



**SUMA: RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN**

**SEÑORA JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL ESPECIALIZADO EN CRIMEN ORGANIZADO DE 1º TURNO.-**

El Fiscal Letrado Especializado en Crimen Organizado, en los autos caratulados "**D,A y otros - Denuncia**" (Ficha 2-13757/2016), a la Señora Juez DICE:

Que conforme a lo previsto en los artículos 251 y 252 del Código del Proceso Penal D.L. 15.032, viene en tiempo y forma a interponer recursos de reposición y apelación en subsidio contra la Sentencia interlocutoria N° 459/2018, de 29 de mayo de 2018, que fuera notificada a la Fiscalía el mismo día por cedulón electrónico N° 844/2018, y a solicitar en definitiva que se acojan las solicitudes de procesamientos contenidas en el dictamen fiscal N° 257/2018, de 19 de marzo de 2018 (obrante de fs. 3376 a 3408), en mérito a las siguientes consideraciones y fundamentos:

**I) ANTECEDENTES**

1º) En autos, y por dictamen fiscal N° 257/2018, la Fiscalía formuló oportunamente requisitoria de inicio de proceso penal contra los indagados **R.S.R.**, por reiterados delitos de peculado en reiteración real con dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; **G.R.B.**, por dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; **J.G.C.**, por dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; **J.J.A.C.**, por un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; **J.M.C.A.**, por

un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; **J.L.R.M.**, por un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; **E.G.**, por un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; **R.L.**, por un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley; y **M.G.**, por un delito de estafa.

2º) Oportunamente, los indagados G.R.B. y J.G.C. opusieron excepción de inconstitucionalidad contra el artículo 162 del Código Penal, por lo que la Sede dispuso la formación de pieza por inconstitucionalidad, su elevación a la Suprema Corte de Justicia y la suspensión de los procedimientos a su respecto.

3º) Por la sentencia interlocutoria que se impugna, la Sede dispuso el procesamiento sin prisión de R.S.R., por reiterados delitos de peculado en reiteración real con un delito de abuso innominado de funciones; en tanto desestimó las restantes solicitudes de procesamiento formuladas por la Fiscalía, por los distintos fundamentos que expresa, clausurándose las actuaciones a su respecto.

4º) La Fiscalía entiende por el contrario que existen en autos elementos de convicción suficientes para iniciar proceso penal a todos los indagados a quienes se solicitó su enjuiciamiento, así como también para imputar al procesado R.S.R., en reiteración real con los delitos atribuidos, otro delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, por los fundamentos que se expresarán en el Capítulo siguiente.

5º) Se reiteran en todos sus términos, y se solicita se tengan por reproducidas en lo pertinente, a efectos de evitar repeticiones innecesarias, la exposición de hechos y la fundamentación jurídica realizadas en el dictamen fiscal N° 257/2018 (fs. 3376 a 3408).

6º) Es importante destacar que a la luz de los fundamentos de la sentencia impugnada para desestimar las requisitorias

de la Fiscalía, las discrepancias no se derivan de distintas interpretaciones de la figura delictiva del abuso de funciones, sino que la Sede ha entendido que los hechos por los cuales la Fiscalía ha solicitado procesamientos no constituyen siquiera hechos irregulares. En otros términos: la Sede no ha dicho: "los hechos son irregulares pero no constituyen delito", sino que ha dicho: "los hechos no son irregulares". Por lo cual, la argumentación recursiva tenderá a intentar demostrar que los hechos constituyen actos formal y sustancialmente contrarios a los deberes del cargo, en cada uno de los casos; y siendo así, encuadran en la figura del delito de abuso de funciones, por las consideraciones expuestas en el dictamen anterior.

7º) Y también desde ya se reitera que a juicio de la Fiscalía, en todos los casos, se ha incumplido el principio de probidad en la función pública, consagrado en el artículo 20 de la Ley 17.060 y en el artículo 9 del Decreto de Normas de Conducta en la Función Pública N° 30/003. La primera de las disposiciones citadas expresa: **"El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos"**.

## **II) EXPRESIÓN DE AGRAVIOS QUE CAUSA AL MINISTERIO PÚBLICO** **LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA IMPUGNADA**

### **A) LOS CONTRATOS DE ANCAP CON PETROECUADOR Y CON TRAFIGURA**

1º) La Sede descarta la existencia de irregularidades en la operativa realizada entre ANCAP y PETROECUADOR, con la intervención de la empresa privada extranjera TRAFIGURA, por

entender que: a) no era necesario un llamado a licitación para la contratación de Trafigura; b) que la actividad de "trading" está contemplada dentro del giro de la empresa, pues así lo establece el artículo 178 de la Ley 15.903; c) que ANCAP poseía gasoil excedente en el año 2010, ya adquirido a TRAFIGURA, y que por lo tanto el contrato con PETROECUADOR constituyó una solución para colocar dicho excedente; y d) que aún habiéndose operado con TRAFIGURA ocho meses sin contrato, los embarques estaban suficientemente documentados; por lo que -entiende la sentenciante en definitiva- estamos ante actos dictados en el ámbito de la competencia funcional y no se configura el delito de abuso de funciones.

2º) La Fiscalía discrepa con cada uno de los argumentos esgrimidos por la Sede, y entiende por el contrario que existen múltiples irregularidades en la actuación del ente estatal, por lo que se dirá:

a) La Sede confunde la viabilidad y la regularidad jurídicas del contrato celebrado entre ANCAP y PETROECUADOR, que no son discutidas ni controvertidas por la Fiscalía, con la viabilidad y regularidad del contrato celebrado entre ANCAP y TRAFIGURA, que sí es irregular, por cuanto TRAFIGURA no pudo haber sido seleccionada sin llamado a licitación.

b) En efecto, es evidente que el artículo 3º literal m) de la Ley de creación de ANCAP, en la redacción dada por el artículo 178 de la Ley 15.903, habilita a ANCAP a participar en el exterior de la comercialización de los productos petroleros, y ello incluye todas las "actividades, contrataciones y negocios" que se estime necesario realizar en el exterior. Por supuesto que en dicho marco ANCAP podía celebrar el contrato que firmó con PETROECUADOR para el intercambio de petróleo crudo por gasoil refinado; y ello ingresa en el giro de la empresa. Lo que no puede hacer, y

no lo habilita el art. 3 literal m de la ley de creación, es introducir unilateralmente a una empresa privada en ese intercambio, sin llamado a licitación, pues se está seleccionando y privilegiando a una empresa privada, en un negocio millonario, en el que cualquier otra empresa del rubro estaría naturalmente interesada en participar.

c) Participar en la comercialización de productos petroleros ingresa en el giro de la empresa. Lo que no ingresa en el giro de la empresa, es por el contrario realizar un "trading no financiero", colocando a una empresa privada extranjera en su lugar, y obteniendo una mínima ganancia en comparación con la millonaria operativa, permitiendo a la empresa privada ganancias muy superiores.

d) Pero hay más sobre este punto: si se concluyera, como parece hacerlo la distinguida sentenciante, que el art. 3 literal m) de la ley de creación de ANCAP, en la redacción dada por el art. 178 de la Ley 15.903, habilita a ANCAP a contratar con TRAFIGURA, debe tenerse presente que el último inciso de esa disposición dice: **"Los contratos que se proyecten requerirán la autorización del Poder Ejecutivo"**, y no consta que ANCAP hubiera obtenido tal autorización.

e) Pero aún si se entendiera que esta actividad de trading ingresa en el giro de la empresa, es obvio que no puede seleccionarse a una empresa privada sin llamado competitivo. Sobre el punto, incurre en error la Sede cuando entiende que el artículo 33 numeral 16 del TOCAF es aplicable al caso; claramente no lo es. Porque el artículo 33 numeral 16 permite la contratación directa únicamente para la adquisición en el exterior de petróleo crudo y derivados; pero en el caso que nos ocupa, ANCAP no está adquiriendo ni vendiendo petróleo o derivados a TRAFIGURA, sino que la posiciona en un contrato en el que PETROECUADOR proveería de crudo a ANCAP y ésta a su vez vendería gasoil refinado a PETROECUADOR. La que pasa

a comprar y vender productos es TRAFIGURA, con PETROECUADOR, y no ANCAP. En otros términos: ANCAP no selecciona en forma directa a TRAFIGURA para adquirirle crudo; la selecciona para colocarla en su lugar en un contrato entre empresas estatales. ***Podría eventualmente aceptarse que ANCAP adquiriera a TRAFIGURA gasoil para a su vez ser entregado a PETROECUADOR (cláusula 2.2 del contrato), y aún así debió hacerlo a través de los mecanismos transparentes de estilo, pero no puede aceptarse que ANCAP venda a TRAFIGURA el crudo que recibe de PETROECUADOR (cláusula 2.1 del contrato).***

f) Se trata de operaciones de compra y venta, de manera que bajo ningún concepto puede invocarse la aplicación del art. 33 num. 16 del TOCAF, que únicamente habla de "adquisición". Pero lo fundamental es que dicha norma sólo habilita a ANCAP a adquirir crudo sin licitación, y en este caso, ANCAP es claro que no está adquiriendo crudo, sino que está lucrando con una intermediación. Le ha concedido a una empresa privada una posición más que ventajosa, ofreciéndole su participación en un negocio multimillonario, sin que dicha empresa extranjera haya debido enfrentar procedimiento competitivo alguno, ni en Uruguay, ni tampoco en Ecuador. Como consecuencia del contrato celebrado con ANCAP, TRAFIGURA compra crudo a PETROECUADOR y le vende gasoil, permitiéndole de este modo eludir también los llamados competitivos en Ecuador. Y aunque PETROECUADOR no haya realizado cuestionamientos, no es atribución de ANCAP permitir a una empresa privada ingresar a un mercado extranjero, de esta forma indirecta.

g) tampoco son de aplicación las excepciones a los procedimientos licitatorios previstos en el art. 33 numeral 22, ni en los arts. 37 y 44 del TOCAF, por no verificarse las condiciones en ella establecidas.

h) la circunstancia coyuntural de la existencia de un gasoil

excedente, ya adquirido por ANCAP a TRAFIGURA, no puede ser alegada como eximente de responsabilidad. En efecto, en todo caso puede explicar la venta de gasoil a PETROECUADOR, pero no su contrapartida, a saber, la adquisición de crudo a PETROECUADOR. Pero en todo caso, quedó acreditado a través de la declaración de la gerenta Ing. N.S. (fs. 943) y del Gerente J.M.P. (fs. 958), que dicho gasoil excedente fue utilizado en su totalidad en la operativa que se denuncia, y aún así con posterioridad se siguió operando de la misma forma, por lo que la selección de TRAFIGURA, que puede tener su origen en dicha circunstancia histórica, pierde legitimidad con posterioridad a la utilización del gasoil que había sido adquirido.

i) tampoco son valederos los argumentos que ensaya la providencia recurrida para justificar el período de operaciones sin contrato. Ha quedado probado que ANCAP operó con TRAFIGURA desde enero de 2010 (fecha de la firma del contrato de ANCAP con PETROECUADOR) y agosto de 2010 (fecha de la firma del contrato de ANCAP con TRAFIGURA). Es cierto, como explica la sentencia, que las operaciones estaban igualmente documentadas; ello no estaba en discusión. Pero también es cierto que el fee a cobrar por ANCAP no estaba entonces documentado por contrato, como debió estarlo; y ANCAP era responsable frente a PETROECUADOR por la ejecución del contrato con ésta, y sin embargo quien estaba operando en los hechos era TRAFIGURA. TRAFIGURA estaba ejecutando el contrato en sustitución de ANCAP. O visto desde otra óptica, ¿por qué entonces se firmó el contrato con TRAFIGURA en agosto de 2010, si no era necesario y las operaciones estaban documentadas? Era obvio que una operativa de tamaño importancia, por los montos que se manejaban, y por las responsabilidades asumidas por ANCAP, debía estar precedida desde un principio por un contrato donde se establecieran

los derechos y obligaciones de las partes.

j) finalmente, aún cuando en el caso hubiera existido un informe jurídico que no formuló objeciones a la celebración del contrato con TRAFIGURA -dictamen equivocado a criterio del Ministerio Público- ello no exime de responsabilidad a los Directores que firmaron y aprobaron el contrato, ya que pudieron y debieron cuestionarse por qué se elegía a TRAFIGURA, privilegiándola e instalándola en una posición comercial más que ventajosa, sin consultar o llamar a otros interesados, ya que era evidente que de esta forma ANCAP podía obtener una ganancia aún mayor. Pero la posibilidad de mayor ganancia no es el argumento esencial a tener en cuenta, sino la transparencia de la actuación estatal. La gerencia jurídica puede no objetar formalmente un contrato; pero el contenido del contrato es resorte exclusivo de los firmantes.

3º) Conceder a un privado un jugoso negocio que rondó los 5.000.000.000 U\$S (cinco mil millones de dólares), aún con una ganancia mínima para ANCAP, en comparación con las ganancias obtenidas por el privado (que no fueron divulgadas por el representante de TRAFIGURA ante la Sede, pero que de acuerdo a los volúmenes y números que se manejan pueden ser estimados en dos centenares de millones de dólares, según apreciación de los denunciantes, no controvertida en autos) exige un procedimiento competitivo. **Además de las normas jurídicas que así lo imponen, elementales razones de sentido común y de lógica jurídica conducen a entender que indefectiblemente las autoridades del ente debieron llamar a licitación, en aplicación de también básicos principios de publicidad y transparencia en la función pública.** O incluso, en la duda, habilitar la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas, que hubiera permitido -en forma previa a la firma del contrato y a la adjudicación directa de tamaño negocio- que los Directores de ANCAP contaran con la opinión de dicho

organismo de control, como insumo técnico adicional y singularmente calificado para resolver a cabalidad la procedencia de la contratación directa con la empresa privada.

4º) En suma, a juicio de la Fiscalía, ANCAP no estaba habilitado para incursionar en una actividad de "trading no financiero": en los hechos, ANCAP actuó como un mero intermediario o aún como un especulador -sin ser peyorativo en el término-, ya que su actividad no consistía en producir, vender ni comprar petróleo o derivados, sino en obtener una ganancia a partir de las operaciones de compra y venta entre PETROECUADOR y TRAFIGURA. Y aún si se entendiera que el trading no financiero ingresa dentro del giro de la empresa, ANCAP no podía seleccionar a una empresa privada sin licitación; un procedimiento competitivo hubiera asegurado el cumplimiento de lo establecido en el art. 149 del TOCAF, que consagra los principios de "publicidad, igualdad de oferentes y concurrencia en los procedimientos para el llamado y la selección de las ofertas".

5º) Nos encontramos entonces ante actos formal y sustancialmente contrarios a la función, cometidos en perjuicio de la objetividad, transparencia, legalidad e imparcialidad exigible a la función pública; actos antijurídicos cometidos mediante abuso de los poderes que el cargo confiere, todo según las definiciones doctrinarias que la propia sentencia transcribe, al analizar el delito de abuso de funciones. Corresponde atribuir responsabilidades en el caso al ex Presidente de ANCAP, R.S.R., y a los Directores que aprobaron la firma del contrato con TRAFIGURA, J.J.A., G.R. y J.G., haciéndose constar que respecto de éstos últimos, el proceso se encuentra suspendido.

## **B) CANCELACIÓN DE LA DEUDA CON PDVSA:**

### **LA RELACIÓN DE ANCAP CON EXOR**

1º) La Sede compartió la posición de la Fiscalía, atribuyendo al indagado R.S.R. la comisión de un delito de abuso de funciones, por su intervención en el primer contacto con la empresa EXOR, sin conocimiento del Directorio de ANCAP, y por su responsabilidad en la ausencia de oposición al primer desplazamiento de EXOR por parte de PDVSA, que generó un reclamo indemnizatorio por parte de la empresa.

2º) Sin embargo, el fallo impugnado desestima cualquier irregularidad cometida por los Directores de ANCAP en la firma del "Acuerdo de Servicios" y "Transacción sujeta a condición", celebrados entre ANCAP y EXOR en diciembre de 2014. La Fiscalía había entendido que ANCAP incurrió en graves irregularidades por cuanto en el Acuerdo de Servicios se selecciona a EXOR sin licitación, se le otorga exclusividad, y se obliga a pagar una multa millonaria en dólares en caso de que se incumpla la exclusividad, o sea, en caso de que la operación de cancelación de deuda se realice sin intervención de EXOR, como finalmente aconteció, lo que generó un juicio civil de EXOR contra ANCAP por 34.000.000 U\$S, que se encuentra en trámite.

3º) La Sede por su parte descarta cualquier irregularidad, entendiendo que en la cláusula 4ª de la Transacción y en la cláusula 14ª del Acuerdo de Servicios, se estableció como condición resolutoria la circunstancia de que ANCAP no obtuviera los fondos necesarios del Ejecutivo para la operación de cancelación de deuda; y concluye la Sra. Juez que el incumplimiento se debió a causas no imputables a ANCAP, que impidió al ente disponer de los fondos necesarios para la cancelación.

4º) La Fiscalía entiende por el contrario que en esta segunda

etapa de la relación de ANCAP con EXOR, se producen una sucesión de situaciones irregulares: en primer lugar, la empresa EXOR es seleccionada sin procedimiento licitatorio. Es cierto -como afirma la sentenciante- que una propuesta de pago anticipado requería el consentimiento del acreedor, y que debía preservarse asimismo la confidencialidad de la operación. Pero ello no quita que ANCAP pudo y debió llamar a interesados en elaborar una propuesta de ingeniería financiera para ser presentada a su vez a PDVSA, por elementales cuestiones de transparencia y en cumplimiento de lo dispuesto en el ya citado art. 149 literal B del TOCAF. Pues una cosa es transar con EXOR el juicio ya iniciado por ésta tras el primer incumplimiento de ANCAP; y otra cosa es introducirla nuevamente en una segunda operación de cancelación de deuda. Si se lee detenidamente la cláusula segunda del Acuerdo de Servicios (obrante en Anexo Documental IV), se advierte que ANCAP "autoriza y encomienda a EXOR a emprender las negociaciones tendientes a la concreción de la operación...": de igual forma pudo haber autorizado y encomendado a cualquier otra empresa, si hubiera realizado un llamado.

5º) ¿Por qué se eligió a EXOR cuando habían -y surge probado en autos a partir de las declaraciones de los indagados- varias otras empresas y consultoras interesadas en el negocio? ¿De qué información dispuso EXOR para elaborar su propuesta? ¿Se trataba de información pública o EXOR tuvo acceso a información privilegiada? Nuevamente en este caso, elementales razones de sentido común y de transparencia obligaban a ANCAP a llamar a interesados para la elaboración de un plan financiero para la cancelación anticipada de deuda. Obviamente que el interesado debía requerir la aprobación del acreedor PDVSA, como condición resolutoria, tal como se estableció en el Acuerdo con EXOR. Cualquier

negocio en el que una empresa privada obtenga beneficios, como el que nos ocupa, requiere un procedimiento transparente y no es legal una contratación directa. **Máxime cuando no está expresamente exceptuado de la licitación.**

6º) Pero aún si se entendiera que ANCAP no estaba obligada a llamar a licitación para la contratación de EXOR, la Fiscalía considera que las cláusulas del Acuerdo de Servicios son altamente inconvenientes y expusieron al ente a un millonario juicio en su contra -actualmente en curso-, por mucho mayores cantidades que las del juicio inicial promovido a partir del primer desplazamiento de EXOR.

7º) La lectura que la sentenciante hace de las cláusulas 14ª del Acuerdo y 4ª de la Transacción, en el sentido de que operó la condición resolutoria de tales acuerdos y de que ANCAP no está obligada al pago de la multa, recoge la postura procesal de ANCAP en el juicio, pero no parece ser la lectura inequívoca, a la luz de la realidad de los hechos. Si así hubiera sido, no nos enfrentaríamos a un juicio por 34.000.000\$, y simplemente se hubiera reanudado el primer juicio. La realidad indica por el contrario que EXOR entiende que ANCAP sí obtuvo los fondos del Ejecutivo pero la cancelación se realizó sin intervención de EXOR, por lo que incumplió su deber de exclusividad previsto en la cláusula 9ª, por el cual ANCAP se obligaba a no realizar "operación sustancialmente similar en virtud de la cual obtuviera beneficios iguales a los identificados en el presente Acuerdo", por lo que se hizo acreedor a la millonaria multa pactada. Y que se habría verificado asimismo la hipótesis de rescisión del Acuerdo prevista en el art. 11.3 literal a, por el cual ANCAP reconoció a EXOR una comisión del 1,75% del total nominal de la deuda, en caso de que habiéndose obtenido la acquiescencia de PDVSA, "tras eso ANCAP decide por sí sola no llevar adelante la operación".

8º) Si bien es cierto que el juicio civil se encuentra aún en trámite, lo cierto es que el Directorio de ANCAP del 2014 reintrodujo a EXOR en una operación de cancelación de deuda, sin licitación y pactando multas millonarias, que han dado lugar en todo caso a una contienda judicial, exponiendo al ente a una eventual condena millonaria en dólares, **sin que hubiera existido ninguna necesidad para haber firmado el Acuerdo, y menos aún en los términos en los que se firmó.** La pregunta que asoma sin respuesta es qué sucederá si la justicia contenciosa finalmente otorga razón a EXOR: en tal caso, no se habrá imputado responsabilidad de ningún tipo, ni penal ni administrativa, a funcionarios que dieron motivo con sus actos a tal eventual condena indemnizatoria a afrontar por ANCAP. Los Directores que firmaron el Acuerdo y la Transacción, pactaron una multa millonaria en dólares en caso de incumplimiento, cuando no tenían ninguna necesidad de haber suscrito tales acuerdos, pues únicamente se hallaba en proceso un juicio "ganable para ANCAP" según propias palabras del Gerente de los Servicios Jurídicos de ANCAP.

9º) Seleccionar a una empresa sin licitación y exponer al ente a un juicio millonario en su contra, independientemente de sus resultados, por haber pactado multas millonarias, implica una actuación irregular, arbitraria, carente de fundamento, violatoria de los deberes funcionales, y contraria a las normas que delimitan el ámbito funcional. Por lo que se solicita la atribución de responsabilidades a los tres Directores que firmaron y aprobaron el Acuerdo de Servicios y la Transacción, a saber: J.C., G.R. y J.G., haciéndose constar nuevamente que respecto de éstos últimos, el proceso se encuentra suspendido.

**C) LOS ANTICIPOS DE CEMENTOS DEL PLATA S.A.**

## **A PLENO VERDE S.A.**

1º) La sentencia impugnada desestima asimismo la solicitud de procesamiento del entonces Director de CEMENTOS DEL PLATA S.A. Ing. J.R., peticionada por la Fiscalía a partir de su responsabilidad en el otorgamiento de adelantos de dinero, por un monto total de 2.400.000 U\$S, a la empresa privada PLENO VERDE, entre los años 2010 y 2013, sin documentación, ni garantías, ni plazo establecido para su restitución, y por fuera del contrato original celebrado entre las partes.

2º) Como fundamentos para entender que no corresponde atribuir responsabilidades, la Sede esgrime que si bien el indagado R. era funcionario público, por tratarse del Gerente de la División Portland de ANCAP desde el año 2007, los actos atribuidos fueron cometidos en su condición de Director y Gerente de CEMENTOS DEL PLATA, una empresa que se rige por las normas del derecho privado. Asimismo, se consigna en la sentencia que los adelantos estaban en conocimiento del directorio de CEMENTOS, que los anticipos fueron reconocidos en un Acuerdo modificatorio de 2013; que estaban incluidos en los estados contables de la empresa; y que el Director de ANCAP J.C. manifestó haber estado en conocimiento de los mismos en el año 2016 cuando fue consultado por Romero.

3º) La Fiscalía entiende por el contrario que las funciones del indagado R. como Gerente de Portland de ANCAP y paralelamente como Director y Gerente de CEMENTOS DEL PLATA están absolutamente emparentadas e interrelacionadas, no pudiendo realizarse un "corte" entre ambas. Por la sencilla razón de que si así fuera, la situación funcional de Romero sería a todas luces irregular, pues se trataría de un funcionario público, Gerente de la principal empresa uruguaya, que además -simultáneamente- tendría otro cargo gerencial y de Dirección en una empresa de naturaleza

privada, lo cual sería incompatible. Se violentaría flagrantemente la disposición contenida en el artículo 439 del Texto Ordenado de Funcionarios Públicos: "Prohibición de ejercer función con actividad privada vinculada".

4º) R. fue designado Director de Cementos en representación de ANCAP y por su condición de Gerente de Portland del ente. En la propia página web de CEMENTOS se informa que CEMENTOS es una empresa del grupo ANCAP "que comercializa y distribuye cementos, clinker y otros productos elaborados por la División Portland de ANCAP".

**El Director de una empresa privada con mayoría accionaria estatal -que a la vez no sea funcionario público de la empresa pública accionista- no puede ser considerado "funcionario público" a los efectos penales, porque no ingresa en la definición del artículo 175 del Código Penal; pero el Director de una empresa privada con mayoría accionaria estatal -que a la vez ostente la calidad de funcionario público de la empresa pública accionista- sí puede serlo.**

5º) No puede discutirse que -siendo sin duda funcionario público y habiendo sido designado Director de una empresa vinculada a ANCAP-, al indagado R. le caben las responsabilidades de un funcionario público. En CEMENTOS DEL PLATA, el Director actúa según las normas del derecho privado, pero le caben las responsabilidades penales de los funcionarios públicos, pues ostenta esa calidad.

6º) Los restantes argumentos desincriminantes utilizados por la Sede no son de recibo: que los adelantos estuvieran en conocimiento del Directorio de Cementos no puede enervar en modo alguno la responsabilidad principal de su Director y Gerente, a quien la Fiscalía requiere responsabilidad por tratarse de quien dispuso la concesión de los adelantos, según su propia admisión de los hechos.

7º) Que los anticipos estuvieran documentados a partir de un acuerdo modificatorio de 2013, es precisamente uno de los argumentos utilizados por la Fiscalía: los anticipos se otorgaron entre 2010 y 2013, y justamente es recién en 2013 que se deja asentada la existencia de los mismos, en un primer acuerdo modificatorio; es recién en 2016, en un segundo acuerdo modificatorio, que PLENO VERDE aporta garantías para la devolución del préstamo; y es recién en 2017, que se deja constancia de la suma total adelantada y se estipula un nuevo plazo para su restitución. Quiere decir entonces que antes del primer acuerdo modificatorio, firmado en 2013, CEMENTOS concedió unilateral y graciosamente préstamos por 2.400.000 U\$S, sin que en el contrato original ello estuviera pactado o previsto, sin documentación respaldante (más allá de recibos firmados por el titular de PLENO VERDE), sin garantías, y sin plazo establecido para su devolución.

8º) El indagado R., en su condición de funcionario público, y aún cuando actuando en un régimen de derecho privado, era consciente de que se trataba en un 95% de dineros públicos. Su intención de salvaguardar el éxito del "Proyecto Cal" no puede ser válida para justificar un accionar que estuvo completamente por fuera de las normas y hasta de los usos comerciales en una relación contractual como la que nos ocupa. Distinta hubiera sido la situación si los adelantos hubieran estado pactados en el contrato original, pero no es el caso.

9º) Tampoco puede admitirse como excusa exculpante la circunstancia de que los adelantos hayan estado incluidos en los estados contables de la empresa: obviamente que ello debía ser así, pues de lo contrario, estaríamos diciendo que se trataba de salidas de dinero aún más irregulares que las que nos encontramos analizando, y otras podrían ser las

figuras penales aplicables. Su inclusión en los balances, y el conocimiento por parte de los accionistas, no excluye la ilicitud del otorgamiento de los anticipos, desde el punto de vista de la actuación funcional.

10º) La sentencia que se recurre da equivocadamente por válido asimismo un argumento de la Defensa, en cuanto a que el contrato original, si bien no preveía cantidades mínimas a transportar, sí preveía en cambio "cantidades promedio a transportar" (cláusula 3ª del Contrato, en Anexo Documental XVIII). Es cierto que se preveían cantidades promedio, pero se trata -como se lee en la cláusula 3ª- de meras "estimaciones" de las partes, y por otra parte la cláusula 11.1 establece con claridad que "los parámetros de este contrato (a vía de ejemplo precio, plazo, toneladas a ser transportadas, condiciones del transporte, etc.) han sido definidos por CEMENTOS teniendo en cuenta las condiciones contractuales estipuladas en el contrato referido en el numeral 1.1 (refiere al contrato entre CEMENTOS y CGTEE)" y la cláusula 11.2 habilita a CEMENTOS -y no a PLENO VERDE- a plantear modificaciones al contrato en caso de que las condiciones del contrato de CEMENTOS con CGTEE varíen. **Pero lo que es meridianamente claro es que no estaba previsto que el hecho de que no se arribara a las cantidades promedio estimadas, originara automáticamente un derecho de PLENO VERDE a compensación alguna, y menos aún a un auxilio económico financiero gratuito por parte de CEMENTOS.**

11º) Finalmente, otro de los argumentos utilizado en la sentencia es que el Presidente de ANCAP J.C. declaró en autos que en el año 2016 fue consultado por R. por un nuevo adelanto y estuvo de acuerdo. Es cierto; pero tal situación se enmarca en otro contexto, con posterioridad a la suscripción de los acuerdos modificatorios, donde se contemplan y reconocen los adelantos; mientras que la conducta que se reprocha por la

Fiscalía ocurre entre 2010 y 2013, cuando no existía norma ni cláusula contractual alguna habilitante.

11º) Es verdad, debe admitirse, que muchas veces es usual en el ámbito comercial prever o pactar adelantos por el pago de bienes o servicios a contratar; pero tales adelantos deben estar previstos en los respectivos contratos, y ello no sucede en el caso que nos ocupa.

12º) En resumen, y razonando por el absurdo: si es legítimo conceder auxilio económico a un privado por un monto de 2.400.000 U\$S en tales condiciones, también sería legítimo otorgar montos mucho mayores, por ejemplo, 10 o 20 millones de dólares. ¿Quién establece un límite? La respuesta es simple: no existe fundamento jurídico para que un Director de una empresa con mayoría accionaria estatal, pero que a su vez es Gerente de la empresa pública accionaria, disponga de los dineros de ANCAP con semejante liberalidad y discrecionalidad. No es admisible utilizar dineros de ANCAP (en el caso, el 95% del total de dinero adelantado) para conceder una suerte de "salvataje financiero" a una empresa privada en dificultades, por más relación contractual que exista entre ambas empresas.

#### **D) INCUMPLIMIENTO DE LA TRANSACCIÓN CON LA EMPRESA KIOS**

##### **S.A.**

1º) La Sede no hace lugar a la solicitud fiscal de procesamiento de los indagados R.L. -Jefe de Operaciones Marítimas- y E.G. -Jefe de Mantenimiento Marítimo- por su participación en los hechos que derivaron en el incumplimiento de ANCAP de la transacción celebrada con la empresa KIOS S.A.

2º) Como argumentos para la desestimación del petitorio, la ilustrada sentenciante invoca que no puede trasladarse la

prueba obrante en el juicio contencioso administrativo Ficha I.U.E. 2-48665/2014, en el cual ANCAP fue condenada a una suma superior a los 300.000 U\$S por incumplimiento contractual, por no cumplir con los requisitos que exige el C.G.P. para la validez de la prueba trasladada; y que en ocasión de la medición del calado del Buque Huracán el día 7 de enero de 2014 no existieron irregularidades de parte de los indagados, ya que se limitaron a cumplir lo acordado con KIOS en una reunión celebrada el mismo día entre las partes.

3°) Sobre la prueba trasladada, la Fiscalía entiende que en puridad la prueba emergente de las actuaciones civiles consiste en la incorporación a la presente causa como prueba documental de las sentencias de primera y segunda instancia, condenatorias de ANCAP, y tales sentencias han sido agregadas con noticia de los indagados, y respetándose en consecuencia su derecho a defensa. Por lo demás, se ha cumplido con lo exigido en el artículo 145 del C.G.P., pues dicha norma requiere para el traslado de prueba, que en el juicio original o en el juicio en el que se pretende hacer valer, la prueba hubiera sido practicada a petición de la parte contra quien se aduce, **"o con audiencia de ella, quien podrá proponer a su vez contraprueba o prueba complementaria"** (resaltado nuestro), y es evidente que en este segundo juicio (penal), la prueba ha sido incorporada "con audiencia" de los indagados.

4°) La única declaración testimonial emergente del juicio civil que ha sido tomada en cuenta por la Fiscalía en su dictamen es la del Jefe del GRUBU, Capitán A.A., respecto de la cual **la Sede ha entendido erróneamente que "no obra agregada en la (presente) causa"**, puesto que -contrariamente a lo expresado en la sentencia- la declaración íntegra del Capitán A. obra a fs. 357 vta. y siguientes (foliatura en la parte inferior de las fojas) del Anexo Documental XIX. Pero

aún si se cuestionara la trasladabilidad de tal testimonio, como lo hace la Defensa, debe precisarse que tal declaración es sólo uno de los tantos elementos tenidos en cuenta por las Sentencias civiles agregadas válidamente a la presente causa penal como prueba documental. **En otras palabras: no se está utilizando por la Fiscalía un testimonio brindado en un juicio civil, sino las conclusiones de las sentencias recaídas en el mismo.**

5º) Por otra parte, los indagados L. y G. fueron sucesivamente interrogados sobre las emergencias del juicio civil, sobre las resultancias de las sentencias condenatorias, y sobre las declaraciones del Capitán A., por lo que no puede hablarse de indefensión procesal sobre el tema: inclusive, tuvieron la oportunidad procesal de haber requerido a su vez la comparecencia testimonial del Capitán A. en la presente causa y no lo hicieron, aún cuando conocían que estaban siendo indagados por hechos en los que el entonces jefe del GRUBU tuvo fundamental participación.

6º) Los hechos fueron debidamente resumidos en la vista fiscal 257/2018, y como se advierte en ella, la conducta del ente estatal, a través de sus funcionarios, reviste aristas más que particulares e incomprensibles. Tras la transacción celebrada con KIOS, por la cual se le otorgaba el servicio de remolque de las barcazas de ANCAP, se procedió a la medición del calado de uno de los buques propuestos por KIOS, el buque Huracán, y tras una única y más que dudosa medición, que se reveló errónea, los funcionarios actuantes dieron por concluida toda participación y ANCAP tuvo unilateralmente por incumplidora del acuerdo a KIOS, resolviéndose con una premura muy poco usual y absolutamente injustificada, a otorgar nuevamente el servicio de remolque a la empresa competidora, NAUTIMIL S.A.

7º) La clarísima actuación irregular del ente, evidenciada

en fallos contundentes de la justicia contencioso administrativa, en tres instancias, costó a ANCAP más de 300.000 U\$S por daños y perjuicios. No habiendo existido resoluciones del Directorio sobre el punto, más que una resolución tardía que desestima una petición de KIOS, la Fiscalía entiende que sobre los hechos instruidos cabe imputar responsabilidad penal a los funcionarios medios actuantes, los indagados L. y G., por cuanto su actuación no quedó circunscripta a cumplir una orden de medición de un calado, sino que por el contrario tuvieron una actuación preponderante en el caso e indujeron en error a la gerencia de Servicios Jurídicos. Ha quedado acreditado semiplenamente que los funcionarios de ANCAP hicieron todo lo posible para que ANCAP incumpliera la transacción, en lugar de haber hecho todo lo posible para ANCAP cumpliera, como era su deber funcional.

8º) La medición del día 7 de enero de 2014, realizada en condiciones climáticas poco propicias, arrojó un resultado de 2,80 metros para el buque Huracán, pero en lugar de actuar con buena fe, comunicando a la Gerencia Jurídica las circunstancias en que se había tomado la medición, y aconsejando una nueva medición, como la que se realizó por el mismo GRUBU dos días después, y que arrojó un calado de 2,50 metros, dentro de los parámetros exigidos (ver fs. 186 del Anexo XIX), los indagados actuaron con mala fe y se limitaron a remitir una "hoja de misión" con lo actuado el 7 de enero y -en un tema técnico- provocaron ciertamente el error de los servicios jurídicos, que por su parte resolvieron tener por incumplidora a KIOS. No dudaron, pese a que el propio jefe del GRUBU les había cuestionado severamente la medición practicada: véanse las declaraciones del Capitán A. a fs. 357 vta. del Anexo Documental XIX: "no me dijeron el objetivo del trabajo, me dijeron que

necesitaban tomar las medidas del barco... yo les acoté sobre qué medidas eran, me dijeron que eran medidas de calado y les dije: es poco serio estas medidas, vos sos ingeniero naval y sabés que es poco serio, ahí insistió L. y G. con la misma insistencia... yo dije que era poco serio lo que me pedían, técnicamente los que certifican las medidas de los calados son peritos navales o ingenieros navales, no un grupo de buceo... la primera medida fue un mamarracho". Es cierto que KIOS había aceptado que las medidas fueran tomadas por el GRUBU, pero lo real es que según el propio Jefe de este servicio de buceo ha afirmado que ese día las condiciones del movimiento de las olas impedían notoriamente tomar correctamente la medida.

9º) Como concluye la mencionada sentencia de primera instancia, L. y G. sabían que "la medida del día 7 de enero de 2014 no era correcta", y que con su actuación determinaron decisiones erróneas del ente que comprometieron gravemente su responsabilidad patrimonial, como quedó demostrado. Sobre estas conclusiones, que reflejan lo sustancial de las resultancias del juicio civil, no es difícil colegir que los indagados actuaron de mala fe, y en vez de cumplir su deber funcional de intentar que el ente cumpliera con la transacción celebrada con KIOS, por el contrario su actuación estuvo dirigida al incumplimiento. Como expresó el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, "en estricto rigor, esta medición (del 7 de enero, cumplida por los indagados L. y G. en representación de ANCAP) aparece como un acto descolgado, cumplido subrepticamente, fuera de los cánones de la buena fe que debe imperar en el cumplimiento de los contratos" (fs. 745 vta., Anexo Documental XIX).

10º) La propia ANCAP ha remitido recientemente las conclusiones de la investigación administrativa dispuesta (que han sido incorporadas en el Anexo Documental XXVII), y

en informe de 18 de abril de 2018, refiriéndose a la responsabilidad de G. en la medición del calado del remolcador Huracán, Jurídica señala que "la herramienta utilizada para medir el calado y propuesta por los técnicos de ANCAP no fue la que arrojaría datos incontrastables" y que la medición por el Grupo de Buceo "no fue lo apropiado, ni resultó ser técnicamente quien podía certificar el calado del buque" (fs. 924 y ss. Anexo XXVII).

#### **E) RECEPCIÓN PROVISORIA DE LA PLANTA DE BIOETANOL**

1º) El último punto en el que la Sra. Juez discrepa con la valoración de hechos realizada por la Fiscalía refiere al vínculo contractual de ALUR S.A. con la empresa TEYMA-ABENGOA para la construcción de una planta de bioetanol en Paysandú, específicamente a la recepción provisoria de la obra y al pago de un premio por la entrega anticipada de la misma.

2º) En síntesis, la Sra. Juez ha entendido que la fecha de la recepción provisoria de la planta fue prorrogada sucesivamente en el primer y en el segundo acuerdos modificatorios, para el 29 de abril de 2015 y posteriormente para el 26 de junio de 2015, por lo cual debe deducirse que la recepción provisional, fechada el 27 de abril de 2015, ocurrió con anterioridad a la fecha prevista para la misma; y que en el primer acuerdo modificatorio (la sentencia refiere al segundo acuerdo, por error involuntario, cuando debió referirse al primer acuerdo) se previeron compensaciones en caso de que no se arribara a algunos de los valores garantizados por la contratista en el contrato original.

3º) A juicio de la Fiscalía asiste razón a la sentenciante en lo referente al primer punto, esto es, en cuanto a que la

fecha de la recepción provisoria fue prorrogada y en definitiva la planta se recibió antes de la fecha prevista. No obstante, el premio de hasta 1.000.000 U\$S previsto en la cláusula 24.3 del contrato original parece no estar atado "automáticamente" a dicha fecha, por cuanto el inciso 2° de la citada Cláusula 24.3 establece que "una vez ocurrida la recepción provisoria de la planta, ALUR verificará si se configuraron adelantos en base a lo dispuesto en el párrafo anterior y en caso afirmativo, abonará a la UTE (TEYMA-ABENGOA) la suma que corresponda como premio". Quiere decir entonces que el premio a otorgar por ALUR no se generaba automáticamente por la recepción provisoria antes de la fecha prevista (de haber sido estipulado así, el contrato hubiera dicho simplemente que si la recepción provisoria se verificaba antes de la fecha prevista, se generaba el premio), y hasta podría argumentarse que la cláusula 24 del contrato original se mantuvo vigente, y el premio debía abonarse únicamente por cada día ganado respecto a la fecha original del 11 de febrero de 2015, como sostiene ALUR en el arbitraje internacional en curso. De todas formas, el tema es discutible, y no fue el motivo principal de la requisitoria original de la Fiscalía.

4°) El fundamento de la solicitud fiscal de procesamiento fue que la planta fue recibida sin que la empresa contratista hubiera cumplido con uno de los valores garantizados (tasa de conversión de kgs de etanol por kgs de almidón), y ello debió haber ameritado la aplicación de las cláusulas 20.5 y 25 del Contrato original, que para tal caso preveían conceder a la empresa un plazo de 12 semanas para subsanar el incumplimiento, lo que hubiera podido determinar el no pago del premio de 1.000.000 U\$S y eventuales penalidades a la contratista si no lograba subsanar tal incumplimiento en los plazos previstos. Sin embargo, el indagado G. firmó el acta

de recepción, y en ella se estampó que dicho incumplimiento "se compensa con mejoras registradas en otros valores garantizados", lo que no estaba contemplado.

5º) La Sede entiende que el punto 3 del primer acuerdo modificatorio introdujo la posibilidad de compensaciones entre los valores. La Fiscalía discrepa con dicho criterio, aun cuando reconoce que estamos ante un punto extremadamente técnico. Veamos: el primer acuerdo modificatorio, en su cláusula 3, otorga a TEYMA-ABENGOA un premio adicional de hasta 400.000 U\$S si se superaba el valor garantizado de tasa de conversión de kgs de etanol por kgs de sorgo, y estableció que si dicha tasa de conversión superaba el valor garantizado en un porcentaje determinado, ALUR permitiría una tolerancia del doble de ese porcentaje, en el resto de los valores de consumo garantizados. **Pero esta cláusula no permitía una compensación ni preveía ningún cambio ni margen de tolerancia en el valor garantizado de la tasa de conversión de kgs de etanol por kgs de almidón, que fue el valor incumplido e irregularmente compensado. Porque lo que permite esta modificación es un margen de incumplimiento en los valores de consumo (cuanto menor el guarismo de consumo obtenido, más favorable para ALUR), y no en los valores de tasa de conversión (cuanto mayor el guarismo de tasa obtenido, más favorable para ALUR), como se explicará en los siguientes numerales.**

6º) Entre los valores garantizados por la contratista en el contrato original (ver ANEXO 4 del mismo), **hay tres valores referidos a "producción" o a "tasa de conversión":** producción de alcohol (valor garantizado 8800, valor obtenido 9302), producción de etanol por kgs de almidón (valor garantizado 0.519, valor obtenido 0.509) y producción de etanol por kgs de sorgo (valor garantizado 0.399, valor obtenido 0.414); y **hay otros valores referidos a "consumo". En los primeros, la**

cifra del valor obtenido debe ser igual o superior al garantizado; en los segundos, la cifra del valor obtenido debe ser igual o inferior al garantizado. Nótese pues que en el acta de recepción provisoria se dejan asentados todos los valores, y los valores de **consumo** obtenidos arrojan cifras iguales o inferiores a los valores garantizados, sin incumplimiento entonces de la contratista. Pero en los valores de **producción** o de tasas de conversión, las cifras deben alcanzar o ser superiores a los guarismos garantizados: en el caso de la producción de alcohol y de la tasa de conversión de etanol/sorgo se superaron los garantizados, pero en el caso de la tasa de conversión de etanol/almidón, el guarismo es inferior al garantizado, y por tanto hubo incumplimiento.

7º) La cláusula 3ª del primer acuerdo modificatorio prevé entonces únicamente como compensación un margen de incumplimiento en los valores de consumo, pero no en los valores de producción. Porque así lo dice expresamente: si se obtiene un valor de tasa de conversión de etanol/sorgo superior al garantizado, *ALUR "permitirá, para la recepción provisional, un consumo del resto de los valores garantizados de un 2% superior a lo descrito en el contrato"*. Ello sólo contempla a los valores de **consumo** (y no a los de **producción** y **tasa de conversión**) porque dice que ALUR permitirá guarismos "superiores" de **consumo**, término que no puede querer referirse a los valores de producción y de tasa de conversión como el de kgs de etanol/kgs de almidón, pues si se hubiera querido prever también allí un margen de tolerancia, debió decirse que se permitirían o tolerarían valores **inferiores** a los garantizados.

8º) De haber sido aplicable la cláusula 3ª del primer acuerdo modificatorio, así se hubiera dejado estampado en el acta de recepción provisoria: en efecto, si así se hubiera entendido,

debió dejarse entonces constancia que el valor incumplido se compensaba exclusivamente con el mayor valor obtenido en la tasa de conversión de etanol/sorgo. **No se hizo así porque los valores de producción no eran compensables; únicamente lo eran los valores de consumo.** Por ello se estampó irregularmente que el valor de producción incumplido se compensaba genérica y vagamente con "mejoras registradas en otros valores garantizados". Tampoco puede hablarse de que el valor inferior incumplido se encuentre dentro de un margen de error técnico admisible, por cuanto los valores garantizados -en el caso de los valores de producción- **eran mínimos** a los que necesariamente debía llegar la contratista, y no valores aproximados.

9º) En definitiva, el incumplimiento de la contratista por no haber alcanzado la tasa de conversión de kgs de etanol/kgs de almidón de 0,519 garantizada **no era en modo alguno compensable con eventuales mejoras en otros valores:** ni en el contrato original ni en el primer acuerdo modificatorio puede buscarse un fundamento para ello.

Por los fundamentos expuestos, el Ministerio Público  
**SOLICITA:**

1º) Se tenga por interpuestos, en tiempo y forma, los recursos de reposición y apelación en subsidio contra la Sentencia interlocutoria N° 459/2018, de 29 de mayo de 2018.

2º) Que previo la sustanciación del recurso de reposición, se revoque parcialmente la sentencia impugnada y se acojan las solicitudes de procesamientos contenidas en el dictamen fiscal N° 257/2018.

3º) Que en caso de desestimarse total o parcialmente el recurso de reposición, se franquee la alzada ante el superior

que por turno corresponda, ante quien se deja solicitada la revocación parcial de la providencia recurrida, y el acogimiento de las requisitorias de procesamiento reclamadas en el dictamen fiscal N° 257/2018.

Montevideo, 4 de junio de 2018.

LP

**Dr. Luis Pacheco Carve**

Fiscal Letrado Especializado en Crimen Organizado