

DENUNCIA PENAL

FISCALÍA PENAL DE MONTEVIDEO DE DELITOS ECONÓMICOS Y COMPLEJOS DE ° TURNO

Sr. Eduardo Bonomi Varela, CI N° 1.118.221-3, Sr. Mario Esteban Bergara Duque CI N° 1.775.027-0, Sr. Charles Carrera Leal CI N° 4.264.535-9, Sr. Alejandro Sanchez CI N° 3.695.616-0, Sr. José Carlos Mahía Freire CI N° 3.783.470-1, Sr. Daniel Olesker Gerstenfeld CI N° 1.280.622-6, Sra. Lucía Topolansky CI N° 957.928-8, Sra. Sandra Lazo Guerequiz CI N° 1.737.731-7, Sr. Oscar Andrade Lallana CI N° 1.825.996-0, Sra. Norma Liliám Kechichián García CI N° 1.248.508-0, Sra. Amanda Rosa Della Ventura Valerio CI N° 3.801.502-7, Sr. Enrique Vicente Rubio Bruno, CI 3.429.868-1 y Sra. Silvia Nane Vincon CI N° 2.909.511-5, en sus calidades de Senadores de la República, constituyendo domicilio en Av. de las Leyes S/N, y el electrónico en ebonomi@parlamento.gub.uy, mario.bergara@parlamento.gub.uy y charles.carrera@parlamento.gub.uy, a la FISCALIA se presentan y dicen:

Que vienen a presentar denuncia penal por hechos vinculados con el accionar del Sr. Luis Alberto Heber, actual Ministro del Interior y ex Ministro de Transporte y Obras Públicas, del Sr. Juan José Olaizola, actual Subsecretario de dicha cartera, del Dr. Juan Curbelo, actual Presidente de la Administración Nacional de Puertos, y del Dr. Rodrigo Ferrés, actual prosecretario de Presidencia de la República, por su participación en el proceso de celebración del acuerdo extrajudicial entre el Estado uruguayo y Seaport Terminals NV, Katoen Natie NV, Seaport Terminals Montevideo SA y Nelsury SA (“Compañías KNG”) de fecha 25 de febrero de 2021 (**que se dio a conocer el 21 de abril de 2021**), y actos posteriores vinculados al mismo, por las irregularidades y hechos con apariencia delictiva cometidos en todo el proceso, bajo las siguientes circunstancias de HECHO y fundamentos de DERECHO:

I. COMPETENCIA

(1) Ante todo, cabe señalar que la competencia de la Fiscalía de Delitos Económicos y Complejos luce prístinamente determinada por el Literal E del Nral. 2 de la Resolución Nro.

850/2017, de 18 de diciembre de 2017, de Fiscalía General de la Nación en tanto la presente denuncia versa sobre presuntos delitos contra la administración pública, por un monto no inferior a los dos mil millones de dólares estadounidenses, siendo la competencia de las Fiscalías de Flagrancia absolutamente residual ante la competencia especializada de la Fiscalía ante la cual se radica la presente denuncia. Establecida, entonces, la indudable competencia de la referida Fiscalía, pasemos ahora a relatar los graves hechos denunciados.

(2) Asimismo, con relación a la obligación de la parte denunciante de indicar fecha de ocurrencia del hecho ilícito denunciado, debemos individualizar el mismo como ocurrido el 25 de febrero del corriente, y expuesto al conocimiento público el pasado 21 de abril del corriente, como fuera supra señalado.

II. INTRODUCCIÓN

(3) El 25 de febrero de este año, el Estado uruguayo y “Compañías KNG” suscribieron un acuerdo transaccional con la finalidad de evitar un futuro litigio que, presuntamente, sería iniciado por la empresa al amparo del Tratado de Protección de Inversiones entre Uruguay y la Unión Económica Belga-Luxemburguesa (Doc. 1.1). **Este acuerdo salta a la luz pública recién durante la comparecencia en comisión del Ex Ministro Luis Alberto Heber el 21 de abril de este año (Doc. 9), a pesar de haberse firmado en febrero, misma fecha en la que se publica en la página web de Presidencia de la República.**

(4) Para iniciar dicho procedimiento arbitral, como paso previo, Katoen Natie Group notificó al Estado Uruguayo (en octubre de 2019) el inicio del período de consultas previsto por el Tratado, donde se planteaban diferendos en cuanto al tratamiento que estaría teniendo la empresa, que vulneraría determinados estándares del Tratado referido en el numeral anterior. Para mejor ilustrar, se adjunta copia del acuerdo transaccional suscripto entre Compañías KNG y el Estado uruguayo, en donde consta la referida notificación de octubre de 2019 (Docs. 1.1 y 1.9).

(5) Llamativamente, sobre fines de febrero de 2020 y a pocos días de que asumiera la nueva administración, la empresa Katoen Natie envía al Poder Ejecutivo una reiteración del pedido de negociación. En la misma se expresa por primera vez el supuesto monto del

reclamo, el cual valuaban en 1500 millones de dólares aproximadamente, sin fundamentación ni desarrollo que lo sustente alguno. Solo una mera y exorbitante cifra.

(6) Mas, lo sugerentemente llamativo de dicho pedido de negociación es que el mismo ya se había hecho en octubre de 2019 y, por tanto, ya estaban corriendo los plazos correspondientes para que hubiera, o no, una solución acordada. A su vez, sorprende de dicha comunicación de febrero de 2020 que la misma se haya remitido también a las autoridades que todavía no habían asumido (Presidente de la República Luis Lacalle Pou) (Segunda Notificación de febrero de 2020, Doc. 2).

(7) Como se verá en esta denuncia penal, con la excusa infundada de evitar un supuesto juicio millonario que la empresa haría al Estado Uruguayo, los negociadores, de manera absurda, inverosímil e inexplicable, acuerdan otorgar un monopolio privado y otra cantidad de beneficios que se describirán en el texto del presente escrito.

(8) Para ello, los denunciados perpetraron una serie de estratagemas y actos engañosos varios, que evidencian una clara simulación para conferir un beneficio indebido a la empresa, en perjuicio de otras empresas y del país, abusando de los poderes conferidos por el cargo que ostentan, violando una multiplicidad de leyes con conciencia y voluntad.

(9) De hecho, los fundamentos por los que la empresa belga demandaría al Estado datan de muchos años atrás, y sin embargo nunca llevó a juicio al Estado, porque dicha demanda sería rechazada de plano.

(10) En este caso, como se verá, no se trata de una cuestión opinable, como sucede en ocasiones, sino que se trata de una estratagema basada en argumentos inverosímiles para justificar el acuerdo, para a través de falsedades jurídicas terminar generando un beneficio indebido a una empresa.

(11) Resulta incluso difícil de calificar, en cuanto a su grosera y rampante ilegalidad, el hecho de que el gobierno tomó semejante decisión sin asesoramiento jurídico y económico alguno, actuando como “dueños del Estado”. Las autoridades rehusaron realizar las consultas y obtener los asesoramientos mínimos que era de orden requerir a los servicios de los organismos especializados en la materia que ellas mismas dirigen, como lo son la ANP y el MTOP. Como se verá más adelante, existen razones para creer que los

profesionales de los organismos están convencidos de la flagrante ilegalidad de las decisiones adoptadas, lo cual pone en contexto la decisión de no involucrarlos.

(12) Más el punto verdaderamente relevante es: ¿acaso a alguien se le ocurriría, siquiera, la idea de **SUSCRIBIR UNA TRANSACCIÓN VALORADA EN MIL QUINIENTOS MILLONES DE DÓLARES Y SIMULTÁNEAMENTE OTORGAR UNA CONCESIÓN MONOPÓLICA POR LA FRIOLERA DE CINCUENTA AÑOS SIN UN SOLO ASESORAMIENTO JURÍDICO Y ECONÓMICO** como insumo de semejante decisión? ¿Qué pudo motivar a las autoridades perpetrantes a incurrir en una ARBITRARIEDAD TAN FLAGRANTE como desechar expresamente el asesoramiento de las decenas y decenas de destacados profesionales con que cuentan el MTOP y la ANP para ESTE CASO PARTICULAR, ESPECÍFICAMENTE?

(13) Asimismo, resulta necesario aclarar hasta qué punto las autoridades tomaron sus decisiones bajo el patrocinio de abogados contratados por la empresa beneficiaria del acuerdo. En un primer momento, las autoridades declararon ante el Parlamento y ante la prensa que la empresa tenía razón en su reclamo y que era necesario modificar el régimen normativo para adecuarlo a sus pretensiones, ya que así lo indicaban los informes jurídicos (al menos cuatro) que las autoridades tenían en su poder. Retenga el Sr. Fiscal actuante este hecho.

(14) Curiosamente, entre los nombres de los abogados invocados se encontraban profesionales que notoriamente habían trabajado o producido informes para la empresa Katoen Natie. Estos informes, se dijo, serían remitidos al Parlamento. Pero finalmente eso no ocurrió.

(15) Posteriormente, se declaró por las mismas autoridades denunciadas que era necesario mantener esos informes en reserva, por lo que ya no serían enviados al Parlamento. Y luego de promovida una acción de acceso a información pública para acceder al texto de los mismos, las autoridades **modificaron nuevamente su versión, pasando a declarar que dichos informes en realidad no existen.** *Se agregan las actas de comparecencia de las autoridades al Parlamento Nacional, donde quedan en evidencia dichas contradicciones (Docs. 9, 12 y 15).*

(16) Nuevamente surge ineludible el cuestionamiento que cualquier observador imparcial haría: ¿qué motivó a las autoridades a sostener un criterio tan versátil? ¿Qué se quiere ocultar cuando se afirma asertivamente que EXISTEN INFORMES QUE NO EXISTÍAN, según se reconoce luego. Todas preguntas que la instrucción fiscal seguramente podrá desentrañar, conjuntamente con los ilícitos cometidos por los denunciados.

(17) Por otra parte, como se verá, se cometieron múltiples ilegalidades e irregularidades graves en el procedimiento, que evidencian la arbitrariedad y el grave abuso con el que actuaron las autoridades de gobierno. Para comenzar, puede apreciarse que durante el procedimiento de aprobación del Reglamento General de Atraque de Buques (Decreto 115/21) y del Régimen de Gestión del Puerto de Montevideo (Decreto 114/21), **el asesoramiento preceptivo de la ANP fue elevado sin la firma del Directorio, el cual no tuvo conocimiento del asunto.**

(18) Sobre el punto, resulta ineludible señalar que el marco legal vigente exige que la ANP asesore al Poder Ejecutivo en forma previa a la prórroga de cierto tipo de concesiones portuarias y antes de aprobar normativa portuaria. Todo esto no sucedió y la prórroga se efectuó sin el asesoramiento preceptivo del Directorio de la ANP, vulnerando la normativa aplicable al caso, como se verá.

(19) Nótese especialmente: no estamos aquí ante un mero expediente de trámite de compra de insumos para el funcionamiento diario de una oficina pública. Estamos aquí ante un acto administrativo de una **trascendencia mayúscula, consistente en la prórroga de una concesión portuaria, nada menos que POR CINCUENTA LARGOS AÑOS**. La normativa vigente **ordena, a texto expreso, que debe existir asesoramiento preceptivo de la ANP, que NO EXISTIÓ**. Al punto que resulta público y notorio, mediante declaraciones públicas de actores políticos integrantes de la coalición de gobierno, que **JAMÁS TUVIERON CONOCIMIENTO DEL PUNTO**. Tal escandalosa violación de una norma expresa de derecho positivo, en un tema tremendamente trascendental para el futuro de nuestro país, resulta de una arbitrariedad indiscutible y contundente,.

(20) El referido acuerdo también amplía el plazo de la concesión de forma ilegal, excediendo el límite legal permitido. Pero, además, y lo que es mucho peor, se modifican los elementos esenciales del contrato de manera ilegítima, en beneficio de la empresa. El

Gobierno debió realizar un procedimiento competitivo y sin embargo incumpliendo con las normas de contratación administrativa resolvió otorgar directamente y de manera flagrantemente ilegítima. el monopolio de contenedores a la empresa KNG.

(21) En definitiva, como se demostrará a continuación, hubo un accionar **ilegal y delictivo de parte de quienes participaron en el perfeccionamiento de este acuerdo y de quienes, luego de suscripto el mismo, trabajaron en la elaboración del ordenamiento jurídico reglamentario ilegal también, para hacer que el mismo pudiera cumplirse. Que por el secretismo que celosamente se cultivó por los perpetradores increíblemente ni siquiera sabemos a ciencia cierta quiénes fueron.** En forma secreta, y a escondidas hasta de los propios integrantes de la coalición de gobierno, se firmó un acuerdo que es ilegal porque contravenía las normas jurídicas, desde la Constitución de la República hasta la Ley de Puertos N° 16.246 y la Ley que creó la concesión de TCP (Ley N° 17.243, artículo 20), entre otras.

III. ANTECEDENTES NORMATIVOS

i. El régimen legal de los servicios portuarios en la Ley de Puertos N° 16.246

(22) La ley N° 16.246 de 8 de abril de 1992, conocida como “Ley de Puertos”, significó un cambio de paradigma en la forma en la cual se prestan servicios portuarios en nuestro país. Se pasa de un paradigma monopólico-estatal para las operaciones portuarias a un régimen privado de libre competencia entre los diferentes operadores.

(23) En el esquema vigente hasta 1992, la Administración Nacional de Puertos prestaba en forma directa la casi totalidad de los servicios portuarios. La reforma proyectada apuntaba a una introducción paulatina de empresas privadas en la actividad, pero una de las principales preocupaciones de las autoridades de la época, tal como se puede apreciar en la historia fidedigna de la sanción de la norma y en su propio texto, fue la de asegurar la libre competencia entre estos nuevos actores privados. Esto fue así porque la actividad portuaria presenta incentivos para la colusión particularmente fuertes y las consecuencias negativas para la población en ese caso son especialmente significativas. Esto fue perfectamente comprendido por nuestros legisladores casi tres décadas atrás.

(24) En este sentido, el Dr. Durán MARTINEZ (hoy abogado representante de Katoen Natie y expresando una posición contraria, Doc. 10) manifestaba correctamente que la libre competencia de la ley de puertos se aplica de conformidad con las prescripciones de la ley N° 16.246 (Arts. 7, 13 y 23). *“Vale decir, la ley impone al Poder Ejecutivo el deber de garantizar que se cumpla efectivamente la libre competencia. Al aprobar así una concesión, permiso o autorización de los previstos en el artículo 11, literal B) de la ley, no podrá hacerlo si esa libre competencia no está asegurada”*. (Durán Martínez, Augusto. *La Licitación para la Explotación de la Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo Monopolio de Hecho*. Casos de Derecho Administrativo, Vol. I, 1999, pág 179).

(25) El artículo 7 de la Ley de Puertos N° 16.246 es concluyente en cuanto a que el Poder Ejecutivo velará para que aquellos servicios que se presten en régimen de libre competencia se efectúen en condiciones tales que efectivamente la garanticen, reservándose en todo caso el derecho de fijar tarifas máximas para tales servicios.

(26) El Artículo 13 además expresa que la Administración Nacional de Puertos tomará las medidas jurídicas y prácticas pertinentes a efectos de evitar la formación de monopolios de hecho y, cuando ello no fuere posible, establecer garantías que aseguren su control (literal B, Artículo 13).

(27) Dentro de este nuevo marco legal, los gobiernos de la época intentaron en al menos cuatro ocasiones concesionar una terminal especializada en contenedores a empresas privadas, con la expectativa de que se invierta en mejorar la infraestructura con maquinaria específica para la operación de contenedores. Esta terminal se instalaría en la zona conocida como “muelle de escala”, pasando la escollera Sarandí. Estas cuatro licitaciones resultaron fallidas por distintas razones; en un caso porque distintos interesados argumentaron con éxito que los términos de la licitación llevarían a que el concesionario monopolizara el negocio de la operación de contenedores, lo cual sería contrario a las disposiciones de la Ley de Puertos, y en otro caso porque trascendió que el Ministro de Transporte y Obras Públicas de la época José Luis Ovalle, en el marco de contactos mantenidos con interesados, podría haber incurrido en un delito de concusión, según resultó público y notorio por un escándalo político producido en dicha ocasión.

ii. La concesión otorgada a Terminal Cuenca del Plata S.A. (TCP)

(28) Frente a las dificultades que se habían presentado durante la década anterior para concesionar la terminal especializada, la administración entrante en el año 2000 propuso un esquema regulatorio diferente. La propuesta consistía en acudir al mecanismo **del artículo 188 de la Constitución de la República**, creando una sociedad de economía mixta a la cual se le adjudicaría en forma directa la concesión de la terminal.

(29) En lugar de seguirse un procedimiento competitivo para la selección del concesionario, el procedimiento competitivo (subasta pública) tendría por objeto la venta del 80% del paquete accionario de la sociedad que ya tenía adjudicada la concesión. Esto consolidaría un esquema en el que una empresa privada tendría el control de la terminal, pero el Estado, a través de la ANP, recibiría el 20% de los beneficios. La sociedad creada bajo este esquema se llama Terminal Cuenca del Plata S.A. (TCP), y el 80% restante del paquete accionario fue a la postre adquirido por el grupo Katoen Natie (KNG).

(30) El mencionado artículo 188 exige que la asociación del Estado con privados se haga mediante previa autorización del Poder Legislativo. **Esta autorización se confirió a través del artículo 20 de la ley 17.243 de 29.06.00, el cual regula las condiciones en las que se efectuaría la asociación con privados, pero también establece algunas reglas mínimas de operación de la terminal.**

(31) A los efectos de la presente denuncia, es importante destacar lo que se dispone en el literal C) de la norma cuando dice que: *“Se establecerá una tarifa máxima a usuarios y un canon a pagar a la Administración Nacional de Puertos, que la reglamentación fijará en ambos casos por contenedor”*, y particularmente lo que se dispone en el literal D), el cual dice: *“Se asegurará la prestación de servicios en igualdad de condiciones a todos los que los soliciten, manteniendo la continuidad y regularidad de los mismos, **y no se comprometerá restricciones para operar en otros sectores del Puerto de Montevideo.**”*

(32) La *ratio legis* de esta disposición es fácil de comprender. Intentos anteriores de concesionar la terminal habían fracasado debido al riesgo de que el marco regulatorio en el que se planteaba la concesión derivara en un monopolio privado en el negocio de la operativa de contenedores, negocio que en aquel momento ya representaba el principal rubro logístico

del comercio exterior y que desde entonces no ha parado de crecer. Los legisladores de la época le señalaron de esta manera al Poder Ejecutivo que cuando se redactaran los términos del contrato de concesión (el cual estaría contenido en el decreto reglamentario de la norma legal que se acababa de aprobar) se aseguraría que en el resto de los muelles del puerto se permitiría ingresar en el negocio de los contenedores a cualquier otro operador portuario que lo desee. Esto quedó perfectamente reflejado en la historia fidedigna de la sanción de la ley y particularmente en las versiones taquigráficas de la interpelación al ministro Lucio Cáceres promovida en julio del año 2001, en las cuales se explica con toda claridad que el operador de la terminal competiría en igualdad de condiciones con otras empresas (extracto de versiones taquigráficas Doc. 3).

(33) El artículo 20 de la ley 17.243 fue reglamentado por el decreto 137/001. Este decreto aprobó un reglamento conocido como “Régimen de gestión” de la terminal de contenedores, y a los efectos de la presente denuncia es fundamental conocer lo que decía su artículo 3.5: *“Marco de competencia interna. La Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo”*. Como podrá observarse, este art. 3.5 no hacía más que reflejar lo que dispone el lit. D) del art. 20 de la ley 17.243.

(34) **Como resultado de este esquema regulatorio, la operación de contenedores en el Puerto de Montevideo quedó estructurada de manera tal que los buques portacontenedores tendrían la opción de atracar en la terminal privada o de hacerlo en la terminal pública (conocida en la jerga portuaria como “los muelles públicos”). En este último caso, las navieras tendrían la opción de contratar a cualquiera de los distintos operadores autorizados para efectuar la carga y descarga de contenedores.** Con el paso de los años, la empresa Montecon S.A. fue captando una parte importante de la operativa de contenedores en los muelles públicos, pero en los registros de la ANP figura una decena de empresas autorizadas a realizar dicha operativa, y el marco legal y reglamentario vigente hasta abril de este año permitía el libre ingreso de otras empresas al mercado.

(35) Este esquema había sido pacíficamente aceptado por todos los operadores portuarios hasta el presente año y jamás había sido puesto en tela de juicio (con una excepción que se explicará en el apartado siguiente).

(36) Sin embargo, en el acuerdo firmado por el gobierno con la empresa Katoen Natie se pactó que el gobierno aprobaría un régimen de gestión nuevo, **cuyo texto fue increíblemente incluido in totum dentro de los anexos del referido acuerdo**. Como se verá, el nuevo régimen de gestión le da a este art. 3.5 una función diametralmente opuesta. O sea; en el acuerdo que se firmó con la empresa el 25 de febrero de este año efectivamente se cedió o se comprometió una facultad regulatoria que es competencia del Poder Ejecutivo, al darle a una empresa privada el derecho de definir si se pueden o no modificar las reglas administrativas que rigen las prioridades de atraque de buques dentro del Puerto de Montevideo.

(37) Como se dijo, el texto del nuevo Régimen de Gestión incluido en el acuerdo fue convertido en norma de alcance general el día 21 de abril, a través de la aprobación del referido decreto 114/021. El nuevo texto **sustituye**, entre otras, el texto del art. 3.5 transcrito más arriba, **ELIMINANDO TODA REFERENCIA A LA LIBRE COMPETENCIA**. En su lugar, con la excusa de comenzar a cumplir con un artículo de un decreto anterior al decreto 137/001, **se modifica el régimen de gestión creando un régimen que, tal como se demostrará más adelante, implica conferir un monopolio privado por vía administrativa, usurpando flagrantemente competencias que corresponden al Poder Legislativo, todo con la finalidad de generar un beneficio ilícito para una empresa en particular, perjudicando gravemente los intereses de otras empresas y del Estado**.

(38) La meridiana claridad del régimen normativo que se sustituye evidencia que quienes negociaron por parte del Estado actuaron con plena conciencia y voluntad de estar otorgando beneficios ilegales a su contraparte

(39) ¿QUÉ VALIDEZ LEGAL PUEDE TENER UN ACUERDO PARTICULAR QUE SE DA DE BRUCES CONTRA, AL MENOS, DOS LEYES COMO SON LA LEY DE PUERTOS Y EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY N° 17.243?

(40) ¿HACE FALTA SIQUIERA ALEGAR LA INDISCUTIBLE RELEVANCIA PENAL DE QUE EL ESTADO HAYA INTENTADO TORCER LAS NORMATIVA JURÍDICA VIGENTE, QUE PACÍFICAMENTE SE APLICÓ DURANTE DÉCADAS CON TAL DE BRINDARLE UN BENEFICIO INDEBIDO A UNA EMPRESA?

iii. Litigios entre Katoen Natie y la ANP. La sentencia del TCA 330/2008.

(41) Si bien la libre concurrencia entre la terminal especializada y los operadores de contenedores en muelles públicos no había sido hasta tiempos recientes objeto de ningún tipo de inconvenientes, con el paso de los años se produjeron litigios en torno a otras cuestiones; principalmente, con relación al tipo de maquinaria que los distintos operadores estaban autorizados a utilizar.

(42) En efecto, KNG sostuvo históricamente que la terminal especializada en contenedores era el único sector del puerto en el cual estaba permitido operar contenedores utilizando las denominadas “grúas pórtico”. Este tipo de grúa, que se opera mediante rieles adosados al piso, constituye la manera más eficiente de cargar y descargar contenedores. La alternativa es utilizar las denominadas “grúas móviles”, que tienen una menor productividad y constituyen el único tipo de grúa que se utiliza hasta la fecha en los muelles públicos.

(43) En el año 2003 la ANP se propuso llevar adelante una licitación para dar en concesión una parte de los muelles públicos para crear una “terminal polivalente”; esto es, una terminal que operaría con distintos tipos de carga, incluyendo contenedores. Los pliegos en cuestión preveían la instalación de grúas pórtico específicas para la operación de contenedores. La empresa TCP promovió una acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) contra la resolución que disponía este llamado a licitación, argumentando que en ningún área fuera de la terminal especializada en contenedores se podían operar contenedores utilizando grúas pórtico.

(44) El TCA falló en contra de la acción promovida por la empresa en sentencia 330/2008 (Doc. 4). En sus considerandos, se señala que la pretensión de ser la única empresa operando contenedores con grúas pórtico en el Puerto de Montevideo le convertiría en un monopolista, lo cual la Constitución sólo permite - según el Tribunal - mediante ley formal aprobada por mayoría especial. La sentencia dice textualmente *“La posición de la actora sobre cómo debe ser la competencia entre las empresas que operen en el Puerto, no se desprende de la normativa que regula la situación: ni el art. 20 de la ley 17.243, ni su decreto reglamentario N° 137/001 disponen un apartamiento a este principio, asegurando exclusividad al titular de la Terminal de Contenedores”*.

(45) Este antecedente es sumamente relevante, puesto que marca claramente que, de acuerdo a nuestro principal órgano jurisdiccional en materia administrativa, el marco

normativo asegura la libre competencia entre la terminal especializada en contenedores y las empresas que operan en los demás muelles del puerto. Quienes negociaron el acuerdo entre el Estado y el grupo Katoen Natie no podían desconocer la existencia de este precedente que pone en un serio entredicho las posibilidades de que prosperara un litigio a nivel nacional o internacional basado en la violación de una supuesta prioridad, exclusividad o monopolio en favor de la terminal de contenedores.

(46) Como se observará más adelante, los denunciados justificaron la entrega de este beneficio exorbitante para la empresa, valuado en más de USD 2.000 millones (y que tiene su correlato en un perjuicio de valor similar para el Estado, así como para otras empresas y sus trabajadores) en la necesidad de evitar un litigio inminente que el Estado no tenía posibilidad alguna de ganar, cuando todos los antecedentes apuntan directamente a lo contrario.

iv. Alegado (por la empresa beneficiaria del monopolio concedido), e inexistente, incumplimiento del art. 72 del decreto 183/994. La nota de 15 de noviembre de 2015.

(47) En noviembre del año 2015, la empresa Katoen Natie envió una nota a la ANP reclamando por un supuesto incumplimiento del artículo 72 del decreto 183/994 (Doc. 5). Para ese entonces la norma en cuestión llevaba más de 20 años de aprobada y la empresa había usufructuado la concesión por casi 15 años; sin embargo y llamativamente, es el primer registro existente de un potencial reclamo de la empresa relacionado con ella.

(48) El texto de dicho artículo dice, en lo sustancial: “*Normas específicas para operación de contenedores. Las actividades de operación de contenedores estarán concentradas en las instalaciones especializadas a este fin. La operación de contenedores en los muelles de carga general será autorizada solamente en caso de ocupación de las instalaciones especializadas, siguiendo la normativa interna de la Administración Portuaria y las directivas del Capitán de Puerto en materia de prioridades de atraque o por la aplicación de normas que establezcan tarifas especiales. En los muelles a cargo de la Administración Portuaria, no se permitirá la operación directa de contenedores a embarcar o desembarcados salvo que, por su carga, resulte obligatorio (...)*”. En la nota mencionada, la empresa Katoen Natie afirmaba (sin desarrollar ni fundamentar por qué) que se estaba incumpliendo con dicho artículo y consultaba cuándo comenzaría a aplicarse.

(49) La ANP cursó a la empresa una respuesta propuesta por el propio Gerente de su Asesoría Jurídica, Dr. Edgardo Amoza (Doc. 6). En dicha respuesta la ANP informa que el art. 72 del decreto 183/994 debe leerse en consonancia con otros artículos del mismo decreto que refieren a la solicitud de muelle por parte del buque (la nota refiere, sin nombrarlo, al art. 59), lo cual significa que el Capitán del Puerto debe en primer lugar considerar adónde está solicitando asignación de muelle el buque; esto es, si se trata de un buque que solicita ir a la terminal especializada o a los muelles públicos. La respuesta de ANP implica que, en primer lugar, se debe enviar el buque a la terminal o a los muelles públicos, según lo que solicita. En segundo lugar, explica dicha nota que las “instalaciones especializadas” a las que hace referencia dicho artículo están relacionadas al muelle que solicite el buque, lo cual significa que, si un buque solicita atracar en los muelles públicos, se debe dirigir a la sección de los muelles públicos destinada a la operación de contenedores.

(50) De manera que la posición del Estado uruguayo sobre el punto era clara y contundente (expresada por el propio Gerente Jurídico de ANP): el artículo 72 del decreto 183/994 NO se estaba incumpliendo en modo alguno, y no asistía razón a Katoen Natie en su reclamo. La instrucción fiscal podrá determinar si, entre otras cosas, esta sólida, y fundada posición jurídica, expresada nada menos que por la más alta jerarquía jurídica de la ANP, fue el motivo por el cual **se excluyó expresamente a TODOS LOS SERVICIOS PROFESIONALES DE ANP Y EL MTOP de asesorar sobre un secreto acuerdo, PROBABLEMENTE EL MÁS IMPORTANTE DE LA HISTORIA DE LA POLÍTICA PORTUARIA ESTATAL**, por el que se **OTORGA UN MONOPOLIO A KATOEN NATIE POR EL PLAZO DE CINCUENTA AÑOS, ACRECENTANDO, A SU VEZ, EL VALOR DE LA EMPRESA EN AL MENOS 2.000 MILLONES DE DÓLARES.**

(51) La respuesta de ANP implica que no se estaba registrando ningún incumplimiento del decreto de 1994 y que la terminal especializada no podía reclamar ningún tipo de prioridad o exclusividad con base en esa norma. Esta interpretación de la ANP hace a este artículo compatible con la Ley de Puertos y con lo que disponen otras normas posteriores, en particular el art. 20 de la ley 17.243 y el art. 3.5 del Régimen de Gestión (decreto 137/001), referidos más arriba, en cuanto garantizan la libre concurrencia entre la terminal

especializada y los muelles públicos. No se tiene registro de ninguna objeción o réplica formulada por la empresa a partir de esta respuesta.

(52) Como se verá más adelante, el grupo KNG amenazó con iniciar un juicio basado en el incumplimiento de este artículo ya que, en su opinión, la correcta aplicación del mismo implica impedir que se operen contenedores fuera de la terminal TCP. Esta interpretación, distinta de la de la ANP, fue aceptada como una verdad jurídica indiscutible sin análisis alguno por los negociadores del Estado y sin explicar por qué se apartaron de la interpretación de la ANP, a pesar de que es una interpretación absurda, porque el artículo no habla de “terminales especializadas”, sino de “instalaciones especializadas”. En 1994, cuando se aprobó ese decreto, no se había todavía concesionado ninguna terminal, por lo cual el puerto en su totalidad consistía de muelles públicos; mal podía establecer una prioridad en favor de una terminal que no existía. Pero además, dicha interpretación entraba en franca contradicción con las normas legales y reglamentarias anteriores y posteriores que aseguran la libre competencia portuaria y con las normas constitucionales que requieren ley para la consagración de monopolios.

(53) Esto constituye otro elemento adicional que no podía ser desconocido por los negociadores del acuerdo que representaban a la empresa ni por los que representaban al Estado. La libre competencia entre los muelles públicos y la terminal especializada no es una cuestión jurídica opinable, sino que se trata de un elemento evidente y que hasta la firma del acuerdo, estuvo pacíficamente aceptado por todos los expertos en la materia, incluyendo a asesores jurídicos del grupo KNG (Durán Martínez, Augusto. Casos de Derecho Administrativo, Vol. VI, 2010, pág. 78-79. También en doc. 10). Es público y notorio además que para la ANP la terminal TCP nunca gozó ni debió gozar de ninguna prioridad ni exclusividad, lo cual, sumado al precedente del TCA ya mencionado, implica que el Estado contaba con sobradas defensas frente a una posible instancia jurisdiccional nacional o internacional en la que se pretendiera otra cosa.

IV. LA “AMENAZA DE JUICIO” Y EL ACUERDO ENTRE EL ESTADO URUGUAYO Y EL GRUPO KNG

(54) Tal como viene de afirmarse, el estado de situación descrito en el apartado anterior (libre concurrencia entre la terminal especializada y los distintos operadores de los muelles públicos) fue pacíficamente aceptado por todos los actores del mercado, incluyendo (al menos hasta el año 2015) a la propia Katoen Natie. El litigio que se saldó con el dictado de la sentencia del TCA N° 330/2008 giraba en torno al tipo de grúas con las que se podían operar contenedores fuera de la terminal especializada, pero no se discutía el derecho de operar contenedores en los muelles públicos. También hubo hacia el año 2009 acciones relacionadas con la posibilidad de la concesión de una segunda terminal privada de contenedores (que no se concretó) y otras vinculadas a la regularidad de la manera en que el principal competidor de la terminal TCP (esto es Montecon S.A.) hacía uso de espacio portuario. Sin embargo, el derecho de que otras empresas compitan con la terminal TCP desde los muelles públicos jamás había sido puesto en tela de juicio hasta ahora, salvo - tímidamente - por la nota de fecha 18 de noviembre de 2015 referida más arriba.

(55) El día 15 de octubre de 2019, la empresa Katoen Natie cursó una nota a Presidencia de la República (Doc. 1.9, agregado en la parte final del acuerdo) notificando la existencia de un diferendo, de conformidad con las disposiciones del Tratado de Protección de Inversiones (TPI) firmado entre nuestro país y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. El TPI dispone el inicio de un período de consultas en forma previa al inicio de acciones formales.

(56) En los primeros cien numerales de la referida nota, la empresa construye una narrativa según la cual los términos de la concesión del año 2001 le garantizaban a TCP ser la única terminal especializada en contenedores, y sin embargo, distintas decisiones de la administración portuaria - decisiones que la empresa considera ilegales - le fueron permitiendo a su principal competidor Montecon S.A. convertirse en una “terminal especializada en contenedores *de facto*” que le quitó mercado al estar beneficiada por supuestos subsidios implícitos.

(57) Es importante destacar que esta pretensión de ser la única “terminal especializada” no es lo mismo que la pretensión de ser el único operador de contenedores. En los primeros cien numerales de la nota no se discute el derecho de que otros operadores manejen contenedores en muelles públicos, siempre que no adquieran el carácter (vagamente definido) de ser una “terminal”. Puede afirmarse que en los primeros cien numerales de la nota, lo que denuncia el

grupo KNG no es el simple hecho de que la empresa Montecon S.A. haya operado contenedores en los muelles públicos, sino el hecho de que - en su opinión - se haya “adueñado” de parte de los mismos.

(58) La nota deja entrever que el reclamo giraría en torno a las pérdidas ocasionadas por haber resignado mercado en los últimos años debido a esta supuesta competencia desleal de la empresa Montecon S.A. (sin cuantificarlas), pero esta narrativa, en principio, no ponía en tela de juicio el derecho de Montecon S.A. u otras empresas de operar contenedores en muelles públicos.

(59) De hecho, en un pasaje de su nota (numeral 40) Katoen Natie *afirma expresamente que el marco legal garantiza ese derecho*, señalando: “*El Artículo 20 de la Ley 17.243 establece, en otras palabras, que su propósito es el desarrollo de la Terminal por el concesionario para posicionar el Puerto como puerto de trasbordo, sin perjuicio de la competencia, prevista en dicha normativa, con los muelles públicos*”.

(60) Recién sobre el cierre de la argumentación de Katoen Natie, en el numeral 102 de la nota, aparece por primera vez un cuestionamiento a la libre competencia entre los muelles públicos y la terminal, y lo hace en franca contradicción con el numeral 40 recién señalado: “*De la misma manera que la ANP ha desconocido la reglamentación y la Ley de Puertos, también desconoce el Decreto 183/1994 que organiza el puerto, **permitiendo operaciones en los muelles públicos que el decreto expresamente prohíbe** y que integra el régimen jurídico de la concesión de TCP, en la práctica, ignorándolo completamente. En una reciente resolución de su Directorio, la ANP ha desestimado una petición de la TCP para la aplicación de ese Decreto, en especial, de su artículo 72.*”. Obsérvese de qué manera este numeral 102 contradice de forma directa el numeral 40 transcrito en el párrafo anterior.

(61) Nótese que aquí Katoen Natie está haciendo referencia a la respuesta dada por la ANP a su nota de noviembre de 2015 analizada más arriba, pero no hace referencia a la interpretación de la ANP ni aporta absolutamente ningún elemento que contradiga la interpretación que hizo la ANP al negar su petición. Este soslayamiento de la interpretación del artículo que hizo la ANP es aún más claro en el acta N° 2 (anexa al acuerdo, documento 1.8) firmada entre los negociadores del gobierno y de la empresa. En esta acta se incluye un capítulo de antecedentes que no hace ninguna mención a la interpretación que hizo de este

artículo la ANP en la nota mencionada, a pesar de que debió ser conocida por ambas partes. Esto pone en serio entredicho las afirmaciones que, como se verá más adelante, hicieron las autoridades en el sentido de que se enfrentaron a incumplimientos evidentes por parte del Estado frente a los cuales no había defensa posible, más que allanarse a las pretensiones de la empresa. Lo que surge de estos antecedentes es un verdadero ocultamiento de las defensas que tendría el Estado frente al litigio que supuestamente se iba a iniciar.

(62) Es importante tener esto presente para comprender que, si bien la supuesta prohibición de operar contenedores en los muelles públicos basada en cierta interpretación del art. 72 del decreto 183/994 aparece en la argumentación inicial de la empresa, esta lo hace de manera tímida, *recién en el punto N° 102 de la nota, como una pretensión subsidiaria* y en franca contradicción con otras afirmaciones de la propia empresa según las cuales el marco legal garantiza la libre competencia entre la terminal y los muelles públicos. La empresa pretendía en un primer momento ser indemnizada por la supuesta competencia desleal de sus competidores, pero su pretensión principal no consistía originalmente en la eliminación total de toda competencia. Sin embargo, como se verá a continuación, **cuando comenzaron las actuaciones de los negociadores designados por el nuevo gobierno, la pretensión de la empresa cambia y deja de enfocarse en los supuestos beneficios ilegales recibidos por su principal competidor; con la aparición de los nuevos negociadores, la pretensión de la empresa transmuta en otra mucho más beneficiosa para sus intereses.**

(63) En el interín, en febrero de 2020, a pocos días de que asumiera la nueva administración, la empresa Katoen Natie, había enviado al Poder Ejecutivo una reiteración del pedido de negociación. En la nota se expresa por primera vez el supuesto monto del reclamo, el cual *valoraban en 1500 millones de dólares aproximadamente, sin agregar ningún elemento que respalde la cifra*. Lo llamativo de dicho pedido de negociación es que el mismo ya se había hecho en octubre de 2019 y, por tanto, ya estaban corriendo los plazos correspondientes para que hubiera o no una solución acordada; la función de esta segunda nota parece agotarse en asociar una cifra al reclamo. A su vez, sorprende de dicha comunicación de febrero de 2020, que la misma se haya remitido también a las autoridades que todavía no habían asumido (Presidente de la República Luis Lacalle Pou) (Segunda Notificación de febrero de 2020, doc. 2).

(64) El día 6 de mayo de 2020, apenas unas pocas semanas después de asumir su rol, el ex Ministro Heber en carácter de negociador del Estado firmó un acta (Doc. 1.8) en la que se comenzaron a delinear las características del acuerdo al que se proponía arribar. En este documento ya puede observarse, en particular en sus numerales 2 a 6, que se acordó dar a la terminal especializada beneficios que no estaban reclamados en las notas con las que se abrieron las negociaciones. Estas reglas se presentan como necesarias para comenzar a cumplir con el art. 72 del decreto 183/994, pero para cualquier persona con mínimos conocimientos de la operativa portuaria resulta evidente que el cumplimiento de esa norma configura una simple excusa, y lo que se pretendió realmente es otorgar el monopolio de la operación de contenedores a la empresa Katoen Natie, sin hacer uso de la palabra “monopolio”.

(65) En efecto, estas reglas que el Estado se comprometió frente a la empresa a convertir en normas de carácter general mediante la aprobación de los decretos correspondientes, son básicamente dos.

(66) La primera consiste en obligar a los buques portacontenedores a atracar en la terminal especializada (lo cual implica prohibir que atraquen en los muelles públicos), salvo que la terminal especializada se encuentre completamente ocupada. En este último caso, el buque en cuestión que no desee atracar en TCP deberá de todas maneras esperar que la ocupación plena de la terminal se mantenga durante más de 24 horas, y recién en ese caso podrá la autoridad portuaria permitir que el buque atraque en muelles públicos.

(67) En realidad, las navieras trabajan con operadores de contenedores con los cuales tienen contratos estables, por lo que cada buque ya sabe con qué operador va a trabajar mucho antes de arribar a puerto. *Ninguna naviera está dispuesta a arriesgar potenciales esperas de 24 horas, ya que la detención del buque implica pérdidas de miles de dólares por cada hora incurrida y la interrupción de sus rutas.* Por tanto, una vez que esté operativa esta regla, todas las navieras se verán forzadas a rescindir sus contratos con operadores de muelles públicos y comenzar a trabajar en exclusiva con la terminal especializada. Es por demás evidente que esta regla caprichosa está diseñada para obligar a los operadores de los muelles públicos a abandonar el mercado y evitar que puedan surgir nuevos.

(68) La segunda regla que consolida el monopolio establece que el Estado se compromete a no concesionar una segunda terminal de contenedores, salvo que la terminal TCP trabaje con una ocupación promedio superior al 85% durante más de dos años consecutivos. Esta excepción que permitiría la instalación de un competidor de la empresa TCP es completamente inoperante por varias razones. En primer lugar, porque el acuerdo prevé expandir la terminal hacia una capacidad que prácticamente duplica el movimiento total de contenedores que tiene hoy todo el puerto en su conjunto, lo cual significa que al terminar dicha expansión la terminal trabajará muy por debajo de ese 85%. Esta sobrecapacidad con la que operará la terminal ha sido incluso reconocida en prensa por voceros de la empresa, y el operar con capacidad excedentaria es uno de los elementos que caracterizan a los monopolistas. Pero, además, si en algún momento futuro la cantidad de movimientos de contenedores comenzara a aproximarse a esa barrera, la terminal podrá fácilmente reducir la cantidad de operaciones, elevando sus precios, para asegurarse de trabajar permanentemente por debajo de la barrera del 85%.

(69) Esta posibilidad de regular su nivel de ocupación a través de los precios es un mecanismo que el acuerdo firmado con la empresa le permite utilizar, ya que conjuntamente con el otorgamiento del monopolio, expresamente se deja librada a la empresa la determinación de casi todos los precios que la terminal puede percibir, eliminando ciertos topes de precios que habían sido establecidos en el contrato original. Esta desregulación de precios también es por sí sola violatoria de varias normas, en particular del lit. C) del artículo 20 de la ley de creación de la terminal (la ya mencionada ley N° 17.243).

(70) Pero por si esto último no fuera suficiente para garantizar que la terminal opere siempre por debajo del umbral que daría lugar al ingreso de un competidor, el acuerdo agrega otra salvaguarda adicional para los intereses de las compañías KNG. La cláusula 2.3 del acuerdo (1.1) le da derecho a TCP a expandir su capacidad y obliga a la ANP a autorizar las obras de infraestructura que necesite para lograr esa expansión, lo cual le da todas las garantías que pueda necesitar para trabajar siempre por debajo del umbral del 85% de ocupación anual media y así evitar indefinidamente el ingreso de cualquier competidor. Y esto no es todo; también se obliga a que, si de alguna forma se superaran todas estas barreras, el concesionario de la segunda terminal iguale las inversiones realizadas por el grupo KNG, lo cual obligaría a por lo menos duplicar en forma instantánea la capacidad del puerto,

haciendo completamente inviable la inversión - y por lo tanto, la entrada de un competidor. Esto significa que aún si operara por encima de ese promedio anual de 85% durante más de dos años (lo cual implica ocupación plena), y KNG no quisiera ejercer el derecho de hacer inversiones adicionales para aumentar su capacidad, de todas formas, esa condición de igualar la capacidad de TCP haría improbable que logre concesionarse una segunda terminal.

(71) Como puede verse, los términos del acuerdo por un lado **prohíben la operación de contenedores fuera de una terminal especializada, y por otro, le dan al concesionario la posibilidad de bloquear indefinidamente la entrada de una segunda terminal especializada. La suma de estas dos reglas configura un clarísimo caso de monopolio concedido por decisión de la autoridad, contrariando una serie de leyes, decretos y la propia Constitución de la República.**

(72) El acuerdo además permitió prorrogar por la **friolera de cincuenta años la concesión de TCP, que vencía en el año 2031, lo cual significa que la empresa podrá disfrutar de los beneficios de este monopolio desregulado hasta el año 2081.** Si bien es dudoso que el marco legal permita extender el plazo de esta concesión por tantos años, lo cierto es que lo que se presenta como una mera extensión de plazo **en verdad esconde un contrato totalmente nuevo, al cambiarse las condiciones esenciales del mismo.**

(73) En el año 2001 a la empresa TCP se le otorgó **una concesión en competencia que ahora se transforma en monopólica.** Aún si fuese legalmente admisible la creación de este monopolio, lo cierto es que este **contrato totalmente NUEVO sólo podía válidamente otorgarse tras un procedimiento competitivo,** que obviamente en este caso no se siguió, y habría implicado el ingreso de alguna contraprestación en favor del Estado, que en este caso no existió.

(74) Este punto no es menor. Si bien la doctrina reconoce la posibilidad de realizar *pequeñas modificaciones* en los contratos públicos, esas modificaciones **tienen límites.** Al respecto es muy claro Delpiazzo cuando dice que “*cuando de la modificación deriva para el contratista un beneficio sin que hayan variado las circunstancias tenidas en cuenta al contratar, la antijuridicidad surge con evidencia*” (Contratación Administrativa, FCU, 2019, pag. 306). Como bien explica Delpiazzo, si los nuevos términos contractuales **implican que otros oferentes habrían mejorado su oferta, la modificación no se puede hacer, pues nos**

encontraríamos ante un contrato sustancialmente distinto. En tal sentido, resulta clarísimo que, si en la subasta del 2001 se hubiese estipulado que la empresa tendría el monopolio del movimiento de contenedores, el precio ofertado habría sido bastante superior a los USD 17 millones que pagó Katoen Natie. En cambio, los oferentes (incluyendo Katoen Natie) se enfrentaron a un contrato que decía que la terminal especializada debería competir con los operadores de los muelles públicos y sin ninguna garantía de que no se concedería una segunda terminal. Por si fuera poco, agrega Delpiazzo como otra limitante para la modificación de un contrato, **que no pueden afectarse derechos de terceros, cosa que claramente sucede en este caso, desde el momento que se obliga a la empresa Montecon S.A. y a los demás operadores de contenedores en muelles públicos a retirarse del mercado.** Además de los derechos de toda la sociedad uruguaya que se verá perjudicada por este escandaloso, y secreto, acuerdo, con el exorbitante alcance de regir hasta el año 2081.

(75) A esto debe agregarse que el acuerdo plantea otras modificaciones sustanciales al contrato, entre las cuales se incluye una importante ampliación las áreas concesionadas a la empresa, el otorgamiento sin contraprestación de un predio valiosísimo en la zona de Puntas de Sayago para la instalación de generadores eólicos con el compromiso del Estado de comprar la energía generada a precio de consumidor y un millonario compromiso de dragado que beneficiará de manera casi exclusiva a la empresa. Todo esto implica que aún si fuera cierta la afirmación de que la “prioridad” o “preferencia” no es una innovación del acuerdo, de todas maneras, la modificación contractual acordada sería ilícita, por **otorgar otros beneficios millonarios a la empresa eludiendo expresamente la ley.**

(76) Como puede verse, este nuevo estado de cosas ilegal e inconstitucional se crea bajo la excusa de evitar un litigio cuyo objeto concreto nunca estuvo siquiera claro, con una exótica pretensión valuada tardíamente, y sin sustento alguno, en la antojadiza cifra de USD 1.500 millones, todo con la excusa de cambiar tras 25 años la interpretación que la ANP hacía de un artículo de un decreto, para así asegurarle una supuesta prioridad o exclusividad (en verdad, monopolio) a la terminal especializada, a pesar de que el marco administrativo, legal y constitucional no lo permite.

(77) A esta altura es factible afirmar que la iniciativa de la Empresa de instar una etapa de consultas a los efectos de resolver un posible litigio arbitral futuro e indeterminado, fue

apenas una estratagema para lograr un acuerdo ilegal. Si no fue esta la pretensión inicial, es cuando menos evidente que la pretensión de la empresa transmutó hacia la obtención de beneficios ilegales en algún punto durante el transcurso de las negociaciones, ya que como se explicó, la aspiración de obtener un monopolio a través de la exclusión de la competencia con los muelles públicos no aparecía claramente en los escritos que inician las negociaciones. En todo caso, para consolidar dicha situación se necesitan dos voluntades (la de la empresa, que por supuesto defiende sus intereses económicos) y la de un Estado (omiso o doloso en su accionar) que se preste para conceder beneficios ilegales.

(78) No estaba dentro de sus facultades como negociadores **ni estaba dentro de las facultades del Poder Ejecutivo** (que a la postre validaría lo negociado) conceder estos beneficios, puesto que de este modo **se invaden competencias propias del Poder Legislativo**. Esto no *podía ser de ninguna manera ignorado por los negociadores del gobierno, tanto por su formación como por su experiencia*. Si los negociadores hubiesen requerido el asesoramiento jurídico que era de orden obtener en este caso (punto que se desarrolla más abajo), indudablemente se les habría advertido de la ilegalidad manifiesta en la que se estaba incurriendo, lo cual plantea la duda acerca de cuáles fueron las razones que tuvieron los negociadores para omitir este asesoramiento.

(79) ¿Por qué insistimos en afirmar que este acuerdo fue precedido de una negociación donde la empresa no tenía elementos serios para ir a un arbitraje internacional? Por las normas jurídicas que emergen de la propia concesión:

- Porque el artículo 20 de la Ley 17.243 en su literal D) expresa: “D) *Se asegurará la prestación de servicios en igualdad de condiciones a todos los que los soliciten, manteniendo la continuidad y regularidad de los mismos, y no se comprometerá restricciones para operar en otros sectores del Puerto de Montevideo.*”
- Porque su decreto reglamentario el 137/001 en su artículo 3.5 establece: “3.5 *Marco de competencia interna. La Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo.*”
- Porque el contrato original del año 2001 que firmaron el Estado uruguayo con la Empresa TCP (Katoen Natie) afirma, por referencia al decreto antedicho, que la

Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo. Véase que la cláusula SEGUNDA del contrato de 2001 dice: *“Las partes acuerdan que la sociedad Terminal Cuenca del Plata S.A. efectuará la gestión de la Terminal de Contenedores en el puerto de Montevideo (en adelante “la Terminal”) para su explotación integral, en la forma y condiciones que se especifican en el decreto 137/001, Documento Complementario y Anexos del Poder Ejecutivo de 25 de abril de 2001, el cual se considera parte integrante de este contrato a todos los efectos.”* (Doc. 8, Contrato firmado entre ANP y TCP el 12 de junio de 2001).

(80) Entonces, con todo lo anterior, quedan en evidencia cuáles fueron las condiciones bajo las cuales TCP accedió a realizar la inversión y desarrollar el negocio en la Terminal de Contenedores. Nunca estuvo en duda que la empresa debía competir en régimen de libre competencia con otros sectores del Puerto de Montevideo. Lo dice la Ley madre, lo dice el decreto reglamentario y lo dice hasta su contrato. Toda otra norma que pretenda invocarse con la intención de justificar este acuerdo ilegal suscrito el 25 de febrero de 2021, no tiene ningún asidero.

(81) De manera burda, se le pretende dar relevancia al artículo 72 del Decreto N° 183/994, que establecía el ordenamiento interno del puerto, dándole directivas al Capitán del Puerto para ordenar las prioridades, cuando ni siquiera existía todavía la Terminal Especializada. Un artículo que a la luz de la normativa mencionada más arriba, o bien está derogada por normas superiores del punto de vista jerárquico como es una Ley y por normas posteriores de igual jerarquía como es el Decreto 137/001, o debe interpretarse en la forma que lo hizo la ANP en la nota de marzo de 2016.

(82) Toda la fundamentación de la Empresa y los funcionarios públicos intervinientes en el secreto acuerdo, se basa en un artículo de un Decreto reglamentario viejo, que desconoce leyes posteriores, decretos posteriores e incluso el contenido del propio contrato suscrito por la empresa. Por otro lado, resulta evidente que el acuerdo es un nuevo contrato, porque establece nuevas condiciones totalmente distintas a las fijadas en el original. Lejos de ser una prórroga, es un nuevo contrato.

V. LA INEXPLICABLE Y ESCANDALOSA FALTA DE ASESORAMIENTO DE LAS AUTORIDADES PREVIO A LA FIRMA DEL ACUERDO. LAS DISTINTAS VERSIONES DEL MINISTRO HEBER. EL EXPRESO OCULTAMIENTO DE LOS TÉRMINOS DEL ACUERDO

(83) Si bien la existencia de algún tipo de acuerdo que había puesto fin al diferendo con las compañías del grupo KNG fue dada a conocer oficialmente por el presidente Luis Lacalle Pou el día 2 de marzo del corriente en un discurso frente a la Asamblea General (en los días previos ya se había filtrado un adelanto a la prensa), los términos concretos del acuerdo permanecieron en el más oscuro secreto durante siete semanas más. De hecho, sólo a la postre se supo con certeza que los términos concretos del acuerdo ya estaban formalizados a esa fecha (el documento del acuerdo publicado tiene fecha de 25 de febrero). En aquella oportunidad, sólo se dio a conocer que la empresa renunciaría a su infundada (literalmente: en tanto jamás la fundó) pretensión indemnizatoria, que se extendería el plazo de concesión por 50 años más, que habría algún tipo de compromiso de rebaja de tarifas y que la empresa se comprometía a realizar nuevas inversiones por un total de USD 450 millones. No se informó públicamente de ninguna modificación adicional en los términos del contrato, en el régimen de gestión de la terminal o en el reglamento de atraque de buques, si bien versiones de prensa hablaban de “cambios” en la operativa portuaria y de algún tipo de priorización en favor de la terminal especializada.

(84) A raíz de esa información, como no cabía otra posibilidad ante la magnitud de la cuestión, la Comisión de Transporte y Obras Públicas de la Cámara de Senadores convocó al Ministro Luis Alberto Heber para interiorizarse de lo que se estaba negociando con la empresa. Eventualmente, se fijó para dicha comparecencia la fecha de **21 de abril**.

(85) Esta fecha resulta sumamente importante para entender las contundentes implicancias delictivas de los hechos que en el presente se denuncian. En las próximas páginas se explicará que los denunciados Luis Alberto Heber y Juan Curbelo incurrieron en *numerosas y evidentes irregularidades procedimentales, usurpando incluso funciones que correspondían al directorio de la ANP, y potencialmente antedatando documentos públicos, todo con la finalidad de asegurar que los decretos que cumplen lo acordado se aprueben antes de dar posibilidad a la aparición de objeciones y asegurándose de consolidar el hecho consumado*

antes de que el texto del acuerdo y de los decretos proyectados pudiese ser conocido por la opinión pública, por otros jerarcas de la coalición de gobierno y por integrantes de la oposición. Para ello, debían asegurarse de que la comparecencia frente a la Comisión Legislativa, la publicación de los términos del acuerdo y la aprobación de los decretos coincidieran en una misma fecha, lo cual terminó ocurriendo el mencionado día 21 de abril.

(86) En esa jornada, el Ministro Heber reveló a los senadores de la Comisión por vez primera que el objeto del litigio, que era prácticamente imposible ganar y que se había supuestamente evitado, giraba en torno al incumplimiento del art. 72 del decreto 183/994, y que para comenzar a asegurar su cumplimiento se dispuso modificar la reglamentación (Doc. 9). Sobre las razones que fundaban la necesidad de firmar el acuerdo, expresó: *“Frente a esta situación creíamos –y creemos hasta el día de hoy– que estábamos muy mal parados para enfrentar un juicio y que el camino era acordar. Estoy convencido de ello; es más, **hasta ahora ningún jurista me ha dicho lo contrario.**”*

(87) Ante esta situación, los senadores de la oposición en comisión solicitaron al Ministro que exhiba los informes jurídicos que sustentaban lo acordado. Sobre esto, expresó textualmente: *“Nos piden los informes jurídicos; **hay cuatro informes jurídicos**, pero el que más me interesa a mí es el que nosotros hicimos y vimos con la asesoría jurídica nuestra, con el doctor Rodrigo Ferrés donde analizamos cuáles eran las probabilidades que teníamos con informes jurídicos que también respaldaban y **que vamos a entregarles a todos**”*.

(88) Esto es coincidente con declaraciones formuladas por el Ministro el día posterior a la emisora radial M24 (Programa “Mejor Hablar”, 22.04.21, min. 14:00), en las cuales señaló: *“**Hay cuatro estudios jurídicos que dicen que vamos a perder. Cuatro. Augusto Durán, Carlos Delpiazzo, la catedrática Graciela Ruocco, en fin, hay cuatro estudios que los tengo, pero además nuestro análisis en Prosecretaría y en Presidencia también coincide en que hay un notorio incumplimiento para tener fuerzas o chances en el juicio”***.

(89) La invocación de algunos de estos nombres como autores de dictámenes solicitados por los negociadores del Estado generó preocupación. En el caso del Dr. Durán Martínez, es público y notorio que se trata de un profesional patrocinante del grupo KNG, tal como se confirmó posteriormente en declaraciones que él mismo hiciera en prensa (Doc. 10). En el caso del Dr. Delpiazzo, es conocido el hecho de que en el año 2013 produjo un dictamen para

Montecon S.A. en el que se pronunciaba en favor del derecho de esta empresa de utilizar grúas pórtico en los muelles públicos, por lo que no parecía probable que ahora formule un dictamen abogando en favor de una supuesta prohibición de operar en muelles públicos. Sin embargo, en declaraciones efectuadas posteriormente al Semanario Brecha (Doc. 11), el Dr. Delpiazzo confirmó que sí produjo dos dictámenes relacionados con el diferendo, pero no a solicitud del Estado, sino a pedido del grupo KNG. No se aclaró sobre qué aspectos giraban estos dictámenes. El medio de prensa también se comunicó con la Dra. Ruocco, quien reconoció haber producido un informe, pero no declaró a pedido de cuál de las dos partes. También declaró que su informe “no es sobre el acuerdo, sino por un tema puntual de la Ley de Puertos”.

(90) Frente a estas declaraciones, la Comisión citó al Ministro para que concurra nuevamente el día 5 de mayo, con la expectativa de que ese día se le haría entrega a los senadores de los informes jurídicos que sustentaban la decisión del gobierno. Sin embargo, el ministro se hizo presente en la fecha citada y entregó una serie de documentos que, sorprendentemente, no contenían los informes esperados. Sobre esto, el Senador Charles Carrera consultó (Doc. 12): *“En la oportunidad anterior, el señor ministro hablaba de varios informes jurídicos. ¿Esos son los que nos está entregando? Recuerdo que hizo mención a los doctores Delpiazzo y Durán Martínez, y a un informe del doctor Rodrigo Ferrés.”*

(91) Ante la consulta, el Ministro Heber respondió: *“Hicimos consultas y, basados en ellas, redactamos un informe jurídico de Presidencia de la República sobre nuestra visión. Las consultas no están; fueron solicitadas por el Poder Ejecutivo en su momento. Algunas de ellas fueron recogidas en conceptos en el mismo informe que se va a repartir. Desde Presidencia tenemos el cuidado necesario con el fin de proteger nuestros argumentos, por si el día de mañana existe una instancia judicial; esperamos y creemos que no va a ocurrir. Sin embargo, el Poder Ejecutivo tomó la previsión de no desnudar todos nuestros argumentos, pero sí brindar los informes jurídicos que fueron solicitados en la sesión pasada y que respaldan las decisiones que estamos tomando.”*

(92) En sustitución de los informes de los juristas que se había mencionado previamente, el ministro hizo entrega de un breve informe no membretado, ni fechado, ni firmado (Doc. 13). El Ministro dio a entender que ese informe recogía otros que, por las razones expuestas en el

parágrafo precedente, no podía revelar. Si bien en la instancia se dio a entender que la autoría del informe que se presentó correspondería al Prosecretario de Presidencia, Dr. Rodrigo Ferrés, el informe no lleva firma y en ningún momento el Dr. Ferrés se adjudicó la autoría. Tampoco se explicitó en ningún momento si se trata de un informe producido antes o después de la firma del acuerdo, o si es incluso anterior a la fecha de los decretos que lo consolidan (21 de abril). A juicio de varios de los senadores de la comisión, ese informe no podía ser lo que dio sustento a la decisión de la Administración, debido a su extrema superficialidad. El informe se limita a interpretar el texto del art. 72 del decreto 183/994 sin analizar, por ejemplo, por qué se estaba cambiando la interpretación que históricamente hizo la ANP, de qué modo la decisión del Poder Ejecutivo era compatible con el art. 20 de la ley 17.243, o por qué el artículo del decreto de 1994, con esa interpretación, primaba sobre el decreto de régimen de gestión de la terminal de 2001, que indicaba que la terminal operaría en libre competencia con los otros muelles del puerto.

(93) A raíz de la negativa de las autoridades de proporcionar los informes jurídicos en cuestión, los tres senadores de la oposición integrantes de la Comisión inmediatamente presentaron solicitudes de acceso a la información pública (Doc. 14). En dichas solicitudes se requerían no sólo los cuatro informes jurídicos, sino también los informes producidos por abogados del MTOP y ANP, informes económicos acerca de los reclamos del grupo KNG y de las inversiones propuestas, dictamen del Tribunal de Cuentas y cualquier otro antecedente administrativo.

(94) Pocos días después, el 12 de mayo, el Ministro Heber compareció ante la Comisión de Transporte, Comunicaciones y Obras Públicas de la Cámara de Representantes (Doc. 15). Los representantes le consultaron acerca de los informes jurídicos, pero esta vez el Ministro cambió completamente su versión. Al respecto afirmó: *“Se nos habla de los informes jurídicos. Hay un informe jurídico fundamentado, que fue consultado. Jurídica de Presidencia está dando un informe jurídico nos lo decía el señor diputado Lust- ; hay un informe jurídico; hay consultas que son citadas.(...) Nosotros no tenemos informes directos de gente que escribió libros. Hemos consultado; hemos hablado; (...) ¿Sobre los informes que inspiraron? No hay informes que inspiraron. ¿Hay consultas? Sí; (...) Quizás se entendió mal cuando yo hablé de informes jurídicos y creo que la palabra yo la usé, pero era "consulta jurídica" que se hicieron en Presidencia para tomar, para inspirarse*

y para generar una opinión jurídica concreta, y esa es la opinión del Poder Ejecutivo, la que firmó Rodrigo Ferrés” (el informe referido en realidad no cuenta con la firma del Dr. Ferrés).

(95) Las solicitudes de información pública fueron respondidas los días 8 y 9 de julio (Doc. 16). Del cotejo de la información recibida se constató el faltante de al menos una resolución, lo cual obligó a los senadores a acudir al procedimiento judicial previsto en la Ley de Acceso a la Información Pública para obtenerla. De esta forma, los senadores solicitantes se enteraron, para su sorpresa, que no sólo los informes jurídicos mencionados en una primera instancia por el Ministro Heber no estaban en poder de la Administración, sino que además, no se había participado en modo alguno a los abogados del MTOP ni de la ANP, no se había sometido la modificación contractual a intervención del Tribunal de Cuentas, y de hecho, no se había formado ningún expediente administrativo que documentara los antecedentes de la resolución que aprueba el acuerdo y accede a la modificación del contrato.

(96) Deberemos convenir en que resulta, cuando mínimo, marcadamente llamativo que el jerarca designado por el Estado para negociar ante un eventual litigio valorado en USD 1.500 millones de dólares no requiera la asistencia de ningún abogado, máxime considerando que el jerarca en cuestión no es abogado, que la cuestión versa sobre una materia jurídica muy específica y que la autoridad en cuestión tenía a disposición bajo su línea jerárquica a varios abogados expertos en la materia y disponibilidad presupuestal para contratar consultores externos. Esto se agrava por el hecho de que el acuerdo transaccional al que se llegó (que puede ser calificado de simple allanamiento) incluye el compromiso del gobierno de modificar radicalmente el régimen normativo de la actividad portuaria (de hecho, el acuerdo implica una cuasi delegación de potestades normativas del Estado hacia el grupo KNG, ya que el texto íntegro de dos decretos fue incluido como anexo del contrato, en la práctica imposibilitando cualquier modificación unilateral de los mismos por parte del Poder Ejecutivo). Todas estas modificaciones normativas fueron avaladas por el Ministro Heber, aparentemente, *sin ningún asesoramiento jurídico.*

(97) En las declaraciones del Ministro Heber se observa que se dio a entender que el Dr. Ferrés, prosecretario de Presidencia, podría haberle asistido durante las negociaciones. Si bien es discutible que el patrocinio del Dr. Ferrés sea asistencia suficiente para un asunto de estas características, lo cierto es que su participación **no quedó documentada y, además, no**

fue en ningún momento reconocida por el mismo. Con los elementos con los que se cuenta, sólo es posible afirmar que el Dr. Ferrés asistió al Ministro en la fase de justificación de la decisión frente al Poder Legislativo, y **no durante la negociación ni en forma previa a la aprobación del acuerdo.**

(98) En el presente se está denunciando que existió una confabulación entre autoridades del gobierno y representantes de la empresa KNG para arribar a un acuerdo ilegal y que dichas autoridades no dudaron en eludir los procedimientos administrativos correspondientes y en usurpar las funciones correspondientes al Directorio de la ANP (como se verá más adelante) para lograr que el hecho se consuma sin obstáculos. La inexistencia de asesoramiento jurídico documentado que respalde las decisiones evidencia que las autoridades actuaron con conciencia y voluntad de violar la normativa. Con el material obrante sólo es posible concluir que, o bien las autoridades contaban con informes jurídicos que evidenciaban la ilegalidad del acuerdo y decidieron ocultarlos para intentar salvar su responsabilidad, o tenían la convicción plena de la ilegalidad de los beneficios que se aprestaban a conceder y por tal razón decidieron deliberadamente omitir los asesoramientos que cualquier gestor mínimamente diligente sabría que se requerían.

(99) Los funcionarios expertos en materia portuaria que estaban sujetos a jerarquía de los negociadores fueron groseramente ignorados y esto quedó evidenciado en los recursos que distintos interesados presentaron contra los decretos dictados en cumplimiento del acuerdo. Según se tomó conocimiento, en esos expedientes puede observarse que los abogados de la ANP y del MTOP a los que se les requirió que informen los recursos presentados devolvieron las actuaciones sin informar, señalando que no se les participó en forma previa a la toma de las decisiones, por lo que corresponde que el Poder Ejecutivo sea informado por quien sea que le asesoró. Que increíblemente hasta el día de hoy nadie sabe quién fue.

(100) Por otra parte, contrastando las declaraciones del Ministro Heber a la radio M24 con la investigación del semanario Brecha, se vuelve evidente que los informes a los que hizo alusión el Ministro **tienen que existir**, ya que no es creíble que el Ministro haya deslizado el nombre del Dr. Durán Martínez, del Dr. Delpiazzo y de la Dra. Ruocco por confusión y que, casualmente, todos estos profesionales hayan emitido dictámenes en el marco del litigio. Publicaciones de los Dres. Durán Martínez y Delpiazzo aparecen citadas en el informe

atribuido al Dr. Ferrés que el Ministro presentó a la comisión, lo cual podría dar origen a una confusión (que se sumaría a la casualidad de que estos profesionales fueron a su vez contratados para emitir dictámenes relativos al caso), pero no sucede lo mismo con la Dra. Ruocco, que no aparece mencionada en el informe. Corresponde entonces preguntarse por qué razón estos informes que en algún momento el Ministro afirmó tener en su poder fueron posteriormente ocultados.

(101) Finalmente, cabe señalar que en la interpelación llevada a cabo por la Cámara de Senadores el pasado día 18 de agosto, el ministro Heber modificó su versión acerca de las razones por las cuales decidió que no había posibilidades de ganar el juicio con el que se amenazaba y que, por lo tanto, era necesario firmar el acuerdo. En esta nueva versión, ya no afirma que la interpretación que hace el grupo KNG del art. 72 del decreto 183/994 es la correcta, ni que esta norma tenga preeminencia sobre las leyes y decretos posteriores que garantizan la libre competencia entre la terminal especializada y los muelles públicos. En esta nueva versión, la razón es que el Ministro de la administración anterior, Víctor Rossi, había reconocido que el Estado estaba en falta en el cumplimiento de este artículo.

(102) La nueva versión del ministro es la siguiente (Doc. 17): *“La empresa Katoen Natie quería vender y le consulta a Rossi acerca de si no se iba a aplicar la ley. Y éste contesta algo que es tan claro que no se necesita ser ningún jurista, ningún abogado, para entender que ésta es una confesión de partes y que cualquier instancia judicial la íbamos a perder. Acá tengo el documento oficial del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, que tiene fecha 23 de octubre y lleva la firma del ministro Rossi. Concretamente, dice: «Este ministerio, así como la ANP, debe en su gestión ajustarse a la reglamentación vigente y sus disposiciones reglamentarias, en este caso la Ley de Puertos» –la Ley n.º 16246 del 8 de abril de 1992– «y su decreto reglamentario», el 183/94. Rossi confiesa, por nota, que hay que ajustarse a la Ley de Puertos. (...) Si «debe» ajustarse, es porque no estaba ajustado. Está confesando públicamente y por escrito un elemento indispensable –que iba a ser utilizado en un futuro en una instancia judicial–: que no se estaba cumpliendo con la ley ni con el decreto, porque la ley dice claramente qué hay que hacer”.*

(103) Si se coteja el documento firmado por el Ministro Rossi (Doc. 18) resulta por demás evidente que en esa nota sólo se estaba encabezando la misiva con una referencia genérica al

marco regulatorio de la actividad portuaria y *no hay nada ni remotamente parecido a un reconocimiento de un incumplimiento por parte del Estado*. Nótese que la nota sólo menciona el Reglamento de Operaciones Portuarias en su totalidad, ni siquiera menciona específicamente el art. 72 que sería la base del eventual litigio. Esta versión del Ministro Heber acerca de la motivación que tuvo para firmar el acuerdo es absolutamente inverosímil y absurda, al punto que raya con la falta de respeto hacia la inteligencia del interlocutor.

(104) Todos los hechos precedentemente expuestos descartan la hipótesis de que fue por mera impericia o negligencia que las autoridades incurrieron en diversas irregularidades procedimentales que derivaron en un beneficio ilícito para la empresa KNG y un perjuicio cierto a terceros y al Estado. Los hechos reseñados *sólo son compatibles con la plena conciencia de la ilegalidad que se estaba llevando a cabo y configuran maniobras destinadas a ocultar el carácter ilegal de las decisiones que se tomaron.*

VI. LA INCONSTITUCIONALIDAD Y LAS ILEGALIDADES FLAGRANTES DEL ACUERDO Y DE LOS DECRETOS 114 Y 115 DE 2021

(105) Como señalamos más arriba, el acuerdo genera un monopolio privado por 60 años, hasta el 2081, sin ley que lo habilite, violando la Constitución de la República, que en el artículo 85 numeral 17) establece que se requiere ley formal aprobada por dos tercios del total de componente de cada cámara para crear monopolios privados. Es el Parlamento y no el Poder Ejecutivo, que tiene potestades para crear monopolios y bajo ciertas condiciones, dependiendo si es privado o público. Pero resulta indiscutible que este no se puede viabilizar a través de un acuerdo extrajudicial.

(106) Veremos a continuación por qué es innegable que se está generando un monopolio y de forma ilegal. Podrá discutirse formalmente si es un monopolio o no y sin dudas, si esto expresamente se hubiera mencionado, se solucionaría de manera muy sencilla la discusión.

(107) Los problemas y las dificultades que suscitan este caso, se suceden porque el monopolio se forja de manera oblicua, malintencionada, ilegal (porque vulnera la libre competencia de acuerdo a lo que fue desarrollado previamente) y se consagra en el acuerdo, sin hablar expresamente de monopolio, pero logrando los mismos efectos, abusando de la

buena fe de la Constitución, que en su artículo 85 exige una ley con mayorías especiales. Veamos cómo este se forjó:

- En primer lugar, el acuerdo y el decreto 115/2021 que aprueba el Reglamento de Atraque establecen que los buques portacontenedores deberán ir a la terminal especializada, salvo el caso en que la terminal esté ocupada durante más de 24 hs.
- Esta disposición que se presenta como una preferencia, en los hechos, debido a cómo operan las navieras implica, una verdadera prohibición encubierta de operar en los muelles públicos y por tanto un monopolio.
- El especialista en Derecho de la competencia Dr. Martínez Blanco en comparecencia a la comisión de Transporte de la Cámara de Representantes señalaba que existe un monopolio ya no simplemente de hecho, sino de derecho, cuando *“el Estado utiliza su coacción legal para impedir que los demás invadan ese ámbito de comercialización. Ahí es donde, si no es una situación de monopolio, estamos en la puerta. Hay que tomar en cuenta cómo son los orígenes de este tipo de situaciones. El monopolio de alguna forma lo que hace no es sólo permitir que determinada comercialización se haga en forma exclusiva, sino también por vía de preferencia que (...) lo que hace es soslayar y dejar al otro afuera”*.
- Lo que está señalando el Dr. Martínez Blanco es que una norma que le otorga una preferencia a un solo participante de un mercado de forma tal que se vuelve imposible para otros actores competir, está conformando, en definitiva, más que un monopolio de hecho, uno de derecho, concedido y garantizado por normas jurídicas.
- Otro componente de este monopolio que surge del acuerdo, es que el Estado renuncia a poder licitar una segunda terminal de contenedores. El decreto 114/2021 establece la efectiva prohibición de otorgar a través de concesión, permiso o autorización una segunda terminal de contenedores salvo que se llegue a la ocupación del 85% de la terminal durante dos años consecutivos. Como se expresó más arriba, esta regla se acompaña de toda una serie de salvaguardas que le permiten a la empresa regular fácilmente su nivel de ocupación, para mantenerse siempre por debajo del umbral. Se impide que el Estado pueda llamar a licitación para una nueva terminal, cuando las leyes y decretos vigentes claramente lo permiten y como efectivamente se intentó hace varios años. Esta condición implica que se le entrega a la empresa monopólica el

control del ingreso de futuros competidores, porque la empresa puede evitar que se cumpla esa condición no sobrepasando el 85% de su capacidad o ampliando su capacidad por decisión unilateral, de acuerdo con las facultades que se le otorgaron en el acuerdo. De esta manera se contempla la aspiración histórica de Katoen Natie de que se prohíba la instalación de una segunda terminal privada de contenedores en el Puerto de Montevideo y además, se impide la operativa de contenedores en los muelles públicos.

(108) El destacado Constitucionalista Dr. Correa Freitas ha señalado: *“Es indudable a mi juicio, que de hecho se está concediendo por cincuenta años a la Compañía KNG, el monopolio de la actividad portuaria en lo que se refiere al atraque de buques y la realización de operaciones de carga y descarga de contenedores en el Puerto de Montevideo. En nuestro ordenamiento jurídico para que exista un monopolio a favor de una empresa privada, sea nacional o extranjera, se requiere una ley sancionada por el Parlamento, por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara conforme al artículo 85 numeral 17) de la Constitución de la República. Es absolutamente claro que en el caso no se ha cumplido con este requisito constitucional por parte del Poder Ejecutivo al haber otorgado un monopolio de hecho a la compañía KNG, con exclusión ilegítima de la competencia de otros operadores portuarios como es el caso de Montecon”* (Doc. 19, informe del Dr. Ruben Correa Freitas expedido a solicitud del Dr. Gonzalo Lorenzo).

(109) Por tanto, es indudable que nos encontramos ante un monopolio ilegal, consagrado a través de un acuerdo y perfeccionado a través de dos decretos (114/021 y 115/021)

(110) Pero lo cierto es que más allá de que el acuerdo resulte inconstitucional, resulta vulneratorio de otras disposiciones legales y esta conclusión es compartida por el Dr. Correa Freitas, en su informe que oportunamente elevó al Dr. Gonzalo Lorenzo y que se agrega a esta denuncia. Primero cita el nuevo artículo 14 del Decreto 115/021, el cual se transcribe a continuación: *“Artículo 14.- (ATRAQUE DE BUQUES PORTACONTENEDORES).- En cumplimiento del artículo 72 del Decreto N° 183/994, de 20 de abril de 1994 (Reglamento de Operaciones Portuarias), la ANP deberá priorizar el atraque de buques y barcazas portacontenedores en la terminal especializada y solo podrá decretar los mismos en los*

muelles multipropósito en caso de que la Terminal Especializada se encuentre ocupada durante el periodo de 24 horas siguientes al decreto.”

(111) Luego, expresa lo siguiente: *“La única excepción para que la ANP autorice a un buque para atracar y operar con contenedores fuera del espacio físico asignado a TERMINAL CUENCA DEL PLATA, es que la terminal se encuentra ocupada durante el periodo de 24 horas siguientes al decreto que autoriza el atraque del buque.”* Por otro lado, expresa más adelante que *“estos Decretos del Poder Ejecutivo (114/021 y 115/021) establecen una preferencia absoluta a favor de una empresa en particular, que es la COMPAÑÍA KNG, así como también establecen la imposibilidad de que la Administración Nacional de Puertos autorice grúas pórtico fuera de la Terminal, sino también cualquier otro tipo de equipamiento especializado, lo que contradice claramente lo dispuesto por los Decretos reglamentarios de la ley de Puertos N° 16.246 de fecha 8 de abril de 1992, por el que se ratifica la libre competencia en materia de Puertos; y N° 413/992 de fecha 1° de septiembre de 1992, que establece los requisitos para habilitar a los operadores portuarios. Cabe destacar especialmente, que entre los requisitos que se establece, es que todos los operadores deben declarar que se realizarán sus servicios en régimen de libre competencia con los demás”*.

(112) Otro aspecto destacado por Rubén Correa Freitas en su informe refiere a la limitación para la Administración Nacional de Puertos de otorgar nuevas concesiones para terminales especializadas, excepto que se llegue a la ocupación del 85% de la Terminal Cuenca del Plata, lo que según el distinguido constitucionalista constituye *“una ilegítima limitación de la potestad del Estado, que sólo puede disponerse por ley sancionada por 2/3 del total de componentes de cada Cámara”* (Artículo 85 citado ut-supra).

(113) A continuación, el distinguido constitucionalista, llega al meollo del argumento que termina de demostrar que estamos ante -nada más ni nada menos- que un monopolio: *“Debe tenerse en cuenta, que la ocupación de la Terminal la maneja la propia empresa beneficiada con éste Acuerdo ilegítimo y con estos Decretos también ilegítimos por ser contrarios a derecho”* (el énfasis es nuestro).

(114) Volviendo a la ilegitimidad de los Decretos, los mismos, como ya se ha expresado, vulneran la Ley de Puertos, la Ley 17.234 en su artículo 20 literal D, su decreto reglamentario

137/001, y el propio contrato que había suscripto TCP con el Estado uruguayo en el año 2001. Esto lo expresamos anteriormente, pero cabe resaltar que en las hojas 17 y 18 de su informe, el Dr. Ruben Correa Freitas, expresa la misma idea, refiriéndose a la libre competencia como un principio rector: *“Como se puede observar desde el punto de vista jurídico, nos encontramos con un Decreto del Poder Ejecutivo del año 2001, posterior en el tiempo al Decreto del Poder Ejecutivo N° 183/94, que establece con claridad meridiana el régimen de libre competencia en la operativa de los muelles del Puerto de Montevideo”*.

(115) En otro orden de cosas y citando a otros autores que se refirieron a la libre competencia intraportuaria como principio rector emergente de las Leyes y no de la voluntad política de turno, expresaba el Dr. Carlos Delpiazzo: *“En el sector privado, la ley ha querido que radique por principio la prestación de servicios portuarios en un marco de libre competencia. El título habilitante por excelente para el cumplimiento de actividades dentro de los puertos es la autorización. Se requerirá concesión o permiso si la prestación privada de los servicios requiere el uso de bienes del dominio público o fiscal”* (Ver informe de Correa Freitas agregado a esta denuncia).

(116) En el mismo sentido se pronuncia el Prof. Álvaro Richino en dictamen adjunto (Doc. 7): *“La interpretación lógico-sistemática de las disposiciones legales citadas precedentemente, atendiendo a su contexto y a su ratio iuris, conducen a una clara conclusión: la prestación de los servicios portuarios, de conformidad con la regulación legal vigente, debe efectuarse en forma tal que aseguren la concurrencia entre empresas privadas (titulares de permisos, autorizaciones o concesiones) y la competencia entre ellas (...). En efecto, la concesión de la explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo, en el régimen previsto en el Artículo 20 de la Ley N.º 17.243, y definido en cuanto a su gestión en el Decreto 137/021, no supuso -ni podía suponer, a estar a la ley- el otorgamiento de privilegios en el plano operativo, ni limitaciones en los medios técnicos a utilizar por otros operadores del Puerto de Montevideo.”*

(117) En definitiva, si bien existen sobradas razones para sostener que la intención de las autoridades fue conferir a la empresa TCP un monopolio por mecanismos distintos a los previstos en la Constitución de la República, y que efectivamente crearon un marco normativo que inevitablemente llevará a una situación de monopolio, lo cierto es que no es

necesario detenerse en la definición o en las características de un monopolio para concluir que nos encontramos ante actos ilícitos. La normativa aplicable garantiza un marco de libre competencia entre los distintos operadores portuarios, por lo que el establecimiento de prioridades, preferencias o exclusividades ya configura de por sí una ilicitud evidente, independientemente de si estos privilegios desembocan o no en la desaparición de todos los competidores actuales de la empresa TCP y en la imposibilidad de que ingresen competidores nuevos (lo cual inevitablemente ocurrirá con el marco normativo creado, de acuerdo con todos los analistas).

VII. IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS: ASESORAMIENTOS JURÍDICOS INEXISTENTES, CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS DETECTADAS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS DECRETOS 114/021 Y 115/021 Y EN EL EXPEDIENTE DE PRÓRROGA DEL ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY Y LAS COMPAÑÍAS KNG

(118) En este apartado desarrollaremos una parte sustancial de la denuncia que demuestra de manera indudable, una maniobra premeditada por el ex Ministro de Transporte y Obras Públicas Luis Alberto Heber y el actual Presidente de la Administración Nacional de Puertos, el Dr. Juan Curbelo del Bosco.

(119) A esta altura, como se expresó anteriormente, no quedan dudas de que no hubo ni asesoramientos jurídicos ni económicos previos a la firma del acuerdo. Que *el Ex Ministro Heber faltó a la verdad cuando afirmó que tenía cuatro informes jurídicos el 21 de abril durante su comparecencia a la Comisión de Transporte y Obras Públicas de la Cámara de Senadores - o que faltó a la verdad al afirmar posteriormente que no existen.* No cabe otra posibilidad.

(120) Quedó en evidencia también que no hubo informe jurídico producido por los asesores jurídicos del Estado y que días después, aparece un informe sin firma cuyo supuesto autor fue el Prosecretario Ferres, que intentó de manera infructuosa, disimular las falsedades expresadas por Heber. Por tanto, ahora queda analizar los expedientes que dieron lugar a la aprobación de los Decretos 114/021 y 115/021, así como la prórroga.

(121) Con los hechos consumados el día 25 de febrero de 2021, habiéndose comprometido ante la empresa a instaurar nuevas condiciones contractuales, a aprobar un nuevo Reglamento General de Atraque de Buques, un nuevo Régimen de Gestión de la concesión (textos incluidos como anexos del acuerdo que terminan cediendo una voluntad soberana del Estado como es la aprobación de las normas jurídicas) y pactando una prórroga por 50 años, debían perfeccionarse los Decretos que pusieran en práctica los compromisos ilegales asumidos.

(122) Sin dudas, los hechos ya estaban prácticamente consumados el 25 de febrero de 2021 cuando el Estado suscribió el acuerdo, pero los Decretos 114/021 y 115/021 (que hacen parte del mismo), tienen fecha 21 de abril de 2021, casi dos meses después de que el Estado asumiera las obligaciones a través del acuerdo.

(123) Esas modificaciones de la normativa portuaria no se podían procesar legalmente sin previas resoluciones de la ANP. Esto es así porque el marco legal exige el asesoramiento previo y preceptivo de la ANP, tanto para prorrogar concesiones por decisión del Poder Ejecutivo como para modificar las normas reglamentarias que rigen el ámbito portuario. Como se verá a continuación, estas decisiones **debían ser necesariamente tomadas por el Directorio de la ANP**, y, sin embargo, **su Presidente Juan Curbelo las adoptó en solitario, sin dar siquiera noticia en forma previa o posterior a los demás miembros del Directorio**.

(124) La prórroga de la concesión a la empresa TCP hasta el año 2081 se otorgó el día 21 de abril invocando el art. 377 de la ley 19.355 (Resolución del Poder Ejecutivo 433/021, doc. 20, y decreto 114/021). Si bien existen dudas acerca de la aplicabilidad de esta norma en el caso concreto y para prolongar una concesión por un plazo tan largo, lo cierto es que fue bajo la órbita de este artículo que se decidió efectuar la prórroga. Esta norma permite que el Poder Ejecutivo prorrogue concesiones portuarias, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Una de estas condiciones es que la ANP brinde su asesoramiento. Como se verá, para salvar este obstáculo, el presidente de la ANP Juan Curbelo firmó una nota fechada el día 13 de abril que pretende contener dicho asesoramiento, pero sustancialmente no contenía asesoramiento alguno y formalmente no tenía validez, al ser una decisión que no correspondía al Presidente del Directorio - y así consta en el informe agregado por el Gerente de la Asesoría Jurídica en el mismo expediente e incluso en el propio texto de la nota que firmó el Dr. Curbelo.

(125) Por otra parte, en el acuerdo el gobierno se comprometió a modificar por decreto el Reglamento General de Atraque de Buques, lo cual se realizó el día 21 de abril a través del decreto 115/021. De acuerdo con el art. 9º de la Ley de Puertos, las reglamentaciones que afecten la prestación de servicios portuarios en el Puerto de Montevideo por parte de empresas privadas requiere el asesoramiento previo de la ANP, al igual que se requiere para la prórroga de las concesiones a la luz del art. 377 de la ley 19.355. Aquí se repite la irregularidad cometida respecto de la extensión del contrato de concesión, en el sentido de que el asesoramiento está “vacío” y que la decisión la toma el Presidente sin dar siquiera noticia a los otros dos miembros del Directorio. Sin embargo, en este caso se añade una irregularidad adicional, ya que la nota que firma el Dr. Curbelo, que está fechada el mismo día del decreto respecto del cual se formula el supuesto asesoramiento (21 de abril), está contenida en un expediente en el que la hora de creación y en el que todas las actuaciones son posteriores a la publicación del decreto respecto del cual se estaba formulando el asesoramiento preceptivo y previo.

(126) Es gravísimo que haya sido el Presidente del Directorio en solitario quien decidió levantar este obstáculo jurídico (asesoramiento previo y preceptivo de la ANP); sin esta colaboración, no se podía proceder a consolidar los beneficios ilegales para las empresas del grupo KNG, que como se verá más adelante, ascienden a más de dos mil millones de dólares americanos y que tienen su correlato en pérdidas económicas de un valor similar para el Estado, además de los perjuicios a otros particulares. Es igualmente grave que el ex Ministro Heber haya procedido a elevar al Poder Ejecutivo para su aprobación los decretos correspondientes sabiendo que no existía pronunciamiento del Directorio de la ANP, en el caso del decreto 114/021, y que - probablemente - haya colaborado en disimular la inexistencia de ese asesoramiento previo en el caso del decreto 115/021 y se haya prestado para producir posteriormente la apariencia de un asesoramiento previo.

(127) No menos significativo es el hecho de que estos supuestos asesoramientos brindados por el Presidente de la ANP en solitario sean asesoramientos “vacíos”. En efecto, el art. 377 de la ley 19.355 permite prorrogar el plazo de las concesiones, pero sólo a cambio de que el concesionario realice inversiones que guarden cierta equivalencia con el plazo adicional que se le concede, lo cual obviamente supone análisis. En este caso los servicios de la ANP no fueron informados de las inversiones que se proponían, y de hecho ni siquiera fueron

informados del plazo de prórroga propuesto. El único asesoramiento que pudieron dar fue un asesoramiento abstracto sobre el texto legal y sobre las proyecciones en el mercado de contenedores. De hecho, cabe preguntarse hasta qué punto el ex Ministro Heber realmente quiso que la ANP brinde el asesoramiento que legalmente debía brindar, desde el momento en que su nota de fecha 7 de abril sólo pide asesoramiento acerca de la “instrumentación” de la prórroga, dando a entender que la decisión estaba ya tomada y que no estaba dispuesto a recibir ningún tipo de recomendación.

(128) Como se adelantó más arriba, las autoridades estaban probablemente preocupadas por generar el hecho consumado (esto es, la aprobación de los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo que consolidan los beneficios ilegales para las empresas del grupo KNG) antes de que se divulgaran las decisiones que se proyectaban. De haber ocurrido esta divulgación, previsiblemente se habría producido alarma pública, se habrían movilizado diversos actores sociales y se podría haber alertado a tiempo a figuras de la coalición de gobierno y de la oposición acerca de la ilegalidad en la que se estaba incurriendo. Si esto era lo que temían los denunciados, sus temores habrían sido correctos, ya que en los últimos tiempos no sólo los integrantes de la oposición, sino también diversas figuras de la coalición de gobierno han manifestado sus reparos acerca de la legalidad del acuerdo - y de hecho en estos momentos se tramita en el Poder Legislativo un proyecto de ley que pretende justamente sanear estas ilegalidades.

(129) Hacer partícipe al Directorio de la ANP de la decisión sometiendo las resoluciones proyectadas a su consideración en la forma que lo marca la ley era equivalente a difundir el marco normativo proyectado antes de dictar los decretos que lo consolidaban, ya que los otros directores indudablemente habrían realizado consultas jurídicas y presentado objeciones. Además, habrían hecho públicos los términos del acuerdo, los cuales durante ese período permanecieron ocultos a pesar de que no tenían para ese entonces carácter reservado ni confidencial. Por esta razón, los denunciados omitieron someter al Directorio de la ANP las decisiones, actuando con conciencia y voluntad de saltar los procedimientos y formalidades legales. No se trata de mera negligencia o impericia, sino de un verdadero ocultamiento ilícito del acuerdo firmado y de los actos administrativos proyectados, debido a la convicción de que sólo de esta manera se podía consumir el resultado

buscado - esto es, la aprobación de las resoluciones y decretos que consolidan beneficios ilícitos para el grupo KNG.

(130) Nótese que el Dr. Curbelo ni siquiera intentó justificar la toma de la decisión correspondiente al Directorio en forma unilateral en razones de urgencia (que de cualquier forma en el presente caso evidentemente no existía). Al respecto, señala la Dra. Liliana Peirano, ex Secretaria General y funcionaria de carrera de la ANP (Doc. 21): *“el Presidente está facultado en casos de urgencia a adoptar las medidas que crea conveniente, pero la normativa le impone la carga de dar cuenta al Directorio en la primera sesión ordinaria. En este sentido, la Dra. Peirano es enfática afirmando que “en los años que me desempeñé como Secretaria General fuimos en forma conjunta con los Presidentes que actuaron en esos periodos muy cautelosos de dar cuenta de inmediato a Directorio los asuntos que por razones de urgencia debieron tratarse. En los años de desempeño como abogada asesora de la empresa y luego como Secretaria General no he conocido actitudes de Presidentes que hayan desconocido la autoridad del Directorio”.*

(131) En el mismo sentido, se expresa el Dr. Álvaro Richino en dictamen adjunto (Doc. 7): *“El Artículo 377 de la Ley N.º 19.355 exige que el Poder Ejecutivo, en forma previa a adoptar decisión sobre la prórroga de un contrato de concesión, cuente con ‘el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos’. Ese asesoramiento en un dictamen preceptivo, de naturaleza institucional. La manifestación de voluntad de la persona jurídica debe provenir del órgano jerarca máximo (o centro) al que se asigna la administración y gestión general de la misma. De tal forma, en tanto no existe constancia de que el Directorio - órgano de dirección- de la ANP hubiese adoptado resolución expresando el parecer institucional a manera de asesoramiento, no puede reputarse cumplida la exigencia prevista en la Ley N.º 19.355”.*

(132) Cabe señalar que en el marco de la interpelación al ex Ministro Heber el pasado día 18 de agosto se le consultó al Presidente de ANP Juan Curbelo acerca de las razones por las que omitió elevar al directorio la aprobación del asesoramiento requerido por la ley. Al respecto afirmó (Doc. 22): *“el Reglamento General de la Administración Nacional de Puertos, en lo que tiene que ver con las atribuciones a su presidente, en su artículo 8.º, numeral cuarto, habla de representar a la Administración Nacional de Puertos y al directorio en sus*

relaciones externas, por sí o por medio de apoderados. Por tanto, señora presidente, nosotros entendemos que es muy claro que el asesoramiento no tiene por qué ser por parte del Directorio de la ANP. El asesoramiento no es vinculante, sino que son meros insumos para el Poder Ejecutivo, que es el que marca la política portuaria de acuerdo con lo que establece el artículo 7.º de la Ley de Puertos”.

(133) Esta afirmación del Dr. Curbelo se da de frente contra lo expuesto en los dictámenes adjuntos de la Dra. Peirano y del Dr. Richino, y también se da de frente contra lo afirmado por el Gerente de Asesoría Jurídica de la ANP, Dr. Amoza, en el mismo expediente que se tramitó la solicitud de asesoramiento y que, como se verá más adelante, fue recogido en la misma nota dirigida al ex Ministro Heber que firmó el propio Dr. Curbelo (Doc. 23, p. 6). Todos estos profesionales coinciden en que es el Directorio y no el Presidente quien debe asesorar al Poder Ejecutivo, y esto era conocido por el Dr. Curbelo, en tanto lo afirma él mismo en la nota de fecha 13 de abril que suscribió.

(134) Frente a esto, en la misma instancia de interpelación, el Senador Bergara expresó: *“Me preocupa que un presidente de un ente o servicio descentralizado interprete, a partir de artículos comunes en todos estos ámbitos, que el presidente o el presidente con el secretario general representan a la institución y que eso se confunda con quién toma las decisiones en la institución. Una cosa es quién toma las decisiones –que lo hace el directorio– y, otra, es la representación institucional que, efectivamente, pueden tener los presidentes. Nos parece peligroso que se confundan esas cosas”.*

(135) Se procede a continuación a analizar el contenido de los expedientes correspondientes. Cabe destacar que la información que se desarrollará a continuación se obtuvo luego de un Pedido de Acceso a la Información Pública al amparo de la Ley N° 18381. La falta de transparencia, de información y las contradicciones de parte de los jefes que comparecieron ante la Comisión de Transporte y Obras Públicas de la Cámara de Senadores, derivó en que se tuviera que instrumentar este mecanismo, cuyo resultado se desarrollará a continuación.

i) Irregularidades en la Prórroga del Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y las Compañías KNG (Exp N° 2021-2-1-0000470 - Doc. 23).

(136) Este expediente se inicia el 21 de abril de este año, según consta en la fecha de la carátula. Su primera actuación es del 7 de abril y consiste en una nota suscripta por el Ex Ministro Luis Alberto Heber dirigida al Dr. Juan Curbelo, donde solicita *“el asesoramiento preceptivo de la Administración Nacional de Puertos al Poder Ejecutivo respecto de la instrumentación de la prórroga del plazo contractual a Terminal Cuenca del Plata S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 377 de la Ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015. Dicha prórroga implica la ampliación y modernización de la Terminal Especializada de Contenedores bajo el régimen de administración, construcción, conservación y explotación de la mencionada Terminal”* (fs. 1).

(137) A fojas 3 y 4 figura la respuesta que el Presidente de la Administración Nacional de Puertos hace al Ex Ministro Heber, la cual comentaremos más adelante (*ya que es donde surgen graves irregularidades que destacaremos*) y sería de fecha 13 de abril de este año.

(138) De fojas 5 a 11 figura un informe técnico suscripto por la Cra. Ana Rey el 11 de abril de 2021. Llamativamente, una actuación anterior en su fecha figura en el orden del expediente a continuación de la respuesta del Presidente de la ANP Curbelo que como vimos es de fecha 13 de abril de 2021. Pero como se expresó en el punto anterior, la irregularidad más grave la explicaremos más adelante.

(139) A fojas 12 figura el informe jurídico suscripto por el Dr. Edgardo Amoza, quien dictaminó en el caso. Expresa que las actuaciones refieren a la solicitud **de asesoramiento preceptivo formulado por el Señor Ministro de Transporte y Obras Públicas respecto de la instrumentación de la prórroga del plazo contractual** para TCP S.A. Afirma que la ley de Puertos N° 16.246 en su artículo 7 establece la competencia del Poder Ejecutivo para el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución, lo cual se califica como un cometido esencial dado que refiere al establecimiento de una política sectorial. Expresa además, que **la misma norma, le ha asignado al Directorio de la Administración Nacional de Puertos el cometido de asesorar al Poder Ejecutivo en materia portuaria, y en aquellos aspectos atinentes al desarrollo deberá seguir la política portuaria que establezca el Poder Ejecutivo.**

(140) Finalmente, de fojas 16 a fojas 21 figura el acto administrativo suscripto por el Poder Ejecutivo actuando en Consejo de Ministros, donde se establece la prórroga del contrato por

50 años, en régimen de puerto libre y al amparo del Decreto 137/021. Llamativamente, se hizo al amparo del Decreto 137/001 que fue derogado, por el nuevo régimen de gestión (Dec. 114/21), ese mismo día. Dicho acto administrativo, además, coincide en la fecha con el inicio del expediente.

(141) Pero lo irregular de esto y lo que anunciamos anteriormente es lo que expresaremos en este punto. El Dr. Amaza en el informe que eleva al Presidente de la ANP afirma que es **el Directorio de la Administración Nacional de Puertos quien tiene el cometido de asesorar al Poder Ejecutivo en materia portuaria, y en aquellos aspectos atinentes al desarrollo deberá seguir la política portuaria que establezca el Poder Ejecutivo.** Según consta en el expediente administrativo y si se verifican las actas de directorio, el asesoramiento preceptivo lo firmó el Presidente de la Administración Nacional de Puertos Dr. Juan Curbelo con la Secretaria General Interina Laura Reinaldo, **sin consultarlo o suscribirlo en el ámbito del Directorio de la ANP, lo cual implica una grave violación a la normativa vigente** (fs. 3 y 4).

(142) **Lo más curioso** de todo este asunto es que en la propia nota que eleva el Dr. Curbelo (haciendo caso omiso al Directorio de la ANP) y atribuyéndose competencias que no lo corresponden, refiriéndose al artículo 7 de la ley 16.246 expresa lo siguiente: ***“La misma norma, le ha asignado al Directorio de la Administración Nacional de Puertos el cometido de asesorar al Poder Ejecutivo para el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución, lo cual se califica como un cometido esencial dado que refiere al establecimiento de una política sectorial”*** (fs. 3). O sea: el propio Presidente de la ANP reconoce que el asesoramiento preceptivo es competencia del Directorio y, sin embargo, **omitió elevar el asunto al máximo órgano Colegiado y se dirigió directamente al Poder Ejecutivo suscribiendo la nota en conjunto con la Secretaria General Interina. Un verdadero contrasentido.**

(143) A ello hay que agregarle que cuando se solicita el asesoramiento, no se remite información sobre el alcance de la prórroga, las obras que la empresa va a realizar, los servicios que va a prestar, el plazo por el cual se está ampliando la concesión. Si esa información se hubiera remitido, **seguramente el dictamen de la Asesoría Jurídica habría señalado la ilegalidad de la prórroga.** Pero ello no sucedió, porque **sólo se pidió**

asesoramiento sobre la instrumentación de la prórroga. Una vez más, las autoridades incumplieron el marco jurídico vigente, con la intención de no tener quienes se opusieran a las ilegalidades flagrantes que estaban cometiendo.

(144) **Como se verá a continuación, estas irregularidades se repiten en cada uno de los expedientes administrativos que se tramitaron a raíz del acuerdo. Sin lugar a dudas, los graves hechos denunciados involucran potenciales reatos de variada índole, tales como eventual usurpación de funciones (artículo 166 del Código Penal), falsificación ideológica por un funcionario público previsto en el artículo 238 del Código Penal (véase el Expediente 2021-2-1-0000472 sobre el Reglamento de Atraque), conjunción del interés personal y del público (artículo 161 del Código Penal) y, sin lugar a dudas e indiscutiblemente, un rematado abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (artículo 162 del Código Penal).**

ii) Irregularidades en la aprobación del Reglamento de Atraque. Decreto 115/2021. (Expediente 2021-2-1-0000472 - Doc. 24).

(145) El expediente se inicia el 21 de abril de 2021 a las 14.54, con una nota del entonces Ministro de Transporte Luis Alberro Heber solicitando *“el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos al Poder Ejecutivo en ejercicio del cometido otorgado por el artículo 9 de la Ley N° 5.495, de 21 de julio de 1916, en la redacción dada por el artículo 10 de la ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, y demás normas concordantes y complementarias, respecto de la conveniencia de la instrumentación de un nuevo Reglamento de Atraque en los términos acordados con el grupo Katoen Natie en el Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2021”*

(146) El mismo 21 de abril a esa misma hora, más exactamente a las 14.14 se iniciaba la sesión de la Comisión de Transporte en la que el Ministro anunciaba junto con el Presidente de ANP, que se estaba publicando en la página de Presidencia el decreto que aprueba el Reglamento de Atraque, y sobre el cual ANP aún no había asesorado, tal como surge del expediente que se agrega. El Ministro Heber decía: *“si bien no teníamos todos los anexos firmados, en esta semana se estuvieron recolectando las firmas y ahora están publicados”*. Uno de los anexos es justamente el Reglamento de Atraque. *“El acuerdo y todos los anexos están publicados en la página web de la Presidencia de la República”*, continuaba diciendo

el Ministro. Ello indica que el Reglamento de Atraque se firmó sin el asesoramiento de ANP, a pesar de que el propio decreto señala en el Resultando: *“que a los efectos de dicha reglamentación, la Administración Nacional de Puertos, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 9 de la ley 16.246, de 8 de abril de 1992, ha formulado al Poder Ejecutivo el asesoramiento que le compete”*. El Poder Ejecutivo **omitió asesorarse, nada más ni nada menos que por el órgano que tiene la competencia asignada por ley, el Directorio de ANP.** Pero la situación aún es más grave, pues no sólo no se le requirió asesoramiento, sino que además se le ocultó el acuerdo y los decretos hasta el momento que fueron publicados en la página web de Presidencia el 21 de abril.

(147) Debía el ex Ministro Heber cumplir, cuando mínimo, con la forma y por eso le remite nota al Presidente de ANP, quien en confabulación con el Ministro **usurpa funciones que son propias del Directorio al decidir no someter a consideración del Directorio y cumplir lo antes posible con lo señalada en el propio decreto, olvidándose, de que el propio Heber había declarado en la comisión de Transporte que esa semana se había firmado los anexos, o tal vez pensaba que pasaría inadvertido.**

(148) Mención aparte merece el Expediente N° 2021-64-1-0210806 (Doc. 25), acordonado al del Reglamento General de Atraque de Buques, donde el Dr. Curbelo también prescinde del directorio y eleva un asesoramiento al Poder Ejecutivo expresando lo siguiente: *“En función de lo solicitado por el MTOP se entiende que deberá revisarse el reglamento general de atraque del Puerto de Montevideo, de forma que ANP asigne muelle respetando las condiciones establecidas en el acuerdo con Katoen Natie de fecha 25 de Febrero de 2021”* (fs. 7). Hay aquí un reconocimiento claro de que el Poder Ejecutivo está ajustando las normas de manera ilegal a la medida de lo acordado con la empresa y generando incertidumbre y perjuicios en el resto de las empresas que operan el Puerto de Montevideo.

(149) Si se observa con detenimiento el expediente, en el marco de la nota la trepidante velocidad inusitada con la que se tramitó, puede advertirse sin dudas **la antedatación y la ausencia de asesoramiento del Directorio.** La nota es remitida por el Ministro Heber el mismo 21 de abril, y se inicia el expediente a las 14.54. En ese preciso momento, el Ministro Heber y el Presidente de ANP, Dr. Curbelo, se encontraban en la Comisión de Transporte del Senado. El expediente es recibido por la Gerente General de ANP, Cra. Susana Pierri, quien, a las

17.09 del mismo día lo eleva al Presidente. Dr. Juan Curbelo. Este lo remite para informe a las 17.42, y ya a esa hora hacía un rato que había terminado la comisión del senado. Es recibido nuevamente por la Cra. Susana Pierri, quien a las 17.46 lo pasa al Área Operaciones y Servicios. Dicha oficina produce informe a las 17.55 y lo remite nuevamente a la Gerente General quien lo eleva a presidencia a las 18.03. La meteórica tramitación de este expediente habla a las claras de la situación que pretendía esconder.

(150) Posteriormente, a fs. 7 luce agregada nota fechada el 21 de abril y firmada por el Presidente de ANP Juan Curbelo, dirigida al entonces Ministro de Transporte Luis Alberto Heber respondiendo al asesoramiento solicitado, concluyendo en su nota que *“deberá revisarse el Reglamento General de Atraque del Puerto de Montevideo, de forma que ANP asigne muelle respetando las condiciones establecidas en el Acuerdo con Katoen Natie de fecha 25 de febrero de 2021”*.

(151) A fs. 8 a las 12.07 del 22 de abril, llamativamente surge informe del Presidente de ANP donde comparte los informes precedentes y ordena el pase a Secretaría para remitir los obrados al MTOP. Para ese entonces el decreto hacía un día que estaba firmado por todo el Consejo de Ministros y el Presidente de la República y publicado en la página web de Presidencia.

(152) El trámite del expediente evidencia la grosera arbitrariedad con la que actuaron las autoridades y el incumplimiento de la ley, constitutiva del accionar delictivo perpetrado. Este punto queda en evidencia porque no coinciden las fechas del expediente (con sus pases de oficina a oficina) y las fechas de las elevaciones, informes y el acto administrativo final, que no es otro que el Decreto 115/021. Como mencionamos más arriba, podría llegar a existir un delito de falsificación ideológica, porque no existen coherencia alguna en la tramitación de este expediente y pareciera que se antedataron o posdataron informes y actuaciones en general.

(153) A esto se suma lo ya expresado y que se repite en el Expediente N° **2021-2-1-0000470, donde queda acreditada** la evidente usurpación de funciones que se le quitan al Directorio de la ANP, atribuyéndose el Dr. Curbelo, en solitario, la elevación del asesoramiento preceptivo al Ex Ministro Heber. A diferencia del Expediente N° **2021-2-1-0000470, ya ni figura un dictamen jurídico del Dr. Amoza, que seguramente**

-en base a sus dictámenes anteriores- habría sugerido de acuerdo a derecho, la elevación al Directorio de la ANP.

iii) Irregularidades en la aprobación del Régimen de Gestión. (Expediente N° 2021-2-1-0000471 - Doc. 26)

(154) Este expediente se inicia con el Decreto 114/021 ya firmado por el Poder Ejecutivo y agrega una serie de documentos anexos que incluyen, además del Régimen de Gestión, características de la Terminal y Equipamiento, glosario, régimen sancionatorio, inversiones comprometidas, régimen de solución de controversias, modelo de modificación del Contrato de Gestión, entre otros.

(155) Finalmente, el 26 de abril se comunica desde el Poder Ejecutivo a la Administración Nacional de Puertos la aprobación del nuevo Decreto, pero ya ni siquiera se recaba el asesoramiento preceptivo y previo de la ANP, que consagra la Ley de Puertos.

(156) Tanto los informes jurídicos, económicos o el estudio sobre la pretendida suma de 1500 millones de dólares que supuestamente justifican este acuerdo, no existen tampoco. Esto es reconocido en la nota suscripta por el Subsecretario del MTOP y remitida a los Legisladores (Doc. 16).

iv) Agregación de un informe jurídico de una persona que no es abogada en un expediente de la ANP

(157) **Según información publicada en el periódico La Diaria (Doc. 27) se habría agregado en un expediente oficial de ANP un informe jurídico firmado por una contadora.** Entendemos que existen irregularidades que pueden estar relacionadas con este caso, ya que una funcionaria que no tiene competencia en la materia, incorpora en un expediente oficial de la ANP un informe jurídico que pretende validar las ilegalidades cometidas por las autoridades al firmar el acuerdo.

(158) Según el medio citado, hubo *“un documento firmado por el gerente del Área Jurídico Notarial, Edgardo Amoza, fechado el 15 de junio”*, que consiste en un listado de acciones iniciadas por la ANP contra Katoen Natie en distintos ámbitos judiciales, detallando los fundamentos de la ANP en cada caso.

(159) Según La Diaria, en el documento se menciona un informe de la Auditoría Interna de la Nación y otro elaborado por la consultora Deloitte, ambos favorables a la posición de ANP. Además, expresaría el informe de Amoza que los asuntos judiciales se encontraban en trámite, no habiendo sentencia definitiva de primera instancia en ninguno de los dos” cuando se produjo este año el acuerdo entre la empresa y el gobierno.

(160) Pero lo más grave de todo esto es la aparición del informe jurídico de una contadora que pretende darle la razón a la empresa Katoen Natie. Nos referimos a un supuesto informe de la subgerenta de Secretaría, Cra. Adriana Servetti.

(161) A diferencia del informe del gerente del Área Jurídica de la ANP, que es descriptivo, el de Servetti ingresa en valoraciones que en varios puntos **coinciden con la posición de Katoen Natie en el diferendo con la ANP.**

(162) Por ejemplo, sostiene que la ANP aplicó a la operativa de contenedores en los muelles públicos una estructura tarifaria que “la norma no previó”. Se refiere al Decreto 482/008, que regula el almacenaje, en el punto que refiere a los servicios de depósito de mercadería en la rambla.

(163) Aquí la contadora contradice la opinión jurídica de la propia ANP, que entiende que cuando el decreto refiere a “mercaderías”, abarca a los contenedores. **En cambio, coincide con la visión de Katoen Natie, expresada por sus representantes en la Comisión de Transporte y Obras Públicas del Senado el 16 de junio.** Allí, el gerente de relaciones institucionales de Katoen Natie, Fernando Correa, expuso que el alcance del Decreto 482/008 refiere a “mercadería de grandes volúmenes, grúas y equipos de operadores portuarios y vehículos y maquinaria autopropulsada”, y que “no aparece la tarifa de los contenedores”.

(164) Según La Diaria, *“El Estado uruguayo ha suscripto un sólo contrato de concesión de obra pública para gestionar una terminal de contenedores, y este es el de fecha 12 de junio de 2001, suscripto con TCP SA (Katoen) de acuerdo a las normas referidas. Por tanto, las únicas instalaciones especializadas que existen en la actualidad, que deben concentrar las actividades de operación de contenedores, son las de TCP SA”*, sentencia la respuesta de Servetti, también en sintonía con el reclamo de la empresa. Se agrega, nota de la diaria a las presentes actuaciones (nota de La Diaria: Documento 27).

v) Resultado de todo lo anterior: Recursos administrativos donde ni un solo servicio jurídico del Estado se ha animado a dictaminar, eximiéndose de opinar al respecto. Algo verdaderamente nunca visto.

(165) Todos los expedientes mencionados en este punto, fueron elaborados sin las consultas pertinentes de los servicios jurídicos del Estado. Tal vez, si se los hubiera consultado, el dictamen no hubiera sido del agrado de quienes perpetraron esta maniobra. Pero esto es apenas una suposición razonable, que se infiere de las respuestas que han venido dando los servicios jurídicos del Estado pertenecientes a la ANP, al MTOP (ya mencionadas más arriba) e incluso a Presidencia de la República.

(166) Si faltaba una última confirmación de que esto se digitó entre el ex Ministro de Transporte y Obras Públicas Luis Alberto Heber y el Presidente de la ANP Juan Curbelo, resultan elocuentes las posturas asumidas por los referidos servicios jurídicos, que haciendo honor a su autonomía técnica, decidieron mantener silencio y no expedirse.

(167) Existen cuatro recursos administrativos que todavía se están tramitando: Dos presentados por la Empresa MONTECON, otro por la Empresa Nobleza Naviera y el último por el SUPRA (Sindicato Único Portuario y Ramas Afines).

- No de expediente de ANP: 211467.- MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTOP) - MONTECON S.A. - RECURSO ADMINISTRATIVO DE REVOCACIÓN CONTRA EL DECRETO 114/021.-
- No de expediente de ANP: 211421.- MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTOP) - MONTECON S.A. - RECURSO ADMINISTRATIVO DE REVOCACIÓN CONTRA EL DECRETO 115/021.-
- No de expediente de ANP: 211484.- MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTOP) - MONTECON SOLICITA SE AGREGUE AL EXP. 2021-2-1-0000550 - DICTAMEN DE RUBEN CORREA FREITAS.-
- No de expediente de ANP: 211401.- MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTOP) .- NOBLEZA NAVIERA S.A. - RECURSO DE REVOCACIÓN CONTRA DECRETO 115/021 - NUEVO REGLAMENTO GENERAL DE ATRAQUE

- No de expediente de ANP: 211410.- MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTO) - SUPRA INTERPONE RECURSOS DE REVOCACIÓN CONTRA DECRETOS 114/21 Y 115/21.-

(168) Según la información que tenemos, durante la tramitación de dichos expedientes, los servicios jurídicos de la ANP se han negado a dictaminar. En este sentido, existen informes del Dr. Amoza (abogado de la ANP) que figuran en todos los expedientes y que dicen lo siguiente: *“Al igual que los servicios jurídicos del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, esta Área no ha tenido intervención en el dictado del decreto impugnado en autos, por lo que el asesoramiento deberá serle solicitado a quienes hayan participado en la elaboración del mismo.”*

(169) Resulta escandalosa y evidente la falta de participación de los servicios jurídicos de la ANP y del MTO. A los efectos de verificar esta información que denunciamos, solicitamos que se oficie a la ANP, para que remita testimonio de los expedientes antedichos. Ahí se podrá verificar que tanto el acuerdo, como los Decretos Reglamentarios que se suscribieron a raíz de este, fueron todos elaborados desde las más altas esferas y que no hubo participación de los servicios jurídicos, los que además defendieron durante años al Estado, cuando este sustentaba una posición contraria el monopolio que pretendía imponer la empresa Katoen Natie.

(170) Con respecto a lo anterior, téngase en cuenta el Expediente del TCA “autos caratulados "TERMINAL CUENCA DEL PLATA S.A. Y OTRO con Estado MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS Y ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS. Acción de nulidad" Ficha No 432/04), que se agrega a esta denuncia y donde el Estado representado por sus servicios jurídicos defendió sus intereses y en sus considerandos el máximo tribunal en materia de justicia administrativa, entendió que *“ni el art. 20 de la ley 17.243, ni su decreto reglamentario No 137/001 disponen un apartamiento a este principio, asegurando exclusividad al titular de la Terminal de Contenedores.- Y es que no se puede sostener que ello se centra exclusivamente, en poder concurrir en igualdad de condiciones al llamado a una licitación, como se afirma en la demanda.- De estar a esa posición se estaría consagrando un monopolio, sin norma legal que así lo establezca (art. 85 núm. 17 de la Constitución).- (Sentencia 330/2008 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.*

VIII. ¿QUÉ ESTABLECE LA NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS?

(171) Empecemos por el artículo 1 de la Ley 11.037, que es muy claro al respecto: “*Artículo 1.- La Dirección de la Administración Nacional de Puertos **estará a cargo de un Directorio** compuesto de 5 miembros rentados elegidos por el Poder Ejecutivo con arreglo al artículo 180 de la Constitución, rigiendo a su respecto los artículos 185, 186, 187, 188, 190 y 192 de la expresada Carta y la ley de 31 de julio de 1947.*”

(172) Hay una norma fundamental que hace al funcionamiento de la ANP y que es además la que se aplica en el caso concreto, nos referimos al Reglamento General de la Administración Nacional de Puertos de 8 de mayo de 1917 (Decreto Reglamentario vigente aún). Como bien señala la Dra. Peirano en el informe que se agrega a esta denuncia, el Directorio es representado por su Presidente, quien a su vez es **el ejecutor de las resoluciones que se dicten en esa órbita**, y **sólo el Directorio** dicta los reglamentos internos, establece las líneas estratégicas y **asesora al Poder Ejecutivo para que éste fije la política portuaria que está a su cargo.**

(173) Manifiesta la Dra. Peirano (Doc. 21), quien fue durante años Secretaria General de la Administración Nacional de Puertos que es “*al Directorio a quien le corresponde tomar todas las resoluciones y todas las medidas que se consideren convenientes así como tener conocimiento de todos los aspectos administrativos, jurisdiccionales y judiciales a través de su Presidente*”.

(174) El Reglamento General de la ANP, establece además las obligaciones que el Presidente debe cumplir por el mandato que se le impone, es decir, en 1er. lugar cumplir y hacer cumplir la Carta Orgánica, los reglamentos que se dicten y las resoluciones que toma el Directorio. Debe presidir las sesiones del Directorio y dar cuenta a éste de todos los asuntos que puedan interesar a sus miembros.

(175) Debe dar a conocer a los Directores - con carácter previo - el Orden del Día, el que será entregado con un tiempo considerable, de manera que éstos puedan realizar los estudios pertinentes de los casos a tratar, así como aquellos pedidos de reconsideración y todo otro asunto que cualquiera de los Directores pretenda incluir.

(176) Sin perjuicio de lo expuesto, **el Presidente está facultado en casos de urgencia a adoptar las medidas que crea conveniente, pero la normativa le impone la carga de dar cuenta al Directorio en la primera sesión ordinaria.** Por lo tanto, no dar cumplimiento a eso, decidiendo por sí asuntos que le competen al Directorio, puede configurar un claro caso de usurpación de funciones. EN ESTE CASO, NO EXISTEN DUDAS DE QUE EL PRESIDENTE DE ANP, TOMÓ DECISIONES QUE ESTÁN FUERA DE SUS FACULTADES, ABUSANDO DE SU AUTORIDAD.

(177) Expresa la Dra. Peirano en su informe, que en los años que se desempeñó como Secretaria General fue en forma conjunta con los Presidentes que actuaron en esos períodos **muy cautelosos de dar cuenta de inmediato a Directorio los asuntos que por razones de urgencia debieron tratarse.** Esto no sucedió así en este caso, quedando en evidencia que el Directorio de la ANP fue totalmente ignorado por su Presidente.

(178) Pero el abuso del Dr. Curbelo que está más que probado es apenas “la punta del iceberg”, porque corresponde además considerar que todo esto ha sido parte de una estratagema donde han participado otros funcionarios del Estado y cuya finalidad fue materializar y darle vida a un acuerdo ilegal.

(179) Volviendo a las competencias del Presidente de la ANP, este la representa en sus relaciones externas suscribiendo conjuntamente con el Secretario General las actas, la documentación contractual, las escrituras públicas, las resoluciones que se aprueben, las comunicaciones oficiales y toda la correspondencia, **pero esto no significa que esté facultado para tomar decisiones por sí solo.**

(180) La Dra. Peirano, quien además podría prestar testimonio ante la Fiscalía, afirma en su informe que en los años de desempeño como abogada asesora de la empresa y luego como Secretaria General no ha conocido actitudes de Presidentes que hayan desconocido la autoridad del Directorio.

(181) Sin perjuicio de que pudiera existir la comisión de otros reatos, resulta más que evidente que en este caso se actuó ejerciendo 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 (prescindir del Directorio en la toma de decisiones) a la luz de la finalidad que**

se tenía (que no era otra que perfeccionar un acto ilegal e inconstitucional) es arbitrario y antijurídico por haberse verificado mediante abuso de poder.

(182) Expresa CAMAÑO ROSA, (Tratado de los delitos, 1967, pág. 126): “*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*”. En este caso, como se vio no existió normal funcionamiento de la Administración, los jefes actuaron de forma arbitraria, con abuso del cargo, y además como se verá más adelante, **esa actividad no solo fue contraria al interés público, sino que se hizo en beneficio de un privado (Katoen Natie, dueña del 80% de TCP).**

(183) Finalmente, si esa actividad irrogó o no un daño a la Administración o a los particulares, podría incluso llegar a ser indiferente, ya que el perjuicio puede ser material o moral, bastando con la efectiva probabilidad de su acaecimiento. Pero acá se va mucho más allá, porque además **SI** existe daño a la Administración y daño a los particulares, porque todo este accionar arbitrario, abusivo, fuera de la la ley, tiene por finalidad beneficiar a una empresa y “barrer” con la competencia portuaria privada en materia de contenedores. **A continuación, en el próximo punto se desarrollarán tanto los perjuicios al Estado, como a los otros particulares y se mostrará los beneficios concedidos a la empresa.**

IX. BENEFICIOS ILEGALES CONCEDIDOS A LA EMPRESA, PERJUICIOS AL ESTADO Y A OTROS PARTICULARES

(184) Se adjuntan al presente informes elaborados por los economistas Michael Borchardt, Jorge Polgar y Martín Vallcorba (Docs. 28 y 29) que cuantifican los beneficios exorbitantes conferidos al grupo KNG a raíz de estas decisiones ilegales y las pérdidas que provocarán al Estado y a particulares. Allí se observa que estas decisiones ilegales, al modificar el objeto del contrato (cambiando lo que era originalmente una concesión en régimen de competencia, que pasa a ser en régimen de exclusividad o monopolio), confirieron al grupo KNG beneficios instantáneos que superan los USD 2.000 millones, y los perjuicios irrogados al Estado (costos en los que se incurre para cumplir con el contrato y que aprovechará en forma

exclusiva o casi exclusiva la empresa) también podrían ascender a más de USD 2.000 millones.

(185) Por otra parte, corresponde señalar que además del beneficio evidente de pasar a monopolizar un mercado que al día de hoy controla en menos de un 50%, el grupo KNG recibe también una larga lista de beneficios, todos ellos obtenidos de manera ilegal, puesto que el marco legal invocado sólo prevé la posibilidad de prorrogar el plazo de la concesión contra la realización de inversiones y no permite cambiar el objeto de las concesiones. Todos los beneficios que se detallarán a continuación no podían ser concedidos, y mucho menos de manera gratuita y sin pasar por un procedimiento competitivo.

- Se desregulan completamente los precios que la terminal le puede cobrar a las navieras y se desregula la casi totalidad de los precios que se le puede cobrar a los importadores y exportadores. Como se vio más arriba, todo el marco legal incluyendo la ley de creación de la terminal (ley 17.243, art. 20, C) obliga a establecer precios máximos, aun cuando se trata de concesiones que se otorgan en régimen de libre competencia. Al pasar a un régimen de concesión monopólica (o “exclusiva”, o “preferencial”), suponiendo que dicho cambio fuese lícito, lo razonable sería fortalecer la regulación de precios. En lugar de eso, el acuerdo desregula la casi totalidad del marco tarifario de la terminal, contra un compromiso vago de reducir durante un tiempo indeterminado 7 de los 33 precios que la terminal cobra actualmente, y en este caso sólo respecto de los contenedores exportados y no de los importados. Esto le permitirá al monopolista favorecerse de sobrepuestos percibidos durante los próximos 60 años, causando perjuicios literalmente incalculables a la economía nacional.
- Se compromete al Estado a efectuar el dragado del canal de acceso a 14 metros de profundidad, una obra de costo astronómico y que beneficiará básicamente a la empresa. En efecto, el dragado a mayor profundidad tiene la potencialidad de hacer bajar los costos de los fletes, siempre que la mayor profundidad sea efectivamente aprovechada por los buques que atracan en el puerto. Sin embargo, dado que ahora se está introduciendo un monopolista en la cadena, toda esa rebaja en los precios de los fletes, si se produce, será capturada por el monopolista, por lo que los costos incurridos por el Estado sólo tendrán un retorno para la terminal. Pero aún hay más; el

acuerdo permite que la terminal, contratando cierto tipo de estudios, pueda forzar al Estado a profundizar el canal de acceso más allá de los 14 metros (Doc. 1.10, pág. 115, cláusula 4.12 *in fine*), lo que significa que se asumieron compromisos cuyo costo potencial total no tiene techo.

- Aún antes de tener en el puerto un monopolista sin regulación de precios, la conveniencia económica de que el Estado asuma el costo de ese dragado se hallaba fuertemente discutida. El plan director del puerto vigente proyecta que sólo el negocio de los contenedores podría llegar a beneficiarse de un dragado mayor a los 13 metros, y ese negocio va a quedar en manos de un monopolista. Con las nuevas condiciones, en las cuales el provecho de la obra va a ser enteramente absorbido por la terminal privada, la inconveniencia de afrontar esta obra se vuelve autoevidente.
- Se otorga en forma gratuita terrenos del Estado en Puntas de Sayago para instalar un parque eólico, sin establecerse limitación del área que concede ni la cantidad de molinos a instalar. Se trata de un valiosísimo predio costero de 188 hectáreas propiedad de la ANP que se proyectaba utilizar para futuras expansiones del puerto (incluso como posible lugar para la instalación de un eventual competidor de la terminal TCP) que ahora se obsequia (quizás en su totalidad) al grupo KNG para que desarrolle un negocio que poco y nada tiene que ver con el contrato original. Pero además, el Poder Ejecutivo está interfiriendo en la autonomía de la ANP como servicio descentralizado, al comprometer la decisión de afectación de tierras que le correspondía al directorio de la misma, así como del ente autónomo UTE, al que compromete a que deba comprar la totalidad de la energía que produzca a precio de consumidor.
- Se le flexibilizan los requisitos de tráfico mínimo y se establecen salvaguardas muy amplias a la empresa para evitar que pague el canon mínimo comprometido, en lugar de aumentar las exigencias al constituirse un monopolio. Insólitamente el acuerdo no impone a la empresa, que desarrollará su actividad en régimen de monopolio ninguna exigencia adicional para captación de tráfico.
- El área concesionada se extendería hasta la escollera Sarandí, que dejaría de ser un paseo público. Se incorpora el área que es utilizada por el Servicio de Balizamiento de la Armada y que deberá desocuparse en 120 días. También se establece que las áreas del puerto ocupadas por la Armada, si se desafectan, se incorporarán al área de la

concesión. Sin embargo, en el acuerdo no se prevé ninguna compensación por ampliar el área, ni siquiera para cubrir los costos de traslado de las actividades que allí funcionan actualmente.

- El Estado renuncia a cobrar USD 1,8 millones por incumplimientos del canon mínimo por el período junio 2019 a junio 2020 que TCP debía pagar a la ANP, dado que no cumplió con el tráfico comprometido en el contrato de concesión, y también desiste de dos juicios que la ANP le había iniciado a TCP por prácticas contables que vulneraban los intereses del Estado como socio minoritario de la terminal. El desistimiento de estos juicios en realidad implica otra competencia del Directorio de la ANP que fue avasallada por el acuerdo.
- Se renuncia además a la “acción de oro” que protegía la participación minoritaria del Estado en la terminal. Con esto se habilita al grupo KNG a desplazar al Estado, licuando su participación a través de capitalizaciones.

(186) La entrega de los predios de Puntas de Sayago y la renuncia a los juicios que enfrentaban a la ANP con la empresa TCP son especialmente significativas, porque se avasallaron las competencias de un servicio descentralizado (la ANP) y un ente autónomo (UTE). En antecedentes de acuerdos de inversión que requerían decisiones de entes autónomos y servicios descentralizados (como ocurrió, por ejemplo, en el caso del contrato firmado con la empresa UPM), los representantes del gobierno firmaban “preacuerdos” con las empresas, dejando expresa constancia que lo acordado quedaba supeditado a la aceptación por parte de los respectivos directorios. En este caso, los términos del acuerdo que comprometen a los entes quedaron perfeccionados con la mera firma del acuerdo por parte de los representantes del gobierno. Este hecho por sí solo reviste suficiente gravedad, ya que los firmantes del acuerdo estarían comprometiendo millonarios beneficios a través de decisiones que se encontraban por fuera de sus competencias.

(187) Finalmente, cabe señalar que estas decisiones del gobierno expusieron al Estado a acciones legales por parte de las empresas perjudicadas por el monopolio ilegal que se está instalando. Este perjuicio es al día de hoy difícil de cuantificar, pero no deja de ser paradójico que el Estado se vea ahora expuesto a varios litigios por efecto de esta decisión

tremendamente perjudicial para los intereses del país, que se justificó por la supuesta necesidad de evitar otro litigio.

X. PRUEBA

Como prueba adjuntamos:

1. Documental

En formato digital:

1. Acuerdo KNG-ROU y anexos, publicado en sitio web de Presidencia de la República el día 21.04.21:
 - 1.1) Acuerdo suscrito entre ROU-KNG; fechado 25.02.21.
 - 1.2) Anexo I: Reglamento General de Atraque de Buques del Puerto de Montevideo
 - 1.3) Anexo II: Descripción de la inversión
 - 1.4) Anexo III: Area de concesión
 - 1.5) Anexo IV: Reforma de estatutos de TCP S.A.
 - 1.6) Anexo V: Esquema de rebaja de tarifas a exportadores
 - 1.7) Anexo VI: Procedimiento de resolución de controversias
 - 1.8) Anexo VII: Acta de reunión entre negociadores N° 1 y N° 2
 - 1.9) Anexo VIII: Notificación de 15 de octubre de 2019
 - 1.10) Anexo IX: Nuevo Régimen de Gestión
2. Notificación de 14 de febrero de 2020
3. 12.07.01 - Interpelación Ministro Cáceres (Extracto de VT)
4. Sentencia TCA N° 330/2008
5. Consulta de KNG dirigida a ANP relativa a la aplicación del art. 72 del de. 183/994 (noviembre 2015)
6. Respuesta ANP a KNG marzo 2016.
7. Dictamen del Dr. Álvaro Richino
8. Contrato de Gestión firmado entre ANP y TCP S.A. en 2001
9. 21.04.21 - Comparecencia Ministro Heber en Comisión (versión taquigráfica)
10. 04.05.21 - Nota en el Diario El País en la que el Dr. Durán Martínez es presentado como abogado de KNG - publicación del Dr. Durán Martínez del año 2010 con opinión opuesta a la manifestada en prensa.
11. 23.07.21 - Nota en semanario Brecha en la que se consulta al Dr. Delpiazzo y la Dra. Ruocco acerca de si expidieron dictámenes en el marco del diferendo.
12. 05.05.21 - Comparecencia Ministro Heber en Comisión (versión taquigráfica)
13. Informe presentado por el Ministro Heber en Comisión del 05.05.21 (atribuido al Dr. Ferrés).
14. Solicitud de acceso a información pública.
15. 12.05.21 - Comparecencia Ministro Heber en Comisión (versión taquigráfica)

16. Respuestas a pedidos de info pública - Presidencia - MTOP - ANP
17. 18.08.21 - Extractos de la VT de la interpelación al Ministro Heber
18. 10.2017 - Consulta de KNG al ministro Víctor Rossi y respuesta.
19. Dictamen del Dr. Correa Freitas expedido a solicitud del Dr. Gonzalo Lorenzo.
20. Resolución del Poder Ejecutivo N° 433/2021
21. Dictamen de la Dra. Liliana Peirano.
22. 18.08.21 - Extractos de la VT de la interpelación al Ministro Heber
23. Expediente N° 2021-2-1-0000470
24. Expediente-2021-2-1-0000472
25. Expediente N° 2021-64-1-0210806
26. Expediente-2021-2-1-0000471
27. 07.08.21 - Nota en periódico La Diaria relativo a la agregación de un informe jurídico de autor desconocido en un expediente de la ANP.
28. Informe de los Ecs. Jorge Polgar y Martín Vallcorba
29. Informe del Ec. Michael Borchardt

En formato físico:

Testimonios notariales de Versiones Taquigráficas de sesiones de la Comisión de Transporte y Obras Públicas de la Cámara de Senadores.

2. Por informe

Se solicite a Presidencia de la República, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Administración Nacional de Puertos a efectos de que remita copia de todos los expedientes mencionados en esta denuncia, así como todo expediente, de cualquier orden, relativo al acuerdo extrajudicial entre el Estado uruguayo y Seaport Terminals NV, Katoen Natie NV, Seaport Terminals Montevideo SA y Nelsury SA (“Compañías KNG”) de fecha 25 de febrero de 2021.

XI. DERECHO Y PETITORIO

(188) Fundamos nuestro derecho en lo previsto en los artículos 79, 81, 256 a 258, siguientes y concordantes del CPP y 161, 162, 166, 238 siguientes y concordantes del Código Penal.

Por lo expuesto al Sr. Fiscal **SOLICITAMOS:**

- 1) Se nos tenga por presentados, constituido domicilio y por formulada la presente denuncia, con los recaudos adjuntos.

2) Se inicie la indagatoria fiscal solicitada, diligenciando la prueba ofrecida a los efectos de corroborar los hechos denunciados con apariencia delictiva y determinar las eventuales responsabilidades de las personas involucradas.