaluación realizada hasta ese momento, se verificó que con 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 RNRCSF sobre Cosmo (fs. 158)’ (fs. 534).-*

Que la decisión final haya sido adoptada por el Directorio (requisito que estaba fuera del alcance del Ec. C. soslayar), en el fondo nada implica a su favor; por dos razones: una, la eventual responsabilidad de otros no alcanza para exculparlo; y dos, porque el asentimiento que dieron dos miembros del Directorio: *“él tenía el consentimiento de los directores del banco necesarios para la aprobación del aval” (fs. 187)*, notoriamente no santifica la irregular operativa bancaria previa que se montó a su influjo para habilitarla a toda costa, y posibilitar que pudiera presentarse quien en puridad no estaba en condiciones de hacerlo.-

Por de pronto también es menester destacar que lo que se reprocha al imputado no es su actuación en lo que supuestamente se trató de una simple operación de crédito, como se aduce; sino la forma como éste, *usando mal* su condición de máximo jerarca de una institución bancaria pública, maniobró para que los servicios administrativos -contra todas las leyes que gobiernan la lógica y la razón- dejaran expedita la vía para propiciar la aprobación.-

Tampoco el razonamiento que hace hincapié en el supuesto margen de aleatoriedad y riesgo que impregna este tipo de decisiones, alcanza para situarlo al margen del reproche. Si bien es cierto que dicho espacio existe, para poder justificar situaciones como la ocurrida, la decisión debe estar

precedida de un actuar *profesional*, destinado a minimizar en todo lo posible un resultado adverso. Cosa que -huelga decirlo- no ocurrió, precisamente por influjo del máximo jerarca de la institución, el Ec. C..-

Para expresarlo de otra forma: el natural *álea* que impregna este tipo de actividad, ciertamente no otorga licencia para que la autoridad de una institución bancaria pública (como es el BROU), haga o apruebe cualquier cosa, y de cualquier manera. Al contrario: ese margen es lo que precisamente obliga a ser más escrupuloso y meticuloso en su consideración y tratamiento, para poder manejar con criterio y racionalidad esa incertidumbre: “... *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*”.-

Demás está decir que lo que aquí se hizo -al influjo del imputado ciertamente- no fue buscar minimizar ese riesgo, sino maximizarlo (y adrede).-

También se ha sostenido que la atacada “*interpreta en forma errónea el concepto penal de autoría, valorando equivocadamente el concepto de “actos consumativos” en relación al reato de marras, que al parecer traslada exclusivamente al momento de la transmisión verbal de una instrucción (al funcionario García) y no, como debe serlo, al momento previo de adopción de la resolución orgánica favorable*”.-

No es compatible el agravio.-

Lo que se reprocha al procesado -como bien dice el Sr. Fiscal- es un actuar voluntario que reflejó un proceder individual, en el que impartió órdenes concretas y directas a sus subordinados “*para la facilitación del otorgamiento del aval a COSMO S.L., en acto abusivo por excelencia, apto para causar perjuicio tanto a un particular, como a la Administración*”, con clara conciencia de su disvalor.-

Y esto, a la luz de lo que sucedió, más allá de cuáles fueron las

razones que lo movilizaron (de buenas intenciones está empedrado el infierno), al menos por ahora, no ha podido ser rebatido: *"En los aspectos del dolo no es posible la confusión con los motivos que impulsan a delinquir, toda vez que -como ya se ha señalado hace mucho tiempo- éstos, buenos o malos, resultan siempre extraños a la noción del dolo"* (Bayardo, DPU, T.II, p. 97).-

En este mismo orden es menester destacar que la premisa que se ensaya para sostener que su conducta, lejos de perjudicar a la Administración, se constituyó en un verdadero éxito financiero para ésta, para ser francos, en atención a lo que posteriormente se dio, tampoco persuade.-

Si esa actividad -a todas luces arbitraria- irrogó o no un perjuicio efectivo a la Administración o a los particulares, en sustancia no es relevante. Para la configuración de la figura lo que importa es su aptitud para causarlo; y ese requisito, en la especie, mal que le pese al apelante, se ha visto cumplido con creces (Cfm. Camaño, Tratado de los Delitos. p.127).-

La referencia subjetiva del tipo: *"en perjuicio de la Administración o de los particulares"*, además de material, también puede ser 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).-

Ciertamente, a partir de la comunicación que recibió, en todo el proceso que siguió se advierte su marcada y decidida intención de favorecer la posición de una empresa en particular (COSMO S.L.), que no ofrecía siquiera la mínima garantía de seriedad para presentarse a una subasta del porte de la proyectada.-

Y aquí es menester tener presente que el acto de otorgamiento del aval ciertamente no agotaba sus efectos en la concesión, sino que estaba directamente vinculado con la posibilidad de que la *avalada* pudiera

presentarse como oferente a la almoneda. Por ende, toda anomalía suscitada en ese procedimiento estaba inevitablemente destinada a repercutir directamente en un remate que, además, había sido especialmente proyectado por el legislador para dar absoluta transparencia y cristalinidad al proceso de venta de las aeronaves.-

Por ello no es factible -ni razonable- aceptar que el proceder del Ec. C., maniobrando caprichosamente para que la institución que presidía avalara la posición de una firma que de ninguna manera podía ser avalada, fue inocuo. Pues en última instancia lo que hizo fue enturbiar, hacer oscuro, lo que la Ley 18.931 (*“subasta pública”*), buscó fuera transparente; envileciendo un procedimiento al que sólo debían acceder aquellos que previamente hubiesen acreditado en forma acabada la solvencia necesaria que garantizara la seriedad de sus propuestas. El acto del agente público que está destinado a traducirse en una infracción a la ley constituye, indudablemente, el abuso funcional por antonomasia: *“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 ...”* (SCJ, S.1630/2010).-

En otro orden de cosas y para culminar, tampoco es posible soslayar -como expresa el Sr. Fiscal- que en el expediente han surgido datos que permiten inferir como verosímil que el Ec. C., para lograr el concurso de las voluntades necesarias del Directorio, intencionalmente ciñó la información brindada a la empresa COSMO S.L., omitiendo instruir a sus colegas sobre situaciones idénticas y contemporáneas, referidas a otro grupo interesado en participar de la subasta.-

En suma: CONFIRMO. La provisoria imputación se podrá ratificar o no en las etapas subsiguientes del proceso. Pero es claro -para quien escribe naturalmente- que en autos consta la existencia de un hecho delictivo, y que se han reunido suficientes elementos de convicción que permiten vincular al

imputado como partícipe (art. 125 CPP).-

Dra. Margarita Echenique
Secretaria