

En autos caratulados: **LORENZO, FERNANDO; CALLOIA, FERNANDO - ABUSO DE FUNCIONES** Ficha 475-4/2014

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

Sentencia : 23/2017, Fecha :18/12/17

La presente Sentencia, fue dictada por la Dra. Maria Helena Mainard , Juez Letrado Penal del Crimen Organizado de 4º turno, en virtud de lo dispuesto por la Circular N° 281/2017.

**VISTO:** Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia los autos caratulados "1) **LORENZO, Fernando. 2) CALLOIA, Fernando – Un delito de Abuso de Funciones**", Fa. 475-4/2014, con los acordonados 475-73/2014, 475-93/2014, con la intervención de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal Especializada en Crimen Organizado de 2º Turno y de los Sres. Defensores, Dr. Gonzalo Daniel Fernández Domínguez, Dr. Amadeo Vicente Ottati Folle y Dr. Mario Spagenberg Bolívar.-

**RESULTANDO:** I) **Las actuaciones incorporadas a la causa.-** I.1.- Por Sentencia Interlocutoria N° 343/2014 del 4/4/2014, se dispuso el enjuiciamiento sin prisión de Fernando Lorenzo y Fernando Calloia, por la comisión en calidad de autores, de un delito de Abuso de Funciones (fs. 703/725).- La referida Sentencia fue recurrida por la defensa del Sr. Calloia. Por Sentencia

Interlocutoria de Segunda Instancia N° 353 del 13/10/2014, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno (fs. 853/881), se revocó el auto de enjuiciamiento y se dispuso la clausura del sumario respecto del apelante.- La Fiscalía Especializada en Crimen Organizado de 2° Turno, interpuso recurso de Casación contra la Sentencia dictada por el Tribunal.-

Por Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 867 del 20/7/2015(fs. 945/957), se anuló la recurrida y en su mérito, se confirmó el auto de procesamiento dictado en Primera Instancia y de oficio las costas causadas.- Ambos encausados comparecieron citados y sus enjuiciamientos fueron dispuestos sin prisión.-

I.2.- De las planillas de Antecedentes Judiciales del Instituto Técnico Forense (fs. 814, 815), resulta que ambos enjuiciados carecen de antecedentes penales.-

I.3.- Puestos los autos de Manifiesto y remitidos en vista Fiscal conforme a lo preceptuado por el art. 165 del Código del Proceso Penal, se solicitaron las medidas ampliatorias en la causa de fs. 904/905 vto. por la defensa del Sr. Fernando Calloia, y de fs. 910 por la Fiscalía, a lo que se proveyó de conformidad y se dio cumplimiento.- I.4.- Conferido traslado al Ministerio Público conforme a lo edictado por el art. 233 del citado cuerpo de normas, su representante dedujo Acusación, por entender que Fernando José Lorenzo Estefan y Fernando Calloia Raffo deben responder penalmente, por la comisión de un delito de Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la Ley, respectivamente, por adecuarse sus conductas a lo dispuesto por los arts. 60 nal. 1° y 162 del Código Penal. Relevó como atenuante

para ambos imputados, la primariedad absoluta, como circunstancia analógica (art. 46 nal. 13° del C. Penal). Solicitó una pena de veinte meses de prisión para cada uno, inhabilitación especial de dos años y una multa de mil Unidades Reajustables (fs. 1106/1125).- I.5.- Conferido traslado de la Requisitoria, éste fue evacuado..- La defensa de Fernando Calloia Raffo solicitó la apertura de la causa a prueba y que se dicte sentencia desestimando la requisitoria de acusación y absolviéndose al enjuiciado (fs. 1130/1145).- Expresó que se trata de un juicio penal de carácter político y consecuentemente, de intransigente repercusión mediática. Que el testigo Raúl García cuando habla de la documentación con la que se contaba al otorgar el aval, era el respaldo del Ministerio de Economía y Finanzas, que es común dentro de la actividad bancaria que el cliente complete la información requerida por el regulador a posteriori, tal como fue asumido el compromiso por Cosmo S.L.. Que el Sr. Calvo Sánchez era un mero intermediario ya que López Mena era el verdadero interesado. Que fue éste quien personalmente y con la responsabilidad que se deduce de su comparecencia, solicitó ante el B.R.O.U. que se le concediera la garantía de mantenimiento de oferta a Cosmo S.L., para presentarse en la subasta del 1/10/2012. En cuanto a la calificación jurídica penal de los hechos, expresa que no deja de sorprenderle que se establezca en la acusación que el cobro de una multa, de una penalidad de incumplimiento sea valorado como “un negocio nefasto para el país”. Entiende que no es admisible afirmar que la designación del Ministerio de Economía y Finanzas como beneficiario del aval sea

responsabilidad del B.R.O.U., pues éste no tiene por que conocer los beneficiarios de los avales que solicitan las empresas, así como tampoco puede afirmarse que ese hecho haya provocado una serie de inconvenientes graves al tratar de ejecutar la garantía, en perjuicio del propio Banco y del país todo. Sostiene, que su defendido fue el receptor de la comunicación telefónica del Ministro de Economía y Finanzas de la época, ante la cual de inmediato recabó la opinión de los otros dos directores del B.R.O.U., quienes dieron su consentimiento y cumplida la operación, el Directorio del Banco aprobó la operación. Que se juzga como conducta individual una decisión que constituye un acto orgánico, un acto administrativo. Que a los efectos de juzgar la conducta de su defendido como un accionar individual, expresó el Sr. Fiscal que el encausado omitió deliberadamente informar a los otros miembros del Directorio la existencia de dos interesados en el aval. Con la prueba recabada se descartó que la Empresa Fortelco haya comparecido ante el B.R.O.U. para informarse o solicitar un aval para presentarse al remate de las aeronaves. Que la única gestión presencial se efectuó por el Ec. Javier Liberman el día 1/10/2012, por lo que no existió la tal deliberada omisión de informar a los restantes miembros del Directorio. Agrega, que conforme a la Carta Orgánica del B.R.O.U. (art. 13 Ley 18.716 del 24/12/2010), tenía plenas facultades para actuar como lo hizo, ya que el requerimiento de garantías no es preceptivo, sino meramente facultativo. Que el B.R.O.U. es un Ente Autónomo de naturaleza comercial que ejerce su actividad en un marco de

aleatoriedad y de riesgo. Que para amparar la acusación deducida deberán individualizarse las normas o reglamentos vulnerados por el Directorio del B.R.O.U.. Puntualiza, que el Banco lo que otorgó no era un crédito, sino un aval, por lo que no le es automáticamente aplicable la normativa interna sobre préstamos de dinero y por lo tanto se flexibiliza mucho más el ámbito discrecional de discusión que posee el Directorio. Concluye, que no medió abuso del cargo, que no hubo acto arbitrario ordenado por motivaciones personales, sino que el motivo del acto era total y absolutamente coincidente con el interés estatal. Que en todo caso, la resolución del Directorio constituye un acto penalmente justificado por el tipo permisivo del cumplimiento de la ley, edictado por el art. 28 del C. Penal. Su defendido y sus compañeros del Directorio habrían incurrido a lo más, en un error de tipo permisivo, un error de hecho extra penal, que versa sobre el ámbito de sus facultades discrecionales para obrar en interés del Estado y califica de tal modo, como una causa de exclusión de la culpabilidad arraigada en el art. 22 del C. Penal. Se trata, en el peor de los casos, según expresa la defensa, de un error incidente sobre el permiso, sobre la concurrencia de un supuesto justificante de cumplimiento de la ley (art. 28 C.P.), que aun cuando no concurra efectivamente como competente objetivo, se lo aprecia así por error y obrando como elemento subjetivo de justificación. Precisa finalmente, que al haber asumido el Sr. López Mena las obligaciones de la aseguradora Boston, se eliminó toda pérdida patrimonial para el Estado.- La defensa de Fernando Lorenzo Estefan solicitó la

apertura de la causa a prueba y que se desestime la pretensión del Ministerio Público, disponiéndose el archivo de estas actuaciones respecto de su defendido (1146/1207).- Expresó que no comparte en absoluto la valoración efectuada en el dictamen se ha formulado, en lo que refiere la conducta desplegada por su defendido, en ocasión de un único, breve y acotado episodio, del que fuera coprotagonista. Que la actuación de su defendido se valora en base a su “mentada y circunscrita intervención, previa a la tramitación del aval otorgado por el B.R.O.U. a la empresa COSMO S.L.”, que habilitó su presentación a la segunda subasta del 1/10/2012. El enjuiciamiento de Lorenzo se concentra en la llamada telefónica que este realizara al Presidente del B.R.O.U., Ec. Fernando Calloia el día 1/10/2012, por la que se comunicó que el empresario Juan Carlos López Mena iba a acercarse a dicha Institución una empresa interesada en participar en la subasta de los aviones PLUNA y que “Si ello ocurría, le estaba solicitando al B.R.O.U. que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular” (fs. 128). Entendía que el Presidente del B.R.O.U. era el único 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 del directorio. Luego, declaró que desconocía que el Presidente del B.R.O.U. carecía de facultades bastantes para decidir por sí solo el otorgamiento del aval y que debía ser aprobado por el Directorio del Banco.- Se trató de un pedido y no de una orden, por la que se solicitó que sea flexible en la exigencia de los requisitos habituales para ello o en el

manejo de riesgos inherentes a esas operaciones. Cuando explicó el término flexible” dijo que se refirió a que “La emisión de avales en presencia de actores que no tienen historia crediticia local ni respaldos locales, podía implicar que hubiera problemas de documentación pendientes y reiteró que estaban trabajando para asegurar la concurrencia del mayor número de oferentes”. Agregan, que su defendido no tenía ninguna facultad legal ni autoridad directa sobre el Director o cualquier funcionario del B.R.O.U. para inmiscuirse en la toma de decisiones que involucra a la Institución en materia de su operativa crediticia (fs. 128).- Explican que el respaldo que le dio refiere a la gestión que entendiera del caso efectuar, que el Presidente del B.R.O.U jamás hubiera otorgado una garantía de mantenimiento de oferta solo porque su defendido se lo solicitó. Que el factor decisivo para conceder el aval no fue solo la llamada de su defendido, sino la directa intervención en su trámite del Sr. Juan Carlos López Mena y que fue a él a quien el Banco finalmente le otorgó el aval. Esto es indiscutible si se tiene en cuenta que quien asumió el pago de la garantía del aval concedido a la empresa Cosmo, ante el incumplimiento por la Aseguradora Boston, fue el nombrado empresario.- Por último, analizan la figura de abuso de funciones y concluye que no existen elementos de juicio que permitan sostener que su defendido actuó en forma delictiva, ya que no conjugó los verbos típicos, no cometió ni ordenó absolutamente nada; fue un pedido al jerarca del B.R.O.U.. Afirma la inexistencia de un acto abusivo de su parte ni de un acto del cual se haya derivado algún perjuicio tangible

y concreto a particulares o a la propia Administración.-

I.6.- Se dispuso la apertura de la causa a prueba y se diligenció la prueba pedida, conforme certificación de la Oficina Actuarial de fs. 1276.- I.7.- Formularon alegatos las partes y se citó para Sentencia con fecha 6/9/2017, subiendo estos autos al despacho para su dictado el día 13/10/2017.- I.8.- Por resolución N° 1633/2017, se dispuso que se tenga presente que la Sentencia se dictará por la actual titular de 4° Turno, en virtud de la Ac. 281/2017, descontándose el plazo que transcurra desde el 24/10/2017 hasta el 7/11/2017 y hasta que dichos autos se encuentren efectivamente a disposición de dicha Sede. Estos autos fueron puestos a disposición de esta sentenciante y al despacho para sentencia el 30/11/2017.- **II) Los hechos.-** II.1.- En estos autos se ha procedido a investigar hechos delictivos relativos a la tramitación y otorgamiento de un aval bancario por parte del B.R.O.U. a favor de la empresa española “Cosmo S.L.”., en ocasión de la subasta realizada el día 1/10/2012.- En efecto, el 5/7/2012, el P. Ejecutivo resolvió liquidar PLUNA S.A., única aerolínea de bandera nacional con 75 años de historia. La aerolínea no podía enfrentar las obligaciones financieras, por lo que comunicó que dejaba de volar por tiempo indefinido.- Por Ley 18.931, en forma excepcional, se autorizó al Poder Ejecutivo a constituir un Fideicomiso de Administración, regulado por la Ley 17.703, “con la finalidad de preservar el valor de los activos, viabilizar opciones de mantenimiento del servicio de transporte y preservar fuentes de trabajo (art. 1° de la Ley 18.931).-

Por Decreto N° 240/2012 del 30/7/2012, se creó el

Fideicomiso de Administración, constituido por el Poder Ejecutivo actuando a través del Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas como Fideicomitente; con el Esc. Liberman como Fiduciario y con las aeronaves como bienes Fideicomitados, con el fin de procurar la transferencia de los activos de la ex PLUNA gravados con derecho real de garantía (las aeronaves) a un nuevo titular, a través de un procedimiento competitivo público de adjudicación, en un plazo máximo de 60 días (art. 4° lit c del Decreto N° 140/12).- El pliego de condiciones (anexo al Dec. 270/2012 del 22/8/2012), establecía que los interesados en participar en el referido procedimiento, debían presentar previamente ante el Fideicomiso y a su favor, una garantía de mantenimiento de oferta, a través de un aval bancario emitido por un banco de plaza, o de una póliza de seguro de Fianza, que estuviera bajo la regulación del Banco Central del Uruguay.- El remate se fijó para el 12/9/2012 y fue postergado por razones de oportunidad y promoción a un mayor número de interesados para el 1° de octubre de 2012.- Es así que la Empresa Cosmo S.L. se presentó en el acto de remate de las siete aeronaves CRJ 900 Bombardier, de la ex PLUNA S.A.. El único oferente y mejor postor fue el denominado por el rematador “caballero de la derecha”, individualizado como Antonio C. Sánchez por el Esc. Pablo Seitún, encargado de labrar el acta. El mejor postor resultó ser Hernán Antonio Calvo Sánchez, de nacionalidad española.- Ahora bien, para la subasta los interesados debían entregar al Fideicomiso una garantía de mantenimiento de su

oferta por el equivalente a la suma de U\$\$ 13.688.516, a través de un aval bancario emitido por un banco de plaza, o a través de la Póliza de Seguro de Fianza del Banco de Seguros del Estado, el que debería mantenerse vigente hasta la transferencia de las aeronaves. El aval bancario debía ser emitido por instituciones financieras reguladas por el Banco Central del Uruguay (Pliego de Condiciones para la Subasta de siete aeronaves pertenecientes al Fideicomiso Aeronaves Ley 18.931 (fs. 41 y ss.).- La subasta debía realizarse el 12/9/2012, pero fue postergada por razones de oportunidad y promoción a un mayor número de interesados para el día 1/10/2012. Es así que el Ministerio de Economía y Finanzas en la persona de su titular, el encausado, Ec. Fernando Lorenzo, se comunicó telefónicamente con el Presidente del Banco de la República Oriental del Uruguay, el también enjuiciado Ec. Fernando Calloia, el 28/9/2012, para informarse sobre la existencia de interesados en la tramitación de avales. Calloia, tras consultar al Banco, le transmitió a Lorenzo que había dos empresas gestionándolos. La llamada se reiteró en la mañana del remate y en esta oportunidad, el Ec. Lorenzo le transmitió al Ec. Calloia, que el Sr. López Mena le manifestó que acercaría una empresa y de ocurrir, le estaba solicitando al B.R.O.U., que hiciera los máximos esfuerzos que tuvieran a su alcance para emitir ese aval en particular. También le manifestó, que en el Banco se encontraba el Fiduciario Ec. Liberman, conjuntamente con los representantes del grupo español Mont Fortelco, empresa que estuvo gestionando la garantía ante el B.R.O.U..- Declaró el Ec. Lorenzo que

el 27/9/2012, que él, junto al Ministro de Transporte y Obras Públicas, Enrique Pintado, recibieron en reuniones separadas, a dos de los tres interesados en participar en la subasta de las aeronaves, Sr. Molinari y su grupo, quienes comunicaron su interés en participar y contar con un aval emitido por Sancor Seguros, y con el Sr. López Mena, quien les informó que no se presentaría a la subasta, pero que estaba gestionando que otra empresa lo hiciera, que la misma tramitaría el aval ante el B.R.O.U., pero no mencionó el nombre de la empresa.- Una vez que recibió esas llamadas, Calloia instruyó al personal subordinado a efectos de conceder el aval, sin la información necesaria, permitiendo que en definitiva COSMO S.L. estuviera habilitado para presentarse a la subasta; dichas instrucciones fueron impartidas concretamente, al Gerente Ejecutivo de la División Empresas del BROU, Raúl García. Este le informó al Ec. Calloia las condiciones planteadas por el solicitante del aval y que al ser una firma extranjera, sin antecedentes en el Banco, de la que se contaba con muy poca información y sin ninguna garantía, no podía ser considerada.- No obstante ello, Calloia le indicó que era de interés nacional y que además de su consentimiento, contaba con el consentimiento de los Directores del B.R.O.U., a saber Vázquez y Perazzo, ya que en estos casos, en los que la operación supera el 1% del patrimonio del Banco, se requiere de mayorías especiales.- El aval fue otorgado por el B.R.O.U., según sostiene la Fiscalía, por el respaldo del Ministerio de Economía y Finanzas a la operación y porque el cliente que tramitó el mencionado aval a

favor de la empresa Cosmo, fue López Mena, quien como Presidente de Los Cipreses S.A., propietaria de Buque Bus, envió una nota al B.R.O.U., en la que expresaba que le constaba que la empresa Cosmo S.L. constituida en España, tenía como giro principal la actividad aeronáutica en España (22/10/2012).- El día 1/10/2012 , concurrió a la sede del B.R.O.U. en Ciudad Vieja, el Sr. Hernán Antonio Calvo Sánchez, conocido de López Mena, ya que era compañero de estudio de su hijo Patricio y compadres, además de haberse desempeñado laboralmente durante años en Buquebus Argentina, Uruguay y España. Calvo se presentó en representación de Cosmo SL, sin adjuntar ningún recaudo, más allá de una nota dirigida al B.R.O.U. con fecha 28/12/2012, por la que se comunica que se autoriza a Calvo Sánchez para retirar de dicha Institución la póliza de caución emitida como garantía de mantenimiento de la oferta a presentar en la subasta, a quien se le otorgó un aval de mantenimiento de oferta que ascendía a la suma de U\$\$ 13.885.156 (trece millones ochocientos ochenta y cinco mil ciento cincuenta y seis dólares), pese a no cumplir con las condiciones necesarias. En la garantía de mantenimiento de oferta figuraba como beneficiario el Ministerio de Economía y Finanzas, cuando en realidad debía serlo el Fideicomiso. Ello obedeció, según Calloia, a que así lo solicitó Cosmo S.L.; Raúl García expresó que López Mena le transmitió el texto del aval (fs. 244). Calvo manifestó que se limitó a corregir el nombre de la empresa que figuraba mal, sin hacer gestión alguna, que podría haberlo hecho la aseguradora Boston Seguros. El Director del B.R.O.U.

Perazzo, expresó que las gestiones las hizo López Mena.- Con el aval, Calvo se presentó en el local Stand de España de la Rural del Prado, resultando el mejor postor de las siete aeronaves Bombardier CRJ 900, por la suma de U\$\$ 137.000.000 (ciento treinta y siete millones de dólares) y con la garantía de mantenimiento de oferta, con el aval bancario referido, por la suma indicada. El Esc. Seitún fue quien labró el acta, consignó erróneamente la existencia de varios ofrecimientos y pujas y el nombre del oferente como Antonio C. Sánchez.- Al finalizar el acto, el mejor postor debía abonar la comisión del rematador, Sr. Mario Stefanoli, Presidente de la Asociación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios, U\$\$ 835.700 (ochocientos treinta y cinco mil setecientos dólares), lo que no hizo y a lo que se comprometió Cosmo S.L.. No se dejó constancia en el acta de quien autorizó a diferir el pago y otorgar un plazo de 48 horas, en violación del pliego de condiciones, si bien el fiduciario Ec. Liberman, manifestó que ante la solicitud de prórroga de pago efectuada por Cosmo S.L., los rematadores accedieron a ello y el Fideicomiso accedió a compartir la garantía, en caso de problema de cobro, todo para darle viabilidad a la subasta.- El 8/10/2012, el directorio del B.R.O.U. con los votos favorables del Presidente Ec. Calloia, de los Directores oficialistas Perazzo y Vázquez, aprobó el otorgamiento del aval, adjuntando la garantía de mantenimiento de la oferta concedida por la Aseguradora Argentina Boston Seguros, con la que opera López Mena. Este fue quien contactó la aseguradora con Cosmo.- La fecha de la póliza era 29/9/2012 (día sábado), no se adjuntaron

otros recaudos pendientes los que al 24/10/2012, aún se pedían por el B.R.O.U.. O sea que se aprueba el aval, con la carpeta incompleta de Cosmo, contrariamente a lo declarado por Calloia, quien reconoció haber mantenido conversaciones con López Mena relativas a dicho tema.- El 11/10/2012, Cosmo S.L. le comunicó al Ministro de Transporte y Obras Públicas, al Sr. Enrique Pintado, que desistía de la opción de compra de las aeronaves. Transcurrieron 30 días en los que Cosmo S.L. debía integrar el precio por el desistimiento o por el vencimiento del plazo, lo que no se cumplió, por lo que caducaron los derechos a su favor.- Como se designó en la garantía de mantenimiento de oferta como beneficiario al Ministerio de Economía y Finanzas, cuando debió haber sido el Fideicomiso, el 26/10/2012, se realizó una cesión de crédito por parte del Ministerio de Economía y Finanzas (cedente) a favor del Fideicomiso (cesionario), la que fue notificada al B.R.O.U. el 1/11/2012, y fue rechazada por este, por Cosmo S.L. (tomador del aval) y por la Aseguradora Boston Seguros, esgrimiendo estos dos últimos incumplimiento de formalidades previas a la ejecución.- El 9/11/201, el B.R.O.U. por intermedio de su sede en Buenos Aires, notificó por un notario argentino a la Aseguradora Boston el incumplimiento de Cosmo S.L.. El 22/11/2012, el B.R.O.U. intimó notarialmente el pago de la suma asegurada, U\$\$ 13.885.156, a Cosmo S.L. en la ciudad de Madrid, trasladándose un Escribano a dicha ciudad.- Por nota de fecha 5/12/2012, Cosmo S.L. se opuso al pago intimado, instando al B.R.O.U. que se abstuviera de

ejecutar la fianza, bajo pena de iniciar acciones legales por daños y perjuicios.- El 7/12/2012, la aseguradora Boston Seguros le comunicó al B.R.O.U. que operó la caducidad prevista en el art. 8 en las condiciones generales de la póliza.- El 12/12/2012, el Juzgado Letrado de 1° Instancia en lo Civil de 9° Turno, en autos “Lieberman, Javier c/ BROU – Intimación de pago” Fa. 2-5738/2012, intimó al B.R.O.U. el pago del aval otorgado como garantía de mantenimiento de la oferta e intereses, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales.- El 21/12/2012, el B.R.O.U. intimó el pago de la póliza a la Aseguradora Boston Seguros en Buenos Aires, de conformidad con lo dispuesto por el art. 10 de las Condiciones Generales.- El 15/12/2012, la Aseguradora invocó la caducidad (ya invocada), así como la nulidad de la cesión de créditos, por carecer del consentimiento de Cosmo S.L., calificando de improcedente la intimación de pago a Cosmo S.L. y el hecho de ocultarle la existencia de vicios formales, lo que coincidía con el argumento utilizado por el B.R.O.U. para no pagar la fianza al Fideicomiso.- El 4/3/2013, el Sr. López Mena dirigió una carta al Ec. Calloia como Presidente del B.R.O.U., por la que ofreció asumir el pago de la fianza U\$\$ 13.885.156, subrogándose en todos los derechos contra la aseguradora, para que sus empresas no se vieran afectadas de distinta manera en su desempeño comercial por controversias jurídicas entre el B.R.O.U., Boston Seguros, Cosmo SL, Ministerio de Economía y Finanzas y el Fideicomiso, el que demoraría años en dilucidarse judicialmente. Expresaba no reconocer responsabilidad en los hechos relativos al cierre de

PLUNA, ni en el proceso relativo a la subasta.- El 19/3/2013, se celebró un convenio entre el B.R.O.U. y López Mena, por el que este se obligó a pagar al primero la suma de U\$\$ 13.885.256, mediante un pago inicial de U\$\$ 888.516 y el saldo en 8 cuotas iguales y consecutivas de U\$\$ 1.600.000, pactándose la resolución de pleno derecho en caso que la normativa en base a la que se realizó la subasta quedara sin efecto, o resultare inaplicable por las acciones promovidas y por ende, si ello implicara la nulidad del remate y en consecuencia del aval otorgado por el B.R.O.U. al Ministerio de Economía y Finanzas.- El 7/11/2013, por Sentencia N° 528 la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 18.931 y subsiguientes sentencias N° 576 y 577 de fecha 9/12/2013. Por lo que López Mena no efectuó el pago que correspondía su vencimiento, habiendo resultado inútil la tentativa de conciliación.- **II.2.- La Prueba.-** La prueba de los hechos historiados es plena y se integra con: A) denuncia del Sr. Fiscal Letrado Nacional Especializado en Crimen Organizado de 2° Turno, Dr. Juan Bautista Gómez; B) declaraciones de los encausados Fernando Calloia Raffo (fs. 10/24, 274/276, 579/583, 1046/1069, y Fernando José Lorenzo Estefan (fs. 125/140, 577/579, 697, 1091/1103), en presencia de sus defensas; C) declaraciones de Andrés Carriquiri (fs. 44/48), Pablo Seitún (fs. 74/81), Alejandro Irastorza (fs. 104/108), Jorge Perazzo (fs. 109/114, 991/999), Danilo Vázquez (fs. 114/121, 1000/1007); D) declaraciones de Juan Carlos López Mena (fs. 184/194), Raúl García (fs. 239/250, 1008/1014), Javier Liberman (fs. 251/258,

831/833), Hernán Antonio Calvo Sánchez (fs. 302/313), Daniela Lanza (fs. 664/666), Leonardo Castro (fs. 667/669), José Luis Pereira (fs. 1015/1018), Leonardo Castro (fs. 1019/1021), Carolina Rubel Saiz (fs. 1028/1034), María Cristina da Motta de la Santa Cruz (fs. 1035/1038), José Mujica (fs. 1088/1089); E) documental: a) solicitud de aval para la subasta de aviones (fs. 25/27), b) poder otorgado por Cosmo S.L. (fs. 29/35) c) ampliación de denuncia (fs. 49/65), d) acta notarial (fs. 82/96), e) comunicado de la Auditoría Interna de la Nación, Ministerio de Economía y Finanzas (fs. 141/182), f) informe del Ministerio de Economía y Finanzas para la Cámara de Senadores (fs. 197/239), g) acuerdo de pago entre el B.R.O.U. y López Mena (fs. 283/288), h) cesión de aval (fs. 318/411), i) aval otorgado a Cosmo S.L. (fs. 412/413), j) pliego de condiciones (fs. 415/443), k) informe de López Mena (fs. 437/456), l) consentimiento de cesión de crédito (fs. 452/455), ll) informe de la Asociación de Escribanos (fs. 463/472), m) carta Orgánica del B.R.O.U., Ley 18.716 (fs. 616/623), n) informes del B.R.O.U. (FS. 624/626, 629/642), ñ) informe de la UIAF (FS. 825), o) informe de Mont Fortelco S.A. (fs. 829/830), p) informe del Banco Central (fs. 840/841), q) informe del B.R.O.U. (fs. 929, 934, 936), r) informe del Fideicomisario (fs. 944/957), s) transferencias a PLUNA S.A., artículo de fs. 1072 y observación CERT (fs. 1073); F) testimonios acordonados: Fa. 475-4/2014, Fa. 475-73/2014, Fa. 475-93/2014, excepción de inconstitucionalidad, Sentencia N° 26 del 19/2/2014; G) planillas de antecedentes judiciales (fs. 814, 815); H) demás actuaciones cumplidas.-

**CONSIDERANDO: I) La imputación jurídica.-**

**A) Fernando Calloia.-** La defensa del encausado Calloia expresó (en síntesis), que para otorgar el aval se contaba con el respaldo del Ministerio de Economía y Finanzas y que es común dentro de la actividad bancaria, que el cliente complete la información requerida por el regulador a posteriori, tal como fue asumido el compromiso por Cosmo S.L.. Que el Sr. Calvo Sánchez era un mero intermediario, ya que López Mena era el verdadero interesado. Que fue éste quien personalmente y con la responsabilidad que se deduce de su comparecencia, solicitó ante el B.R.O.U. que se le concediera la garantía de mantenimiento de oferta a Cosmo S.L. para presentarse en la subasta del 1/10/2012. En cuanto a la calificación jurídica penal de los hechos, expresa que no es admisible afirmar que la designación del Ministerio de Economía y Finanzas como beneficiario del aval sea responsabilidad del B.R.O.U., pues éste no tiene por qué conocer los beneficiarios de los avales que solicitan las empresas, así como tampoco puede afirmarse que ese hecho haya provocado una serie de inconvenientes graves al tratar de ejecutar la garantía, en perjuicio del propio Banco y del país todo. Sostiene que su defendido fue el receptor de la comunicación telefónica del Ministro de Economía y Finanzas de la época, ante la cual de inmediato recabó la opinión de los otros dos directores del B.R.O.U., quienes dieron su consentimiento y cumplida la operación, el Directorio del Banco aprobó la operación, por lo que la decisión constituyó un acto orgánico, un acto administrativo. Que a los efectos de juzgar la conducta de su defendido como un accionar

individual, expresó el Sr. Fiscal que el encausado omitió deliberadamente informar a los otros miembros del Directorio la existencia de dos interesados en el aval. Con la prueba recabada se descartó que la Empresa Fortelco haya comparecido ante el B.R.O.U. para informarse o solicitar un aval para presentarse al remate de las aeronaves. Que la única gestión presencial se efectuó por el Ec. Javier Liberman el día 1/10/2012, por lo que no existió la tal deliberada omisión de informar a los restantes miembros del Directorio. Agrega, que conforme a la Carta Orgánica del B.R.O.U. (art. 13 Ley 18.716 del 24/12/2010) tenía plenas facultades para actuar como lo hizo, ya que el requerimiento de garantías no es preceptivo, sino meramente facultativo. Que el B.R.O.U. es un Ente Autónomo de naturaleza comercial que ejerce su actividad en un marco de aleatoriedad y de riesgo. Concluye, que no medió abuso del cargo, que no hubo acto arbitrario ordenado por motivaciones personales, sino que el motivo del acto era total y absolutamente coincidente con el interés estatal. Que en todo caso, la resolución del Directorio constituye un acto penalmente justificado por el tipo permisivo del cumplimiento de la ley, edictado por el art. 28 del C. Penal. Su defendido y sus compañeros del Directorio habrían incurrido a lo más, en un error de tipo permisivo, un error de hecho extra penal, que versa sobre el ámbito de sus facultades discrecionales para obrar en interés del Estado y califica de tal modo, como una causa de exclusión de la culpabilidad arraigada en el art. 22 del C. Penal. Se trata, en el peor de los casos, según expresa la defensa, de un error incidente sobre el

permiso, sobre la concurrencia de un supuesto justificante de cumplimiento de la ley (art. 28 C.P.) que aun cuando no concorra efectivamente como competente objetivo, se lo aprecia así por error y obrando como elemento subjetivo de justificación. Precisa finalmente que al haber asumido el Sr. López Mena las obligaciones de la aseguradora Boston, se eliminó toda pérdida patrimonial para el Estado.- Al respecto corresponde expresar: El tipo penal requerido por la Fiscalía está previsto por el art. 162 del C. Penal, el cual establece que “El funcionario público que con abuso de cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de diez a tres mil unidades reajustables”.- El artículo 37 de la referida Carta Orgánica del B.R.O.U. establece que “ninguna de las disposiciones de la presente ley afecta las potestades de regulación, supervisión, control y punición que las leyes vigentes acuerdan al Banco Central del Uruguay sobre el Banco de la República Oriental del Uruguay en su calidad de institución de intermediación financiera integrante del sistema financiero nacional”.- El artículo 14 refiere a los límites de créditos al sector no financiero y dispone “Los créditos o préstamos que conceda el Banco a una persona física o jurídica del sector no financiero, son acumulables entre sí – en las proporciones y hasta los límites parciales que el mismo Banco determine – pero la suma total de créditos o

préstamos a una misma persona, no podrá exceder al equivalente al 5% (cinco por ciento) del Capital Integrado y reservas del Banco. Cuando la referida suma total exceda del equivalente del 1% (uno por ciento) del capital y reservas del banco, la respectiva concesión requerirá el voto conforme de tres Directores”.- El informe efectuado por el Banco Central respecto de la operativa efectuada para el otorgamiento del aval por parte del Banco, establece que no se cumple con los referidos artículos de la Carta Orgánica y señala que “...se verificó que con la información que contenía la carpeta del cliente era insuficiente para valorar el riesgo del crédito asumido...”. Al momento de realizarse la operación no se contaba con los “datos mínimos identificatorios” que establece el artículo 297 de la RNRCSF, lo que no se tuvo en cuenta, no se cumplió.- La mentada operación fue comunicada por el propio B.R.O.U. a la UIAF del Banco Central, a posteriori de la aprobación del aval, por advertirse situaciones inusuales, lo que ameritó una multa. Una decisión apurada tomada por el imputado como Presidente del B.R.O.U., que incumplió con los requisitos mínimos para los clientes, aún luego de concederse el aval y que ante la falta de transparencia de la operación, tuvo que reportarla como sospechosa. Si bien la mentada sanción es de índole administrativa y no convierte el hecho en ilícito, ya que no se trata de una investigación relativa a lavado de activos, corrobora lo irregular de la situación y que el aval fue otorgado en forma irregular.- Del análisis de la gestión realizada por el Ec. Calloia en relación al otorgamiento del aval como garantía de mantenimiento de la oferta,

como bien señala la Fiscalía, el mismo fue otorgado el mismo día de la subasta, el 1/10/2012, entre el mediodía y las 15.00 horas. Y no fue otorgada a favor del Fideicomiso (conforme al pliego de condiciones para la subasta), sino a favor del Ministerio de Economía y Finanzas. Expresa el encausado que el Banco no tiene que saber quién es el beneficiario del aval, lo que no se condice con toda la operativa en relación a la subasta de las aeronaves. Se trataba de un tema de interés nacional, según expresaron ambos enjuiciados en sus declaraciones. Por ley se había establecido que el beneficiario del aval era el Fideicomiso y no el Ministerio de Economía y Finanzas, como se estableció finalmente.- No se exigió la presentación de contragarantías, a pesar que la Empresa Cosmo S.L. no era cliente del B.R.O.U. y no era conocido en el mercado regional. Si bien el referente era cliente del Banco, el Sr. López Mena, la empresa no lo era y sin embargo, no se le exigió la documentación mínima necesaria y no se obtuvo información siquiera de carácter primario, respecto de la solvencia de la Empresa. Y aún a la fecha de aprobación del otorgamiento del aval, días después de la subasta, la información y documentación con que se contaba también era insuficiente (fs. 104/107, 109 y ss., 724).- Resulta asimismo de la prueba diligenciada, que el imputado Calloia, aceptando esa situación irregular, instruyó a personal subordinado para que se concediera el aval cuestionado.- El Gerente Ejecutivo de División Empresas del B.R.O.U., Sr. Raúl García, le informó al Ec. Calloia las condiciones planteadas por el solicitante del aval y que al ser una firma extranjera sin

antecedentes en el Banco, de la que se contaba con muy poca información y sin ofrecer garantía alguna, no podía ser considerada. Sin embargo, el imputado le indicó que era de interés nacional y que además de su consentimiento, contaba con el de los Directores necesarios para el otorgamiento del aval. Así fue que Calvo Sánchez se presentó a la subasta con el documento que le otorgaba un aval por más de trece millones de dólares, pese a no cumplir con los requisitos mínimos para que se le otorgara esa garantía.- No es un detalle menor que la otra Empresa que pretendía presentarse MONT FORTELCO, no calificaba para otorgarle un aval, pero COSMO S.L. sí calificó. Ninguna de las dos empresas era cliente del Banco y no eran conocidas en el mercado, no se contaba con los antecedentes crediticios de ninguna de las dos. El hecho que una de las Empresas fue presentada por un cliente del Banco ni el alegado “apoyo” del Ministro de Economía y Finanzas hacía la diferencia. El propio López Mena en su declaración, como en la nota presentada al B.R.O.U. el 4/3/2013, no se hace responsable ante el Banco por el otorgamiento del aval (fs. 179). Por ello no resulta lógico concluir que se otorgó el aval a la Empresa que calificó, ya que ambas se encontraban en igualdad de condiciones. Tampoco puede sostenerse, como hace la defensa del imputado, que el realidad el aval lo solicitó López Mena. Este anunció que nada tenía que ver con la Empresa, que no se constituiría en fiador solidario de la misma. El trato diferencial, desigual, vuelve arbitrario el acto y susceptible de irrogar un perjuicio a la Administración, por el desprestigio que irroga a la

misma; afecta sin dudas el normal funcionamiento y el buen desempeño del cargo.- En tal sentido, Raúl Gustavo García García, Gerente Ejecutivo de la División Empresas del B.R.O.U. (fs. 239 y ss.), declaró que fue uno de los firmantes de la garantía de mantenimiento de oferta a la firma Cosmo S.L., que el mismo se tramitó telefónicamente – lo que no es habitual – con el Sr. López Mena, quien manifestó que no tenía vinculación con la empresa (Cosmo), que no se iba a constituir como garante solidario de la misma. Sin embargo, fue quien le dijo quién iba a ser el beneficiario del aval (el M.E.F.). Preguntado sobre que documentación tenía al momento del otorgamiento del aval, contestó “Lo que teníamos era lo dicho por el Sr. Presidente, el respaldo del M. de Economía” (fs. 242); tampoco había una garantía para ese aval, ya que la misma surgió al momento de la resolución del Directorio, el 8/10/2012 (fs. 244).- De acuerdo a lo reseñado puede concluirse que el imputado Fernando Calloia debe ser condenado por un delito de Abuso de Funciones en casos no previstos por la Ley, en calidad de autor, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 18, 60 y 162 del C. Penal.- El bien jurídico tutelado por la norma del art. 162 del C. Penal es el normal funcionamiento de la Administración, el cual se ve amenazado cuando sus funcionarios no actúan moderadamente en el ejercicio de sus funciones. Se trata de abusos genéricos, sin un fin específico o nominado, por lo que la criminalidad debe centrarse en el abuso.- El medio típico es el abuso del cargo, o sea el uso ilegítimo de las facultades, poderes y medios inherentes al cargo público que se ejerce. El acto que se

verifica es arbitrario, antijurídico por haberse verificado mediante abuso de poder.- Y si esa actividad irrogó o no un daño a la Administración o a los particulares, es indiferente, ya que el perjuicio puede ser material y o moral, bastando con la efectiva probabilidad de su acaecimiento.- Se reiteran los términos de la Sentencia del Tribunal de Apelaciones N° 258/2013 en la que se estableció que “...cuando se ejecutan actos arbitrarios, en perjuicio de la Administración o de los particulares, se pone en peligro una de las finalidades perseguidas por el legislador, al realizar las respectivas descripciones típicas: a) el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública; b) la imagen de probidad y fidelidad que debe dar cada uno de los funcionarios que integran la Administración y que, con su buen desempeño, contribuyen a reafirmar la idea de prestigio y respetabilidad de aquélla que en todo momento debiera inspirar a cada uno de los ciudadanos. Arbitrariedad, cometida en perjuicio de la Administración o de los particulares, más allá de que la motivación del acto no haya sido determinada por una finalidad espuria, o egoísta del ejecutante.”.- Como sostiene BAYARDO (Derecho Penal Uruguayo, DGEU, 1979, T. IV, pág. 175) “...presupone conceptualmente la existencia de un funcionario con atribuciones legítimas para el ejercicio de sus poderes, cuyas atribuciones desborda excediéndose en la finalidad jurídica de la función que ejerce; es por eso que se ha puesto especial énfasis al definir el mencionado abuso, tildándolo como el “exceso” en el ejercicio de su cargo”.- No se trata de un acto erróneo o irregular, sino de un acto arbitrario objetiva y

subjetivamente considerado. CAMAÑO ROSA, (Tratado de los delitos, 1967, pág. 126) sostiene que “En sentido objetivo, se tiene cuando el acto es sustancial o formalmente contrario a la norma que regula el ámbito de la actividad funcional, tanto excediendo los límites de la propia competencia, como no observando las formalidades prescritas por la ley. En sentido subjetivo, puede tener lugar en los actos discrecionales, por desviación de poder, cuando el móvil es contrario al interés público o coincide con algún interés privado”.- La prueba allegada a la causa es plena y de la misma resulta comprobada la participación del enjuiciado en carácter de autor de un delito de Abuso de funciones, al ser quien cometió u ordenó los actos arbitrarios en perjuicio de la Administración, surgiendo claramente probada la voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica.- Invoca la defensa la ausencia del dolo en la conducta de su defendido en virtud de lo dispuesto por el art. 22 del C. Penal.- El error de hecho se configura cuando permaneciendo íntegro el conocimiento de la norma jurídica, la voluntad del agente resulta viciada por ignorancia o falso conocimiento de una situación de hecho. Para que exima de pena debe recaer sobre un elemento esencial del delito, sobre alguna de las circunstancias constitutivas del delito, para destruir así la criminalidad del acto..- Ahora bien, el error de hecho invocado no resulta aplicable al caso. El proceder del enjuiciado, su calidad de Presidente del Banco que en definitiva otorga el aval, así como todas las otras circunstancias relacionadas, constituyen indicativos que no se

configura el alegado error, ya que resulta inadmisibile que desconociera la real situación a la que se enfrentaba.- **B) Fernando Lorenzo.-** La defensa del encausado Lorenzo expresó (en síntesis) que no comparte en absoluto la valoración que en el dictamen se ha formulado en lo que hace a la conducta desplegada por su defendido, en ocasión de un único, breve y acotado episodio, del que fuera coprotagonista. Que la actuación de su defendido se valora en base a su “mentada y circunscrita intervención, previa a la tramitación del aval otorgado por el B.R.O.U. a la empresa COSMO S.L.”, que habilitó su presentación a la segunda subasta del 10/10/2012. El enjuiciamiento de Lorenzo se concentra en la llamada telefónica que este realizara al Presidente del B.R.O.U., Ec. Fernando Calloia el día 1/10/2012, por la que se comunicó que el empresario Juan Carlos López Mena iba a acercarse a dicha Institución una empresa interesada en participar en la subasta de los aviones PLUNA y que “Si ello ocurría, le estaba solicitando al B.R.O.U. que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular” (fs. 128). Entendía que el Presidente del B.R.O.U. era el único 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 del directorio. Luego declaró que desconocía que el Presidente del B.R.O.U. carecía de facultades bastantes para decidir por sí solo el otorgamiento del aval y que debía ser aprobado por el Directorio del Banco.- Sostienen que se trató de “un pedido” y “no de una orden”, por la que se solicitó que se fuera flexible en la exigencia de los requisitos

habituales para ello, o en el manejo de riesgos inherentes a esas operaciones. Cuando explicó el término “flexible”, Lorenzo dijo que se refirió a que “La emisión de avales en presencia de actores que no tienen historia crediticia local ni respaldos locales, podía implicar que hubiera problemas de documentación pendientes y reiteró que estaban trabajando para asegurar la concurrencia del mayor número de oferentes”. Agregan, que su defendido no tenía ninguna facultad legal ni autoridad directa sobre el Director o cualquier funcionario del B.R.O.U. para inmiscuirse en la toma de decisiones que involucra a la Institución en materia de su operativa crediticia (fs. 128).- Agregan que el respaldo que le dio refiere a la gestión que entendiera del caso efectuar, que el Presidente del B.R.O.U jamás hubiera otorgado una garantía de mantenimiento de oferta solo porque su defendido se lo solicitó. Que el factor decisivo para conceder el aval no fue solo la llamada de su defendido, sino la directa intervención en su trámite del Sr. Juan Carlos López Mena y que fue a él a quien el Banco finalmente le otorgó el aval. Esto es indiscutible si se tiene en cuenta que quien asumió el pago de la garantía del aval concedido a la empresa Cosmo, ante el incumplimiento por la Aseguradora Boston, fue el nombrado empresario.- Se comparte lo expresado por la defensa del imputado Lorenzo.- En efecto, no surge probado que éste hubiera actuado como garante verbal de la operación; el referido respaldo del Ministerio de Economía y Finanzas invocado no constituye un aval, una garantía. De acuerdo al testimonio del encausado y demás declaraciones recogidas, la comunicación que

tuvo con Calloia fue para solicitarle al B.R.O.U. “que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular”.- Fernando José Lorenzo Estefan declaró ante esta sede el día 3/12/2012 (fs. 125 y ss.) y expresó que el día jueves 27 de setiembre, “...el Ministro Pintado y yo, recibimos en reuniones separadas a dos de los tres interesados en participar en la subasta.- Los interesados eran el señor MOLINARI y su grupo, fue la primera reunión que mantuvimos, la segunda es con el Sr. JUAN CARLOS LOPEZ MENA, reuniones que ocurren en la tarde el jueves 27.”.- En cuanto a la reunión con el Sr. Molinari expresó que uno de los integrantes del grupo, el Sr. Méndez, perteneciente a la Consultora Simbiosis les hizo saber que disponían del aval necesario para la subasta del día lunes, que había sido emitido por la empresa Sancor Seguros, por 15.000.000 de dólares, que era mayor a lo que estipulaba el pliego de condiciones de la subasta. Expresó Lorenzo “La constante de mi actitud frente a todos los interesados en este negocio con los que yo tuve trato, que fue manejarme con prudencia y desconfianza de todas las conversaciones que manteníamos en esas reuniones.- Las cosas que yo escuche que nos decían que iban a hacer algunos interesados e inversores en el Uruguay no eran creíbles para el Ministro de Economía”.- De la reunión con López Mena relató que les informó que no iba a presentarse a la subasta, pero que estaba haciendo gestiones para que una empresa extranjera si participara, respecto de la que Lorenzo declaró no conoció el nombre hasta el momento de la subasta. Declaró que el día 28 tuvo una comunicación con el

presidente del B.R.O.U., Fernando Calloia, para informarse sobre la tramitación de los avales y se le contestó que había dos empresas gestionando avales. Sabía que Molinari no se había presentado porque se le habló de un instrumento de garantía diferente. Y sabía que la Empresa Mont Fortelco estaba preparando su presentación a la subasta, ya que el Fiduciario Javier Liberman estaba acompañando todas las gestiones de esta empresa. Agregó, que nunca se entrevistó con esta empresa, que la única gestión relativa a avales por parte del B.R.O.U. que hizo personalmente, fue al mediodía del día de la subasta y fue una llamada al Ec. Calloia. Al respecto expresó “Yo le digo al Presidente del B.R.O.U. que el Sr. LOPEZ MENA, me dijo en presencia del MTOP que una empresa se acercaría a tramitar una aval al B.R.O.U.- Quiero aclarar que esta información que le transmití a CALLOIA estaba también afectada por esta 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”. Lo que solicitó si ocurría fue “...que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular” y ello porque el Presidente del B.R.O.U. era el único funcionario que podía emitir un aval sin mediar reunión del Directorio. Agregó, que no tenía la autoridad para inmiscuirse en la toma de decisiones en materia de una operación de crédito contra garantía y que el Presidente del B.R.O.U., jamás hubiera otorgado una garantía de mantenimiento de oferta solo porque él se lo hubiera solicitado.- Al respecto declaró el Ec. Calloia a fs. 12 y ss. que la resolución del Banco respecto al aval concedido a la Empresa Cosmo fue

adoptada el 8/10/2012, con el voto conforme del Presidente y Vicepresidente y Segundo Vicepresidente y que el Director Irastorza por razones de ausencia de información votó negativamente. A continuación expresó que el aval, como cualquier crédito, implica un estudio por los servicios del banco de todo lo necesario para la concesión del crédito y que por el monto de la operación, debía ser resuelto por el Directorio.-

Respecto de la comunicación que tuvo con el imputado Lorenzo, manifestó que el 28/9/2012 este lo llamó para saber si “existían interesados que estuviesen solicitando los avales correspondientes, para presentarse al remate de los aviones de PLUNA del 1° de octubre siguiente”. Realizó las consultas y se le informó que “...existían dos empresas que habían solicitado aval...una de ellas era la empresa COSMO LINEAS AEREAS”. Agregó, que no recordaba el nombre de la segunda empresa, pero declaró que la misma había solicitado un aval a cambio de la prenda de títulos que poseía en Europa pero como era muy complicado, se acordó con la misma un depósito por el monto del aval, pero esto no llegó a tiempo, por lo que no fue emitido. Que el aval a la empresa Cosmo se le dio por “...el respaldo a la operación por parte del M. E Finanza y en segundo lugar que el cliente que tramitó ese aval a favor de la empresa COSMO fue el Sr. JUAN CARLOS LOPEZ MENA, cliente de larga data en el BROU y de cumplimiento intachable...” Habla de “respaldo” del M.E.F. a la operación. En otras declaraciones de fecha 21/12/2013, el imputado Calloia cambia su versión y expresa que viendo el apoyo del Ministro y del Gobierno, consultó si había solicitudes

para la concesión de avales y "...me confirman que había una sola, que se estaba tramitando por parte de LOPEZ MENA...". Preguntado sobre cuáles eran las condiciones al momento del otorgamiento del aval, expresó que se otorgó por "información mínimamente aceptable para el tipo de operación de que se trataba" y agregó en cuanto a las pautas a seguir que "son similares a una operación crediticia habitual".- Tras el análisis de las declaraciones citadas y de la lectura de la totalidad de las actuaciones cumplidas, puede concluirse que el Sr. Ec. Fernando Calloia no incurrió en la conducta reclamada por la Fiscalía, esto es un delito de Abuso de Funciones.- En efecto, la figura citada contiene dos verbos típicos "cometiere" u "ordenare" referidos a un acto arbitrario, o sea el otorgamiento del aval a la Empresa Cosmo S.L.. Obviamente que el imputado Lorenzo no cometió el acto por el cual se concedió el aval referido; tampoco pudo ordenarlo, ya que el receptor no estaba sujeto a su jerarquía y no tendría por qué aceptar la orden.- Sin pretender abundar en definiciones doctrinarias, la descripción típica del delito de abuso de funciones parte de los conceptos de "abuso del cargo" y de "acto arbitrario".- En cuanto al abuso del cargo, BAYARDO entiende que se verifica "al excederse en los poderes que la ley le confiere o extralimitarse en el uso del poder propio". Acto arbitrario es aquel que "se cumple para una finalidad diversa de aquélla para la que se confiere el poder mismo....todo esto ocurre cuando el antecedente psicológico de la acción, cuando el móvil mismo del acto discrecional colide con el interés público, en mérito de coincidir con uno

particular: por ej. venganza, odio, enemistad, sectarismo político, etc.” (BAYARDO, FERNANDO, DERECHO PENAL URUGUAYO, T. IV, págs. 217/218).- MALET entiende que “El abuso y la arbitrariedad se vinculan estrechamente es esta disposición pues mediante el abuso se cumple el acto antijurídico”. Precisa más adelante que “El acto arbitrario es lo contrario a lo racional y en su esencia se vincula a lo inmotivado” (MALET, MARIANA, LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 1999, pág. 113/114).- El encausado expresó que se estaba trabajando para asegurar la concurrencia del mayor número de oferentes; agregó que el Ministerio de Economía y Finanzas estaba vendiendo un activo propiedad de los uruguayos...era un negocio en el cual el Estado uruguayo se jugaba tanto y donde el resultado de la operación nos involucraba directamente, implicaba que la solicitud de cooperación al B.R.O.U. fuera con el respaldo a esta operación que se estaba tramitando (fs. 129).- A fs. 1092, Lorenzo reitera “El Estado uruguayo era garantía de los aviones subastados, de los siete Bombardier, y el fracaso de la subasta implicaba la asunción del pago por parte del tesoro. La situación, desde el punto de vista de alguien que defiende el interés público era desesperante...”.- El respaldo del Ministro de Economía y Finanzas no aparece acreditado ya que el Ec. Lorenzo no actuó como garante verbal de la operación. Tampoco se explica que significa que fuera un garante verbal, cuando finalmente, de acuerdo a la documentación emitida, resultó ser el beneficiario de la garantía, ya que el aval resultó – por error o por la

causa que fuera - otorgado a su favor. La comunicación telefónica con el Presidente del Banco, único episodio en el que interviene el enjuiciado Lorenzo en el proceso de la subasta, fue para solicitarle, en base a los motivos citados, que el B.R.O.U. hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular.- Hay una condición fundamental que debe tener el autor de esta figura delictiva, presupuesto indispensable para su configuración y es la autoridad, esto es las facultades, poderes y medios inherentes al cargo, de los que el funcionario se abusa. Y en la hipótesis este extremo no se verifica, ya que no puede abusar de su autoridad quien no la tiene (Revista de Derecho Penal, T. 22, c. 2, pág. 194).- Por lo tanto, se entiende que no corresponde hacer lugar a la Requisitoria de Condena efectuada por la Fiscalía en relación al imputado Fernando Lorenzo, por lo que se dispondrá su absolució**n**.- **II) Circunstancias alteratorias.**- Se releva como mitigante de la responsabilidad del imputado Ec. Fernando Calloia, la primariedad absoluta, en vía analógica (art. 46 nal. 13° del C. Penal).- No se advierte la concurrencia de otras alteratorias de responsabilidad.- **III) Individualización de la pena.**- Valoradas las circunstancias del delito así como las del imputado, se estima adecuada la pena solicitada por la Fiscalía, por considerar el guarismo pedido aplicable al caso concreto, en función de las pautas de individualización de la sanción penal, previstas por el art. 86 del Código Penal.- Si bien todo ilícito penal tiene un mínimo y un máximo punitivo, la pena debe ser determinada de acuerdo a un juicio de responsabilidad, que debe

atender a la naturaleza del hecho y a un juicio de peligrosidad, el cual se realiza tomando en cuenta la personalidad del agente y sus antecedentes (art. 86 del C. Penal). Atendiendo al ilícito, este se castiga con una pena mínima prisión a una máxima de penitenciaría. El reproche penal debe ser severo en atención al bien jurídico vulnerado (Administración Pública), con la dañosidad que ello provoca. Teniéndose presente la calidad de primario absoluto del agente, así como la ausencia de agravantes, si bien corresponde elevar la pena por sobre el mínimo, se dispondrá pena de prisión, la que se situará en el guarismo solicitado por la Fiscalía (además de inhabilitación y multa), estableciéndose así una justa proporcionalidad entre el hecho delictivo cometido y su consecuencia jurídico penal.- **IV) Suspensión condicional de la ejecución de la pena.-** De conformidad con lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 17.726, se le concederá al imputado la suspensión condicional de la pena, beneficio al que podrá optar al momento de notificación de la presente.-

Por los expresados fundamentos, los concordantes del dictamen incriminatorio, las disposiciones legales citadas y lo edictado por los arts. 15 de la Constitución de la República; 1, 3, 18, 46, 60, 66, 68, 71, 85, 86 y 162 del Código Penal; 1, 2, 10, 173, 174, 186, 217, 233, 239, 245, 321, 354 del Código del Proceso Penal, **FALLO: CONDENANDO A FERNANDO CALLOIA RAFFO COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DE UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES EN CASOS NO PREVISTOS ESPECIALMENTE POR LA LEY, A LA PENA DE 20 (VEINTE) MESES DE PRISIÓN,**

**INHABILITACIÓN ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE 2 (DOS) AÑOS Y UNA MULTA DE 1.000 (MIL) UNIDADES REAJUSTABLES, Y DE SU CARGO LOS GASTOS PROCESALES DE RIGOR.- SUSPÉNDESE CONDICIONALMENTE EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA AL IMPUTADO. SI HICIERA USO DE LA OPCIÓN O VENCIDO EL PLAZO DE DIEZ DÍAS DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE SIN HABERLO MANIFESTADO, CÚMPLASE CON LO DISPUESTO POR EL ART. 102 DEL C.P.P.; RESÉRVESE POR EL PLAZO LEGAL, VENCIDO EL CUAL, AGRÉGUENSE PLANILLA ACTUALIZADA DE I.T.F..- DISPÓNESE LA ABSOLUCIÓN DEL IMPUTADO FERNANDO JOSÉ LORENZO ESTEFAN, EFECTUÁNDOSE LAS COMUNICACIONES DE RIGOR.- CONSENTIDA O EJECUTORIADA, CÚMPLASE, COMUNÍQUESE, LIQUÍDESE LA PENA RESPECTO DEL IMPUTADO FERNANDO CALLOIA.- NOTIFÍQUESE.-**

**DRA. MARIA HELENA MAINARD**

**JUEZ LETRADO CAPITAL**