



REPÚBLICA
ORIENTAL DEL
URUGUAY
PODER JUDICIAL

Interlocutoria Nro. 90/2023

IUE 2-47259/2013

Montevideo, 19 de Junio de 2023

VISTO:

Para resolución estas actuaciones "**SALLE LORIER, GUSTAVO - DENUNCIA**", IUE: **2-47259/2013**, con intervención de la Fiscalía Penal de Montevideo de 1° Turno (ex Fiscalía Penal Especializada en Crimen Organizado de 2° Turno), de la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Público.-

RESULTANDO:

1.- A fs. 1686 y ss., compareció el Dr. Luis Pacheco Carve a solicitar el archivo de las presentes actuaciones y expresó en síntesis:

Los presentes autos se iniciaron en el año 2013, a partir de una denuncia presentada por el Dr. Gustavo Salle (fs. 11 a 15), respecto de presuntos hechos con apariencia delictiva, relacionados con supuestas presiones a las autoridades de la Dirección Nacional de Medio Ambiente, para el otorgamiento de permisos para la construcción de la planta regasificadora en Puntas de Sayago. Dicha denuncia fue desestimada por dictamen de la entonces Fiscal actuante, Dra. Mónica Ferrero, obrante de fs. 23 a 25. El mismo denunciante comparece en reiteradas oportunidades requiriendo el desarchivo de la causa, constando sucesivos dictámenes fiscales de oposición al desarchivo y decretos judiciales de archivo de la causa. Conforme escrito de fs. 177/187, compareció nuevamente el denunciante a formular ampliación de denuncia, donde incluye supuestas irregularidades cometidas por las autoridades en el marco del proceso de construcción de la planta, lo que generó el desarchivo de las actuaciones e inicio de una investigación presumarial sobre los nuevos hechos denunciados (providencia n° 757/2014, de 12 de junio de 2014, fs. 192). En el marco de la investigación presumarial, se requirió al Poder Legislativo la remisión de los informes en mayoría y en minoría de la Comisión Investigadora Parlamentaria, creada para investigar el proceso que condujo a la construcción de la planta regasificadora, los que obran agregados de fs. 364 a 530. Posteriormente, se recibió una denuncia promovida por distintos Legisladores Nacionales (fs. 624-677), integrantes de la Comisión Investigadora Parlamentaria, en la que denuncian presuntas responsabilidades por imprevisión, negligencia y culpa; daños al interés público; irregularidades en el proceso de selección de la empresa adjudicataria de la obra y de la empresa subcontratada; posibles interferencias del gobierno de Brasil; irregularidades en la estructura administrativa de Gas Sayago S.A., en la escala de remuneraciones y en la contratación de consultorías. Finalmente, se recibieron y se acumularon a la presente causa, denuncias presentadas por el actual Directorio de U.T.E. (obrante de fs. 929 a 940), en la que se denuncian presuntas irregularidades y hechos delictivos cometidos "en la gestión del Proyecto Regasificadora/Gas



Sayago S.A."; y por el actual Directorio de A.N.C.A.P. (fs. 943 a 946), que en el mismo sentido denuncia eventuales irregularidades en relación al proyecto de construcción de la planta regasificadora y aporta nuevos elementos probatorios. Señala el Sr. Fiscal los elementos probatorios incorporados a la causa y concluye que a juicio de esa Fiscalía, no existen elementos de convicción suficientes para atribuir responsabilidades penales a los indagados. Entiende que respecto de aquellos indagados que no revestían la calidad de funcionarios públicos, tratándose de Gas Sayago S.A. de una sociedad constituida bajo el régimen de derecho privado, no le son aplicables las normas penales relativas a los delitos contra la Administración Pública, por cuanto no ingresaban en la enumeración contenida en el artículo 175 del Código Penal. Esto en función que recién con la entrada en vigencia del artículo 44 de la Ley no. 19.823, de 18/9/19, (Código de Ética en la Función Pública), y del artículo 282 de la Ley no. 19.889, de 14 de julio de 2020 (Ley de Urgente Consideración), que los representantes del Estado en los Directorios de sociedades anónimas con participación estatal en el capital accionario pasan a tener "las mismas responsabilidades civiles, administrativas y penales que los funcionarios públicos" (art. 44 Ley No. 19.823) y "serán pasibles de responsabilidad en materia penal idéntica a la atribuida al funcionario público en la normativa vigente, respecto de las resoluciones que hayan contribuido en adoptar con su voluntad" (art. 282 Ley No. 19.889). Agrega, que por elementales principios del derecho penal, tales normas penales -más gravosas- no pueden ser aplicadas retroactivamente a los hechos investigados en autos, por cuanto los presuntos delitos denunciados acaecieron con anterioridad a su entrada en vigencia.

Respecto de aquellos indagados -Directores de Gas Sayago S.A.- que a su vez revestían la calidad de funcionarios públicos por tratarse a su vez de Directores de las empresas públicas accionistas (U.T.E. y A.N.C.A.P.), y a los que sin haber sido Directores de Gas Sayago S.A. integraron los Directorios de U.T.E. y de A.N.T.E.L. durante todo el proceso, todos ellos incluidos en la enumeración del artículo 175 del Código Penal, en la redacción dada por Ley n° 17.060, considera que no se advierten conductas dolosas intencionalmente dirigidas a perjudicar al Estado, o al normal desenvolvimiento de la actividad administrativa de éste, por lo que corresponde descartar la atribución de responsabilidades penales.-

Señala que "si se leen con atención las sucesivas denuncias y ampliaciones de denuncia formuladas en autos, se advierte que se denuncia la utilización de una "ingeniería jurídica perversa" (fs. 178); "imprevisión, negligencia y culpa" (fs. 626), ausencia de estudios de factibilidad; defectos de localización de la planta (fs. 630), irregularidades e ilicitudes abusando de la condición de actuar bajo el derecho privado para la adjudicación de la obra a GNLS (fs. 633 vta.), irregularidades en el proceso de autorización ambiental previa (fs. 638 vta.), celebración de un contrato perjudicial para el Estado (fs. 643), adjudicación a la empresa OAS que no reunía los requisitos exigidos (fs. 650), interferencia de autoridades del Gobierno de Brasil para la subcontratación de la empresa OAS (fs. 653 vta.), pérdidas financieras de Gas Sayago S.A. (fs. 662); irregularidades en la estructura administrativa y salarial de Gas Sayago S.A. (fs. 665-666), pago de gastos excesivos en consultorías y honorarios (fs. 667), concesión de indemnizaciones (fs. 668 vtja.), grave daño al erario público (fs. 932 vta.), prosecución del proyecto pese a que existieron varias instancias y oportunidades para discontinuarlo (fs. 933 vta. y siguientes)". Sin embargo entiende que conforme a la prueba allegada al expediente presumarial, y fundamentalmente a partir de las conclusiones del informe elaborado por la Junta de Transparencia y Ética Pública, se extrae que si bien se constataron imprevisiones, errores estratégicos, negligencias e irregularidades administrativas -algunas propias de un proyecto de suma complejidad- y si bien es innegable que definitiva se constataron pérdidas financieras para el Estado, aún pendientes de estimación definitiva en virtud de la existencia de juicios en trámite, no se advierte la comisión de actos arbitrarios, de la naturaleza de los previstos en el artículo 162 del Código Penal, intencionalmente dirigidos a perjudicar al Estado.". Que no se vislumbran de la investigación practicada comportamientos delictuales previstos en el elenco de delitos contra la Administración Pública o en leyes especiales, con excepción de una presunta interferencia de funcionarios de Brasil ante autoridades nacionales (que también descarta). Ante ello, ingresa al análisis del delito de abuso innominado de funciones, donde corresponde analizar si concurren en la especie los elementos objetivos de la figura (actos arbitrarios cometidos en perjuicio de la administración o de los particulares, no previstos en las disposiciones del Código o en leyes especiales) y el elemento subjetivo (que los agentes hubieren actuado con intención orientada a la realización del acto arbitrario, con conciencia de cometer un acto contrario sustancial o formalmente a la regla de derecho y comprensión del perjuicio moral o económico que se pudiera generar). Al respecto expresa



"Las imprevisiones, negligencias, gastos excesivos, la prosecución de la obra aún a pesar de haber existido oportunidades para discontinuar el proyecto y aún las pérdidas ocasionadas al erario público no configuran por sí la comisión de un delito, si no se acredita la comisión de un acto arbitrario deliberadamente dirigido a causar un perjuicio, como reclama la figura penal. Precisamente, en autos no se ha acreditado que los indagados funcionarios públicos hubieran actuado con abuso del cargo, por fuera de sus límites, ni con la deliberada intención de causar un perjuicio al Estado o a los particulares.

Tampoco se advierte ilegalidad reprochable penalmente en la utilización de un régimen de derecho privado, en las adjudicaciones y contratos celebrados -concertados por otra parte en el ámbito del derecho privado y sin que sean de aplicación las normas de contabilidad y administración financiera del Estado- o en materia de las presuntas irregularidades e inequidades en la estructura salarial, por lo cual -sin perjuicio de eventuales responsabilidades de naturaleza administrativa- nos hallamos ante conductas y situaciones que evaden claramente el ámbito del reproche penal.". Agrega que no corresponde analizar el mérito, la oportunidad, la conveniencia y el acierto o desacierto de las decisiones empresariales adoptadas -aún desoyendo la opinión de los técnicos o de consultoras- que quedan fuera del alcance del derecho penal, y sólo corresponde a éste intervenir como última ratio, esto es, como último recurso para proteger bienes jurídicos. Cita opiniones doctrinarias y jurisprudencia. Refiere al dictamen emitido por la Junta de Transparencia y Ética Pública (Resolución no. 951/2021, fs. 1195-1211 vta.), la que tras realizar una minuciosa reseña del proceso de construcción de la planta, señala distintas omisiones e imprevisiones en la fase previa, respecto de la viabilidad financiera del proyecto, apartándose de las mejores prácticas internacionales; destaca asimismo que existió un sobre costo importante entre el costo de la obra inicialmente estimado y el monto final de los contratos; cuestiona gastos excesivos en la empresa privada constituida; observa ausencia de los debidos controles por parte de los entes públicos accionistas; y en definitiva concluye que se verificó un desvío de las directrices generales de buena administración y de ética pública -tanto en la gestión financiera como en el uso de los procedimientos idóneos para alcanzar los fines-, una ineficiencia e ineficacia de los controles ejercidos por los entes accionistas respecto de la sociedad controlada. Señala que la JUTEP dictamina "la violación a dichos principios (de buena administración, eficiencia y eficacia) puede constituir falta administrativa y consecuentemente aparejar sanción, una vez sustanciados los eventuales procedimientos disciplinarios que correspondan"; por lo que -independientemente de que no recae en la órbita de competencia de la JUTEP dictaminar sobre la existencia de delito o su calificación- cabe concluir que no se han relevado conductas que pudieran encuadrar en figuras delictivas sino que los hechos analizadas no evaden de la esfera administrativa.

En cuanto a la presunta interferencia de funcionarios públicos de Brasil, que habrían intermediado ante autoridades nacionales para favorecer la subcontratación de la empresa OAS, no se cuenta en autos con elementos que puedan confirmar dicha supuesta intervención. Expresa que esa Fiscalía requirió oportunamente se cursaran exhortos a las autoridades judiciales de Brasil a efectos de obtener las declaraciones vertidas sobre el punto en aquel país, habiéndose recibido contestación, surgiendo a fs. 1618-1619 que en ocasión de ampararse en un acuerdo de colaboración, un indagado en aquel país declaró que Fernando Pimentel le había explicado que "había intermediado en interés de OAS para la construcción de un gasoducto en Uruguay...que tenía contactos con el entonces jefe de la Casa Civil del Presidente Mujica...que viabilizó la contratación de OAS para construcción del gasoducto"; información que ya constaba en el expediente. No obstante, no surgen -pese a la dilatada instrucción practicada- otros elementos que permitan sostener la verosimilitud de esta información, ni la identidad de la persona eventualmente contactada, ni el tenor de la supuesta influencia, ni si efectivamente existieron presiones o directivas en el sentido de favorecer la subcontratación de tal empresa, por lo que no es posible profundizar la indagatoria, todo sin perjuicio de eventuales nuevas informaciones que proporcione el Estado requerido. Por todo lo que considera que no surge de autos que los funcionarios públicos indagados hubieran incurrido en actos arbitrarios -formal o sustancialmente contrarios a las normas que regulan el ámbito de la actividad funcional-, persiguiendo además una deliberada finalidad de causar perjuicio a la Administración o a los particulares; por lo que -entendiéndose suficientemente instruidos los hechos denunciados- y solicita el archivo de las presentes, sin perjuicio de eventuales remisiones ulteriores de información por parte de las autoridades de la República del Brasil.-

2.- Por providencia n° 82/2023 del 5/6/2023, estas actuaciones se llamaron para resolución,



CONSIDERANDO:

3.- Que efectuado el examen de la presente causa, esta proveyente entiende acertadas las conclusiones a las que arriba el Sr. Fiscal, las que comparte totalmente y que determina necesariamente la disposición de archivo de estas actuaciones.-

4.- En primer lugar, resulta correcto el análisis efectuado en relación a los indagados que no revestían la calidad de funcionarios públicos, por tratarse Gas Sayago S.A. de una sociedad constituida bajo el régimen de derecho privado. A éstos no le son aplicables las normas penales relativas a los delitos contra la Administración Pública, por cuanto no ingresaban en la enumeración contenida en el artículo 175 del Código Penal. Ello, como bien señala el Ministerio Público, porque recién con la entrada en vigencia del artículo 44 de la Ley no. 19.823, de 18/9/19, (Código de Ética en la Función Pública), y del artículo 282 de la Ley no. 19.889, de 14 de julio de 2020 (Ley de Urgente Consideración), los representantes del Estado en los Directorios de sociedades anónimas con participación estatal en el capital accionario pasan a tener “las mismas responsabilidades civiles, administrativas y penales que los funcionarios públicos” (art. 44 Ley No. 19.823) y “serán pasibles de responsabilidad en materia penal idéntica a la atribuida al funcionario público en la normativa vigente, respecto de las resoluciones que hayan contribuido en adoptar con su voluntad” (art. 282 Ley No. 19.889).-

En efecto, en relación a la vigencia de la ley penal en el tiempo, el art. 15 del Código Penal establece que “cuando las leyes penales configuran nuevos delitos o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Cuando se suprimen, en cambio, delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia “. La misma norma contiene el art. 15 del C.P.P.. Es decir que, en consonancia con los principios establecidos en los tratados internacionales (art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos), nuestro derecho interno ha consagrado un sistema de irretroactividad absoluta de la norma más gravosa al justiciable y de retroactividad absoluta de la norma más favorable. El principio de irretroactividad de la ley penal es consecuencia necesaria del principio de legalidad, cuya finalidad es impedir que alguien sea penado por un hecho que al momento de su comisión no era delito. Toda conducta ilícita se rige por la ley vigente al momento en el cual fue sancionada, no pudiendo aplicarse una ley penal a hechos cometidos antes de su vigencia. Enseña Francisco Muñoz Conde que “la prohibición de retroactividad de las leyes penales se asienta, desde el punto de vista jurídico, en los principios de legalidad y seguridad jurídica, como límites de la intervención penal del Estado”, agregando que “viene impuesta por el más elemental concepto de justicia”. El mismo principio de legalidad justifica la retroactividad como excepción. Así, expresa: “... resulta indudable que las leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito, no pueden ser aplicadas de modo retroactivo. De esta forma, la prohibición de retroactividad de la ley perjudicial para el reo confirma el carácter de límite para el Estado y garantía para el ciudadano que posee el principio de legalidad. Pero precisamente porque ése es el sentido de la garantía, cabe afirmar que la aplicación retroactiva de las leyes penales que benefician al reo, no lesiona su contenido”, por lo cual, “la retroactividad de la ley penal más favorable constituye así una excepción al principio general de la irretroactividad de las leyes penales” (Conde Muñoz, F; García Arán, M.- Derecho Penal, Parte General, 3ª ed., ps. 150-154).-

Entonces, en el supuesto de una ley penal vigente al momento de comisión del delito y otra al tiempo de la sentencia, deberá aplicarse la norma más favorable al imputado. Y la determinación de la norma más favorable no puede hacerse en abstracto sino que debe analizarse en cada caso concreto, comparando las soluciones que establece cada ley para determinar cuál es la menos gravosa para el autor. Por su parte, el Profesor Gonzalo Fernández afirma que “la irretroactividad penal abarca tanto a la norma de conducta (nullum crimen) como a la pena (nulla poena) y obliga no solo al legislador en el momento de la sanción de la ley sino también al juez, en la fase ulterior de interpretación y aplicación de la misma” (“El Derecho Penal intertemporal” Ed. B de F, 2015, p. 4). Y la única excepción es la aplicación en



forma retroactiva de la ley penal más benigna.-

Esto significa que un hecho del pasado deberá juzgarse de acuerdo a las normas vigentes al momento de comisión del hecho delictivo, por lo cual la norma anterior, aun cuando haya sido derogada por otra ley posterior, mantiene su "aplicación ultractiva o extractiva". Es decir, "una ley puede estar formal y expresamente derogada, pero sin embargo conservar eficacia ultractiva para regir un hecho cometido durante el lapso que estuvo vigente, a pesar de haberse sancionado una nueva ley" (Fernández, G. ob. cit., p. 6,7).-

5.- Se comparte asimismo lo expresado en relación a aquellos indagados -Directores de Gas Sayago S.A.- que a su vez revestían la calidad de funcionarios públicos por tratarse a su vez de Directores de las empresas públicas accionistas (U.T.E. y A.N.C.A.P.), y a los que sin haber sido Directores de Gas Sayago S.A. integraron los Directorios de U.T.E. y de A.N.T.E.L. durante todo el proceso, todos ellos incluidos en la enumeración del artículo 175 del Código Penal, en la redacción dada por Ley n° 17.060, ya que tampoco se advierte por parte de esta sentenciante, conductas dolosas intencionalmente dirigidas a perjudicar al Estado o al normal desenvolvimiento de la actividad administrativa de éste. Sin perjuicio que, como bien señala el Ministerio Público y se comparte, de la instrucción realizada surge que existieron imprevisiones, errores estratégicos, negligencias e irregularidades administrativas que determinaron pérdidas financieras para el Estado, no se advierte la comisión de actos arbitrarios en los términos previstos como comportamientos delictuales contra la Administración Pública o en leyes especiales.-

6.- Tampoco se advierte que los actos funcionales en cuestión puedan encuadrar en la previsión del art. 162 del C. Penal. En efecto, como sostiene Maggiore, "...el funcionario público que obra con abuso de su cargo no delinque de por sí mediante la mera ejecución del acto funcional abusivo, sino que, en la economía del art. 162 C.P., se reclama que el acto en cuestión, amén de abusivo, debe ser arbitrario...inmotivado, sin sentido, un acto porque sí, un acto sin fundamento...la arbitrariedad se verifica cuando el móvil del acto discrecional es contrario al interés público, o cuando coincide con algún interés privado (de secta, enemistad, de venganza, de prepotencia (cfr: Giuseppe Maggiore, Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1972, vol. III, ps. 210-211)).-

En efecto, sabido es que el delito de abuso de funciones se incrimina a título de dolo directo: voluntad de ordenar o cometer un acto y conciencia de que éste implica un abuso del cargo y que se dirige en perjuicio de particulares o de la propia Administración(cf. Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, T. IV, Parte especial, Vol. 1, 3a edición, p. 181). En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha sostenido que para apreciar la antijuridicidad de la conducta del agente en el marco de esta figura, es necesario verificar que aquel haya tenido la voluntad de actuar arbitrariamente. No alcanza con que la acción imputada represente un formal apartamiento de los deberes del funcionario, sino que se requiere que dicho acto responda a la voluntad consciente del funcionario de violentar sus deberes, requiriéndose, además, que su conducta esté dirigida a ocasionar un perjuicio a los particulares o a la Administración Pública.-

7.- Del mismo modo concluye la JUTEP en su informe de fs. 1195-1211 vto., donde se señalan omisiones e imprevisiones en la fase previa respecto de la viabilidad financiera del proyecto, apartándose de las mejores prácticas internacionales, donde se destaca que existió un sobre costo importante entre el costo de la obra inicialmente estimado y el monto final de los contratos y se cuestiona gastos excesivos en la empresa privada constituida. En el informe se observa la ausencia de los debidos controles por parte de los entes públicos accionistas y se concluye que se verificó un desvío de las directrices generales de buena administración y de ética pública - tanto en la gestión financiera como en el uso de los procedimientos idóneos para alcanzar los fines -, una ineficiencia e ineficacia de los controles ejercidos por los entes accionistas respecto de la sociedad controlada. Refiere la Junta que "la violación a dichos principios (de buena administración, eficiencia y eficacia) puede constituir falta administrativa y consecuentemente aparejar sanción, una vez sustanciados los eventuales procedimientos disciplinarios que correspondan" y que no se han relevado conductas que pudieran encuadrar en figuras delictivas, sino que los hechos analizadas no evaden de la esfera administrativa.-



8.- Por último corresponde señalar que las presentes actuaciones, conforme a la fecha de inicio 15/190/2013, se han tramitado conforme a las normas del Código del Proceso Penal de 1980 (ley 15.032). Si bien esta norma consagraba un régimen inquisitivo y no acusatorio como el actual, no puede desconocerse que la acción penal es pública y su promoción y ejercicio corresponden al Ministerio Público, ya fuera en el régimen anterior, como en el actual (nuevo C.P.P., art. 6°). El art. 22 de la Constitución de la República establece que "Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas.". Asimismo, el art. 10 del Código del Proceso Penal 1980, establecía el Principio de oficialidad, por el cual la acción penal es pública, su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario en los casos determinados por la ley. En armonía con las normas citadas, el art. 68 establecía que "Al Ministerio Público corresponde promover las acciones fundadas en los delitos y faltas. De acuerdo con el estado de la causa, el Ministerio Público deducirá acusación o, en los casos del artículo 236, solicitará el sobreseimiento.".-

Por lo expuesto, normas citadas, teniendo presente el pedido de archivo solicitado, el que se comparte, **RESUELVO:**

NO HACER LUGAR A LA RECEPCIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL SOLICITADA POR EL SEÑOR REPRESENTANTE DE A.N.C.A.P..-

DISPONER EL ARCHIVO DE LAS PRESENTES ACTUACIONES, SIN PERJUICIO.-

AUTORIZAR EL ACCESO AL CONTENIDO DE LA RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES BRASILEÑAS AL EXHORTO LIBRADO OPORTUNAMENTE POR ESTA SEDE.-

NOTIFÍQUESE.-

5.-

Dra. Maria Helena MAINARD GARCIA
Juez Ldo.Capital

