

DICTAMEN

**DENUNCIA POR IRREGULARIDADES EN FIRMA DE ACUERDO ENTRE EL
GOBIERNO ROU Y LA EMPRESA KN**

1. LA DENUNCIA Y LOS HECHOS

Comparecieron los denunciantes en sus respectivas calidades de Senadores de la República ante esta Fiscalía; a poner en conocimiento determinados hechos vinculados con el accionar de los imputados Sres. L. A. H. (actual Ministro del Interior y ex Ministro de Transporte y Obras Públicas), J. J. O. (actual Subsecretario de dicha cartera), J. C. (actual Presidente de la Administración Nacional de Puertos) y R. F. (actual Prosecretario de Presidencia de la República), por sus respectivas participaciones en el proceso de celebración del acuerdo extrajudicial entre el Estado uruguayo y ST NV, KN NV, ST Montevideo SA y N SA (en adelante KNG) de fecha 25 de febrero de 2021 y actos posteriores vinculados al mismo, *los que pueden en síntesis resumirse de la siguiente forma:*

. el 25 de febrero del 2021 el Estado uruguayo y KNG suscribieron un acuerdo transaccional con la finalidad de evitar un futuro litigio que sería iniciado por la empresa al amparo del Tratado de Protección de Inversiones entre Uruguay y la Unión Económica Belga-Luxemburguesa; lo que fue dado a conocer por el entonces Ministro de Transporte y Obras Públicas L. A. H. en comparecencia ante el Parlamento el día 21 de Abril de 2021.

. para iniciar dicho procedimiento arbitral, KNG 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.

Sobre fines de febrero de 2020 y a pocos días de que asumiera la nueva administración, la empresa KNG envió 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 sustentara. Dicho pedido de negociación ya se había hecho en octubre de 2019 y, por tanto, estaban corriendo los plazos correspondientes para que hubiera, o no, una solución acordada. Les sorprende que la misma se hubiera remitido en febrero 2020 también a las autoridades que aún no habían asumido

. con la infundada excusa de evitar un supuesto juicio millonario que KNG haría al Estado Uruguayo, los denunciados en su calidad de negociadores, acordaron otorgar un monopolio privado y otra cantidad de beneficios, a través de lo que estimaron una serie de estratagemas y actos engañosos, que evidenciaron una clara simulación para conferir un beneficio indebido a la empresa, en perjuicio de otras y del país, abusando de los poderes conferidos por el cargo que ostentaban, violando una multiplicidad de leyes con conciencia y voluntad; rehusando realizar las consultas pertinentes y obtener así los asesoramientos mínimos que era de orden requerir a los servicios de los organismos especializados en la materia que ellas mismas dirigían para entonces, como lo son la ANP y el MTOP. Suscribieron una transacción de dicho monto y otorgaron por el cuestionado acuerdo; una concesión monopólica por 50 años.

. en tal sentido, expresaron los denunciados que, en un primer momento, las autoridades declararon ante el Parlamento y 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 que las autoridades tenían en su poder, encontrándose entre los nombres de los abogados invocados; profesionales que habían trabajado o producido informes para la empresa KNG. Estos informes serían remitidos al Parlamento pero finalmente no ocurrió ya que se declaró por las mismas autoridades denunciadas que era necesario mantener esos informes en reserva, por lo que ya no serían enviados.

. luego de promovida una acción de acceso a la 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 preguntan los accionantes: ¿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? Aspectos que pretenden sean aclarados en la investigación fiscal.

. por otra parte, entienden que se cometieron múltiples ilegalidades e irregularidades graves en el procedimiento, que evidenciaron 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. Señalan que, en el marco legal vigente, se exige que la ANP asesore al Poder Ejecutivo en forma previa a la prórroga de cierto tipo de concesiones 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.

. apreciaron que se está ante un acto administrativo de gran trascendencia, consistente en la prórroga de una concesión portuaria, nada menos que por cincuenta (50) años, exigiendo la normativa vigente a texto expreso, que debe existir asesoramiento preceptivo de la ANP, lo que no se verificó, declarando públicamente otros actores políticos integrantes de la coalición de gobierno, que jamás tuvieron conocimiento sobre el punto, todo lo cual resulta de una arbitrariedad indiscutible y contundente.

. por el referido acuerdo, también se amplía el plazo de la concesión de forma ilegal, excediendo el límite permitido, al tiempo que 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.

. en definitiva – tal como lo reseñaron en su denuncia - entienden que hubo un accionar ilegal y delictivo de parte de quienes participaron en el perfeccionamiento de este acuerdo y de aquellos que, con posterioridad a su suscripción, trabajaron en

la elaboración del ordenamiento jurídico reglamentario ilegal también, para hacer que el mismo pudiera cumplirse.

. entienden que se cultivó celosamente un secretismo por los denunciados, que ni siquiera se conoce a ciencia cierta quiénes fueron con precisión; obrando a escondidas hasta de los propios integrantes de la coalición de gobierno, alcanzando así la firma de un acuerdo ilegal por contravención a las normas jurídicas; desde la Constitución de la República, hasta la Ley de Puertos No. 16.246 y la Ley No. 17.243 artículo 20 que creó la concesión de TCP, entre otras disposiciones.

2. LA DENUNCIA Y SU FUNDAMENTACION JURIDICA

Por el desarrollo analítico expuesto, en cuanto a la fundamentación jurídica de los aspectos legales que se hallan comprometidos en el examine y para no descontextualizárseles, se transcribirán en su totalidad:

2.1 SOBRE EL MONOPOLIO Y LA LIBRE COMPETENCIA

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

(1) 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.

(2) 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.

(3) En este sentido, el Dr. D. M. (hoy abogado representante de KN 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).

(4) 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.

(5) 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).

(6) 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 J. L. O., 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 TCP S.A. (TCP)

(7) 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.

(8) 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 TCP S.A. (TCP), y el 80% restante del paquete accionario fue a la postre adquirido por el grupo KN (KNG).

(9) 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.**

(10) 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.**”*

(II) 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 L. C. 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).

(I2) 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.

(I3) 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 M 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.

(14) 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).

(15) Sin embargo, en el acuerdo firmado por el gobierno con la empresa KN 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.

(16) 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.**

(17) 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

(18) ¿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?

(19) ¿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 KN y la ANP. La sentencia del TCA 330/2008.

(20) 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.

(21) 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.

(22) 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.

(23) 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”*.

(24) 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 KN 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.

(25) 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.

(26) En noviembre del año 2015, la empresa KN 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.

(27) 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 KN afirmaba (sin desarrollar ni fundamentar por qué) que se estaba incumpliendo con dicho artículo y consultaba cuándo comenzaría a aplicarse.

(28) La ANP cursó a la empresa una respuesta propuesta por el propio Gerente de su Asesoría Jurídica, Dr. E. A. (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.

(29) 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 KN 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 KN POR EL PLAZO DE CINCUENTA AÑOS, ACRECENTANDO, A SU VEZ, EL VALOR DE LA EMPRESA EN AL MENOS 2.000 MILLONES DE DÓLARES.

(30) 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.

(31) 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.

(32) 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.

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

(33) 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 KN. 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 M 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.

(34) El día 15 de octubre de 2019, la empresa KN 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.

(35) 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 M S.A. convertirse en una “terminal especializada en contenedores *de facto*” que le quitó mercado al estar beneficiada por supuestos subsidios implícitos.

(36) 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 M 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.

(37) 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 M S.A. (sin cuantificarlas), pero esta narrativa, en principio, no ponía en tela de juicio el derecho de M S.A. u otras empresas de operar contenedores en muelles públicos.

(38) De hecho, en un pasaje de su nota (numeral 40) KN *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**”.

(39) Recién sobre el cierre de la argumentación de KN, 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.

(40) Nótese que aquí KN 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.

(41) 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.

(42) En el interín, en febrero de 2020, a pocos días de que asumiera la nueva administración, la empresa KN, 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 L. L. P.) (Segunda Notificación de febrero de 2020, doc. 2).

(43) El día 6 de mayo de 2020, apenas unas pocas semanas después de asumir su rol, el ex Ministro H.

(44) 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 KN, sin hacer uso de la palabra “monopolio”.

(45) 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.

(46) 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.

(47) 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.

(48) 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%.

(49) 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).

(50) 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.

(51) 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.

(52) 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.**

(53) 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.

(54) 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 KN.** En cambio, los oferentes (incluyendo KN) 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 M 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.

(55) 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.**

(56) 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.

(57) 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.

(58) 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.

(59) ¿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 (K. N.) 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 TCP 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).

(60) 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.

(61) 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.

(62) 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.....”

2.2 SOBRE EL ASESORAMIENTO DE LA A.N.P Y LA EXTENSION DE LA CONCESION

(63) 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 L. A. H. y el actual Presidente de la Administración Nacional de Puertos, el Dr. J. C. del B..

(64) 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 H. 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.

(65) 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 F., que intentó de manera infructuosa, disimular las falsedades expresadas por H. 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.

(66) 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.

(67) 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.

(68) 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 J. C. las adoptó en solitario, sin dar siquiera noticia en forma previa o posterior a los demás miembros del Directorio.**

(69) 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 J. C. 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. C..

(70) 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. C., 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.

(71) 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 H. 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.

(72) 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 H. 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.

(73) 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.

(74) 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.**

(75) Nótese que el Dr. C. 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. L. P., 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. P. es enfática afirmando que “en los años que me desempeñé como Secretaria General fuimos 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.*

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”.

(76) En el mismo sentido, se expresa el Dr. Á. R. 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”.*

(77) Cabe señalar que en el marco de la interpelación al ex Ministro H. el pasado día 18 de agosto se le consultó al Presidente de ANP J. C. 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”.*

(78) Esta afirmación del Dr. C. se da de frente contra lo expuesto en los dictámenes adjuntos de la Dra. P. y del Dr. R., y también se da de frente contra lo afirmado por el Gerente de Asesoría Jurídica de la ANP, Dr. A., 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 H. que firmó el propio Dr. C. (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. C., en tanto lo afirma él mismo en la nota de fecha 13 de abril que suscribió.

(79) Frente a esto, en la misma instancia de interpelación, el Senador B. 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”.*

(80) 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).

(81) 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 L. A. H. dirigida al Dr. J. C., 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 TCP 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).

(82) A fojas 3 y 4 figura la respuesta que el Presidente de la Administración Nacional de Puertos hace al Ex Ministro H., la cual comentaremos más adelante (ya

que es donde surgen graves irregularidades que destacaremos) y sería de fecha 13 de abril de este año.

(83) De fojas 5 a 11 figura un informe técnico suscripto por la Cra. A. R. 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 C. 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.

(84) A fojas 12 figura el informe jurídico suscripto por el Dr. E. A., 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.**

(85) 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.

(86) Pero lo irregular de esto y lo que anunciamos anteriormente es lo que expresaremos en este punto. El Dr. A. 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. J. C. con la Secretaria General Interina L. R., **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).

(87) **Lo más curioso** de todo este asunto es que en la propia nota que eleva el Dr. C. (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.**

(88) 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.

2.3 NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS

(89) 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.”***

(90) 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. P. 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.**

(91) Manifiesta la Dra. P. (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”*.

(92) 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.

(93) 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.

(94) 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.

(95) Expresa la Dra. P. 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.

(96) Pero el abuso del Dr. C. 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.

(97) 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**.

(98) La Dra. P., 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.

(99) 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.**

(100) 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 (KN, dueña del 80% de TCP).**

(III) 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 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 mostrarán los beneficios concedidos a la empresa.**

3. EL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN -La Teoría del Caso-

3.1 Como lo ha expresado Leticia LORENZO "...*La teoría del caso es la versión que el litigante asume sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio...*"¹ de manera que debe determinarse la existencia de un caso con relevancia penal (teoría fáctico/jurídica) y que el mismo a su tiempo, tenga la probabilidad de poder ser acreditado en juicio con pruebas idóneas a tal fin (teoría probatoria)

3.2 La teoría del caso como ha sido conceptualizada por Leonardo MORENO (en términos que son compartibles) no es otra cosa que "...*el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá en juicio, y la manera más eficiente y*

¹ En Manual de Litigación Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial Director Dr. Alberto Binder. Ediciones Didot. Año 2018 p. 37

*eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral...”*²

3.3 En este sentido: el suscrito Fiscal estableció como su teoría del caso; determinar si los denunciados, ajustaron su actuar a la comisión de un presunto delito de ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES conforme a lo previsto en el art. 162 CP

3.4 Para ello; la investigación fiscal debe orientarse en razón de cumplir la “trilogía” fáctico, jurídica y evidencial probatoria, para así conformar un hecho (fáctico) de relevancia penal (jurídico) que sea capaz de sostenerse en evidencias que se incorporen como pruebas admisibles, conducentes y pertinentes que permitan lograr acabadamente en el decisor la certeza razonada (art. 142 CPP) acerca de la verosimilitud de los hechos constitutivos del tipo penal y así obtener la satisfacción de la pretensión penal reclamada por el Estado, con la consecuente responsabilización y sanción penal.

3.5 Es así que la teoría fiscal; fue puesta en conocimiento de las partes, tanto de los denunciados cuanto de los denunciados; *en primer lugar*, para permitir incorporar a su coadyuvante (denunciante) toda la información que fuere conducente a la comprobación de la teoría del caso y, *en segundo lugar*, para el acceso de ensayo a la debida defensa legal que mandata la ley en mérito a los principios de probidad y buena fe en la litigación. Principios que, para el dicente, son perfectamente aplicables aún en la instancia de fase investigativa; prejudicial. Así se develan las razones por las que se encuentra investigado el imputado por los hechos que se han de juzgar con razón legal ajustados a la norma penal, para así fundamentar los permisos necesarios para la promoción de un futuro juicio con miras a ser ganancioso.

Pero permite también que el imputado pueda articular su defensa, conociendo de antemano toda la información producida, participando de ella con propuesta de diligenciamiento y conociendo los extremos que hacen al delito o delitos que se le pretendan comprobar, para así determinar la pertinencia de información de calidad que corrobore la postura de cargo de la fiscalía, de los denunciados que asisten a

² En Manual de Litigación Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial. La Teoría del Caso. Director Dr. Alberto Binder. Ediciones Didot. 5ta reimpresión Año 2017 p. 35

ella; y de los denunciados, con la que procuren hacerse valer; sin distraer la atención y el centro de los hechos que pueden ser objeto de un juicio ulterior.

3.6 Dicho esto y conforme a lo preceptuado en el punto 3.3 supra, las evidencias en cuya búsqueda se embarque la instrucción; han de quedar enmarcadas en la comprobación de la conducta dolosa de los imputados, que conlleve un “*abuso del cargo*” (constatando hechos que supongan, desvío, abuso o exceso de poder), la identificación y naturaleza típica del “*acto arbitrario*” y el potencial “*perjuicio de la Administración o de los particulares*”, siguiendo el carácter residual del reato, su conducta de peligro y que “*no se halle especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales*”.

3.7 LA TEORIA FACTICA - AUSENCIA DE HECHOS CONTROVERTIDOS

En el contexto fáctico que encuadra a la investigación perseguida y su objeto de comprobación (teoría jurídica) ha quedado determinado que “***no existen hechos controvertidos***” (ni por los denunciantes, ni por los denunciados) y por ende la teoría probatoria queda ceñida al relevamiento de aspectos esencialmente técnico-jurídicos.

En efecto; de acuerdo a los hechos que se han denunciado por los coadyuvantes de la fiscalía; no han negado los imputados:

- a)** que participaron del acuerdo celebrado entre la empresa KNG y el Estado uruguayo el 25 de Febrero de 2021, asumiendo la realización de los términos que se contienen y las recíprocas concesiones que llevaron a la celebración del mismo con el posterior dictado de los Decretos Nos. 114/21 y 115/21 (referentes al marco de operaciones portuarias y al reglamento de atraque de buques, respectivamente) y
- b)** que el denunciado Dr. J. C. en su carácter de Presidente de la Administración Nacional de Puertos (ANP) brindó asesoramiento al Poder Ejecutivo (en la persona del entonces Ministro de Transporte y Obras Públicas L. A. H. quien contaba con el poder de representación dado por el PE) tanto para la firma del mencionado acuerdo, cuanto para la extensión de la concesión, sin haber requerido la intervención del Directorio de la ANP

4. LA INFORMACIÓN COLECTADA -Sus Resultancias-

4.1 INFORMACION APORTADA POR LOS DENUNCIANTES

En extenso compendio debidamente organizado, los promotores aportaron a su denuncia, la siguiente documentación:

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. Á. R.
8. Contrato de Gestión firmado entre ANP y TCP S.A. en 2001
9. 21.04.21 - Comparecencia Ministro H. en Comisión (versión taquigráfica)
10. 04.05.21 - Nota en el Diario El País en la que el Dr. D. M. es presentado como abogado de KNG - publicación del Dr. D. M. 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. D. y la Dra. R. acerca de si expidieron dictámenes en el marco del diferendo.
12. 05.05.21 - Comparecencia Ministro H. en Comisión (versión taquigráfica)
13. Informe presentado por el Ministro H. en Comisión del 05.05.21 (atribuido al Dr. F.).
14. Solicitud de acceso a información pública.
15. 12.05.21 - Comparecencia Ministro H. 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 H.

18. 10.2017 - Consulta de KNG al ministro V. R. y respuesta.
19. Dictamen del Dr. C. F. expedido a solicitud del Dr. G. L..
20. Resolución del Poder Ejecutivo N° 433/2021
21. Dictamen de la Dra. L. P..
22. 18.08.21 - Extractos de la VT de la interpelación al Ministro H.
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. J. P. y M. V.
29. Informe del Ec. M. B.

En formato físico:

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

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 ST NV, KN NV, ST Montevideo SA y N SA ("Compañías KNG") de fecha 25 de febrero de 2021.

4.2 INFORMACION PROCEDENTE DE PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

En respuesta al Oficio No. 6/2022 librado por esta Fiscalía, Secretaría de Presidencia de la República remitió la documentación obrante en formato físico que se compone en 16 piezas y de la cual surgen entre otras actuaciones: los recursos interpuestos por la empresa M SA contra los Decretos Nos. 114/21 y 115/21, agregación del acuerdo suscrito el 25 de febrero de 2021 y sus pre acuerdos de mayo y junio de 2020, informe de jurídica de la ANP a cargo del Dr. A. de fecha

2.08.21 donde se expresa que al igual que los servicios jurídicos del MTOP, dicha área no tuvo intervención en el dictado del decreto impugnado por lo que el asesoramiento deberá ser solicitado a quienes hayan participado en su elaboración, escritos presentados por las empresas KN, M SA, sentencia del TAC 1 Turno sobre apelación de M SA contra TCP, ANP y Otros en la cual se discuten aspectos sobre la libre competencia, consultas jurídicas de diversos especialistas en derecho constitucional, comercial y administrativo, informe de asesoría jurídica sobre recursos del MTOP e impugnaciones de otros operadores portuarios. Según lo informado a la instrucción los recursos interpuestos contra los Decretos Nos. 114 y 115/2021 se encuentran en el ámbito del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con demandas y contestaciones presentadas.

4.3 INFORMACION PROCEDENTE DE LA COMISION DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En respuesta al Oficio No. 7/2022 librado por esta Fiscalía, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (*órgano desconcentrado del MEF ante el cual compareció la empresa M SA denunciando prácticas referidas a los hechos que afectan disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias sobre la libre competencia en el mercado*), remitió testimonio completo de las actuaciones “M SA C/Poder Ejecutivo, MTOP, ANP, ST NV, KNn NV, ST Montevideo SA, N SA, TCP SA -Denuncia. Asunto 45/2021- ” en formato físico que se compone en 13 piezas y 2.899 fojas útiles y de la cual surgen entre otras actuaciones: diversas consultas jurídicas efectuadas por los Dres C., D., R., D. M., O. G. respecto al régimen de libre competencia en referencia a la intención de la empresa M SA de obtener la autorización para la instalación de una grúa pórtico. Al respecto obran informes técnicos de los asesores de la mencionada Comisión.

Uno de ellos (Ec. M. P. -fs. 154 y vto-) entre otras consideraciones aludió que la cantidad de contenedores manejados por las empresas implicadas han sido en los últimos años y a grandes rasgos del mismo orden, al tiempo que observa que las tarifas entre empresas varían para un mismo servicio, no encontrándose una

empresa que sea siempre la más cara. Destaca que la instalación de grúas pórticos en los muelles públicos lograría una mayor tensión competitiva.

Por su parte la asesora Dra G., tan luego del informe vertido, concluye en que la ANP ha violado con su accionar las previsiones sobre libre competencia (fs. 155 a 158 vto). Así se sugiere en el proyecto de resolución estableciendo: “...1. *Considerar finalizada la presente investigación, concluyendo que la Administración Nacional de Puertos vulneró la normativa consagrada en el art 4 de la Ley 18.159 en particular sus literales B, F y G, imponiendo una restricción vertical a la libre competencia, consistente en la negativa a autorizar la instalación de grúas pórtico, de acuerdo a la solicitud que para ello formulara la empresa M SA... 2. Ordenar el cese de la referida conducta, autorizando la instalación y operación de grúas pórtico por parte de la empresa M SA, permitiéndole competir en condiciones de paridad en el mercado del servicio de carga y descarga de contenedores en el puerto de Montevideo...*”

Por su parte el Fiscal de Gobierno de 1 Turno por los fundamentos que expuso en su dictamen, dijo: “...esta Fiscalía no aconseja imponer a la ANP, por la vía oblicua de la denuncia ante la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, ninguna conducta que no siga el protocolo de actuación de las normas que regulan, en nuestro país, la política portuaria...” (pieza XI fs. 2420 a 2425). Entre otros aspectos que expresa refiere a las potestades en materia portuaria que tiene el PE y en tal sentido manifestó: “...También se admite como cierta la aseveración que por resolución del Poder Ejecutivo... se realizó un llamado a licitación pública internacional para seleccionar un operador de terminal en régimen de concesión de una terminal polivalente en el puerto de Montevideo, licitación que fue resistida por TCP SA, habiendo sostenido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia que definió el proceso anulatorio, que coincidentemente con lo expresado más arriba, es al Poder Ejecutivo a quien le compete la formulación de la política portuaria, de acuerdo a la ley, y ello supone la discrecionalidad en la evaluación de razones de oportunidad y conveniencia...”

La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia en Resolución No. 40/2017 de fecha 7.04.2017 se apartó del dictamen de los asesores y resolvió:

“...Considerar finalizada la presente investigación emitiendo una recomendación no vinculante al Poder Ejecutivo-Ministerio de Transporte y Obras Públicas y a la Administración Nacional de Puertos, en el sentido de adecuar la normativa que regula los poderes-deberes de la ANP, que armonicen su calidad de regulador portuario y su condición de explotador del negocio, a través de su participación en la empresa TCP SA, de modo de garantizar plenamente que las condiciones de competencia en el mercado de servicios de carga y descarga de contenedores en el Puerto de Montevideo, aseguren la libertad e igualdad de condiciones de acceso a las empresas...” (fs. 161 a 163).

Surge asimismo diversa documentación vinculada a la comparecencia del Ministro de Transporte y Obras Públicas ante el Parlamento, la Sentencia No. 330 del TCA (*en la que TCP y Otros entablan demanda de nulidad contra Resolución del PE y ANP destinado a otorgar la explotación integral de una Terminal Polivalente constituida por los muelles 8 a 11 y un nuevo muelle C en régimen de concesión en el puerto de Montevideo*) y variada documentación con escritos y recursos presentados, algunos de los cuales se reiteran en otras actuaciones.

Respecto del recurso ante el TCA la recurrente dice que la finalidad última del llamado a licitación, es la instalación inmediata de grúas pórtico atendiendo un petitorio de la empresa M SA y con ello el establecimiento de una nueva terminal especializada en competencia con TCP (y no una terminal polivalente). El TCA desestimó la demanda y confirmó el acto impugnado. Expuso que el accionante no tiene legitimación de acuerdo al art. 309 de la Constitución, no aprecia norma de derecho violentada y no puede ser invocado como norma reguladora el Plan Maestro que no es más que un conjunto de reflexiones, consideraciones y recomendaciones efectuadas por un equipo de expertos.

Dicho Plan no prohíbe un nuevo llamado a licitación para la concesión de servicios portuarios y construcción de obras necesarias para tal actividad. Indica que el marco normativo que rige la prestación de servicios portuarios sigue el principio de la libre competencia. Dice el TCA *“...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 del 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...” (pieza I fs. 294 a 296)

4.4 INFORMACION PROCEDENTE DE LA ADMINISTRACION DE PUERTOS (ANP)

Por solicitud de esta fiscalía y diligencia de información requerida por la defensa de los denunciados, la ANP remitió en versión electrónica diversa documentación y planillas excell sobre las condiciones de los operadores portuarios y en especial la situación de la empresa M SA en cuanto a las solicitudes de renovación de permisos, autorizaciones y concesiones que se hubieren otorgado para el movimiento y operación de carga y descarga de contenedores desde los muelles públicos. De la misma surgieron diversos permisos concedidos para operaciones multipropósitos referidos al depósito y almacenaje de contenedores, a la utilización en tal carácter de determinadas áreas del puerto y a partir del año 2019 y por 10 años de una concesión -actualmente vigente- para la operación de contenedores, pero que no implicaría afectación al rubro de carga y descarga desde muelle de contenedores en razón de la actividad que se emprende en tal régimen desde la Terminal especializada a cargo de la empresa TCP (conformada por el Grupo KN y la ANP en un porcentaje de 80% y 20% respectivamente)

5. INFORMACIÓN APORTADA Y TEORÍA DEL CASO

5.1 De acuerdo al objeto de la investigación conformada por la teoría del caso proyectada, la información que corresponde considerar y posteriormente valorar a criterio de este fiscal son: LAS CONSULTAS JURIDICAS (aportadas por los coadyuvantes y denunciados en las respectivas instancias administrativas), LAS DECLARACIONES TESTIMONIALES de diversos jefes de las entidades

estatales, LAS DECLARACIONES DE LOS CONSULTANTES (en carácter de expertos en la materia), CONSULTAS ECONOMICAS (aportadas por Economistas aportados por ambas partes), LAS DECLARACIONES BRINDADAS por los expertos Economistas y finalmente LAS DECLARACIONES DE LOS DENUNCIADOS.

5.2 Allende el gran volumen y valía de información aportada por los diversos organismos estatales, no es vano considerar la teoría del caso a verificar y en referencia de ello, de los hechos que se admiten o se cuestionan para ser objeto de verificación. De esta información existe en mayor o menor calidad que se desprende de los distintos medios acercados a la instrucción y que en esencia se reiteran una y otra vez a lo largo de la tramitación de los diversos expedientes vinculados esencialmente a la denuncia de una de las empresas perjudicadas por el “acuerdo del 25 de febrero” y sucesivos Decretos presidenciales por violación a las reglas de la libre competencia; así como las impugnaciones que refieren al dictado de los Decretos Nos. 114 y 115/21 de 21.04.21 por los que se recogen los términos antes acordados por el Gobierno con la empresa KNG y que determinan un cambio sustancial en el régimen de operaciones portuarias, así como en el reglamento de atraque de buques.

5.3 También se ha observado información de estudios sobre la materia portuaria que agregaran las empresas con datos sobre movimientos de operaciones de contenedores, proyecciones internas e internacionales, croquis para determinar las diversas zonas y áreas de operación portuaria tanto desde la terminal especializada hasta las que aparecen asignadas a los muelles públicos, estudios económicos de mercado y financieros que apuntan a cuantificar los movimientos de contenedores en distintas fechas y en distintas operativas vinculadas al respecto. Informes elaborados por economistas que posicionan comercialmente al puerto en sus diversas áreas al tiempo que permiten proyecciones sobre fluctuaciones del mercado y como ello afecta en la operativa, incluso antes y después del “Acuerdo” que se impugna.

5.4 La información también refiere a instancias parlamentarias en que concurriera el entonces Ministro de Transporte L. A. H. (co-denunciado) a la Comisión

respectiva en la que fuera interpelado por diversos legisladores (principalmente los Senadores C. C. Y M. B.) acerca de las razones de la celebración del acuerdo del 25.02.21 con la empresa KN y de los términos allí acordados, como lo referente a las circunstancias por las que no se informó oportunamente del mismo, sino hasta la promulgación de los decretos que recogieron los temas abordados. Los legisladores denunciadores en su comparecencia concluyeron -y así lo manifestaron a la fiscalía- que el Gobierno en la persona de las autoridades denunciadas no solo omitieron dar cuenta e informar acabadamente de la realización de un acuerdo que no solo alteraba las reglas ya implementadas desde hacía años en la operativa portuaria, sino que éstos ratificaron su actitud, fueron reticentes en el aporte de información, omisos en la corroboración de la veracidad de los términos de la demanda con la que se amenazaba al país respecto a la promoción de acciones judiciales, no exigiendo fundamentación documental alguna e incluso faltando a la verdad en aspectos vinculados al recogimiento del asesoramiento requerido a la ANP para la realización del acuerdo y la disponibilidad de “consultas o informes” jurídicos a los que hicieron referencia tener consigo (fundamentalmente el Ministro H.) y que en definitiva terminaron consolidando con la presentación de un documento sin firma aunque atribuido a la autoría del Sr. Prosecretario Dr. F..

5.5 Ahora bien. La información de que se dispone al momento, permite orientar la misma en torno a evidenciar presuntos hechos vinculados a la comisión de un delito de abuso innominado de funciones (*al no haberse denunciado ni existir elementos que permitan atribuir otros comportamientos delictuales tanto en sede de Administración Pública, cuanto en las demás disposiciones del CP o de leyes especiales*) estableciendo para ello si existen elementos objetivos (estructurales del tipo) tales como los “actos arbitrarios” susceptibles de tornarse en un perjuicio a la Administración (al Estado) o a los particulares (en la especie: otros operadores portuarios) que son obra de un apartamiento del poder funcional que conlleva al “abuso del cargo” y el elemento subjetivo del “dolo” de haber actuado con intención consciente y preordenada a la realización de los actos separados del ejercicio legal del poder que otorga la función pública que desempeñaran, su objetiva arbitrariedad

y comprensión del perjuicio moral y económico que se pudiera generar con ello a los sujetos damnificados por el tipo penal.

5.6 De manera que no correspondería analizar información, más allá de la que resultare controvertida y en este aspecto como ya expuse supra; los hechos presuntamente delictivos se encuentran en “*los actos que llevaron al acuerdo del 25 de Febrero*” y los “*asesoramientos brindados por el denunciado Dr. C. en su carácter de Presidente, sin contar con la intervención del Directorio de la ANP*”; por cuanto son los que hay que determinar su condición de “arbitrarios” productos de un abuso del cargo por todos los que participaron de los pre-acuerdos que llevaron al mismo, en reuniones celebradas con carácter confidencial tanto como la documentación que se intercambiara al efecto. Particularmente a ello se agrega la condición del denunciado Dr. C. quien además de intervenir en el acuerdo, estuvo asesorando al PE sin haber puesto en conocimiento de ello al resto de los Directores, ni durante, ni después de realizado, cuando por expediente le fue pedido por el Ministro H. en fecha 13 de Abril 2021 el asesoramiento que brindó en dictamen firmado solo con la secretaria general de la ANP.

6. VALORACIÓN DE LA INFORMACIÓN

6.1 Es en este apartado, donde entiendo que el fiscal debe analizar la información obtenida para someterla a un “standard” de apreciación lo suficientemente exigente; como para corroborar que su “teoría del caso” se ha verificado y se halla entonces en condiciones de litigar en juicio, concluyendo su investigación y promoviendo la formalización de cargos o, por el contrario, disponiendo el archivo de la misma sin perjuicio de su eventual revisión ulterior.

Valorar es de alguna forma; *extraer sentido de significación* a un contexto determinado para sostener una *dimensión de significación* de ciertos hechos que se quieren comprobar. Pero en el presente, esos hechos relevantes, no solo son “asumidos” por los denunciados, sino ratificados con razón de fundamentos que

expresaron en sus correspondientes declaraciones que aceptaron dar en presencia de su defensa, incluso aún en el espectro parlamentario.

6.2 Esto implica que la resolución de la investigación atraviesa por aspectos “esencialmente jurídicos” a partir de hechos admitidos y que, por ende, “no se controvierten”.

Cuatro aspectos definen el éxito de una “imputación”: la confirmación de un hecho (*fáctico*), la adecuación del mismo a un tipo penal objetivo y subjetivo (*jurídico*), la atribución del evento como manifestación de la obra intencional de un hombre (*comportamiento humano doloso*) y el sustento en evidencias probatorias que permitan su comprobación (*probatorio*). Dos de ellos, conformarán el presente análisis: el jurídico y el probatorio, en tanto el fáctico es reconocido como se expuso y el de su atribución a la manifestación humana es un aspecto absolutamente evidente, en tanto y cuanto los actos denunciados corresponden a la realización de los que conforman el libelo accionante.

En función de ello; entiendo que no corresponde a la instrucción; expresar convicciones que me son propias y que corren por el fuero interno, sin que ello implique las consideraciones que pudieren verse, a partir de la información que pueda surgir de la investigación sustanciada administrativamente y del sentido de valoración que pudiere efectuarse de ella.

6.3 *Los aspectos jurídicos a ser analizados son, desde los elementos descriptivos, el carácter de arbitrariedad que debe revestir el acto, lo cual nos lleva a considerar el contexto del acuerdo y todas sus circunstancias en que el mismo es celebrado, el apartamiento del poder de actuación conferido y las connotaciones de perjuicio que pudiere el mismo tener para los damnificados del reato. Si bien los consultantes por su especialización y experticia, operan como una suerte de testigos expertos de la opinión sobre el punto que vierten, no pueden los mismos ser utilizados más que como un fundamento de argumentación de parte, para alegar acerca de la juridicidad de los hechos que se pretenden invocar ante un juez y de la prueba o comprobación obtenida a partir de un juicio.*

6.4 En este sentido las consultas fueron dadas para sostener en esencia:

a) la existencia o no de un monopolio de hecho,

- b) la afectación a la libre competencia,
- c) el concepto de asesoramiento requerido por la ANP al PE,
- d) la extensión del plazo de concesión y aspectos económicos-financieros sobre la regulación sobre tarifas y
- e) proyecciones a cargo de destacados Economistas por ambas partes.

Sus deposiciones en la gran mayoría (con excepción del Dr. C. o del Dr. R. O. G. aunque se dispone de sus respectivas consultas) brindadas ante fiscalía y con presencia de las partes; podrían -en honor a la brevedad- y a los aspectos de relevancia a la investigación resumirse en los siguientes términos:

DR A. R.

- Docente grado 4 Dº Administrativo - UDELAR
- Recibió una consulta de la bancada de senadores del FA, setiembre 2021 sobre condiciones de extensión del contrato de concesión de la Terminal de Contenedores
- Puntos: si se respetó el marco legal, si había monopolio encubierto, y sobre los asesoramientos de ANP.

EL ASESORAMIENTO Y SU FORMA

- No había acto administrativo formal del Directorio de ANP, en calidad de asesoramiento. Había intervención de ANP pero no acto administrativo del Directorio (como adopción de posición formal). Considera que el dictamen debe provenir del Directorio, no del Presidente.
- Considera las normas que imponen el asesoramiento preceptivo de ANP. Pero dicho asesoramiento debe provenir del órgano Directorio, no bastaría el mero informe técnico.
- Cuando refiere al “asesoramiento de la ANP”, las personas jurídicas expresan su voluntad a través de sus órganos, y en este caso es el Directorio quien debe expresar su voluntad. No hubo resolución del Directorio, sí comunicaciones del Presidente pero no en sesión del Directorio. Para formar válidamente la voluntad lo debe hacer a través del Directorio.

- El asesoramiento es un dictamen institucional, y eso involucra la voluntad del órgano.
- Al no existir el dictamen en forma, resulta inexistente en el caso concreto, es decir, no existió el asesoramiento requerido normativamente.
- Que no sea vinculante no quita que formalmente deba requerirse la voluntad del órgano.
- El PE puede apartarse del dictamen, pero no puede no existir, y entonces, falta un presupuesto para la emisión del acto (referido a los Decretos: el asesoramiento previo). Entiende que no alcanza con las comunicaciones del Presidente, debió haberse emitido por el Directorio.
- Si hubiera potestades de urgencia, debe convalidarse por el Directorio (ratificando o rectificando). Pero no habría en el caso una situación de hecho que justificara la urgencia, si existiera una norma que lo habilitara.
- No hay constancias de que C. hubiera actuado por razones de urgencia. Y así debió someterse al Directorio para formar la voluntad del órgano (ratificando o rectificando).
- El asesoramiento es preceptivo por el principio de especialidad (art. 190 Constitución). Luego el PE puede tomarlo o desestimarlos, para apartarse debe hacerlo fundadamente, haciendo uso de sus facultades de dirección política (razones de conveniencia, oportunidad, mérito). Nunca el PE puede decidir sin ese asesoramiento institucional de ANP, y debe requerirlo.
- La confidencialidad no obsta a que el asesoramiento se brinde, en todo caso, en forma compatible con esa confidencialidad. La confidencialidad no justifica el no involucramiento del Directorio de ANP.
- Señala que hay una extra-limitación de C. al no convocar al Directorio. Hay una actuación fuera de los deberes propios del cargo.
- Abuso y Exceso de poder: son vicios del acto, y acá no hubo acto – acto inexistente porque no hubo convocatoria del órgano.
- El asesoramiento debe formalizarse a través de un acto administrativo del Directorio.
- En este caso es preceptivo el asesoramiento de ANP, porque la ley así lo establece. No existe posibilidad que el PE decida sin este asesoramiento.

- El art. 72 del Decreto 183/994 estaría vigente. Y el Decreto No. 114/21 lo refiere expresamente.
- Está de acuerdo con el primer informe de A. (donde afirma que debe intervenir el Directorio).
- Entiende que el asesoramiento igualmente produce efectos jurídicos (no dispositivos) pero si obliga a tomarse en consideración.
- Lo correcto es que se solicite informe técnico del área que corresponda, y luego el Directorio lo adopte como posición institucional y por ende, así se da cumplimiento al asesoramiento requerido por ley.
- Si el PE se aparta del asesoramiento debe hacerlo fundadamente, porque en definitiva quien asesora es el órgano especializado en la materia sobre la que se decide.

LA LIBRE COMPETENCIA:

- El acuerdo da preferencia a KNG y de hecho se constituye un monopolio de hecho
- Los monopolios pueden ser legales (a favor del Estado o de particulares, art. 85 Constitución) o de hecho (económicos)
- En este caso habría una modificación de condiciones iniciales de la concesión por la cual KNG pasa a tener una posición claramente preferente en la operativa de contenedores, y se establece una condición (2 años / 85 %), la cual es lo que lo posiciona preferentemente y se vulnera la libre competencia y puede constituir un monopolio de hecho.
- La condición es muy gravosa, y conlleva a un monopolio de hecho, siendo la única terminal de contenedores.
- La libre competencia aparece en la ley de puertos, y luego en la Ley 17.243 y el Decreto 137/001. Éste dice que la terminal especializada operará en régimen de libre competencia con otros operadores.
- El acuerdo de febrero de 2021 y el Decreto 114/021 cambian las condiciones: se prohíbe la instalación de grúas pórtico fuera del área de la terminal especializada y se establece la condición (del 85% de capacidad anual para otorgar nuevas condiciones).

- El Decreto 114/021 modifica las condiciones de la concesión original, y llevaría a la configuración de un monopolio.
- El Decreto 137/001 reglamenta el régimen de gestión inicial de la concesión, y establece que “La Terminal” prestará servicios en libre competencia. La operativa debe hacerse en libre competencia con otros operadores de otros muelles del puerto. “La terminal” refiere a la concesionada (porque la norma regula justamente la concesión). La norma asienta la libre competencia.
- El Acuerdo celebrado, y el Decreto 114/021, se apartan de esa idea, porque no permite la instalación de grúas pórtico fuera de los muelles, y concentra la operación de contenedores en esa terminal. Y la condición inhibe a la prohibición de otorgar una nueva concesión.
- Se otorga una situación preferencial, que en los hechos indican un monopolio encubierto.
- Hoy hay una terminal, pero podría haber más (eso si depende de lo financiero). Sin duda en el acuerdo se incluyó una previsión para evitar la instalación de otras terminales.
- Los monopolios legales son obviamente a través de la ley – art. 85 Constitución.
- La creación de las condiciones que se impusieran genera un monopolio de hecho, porque hacen difícil o imposible que haya competencia en el puerto de Montevideo.
- El Acuerdo afecta el art. 7 del Decreto 137/001.

DR E. G. L.

Profesor de Derecho Internacional de la Haya .

Prof de Derecho Marítimo y Portuario.

Prof de Derecho Internacional Privado y Publico.

Prof. de Derecho Diplomático.

Presidente ANP 1998 al año 2001.

La ley 16246 establece un marco jurídico de una claridad importante, que establece un Régimen de preferencia, consagrando la libertad de competencia e incluso se

establece que el uso de los muelles y grúas estatales existentes en ningún caso podrá nunca entenderse un monopolio de hecho en manos de agentes privados (art. 9).

El decreto 183/94 estaba vigente pero no se aplicaba.

Ley 17.243 llamado a la concesión de una terminal especializada, El objetivo radicar inversión de riesgo a largo plazo. Llamado a una concesión de una terminal especializada, esto trajo aparejado obras muy importantes, el puerto iba a quedar dividido con una parte especializada y otra multi propósito de muelles públicos.

El art. 20 de la ley 17.243 consigna que no se establecerán restricciones a la operativa de los muelles públicos, significa que pueden seguir operando como hasta el momento. Hay que asegurar el régimen de libre competencia.

Hay alrededor de 20 empresas que operan en los muelles públicos y operan con contenedores, en la actualidad lo que ocurre en los muelles públicos, es que hay dos grúas móviles de la ANP que están obsoletas (no pueden cargar mas de 5.000 kg, se requiere mucho personal para hacerla operar), no son eficaces; la única grúa móvil que funciona bien es una de utilaje; salvo las de M. Por eso M no puede dejar de operar de un día para otro.

Hasta el 25 de febrero del 2021, el armador solicita muelle a través de la agencia que lo representa, la adjudicación de ese muelle se hace a través del capitán del puerto, cumpliendo con el reglamento de atraque

Considera que lo que se estableció con los Decretos Nos 114 y 115/21, no fue un monopolio, fue un sistema preferencial, que viola la libertad de competencia. No cree que exista monopolio, porque se necesita un aprovechamiento exclusivo y excluyente: no es el caso.

Entiende que el contrato y los decretos 114 y 115, carecieron de un buen asesoramiento jurídico y operativo, se debió haber consultado a los especialistas en

derecho portuario, liga marítima, el centro de navegación y se debió haber debatido a nivel parlamentario, a través de una ley.

Debió haberse realizado por ley y no por decreto, ese es el talón de Aquiles de todo este proceso – haberse aprobado administrativamente – porque lo hace susceptible de anulación ante el TCA.

Incorporar el reglamento de atraque al contrato del 25 de febrero, fue un error, porque es un problema si se necesita modificar el reglamento de atraque temporalmente. No se puede modificar porque forma parte del contrato.

El reglamento de atraque, se toma en cuenta la opinión al capitán de puerto, ya que la ley de puertos le otorga un papel protagónico; no se hicieron los estudios pertinentes.

Modificar el atraque es una potestad esencial de la autoridad portuaria. Enrique Sayagés Laso, ya lo dijo que no se pueden traspasar poderes sin que exista una ley que lo habilite y acá se está transfiriendo el poder que tiene la autoridad portuaria a una empresa privada. Se estaría traspasando ese poder, que es un cometido específico de la autoridad portuaria (ANP y Capitán de Puerto) a una empresa privada.

Por el contrato del 25 de febrero se le concede el espacio para instalar molinos de generación eólica (eléctrica) en puntas de Sayago. Esta en la tapa del libro que eso tiene que hacer por la vía de una concesión, lo dice la ley que aprobó T. V. (del año 2017 que se debe proceder a licitar). La ANP no tiene potestades porque es un tema que le compete al Ministerio de Industria y Energía. El propósito era que lo producido en ese parque de energía eólica se dedujera de las facturas de terminal de contenedores.

Se concede un predio ocupado por la Armada a KNG, se tiene que llamar a licitación tiene que cumplir con el TOCAF. (ya en el año 2002 había un informe de jurídica de la ANP que establecía claramente eso).

El Depto Jurídico de la ANP no intervino, sostiene que no hubo un asesoramiento adecuado.

Se debió haber establecido un plazo de transición, para que paulatinamente M fuese dejando de operar, buscar soluciones y tener como plazo ese periodo de transición, la construcción del muelle por parte de TCP y que esté operativa.

TCP-KNG han tenido ganancias muy superiores a las inversiones que han realizado (emprendimiento muy exitoso) , argumentar el daño emergente y el lucro cesante para reclamar daños y perjuicios, a ciencia cierta esa demanda no hubiese podido prosperar de ninguna manera.

El Dr. C. a título personal puede redactar ese acuerdo asesorando al PE, pero no puede asesorar a través de la ANP, como si fuera a título del directorio. Entiende que es al órgano de ANP quien debe expresar su voluntad, a través su Directorio.

DR M. R.

Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

Director del Depto de Derecho en la UCUDAL

Año 2015 consulta de M por grúas pórticos

En ese momento era titular de permisos.

Fundamento de la concesión con KN. Concesionario hace inversiones.

Dos consultas en el año 2021 respecto de 2 tópicos:

- 1) Si había un monopolio en la operativa portuaria en materia de contenedores.
- 2) Si el decreto 137/2001 (art. 3.5 contiene una disposición normativa que dice que la terminal prestara servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúan en otros muelles del puerto de Mvdeo) derogó el Decreto No. 183/94 respecto a la modalidad de operación portuaria de que determinadas actividades deben cumplirse en determinadas zonas preasignadas del puerto. El tema de la preferencia de atraque en la zona asignada a instalaciones especializadas en materia de contenedores.

- 1) A juicio de R. no hay un monopolio en base a este nuevo acuerdo transaccional. Lo que hubo fue un procedimiento competitivo, fue una subasta, a la cual solo se presentó una única empresa que fue KN en el año 2010 y la gano.

Las empresas que no se presentaron o que eventualmente -si se hubieran presentado otras empresas – hubiesen perdido, no pueden decir que hay un monopolio porque quieren prestar servicio, tan luego de que otra empresa ganara a través de un procedimiento competitivo la contratación. Ello fue lo que paso con la playa de contenedores que gano K. por 30 años, pero afirma en su concepto que eso no conforma un monopolio.

2) La Conclusión es que no lo deroga, el art. 3.5 hay que entenderlo en el concepto de libre competencia, se puede llevar a cabo con otros operadores que estén en la misma situación de igualdad.

Por lo cual cuando el 3.5 establece el concepto de libre competencia; debe entenderse respecto de aquella que ha de ser justa y leal.

Una competencia entre un concesionario y entre M (que es permisario) es totalmente desigual, absolutamente imposible; supone una competencia desbalanceada. Se estaría dando una competencia salvaje entre un permisario y un concesionario. Se debe hacer la distinción que el concesionario invirtió y tiene invertido centenares de millones de dólares, cuando en realidad el permisario no invirtió nada.

Legalmente se establece una competencia. Cuando hablamos de libre competencia, se puede hablar de una libre competencia justa y legal o de una una libre competencia salvaje. Lo que establece la ley uruguaya es que la libre competencia, debe ser justa y legal (esto tiene su base en la Constitución).

Tiene que hacerse una interpretación armónica también con el principio de igualdad constitucional.

El art. 3.5 hay que interpretarlo en forma realista, la playa de contenedores que se creó en el año 2001 no tiene una exclusividad, pueden haber otros operadores - concesionarios – de otra playa de contenedores y en ese caso, allí si habría libre competencia. De hecho, en el año 2010 el gobierno quiso llamar para que hubiera una segunda playa de contenedores, pero no hubieron otros oferentes.

Hoy el art. 72 del Decreto No. 183/1994 significa que los contenedores, van a la playa de la terminal especializada de contenedores y en caso de colapso, ahí pueden ir a los muelles públicos. Si hoy hubieran dos playas de contenedores, se

podría ir a una u otra playa de contenedores, habría libre competencia con cada uno.

Hay una relación de inversiones con el plazo, por ejemplo, KN ha invertido sumas millonarias y con el nuevo plazo, se estima que serían unos 600 millones de dólares. En el caso de M que es permisario, la inversión ha sido muy menor, porque el plazo para recuperar la inversión es mucho menor. El permisario tiene por lo menos 3 años de plazo. En cambio, un cesionario puede tener un contrato por 30 años y hasta 50 años como se estableció ahora con KNG.

DRA G. R.

- Consultas en abril y mayo de 2021 (a pedido de KNG, consultas puntuales)
- Una sobre el plazo (abril), y otra (en mayo) sobre el alcance de literal D) del art. 20 de la Ley n.º 17.243 (D) (*“Se asegurará la prestación de servicios en igualdad de condiciones a todos los que lo soliciten, manteniendo la continuidad y regularidad de los mismos, y no se comprometerán restricciones para operar en otros sectores del Puerto de Montevideo.”*)
- Nunca fue consultada antes del Acuerdo. Nunca asesoró al Poder Ejecutivo ni a H., ni siquiera verbalmente.
- La primera consulta se la efectúa KNG (la consulta se la hacen a través del Dr. D. M.). Tuvo a la vista el Acuerdo de febrero de 2021, el Decreto 137/001, ley 17.243 (art. 20), Decreto 183/994.

PLAZO DE CONCESIÓN

- Consulta: legitimidad del plazo de prórroga de la concesión, esto es, los 50 años a partir del vencimiento de los 30 primeros. Para ello encuadró como marco jurídico: Ley 17.243 (art. 20), Decreto 137/001, ley 19.355 (art. 377) autorización con carácter general de las concesiones, Ley 19.924 (art. 322) autorización por 50 años (interpretación auténtica), Decreto 314/017. En todos los casos con resolución del PE.
- Antecedentes de extensión de prórrogas en recinto portuario: celulosa, granelera

- Además consideró una Resolución del Tribunal de Cuentas, donde éste entiende que las prórrogas de concesiones (en otro caso) debe darse luego del vencimiento del plazo original.
- Conclusión: El acuerdo con relación al plazo de extensión de concesión fue legítimo, correcto, ajustado a Derecho.

ALCANCE DEL LITERAL D) DEL ART. 20 DE LA LEY N.º 17.243

- Fue también a instancias de D. M..
- Hay dos aspectos: a) asegurar prestación de servicios en igualdad de condiciones a todos (con continuidad y regularidad); b) no se comprometerá restricciones para operar en otros sectores.
- Estas condiciones del art. 20 deben respetarse en el Acuerdo con las prestadoras del servicio, y solo tiene vigencia entre las partes (TCP y ANP), no para terceros.
- ¿A que refiere cuando se dice que no se comprometerán restricciones para operar en otros sectores? C. entiende que los contratos que haga TCP no podrán nunca significar restricciones a los usuarios que contraten con ellos para operar en otros lugares del puerto. TCP no podrá exigirle que no opere en el resto del puerto (según la normativa portuaria, por ejemplo, contenedores solo en terminal especializada salvo excepciones del art. 72, según ley de puertos y su reglamentación).
- D. M. entiende que esta norma afecta a ANP y TCP (solo obligaciones entre las partes), y significa que ni ANP ni TCP están impedidos para operar, ellas mismas, en el resto del puerto (siempre cumpliendo la normativa portuaria, por ejemplo contar con las habilitaciones o permisos respectivas).
- No hay afectación de la libre competencia. La norma otorga prioridad a TCP.
- Según la normativa portuaria, los permisos precarios son ilegítimos (hablando de M).
- Opina (porque no fue consultada sobre el punto) que el puerto (como servicio) es un recinto que cumple servicios y para prestarlos debe organizarse, y para ello la preferencia de atraque es un criterio, es una cuestión de ordenamiento del puerto. No hay monopolio legal (por el art. 85 nal. 17 de la Constitución).

- Sí reconoce que puede haber monopolio de hecho o natural. Acá podría haber monopolio de hecho, por la circunstancia de que en 4 oportunidades se subastaron acciones (de una sociedad anónima) la instalación de otras terminales, y nunca fueron adjudicadas. Ello podría considerarse que al no haber “competidores” se constituiría un monopolio de hecho. M nunca se presentó.
- D. lo llama monopolio natural, porque naturalmente el puerto no tiene viabilidad para una segunda terminal. R. comparte esta posición.
- Ella entiende que ambas posiciones, la de C. y la de D. no son incompatibles, una refiere a terceros y otra a las partes (TCP-ANP), siempre dentro del marco normativo portuario. Lo que no puede interpretarse es que la actividad fuera de la terminal especializada es totalmente libre.
- Lo que hace la terminal especializada no lo puede hacer “cualquiera”, se necesita el cumplimiento de la normativa portuaria. Porque además para ello se hicieron inversiones millonarias por parte de TCP y se paga un canon.
- Conclusión: El Acuerdo no afecta la libre competencia. Recoge el criterio del art. 72 del Decreto 183/994.
- No conoce a nadie que diga que el Decreto 183/994 es contradictorio con la ley de puertos. Nunca fue recurrido, y debe considerarse legítimo.
- Si existe un monopolio de hecho o natural (o preferencia de atraque como prefiere llamarlo) no es a raíz del Acuerdo, sino por aplicación directa de las normas portuarias (Decreto 183/994 y ley de puertos). La preferencia siempre existió, pero se le dio a M permisos precarios violentando estas normas, para que pudiera operar con contenedores, cuando no lo pudo haber hecho. M nunca podría prestar los servicios propios de una terminal especializada, sin embargo, lo hizo en forma precaria, excediendo los servicios autorizados.
- Esos permisos fueron otorgados en forma ilegítima a M. Fue lo que KNG reclamó históricamente.
- Respecto al ASESORAMIENTO PRECEPTIVO, opina que el Presidente de la ANP tiene competencia para emitir ese asesoramiento. La ley orgánica del Puerto podría establecer tales competencias del Presidente, por ejemplo de representar al organismo.

- Atribuciones desconcentradas para actuar por si y no por delegación. Pero debe existir norma expresa o atribución del Directorio. Ella no sabe si existe tal norma, y cuál sería su alcance.
- Si se entiende que debió ser el Directorio que emite el asesoramiento y no solo el Presidente, existe lo que se llama la desviación del procedimiento, por aplicación del principio de la trascendencia de las nulidades. El vicio en la forma no es trascendente, porque no es un dictamen vinculante. Si hay una desviación de las formas es una nulidad intrascendente que no hace al fondo, porque no es vinculante el acto que se emite.

DR C. D.

Profesor Emérito de la de la Facultad de Derecho de la UDELAR.

Prof de Derecho Administrativo UDELAR

Prof de Derecho Administrativo en UM.

En su relación con las partes, el único contacto que tuvo fue con el Dr. P. A. marzo 2021, para estudiar consulta del acuerdo transaccional. En el pasado había tenido relación con M, consulta en el año 2013 por instalación de grúas pórtico a la ANP.

Entiende que el régimen de autorización es debida cuando se dan 3 Principios

1. Libre competencia.
2. Principio de libertad.
3. Eficiencia portuaria.

Hizo dos informes sobre el acuerdo transaccional en el mes de abril del 2021, en este caso por K. solicitados por P. A.. El Dr D. M. fue quien le especifico el alcance del objeto de las dos consultas que se le pidieron. Ello fue posterior a la firma del acuerdo transaccional.

Concluyó que los servicios portuarios son una actividad privada presididas por el principio de libertad, afecta intereses colectivos. Es un régimen de competencia de libertad regulada (ya que el recinto portuario es de dominio público, porque se requieren actos de concesión.

Está regulada por los principios de libre competencia, eficiencia y productividad, regulada por la ley de puertos y de los decretos reglamentarios. El otorgamiento a M

para operar grúas pórticos (comprarlas, importarlas es un acto de actividad privada) pero para operar precisa un acto de concesión para poderla instalarlas.

Hace una precisión importante entre lo que es autorización o concesión:

La autorización es un comportamiento debido, supone un derecho preexistente, se deben remover determinados obstáculos y si se cumplen con esos requerimientos, es un acto debido. Aquí hay un derecho preexistente, si se removieron los obstáculos. Si cumplen con esos requisitos, la Administración estaría obligada a otorgar esa autorización. Es el caso del año 2013 para la instalación de una grúa pórtico en muelles públicos.

Un permiso es un tipo de autorización más precaria, no tiene plazo por lo cual la Administración puede en cualquier momento dejarlo sin efecto, porque no tiene plazo. En forma justificada se puede dejar sin efecto.

La libre competencia, es un principio consagrado en la ley de defensa de la competencia (dentro del ámbito de la actividad privada). Anteriormente ya se interpretaba ese principio en la Constitución.

El Puerto, es un recinto definido por acto gubernamental desde el punto de vista del área geográfica, supone acceso al Río de la Plata de acceso bien dominio público, así como los muelles y demás -independientemente de quien opera - son bienes de dominio público. Si no hay acto de concesión no se puede instalarla nadie, por lo cual para instalarse se necesita una concesión.

En la concesión, el derecho nace con el acto administrativo de la concesión. También puede haber concesiones bilaterales. Para operar dentro del recinto portuario debo tener una concesión, porque no se puede andar libremente dentro del dominio portuario. Son derechos distintos los que se tiene con el Estado en el caso de la autorización o una concesión. En la concesión se necesita que ese derecho se le den y en la autorización hay un derecho preexistente.

Dentro del recinto portuario, se divide en terminales especializadas (en sus variantes), en materia de contenedores hay una sola.

M tuvo autorizaciones para actividades. Actividades de servicio al barco, pasajeros y carga (dentro de esos servicios está prevista el almacenamiento). Tenía autorización de almacenamiento, pero nunca tuvo una concesión para operar con carga y descarga de contenedores. Siempre tuvo autorizaciones para actividades.

Dentro del recinto portuario todos tienen una autorización (es un acto debido y no discrecional, en su opinión) y concesión (necesariamente siempre es discrecional, porque son bienes finitos).

La ANP ha dado distintas concesiones. Hay distintas terminales portuarias, con distintos objetos, se podría decir que compiten, pero por su objeto podríamos decir que no compiten (ya que son variados los mismos). Por ejemplo: graneleras. En cuanto a las especializaciones de grúas portuarias, están las grúas pórticos y las grúas móviles que opera M.

Sería ilegítimo el operador que no tiene una concesión y realiza determinadas actividades en un rubro.

Es el caso de M que tenía autorización para realizar actividades de almacenaje (de acumulación) , pero no para realizar actividades de carga y descarga de contenedores.

En cuanto a la prórroga de la concesión, hizo un relevamiento del marco normativo para las concesiones públicas y la razonabilidad del plazo en el caso concreto. Concluyo que en las inversiones que debía realizar KNG necesitaba un plazo complementario y razonable, con el que se había dado. En la concesión de obras públicas, hay dos únicas variables: el tiempo y la cuantía de la inversión. La inversión la hace la empresa concesionaria, y en el plazo que obtenga la concesión se establece la amortización de lo invertido.

Si hay incremento de inversión, tiene que haber incremento del plazo, para amortizar el costo de inversión que debe ser de acuerdo con lo invertido. Destacó que fueron varias las concesiones portuarias y fueron prorrogadas, todas antes del vencimiento del plazo. Dando varios ejemplos con otro tipo de concesiones portuarias y no portuarias, que se han prorrogado por este gobierno y anteriores gobiernos.

Es totalmente legítimo la prórroga del plazo. Hace una distinción entre lo que es una concesión original de contrato de obra público, la concesión es la misma, no transforma la naturaleza de la concesión. Es una modificación de común acuerdo de la concesión (donde se prorroga el acuerdo en el plazo y el costo de las inversiones).

De ninguna manera consagra un monopolio de hecho. Jurídicamente se requiere mayoría especiales (cuando se trata de privados) para la creación de un monopolio,

desde el punto de vista del régimen portuario, no se admite el monopolio, por eso se estableció un régimen de preferencia.

Habla de una autolimitación del Poder Ejecutivo, en no llamar a licitación a una 2da terminal de contenedores especializadas. Es un diferimiento del término de un tiempo, ponderada en la realización de la inversión que se va a realizar (prácticamente todo al inicio o todo la inversión al principio), y prever que ese retorno de la inversión, se pactó en 50 años. Se realiza un cronograma de como se van implementando el cumplimiento de las obligaciones por cada quien.

Monopolio de hecho, reitera que no existe como esta plasmado en el texto del acuerdo transaccional. Esa clausula jurídica per se, no reviste un reproche de monopolio de hecho. No existe un leal competidor en términos de concesión. El decreto 183/94 está totalmente vigente.

M no tenía título para operar con contenedores, tenía autorización para un servicio de almacenaje.

Desconoce totalmente el alcance del pleito arbitral. En cuanto a la confidencialidad dice que si el Poder Ejecutivo pacto la confidencialidad en la procura de ese acuerdo transaccional, no podía ser trasmitido a terceros. En ese escenario, es posible que el presidente de la ANP, haya opinado sobre la materia portuaria y que lo haya hecho bajo la reserva, que le impusieron, al igual que le impusieron a él cuando debió estudiar el acuerdo transaccional.

Podría ser que el Dr. C., hubiere estado alcanzado por ese pacto de confidencialidad pactado entre las partes en el juicio arbitral y por lo tanto en el acuerdo transaccional del acuerdo que se estaba celebrando.

Respecto al informe de la ANP. La solución de principio (concentración funcional) es que debe manifestarse el órgano jerarca (que es el Directorio) y es sumamente frecuente y usual en la Administración Publica. Eso para el caso de la concentración funcional (solución de principio) pero cuando hay desconcentración privativa dentro del organismo – hay reparticiones competentes - (cada uno actúa en el ámbito de su especificidad) y para un asesoramiento (que no es un acto administrativo – porque no es una manifestación de voluntad - si un acto jurídico), si es un dictamen, es una opinión calificada. Son dos cursos de acción diferente, uno es el de principio a través del Directorio (a través del jerarca) y el otro puede ser a través de los organismos dependientes del Directorio (desconcentración funcional).

DR. D. M.

- Tiene vinculo profesional con KNG, nunca fue abogado patrocinante pero sí ha sido consultante puntual en temas de Derecho Administrativo:
- 1) El 20/1/2003 y 28/03/2003 (sobre si TCP tenía impedimentos para actuar fuera de la terminal especializada, en particular N S.A.). Concluye que TCP y N podían actuar como operadores portuarios en el resto del puerto. La consulta vino como parte de un reclamo de M respecto a la violación de la libre competencia. La Justicia falló que N puede actuar fuera de la terminal especializada sin violentar la libre competencia.
- Hay que partir del Decreto 183/994, cuyo art. 72 establece que la carga y descarga de contenedores se hace en la terminal especializada.
- El Decreto 183/994 cuyo art. 72 establece que la carga y descarga de contenedores se tiene que hacer en la terminal especializada. Este es el principio. Solo se admite la operación en muelles públicos cuando la capacidad está colmada, también por la naturaleza de la mercadería (peligrosa) o también como excepción por contenedores de último momento. Fuera de eso no se puede operar en muelle público. M no podía competir con TCP porque nunca tuvo la concesión para operar una terminal especializada de contenedores.
- Solo podía operar si se dan esas tres excepciones taxativamente indicadas. Pero este régimen se desvirtuó desconociendo el art. 72 y se derivó la operativa a los muelles públicos.
- Ley No. 16.246: La actividad portuaria es una actividad privada de interés público, regido por el derecho de la competencia, pero sometido a control del Estado.
- La libre competencia no es hacer lo que se quiera sino lo que el marco regulatorio admita.
- Luego se dicta el Decreto 183/994, y se empieza a pensar en la concesión de la operación portuaria.
- En el año 1999, se modifica el plan maestro, y se concluye que dos terminales serían ineficientes (luego de estudios y auditorias (y que debía

existir una sola. Por ello se efectúa la subasta para una terminal de contenedores.

- En 2007 efectúa una nueva consulta y concluye que solo es eficiente la existencia de una sola terminal, ya que habían cambiado las circunstancias de los años 90' (1988). La modificación está dada por el estudio de la consultora internacional que determinó la ineficiencia de la coexistencia de dos terminales. De allí que surge lo del monopolio natural.
- No es que haya imposibilidad absoluta sino que si la realizan dos, ambas se funden porque resulta ineficiente. No hay impedimento jurídico ni material, sino financiero (eficacia y eficiencia).
- Con el tráfico del Río de la Plata solo es viable una sola terminal especializada.
- El Decreto 137/001, reglamentario de la ley n.º 17.243, ofrece como insumo e información el Plan Maestro del Puerto. Los oferentes cotizan teniendo en cuenta ello, y de donde surge que solo funcionará una sola terminal. Esas fueron las reglas de la subasta, protegiendo de alguna manera la inversión.
- El Decreto 137/001 recoge la vigencia del Decreto 183/994 (y obviamente su art. 72)
- Con los años, esto no se cumplió, porque se desvió el tránsito hacia los muelles públicos y con ello el crecimiento ilegítimo de M, generando un perjuicio muy gravoso a TCP (incluso en peligro la propia concesión).
- Art. 3.5 del Decreto 137/001 (que regula el lit. D del art. 20): debe leerse en forma contextual y refiere al acuerdo entre ANP y TCP (es decir a las partes que integran la sociedad de economía y mixta). Respecto a la interpretación dice, la primera parte, que TCP está obligada a prestar los servicios que se le soliciten, no puede rechazar ninguno, y ANP debe controlar que sea así. En lo que refiere a la segunda parte del literal, dice que TCP no tendrá restricciones para operar en otras partes del puerto (dentro de la regulación y con las habilitaciones que correspondan). Por ej. N opera en muelles públicos, porque tiene habilitación para ello (es un operador más, como M y otros).

- TCP tiene que absorber toda la demanda que se le pida (en la terminal especializada), y si tiene colmada su capacidad, se deriva a los muelles públicos, y allí N es un operador más junto a M y compiten libremente.
- Los buques no eligen muelle, y el Capitán de Puerto es quien asigna, con el criterio del art. 72 (terminal especializada y excepciones). M nunca operó una terminal de contenedores, porque su posición fue ilegítima.
- Cuando deviene el Acuerdo de 2021, no se produce un cambio sustancial del régimen portuario, sino que se ratifica el ordenamiento jurídico vigente. Se aplicó mal durante muchos años y ahora se ajustó a derecho. Eso fue lo que reclamó TCP (el incumplimiento del art. 72).
- Hizo también dos consultas en 2019 para TCP.
- En octubre de 2019, se comunica la intención de iniciar el arbitraje. En febrero de 2020 se presenta una segunda nota con los montos. En marzo, con el nuevo gobierno, recibe una invitación de KNG, y le solicitan el asesoramiento en la negociación que comenzaba. Asistió a los negociadores hasta diciembre de 2020. Siempre fueron reuniones por Zoom.
- Cuando terminaron las negociaciones, y se elaboró el documento (previo al del 25/02), todo fue remitido a Bélgica.
- Niega haber asesorado a H. ni a nadie del gobierno. Asesoró a KNG. Y nunca facilitó ningún informe (los que hizo se los entregó a KNG). Tampoco evacuó consultas verbales o telefónicas.
- Hubo un pacto de confidencialidad. Y las partes no pueden utilizar los insumos de la negociación en contra de la otra al momento del arbitraje, por eso no hubo informes expresos. Su actuación en la negociación terminó en diciembre de 2020, y se entera de la firma del Acuerdo por V..
- En abril de 2021, hizo la última consulta a KNG (su último artículo en La Ley tomo 23), dada ya la situación de reclamos venidera. Igual el de R., D., O.. Todos fueron posteriores a Abril de 2021.
- Respecto a C. dice que cuando se discutió el reglamento de atraque, se presentó ya redactado desde ANP (como una resolución), y lo objetó especialmente por ilegítimo porque ANP no puede dictar ese reglamento, ya que es competencia del PE (art. 168.4 Constitución). C. se tomó unos días para pensar sobre el punto. A la semana siguiente, C. admite la irregularidad

y concluye que debe ser dictado por el PE, porque es reglamentario de la ley de puertos. A partir de ese momento, se trabajó desde el PE.

- Tema ASESORAMIENTO: la ley pide el asesoramiento de la ANP, pero no indica ni el órgano ni la forma del asesoramiento (verbal, escrito, encomendando a un funcionario, etc.). Aplicando el principio de *informalismo*, el asesoramiento se puede brindar de varias maneras, en forma razonable, dependiendo de las circunstancias. Acá además hay un tema y es la confidencialidad del acuerdo.

C. si violaba esa confidencialidad, hubiera tenido responsabilidad, por lo que podía asumir directamente el asesoramiento, legítimamente pudo decir lo que dijo, respetando así la confidencialidad. Al estar en toda la negociación, su asesoramiento fue constante, permanente.

- Se trataría de un tema menor, que no afecta la legitimidad del negocio. No es un acto administrativo (porque si no requeriría voluntad del Directorio), es justamente un asesoramiento (aunque este sea preceptivo).
- Además como Presidente debería tener competencia para emitir el asesoramiento (para eso habría que ver normativa). Los Presidentes pueden asumir determinadas potestades (pero desconoce lo que internamente sucedió).
- Insiste en que no hay acto jurídico, aunque el asesoramiento podría plasmarse, por ejemplo en una resolución, pero naturalmente no hay acto jurídico. Insiste en el Derecho Administrativo informal, siempre con razonabilidad: es el Presidente del organismo, tiene conocimientos jurídicos y técnicos, estaba obligado por la confidencialidad y la cautela, y por ende no podía actuar de otra manera. La reserva no debía mantenerse luego de la firma del Acuerdo, aunque este requería instrumentaciones (allí pide que se consulte a A.).

6.4 La Dra L. P. con fecha 21.09.21 en su experiencia de haber ejercido como Secretaria General del Directorio de la ANP (2005-2020) remitió su consulta a los Senadores de la Bancada del Frente Amplio, concluyendo sobre el tema entre otros aspectos que el Directorio de la ANP es el máximo jerarca del mismo, que la ANP es un sujeto de derecho público estatal según su Ley Orgánica 5.495, que su autoridad

jerárquica esta constituida por su Directorio (Presidente, Vicepresidente y Director-Vocal) dotado de todos los poderes jurídicos para el cumplimiento de sus cometidos en el marco de sus competencias y otros sometidos a la aprobación del PE. Este Directorio es representado por su Presidente quien es ejecutor de sus resoluciones y a quien le compete tomar todas las resoluciones y medidas convenientes a los aspectos administrativos, jurisdiccionales y judiciales, a través de su Presidente.

En referencia a TCP SA en su condición de socio minoritario, le corresponde al Directorio tomar conocimiento de las decisiones que se asumen tanto en las asambleas ordinarias como extraordinarias que concurra el Presidente con el Secretario General. De acuerdo a los postulados de la "Teoría del Órgano" el Presidente obra en nombre del órgano por el que está actuando, ya que es el Estado quien expresa su voluntad a través de sus órganos. Son las normas jurídicas las que delimitan la competencia del órgano y establecen sus límites dentro de los cuales puede moverse el mismo. Citando al autor Felipe ROTONDO "*La motivación de la decisión es un principio general del procedimiento administrativo sabiendo que lo no motivado es, por este solo hecho, arbitrario y que la legitimidad de una actuación discrecional deriva de la racionalidad de su contenido, en relación con la base de hecho que se integra la causa del acto administrativo y la finalidad debida que se persigue*"

Entre las atribuciones que destaca al Presidente de la ANP dijo P.: "*...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. No dar cumplimiento a éste item, decidiendo por si asuntos que le competen al Directorio, puede configurar un abuso de sus funciones, por lo que en los años que me desempeñé como Secretaria General fuimos 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... 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 de su Directorio...*"

6.5 El Dr. J. P. C. en su consulta de setiembre 2013 que realizara a solicitud de M SA por los fundamentos que expuso concluyó en la M SA en su carácter de peticionario es titular de un derecho subjetivo al otorgamiento de autorización para instalar y operar grúas pórtico en los muelles públicos del Puerto de Montevideo y

del permiso para el uso de almacenaje de contenedores full y tiene un derecho subjetivo a obtener la autorización por la administración a través de un acto administrativo que supone la preexistencia de esa situación jurídica subjetiva. Los servicios portuarios que se propone prestar M SA en el supuesto de que su petición fuera resuelta favorablemente, solo podrían ser prestados por la ANP en ciertas hipótesis que expone en su informe y cumpliendo los requisitos allí establecidos y si así lo determinara el PE, en todo caso en régimen de libre competencia con los operadores privados.

6.6 El **Dr. A. G.** en extensa y muy fundada consulta que se agregó por los coadyuvantes el 28 de Junio y que se recibiera declaración, concluyó en síntesis sobre los temas pertinentes:

Conforme lo que viene de exponerse, la respuesta a la consulta que me fuera formulada: “En virtud de la suscripción y aprobación del acuerdo celebrado entre el Estado uruguayo y las compañías KNG de fecha 25/2/2021, así como del dictado de los Decretos Nos. 114/2021 y 115/2021, ¿puede afirmarse que se conformó un monopolio en beneficio de las compañías KNG?”, la respuesta es afirmativa a la luz de las consideraciones expresadas en el precedentemente (...) Y de esta forma: - Como ya lo mencionamos, mediante la celebración del citado acuerdo y el dictado de las normas reglamentarias del año 2021, se impide la autorización o instalación de equipamiento que permita trabajar con contenedores en los muelles, en los que actualmente existen operadores desplegando dicha actividad, circunscribiendo la posibilidad de que se trabaje con dicho equipamiento a un Área del Puerto, que ha sido concedida a una empresa determinada (artículo 3.5.2. del Régimen de Gestión aprobado por Decreto No. 114/2021). - Se avanza también, contrariando el principio general de libertad referido, cuando -como también se reseñará- se establece expresamente que no se otorgarán nuevas concesiones permisos ni autorizaciones para instalar y explotar una nueva Terminal de Contenedores Especializada, condicionando dicha posibilidad a la configuración de un escenario que quedaría en manos de una empresa privada (artículo 3.5.4. del Régimen de Gestión aprobado por Decreto No. 114/2021). - Se define una prioridad de atraque de buques y barcasas portacontenedores respecto de la Terminal Especializada concesionada a TCP, desplazando a los operadores que actúan en los muelles públicos (artículo 14 del nuevo Reglamento General de Atraque de Buques del puerto de Montevideo, aprobado por Decreto No. 115/2021). (...) APRECIACIONES SOBRE EL DECRETO

No. 183/1994 DE 28/4/1994, COMO FUNDAMENTO DEL ACUERDO CELEBRADO ENTRE EL ESTADO Y LAS COMPAÑÍAS KNG Y DEL DICTADO DE LOS DECRETOS Nos. 114/2021 y 115/2021. El Decreto No. 183/1994 aprobó, a través de su único artículo, el Reglamento de Operaciones Portuarias y Capitanía de Puerto, cuyo artículo 72 dispone: “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. Los contenedores a embarcar estarán en el correspondiente punto de espera en la terminal o en el área asignada al operador, antes de la llegada del buque”. “Asimismo en estos muelles el otorgamiento de permiso, por la Oficina del Capitán de Puerto, para entrar en el área de operaciones administrada por la ANP con un "contenedor de último momento" ("Hot Box" o "Last Minute Container") durante una operación de carga, será considerado solamente como caso excepcional, pudiendo ser denegado. Dichas excepciones estarán sujetas a un recargo, de por lo menos, el 100% de la tarifa de movilización de contenedores, a ser establecido por la Administración Portuaria”. La norma citada, adquiere especial relevancia en la medida en que la misma constituye el principal fundamento jurídico utilizado para la suscripción del acuerdo entre el Estado y las compañías KGN, así como para el dictado de los Decretos Nos. 114/2021 y 115/2021. Surge de ello que las normas reglamentarias pretenden presentarse como una implementación de lo preceptuado en el Decreto No. 183/1994. A tal efecto, pueden verse en el Acuerdo la cláusula TERCERA, lit. A) numerales 1 a 5; y lit. B) 5.1. y 8.2. Asimismo, en la parte expositiva del Decreto No. 114/2021 se hace mención expresa a se funda en lo dispuesto en el anterior Decreto No. 183/1994 (ver Resultando II y Atento). La misma situación se presenta en relación al Decreto No. 115/2021 (ver Considerando III). En especial, el artículo 14 del nuevo Reglamento General de Atraque de Buques del Puerto de Montevideo, aprobado por el Decreto No. 115/2021, dispone: “(ATRAQUE DE BUQUES

PORTACONTENEDORES): En cumplimiento del artículo 72 del Decreto No. 183/994, de 20 de abril de 1994 (Reglamento de Operaciones Portuarias), la ANP deberá priorizar el atraque de buques y barcasas 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” (énfasis agregado). Asimismo, el artículo 3.5.2 del Decreto No. 114/2021 que aprueba el Régimen de Gestión, establece: / “En el ámbito de competencia regional y la necesidad de generar economías de escala que permitan darle competitividad al Puerto de Montevideo y su área de influencia, las operaciones de contenedores estarán concentradas en las áreas y muelles especializados conforme lo establecido en el artículo 72 del Decreto 183/994, no permitiéndose la autorización ni la instalación de grúas pórtico y/o equipamiento que puedan dar lugar a una especialización en contenedores fuera de las áreas y muelles especializados” (énfasis agregado). Según se aprecia, el acuerdo y los decretos reglamentarios que lo implementan, parten de interpretar que las referencias a “instalaciones especializadas” para el desarrollo de operaciones con contenedores que contempla el Decreto No. 183/1994 se asimila, tras la creación de la “terminal especializada” en el puerto de Montevideo -concretada siete años más tarde- al espacio físico que forma parte de dicha “terminal especializada”. Según puede apreciarse, el acuerdo y los decretos reglamentarios - Nos. 114/2021 y 115/2021- evidencian un claro error en la motivación de los mismos ya que: En primer lugar: Las disposiciones del Decreto No. 183/1994 regulaban una situación distinta a la que se pretende referir en el Acuerdo de fecha 25/2/2021 y en los Decretos Nos. 114/2021 y 115/2022. Como surge claramente de la reseña expuesta en el presente informe, al momento del dictado del Decreto No. 183/1994, no existía una Terminal Especializada, la que se crea en el proceso referido que se inició en el año 2000, con el dictado de la Ley No. 17.243 que se concreta con el contrato de concesión de 12/6/2021. El Decreto No. 183/1994 se enmarcó en un régimen donde las operaciones se realizaban a través de los muelles públicos, que fueran operados inicialmente por la ANP. Luego de ello, como lo dice la norma de 1994 se crearon “instalaciones especializadas” en todos los sectores del puerto, al reconocerse y aceptarse la realización de operaciones con contenedores, en dichas instalaciones especializadas y con dicha finalidad. Por ello, es que, en tanto no se obstaculizaba la libre concurrencia de las empresas prestadoras de servicios portuarios, nadie

cuestionó la legitimidad del Decreto No. 183/1994, frente a las claras disposiciones de la Ley No. 16.246 que, en entre otras cosas, dispone que el Directorio de la ANP podrá: “Otorgar concesiones, permisos o autorizaciones a personas físicas o jurídicas, de derecho público o privado, a los fines de que:... II) Utilicen determinados espacios abiertos o cerrados dentro del recinto portuario, para almacenar en ellos productos o mercaderías, revisarlas, clasificarlas, agruparlas o fraccionarlas...” (énfasis agregado). Obsérvese incluso que TCP reconoció esta situación en la nota enviada el 17/10/2001 a la Unidad de Contralor de Servicios Portuarios de la ANP , donde dicha empresa señala: “TCP S.A. declara: (...) Todos los servicios que pretende prestar están en régimen de igualdad de condiciones para todos aquellos que lo soliciten y en libre competencia con otros prestadores de servicios que fueren habilitados, asimismo declara que se compromete a no inducir ni realizar en forma directa o indirecta acto alguno que atente contra la libre y leal competencia del mercado” (énfasis agregado). Así las cosas, resulta evidente que la nueva normativa no puede encontrar sustento en una norma reglamentaria que refería a una situación marcadamente distinta. En segundo lugar: Si se pretendiera sustentar, como así parece surgir del acuerdo de fecha 25/2/2021 y los Decretos Nos. 114/2021 y 115/2021; que el Decreto No. 183/1994 regulaba una situación de preferencia respecto de la terminal especializada que se creó después del dictado del Decreto No. 183/1994, deberíamos concluir que ésta última norma reglamentaria, se encontraría derogada por la normativa legal y reglamentaria dictada con posterioridad, y como fundamento de la creación de la terminal especializada. En efecto, como ya lo mencionamos, a partir del dictado de la Ley de Puertos (Ley No. 16.246) la actividad portuaria es una actividad regida por el principio de libertad, aunque sometida a una importante regulación. Y ese régimen de libertad, enmarcado en la libre concurrencia y en la competencia de los actores en la materia, se volvió a reconocer y reforzar con el dictado del artículo 20 de la Ley No. 17.243 de 29/6/2020. El citado artículo 20 autorizó “a la Administración Nacional de Puertos a participar, conforme lo establecido en el inciso tercero del artículo 188 de la Constitución de la República, en sociedad con capitales privados, en la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo...”. Y en el inciso segundo se estipuló que: “La reglamentación del Poder Ejecutivo establecerá los términos y condiciones en que se instrumentará el acuerdo entre la referida sociedad y la Administración

Nacional de Puertos. El referido acuerdo, tendrá al menos las siguientes estipulaciones: "... 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..." (énfasis agregado). En base a lo establecido por el legislador, si dictó el 25/4/2021 el Decreto No. 137/2001 que reguló el procedimiento para la participación de particulares en la Sociedad Anónima y aprobó el "Régimen de Gestión" de la terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo. En el artículo 3.5 "Marco de competencia interna", se dispuso que: "La Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo" (énfasis agregado). No cabe duda alguna que, si se entendiera -en contra de la opinión que mencionamos- que el artículo 72 del Decreto No. 184/1994 de 28/4//1994 establecía un régimen de limitación a la libre concurrencia -como pretende invocarse a partir de la interpretación en que se sostienen las disposiciones agregadas en el acuerdo de fecha 25/2/2021 y en los Decretos Nos. 114/2021 y 155/2021-, la misma no solo era ilegítima al momento de su dictado, por ser contraria a la Ley No. 16.246 de 9/10/1991; sino que sería contraria a la Ley No. 17.246. Y lo cierto es que de admitirse que la interpretación del Decreto es aquella que se invoca, el Decreto habría quedado entonces derogado por el dictado superviniente de la Ley No. 17.246; y también por su decreto reglamentario No. 137/2021. Resulta claro en el caso, que la anterior norma reglamentaria (Decreto No. 183/1994) se opuso (o al menos así lo hizo, de interpretarse la misma como pretende invocarse para el dictado de los nuevos Decretos bajo análisis) a lo dispuesto en la posterior norma legal (Ley No. 17.246), por lo que la vieja normatividad ordinaria opuesta a la ley habría quedado derogada. Y ello habría ocurrido por un tipo especial de abolición: la derogación por superación normativa, que se produce cuando una nueva norma de nivel superior (en este caso, la Ley), regula de manera distinta el acto captado por la norma de nivel inferior (en el caso el Decreto). Si se advirtiera una coincidencia entre las dos normas, la inferior y la superior, existiría convalidación o conformación de la primera por la segunda; pero si el contenido de la nueva norma superior es diferente -tal como sucede en la situación planteada, si se considera la interpretación que surge del Acuerdo de fecha 25/2/2021 y los Decretos Nos. 114/2021 y 115/2021- habrá de estarse a lo que la ley posteriori dispuso. Como enseña SAGUÉS60, desarrollando

los conceptos precedentemente expuestos, “en el fondo, la doctrina de la derogación por superación normativa, no es nada más que la aplicación del viejo adagio *lex posterior derogat priori*, máxime cuando la *lex posterior* es *lex superior posterior*”. Como señala BLANCO⁶¹ siguiendo a BOBBIO, “el orden jurídico se rige internamente por ciertos preceptos de raíz lógica o racional, entre los que se cuenta el principio de `coherencia´: es decir, la proscripción de las `antinomias´ o incompatibilidades normativas”, agregando que la forma perfecta de resolución de las antinomias consiste en la derogación de una de las normas por la otra, y ello procede en función de tres criterios: el cronológico (`la norma posterior deroga a la norma anterior´), el jerárquico (`la norma superior deroga a la inferior´) y el de la especialidad (`la norma especial deroga a la general´). Pero estos criterios están a su vez jerarquizados, de forma tal que el jerárquico prima normalmente sobre el 60 SAGUÉS, Néstor; “Teoría de la Constitución”, ASTREA, Buenos Aires, 2004, ps. 350 y 351. 61 BLANCO, Andrés, Impuestos a la propiedad inmueble en el Uruguay. Vigencia y derogación de las leyes nacionales y los decretos de las Juntas Departamentales, en “Revista Tributaria”, Tomo XXV, No. 144, Mvdeo. 1998, ps. 381 y 382. En función de los criterios jerárquico y cronológico puede afirmarse que la derogación del Decreto No. 183/1994, en caso en que el mismo pretenda interpretarse como se propone a efectos de dar sustento al Acuerdo y la normativa dictada en ejecución del mismo, es la solución natural para resolver la oposición con la ley superviniente (Ley No. 17.243). Por lo expuesto, dicha norma reglamentaria no pudo -porque se encontraba derogada, según la interpretación de la Administración- servir de sustento y fundamento para la suscripción de un acuerdo, ni tampoco para el dictado de los Decretos Nos. 114/2021 y 115/2022 que, por el contrario, debían haberse fundado cumpliendo con las disposiciones legales vigentes -Leyes Nos. 16.246 y 17.243-. En tercer lugar: La opinión que mencionamos, sobre el alcance del artículo 72 del Decreto No. 183/1994, fue también sustentada en el informe jurídico de 20/9/2019 del Área Jurídico Notarial de la ANP, dictado en el expediente No. 191647. Dicho expediente se tramitó ante la solicitud cursada por TCP, ante la ANP, solicitando que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto No. 183/1994. En esa oportunidad, el Dr. A. señaló: “El artículo 72 del D. 183/1994 no puede ser interpretado aisladamente, sino que debe analizarse en el marco de toda la normativa portuaria”. “No puede tampoco deducirse que, según el mismo, TCP S.A. goza de derechos exclusivos o

preferentes frente a los demás operadores portuarios, por cuanto tal sentido es contrario a los principios de la Ley 16.246” “La solución está prevista expresamente en el Régimen de Gestión aprobado por D. 137/2001; norma de carácter especial y posterior al D. 183/1994” (énfasis agregado) (...) ILEGALIDAD EN LA PRORROGA DE LA CONCESIÓN POR 50 AÑOS 4.1. Como ya se mencionó, el Acuerdo de fecha 25/2/2021 y en el Decreto No. 114/2021 se establece que el plazo del contrato de gestión -firmado con fecha 12/6/2001- tendrá el plazo de 30 años pactado; pero se prorrogará por un período de 50 años adicionales. En este sentido, en la cláusula tercera B. 1. del acuerdo de fecha 25/2/2021 se dispuso que: “La ANP con la aprobación del Poder Ejecutivo, concederá una extensión del plazo del contrato de gestión de cincuenta años, a partir del vencimiento del plazo actual” (énfasis agregado). Y en base a ello, en el Decreto No. 114/2021 que aprueba el nuevo régimen de gestión se señala en la SECCIÓN 4. CONDICIONES DE GESTIÓN DE LA TERMINAL, -artículo 4.2 “Plazo de Contrato de Gestión”- que: “El plazo de Contrato de Gestión es de TREINTA (30) años, a partir de la firma del Contrato de Gestión entre TCP S.A. y la ANP que fuera el 12 de junio de 2001. El plazo se prorrogará automáticamente por cincuenta años desde el 12 de junio de 2031” (énfasis agregado). 4.2. En este aspecto cabe recordar que, en materia de plazos para el otorgamiento de concesiones en materia portuaria, la Ley No. 16.246 -con carácter general- dispone en el artículo 12 que: “El otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones, se hará por plazo determinado, reservándose la Administración los más amplios poderes de control y verificación” (énfasis agregado). 4.3. En dicho margo general, vinculado a las concesiones en el marco de la actividad portuaria, se dictó el Decreto No. 412/1992 (aprueba el Reglamento de la Ley No. 16.246) que dispuso en su artículo 49: “Condiciones concesionales. Caducidad y rescate”. “Las condiciones concesionales deberán contener obligatoriamente... B) El plazo de concesión, que no podrá exceder de treinta años y que podrá prorrogarse por decisión del Poder Ejecutivo y en las nuevas condiciones que imponga, previo asesoramiento de la Administración Portuaria” (énfasis agregado). 4.4. Luego de ello, se aprobó la Ley No. 17.243 en virtud de la cual, se autorizó a la ANP a participar, conforme lo establecido en el inciso tercero del artículo 188 de la Constitución de la República, en sociedad con capitales privados, en la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo. 4.5. Como es sabido, en base a lo

dispuesto por la citada norma legal (Ley No. 17.243) se constituyó por acuerdo entre las compañías KNG y la ANP, la sociedad anónima TCP. El citado artículo 20 de la Ley No. 17.243 establece que: “La reglamentación del Poder Ejecutivo establecerá los términos y condiciones en que se instrumentará el acuerdo entre la referida sociedad y la Administración Nacional de Puertos, la participación inicial que ésta tendrá en su capital integrado y las bases de sus estatutos sociales. El referido acuerdo deberá contener al menos las siguientes previsiones: “A) El plazo de uso de las instalaciones será de treinta años” (énfasis agregado). 4.6. Por su parte, el Decreto reglamentario de la Ley No. 17.243 -Decreto No. 137/2021-, que aprueba el “Documento complementario. Terminal de contenedores en el puerto de Montevideo: Régimen de gestión”, dispone en el numeral 4.3. de dicho documento: “4.3 Plazo de contrato de gestión” “El plazo de contrato de gestión será de TREINTA (30) años, a partir de la firma del contrato entre la Sociedad Anónima y la ANP” (énfasis agregado). 4.7. Posteriormente, el artículo 377 de la Ley No. 19.355 dispuso que: “Las concesiones que afecten un espacio territorial del recinto portuario (muelles, explanadas, depósitos, radas, etcétera) otorgadas al amparo de la Ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, podrán prorrogarse por Resolución del Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos, exigiéndose para ello...” Finalmente, el Decreto No. 314/2017, en base a su artículo 1 modificó el artículo 149, literal B) del Decreto No. 412/1992, el que quedó redactado de la siguiente manera: “B) El plazo de concesión que no podrá exceder de cincuenta años y que podrá prorrogarse por decisión del Poder Ejecutivo y en las nuevas condiciones que imponga, previo asesoramiento de la Administración Portuaria” (énfasis agregado). 4.9. Como viene de reseñarse, el régimen general previsto, respecto del plazo de las concesiones para el desarrollo de servicios portuarios, el cual debe previamente “determinarse” (artículo 12 de la Ley No. 16.246), fue regulado primero por el Decreto No. 412/1992 en un plazo máximo de 30 años, admitiendo su prorrogación y, posteriormente modificado por el Decreto No. 314/2017 que estableció que el plazo de la concesión no puede exceder de 50 años, pudiendo prorrogarse el mismo en las condiciones allí establecidas. 4.10. Sin perjuicio de lo que viene de mencionarse, el legislador estableció un plazo específico y determinado, especialmente aplicable en el marco del acuerdo y la gestión de la sociedad creada al amparo del artículo 20 de la Ley No. 17.243 -TCP-. Dicho plazo se encuentra específicamente regulado en el literal A) del artículo 20 de la Ley No. 17.243 que dispone que: El plazo de uso de

las instalaciones será de treinta años” (énfasis agregado). Y ese plazo, podrá admitir -siempre que se den las circunstancias previstas en la norma- una prórroga de 30 años más, conforme lo dispuesto en el Decreto No. 137/2021 (ver artículo 517 de la Ley No. 15.903, en la redacción dada por el artículo 400 de la Ley 16.32 -artículo 74 del TOCAF-); pero no de 50 años adicionales. 4.11. Surge así, que el fundamento utilizado en el Decreto No. 114/2021 para prorrogar por un plazo de 50 años la concesión a TCP, en el marco de lo dispuesto en el Decreto No. 314/2017, no resulta posible: a) en el caso existe una norma específica, y b) el Decreto No. 314/2017 refiere al plazo original, y no al plazo de prórroga; por lo que está previendo situaciones en que la concesión se otorgó por un plazo originario de 50 años. 4.12. Pero aún más, el Decreto No. 314/2017 modificó el literal B) del artículo 149, literal B) del Decreto No. 412/1992. De esta forma, surge claro que por el Decreto 314/2017 no se modificó el régimen especialmente aplicable a la actividad desarrollada por TCP, ni el acuerdo celebrado oportunamente; sino que lo que el Poder Ejecutivo modificó con el dictado del Decreto No. 314/2017 fue, como lo dice a texto expreso el citado decreto, el literal B) del artículo 149 del Decreto No. 412/1992 que regula el régimen general previsto en la Ley de Puertos. Evidentemente, el Decreto No. 314/2007 no tiene incidencia alguna en el plazo previsto en la Ley No. 17.243. Y ello por tres motivos fundamentales: a) porque el plazo máximo, en este caso, está previsto en la propia Ley No. 17.243; b) porque el Decreto No. 314/2017, no hace ninguna mención a la sustitución del plazo expresamente previsto en el Decreto No. 137/2001 (reglamentario de la Ley No. 17.243), y c) porque el Decreto No. 314/2017, no podía de ninguna forma sustituir la previsión expresa dispuesta legalmente -literal a) del artículo 20 de la Ley No. 17.243-. 4.13. Por otra parte, en el Decreto No. 114/2021 se menciona también como norma en que se fundamenta dicho acto reglamentario: el artículo 332 de la Ley No. 19.924 de 18/12/2020 que establece: “Interpretase que todas las habilitaciones de concesión o de administración, construcción, mantenimiento y explotación de actividades portuarias en recintos o espacios administrados por la Administración Nacional de Puertos o para el uso de bienes situados en el espacio territorial de dichos recintos, se rigen por la Ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, sus decretos reglamentarios y el artículo 377 de la Ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015, sin perjuicio de sus regulaciones específicas, debiendo cumplir plenamente con los requisitos y obligaciones que dicha normativa dispone”. Resulta

claro que en la situación objeto de análisis, existe una regulación específica que es la prevista en la Ley No. 17.243 donde con absoluta claridad señala como plazo máximo de la concesión: 30 años. 4.14. Entonces, cabe preguntarse: ¿bajo qué fundamento legal o reglamentario, se establece en el acuerdo de fecha 25/2/2021 y en el Decreto No. 114/2021 que la prórroga de la concesión en el caso de TCP, es por 50 años?. La respuesta parece surgir del propio Decreto No. 114/2021. Justamente, es a través de la citada norma reglamentaria, que se dispone prorrogar el plazo de la concesión (30 años), por un período adicional de 50 años. La solución reglamentaria se torna así, claramente ilegítima. Y ello porque: a) Ni por acuerdo entre partes, ni tampoco por la vía reglamentaria, se puede desconocer el plazo expresamente previsto por el legislador, que dispuso un plazo original máximo de contratación -en esta situación- de 30 años. b) Conforme lo dispone el artículo 517 de la Ley No. 15.903, en la redacción dada por el artículo 400 de la Ley 16.32 (artículo 74 del TOCAF)⁶³, el plazo de la concesión otorgada a TCP, en el marco de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley No. 17.243, solo podría prorrogarse por el 100% del plazo original. Por ende, la concesión otorgada a TCP, solo podría llegar a prorrogarse -como máximo- por la mitad del plazo original, esto es 30 años más.

CONCLUSIONES Conforme lo que viene de exponerse, la respuesta a la consulta que me fuera formulada: “En consideración al marco jurídico vigente al momento de la suscripción y aprobación del acuerdo de referencia, así como del dictado de los Decretos Nos. 114/2021 y 115/2021, ¿las decisiones adoptadas resultan la respuesta es afirmativa a la luz de las consideraciones expresadas precedentemente.

SOBRE EL ASESORAMIENTO BRINDADO POR LA ANP AL PE.

CONCLUSIONES

Conforme lo que venimos de exponer, la respuesta a las interrogantes planteadas son las siguientes:

7.1. ¿Quién tiene competencia para brindar el asesoramiento al Poder Ejecutivo, que las disposiciones legales prevén –artículo 377 de la Ley No. 19.355?. El asesoramiento previo a la aprobación de la decisión del Poder Ejecutivo dirigida a prorrogar por cincuenta años el régimen de administración, construcción, conservación y explotación de una Terminal de Contenedores en el Puerto de

Montevideo, en régimen de Puerto Libre, debe provenir del órgano jerarca de la ANP, esto es del Directorio.

7.2. ¿El asesoramiento brindado por el Sr. Presidente de la ANP, Sr. J. C., es válido para cumplir con la exigencia legal que requiere el previo asesoramiento de la ANP al Poder Ejecutivo?. En la medida que la competencia para asesorar al Poder Ejecutivo es requerida por el legislador al órgano jerarca de la ANP, el Presidente de la ANP no posee competencia para ello. Por ende, el asesoramiento brindado por el Presidente de la ANP, sin contar con la aprobación del Directorio no resulta válido, ni sustituye el asesoramiento que debió ser brindado de forma previa y preceptiva por el Directorio de la ANP.

7.3. ¿Qué consecuencia o consecuencias, podrían derivarse del asesoramiento brindado únicamente por el Presidente del Directorio de la ANP, en el marco de lo dispuesto en el artículo 377 de la Ley No. 19.355? La consecuencia dependerá de la calificación jurídica que se otorgue a dicho asesoramiento. En este sentido, si se entendiera que se trata de un acto complejo, el acto final dictado por el Poder Ejecutivo resultaría inexistente. Por su parte, si se entendiera que se trata de un acto de procedimiento, el acto final dictado por el Poder Ejecutivo resultaría ilegítimo.

SOBRE EL ASESORAMIENTO DE LA ANP AL PODER EJECUTIVO EN LOS EXPEDIENTES Nos. 2021-2-1-0000472, INDIVIDUALIZADO: “REGLAMENTO GENERAL DE ATRAQUE DE BUQUES DE PUERTO DE MONTEVIDEO” Y No. 2021-64-1-0210806, INDIVIDUALIZADO: “ASESORAMIENTO DE ANP PARA LA INSTRUMENTACIÓN DE UN NUEVO REGLAMENTO DE ATRAQUE, DE ACUERDO CON LOS TERMINOS DEL ACUERDO SUSCRITO CON EL GRUPO KN DE FECHA 25/02/2021”

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1.1. Expediente Nos. 2021-2-1-0000472: “Reglamento general de atraque de buques de puerto de Montevideo”

1.1.1. Con fecha 21/4/2022 el Ministro de Transporte y Obras Públicas (MTOPE) -Dr. L. A. H.- envió una nota dirigida al Sr. Presidente del Directorio de la ANP -Sr. J. C.- con el siguiente contenido: “Por la presente me dirijo a Usted a los efectos de solicitarle el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos al Poder Ejecutivo, en ejercicio del cometido otorgado en el artículo 9 de la Ley No. 5.495 de 21 de julio de 1916, en la redacción dada por el artículo 10 de la Ley No. 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 KN en el acuerdo de fecha 25 de febrero de 2021” (...).

3. EL PREVIO Y NECESARIO ASESORAMIENTO DEL DIRECTORIO DE LA ANP, AL PODER EJECUTIVO No cabe duda alguna y es un hecho reconocido por el Ministro del MTOP -Dr. L. A. H.- en su nota de fecha 21/4/2021, dirigida al Presidente del Directorio de la ANP, que lo que se solicitaba era el asesoramiento de la ANP en el marco de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley No. 16.246. En ese sentido, como ya lo mencionamos ut supra en conceptos que resultan totalmente trasladables a esta situación, quien puede y debe brindar al Poder Ejecutivo el asesoramiento solicitado es el Directorio de la ANP (ver numeral II.3 de este capítulo). Sin embargo, de la lectura de los antecedentes administrativos no surge que el Directorio de la ANP se haya pronunciado asesorando al Poder Ejecutivo, en forma previa a la adopción de la decisión administrativa (Decreto de fecha 21/6/2021). En efecto, no existe pronunciamiento, ni tampoco elemento alguno que demuestre que el asesoramiento solicitado por el Ministro del MTOP, haya sido siquiera puesto en consideración del Directorio de la ANP. Y ello a pesar de que en el Resultando I del Decreto de fecha 21/6/2021 se afirma: “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 N° 16.246, de 8 de abril de 1992, ha formulado al Poder Ejecutivo el asesoramiento que le compete” (énfasis agregado). Evidentemente, el Decreto No. 115/2021 de fecha 21/6/2021 adolece de un error en la motivación, en tanto el asesoramiento solicitado a la ANP no fue otorgado ya que, como se dijo dicho asesoramiento de provenir del Directorio de la ANP -órgano jerarca- quien tiene atribuido dicho cometido y los poderes jurídicos a tal efecto (ver numeral II.3 de este capítulo). Por lo tanto, podemos afirmar que en el caso no se brindó el asesoramiento que el legislador requiere en estos casos. En efecto, ni el Presidente de la ANP -Sr. J. C.-, ni el Ingeniero H. L. poseen competencia para asesorar al Poder Ejecutivo, sustituyendo al Directorio de la ANP en el cumplimiento de sus cometidos. No surgen tampoco de los antecedentes administrativos, que las personas mencionadas hubieren actuado en el ejercicio de atribuciones delegadas o bajo la modalidad de la desconcentración. Lo expuesto determina que en el caso planteado, no existió el asesoramiento exigido por la norma legal.

4. CONCLUSIONES

Conforme lo que venimos de exponer, la respuesta a las interrogantes planteadas son las siguientes:

4.1. ¿Quién tiene competencia para brindar el asesoramiento al Poder Ejecutivo, que la disposición legal prevé –artículo 10 de la Ley No. 16.246-?. El asesoramiento previo a la aprobación al dictado del Decreto No. 115/2021, por parte del Poder Ejecutivo, debe provenir del órgano jerarca de la ANP, esto es del Directorio.

4.2. Qué consecuencia o consecuencias, podrían derivarse de la ausencia del asesoramiento requerido a la ANP, en el marco de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley No. 16.246?. La consecuencia dependerá de la calificación jurídica que se otorgue a dicho asesoramiento. En este sentido, si se entendiera que se trata de un acto complejo, el acto final dictado por el Poder Ejecutivo resultaría inexistente. Por su parte, si se entendiera que se trata de un acto de procedimiento, el acto final dictado por el Poder Ejecutivo resultaría ilegítimo (...).

SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD EN EL MARCO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES Y EL ASESORAMIENTO DE LA ANP AL PODER EJECUTIVO

I. SOBRE SI LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIONES EN GENERAL, Y EN PARTICULAR AQUELLOS SOMETIDOS A LAS REGLAS DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI), O DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), SE ENCUENTRAN SUJETOS A RESERVA O CONFIDENCIALIDAD Los consultantes me informan que se les ha manifestado que la información manejada en el marco de los arbitrajes internacionales sería necesariamente confidencial y desean saber si esa afirmación es correcta y de no serlo, cuáles son los motivos para fundamentar lo contrario. Sin perjuicio del análisis detallado de la cuestión que seguirá a continuación, corresponde adelantar que esta aseveración no resulta cierta, puesto que como se verá La normativa y la doctrina descartan de plano que la confidencialidad sea un elemento ineludible o absoluto en este tipo de arbitrajes. Previamente, corresponde aclarar qué se entiende por arbitraje internacional de inversiones. En el sentido relevante a estos efectos, la expresión abarca a los procesos arbitrales (como mecanismos de solución de controversias) iniciados contra un Estado por parte de inversionistas extranjeros amparados por un tratado bilateral de protección de inversiones (TBI). Ejemplo de esto, nuestro país ha participado en varios arbitrajes internacionales en materia de inversiones, como por

ejemplo Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7)¹³³, Italba Corporation 133 Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7). disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/10/7>.

94 v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/16/9)¹³⁴ o Agarwal and Mehta v. Uruguay (PCA Case No. 2018-04)¹³⁵ En particular y en lo que refiere al objeto de la consulta, resulta relevante abordar la cuestión relativa a la confidencialidad de la información utilizada en procesos iniciados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, en aquellos casos sometidos a tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocido como UNCITRAL, por sus siglas en inglés). Una primera apreciación, nos lleva a afirmar que la cuestión de equilibrar los conceptos de confidencialidad y transparencia no resulta sencillo, siendo la transparencia más común en el arbitraje de inversiones que en el ámbito del arbitraje comercial internacional entre privados¹³⁶ . De esta manera, FEBLES POZO afirma que: “los requisitos de transparencia existentes en el arbitraje de inversiones se fundamentan o se basan en la existencia del interés público, debido a que una de las partes es un Estado. De ahí la condición especial de este tipo de arbitraje, que lo hace ser distinto del arbitraje comercial internacional. Y, por otra parte, debemos tener en cuenta la naturaleza privada del arbitraje comercial internacional, presente también, en menor medida, en el arbitraje de inversiones y que tiene como característica esencial la confidencialidad, siempre que las partes así lo acuerden”. En la misma línea, FERNÁNDEZ formula las siguientes consideraciones: “La transparencia ha venido a ocupar el centro de la escena en el arbitraje de inversiones y todo parece indicar que su presencia no va a ser pasajera. Sin dudas, los trabajos de la CNUDMI han contribuido de manera decisiva a la instalación definitiva del tema. Tal es así que al día de hoy el 134 Italba Corporation v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/16/9). disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/9> 135 Agarwal and Mehta v. Uruguay (PCA Case No. 2018-04 disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute->

[settlement/cases/824/agarwal-andmehta-v-uruguay](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-disputesettlement/cases/824/agarwal-andmehta-v-uruguay)

[https://investmentpolicy.unctad.org/investment-](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-disputesettlement/cases/824/agarwal-and-mehta-v-uruguay)

[disputesettlement/cases/824/agarwal-and-mehta-v-uruguay](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-disputesettlement/cases/824/agarwal-and-mehta-v-uruguay)....término

transparencia es absolutamente insoslayable en cualquier discurso de fondo en materia de resolución de controversias relativas a inversiones y en cualquiera propuesta normativa al respecto”. Si bien se trata de una materia donde la casuística es sumamente variada, la visión de la doctrina es que en la generalidad de los casos el nivel de confidencialidad debe necesariamente ser acordado en forma expresa entre las partes -si bien los TBI y las reglas de arbitraje elegidas por las partes pueden eventualmente contener previsiones acerca de la confidencialidad mientras que en los procesos regidos por la normativa más moderna existen umbrales de transparencia mínimos que las partes no pueden soslayar, umbrales que han venido elevándose con el paso del tiempo. En primer lugar, la cuestión es abordada en la documentación oficial que publican ambos organismos. El sitio web del CIADI dice respecto de la confidencialidad: “Ni el [Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados] ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen una presunción general de confidencialidad o transparencia aplicable a las partes. Por el contrario, las partes pueden adaptar el nivel de confidencialidad o transparencia a sus procedimientos”. Por su parte, la CNUDMI publica un documento llamado “Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral” que describe brevemente los asuntos relacionados con la organización de los procesos arbitrales. En este documento se señala que “...no existe un criterio uniforme en el derecho interno ni en los reglamentos de arbitraje en cuanto a si los participantes en un arbitraje tienen el deber de observar la confidencialidad de la información Un análisis detallado de cómo fue permeando la cuestión de la transparencia en los arbitrajes internacionales en las sucesivas reuniones del grupo de trabajo de la CNUDMI puede leerse en GEHRING y EULER, Public interest in investment arbitration, en “Transparency in International Investment Arbitration. A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, Cambridge University Press, 2015. En el mismo sentido, puede verse, “Investor-state dispute settlement”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS. New York and Geneva, 2014, p. 13, y también CROFT, KEE y WAINCYMER, “A guide to the UNCITRAL arbitration rules”, Cambridge University Press, 2013, p. 193. Asimismo, puede

consultarse una reseña sobre los remedios que se han adoptado en los últimos años contra la falta de transparencia en los arbitrajes de inversión en: Gabrielle Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Potestá, Michele, “Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap”, Geneva Center for International Dispute Settlement, 2016, disponible en: <https://unov.tind.io/record/65526?ln=es> 140 “La Confidencialidad y transparencia - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI”, disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/laconfidencialidad-transparencia>. referente al proceso arbitral y en qué medida. Si la confidencialidad fuese una preocupación especial o una prioridad, y si las partes no estuvieran satisfechas con la forma en que se encuentra regulada en la legislación o el reglamento de arbitraje aplicables, las partes pueden convenir en el régimen de confidencialidad deseado siempre que no quede excluida su aplicación en virtud de la legislación de arbitraje aplicable” 141. Esta última salvedad (que la confidencialidad de la información quede excluida por la legislación de arbitraje aplicable) se explica en parte por la existencia de un “Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 2013. En el marco de este reglamento, una parte importante de toda la información utilizada en el proceso no sólo no se considera confidencial, sino que debe ser preceptivamente puesta a disposición del público, incluyendo: la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda, el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral¹⁴². Este reglamento no es aún de aplicación universal, pero cada vez son más los Estados signatarios de la "Convención de Mauricio sobre la Transparencia de 2014", que vuelve obligatoria su aplicación, lo cual demuestra la vocación de que la transparencia no sea optativa para las partes, sino la solución de precepto¹⁴³. El razonamiento que llevó a la adopción de estas reglas de transparencia quedó registrado en la discusión llevada adelante en el seno de los grupos de trabajo de la

CNUDMI, en los cuales se consideró que “la confidencialidad de los arbitrajes inversor-Estado basados en Tbi’s entra en conflicto con los derechos humanos y evita que la sociedad civil escudriñe a sus gobiernos democráticamente electos y reaccione con debates “Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral”, Naciones Unidas: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, diciembre de 2016, p. 20. 142 “Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”, disponible en “ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/rules-ontransparency-s.pdf> 143 “Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”, disponible en “<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/transparencyconvention-s.pdf>” democráticos acerca de las cuestiones que surgen de los procesos arbitrales”.... Esto ha quedado reflejado incluso en algunos laudos arbitrales. Por ejemplo, el tribunal del caso Philip Morris Asia Ltd v. Australia señaló que “...mientras que la confidencialidad es una característica tradicional y esencial del arbitraje comercial en muchas jurisdicciones, en arbitrajes de inversión la práctica es mucho más diversa. Esta práctica reconoce que las disputas de inversión involucran un componente de interés público el cual sugiere que la información sobre la disputa sea puesta no sólo a disposición de las partes y del tribunal sino también de la sociedad en general. Este reconocimiento ha llevado a la práctica creciente - bajo las distintas reglas elegidas para el arbitraje de inversión - de proveer una mayor transparencia”(...) En el mismo sentido, el tribunal del caso Loewen Group, Inc v. United States of America, que operaba bajo las reglas del CIADI, observó que las partes no se encontraban bajo ninguna obligación general de confidencialidad en relación con los procedimientos.... En síntesis, no es correcto afirmar que la confidencialidad constituya un elemento ineludible o esencial en los arbitrajes de inversión regidos por reglas del CIADI o de la CNUDMI. Las actuaciones podrán eventualmente ser confidenciales, si así lo prevé el TBI en base al cual se formula la disputa, si así lo prevén las reglas arbitrales que las partes seleccionan o si así se pacta expresamente. No existe un deber genérico de confidencialidad, sin previo acuerdo de partes. Adicionalmente, una parte de las actuaciones no podrá ser confidencial ni siquiera si las partes así lo pactan y la información correspondiente deberá ser puesta a disposición del público, en caso de

cumplirse alguna de las hipótesis que hacen obligatoria la aplicación del ya referido Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 2013.

II. SOBRE SI LAS NEGOCIACIONES ENTABLADAS POR REPRESENTANTES DEL GOBIERNO Y DEL GRUPO KN A RAÍZ DE LA NOTIFICACIÓN DE FECHA 15 DE OCTUBRE DE 2019 -EFECTUADA EN EL MARCO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 11 DEL TRATADO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES CELEBRADO ENTRE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY Y LA UNIÓN ECONÓMICA BELGO LUXEMBURGUESA-, SE ENCONTRABAN SUJETAS A RESERVA O CONFIDENCIALIDAD, Y EN CASO AFIRMATIVO, EN QUÉ MOMENTO HABRÍA CESADO' Según se me ha informado por los consultantes, las negociaciones mantenidas entre representantes del gobierno y del grupo KN a raíz de la notificación de fecha 15/10/2009 se enmarcan en lo que la doctrina especializada denomina período "cooling-off"¹⁴⁷, previsto en numerosos TBI para dar oportunidad a que las partes resuelvan la controversia mediante negociaciones amistosas sin incurrir en los costos que implica un proceso arbitral internacional. El Tratado de Protección de Inversiones celebrado entre la República Oriental del Uruguay y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa no contiene ninguna previsión expresa acerca de la confidencialidad de la información manejada durante estas negociaciones, y de hecho, tampoco contiene ninguna previsión expresa acerca de la confidencialidad de la información manejada durante los eventuales procesos arbitrales. En este sentido, no es correcto afirmar que la confidencialidad nace de la -esencia misma de un tratado de protección de inversiones. Al menos, en el caso a estudio, debemos decir que no existe ninguna mención expresa respecto de una confidencialidad preceptiva dentro del Tratado de Protección de Inversiones entre la República Oriental del Uruguay y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. El numeral 5 del artículo 11 del TBI especifica que la controversia deberá resolverse o bien ante el CIADI, o ante un tribunal ad-hoc establecido según las reglas de la CNUDMI. Esto significa que en caso de que se hubiese llegado a iniciar el procedimiento arbitral, la confidencialidad de la información se regiría por las reglas explicadas precedentemente; esto es, se requeriría un acuerdo de partes que expresamente determine qué información se considerará confidencial, y en ausencia de tal acuerdo no existirá ningún deber general de confidencialidad. Por otro lado, al

no estar ratificada ni por Uruguay ni por Bélgica la Convención de Mauricio de 2014, no habría tampoco obligación de revelar al público la información prevista en el ya mencionado Reglamento de Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados 147 “Investor-state dispute settlement”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS. New York and Geneva, 2014, p. 13. en el Marco de un Tratado, aunque las partes, desde luego, podrían optar por aplicar esas reglas al proceso. Resulta relevante citar la situación planteada frente a una solicitud de acceso a la información relativa a la demanda arbitral del caso CPA No. 2018- 04 (caso "Aratirí") promovida contra nuestro país ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, bajo las reglas de la CNUDMI. En este caso, sí se cumplían las condiciones que dan lugar a la confidencialidad de la información y existía una orden procesal del tribunal arbitral que le otorgaba tal carácter. En esa oportunidad, el Poder Ejecutivo procedió a clasificar como confidencial la información a través de la resolución No. 494/018 y denegó el acceso, lo cual fue luego impugnado en vía judicial, y si bien en primera instancia se concedió el acceso a los peticionantes, el TAC de 2° turno desestimó el accionamiento (ver sentencia No. 21/2019). Es importante remarcar, sin embargo, que en esa oportunidad se estaba frente a un proceso arbitral ya iniciado en el cual se cumplían las condiciones que aseguraban la confidencialidad (...) En el caso de las negociaciones sobre las cuales se efectúa esta consulta, no se llegó a iniciar el procedimiento de arbitraje y no es posible predecir cuál habría sido el régimen de confidencialidad aplicable al proceso arbitral en caso de haberse iniciado; por otra parte, no hay ningún fundamento para hacer extensibles las reglas de confidencialidad del futuro y eventual proceso arbitral a las negociaciones mantenidas durante el período previo de negociaciones amistosas. Evidentemente, estas negociaciones previas no quedan alcanzados por los reglamentos arbitrales, sino por las disposiciones del TBI que resulte aplicable. Cabe preguntarse, entonces: ¿Cuál es entonces el alcance exacto de la obligación que Uruguay tenía frente al grupo KN como consecuencia de su notificación de fecha 15/10/2019?. De conformidad al artículo 11 del TBI, el Estado debía entablar “consultas amistosas” con el inversor a efectos de intentar solucionar el diferendo, “en la medida de lo posible” (sic). Como sucede con varias de las obligaciones que emanan de los TBI, el alcance exacto de su contenido es impreciso y para atribuirle un significado, deben tomarse en cuenta las reglas de interpretación de los tratados que fija la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Su artículo 31.1 establece lo siguiente: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Por consiguiente, el texto del tratado es el principal elemento en la labor del intérprete. Como ya expresamos, el texto del TBI no hace mención alguna a la reserva o confidencialidad de las negociaciones que se entablen entre un inversor y el Estado. No sólo el artículo 11 no lo menciona, sino que ningún otro elemento textual permite postular la existencia de una obligación semejante. El segundo elemento relevante en la tarea de interpretación es la buena fe, principio rector de todo ordenamiento jurídico. Ahora bien, interpretar un texto internacional de buena fe no puede equivaler a imponer a los Estados (entidades soberanas) obligaciones que no surjan de una interpretación razonable del tratado. El cumplimiento de buena fe del artículo 11 supone que el Estado, una vez recibida la notificación del inversor con el planteo del diferendo, debe darle curso, analizarlo seriamente y abrir un ámbito de negociación, con interlocutores válidos. Hasta aquí puede realizarse una interpretación razonable del alcance de una cláusula que obliga a buscar “en la medida de lo posible” una solución amistosa. No se puede afirmar que el tratado obliga que las negociaciones sean de carácter reservado, no surge del texto del tratado, ni se deriva de la obligación de actuar de buena fe. Dicho lo anterior, corresponde precisar que, en ciertas circunstancias, la reserva de las negociaciones puede ser necesaria para que éstas efectivamente puedan desarrollarse con ciertas probabilidades de arribar a un acuerdo entre las partes. Sin embargo, ambas partes (Estado e inversor) deben acordar de manera expresa los términos y condiciones de esa confidencialidad, no quedando esta impuesta como obligación por el texto convencional. Por lo tanto, corresponde preguntarse: ¿de qué forma y bajo qué normativa se podría haber sujetado a confidencialidad la información manejada durante las negociaciones?. Tratándose de información que se encontraba en posesión de funcionarios públicos actuando en el ejercicio de su función, la eventual reserva o confidencialidad se rige por las disposiciones de la Ley No. 18.381 de 17/10/2008, conocida como Ley de Acceso a la Información Pública. Dicha disposición legal prevé la posibilidad de clasificar la información en poder de organismos públicos, dentro de tres categorías distintas (secreta, reservada y confidencial), siempre que revista las características correspondientes a cada

categoría. Se entiende que la información en cuestión 148 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; El Derecho de los Tratados. En Derecho Internacional Público, T 1, FCU, 2005, ps. 267 y 269. El autor hace referencia a que la interpretación debe basarse en los “materiales intrínsecos”, esto es, el texto del tratado y los documentos relativos a éste que hayan sido acordados por las partes. no podría revestir el carácter de secreta, para lo cual debería estar específicamente designada como tal por una ley, ni tampoco de reservada, para lo cual debería estar comprendida dentro de alguno de los literales del artículo 9 de la Ley No. 18.381, y además debería estar clasificada como tal. La información podría eventualmente haber quedado comprendida dentro de la categoría de “confidencial” que se regula en el artículo 10 de la citada disposición legal, lo que supone que la información haya sido entregada en carácter de confidencial y siempre que, además, refiera al patrimonio de la persona, comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo que pudiera ser útil para un competidor, o que esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad. Se desconoce, si existía alguna cláusula contractual de confidencialidad relativa a la información intercambiada entre los negociadores o hasta qué punto esta información comprendía hechos o actos que pudieran ser útiles para un competidor, por lo cual no es posible determinar si se cumplían los supuestos previstos en la ley. Cabe destacar que la notificación de 15/10/2019 cursada por KN no solicita ampararse en confidencialidad de especie alguna. Dicha notificación se funda en el artículo 11.1 del TBI, por lo que si KN entendía que de allí surgía una obligación internacional de confidencialidad para el Estado uruguayo, es razonable suponer que lo debería haber destacado en su nota. Por otra parte, si esos supuestos se cumplían, para hacer valer el carácter de confidencialidad, se debió proceder a su clasificación mediante la autoridad administrativa competente, según lo dispone el artículo 31 del Decreto No. 232/2010, reglamentario de la referida Ley de Acceso a la Información Pública 18.381. Se desconoce la existencia de resolución alguna que haya clasificado esta información como confidencial. Por otra parte, el citado precedente de la solicitud de acceso a la información del caso Aratirí de 2018 reafirma la necesidad de que exista una resolución fundada y expresa que le otorgue el carácter de confidencial a la información, si bien en aquel caso la configuración de la causal que habilita la clasificación era mucho más evidente que en el caso de la

consulta, pues allí sí mediaba un proceso arbitral ya iniciado en el cual las reglas aplicables determinaban la confidencialidad de las actuaciones.

A mayor abundamiento cabe reseñar una reciente sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) en la cual se analizó una petición de 149 Sentencia No. 237/2022 de 28 de abril de 2022. una empresa privada que, ante un requerimiento de información por parte de la Administración, solicitó que la misma fuera declarada confidencial previo a su entrega. En el asunto mencionado, la Administración entendió que para determinar si la información revestía o no el carácter confidencial, el particular debía entregarla y, una vez analizada, se procedería a declararla como tal si cumplía con los requisitos previstos por la ley. En ese caso, el TCA confirmó el acto administrativo, enfatizando que la información confidencial requiere de declaración expresa: “La actora no siguió el procedimiento establecido por el artículo 30 del Decreto N° 232/2010 y optó por el camino de solicitar a la Administración que se expidiera sobre la confidencialidad de la información requerida, sin que esta tuviera los elementos necesarios para poder hacerlo. Al respecto, cabe consignar que, si bien podía presumirse que la información solicitada ameritaría la declaración de confidencialidad, en atención a lo dispuesto por el literal B) del artículo 10 de la Ley N° 18.381, ello sólo podía ser resuelto con certeza y mediante resolución fundada, una vez que la Administración la tuviera en su poder. En este sentido, la pretensión de la actora de exigir una declaración de confidencialidad a priori, y sin aportar la información requerida, aun en tal carácter, carece de sustento normativo.” Lo relevante de este fallo, a los efectos del caso objeto de la consulta, es reafirmar que -más allá de la claridad del texto legal y reglamentario- el TCA rechazó la existencia de información confidencial con carácter automático o en base a “la naturaleza de las cosas”. Por el contrario, la confidencialidad requiere siempre de acto administrativo expreso y fundamentado. Finalmente, corresponde analizar en qué momento se habría producido el cese de la reserva o confidencialidad de la información, en caso de que esta se hubiese configurado. Y en este punto, como se verá, surge de la conducta adoptada por la Administración que no existía ningún acto de clasificación de la misma. En el caso de información reservada, el período de clasificación máximo previsto en el artículo 11 de la Ley No. 18.381 es de quince años, si bien se prevé que esta deberá desclasificarse cuando se extingan las causas que dieron lugar a su clasificación. En el caso de la información confidencial, la cuestión se encuentra regulada en el

artículo 32 del Decreto No. 232/2010, el cual señala que “la información confidencial no está sujeta a plazos de vencimiento y tendrá ese carácter en forma indefinida”. Esto significa que de haber existido una decisión de clasificar la información como reservada, se debió haber dictado un acto de desclasificación antes de publicarla, y en caso de tratarse de información confidencial, la Administración no podría haberla publicado en ningún momento.

Sin embargo, el 21/4/2021 se publicó en el sitio web de Presidencia el texto del acuerdo firmado el día 25/2/2021, acompañado de una serie de anexos que contenían documentos intercambiados durante el proceso de negociación, los cuales incluían el proyecto de Reglamento General de Atraque de Buques del Puerto de Montevideo (actual Decreto No. 115/021), la descripción de la inversión propuesta, el documento con el área adicional de concesión ofrecida, el proyecto de reforma de estatutos de TCP S.A., el esquema de rebaja de tarifas a exportadores ofrecida, las actas de reuniones entre negociadores No.1 y No. 2, la notificación de 15/10/2019 que dio origen a las negociaciones y el proyecto del nuevo Régimen de Gestión (actual Decreto No. 114/021). Se desconoce la existencia de una decisión de desclasificación de esta información, así como si la misma estuvo reservada en algún momento. Se podría llegar a interpretar que estos documentos - independientemente de que hubiesen tenido en algún momento carácter reservado o confidencial, o no- integran el texto del acuerdo, y por lo tanto su publicación se debe no a un acto de desclasificación, sino al hecho de que conceptualmente la información pasó a integrar el contenido de un documento público. De ser este el caso, el cese de la reserva o confidencialidad de esta información se habría producido el día 25/2/2021, junto con la firma del acuerdo entre el Estado y el grupo KN. Sin embargo, corresponde recalcar que en consonancia con las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información Pública, su decreto reglamentario y los criterios del TCA ya expuestos, la inexistencia de un acto de clasificación de la información expreso y fundado excluía la reserva o confidencialidad de la misma, aún antes de la firma del acuerdo. Como conclusión, entonces, corresponde informar que no existiendo un acto administrativo expreso y fundado que haya declarado reservada o confidencial la información intercambiada durante las negociaciones entabladas por representantes del gobierno y del grupo KN, la misma no se encontraba sujeta a reserva o confidencialidad. Por otra parte, atento a las características de la información que se publicó el día 21/4/2021 no se observa la

configuración de causales que habrían habilitado la clasificación de la misma. Por último, de haber existido un acto de clasificación semejante, la totalidad o una parte significativa de esa información habría quedado de todas formas incorporada a un documento de carácter público el día 25/2/2021, al momento de firmarse el acuerdo entre el Estado y el grupo KN que puso fin al diferendo. (...)

III. SOBRE SI LA RESERVA O CONFIDENCIALIDAD, OPERO COMO UN OBSTÁCULO, PARA QUE EL DIRECTORIO DE LA ANP BRINDARA EL ASESORAMIENTO REQUERIDO POR LOS ARTÍCULOS 9 Y 10 DE LA LEY 16.246 DE 8/4/1992 Y EL ARTÍCULO 377 DE LA LEY 19.355 DE 19/12/2015 Tal como se afirmó precedentemente, se desconoce la existencia de alguna resolución que haya clasificado como secreta, reservada o confidencial la información intercambiada entre los representantes del gobierno y los de la empresa KN, por lo que se asume que dicha información no revestía tal carácter durante el transcurso de las negociaciones. Sin embargo, se consulta si la eventual confidencialidad de dicha información, de haberse configurado, habría operado como obstáculo para que el Directorio de la ANP brindara el asesoramiento que legalmente le compete. Como ya se dijo, el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos, en el caso analizado y al amparo de las disposiciones legales referenciadas, reviste carácter previo y preceptivo. La confidencialidad o reserva de las negociaciones entabladas entre el Poder Ejecutivo y KN no podrían invocarse como argumento para obviar la intervención del Directorio de la ANP que, además es el órgano competente para cumplir con ese asesoramiento. Lo expuesto permitiría, en la vía de los hechos, vaciar de competencia asesora a la autoridad portuaria, pues cualquier asunto que contuviera información de carácter reservado o confidencial la excluiría de actuar como órgano asesor del Ejecutivo, violándose así las disposiciones legales que le atribuyen como cometido el de asesorar al Poder Ejecutivo. Sabido es, como ya se indicó en el capítulo segundo del presente, que el cumplimiento de los cometidos no es una opción de la Administración, sino que tiene el deber (la obligación) de cumplirlos. Si el Poder Ejecutivo hubiera considerado que los documentos referidos a la negociación eran de carácter reservado, procedía aplicar los recaudos previstos en el artículo 20 del Decreto No. 232/20101 Por su parte, si el Decreto No. 232/010 de 2 de agosto de 2010, artículo 20: "Documentación reservada.- La documentación clasificada como información reservada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9° de la Ley que se reglamenta, deberá tener incluida una leyenda indicativa de su

carácter reservado, la fecha de su clasificación, su fundamento legal, el período de reserva y la firma de la autoridad correspondiente documentos incluían información confidencial entregada por KN, correspondía adoptar los recaudos del artículo 30 del mismo cuerpo normativo. Una vez cumplidos esos requisitos, el Poder Ejecutivo estaba en condiciones de remitir la documentación a la ANP para recabar su dictamen, advirtiéndole sobre las restricciones de acceso que sobre ella recaían. Ante tal situación, la ANP debería haber adoptado las medidas necesarias para garantizar el respeto por la confidencialidad o reserva de la documentación, sin que ello significara obviar el cumplimiento de una obligación legal: el asesoramiento de la ANP al Poder Ejecutivo. Corresponde asimismo precisar el alcance de la confidencialidad o reserva de la información a la interna del órgano jerarca de la ANP, a efectos de determinar si existe fundamento para excluir a alguno o algunos de sus integrantes del acceso a la información. De acuerdo a nuestra Constitución (artículo 185), los servicios descentralizados pueden estar dirigidos por un órgano unipersonal (Director General) o pluripersonal (Directorio). En el caso de la ANP, la solución legislativa¹⁵² fue la de confiar la dirección del organismo a un Directorio, integrado por tres miembros, designados de conformidad con el artículo 187 de la Constitución. Si bien existen en el directorio de ANP tres cargos con denominaciones distintas (presidente, vicepresidente y vocal), aplica para ellos lo que la dogmática administrativa denomina “principio de equivalencia funcional de los miembros”. En palabras de MÉNDEZ, “el titular de cada cargo se encuentra en la misma situación que los demás”. Analizando ese principio, agrega DURÁN MARTÍNEZ que, como solución de carácter general sólo puede ser dejado de lado cuando la misma norma de creación orgánica u otra, de igual o superior valor y fuerza, introduce una excepción. Por lo tanto, cualquier atribución de una potestad privativa o diferencial a uno de los cargos que integran el Directorio (en general, al Presidente) debería provenir de una norma de rango..... Artículo 30: “Información confidencial entregada por particulares. Cuando los particulares entreguen a los sujetos obligados información confidencial, deb.rán señalar los documentos o secciones en los que se contenga tal información. También deberán presentar un "resumen no confidencial" breve y conciso. En caso de que, la naturaleza de la información impida elaborarlo, se explicitará tal imposibilidad ante la autoridad competente”. ¹⁵² Artículo 28 de la Ley No. 17.243. ¹⁵³ MÉNDEZ, Aparicio; Teoría..., ob.cit., p. 224. ¹⁵⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; Casos de Derecho

Administrativo Vol., Mdeo., 2005, p. 190.....legal o constitucional, o bien de una norma infravalente (sólo si la Constitución o la ley se lo hubieren cometido a la reglamentación). En igual sentido, adhiriendo expresamente al principio de equivalencia de los miembros de los órganos colegiados, se pronuncia CAJARVILLE. Las referencias anteriores, sumado al análisis previo y fundamental respecto a que la competencia de asesoramiento que prevé la legislación portuaria le corresponde al Directorio de la ANP y no a su Presidente, permiten afirmar que bajo el argumento de la confidencialidad o reserva no era posible negarle acceso a la documentación a los otros dos integrantes del órgano jerarca (Vicepresidente y Vocal). Ante la existencia de un deber legal de emitir un asesoramiento al Poder Ejecutivo, el órgano Directorio debía deliberar y votar; y a tales efectos, todos sus integrantes debían contar con la documentación necesaria para emitir un pronunciamiento. Y en ese procedimiento interno de deliberación y votación, los tres integrantes del órgano Directorio se encuentran en un régimen de equivalencia, sin que ninguna norma constitucional, legal o reglamentaria permita fundamentar la validez de una excepción que suponga denegar el acceso a la documentación a alguno de sus integrantes. Por tanto, entendemos que no existe fundamento alguno para invocar la existencia de confidencialidad en los procedimientos administrativos internos tendientes a perfeccionar los asesoramientos legales y preceptivos en materia portuaria, que en todos los casos además debieron haber sido dictados de manera fundada por el Directorio de la ANP. Y ello mismo, determina necesariamente que para brindar el necesario asesoramiento, todos los miembros pueden y deben acceder a la información que constituye el elemento sobre el cual deben cumplir su cometido de asesoramiento. Sin perjuicio de lo expuesto, cabría plantearse ¿qué sucedería ante la posibilidad de que la información fuera catalogada como confidencial (que no lo era)?. En tal caso, las solicitudes de asesoramiento remitidas por el Poder Ejecutivo debieron igualmente ingresar al orden del día del Directorio de la ANP, con la advertencia de su carácter reservado o confidencial, adoptando los recaudos necesarios al efecto. Bajo esta hipótesis, todos los funcionarios de la ANP (incluidos los integrantes del órgano jerarca) que eventualmente accedieran a la documentación reservada o confidencial enviada por el Poder CAJARVILLE, Juan Pablo; “Sobre Derecho Administrativo”, T I, 2, FCU, Mdeo., 2008, ps. 508 y 509: “Todos los miembros de un órgano compuesto están - en principio y salvo disposición expresa en contrario- dotados de igualdad potestad

(interna) de concurrir (internamente) a determinar el contenido de la voluntad del órgano.”Ejecutivo, hubieran quedado alcanzados por el deber de no divulgar su contenido. En definitiva, el ordenamiento jurídico prevé mecanismos suficientes para garantizar que la información que ha sido debidamente clasificada dentro de alguna de las categorías que prevé la ley (secreta, reservada o confidencial) se mantenga a resguardo, sin divulgación pública. No resulta ajustado a derecho sostener que la información que sea catalogada como confidencial, permita excluir la participación del Directorio de la ANP para el cumplimiento del cometido asignado por ley de asesorar al Poder Ejecutivo. Y ello aplica respecto de todos los integrantes del Directorio, en tanto órgano colegiado.

6.7 COLOFON. ULTIMAS ACTUACIONES DE LA INVESTIGACIÓN. Tal como fue anunciado en el correo remitido a los Sres Defensores *-por el que se les noticiara acerca de la puesta para su estudio de la carpeta investigativa por el suscrito Fiscal-* fue recibida la siguiente información:

. por parte de la **firma M en fecha 23.09.2022 por la que complementa información de carácter técnico** relativa a las consecuencias económicas que aparejara el Acuerdo celebrado el 25 de febrero 2021 entre el Estado y KNG, así como por los Decretos Nos. 114 y 115/21; procurando demostrar tal como surge de los mismos; la falta de justificación técnica, jurídica y económica que llevaron a la eliminación del régimen legal de libre competencia en la operativa de contenedores en el Puerto de Montevideo.

. la **Defensa de los indagados a cargo del Dr. J. P. S., de conformidad con la solicitud de diligenciamiento de evidencias**, compareció a agregar actuaciones diligenciadas en la acción de nulidad promovida por M SA en Expte 556/2021 ante el TCA, asimismo informó que el 22.06.2022 el Directorio de la ANP por unanimidad (incluido voto de la representante del Frente Amplio) resolvió “*Disponer -supeditado a la aprobación del Poder Ejecutivo-*” la firma de la Modificación del Contrato de Gestión, con los ajustes de texto sugeridos por la Div Notarial en el anexo de la Actuación 18 donde se sugieren modificaciones a dicho Contrato para que se integre con lo dispuesto en el Decreto 114/21 y finalmente agregan documentación relativa al Proyecto Ejecutivo de las obras a realizarse en el Puerto de Montevideo.

. se recibió en la FGN, la **Resolución dictada en mayoría por la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) No. 988/2022** de fecha 6.10.2022 (Fdo

Esc M. S. S. PRESIDENTE y Cr. G. O. VICEPRESIDENTE) y en fecha aproximadamente contemporánea a la misma, la comparecencia de la Dra A. F. en su carácter de DIRECTORA VOCAL del referido organismo, presentando su discordia respecto de dicha resolución, entendiendo que su voto disidente debería ser puesto en conocimiento de la fiscalía, al tiempo que destaca cierto asombro por el cambio de posición del organismo que integra, en no incorporar al cuerpo de la resolución; su voto y consideraciones como así entiende que hubiera correspondido a derecho.

RESOLUCION EN MAYORIA: no formuló objeciones al aspecto de la confidencialidad del acuerdo del 25.02.21 por los fundamentos que expuso los que fueron ulteriormente aprobados por acto dictado por el Poder Ejecutivo. Refirió al art. 7 de la Ley 16.246 que atribuye al PE el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución como conductor de la política sectorial en materia portuaria. Las normas que establecen el asesoramiento de la ANP al PE no individualizan ningún órgano que deba realizar el asesoramiento, sino que refiere a la persona jurídica como tal. Al recibir el PE el asesoramiento del señor Presidente del organismo, no se encuentra vicio jurídico al procedimiento, puesto que se trata de un asesoramiento que no requiere una formalidad determinada y menos aún implicaría el dictado de un acto administrativo, que es la forma en la cual se manifiesta el directorio del organismo, y ese acto administrativo no es requerido por la norma, por lo cual lo actuado fue acorde y ajustado a derecho. Las partes acordaron la confidencialidad y obrar de buena fe siendo ello un principio y una práctica internacional en material de solución de divergencias generadas a partir de una TBI (Tratado Bilateral de Inversiones). Refirió en apoyo de esto a la deposición brindada por el entonces Secretario de la Presidencia de la República Dr. M. A. T. en cuanto a las reglas para las conversaciones que siguió la anterior administración: buena fe, confidencialidad y abstención. Y que se acordó con el nuevo gobierno entrante que seguiría la misma metodología que se había marcado. En cuanto al asesoramiento brindado cita en el considerando 30 del Tribunal de Cuentas que subraya la existencia material del asesoramiento previo al dictado del acto administrativo, pero que ello fue dispuesto por el Presidente del Directorio de la ANP, cuando debió haberse emitido por el órgano a través del cual se manifiesta la voluntad de la referida Administración, cual es el Directorio de la misma, por lo que, en lo formal; no puede considerársele como manifestación de voluntad orgánica de

la administración, ello sin perjuicio de que con posterioridad la modificación contractual que incluye la prórroga del plazo, fue aprobada por el Directorio de la ANP. Refiere además la JUTEP a citas de doctrina, explayándose respecto de la consideración de los actos administrativos, del principio de rige a los mismos, a la buena fe, la correcta administración y entiende asimismo que fueron decisiones de oportunidad y mérito alcanzadas por los jerarcas en el ejercicio legítimo de la potestad, al tiempo que se identifican los motivos en que se fundamentaran tales decisiones, no existiendo actos contrarios a la buena administración, siendo análogo a la eficiencia y eficacia, no implicando la actuación de los jerarcas, transgresión a las leyes ni a los principios contenidos en las normas de la administración y Ética Pública.

DISCORDIA: realiza un relato normativo de antecedentes legislativos y reglamentarios sobre la actividad portuaria como necesarias para entender lo que a su parecer constituye una flagrante ilegalidad del acuerdo firmado por los funcionarios así como las faltas éticas en las que incurrieron durante el procedimiento que derivó en la firma del acuerdo. Discrepa además con la posición mayoritaria de la JUTEP en cuanto a que le sea ajeno analizar la legalidad o la constitucionalidad de los actos involucrados en la denuncia ya que no ha sido la práctica histórica seguida por el organismo. Es por el contrario, imperativo a la JUTEP formarse un juicio acerca de la legalidad de las decisiones de los jerarcas cuya conducta debe analizar. Lo que no puede es anular o hacer cesar los efectos de un acto administrativo en cuestión. En cuanto al tema de la confidencialidad, refirió con fundamentos propios y en cita al consultante Dr. A. G., que no es como se refiere por la mayoría de los votantes en que se había pactado por las partes la confidencialidad, sino que el principio es la transparencia y como excepción y dentro de las condiciones que fueren requeridas, la confidencialidad. No existió una clasificación de la información manejada y se incumplió con la Ley 18.381 de acceso a la información pública. Tampoco fue solicitado en momento alguno por la empresa KNG y jamás se justificaba en ninguna hipótesis, que debiera permanecer ajeno al conocimiento del resto de los Directores de la ANP (vicepresidente y vocal). Entendió a este respecto que se violó el principio de transparencia establecido en el art. 20 del Código de Ética de la Función Pública. Además expresó que el acuerdo es violatorio de la Constitución de los Decretos reglamentarios, en cuanto establece un monopolio de hecho, viola las reglas de la libre competencia, de la extensión

ilegal de la concesión, del régimen de atraque, de las operaciones portuarias y que afecta normas éticas, destacando que no se cuentan con los informes técnicos que los jefes públicos debieron haber requerido, y entonces se expuso al Estado a millonarias pérdidas económicas, lo que fue además acreditado firmemente por los economistas que declararon en la investigación. En cuanto al asesoramiento exigido, la Directora observa claras violaciones a la ética de la función y con profusa fundamentación que refirió, observa que el asesoramiento debió haber sido prestado por el Directorio de la ANP, que la mayoría de la JUTEP realiza una equivocada interpretación de lo que establece el TCR y que no se entiende muy bien a que refiere el Tribunal cuando alude que habría existido una suerte de convalidación con las actuaciones posteriores que habrían sido dadas. Del mismo modo entendió que existió una atribución ilegal de funciones al arrogarse el Presidente de la ANP la tarea del asesoramiento que correspondía al Directorio de la ANP. Estas faltas éticas, no resultan ulteriormente convalidables en ningún caso y la JUTEP mal interpreta la resolución del TCR en cuanto al asesoramiento, ya que este solo dice que existió, pero solo en forma unipersonal por el Dr. C., lo cual no autoriza la normativa. También se pronunció respecto del asesoramiento solicitado por el PE para la modificación del reglamento de atraque de buques y observó la discordancia entre las horas de pronunciamiento sobre la existencia del asesoramiento requerido y la creación del expediente por el cual se solicita el mismo, constando que cuando se alude a que ya existía, este asesoramiento aún no había sido prestado, anotando días y horas de expresión de los hechos y de creación de los documentos, por el que se dice contar con un asesoramiento legalmente exigido (para la firma del Decreto No. 115/2021) cuando este, no existía materialmente en expediente alguno. Concluyó en que existieron apartamientos legales a las normas que imperan en el desempeño de una correcta y adecuada función pública, así como la violación a normas sobre ética pública en el ejercicio de la misma.

. los coadyuvantes denunciados en segunda ampliación a su denuncia inicial, comparecieron ante la FGN en fecha 3.11.2022 exponiendo en síntesis, como **hechos nuevos** A) la existencia de un dictamen de la Asesoría Jurídica de la ANP del año 2019 conocido por el Presidente de la ANP Dr. J. C. que desecha completamente las pretensiones sobre las cuales se firmó el acuerdo con el grupo KNG lo que conlleva a la ilegalidad del acuerdo. Este informe fue ocultado a los

senadores del Frente Amplio en oportunidad de acceso a la información pública, B) la resolución de la JUTEP que no realiza observaciones a la conducta de los denunciados, la que contiene errores fácticos, normativos e incluso de comprensión lectora, C) omisión de la ANP de analizar el plan de inversiones por KNG y dejar vencer el plazo de manera deliberada, dándose por aprobado tácitamente si no se formulaban observaciones, mostrando una actitud intencional por la autoridad portuaria que permitió que transcurra el plazo previsto sin realizar actuación alguna y D) que se ocultaron a la fiscalía que los denunciados R. F. y J. J. O. se desempeñaron como asesores de los directores vocales de la ANP durante las administraciones anteriores. Se procura demostrar que ambos denunciados estuvieron vinculados a dicha Administración, mientras se sucedían las situaciones que ahora califican como ilegales, en articular F. quien se desempeñó como Asesor de la ANP junto al entonces vocal J. C., luego de haber asesorado al director vocal anterior.

En extenso escrito (que suma 54 paginas) y con acopio de documentación administrativa sobre tales aspectos relatados que completaron más de 100 fojas útiles, se procuró demostrar la información acercada a la fiscalía, solicitando la citación en carácter de testigo de R. G. I. para que depusiera sobre su desempeño como Presidente de la JUTEP y el régimen de trabajo y pronunciamiento de la misma (respecto a los hechos de no dejar constancia en la resolución del cuerpo, de una posición discrepante).

7. CONSIDERACIONES JURÍDICAS ACERCA DEL DELITO INVESTIGADO

7.1 EL DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES

1. Uno de los aspectos esenciales y de principio que debe ser asentado por este fiscal a las partes, para así proyectar la *fundamentación de su decisión de archivo provisional de la investigación*, es que el presunto delito que se atribuye a los imputados debe ser distinguido de cuestiones bien ajenas al derecho penal; como decisiones adoptadas como gestión gubernamental de oportunidad, mérito y conveniencia, así como actuaciones en el orden administrativo, jurisdiccional

administrativo o de responsabilidad política; todas incidencias que nos son ajenas a la materia penal y cuyo elemento de objetividad prevalece con carácter preponderante en aquéllas.

2. Esto implica que, aunque pudiese existir responsabilidad de los gobernantes por los actos cometidos o decisiones que se adopten en la vía administrativa o que se resolvieren jurisdiccionalmente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; la postura sobre los elementos que llevan a la existencia de un posible reato penal no pueden ser la réplica de aquellos aspectos que le son ajenos.

Porque no solo son vías independientes que conllevan posibles decisiones adversas, las unas a las otras, sino porque además el delito previsto en el art. 162 CP; tan caro a la dogmática penal y a la función pública, se compone de aspectos administrativos que hacen a la descripción de la conducta prohibida; pero que tan luego, han de ser encastrados en el modelo previsto y atribuido a una intención realizadora (vista esta como voluntad inteligente) de todos y cada uno de los aspectos que hacen al tipo de injusto ³.

3. Porque al abuso innominado de funciones se castiga a título de dolo directo (en algunas circunstancias pudiese admitirse el dolo eventual) lo que requiere en sus autores la conciencia y voluntad de realizar la conducta antijurídica. Conciencia como elemento intelectual del comportamiento que lleva ínsito la voluntad de realización y que supone el conocimiento de que se está ejecutando el delito específico y voluntad como aspecto que hace al impulso de la acción en la que se dirige el querer de ella. En el marco de la teoría de la acción, *por la primera* se representa el evento hacia el cual se dirige el querer y *por el segundo*, el impulso de esta voluntad consciente de realización.

³ En este sentido, debe consignarse que, en la segunda ampliación a la denuncia, nuestros coadyuvantes agregan la presunta configuración de un delito de FRAUDE, injusto que no ha sido objeto de investigación, ni se comparte que los elementos engañosos que requiere el tipo, se hayan configurado inhesitadamente a través de la información traída a la instrucción; máxime cuando los elementos incorporados y a los que se hacen referencia, no constituyen hechos nuevos, relevantes y conducentes a la investigación, que no hayan sido expuestos con anterioridad a la misma. De otra forma, la Fiscalía estaría dando un giro a su teoría, con los mismos elementos y sorpresivamente, para mostrar a los imputados aspectos que ahora se quieren hacer valer y que desde el inicio se hallaban disponibles, quedando vedado a toda actuación pre-procesal y pudiendo recaer en estrategias de Discovery, que el sistema procesal penal actual, procura evitar en los litigantes.

4. Ya sea que se persiga una concepción causalista de la culpabilidad, donde el dolo o intención de realizar el tipo penal, se encuentra dentro de la culpabilidad (y entonces su apreciación no es una cuestión de tipicidad, sino de culpabilización de la conducta); o finalista de ella; que incluye la porción acromática de la intención que emigra y se coloca en la descripción típica de la acción (dolo típico/tipo doloso); el proceso analítico se coarta o bien a nivel de la “tipicidad” descartando la existencia subjetivamente descriptiva del tipo; o bien se mantiene la existencia del injusto, pero no puede ser culpabilizado, pues no se verifica el ámbito de juego del reproche: “la culpabilidad”. En ambos casos la consecuencia es la no punibilidad y con ello la prescindencia de todo juicio o reproche de responsabilidad penal para la adscripción de una pena. Lo que no exonera de otras resultancias foráneas al ámbito de lo punible.

7.1.1 EL DOLO. SU UBICACIÓN EN EL DELITO. EL ERROR NORMATIVO SOBRE EL CONOCIMIENTO Y COMPRESION DEL INJUSTO

5. En mi opinión, el examen de subsunción de las conductas llevadas a cabo por los denunciados, deben ser analizadas desde el tipo penal. En este sentido y por los argumentos que habrán de verse infra, entiendo que “no han cometido delito alguno” y particularmente el “abuso innominado de funciones”. No solo por la valoración jurídico penal que se realiza de cada uno de los aspectos que componen al ámbito de la ilicitud (o espacio de la materia prohibida) sino al “conocimiento” (ni siquiera aún la comprensión) de ella por el que se impulsa la voluntad realizadora del delito. Y es en esta área del tipo en que se genera una suerte de “error vencible” si lo fuere; sobre los aspectos que hacen al conocimiento acabado de la conducta prohibida y que, si bien un esfuerzo consciente de comprensión hubiere determinado el claro conocimiento de realizar el injusto típico, no se dispone de criminalización para los hechos “culposos” en tanto el obrar imprudente ha de estar previsto legalmente para su incriminación (art. 19 CP)

6. Pese la residualidad que inviste al delito establecido en el art. 162 CP, no se ha advertido en el contexto de la teoría fiscal desarrollada, la realización de otro tipo

penal comprendido en el CP (dentro o fuera de los delitos contra la Administración Pública) o leyes especiales, por lo que el estándar de verificación se halla en la figura denunciada y comunicada a las partes como objeto de instrucción. El tipo del abuso exige el ejercicio de un “abuso del cargo” (actuación con separación, abuso o exceso del poder público funcional) el ordenamiento o comisión de “un acto arbitrario” realizado “en perjuicio de la Administración o los particulares” con el carácter residual aludido antes. Y para obrar “con dolo de realización” debe el agente conocer conscientemente que realiza la conducta prohibida (ni siquiera aún en este estadio, le es exigible la comprensión o desvalorización de las razones de la ilicitud). Condición que es tal; cuando el modelo descrito aparece con todos los elementos que le componen y son estos conocidos con conciencia de realización por el agente.

7. Tener conciencia del obrar, es actuar con conocimiento de voluntad consciente realizadora, es decir; el sujeto sabe que esta abusando de su cargo, que esta cometiendo u ordenando la realización de un acto arbitrario y sabe también que ello implica un probable peligro de verificación del perjuicio moral y/o económico tanto para para la imagen de la Administración, cuanto para los particulares. Pero ocurre que, como el carácter de los elementos del tipo penal, exigen no solo una descripción objetiva, sino un sentido de significación puesto que debe conocerse qué es en términos jurídicos el abuso del cargo que al mismo tiempo conlleva la verificación objetiva del acto arbitrario (sinalagma funcional que vincula el abuso con la arbitrariedad); determina que la intención deba ser valorada por el sujeto, es decir; que debe conocer, pero también comprender que lo que está haciendo involucra un acto de exceso o desvío del poder funcional y que con ello, comete un acto reñido con la arbitrariedad. El dolo de tipo y de culpabilidad, se fusionan ya que en este delito aparece hartamente difícil escindir la voluntad de querer el delito con la comprensión de su antijuridicidad. Cuanto mayor son los términos de comprensión de los aspectos que hacen ilícita la conducta, mayor es el rango de exigencia para determinar la intención dolosa y la valoración que el sujeto realiza del carácter ilegal de la acción (típicamente relevante).

8. En la medida en que el imputado comprende el sentido desvalorado de su acción, ejerce mayor capacidad de acceder al contenido de la “norma penal” en sentido de silogismo de valor que orienta el comportamiento en un hacer o no hacer algo (protege la vida ajena - presta asistencia al prójimo) que se valora como prohibido o exigido y demuestra así su capacidad de “abordabilidad normativa”; es decir que tan receptor del “mensaje” del legislador es. *Ejemplo:* si conozco el valor de la vida y comprendo su importancia del respeto a ella, más allá de que sepa que actúo contra alguien (dolo típico) en defensa de dicho bien jurídico o en agresión a él; podré saber si estoy en un dolo malo o injustificado (intención de dar muerte) o en un dolo de justificación (intención de defenderme legítimamente) Comprender el valor de ese bien jurídico obrará como delineador de mi comportamiento no solo para que actúe en su protección (conducta valorada) sino para que me abstenga de atacarlo (acción desvalorada)

9. Esta investigación se ha orientado en comprobar la existencia de elementos evidenciales/probatorios; que permitan al Estado (Fiscalía) acreditar con razón suficiente para llevar a juicio y obtener una decisión judicial satisfactoria al interés público, allende toda duda razonable; que los denunciados: H., F., O. y C. actuaron con conocimiento y comprensión acabada de su flagrante ilegalidad en la realización de un acuerdo de negociación en el marco de reuniones amistosas previas a un litigio internacional de arbitraje, sabiendo que se evadían de su poder, actuando por fuera de sus límites y con inhesitable arbitrariedad en los términos que llevaban a un posible perjuicio de la Administración o de los particulares.

Al mismo tiempo, comprendían el contenido ilegal de los términos que se acordaban en las reuniones mantenidas, demostrando así con toda claridad, que debían inhibirse de actuar en contra del derecho ya que podían obrar de tal forma en que les fuera exigible un obrar alternativo y conforme a derecho; mostrando así ser sujetos “motivables” y definitivamente “motivados” por la norma. Su respectivos intelectos eran lo suficientemente aptos como para mantener activos sus “despertadores de conciencia” que impulsaran su actuar en los términos del derecho o que se abstuvieran de su infracción ⁴.

⁴ Como lo expresó STRUENSSE en relación al conocimiento del dolo: “...El componente cognitivo del dolo... abarca únicamente un ámbito parcial del aspecto psíquico de la acción, esto es, la representación de las circunstancias y las consecuencias bajo las cuales ocurre la

10. Parece casi imposible, calificar de “arbitrario” un acto que es resultante del desempeño de una función dentro del contexto de la ley y del correcto ejercicio del poder que asigna la posesión de un determinado cargo público que le hace competente al desarrollo de ese acto; ni que ello se traduzca en una flagrante arbitrariedad, que es manifiestamente intolerable, injustificable y ostensible a todo acto leal a la función pública ⁵. Una condición, lleva a la otra y ésta es producto resultante de la primera. El uso del cargo dentro de los límites permitidos no puede gestar una actuación arbitraria, ni el abuso, exceso o desvío del poder, generar un acto legítimo. Por esto es que entiendo, resulta menester conocer algunos de los aspectos de la discusión acerca de los hechos que se han denunciado como constitutivos de delito.

11. Conocer los elementos que llevan a calificar de arbitrarios, los actos por abuso del cargo de los imputados; importa pronunciarnos sobre aspectos tales como: el MONOPOLIO, la afectación a las reglas de la LIBRE COMPETENCIA, la extensión de la CONCESION, los cambios TARIFARIOS, la CONFIDENCIALIDAD del ACUERDO, etc. Porque ello no solo es contenido de la fundada denuncia realizada y de los hechos objetivos que componen el acuerdo y que resultan sustantivos al presunto ilícito; sino además por las consideraciones jurídicas al respecto, puesto que ello también compromete el dolo injustificado de querer la realización del hecho (*tal como ocurrió al celebrar el acuerdo del 25 de febrero 2021*) pero siempre que sea establecido con razonable certeza; que se comprendía la ilicitud (*manifiesta ilegalidad*) ya que este aspecto complementa el dolo de actuación, pero también la comprensión de significación de obrar antijurídicamente. Es el saber inequívoco de que se comete un delito y que se quiere su realización ⁶. El error sobre estos

dirección voluntaria del movimiento corporal. Esto no es discutible ni discutido. Lo único que se debate es si estos elementos psíquicos deben ordenarse en el ámbito del ilícito o de la culpabilidad. La doctrina alemana los sitúa de modo casi unánime en el ilícito, más exactamente en el tipo...” Revista para el Análisis del Derecho “Consideraciones sobre el Dolo Eventual” en www.indret.com pag. 5

⁵ Porque lo arbitrario resulta ser lo inmotivado, lo que carece de sentido, un acto infundamentado, porque si y cuyo móvil es contrario al interés público o cuando coincide con algún interés privado (MAGGIORE Giuseppe DERECHO PENAL Vol. III Temis. Bogotá. 1972 pág. 210-211)

⁶ Dice Eberhard STRUENSSE: Esto se ve reflejado en la definición frecuente que reza: dolo es “conocer y querer la realización del tipo penal” SCHMIDHÄUSER ha remarcado en otro contexto que resulta insensato hacer pasar como una “teoría” a cada una de las opiniones que contienen un criterio distinto de delimitación. Como he mencionado en otra oportunidad el conocimiento tiene que extenderse a las circunstancias reales de hecho y no a la realización del tipo ni tampoco, como se señala habitualmente, a los elementos del tipo, pues estos pertenecen en rigor al mundo conceptual. Citado en INDRET Revista para el Análisis del Derecho “Consideraciones sobre el Dolo Eventual” en www.indret.com. pág. 4

aspectos, tanto por falsa representación, cuanto por omisión de comprensión jurídica adecuada, llevan al tipo cuestiones que hacen al presupuesto de culpabilización o reproche penal.

12. Entre varios de los aspectos dogmáticos que ocupan la teoría, una de ellas ha sido la preocupación de ubicar al dolo como conocimiento de realización del tipo o como presupuesto de reproche en el ámbito de la culpabilidad. Dice PEREZ BARBERA al respecto comentando algunas disposiciones del C.P.Alemania "...Alemania, por su parte, el contenido literal del § 16.I StGB es mencionado una y otra vez por la doctrina como barrera infranqueable para el desarrollo dogmático de un concepto de dolo que no se identifique con el de conocimiento. Pero ello no resulta convincente. A mi juicio, no es posible arribar a afirmaciones concluyentes a partir del tenor literal del § 16.I StGB.⁴¹ Pues, en todo caso, lo único que dice el § 16.I es que una persona actúa sin dolo si no conoce alguna circunstancia típica. Ello, sin embargo, no es ni un concepto ni una definición de dolo. Significa, únicamente, que esa falta de conocimiento, por imperio legal, es un dato fáctico que forzosamente cancela la posibilidad de una imputación dolosa. Pero todavía resta saber qué significa "dolosamente" ("vorsätzlich") en el StGB, §§ 15, 16. Eso, sin embargo, es algo que la ley alemana no dice, por lo que ni siquiera hay un tenor literal en el Código Penal a partir del cual pueda determinarse si un concepto de dolo propuesto por la doctrina o por la praxis configura –o no– una interpretación analógica prohibida por el Art. 103.II de la Constitución de ese país. Lo único decisivo es que para que el dato fáctico señalado por la ley ("no conocer": "nicht kennen") posea efecto cancelatorio de una imputación dolosa, tiene que tener con ésta una vinculación conceptual que torne realizable ese efecto. Y dado que de lo que se trata es de una posibilidad de imputación, es a partir de lo que jurídicamente se entienda por "dolosamente" que deberá determinarse qué características ha de tener el estado mental "ausencia de conocimiento" ("Unkenntnis") para que pueda excluir lo doloso de un caso, y no al revés, como procede la doctrina dominante, que implícita o explícitamente pretende determinar qué es "dolosamente" a partir de lo que la psicología o cualquier otro abordaje empírico entiende por "conocer" o por "no conocer..." (Cfme: PEREZ BARBERA Gabriel en "Dolo como reproche" Hacia el

abandono de la idea de dolo como estado mental” p. 180 extraído de la tesis doctoral del autor entregada en junio de 2007 y publicada en 2011 en Pérez Barberá, Gabriel, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011).

13. En tal sentido CLAUS ROXIN ha dicho que “...si bien existe sobre que la intención o propósito es la persecución dirigida a un fin del resultado típico, se discute sin embargo en extremo cómo ha de ser interpretado este elemento concretándolo en los distintos tipos. El P 1962 había intentado una definición diciendo que actúa intencionadamente aquél a quien lo que le importa es realizar el elemento para el que la ley requiere actuación intencionada. Pero la misma no se trasladó a la ley debido a la falta de claridad sobre este concepto y al significado cambiante que puede poseer, según la op. dom. en diferentes tipos...” **(Cfme ROXIN Claus. DERECHO PENAL Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Edit Thomson Civitas. Año 2003. pág. 417)**

14. Nuestro Código Penal en su artículo 22 ha establecido al respecto, que el error de hecho que versare sobre las circunstancias constitutivas del delito exime de pena, salvo que, tratándose de ese delito, la ley castigare la simple culpa. Por su parte, el art. 23 regula que si por efecto de un error de hecho el mal recayese sobre distinta persona de la que el sujeto se proponía ofender (intención deliberada), la responsabilidad se determina por la intención y el culpable debe ser castigado, no con arreglo a la ley violada, sino con sujeción a la que intentaba violar.

Parecería que tampoco nuestra ley *-en relación a lo expuesto en el punto anterior-* define en estas disposiciones lo que ha de entenderse por “dolo” y la función que este debe desarrollar en el contexto del tipo o a nivel de la culpabilidad. Porque el art. 18 CPU tampoco dice más que: *“Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional, cuando el resultado se ajusta a la intención...”* sin dar un concepto de dolo como conocimiento o presupuesto integral del reproche.

15. ROXIN respecto del error ha dicho que: “... es suficiente para el conocimiento, la representación de que el propio actuar conducirá posiblemente a la realización de

un tipo. El art. 16 del CPA dice que quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. Con ese conocimiento, cuya falta excluye el dolo típico, se hace referencia al elemento intelectual del dolo.... Y continúa... Aquí debe mencionarse sin embargo ya un error de diferente clase, pues su delimitación del error de tipo ha de esclarecerse desde un principio: el error de prohibición. Se regula en el art. 17 CPA y concierne a la situación en que el sujeto conoce todas las circunstancias del hecho y actúa por tanto dolosamente en el sentido del art. 16 pero no obstante considera permitido (es decir no antijurídico) su hecho...” **(ROXIN ob. cit. pág. 459)**

16. Si nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito (art. 18 CPU) y la ley dice cuando el hecho se considera intencional, entonces lo que es doloso es el caso o hecho típico determinado. Que el autor presente determinadas condiciones psíquicas, no significa que el dolo le pertenezca, sino que le pueden ser atribuidas ciertas disposiciones internas como el conocimiento o la voluntad (elementos intelectivos y volitivos del dolo), relevantes para caracterizar un caso como doloso ⁷.

Tal vez por ello es que el art. 22 del CPU refiera que el “error” sobre las circunstancias constitutivas del delito (*en el abuso innominado de funciones 162 CPU: el abuso del cargo, el acto arbitrario y las condiciones potenciales de generación del perjuicio*) condicionen la punibilidad y mantengan la culpa para los casos expresamente establecidos por ley (art. 19 eiusdem). Del mismo modo el art. 23 (*error de persona*) que retoma el “error de hecho” al que hace referencia el artículo anterior, si la acción determina un resultado sobre persona distinta a la cual se orientaba la intención del agente, debe castigársele en relación a la ley que intentaba violentar. El dolo aparece aquí como un elemento que condiciona la responsabilidad, pero sigue sin definírsele con precisión, porque incluso no se dice

⁷ En esto tiene vital importancia, las razones que se den para fundar el comportamiento desplegado y los motivos del conocimiento alegado para obrar en consecuencia del tipo. En este punto puede considerarse que en la redacción del Acta No. 2 del pre-acuerdo con fecha Junio 2020 fueron concretadas las razones que orientan a redactar los temas vinculados al marco jurídico, al mínimo de canon, de gestión, del dragado (que incluso se estableció a los 14 metros y en el acuerdo se lo modifica “hasta” los 14 metros) y de las tarifas. Entiendo entonces que: No es un tema de estar de acuerdo o no; con los términos pactados; sino antes bien, de las razones que se dan y en las que se creen como correctas y necesarias, para condicionar el obrar respectivo. La creencia sobre el accionar en el marco del derecho, no solo es un aspecto sobre el cual el dolo se proyecta en variantes “normativas” incluidas en el tipo, sino que ello determina la convicción de obrar dentro del poder y por ende, desconocer en forma insuperable la comisión bajo convencimiento de un acto de carácter arbitrario, tal como lo exige el tipo del art. 162 CP.

por el código penal si el error es causativo o intelectual. Es decir, si es un error de ejecución causal o de comprensión de realización, pese a que, en mi opinión, el art. 22 parece referirlo más a la parte cognitiva, por el resultado que establece de imputársele a título de culpa si la ley lo previere aunque dice que obra como eximente de pena.

17. Ahora bien, si como lo establece PEREZ BARBERA es importante dejar sentado desde el principio que dolo e imprudencia son propiedades normativas, y ello es así porque lo que torna doloso o imprudente a un caso es una determinada valoración objetiva de él como más o menos grave. Dolo equivale, entonces, a reproche grave (e imprudencia a reproche atenuado) al hecho. Y es claro que la gravedad de un hecho es una propiedad normativa (o valorativa o evaluativa) de ese hecho, no una propiedad fáctica..... ¿cómo podemos afirmar que una determinada propiedad normativa forma parte de ese caso individual? La respuesta es la siguiente: es necesario, como afirma Caracciolo, que las propiedades valorativas que caracterizan a un caso sean traducibles o reducibles a propiedades o características empíricas, pues de lo contrario no se dará el requisito esencial de la subsunción, que es la aplicación de una norma a un hecho. ¿Y cómo se procede para llevar a cabo esa reducción de lo valorativo a lo empírico? La respuesta es: a través de las llamadas reglas de correspondencia. Veamos de qué se trata esto. Los términos valorativos, en derecho, son análogos a los términos teóricos o inobservables en las ciencias empíricas. Las reglas de correspondencia son las que permiten relacionar los términos inobservables (entre los que cabe contar a los términos valorativos) con términos observables. Por eso se las denomina también “reglas puente”, en tanto conectan la teoría con su base empírica, la cual es seleccionada a su vez por la propia teoría **(Cfme PEREZ BARBERA ob. cit. pág. 181-182)**

18. Es por ello que **en el caso que se investiga, debe acreditarse por la fiscalía que los elementos que conforman el abuso innominado, son elementos normativos del tipo que deben ser alcanzados por el dolo, el cual no puede quedar limitado al mero conocimiento de realización.** Debe comprobarse con razonable certeza, que los imputados firmaron el acuerdo y se brindó asesoramiento no solo con conocimiento de lo que estaban haciendo, sino además con comprensión normativa

del alcance de cuanto ello implicaba. Un conocimiento ejecutado *ex ante* acerca del contenido valorativo, normativo-legal de que se obraba con “abuso del cargo” que se actuaba fuera de la ley (por cuanto excedido o desviado del poder funcional), que se cometía una decisión “arbitraria” a través de dichos actos y que “era susceptible de conocimiento previo, que dicho obrar podría generar un perjuicio a la imagen de la Administración o a los particulares”⁸.

19. Si bien JAKOBS dice que el conocimiento o cognoscibilidad del injusto no es ya parte del dolo o de la imprudencia, sino que sólo pertenece a la culpabilidad; también agrega que naturalmente en algunos elementos normativos del tipo se pondrá de manifiesto que la relación subjetiva del autor con la realización del tipo no siempre se puede separar en la práctica de la relación subjetiva con el injusto **(Cfme. JAKOBS Gunther. DERECHO PENAL Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2da Edic. revisada. Edit. Marcial Pons. Año 1997 pág. 311)**

20. Entonces: el dolo no puede ser un hecho ni psíquico, ni físico, ni institucional, tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un “juicio adscriptivo”, en el sentido de Hruschka. Pues “dolo” no es un estado mental que se atribuye a una persona, como sí lo son el conocimiento, la intención, Ninguno de esos estados mentales es el dolo. La presencia o la ausencia de conocimiento, de voluntad o de cualquier otro dato empírico, psíquico o físico, no dice nada, per se, acerca de la presencia o ausencia de dolo. Obviamente, tanto el conocimiento como la voluntad son necesarios para orientarse en el mundo. El dolo, no forma parte del mundo, sino del derecho. Y es el dolo, como categoría jurídica, la que desde el derecho establece cómo corresponde que sea valorada jurídicamente una determinada orientación fáctica. Puede decirse, por ejemplo, que “querer” incluye no sólo a las consecuencias principales sino también a las consecuencias accesorias de la

⁸ El autor PEREZ BARBERA propone un ejemplo al respecto: “...Para que se comprenda mejor la idea de dolo como propiedad definitoria de un caso, vale el siguiente ejemplo: el caso genérico de la corrupción dolosa de menores está caracterizado por propiedades empíricas (la existencia de una determinada acción), por propiedades técnico-jurídicas (la minoridad de la víctima) y por propiedades valorativas, normativas o evaluativas (el carácter sexual de la acción, su carácter de corrupta y –también– el carácter doloso de la acción). Decir de un hecho que es doloso equivale a decir de un hecho que es grave, y es obvio que la gravedad de un hecho no es algo que encontraremos en el mundo empírico, sino en una determinada afirmación. Más específicamente: en un juicio de valor. El dolo es, básicamente, un juicio de valor. Cuando hablamos de “lesiones graves” lo que encontramos en el mundo es, por ejemplo, una deformación permanente de un rostro, no una “gravedad”...” (ob. cit. pág. 182)

conducta, esto es, que incluye al complejo total del suceso. Pero no se necesita al derecho para afirmar eso, pues se trata de un enunciado puramente fáctico. Lo que tiene que establecerse desde el derecho es si querer una determinada consecuencia, principal o accesoria, es relevante, o no, para considerar a un caso como doloso **(PEREZ BARBERA ob. cit. pág 183)**.

21. En el camino en que parece posicionarse la doctrina más moderna, hacia la construcción cada vez más; de una teoría compleja del tipo que lleva al que entonces fuera denominado como “tipo total de injusto” dolo es conocimiento y comprensión sobre los elementos normativos que conforman el tipo penal específico; un error intelectual o de comprensión sobre ellos, podría incorporar al viejo convidado del “error” y mixturar los aspectos descriptivos con los valorativos propios de la culpabilidad, introduciendo al tipo, un concepto típico de ésta como es el error de prohibición. De manera que el dolo puede tener en este sentido, un componente de evitabilidad individual de la conducta constituye el presupuesto mínimo para que pueda tener lugar la imputación de responsabilidad jurídico-penal. Evitabilidad individual significa que la conducta debe haberle sido evitable al autor concreto y no, por ejemplo, a un hombre promedio. En otras palabras, sucesos que al autor no le era posible evitar no se le pueden imputar **(CORDOBA Fernando. Pensar en Derecho. “Dolo y evitabilidad individual” pág. 216)**

22. Este autor CORDOBA sostiene que la posibilidad de evitar una conducta depende, en primer lugar, de que el autor pueda motivarse de manera dominante a evitar el comportamiento (en otras palabras, de que pueda formar una voluntad de evitación); en segundo término, de que pueda reconocer que la conducta que se propone realizar es aquella que quiere evitar; por último, de que, dado el caso, pueda aplicar la fuerza física necesaria para evitar el comportamiento en cuestión. Es decir, la evitabilidad depende de las capacidades volitivas (o motivatorias), intelectuales y físicas del autor. Pero el concepto de evitabilidad se construye sin tener en cuenta la capacidad de motivación del autor. La voluntad de evitar se da simplemente por supuesta y lo que hay que comprobar es si el autor, con la voluntad de evitar una determinada clase de comportamientos, habría podido reconocer que estaba por realizar uno de esos comportamientos y lo habría podido

evitar; en el ejemplo de un homicidio, si con la voluntad de evitar matar, habría podido reconocer que causaría la muerte de otra persona y habría podido evitar también físicamente el comportamiento en cuestión..... En cambio, si incluso con la mejor voluntad no habría podido evitar el comportamiento, entonces hay que concluir que la conducta fue para él (física y/o intelectualmente) inevitable; y esto queda fuera ya del alcance del derecho penal... el dolo es la forma de evitabilidad en la que el autor, por disponer ya del conocimiento necesario, con sólo quererlo, se halla inmediatamente en condiciones de evitar (...) **(CORDOBA F. ob. cit. pág. 217-218)**

23. Para resolver entonces si en un caso concreto puede afirmarse que hubo previsibilidad individual hay que preguntarse, primeramente, qué circunstancias del hecho concreto conocía el autor (consciencia parcial del hecho). Una vez establecido esto, hay que determinar qué conocimientos generales tenía el autor respecto de las consecuencias cuya evitabilidad se analiza (saber experimental general). Por último, hay que preguntarse si aplicando esos conocimientos generales a las circunstancias del hecho actualmente conocidas, es decir, relacionando estas circunstancias con aquellos conocimientos previos, el autor habría podido advertir la peligrosidad de su conducta. Por cierto que la respuesta a la que se arribe dependerá también de los restantes factores intelectuales (inteligencia, velocidad de pensamiento, etc.) **(CORDOBA F. ob. cit. pág. 223)**

Agrega en tal sentido CORDOBA que la voluntad de evitar es también voluntad de procurarse el conocimiento necesario para poder evitar. Ahora, en la valoración de ese déficit volitivo, que explica que no se haya adquirido el conocimiento que era adquirible, me parece que las razones, los motivos concretos que determinaron que en el proceso de motivación no prevaleciera la voluntad entonces el contenido comunicativo de la conducta depende, por último, también de la imputación objetiva. Es que sólo una conducta que tiene socialmente el significado de una conducta de homicidio puede comunicar una toma de postura respecto de la norma que prohíbe el homicidio adquirir ese conocimiento, también tienen que pesar y reflejarse en la intensidad comunicativa del comportamiento frente a la norma. **(CORDOBA F. ob. cit. pág. 226)**

7.1.2 CONSIDERACIONES SOBRE LA INFORMACION TEMATICA TRAJIDA A LA INVESTIGACION (OBJETO DEL ACUERDO DEL 25.02.21) Y SU INCIDENCIA EN EL DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES (ART. 162 CP)

24. Es pertinente al objeto de la resolución fiscal, realizar algunas consideraciones que no pretenden un desarrollo analítico, más allá del que han vertido en audiencias ante la Fiscalía que represento, no solo los denunciantes/coadyuvantes con la impecable denuncia formulada -que hace alarde de un gran profesionalismo técnico y mejor análisis jurídico- sino también los diversos técnicos que ya por lo jurídico o por lo económico, han dado sus acabadas explicaciones con un alto rigor de exposición, para poder así acercar al investigador las fuentes y herramientas informativas que le ayuden en su decisión de construir su pretensión fiscal o por el contrario el archivo de las actuaciones.

Estas consideraciones van en el sentido de reconocer que su discusión esencialmente técnica (pero con apreciables variaciones en lo operativo) no será objeto de un re análisis sino de su ponderación para establecer como ello incide en los distintos componentes del ilícito penal investigado y del conocimiento de realización de la conducta delictiva como del dolo requerido y del que mostraron ausentemente los imputados. No es menor dejar constancia nuevamente, que los aspectos fácticos jurídicos del delito investigado “no resulta controvertido” por los denunciados. Es más. Reafirman las razones por las que conformaron el acuerdo, se promulgaron los Decretos Nos. 114 y 115/21 y se obtuvieron los asesoramientos peticionados. De modo que, aceptados y confesados los hechos imputados, solo resta establecer si existió el dolo requerido por el delito de abuso innominado de funciones.

MONOPOLIO O PREFERENCIA EN LA OPERATIVA PORTUARIA

25. Ha quedado demostrado que la Ley No. 16.246 (Ley de Puertos) definió un cambio en el modelo de gestión portuaria y consagró la libertad en materia de su

desarrollo, poniendo fin al monopolio legal que existía en favor del Estado ANP. Fue destacado también por los diversos jurisconsultos la diferencia entre el monopolio legal cuya creación de acuerdo a la Constitución de la República es de resorte legal y el monopolio de hecho como manifestación de monopolios naturales para algunos autores, que podría generarse ante ciertas situaciones de rango económico y financiero cuya función esencial en materia operativa, pudiera generarse cuando determinada actividad por su relevancia, solo pudiera llevarse a cabo por un oferente y en los hechos fuera difícil el establecimiento de otro competidor, conformándose así una suerte de monopolio comercial que no alteraría la normativa legal.

26. Esto por supuesto, ofreció discusión jurídica y de distintas posturas entre los denunciantes y denunciados; centrada en qué; en la medida en que ello imponía ilegalmente una actividad monopólica en franca contradicción contra la Constitución, la ley de puertos y leyes posteriores, afectaba no solo disposiciones de carácter supralegal, sino también aquellas que regulan el régimen de libre competencia. La aplicación del art. 72 del Decreto No. 183/1994 para algunos consultantes derogado tácitamente por normas posteriores de mayor jerarquía (Ley No. 17.243 y Decreto No. 137/001) y para otros aún vigente en la medida en que establecía hipótesis diversas (incluso por consultantes propuestos por denunciante y denunciados a los que citó la fiscalía por sus asesoramientos en las actuaciones administrativas) vino a establecer un verdadero monopolio de hecho para una terminal especializada de contenedores (TCP SA) en clara contradicción con dichas normas; y en tanto en la postura opuesta, solo fue un cambio en el régimen de preferencia que no implicaba un monopolio sino un cambio en el régimen de atraque de buques debiendo preferirse la terminal especializada en dicha operativa al efecto.

La **discusión del punto en términos penales** -en los que nos queremos centrar- es absolutamente trascendente puesto que una divergencia jurídica en dicha temática que fue objeto de uno de los puntos acordados y por ende en el contexto de la eventual arbitrariedad cometida, debía ser discutida para conocer si los denunciados actuaban a conciencia de saber que estaban violentando un régimen jurídico operativo; que no ofreciera dos lecturas adversas a su respecto. Los

consultantes en una y otra posición, no se encargaron de desacreditar a la otra; sino antes bien de brindar su posición jurídica a la fiscalía, de las razones que sostenían para llegar a una conclusión dogmática, diversa a la de otros distinguidos consultantes. Unos y otros brindaron información al suscrito que solo le ha servido - nada más y nada menos- que para entender la discusión del punto y que allende las resultancias, administrativas, jurisdiccionales o políticas; deben en esta esfera ser consideradas para saber si los imputados cometieron el presunto delito que se les imputa.

LA LIBRE COMPETENCIA

27. Al modificarse las condiciones operativas iniciales de la concesión por las que, por medio del acuerdo celebrado, KNG pasa a tener una posición preferente en referencia al tratamiento de contenedores y con ello modificando el régimen de atraque de buques que solicitan muelle para carga y descarga; en que solo se puede dar intervención a los otros operadores portuarios debidamente autorizados para dicha operativa (dos años continuos con la terminal superada en su capacidad de contenedores por sobre el 85%) en el área de muelles públicos en forma residual; aparece alterada la “libre competencia” consagrada no solo por la Ley de Puertos, sino ulteriormente por la Ley No. 17.243 en su artículo 20 cuyo literal D es regulado por el art. 3.5 del Decreto No. 137/001 donde no solo se impide toda restricción a la operativa en los muelles públicos que deberían seguir operando como hasta el momento, sino a su tiempo, asegurar las reglas que rigen la libre competencia en la materia.

28. Nuevamente en el punto, consultantes de una y otra parte; establecieron con respectivas razones ajustadas a derecho, en considerar si existía o no una violación a la libre competencia, ya que en tanto en el régimen anterior era el Capitán de Puerto el que asignaba muelle, respetando incluso los contratos vigentes que las Navieras a través de sus Armadores ya habían acordado, por ejemplo en el caso con M SA (mostrando así el perjuicio de tener que rescindir contratos vigentes que habían celebrado con las mismas); otros autores explicaron que el Decreto No.

183/94 (vigente para unos y derogado para otros) solo establecía un sistema preferencial, no monopolístico, que tampoco alteraba las reglas de la libre competencia, en tanto no existía paridad entre una y otra empresa. En tanto M SA, tenía permisos o autorizaciones renovables periódicamente ⁹, para actuar en una terminal polivalente situada en los muelles públicos en diversas operaciones portuarias en las que contaban con la debida autorización de la ANP - una de ellas: depósito o almacenamiento de contenedores - KNG gozaba de un régimen de concesión para intervenir en operaciones con carga y descarga de contenedores, desde el ámbito de una terminal especializada en la que operaba TCP (TCP SA) desde muelle privado; donde el Grupo KN (en la que su accionista mayor N SA) disponía del 80% del capital accionario y la ANP (del 20%) y actuaba a través de un Directorio conformado por 6 integrantes, 2 por la ANP y 4 por el GKN.

29. La Ley No. 17.243 del año 2000 que previó el llamado para la instalación de una terminal de contenedores y autorizaba a la ANP a participar en sociedades con capitales privados para la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo, fijo un plazo de 30 años para el uso de las instalaciones y entre otras condiciones en su literal D expuso que se asegurará la prestación de servicios en igualdad de condiciones a todos los que los soliciten, no comprometiendo restricciones para operar en otros sectores del Puerto de Montevideo.

De este modo, el acuerdo celebrado por los imputados representando al PE y obrando en nombre del Estado Uruguayo, violó flagrantemente *-para unos-* a través del acuerdo, las reglas de la libre competencia, ejerciendo con ello un acto por fuera del poder funcional trasuntando la arbitrariedad de ello, en tanto *-para otros-* actuó la ley al restablecer el régimen normativo que entendieron desde el Gobierno, mal aplicado por la administración anterior y en régimen del Dec 183/94 que juzgaron no solo vigente sino además en concordancia con las disposiciones constitucionales y legales superiores; concedieron la preferencia a un concesionario con obligaciones

⁹ Al respecto la Resolución de ANP que se agregara en las actuaciones en licitación pública para la “Concesión y explotación de un área aproximada de 8840 m2 en régimen de puerto libre en el Puerto de Montevideo” por Res 612/3948 de fecha 24.09.18 se otorgó a M SA por el plazo de 10 años. Se agregó también por la ANP (Carta de Servicio 3694/22 de 7.06.22) información sobre todos los permisos otorgados a dicha empresa de diversas áreas entre los años 2001 a 2009 y desde los años 2016 a 2021 siendo todos permisos para depósitos a excepción de la concesión de área abierta referida más arriba.

para con el Estado distintas a las de otros operadores (permisarios, autorizados, etc) sin violentar la Ley 17.243 que las obligaciones que establece son las que refieren a las partes integrantes de la sociedad mixta creada TCP, esto es el GKN y la ANP, teniendo la obligación de prestar servicios en igualdad de condiciones a todos los usuarios (navieras marítimas/armadores) que solicitaren el uso en la terminal especializada, sin establecerles límites para que pudieran los mismos operar en otros sectores del Puerto.

30. De modo que, en este punto, la discusión jurídica está centrada en la libre competencia que ha de existir entre el usuario de un muelle público y el de un muelle privado para unos; en tanto la libre competencia que ha de darse, pero solo en los operadores que actuaren en los muelles públicos para otros. Ello por cuanto para algunos expositores que declararon, la libre competencia que protege la Constitución, no es la de quienes se encuentran en diversas posiciones (desiguales) sino en una competencia justa que pasa por regular la intervención entre actores que ocupan una misma posición.

En tal sentido se entiende que no existe libre competencia, entre un permisario M SA y un concesionario KNG por el régimen de obligaciones que contrae, por el monto de capital que debe invertir, por el que deja en inversión para el Estado, por el tiempo de concesión para el retorno de las inversiones realizadas y las que se proyectan. Esta postura determina el cambio de reglas operativas que se origina desde el “Acuerdo” centrando el tratamiento conforme a derecho y por otro; la violación al régimen implementado que motiva la denuncia incoada.

31. Nuevamente estamos ante un punto de quiebre donde el análisis normativo establece dos niveles de interpretación que compartibles o no; gozan de la seriedad suficiente como para centrar la discusión, no tanto en la resolución sobre la preferencia por una u otra postura que podemos tener; sino en como incide en el “dolo del tipo” por cuanto conocimiento de realizar o no hecho no solo con connotaciones delictivas, sino con claro discernimiento de que se lo está cometiendo. Véase incluso que como se comentó, del expediente agregado en esta instrucción, que se formara ante la Comisión de Promoción y Protección de la Competencia; se incorporaron consultas en uno y otro sentido, con la precisión de

que dicha Comisión culminó apartándose del informe de los asesores que observaron una clara violación a las reglas de la libre competencia y debía intimarse a la ANP al restablecimiento de ello, en tanto los integrantes de la Comisión, tan luego de un informe del Fiscal de Gobierno de 1 Turno Dr. B., que acentuó el tema sobre aspectos que hacen a la política del poder ejecutivo y a las potestades que le invisten, recomendando la adopción de medidas tendientes a tener en cuenta la normativa sobre dicha temática ¹⁰.

Sobre este concepto de *libre competencia*, resulta interesante las apreciaciones que hiciera en su momento, el **Tribunal de Apelaciones en lo Civil** ¹¹: "...la solución del caso debe buscarse desde la perspectiva del principio de defensa de la libre competencia en el mercado de bienes y servicios. La teoría económica enseña que la competencia promueve que los agentes económicos se esfuercen por ser más eficaces y eficientes de modo que, en un régimen de libertad, los consumidores dispongan de mayor número de bienes y servicios al menor precio posible. En efecto, la competencia estimula a las empresas para organizar sus recursos en forma eficiente y para la búsqueda constante de la calidad y la innovación, todo lo cual redundará en beneficio para el consumidor (Martinez Blanco, Camilo Manuel básico de Derecho de la competencia, Montevideo, FCU 2007 p. 47)..... A veces, en algún sector del mercado existe un proveedor único o ampliamente dominante, generándose una especie de "monopolio de hecho" que solo es temporal, hasta la aparición de algún nuevo competidor que, invariablemente, es visto como una amenaza. VII..... la autorización conferida por la Administración Nacional de Puertos a N SA como operadora portuaria en los muelles públicos no puede considerarse ilícita. No cabe duda de que irrumpe en una situación de hecho en que M SA formada a partir de varias sociedades operadoras portuarias era el operador

¹⁰ Dijo el Prof Gonzalo D. Fernandez en consulta inédita: "63. Si lo que está en cuestión es la conveniencia o no del gasto, queda claro que no se enfrenta un supuesto de ilegalidad, una transgresión normativa tachable como abusiva, pues el modo de ejecución del tipo penal, que reclama el abuso del cargo como referencia modal de la conducta reprimida, implica inexcusablemente la ausencia de competencia funcional para disponer el acto administrativo, o bien la ausencia lisa y llana de permiso para ejecutarla... el mínimum que exige el art. 162 CP, a través de la referencia modal del tipo, es que el agente incurra en una ilegalidad; vale decir, que disponga o ejecute un acto antijurídico; pues sin infracción al marco legal, no puede existir un abuso punible. 65. Por otra parte, tampoco se trata de un acto inmotivado, ajeno al fin del servicio sino de un acto destinado a una finalidad propia del órgano público, que en modo alguno cabe calificar como arbitrario, por cuanto la arbitrariedad significa igualmente ilegalidad penal, desde que el fin espúreo que preside el acto, su carácter inmotivado, determina que sea enteramente ajeno a las necesidades del servicio"

¹¹ En sentencia TAC 1° CED 0003-001040/2013 autos caratulados: "M SA c/TCP SA y Otros -DAÑOS Y PERJUICIOS RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO PE 145/13 IUE: 0033-000701/2002-"

más fuerte en ese ámbito y la recién llegada se perfila como una competidora aún más fuerte, porque goza de una ventaja objetiva, que es ser la accionista mayoritaria de TCP que le asegura el control de la única terminal de contenedores actualmente existente... Lo que ocurre con cierta frecuencia es que la formación de grupos económicos y las acciones concertadas que esa circunstancia les permite desarrollar, se transforman en ventajas frente a sus competidores. Tales ventajas no son necesariamente ilícitas, ni siquiera si le llevaran a ocupar una posición dominante en ese mercado... solo hay ilicitud cuando quien tiene una posición dominante abusa de su poder de mercado para perjudicar la libre competencia, incurriendo en lo que se ha dado en llamar “prácticas abusivas” como las descritas por la Ley No. 17.243 vigente a la fecha de la demanda (art. 14)... hay conducta abusiva cuando el grupo o la empresa dominante, actuando sin la justificación de un interés objetivo, explota o perjudica gravemente a las otras empresas que operan en el mismo mercado o a los consumidores, cuando se comportan en el mercado de forma de obtener ventajas anormales en relación a las que lograrían en caso de sufrir la presión de la concurrencia (Braun, Gleiss y Hirsch, citados por Mercant)... la apelante plantea... que con el apoyo de la administración portuaria, el grupo KN realiza competencia prohibida porque, como TCP no está autorizada a operar en los muelles públicos, se le permite que lo haga a través de N SA. El argumento está equivocado porque ni KN S P Terminals, ni N tienen prohibición de actuar fuera de la terminal de contenedores, sino que esa limitación existe sólo para TCP... el Tribunal entiende que existen razones que impiden a esa sociedad ser habilitada para operar fuera de la terminal de contenedores de la que es concesionaria, tal como surge de la excelente consulta del Prof. C.. La decisión de la ANP al respecto puede no haber sido feliz porque introdujo en la competencia un operador que ya tenía fuerte peso en el mercado por el hecho de ser socia mayoritaria en TCP concesionaria de la única terminal de contenedores del puerto. Sin embargo, se trata de cuestiones de oportunidad y conveniencia, aspectos que corresponde valorar a la administración, mientras no se violente ninguna prohibición legal. (el destacado me pertenece) Tal prohibición legal no existe ni la autorización concedida se perfila, por si sola, como lesiva del principio de libre competencia. Al contrario,

introducir un competidor más en el mercado, mejora la oferta de servicios portuarios que es el objetivo primordial de la Ley de Puertos No. 16.246... M SA imputa a las codemandadas concurrencia desleal, alegando el uso de medios ilícitos para atraer clientela... y la hecho de que un cliente fuerte como M haya desistido unilateralmente del contrato que lo vinculaba con ella por tres años, por considerar más ventajosa la oferta que ofrece el grupo demandado. ... también sostiene que el grupo KN presiona a la ANP para obtener ventajas que la perjudican y, como tal, alude al fracaso de su solicitud para instalar una grúa pórtico en los muelles 8 y 9... A juicio de la Sala, el sólo hecho de hacer una oferta consolidada que pueda resultar más atractiva para los clientes, porque ofrece servicios dentro y fuera de la terminal de contenedores, no configura una práctica que distorsiona la libertad del mercado de modo lesivo para el interés general (...) Resta considerar el argumento de que el grupo económico demandado habrá ejercido y continuaría ejerciendo presión indebida sobre ANP y las autoridades públicas, como resultado de las cuales no se obtuvo la autorización para instalar una “grúa pórtico” entre los muelles 8 y 9 ni se aprueba una segunda terminal de contenedores, anticipando una futura derrota de la actora en la eventual licitación. En primer lugar, el Tribunal comprende la conveniencia de contar con tal “grúa pórtico” en los muelles públicos y deplora que la codemandada ANP que hace largo tiempo retiró por mal funcionamiento la existente, que era de su propiedad, no la haya sustituido como modo de facilitar la operativa portuaria en los muelles públicos. Parece clara la ventaja operativa que se deriva de contar con una grúa de esas características y es claro el hecho de que N SA accede al uso de la que existe en la terminal de contenedores, en tanto los demás operadores no pueden hacerlo. Esa desventaja puede alterar las condiciones de la competencia y es responsabilidad de la ANP evitarlo. Sin embargo, no puede inferirse que ello responda a un propósito deliberado de perjudicar la competencia ni que se deba a presión ejercida por el grupo KN sobre las autoridades portuarias.... Se trata de una decisión relevante de política aduanera y que no se haya decidido en el sentido a que aspira la actora no puede ser interpretado como indicio bastante de concurrencia desleal o de desviación de poder ...”

32. Como se aprecia, estas consideraciones sobre el concepto de libre competencia, competencia desleal, ejercicio abusivo o ilícito de la competencia, son aspectos que más allá de las expresiones técnicas que puedan extraerse de los mismos, lo que se pone de manifiesto en este ámbito penal y para *este fiscal que debe decidir con la independencia técnica y objetividad que impone la Ley Orgánica de la FGN* (No. 19.483 arts. 5 y 10) en cuanto a *propender la aplicación justa de la ley y al ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado*; es si tales cuestiones jurídicas que reposan sobre aspectos de hecho que no han sido controvertidas, constituyen o no un ilícito penal, allende las consecuencias que pudieran sobrevenir en otros ámbitos.

CONSECUENCIA SOBRE EL REGIMEN TARIFARIO. LA REGLA O ACCION DE ORO

33. Más técnico aún y en el marco comparativo de análisis que ofreció el Economista propuesto por los coadyuvantes M. B. llegó a la conclusión que en lo referido a precios y tarifas el contratista cobrará libremente por los servicios que preste a los usuarios (armadores, cargadores y consignatarios de la mercadería) según la estructura de precios y valores máximos establecidos en el Anexo G. Es así en su parecer que el contratista podrá prestar todos los demás servicios necesarios en el marco de las previsiones de este régimen (numeral 3.3) para la adecuada atención a los contenedores cobrando los mismos a un precio de mercado. Entiende que se elimina así la cláusula del Dec 137/001 por la que se requería autorización de la ANP y del PE para que la terminal pueda cobrar por un nuevo concepto. Ahora TCP podrá crear libremente nuevos precios y cargos sin requerir ninguna autorización ni de la ANP ni del PE. Por lo tanto, lo que el Acuerdo del Estado con KNG crea es un monopolio privado desregulado ya que las cláusulas 8.4 del Acuerdo y 4.13 del nuevo régimen de Gestión impiden que el Estado pueda regular los precios que cobre TCP.

También fue expresado que el Estado renunciaba a la acción de oro que implicaba contar con los votos de los Directores de la ANP en el Directorio de TCP donde si

bien se dice que se debe contar con la autorización del Estado a través de la ANP para realizar capitalizaciones, cuando sean de infraestructura podrían obviarse y generarse la apertura de recapitalizaciones a cargo del accionista mayoritario KNG donde culminarían licuándose en el capital mayor la participación de ANP, reduciéndose porcentualmente su 20% de integración en TCP. Clausula que le quita control y poder al Estado para liberarlo en un socio mayoritario accionista que velará no por los intereses del Estado sino por sus particulares.

34. Este aspecto fue relativizado también con alto rigor técnico, que excede mi absoluta inexperticia en materia de economía de mercados, pero que si fue establecido a través de su estudio; que no comparten muchas de las conclusiones de los economistas presentados por los denunciantes, como de éstos sobre aquéllos, aunque reconociendo que debe fortalecerse el sistema de un órgano de contralor en la nueva gestión propuesta desde el Acuerdo, agregando también que desde el punto de vista de la economía, no está claramente comprobado que la existencia de un dúopolio sea mas beneficioso que un monopolio comercial; ni que la existencia comercial de éste, se traduzca en el incremento incontrolado de precios de tarifas para las diversas operaciones portuarias, particularmente en materia de contenedores. Se agregaron también informes técnicos con suficiente valía por ambas partes.

Indudablemente que también en este tópico analítico ha quedado de manifiesto que según sea la visión y postura técnico económica que se adopte, puede establecerse el claro perjuicio para la Administración y los particulares; o por el contrario, no es posible establecer con rigor científico que la celebración del Acuerdo haya conllevado inhesitablemente un perjuicio comercial a los intereses del Estado. Debería estarse al mediano y largo plazo y ver el desarrollo muy cambiante por cierto de las condicionantes que hacen a la estructura portuaria y los cambios en las reglas comerciales internacionales.

PRORROGA DE LA CONCESION

35. No estuvo ausente el tratamiento de este punto como objeto del Acuerdo y aspecto vinculado al obrar arbitrario de las autoridades firmantes que resolvieron la extensión de la concesión por 50 años a partir del vencimiento de los 30 años ya acordados, según lo resuelto en Decreto No. 114/21 que hace suyo los términos que fueran acordados por las partes. De esta forma se extiende hasta el año 2081 la primigenia concesión. En este punto y más allá de todo lo apuntado al respecto jurídicamente que sin escapar a las reglas sobre el punto, motivó variadas posiciones por los jurisconsultos que vertieron su opinión en la FGN, fue cuestionado no solo la vigencia del plazo, su flagrante ilegalidad, la falta de fundamento y el compromiso por 60 años más a los que quedaría sujeto el Estado sin poder realizar modificaciones, auto posicionándose como rehén de una multinacional y comprometiendo una de las fuentes más importantes para el país como lo es el Puerto de Montevideo.

36. Por supuesto que ello fue controvertido por la Defensa, disponiendo en su favor, también de consultantes que afirmaron que no solo ya existían concesiones en el mundo y particularmente en nuestro país en las que gobiernos anteriores habían realizado la misma acción de extensión, sino que la reglamentación normativa no impedía extenderla, teniendo presente el carácter y monto de las inversiones que el concesionario asumía, el tiempo de su implementación, la amortización y devolución del capital invertido, con obligaciones también asumidas por este. La consulta formulada por el Dr. A. A. G. que goza de mucha valía, si bien concluye en la ilegalidad de la extensión, también expuso que la concesión otorgada a TCP solo podría llegar a prorrogarse -como máximo- por la mitad del plazo original, esto es, por 30 años más (pag 57 de su consulta)

36.1 EL TRIBUNAL DE CUENTAS: En Resolución No. 0910/2022 de fecha 30.03.2022 y por mayoría (en E.E. No. 2021-17-1-0004433 Ent. No. 0166/2022) se expidió sobre el control por dicho Cuerpo, de la Resolución No. 575/4.100 de fecha 15.09.21, por la cual el Directorio de ANP dispuso -supeditado a la intervención previa del TC- la firma de la Modificación del Contrato de Gestión de la Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo, otorgado en junio de 2001 de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 114/021. El órgano colegiado se expidió sobre la “juridicidad

de lo actuado” y no sobre aspectos de oportunidad o conveniencia, ajenos a su actuación. Entiende que se trata de una modificación de un contrato de concesión de obra pública el que fuera suscrito el 12/6/21. Se trata de controlar la regularidad jurídica de las modificaciones aprobadas por la Administración. El Tribunal observa que de acuerdo al art. 122 del Decreto No. 500/991 *“Los decretos pueden dictarse en un expediente como consecuencia y culminación de su trámite, o pueden dictarse sin que existan antecedentes que posean la forma de expediente”* por lo que establece que no existe un trámite administrativo y que la legitimidad del dictado de Decretos no se ve alterada porque los antecedentes al mismo no posean la forma de expediente.

36.2 En su considerando 16) establece: “...que lo expuesto permite afirmar que el artículo 72 del Decreto 183/94 define que la operación de contenedores debe hacerse en una instalación especializada. En tal sentido, efectuada una interpretación armónica de las normas precitadas, no puede sino concluirse que la “terminal especializada” debe reputarse la instalación especializada y, en el caso concreto, la única Terminal Especializada es la que opera TCP SA por lo que las operaciones de contenedores deben efectuarse en la misma y únicamente pueden operarse con contenedores fuera de ella en forma excepcional..... no se advierte que el nuevo régimen de gestión contravenga lo dispuesto por la Ley de Puertos, ni la Ley de Defensa de la Competencia.... El principio sigue siendo la libre competencia ... En efecto, para que exista libre competencia, las empresas deben estar en una posición de igualdad jurídica Ello se revela en la prestación de los servicios a través del mismo título habilitante (en el caso, concesión) ya que de lo contrario no estarán en igualdad de condiciones para competir (vide Considerando 21) ...” Cuestionó la gestión de la ANP en el otorgamiento de espacios de dominio público desvirtuando la existencia de una tarifa y contraviniendo lo dispuesto por la Ley de Puertos (Considerando 25) y entendió que la prórroga de la concesión por el término de 50 años resulta ajustada a derecho (Considerandos 28 y 29) y en cuanto al asesoramiento por parte de la ANP, desde el punto de vista material, los asesoramientos existieron y fueron previos al dictado del acto administrativo que dispuso la prórroga de la concesión.

No obstante lo expuesto, su comunicación al PE fue dispuesta por el Presidente del Directorio de dicha Administración, cuando debió haberse emitido por el Órgano a través del cual se manifiesta la voluntad de la ANP cual es el Directorio de la misma. Ese asesoramiento no puede considerarse como manifestación de voluntad orgánica de la Administración, por lo que si bien “Basicamente el asesoramiento existió... no se manifestó a través de la voluntad orgánica de la ANP” ¹² (vide Considerando 33) Resulta objetable para el TC conforme lo dispuesto por el art. 10 de la Ley 16.246. Ello sin perjuicio, de que, con posterioridad, la modificación contractual que incluye la prórroga del plazo fue aprobada por el respectivo Directorio de la ANP.

36.3 Corresponde también destacar que el TC se pronuncia por mayoría simple ya que por fundamentos diversos; *votaron discordes los Ministros Ing M. A., Cr. E. C. y Cra. D. M.. En cuanto la Resolución No. 575/4.100 de la ANP violente diversas normas constitucionales, legales y reglamentarias, de buena administración, motivación, libre concurrencia, etc.* Se cuestiona la legalidad del Acuerdo por falta de fundamentación y motivación entre otros aspectos, no existiendo informes jurídicos ni técnicos para su conformación, así como también la situación de la prórroga de la concesión, frente a las consideraciones de una modificación de contrato inicial.

El suscrito destaca la fina argumentación que han manejado los Sres Ministros del Tribunal de Cuentas en sus distintas posiciones, tanto como la de los discordes, debiendo tener presente un aspecto no menor. Si bien el órgano Tribunal de Cuentas, se pronuncia sin observaciones en general a lo actuado, ello lo fue por una mayoría simple (4 a 3) frente a una postura de los discordes que en general siguieron y se respaldaron en muchos aspectos, en el informe de los asesores técnicos Dres P. y H. de fecha 18.02.22 (Entrada No. 0166/2022) con el que a su vez disintió la Dra B. del Dpto de Contrataciones II de fecha 7.03.22; Ministros que sugirieron la incorporación a la Resolución del TC de otros considerandos que quedaron en el ámbito de la discordia.

¹² En ese sentido sigue la postura que entendemos más ajustada a la Teoría del Órgano, recogiendo la opinión de los consultantes Dres R., G. P. y G..

Sin embargo, el análisis efectuado tanto por los asesores jurídicos, cuanto por los Ministros disidentes y por los votantes en mayoría; colocan la situación a resolver “penalmente” en un contexto de suficiente complejidad técnico-jurídica como para entender la dificultad de comprensión de la ilicitud de los aspectos que hacen al tipo de injusto que se persigue en la presente.

37. En efecto, el punto como los demás, ofrece la suficiente dificultad de análisis técnico, como para permitir la argumentación en uno y otro sentido, fundamentando así las razones compartibles o no *-juzgables o no por otras vías-* para concluir que son lo suficientemente opinables como para relativizar el conocimiento de la ilicitud de la conducta que se estaba llevando a cabo. De hecho, se compartió o no; las manifestaciones que las autoridades hicieron en el Parlamento en sus diversas comparecencias, dieron cuenta de las razones por las que procedieron a la celebración del Acuerdo y pese a que pudiera advertirse algunas contradicciones en sus exposiciones ante las preguntas formuladas por los Senadores especialmente de la oposición de gobierno, parece quedar algo claro que, insinadamente en algunas ocasiones pudieran haber mostrado cierta reticencia de información.

Cuando menos, en la forma y tiempo en que la información que les era demandada; y cuando fue aportada a sus requirentes (*incluso debiéndose acudir al acceso de información pública por parte de los denunciantes*). Ello también puede obedecer a estrategias que bien exceden el ámbito de estudio y en las que no nos corresponde ingresar ya que son parte del escenario político en que rigen otras reglas de actuación que evaden la materia de análisis en la que nos encontramos; y cuya legitimidad en que se desempeñan los gobernantes; no se encuentra cuestionada en absoluto. Pero lo cierto es que en cada uno de los temas en que los denunciados acudieron a la Comisión de Transporte; no solo actuaron bajo convicción de haber llevado a cabo una política de gobierno en materia de Puertos, evitando tener que acudir ante un Tribunal arbitral; sino que ratificaron su obrar en aquella instancia y aún en su declaración en la fiscalía, casi con un abrazado orgullo de gestión bien lograda. Estos elementos por supuesto que afectan el dolo de ilicitud penal y aún el de conocimiento de obrar con intención de abusar arbitrariamente de los poderes públicos que les habían sido conferidos en el ámbito de sus respectivas jerarquías.

EL ASESORAMIENTO BRINDADO POR EL DR. C.

38. No escapa este aspecto a las finas consideraciones técnicas que se realizaron por los distintos consultantes y que con sus diversas posturas han determinado una relativización al tema del asesoramiento. El denunciado Dr. C. en su carácter de Presidente de la ANP y parte firmante del Acuerdo de fecha 25 de Febrero de 2021, no puso en conocimiento del pleno del Directorio, las resultancias que eran objeto de negociación por el Acuerdo entre los que se hallaban aspectos que conforme a la Ley de Puertos No. 16.246, exigía el asesoramiento de la persona jurídica Administración Nacional de Puertos. Lo mismo incluso que para obtener la prórroga de la concesión conforme lo exigía el art. 377 de la Ley No. 19.355.

De hecho, lo que ocurrió es que el asesoramiento lo dio el denunciado C. en tanto acopiaba información que volcaba en las diversas reuniones e incluso firmando una nota junto con la Secretaria General de fecha 13 de abril de 2021 dirigida al Ministro de Transporte y Obras Públicas en el Expte 2021-2-1-0000470, donde lo hace a título personal en su carácter de Presidente del Servicio Descentralizado, pero sin nunca haberlo tratado en Directorio con la Vocal y el Vicepresidente. Incluso reconoce a texto expreso que es la Directorio de la ANP a quien se le ha asignado el cometido de asesorar al PE, posición que es sostenida de la misma forma en Informe jurídico No. 113/21 de fecha 14.04.21 por el propio Dr. A. director de jurídica de la ANP.

39. Aunque compartamos *-como así es-* las posiciones de los juristas que desde la “Teoría del Organo” enseñan que es el Directorio quien expresa la voluntad del Organo ANP y su Presidente, quien representa a dicha Administración conforme al art. 4 de su Reglamento, careciendo de competencia para adoptar decisiones que competen al Directorio como es la de asesorar al Poder Ejecutivo (G. L., A. R. o A. G.); lo cierto es, que otros jurisconsultos cuando menos de la misma jerarquía magistral docente, opinaron otra cosa (G. R., D., D. M., R. y A.) Dijeron así que el principio del informalismo en materia administrativa rige cuando la ley no indica ni el órgano ni la forma del asesoramiento (escrito, verbal encomendado a un

funcionario) debiendo además tenerse presente que regía una confidencialidad que debía ser respetada y obtener este dictamen u opinión como opinaron otros (*incluso el propio Dr. A. en actitud poco comprensible; varió su postura y en tanto informó en el referido expediente que el asesoramiento correspondía ser dado por el Directorio, días después en una nota que se le hiciera llegar, exhibida por el defensor de los denunciados ante la fiscalía y cuya autoría reconoció aunque no luce agregada en actuaciones oficiales alguna; dijo haberse equivocado al verter el dictamen en ese expediente y que al no referirse concretamente a la persona jurídica, podía ser dado por el propio Presidente*) directamente del Presidente; en tanto no conformaba un acto jurídico, no tenía mayor trascendencia y si bien resultaba un informe de carácter preceptivo, no era vinculante al PE sin generar con ello perjuicio alguno. R. expresó que podría tratarse de una desviación del procedimiento, pero por aplicación del principio de la trascendencia de las nulidades, ese vicio en la forma (de no ser obtenido a través de una resolución del Directorio de la ANP) no resultaba trascendente, porque no es un dictamen vinculante. La nulidad es intrascendente en cuanto no hace al fondo y no genera al PE vinculación alguna con la decisión que adopte.

El Dr. D. también dijo que la solución de principio es la concentración funcional y debe manifestarse el órgano jerarca que es el Directorio. Pero cuando existe desconcentración privativa dentro del organismo, cada uno actúa en el ámbito de su especificidad y para un asesoramiento que no es un acto administrativo porque no es una manifestación de voluntad, aunque sí un acto jurídico, si es un dictamen, es una opinión calificada. Son dos cursos de acción diferente, no es el de principio a través del Directorio, de jerarca; y otro puede ser a través de los organismos dependientes del mismo.

40. De nuevo. Comparto en lo personal, la postura de la teoría del órgano tal como fuera expresado por los Dres R., G. L. o G. y me parece claro que el Dr. C. brindó un asesoramiento que podrá ser nulo, inexistente, irregular, pero que, en definitiva, desde el punto de vista objetivo, no reúne las condiciones de un “asesoramiento” en debida forma como es reclamado tanto por la ley de puertos como por la ley 19.355 de extensión de la prórroga.

Pero esto: *¿resulta suficiente para sostener que C. abusó del cargo y cometió un acto arbitrario en sentido penal?* Considero que la respuesta es negativa.

Como ya lo he sostenido antes de ahora, el accionar intencional del agente ha de ser relacionado con el tipo penal, remitiéndome a todo lo dicho en el capítulo del “dolo”. La arbitrariedad que caracteriza al acto cometido por C., tanto como el requerido por el PE representado por el denunciado H. o en nombre de la Presidencia a través del Prosecretario F.; debe ser analizado en el contexto en que ello se verificó, que era la celebración de un Acuerdo que se regía por la confidencialidad. Además, esta lo que dijera el Tribunal de Cuentas en referencia al asesoramiento, cuando su mayoría (quienes en definitiva posicionan la voluntad en mayoría del Tribunal) referente a que, si bien básicamente el asesoramiento existió, no fue dado formalmente con los requerimientos legales exigidos y de acuerdo a como tenía que haber sido dado por el Directorio de la ANP. Por otra parte, si el PE hubiere observado que el asesoramiento provenía sin observarse las formas, debió haberlo devuelto para tratamiento del Directorio en pleno y no ratificarlo con su aceptación tácita.

En referencia al aspecto de la confidencialidad, nos conducirá al desarrollo del siguiente punto.

CONFIDENCIALIDAD EN LA CONFORMACION DEL “ACUERDO”

41. Creo necesario contextualizar el ámbito en que fue realizado el cuestionado Acuerdo, porque es la base fáctico-delictiva en que desplegaron su actuar los denunciados. El mismo se pone en marcha; en el marco de la denominada “consultas amistosas” que dispone el Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa en materia de Promoción y Protección de Inversiones Recíprocas y su Protocolo - Aprobado por el Artículo Único de la Ley No. 16.856 de fecha 3.09.1997; actuando como Partes; los Gobiernos de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno del Reino de Bélgica. Su artículo 11 establece: 1. Todo diferendo relativo a las Inversiones, entre un inversor de una de las Partes contratantes y la otra Parte contratante, será objeto de

una notificación escrita, acompañada de un Memorandum suficientemente detallado, realizado por la Parte más diligente. En la medida de lo posible, este **diferendo será resuelto por consultas amistosas entre las Partes involucradas en el diferendo.**

2. En ausencia de **solución amistosa por medio de un arreglo directo entre las Partes involucradas en el diferendo** dentro de los seis meses a partir de su notificación, el diferendo podrá ser sometido, a pedido de una de las Partes, a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (los destacados me pertenecen)

42. De manera que las Partes que intervienen en el acuerdo son los respectivos Gobiernos, cuyo diferendo es resuelto mediante consultas amistosas “entre las partes involucradas” que en el caso lo conforman, un particular que es un inversor de uno de los países que conforman el Acuerdo, con el Gobierno del otro Estado en el cual se han realizado las inversiones objeto de diferendo.

Las consultas amistosas entre el inversor de un Estado Parte y el Gobierno del Estado del lugar donde se realizan las inversiones; permiten llegar a una eventual solución del diferendo que se instrumenta o se lleva a cabo mediante un “arreglo directo” entre las partes involucradas.

43. Conviene al caso por su importancia transcribir lo que fuera dicho por Uruguay XXI y la Asesoría Política Comercial del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)

¿Qué es una inversión?

La inversión extranjera directa (IED) es un impulso clave de la integración económica internacional. Con un marco político adecuado, la IED puede ofrecer estabilidad financiera, fomentar el desarrollo económico y mejorar el bienestar de las sociedades.

Constituye un medio para establecer vínculos directos, estables y de larga duración entre economías. Con un entorno político adecuado, puede servir como vehículo importante para el desarrollo de la empresa local, y ayudar también a mejorar la competitividad tanto de la economía que los recibe ("receptora") como de la que los invierte ("inversora")

¿Qué es un Acuerdo Internacional de Inversión?

Los Acuerdos de Inversiones tienen como objetivo reforzar las condiciones favorables para incrementar las inversiones entre las partes, garantizando cierto estándar de tratamiento para los inversores externos. Los mismos, protegen en el plano del derecho internacional las inversiones realizadas entre las partes del acuerdo y de este modo proporcionan un ambiente estable y favorable para la inversión.

En otras palabras, mediante estos tratados se establecen reglas de juego claras y previsibles para los inversionistas extranjeros brindando protección, claridad, previsibilidad y seguridad mutua en el tratamiento de las inversiones. Este tipo de acuerdo establece los estándares de protección otorgados a los inversores extranjeros a los efectos de incentivar su instalación en el país.

¿Los acuerdos internacionales de inversión benefician a la industria nacional y a las empresas locales, porque facilitan y promueven la entrada de capitales provenientes del exterior?

La IED es un complemento de la inversión doméstica, tanto pública como privada, que permite incrementar el stock de capital del país. Con la llegada de cada vez más y mejor inversión extranjera al país, se promueve la competitividad en el mercado nacional repercutiendo favorablemente en el consumidor, quien tendrá acceso a productos y servicios de mejor calidad y precio. Por esta razón, se concluye que los acuerdos internacionales de inversión no perjudican la industria nacional y las empresas locales sino que por el contrario, promueven el desarrollo económico a través de la competitividad y apertura de mercados.

¿Qué tipos de Acuerdos Internacionales de Inversión existen?

A grandes rasgos se pueden distinguir dos grandes tipologías: los acuerdos de protección y los acuerdos de liberalización.

- *Acuerdos de protección*

Los acuerdos internacionales de inversión tratan de promover la IED contribuyendo a crear un entorno jurídico estable y favorable para la inversión. Se basan en el supuesto de que disponer de unas normas claras y viables para proteger a los inversores extranjeros reduce los riesgos políticos y, por lo tanto, aumenta el atractivo de los países receptores. Además, al dar a los inversores extranjeros

acceso a mecanismos internacionales de arbitraje, los gobiernos de los países receptores contraen el firme compromiso de cumplir sus obligaciones, lo que debería también redundar en una mayor confianza por parte de los inversores. Aunque en el mundo de hoy el riesgo de expropiación directa es relativamente bajo, el riesgo de expropiación encubierta o indirecta no ha desaparecido y puede revestir diversas formas, como el impago al inversor, la cancelación por el gobierno del país receptor de las autorizaciones para la inversión, o la denegación del acceso a la justicia. Los AI se ocupan de esta cuestión obligando a los países receptores a pagar una indemnización si, como resultado de una actuación de esa índole por parte del gobierno, el inversor extranjero sufre una expropiación de facto

- *Acuerdos de liberalización*

La mayoría de los AI, en particular la mayor parte de los TBI, incluidos los concertados recientemente, se limitan a proteger las inversiones establecidas y no abarcan compromisos de liberalización en relación con la IED. Sin embargo, algunos países también incluyen en sus acuerdos la fase previa al establecimiento, por ejemplo, se aplican a la entrada de inversiones extranjeras tanto los principios del trato de la nación más favorecida (NMF) como los del trato nacional. Además, liberalizan las operaciones de los inversores extranjeros suprimiendo o suavizando algunas restricciones al empleo de personal expatriado o prohibiendo diversos requisitos específicos en materia de resultados.

Por lo que se refiere al posible efecto de los AI en la liberalización de la inversión, es preciso distinguir entre los acuerdos que "solamente" confirman y aseguran el grado de apertura ya existente para la inversión extranjera, y los que generan realmente una mayor liberalización. La liberalización de la IED derivada de los AI afecta principalmente a los recursos naturales y los servicios.

- *Transparencia, previsibilidad y estabilidad*

A medida que la legislación y las normas de los países receptores se vuelven más propicias para los inversores extranjeros y convergen en aspectos clave, esos inversores otorgan cada vez más importancia a características como la coherencia normativa, la transparencia, la previsibilidad y la estabilidad. Por lo general, los inversores extranjeros tienen que tratar con diversos organismos del país receptor

mientras dura su inversión —desde el momento de la entrada y el establecimiento y en todas sus operaciones hasta la eventual terminación del proyecto de IED. Por consiguiente, es importante que esos organismos actúen de manera coherente y previsible.

La transparencia significa que se conocen las intenciones de los países receptores con respecto a la IED y que esas intenciones se exponen con claridad en las leyes y reglamentos. Además, en la medida en que la IED ofrece inversiones a largo plazo, los inversores extranjeros también esperan cierto grado de previsibilidad y estabilidad en las políticas del país receptor en materia de IED, es decir, saber que no se van a producir cambios repentinos en los parámetros normativos que repercutan negativamente o incluso den al traste con los planes empresariales existentes.

Es preciso señalar que la *coherencia, la transparencia, la previsibilidad y la estabilidad* no entrañan ningún grado de apertura del país receptor hacia la IED ni la existencia de unas políticas uniformes de promoción de ese tipo de inversión en todos los sectores. Tampoco implican ninguna restricción en relación con las opciones de política de los países receptores. Si un país receptor desea mantener a los inversores extranjeros fuera de determinados sectores puede hacerlo, pero de manera clara y transparente.

¿Cuál es la diferencia entre un acuerdo modelo post –establecimiento y uno modelo pre – establecimiento?

En los acuerdos modelo post-establecimiento la protección de la inversión se otorga una vez la inversión ha sido instalada en el territorio del país receptor de la inversión. Bajo un acuerdo modelo post-establecimiento, para instalar una inversión en el territorio del país receptor, el inversionista extranjero deberá cumplir con las condiciones y requerimientos que se establezcan en el territorio del país receptor para el establecimiento, bien sea que se trate de requerimientos de carácter general o para determinados sectores. En otras palabras, mediante un acuerdo post-establecimiento no se otorga al inversionista extranjero cubierto por el tratado, ventajas respecto del acceso de la inversión al país sino que, en lo que respecta al acceso debe ajustarse al ordenamiento jurídico de dicho país como cualquier otro

inversionista. Ahora bien, una vez instalada la inversión, el inversionista extranjero tiene la ventaja de estar protegido en adelante por los compromisos establecidos en el tratado.

En los acuerdos modelo pre-establecimiento la protección se extiende al inversionista incluso desde antes de instalar la inversión en el territorio del país receptor. Se trata de una protección más profunda que la que se otorga mediante un modelo post-establecimiento. La protección pre-establecimiento únicamente cubre desde el momento mismo en que el inversionista ha adoptado pasos o acciones concretas para establecer la inversión en el otro territorio tales como la obtención de financiamiento o la solicitud en debida forma de licencias o autorizaciones que se requieran en el país receptor de la inversión.

Por esta razón, en los acuerdos bajo un modelo pre-establecimiento es necesario incorporar disciplinas tales como medidas disconformes y requisitos de desempeño, pues la cobertura del tratado va desde antes del acceso de la inversión al mercado del país receptor.

Uruguay tiene actualmente 30 acuerdos vigentes de Promoción y Protección de Inversiones con 31 países (lista que incluye tanto de promoción y protección como de liberalización). Cinco de estos acuerdos (Canadá, Chile, Japón, México y Estados Unidos) incluyen pre-establecimiento, mientras que los restantes son acuerdos de post-establecimiento, razón por la cual no incluyen disposiciones de liberalización.

¿Con qué países tenemos acuerdos internacionales de inversión?

Uruguay cuenta con 30 Acuerdos de Inversión vigentes con 31 países y tiene otros dos acuerdos firmados aún no vigentes (con India e intra-MERCOSUR - Acuerdo vigente entre Uruguay y Brasil, la vigencia de este acuerdo es bilateral). Con la única excepción de México, en cuyo caso se trata de un capítulo de inversión en el marco del TLC (Capítulo XIII), los restantes son acuerdos de inversión, la mayoría en formato APPI. Sólo el Capítulo de Inversión del TLC con México, y los BIT's con Estados Unidos, Chile y Japón, incluyen disposiciones sobre "derecho de establecimiento".

¿Qué obligaciones incorporan los acuerdos internacionales de inversión?

Los acuerdos internacionales de inversión contienen cláusulas de tipo sustancial y de tipo procesal.

Las obligaciones de tipo sustancial surgen de estándares establecidos internacionalmente en el marco de un tratamiento específico, justo y favorable para la inversión. En virtud de estas obligaciones los Estados se comprometen a garantizar a los inversionistas del otro Estado y sus inversiones un tratamiento específico, justo y favorable para la inversión. Dentro de las obligaciones de tipo sustancial se encuentran: trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato, prohibición de expropiación sin indemnización, libre transferencia, etc.

Las obligaciones de tipo procesal son aquellas referidas a los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los acuerdos internacionales de inversión, en particular, en lo referente a la posibilidad de los inversionistas del otro Estado de acudir al arbitraje internacional de inversión en lo referente al arbitraje internacional de inversión.

¿Qué recibe Uruguay a cambio de asumir estos compromisos en materia de inversión?

Por una parte, como ya se mencionó, este tipo de Acuerdos funcionan como un incentivo a la inversión. Los inversionistas extranjeros se sienten seguros y protegidos de establecer sus inversiones en Uruguay cuando existen tratados de este tipo, pues el efecto práctico de los Acuerdos Internacionales de Inversión es reducir el riesgo no-comercial del inversionista. De esta manera, Uruguay recibe nuevas inversiones extranjeras, generación de empleo, acceso a nuevas y mejores tecnologías y en últimas repercute en el crecimiento y desarrollo económico del país.

Debe resaltarse que no solo Uruguay asume estos compromisos en materia de inversión mediante los tratados. Los otros países con los cuales se negocian estos tratados también asumen los mismos compromisos, pues la base de los Acuerdos Internacionales de Inversión es la reciprocidad. En lo referente a la posibilidad de los inversionistas del otro Estado de acudir al arbitraje internacional de inversión. En este sentido, la protección que se otorga en Uruguay a la inversión extranjera deberá ser garantizada por el otro país para la inversión uruguaya. De esta manera

no solo se incentiva la atracción de inversión al país sino también, se promueve a las empresas nacionales a abrir mercados y establecer sus inversiones en el exterior con países con los cuales se hayan negociado este tipo de acuerdos.

¿Qué tipo de protección recibe la inversión?

Trato Nacional.

Consiste en dar a las inversiones extranjeras un trato no menos favorable que el que se da a las inversiones nacionales en circunstancias similares.

Trato de Nación más Favorecida

Trato de Nación más Favorecida establece que las ventajas que se conceden a las inversiones de los inversionistas de un tercer Estado determinado, se extiendan a las inversiones de los inversionistas de la Parte con la que se tiene el Acuerdo. Esta extensión no tiene lugar cuando las ventajas se conceden en el marco de una zona de libre comercio como la establecida entre Estados Unidos, México y Canadá mediante el Tratado de libre Comercio de América del Norte (TLCAN), una unión aduanera como la Comunidad Andina, un mercado común como el MERCOSUR, o unión económica como la Unión Europea.

Trato justo y equitativo

El nivel mínimo de trato se establece de conformidad con estándares de la costumbre internacional, es decir, el mínimo nivel de trato que otorgan por lo general los otros países a las inversiones extranjeras (Lo que se hace habitualmente es limitar el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, donde se especifica que no se requiere ningún tratamiento adicional fuera del establecido). Normalmente, el nivel mínimo de trato involucra los compromisos de otorgar un “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” a sus inversiones (protección física de las inversiones).

Admisión y establecimiento (libertad de realizar la inversión)

La mayoría de los Acuerdos de Inversiones de Uruguay no tiene una cláusula de admisión. Las cláusulas de admisión se refieren a establecer que las inversiones serán admitidas de acuerdo a las normas domésticas del Estado receptor y normalmente se incluyen en los acuerdos de liberalización.

Compensación en el caso de expropiación o daño a la inversión:

Los TBIs suelen prohibir tanto la expropiación directa (la apropiación por la fuerza por parte del estado de la propiedad de los individuos, a través de acciones administrativas o legislativas), como la expropiación indirecta (que ocurre cuando la medida tiene un efecto equivalente a la expropiación directa, pero sin transferencia formal del título o apropiación explícita, ocasionando una interferencia sustancial con los derechos de propiedad del inversor). En todos los casos, el estado sigue teniendo el poder para tomar la medida, pero debe compensar adecuadamente al inversor.

Garantías de libre transferencia de fondos:

Algunos tratados bilaterales de inversión – la mayoría de los de Uruguay la contienen - incluyen provisiones que garantizan que los inversores puedan extraer los dividendos y las ganancias obtenidas por su inversión y enviarlos a su país de origen.

¿Qué pasa cuando el Estado receptor de la inversión no cumple alguna de las disposiciones de los acuerdos internacionales de inversión?

Cuando el Estado receptor, a través de sus entidades o agentes, viola alguna de las disposiciones establecidas en un acuerdo internacional de inversión, puede surgir una controversia entre el inversionista afectado y el Estado. Las diferencias entre el inversionista y el Estado acerca de la violación de una obligación de un acuerdo internacional de inversión pueden resolverse mediante la conciliación u otros mecanismos alternativos de solución de controversias previstas en dicho acuerdo, o en su defecto, ante un juez nacional o un tribunal de arbitraje internacional.

Habitualmente los Acuerdos de Inversiones disponen que, si la controversia no se arregla de manera amistosa, es decir por consenso entre las partes, el inversionista puede escoger definitivamente si demanda al Estado ante un juez nacional o ante un tribunal de arbitraje internacional.

En el caso de un arbitraje iniciado bajo el amparo de un Acuerdo Internacional de Inversión, el inversionista demanda al Estado como sujeto de derecho público internacional ¹³.

¹³ Asesoría Política Comercial - <https://www.mef.gub.uy/28/3/areas/acuerdos-comerciales.html> 1712 4310/11 o vía correo electrónico apc@mef.gub.uy Connect Americas - <https://connectamericas.com/es/content/el-abc-de-la-protecci%C3%B3n-de->

44. Sobre la Confidencialidad, la Transparencia y su regulación a nivel de Arbitrajes Internacionales. ¹⁴ El nivel de confidencialidad y transparencia en un arbitraje CIADI (*Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*) depende del acuerdo de las partes, del tratado aplicable y de las decisiones del Tribunal. Asimismo, existen normas específicas aplicables tanto al Secretariado del CIADI como a los Miembros del Tribunal.

- Acuerdos de las partes en materia de confidencialidad y transparencia
- Disposiciones de los tratados en materia de confidencialidad y transparencia
- Decisiones de los tribunales en materia de confidencialidad y transparencia
- Normas aplicables al Secretariado del CIADI
- Normas aplicables a los árbitros

Acuerdos de las partes

Ni el Reglamento del Mecanismo Complementario ni el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del CIADI contienen una presunción general de confidencialidad o transparencia aplicable a las partes. Por el contrario, las partes pueden adaptar el nivel de confidencialidad o transparencia a sus procedimientos.

En ocasiones, las partes llegan a un acuerdo respecto de la información y los documentos que quieren mantener confidenciales. Por lo general, ese acuerdo de confidencialidad es firmado por las partes y adoptado por el Tribunal mediante una resolución. El acuerdo puede autorizar a cualquiera de las partes a clasificar documentos como confidenciales, en todo o en parte, a ser utilizados exclusivamente en el contexto del arbitraje. También puede permitir la edición de partes de documentos incorporados al procedimiento o emitidos por el Tribunal antes de que se pongan a disposición del público.

[inversionesUNCTAD:https://investmentpolicy.unctad.org/uploadedfiles/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf](https://investmentpolicy.unctad.org/uploadedfiles/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf)

¹⁴ Extraído de internet sobre información de confidencialidad y transparencia desde el CIADI

En forma similar, las partes podrían acordar un mayor nivel de transparencia en el procedimiento. A modo de ejemplo, las partes pueden acordar publicar documentos durante la primera sesión del Tribunal o caso por caso. También pueden acordar permitir el acceso público a audiencias a través de transmisiones por Internet o videos o en persona ([Artículo 39\(2\)](#) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario)). El CIADI publica una notificación anticipada de las audiencias abiertas al público y detalles relativos al acceso a dichas audiencias. En tales circunstancias, se adoptan medidas a fin de salvaguardar información privilegiada o protegida. El [Anexo sobre Transparencia del Reglamento de la CNUDMI](#) (por ejemplo, mediante la suspensión de la transmisión de una parte de la audiencia en la que se aborda información sensible).

Disposiciones de los tratados en materia de confidencialidad y transparencia

El tratado, el contrato o la ley que contiene el consentimiento de las partes al arbitraje pueden incluir disposiciones específicas en materia de confidencialidad y transparencia. Tales disposiciones son aplicables al procedimiento de arbitraje en función de dicho instrumento de consentimiento. Por lo común, se enumeran en la primera resolución procesal del Tribunal.

A modo de ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado ([Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia](#)) podrá aplicarse a un caso CIADI por acuerdo de los Estados parte en un tratado de inversión o por acuerdo de las partes contendientes, y el CIADI podrá ser designado para actuar como depositario de los documentos del caso (véase, p. ej., [Resolución Procesal N.º 2](#) en BSG Resources Limited c. República de Guinea (Caso CIADI N.º ARB/14/22)). El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia contiene disposiciones detalladas acerca de la publicación de información relativa a los casos, la publicación de documentos, las presentaciones de terceros, las presentaciones de Partes no contendientes en el tratado, audiencias y excepciones a la transparencia. Los Estados parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia

en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado ([la Convención de Mauricio sobre Transparencia](#)) acuerdan aplicar el Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia a todos los arbitrajes entre inversionistas y Estados: i) basados en tratados de inversión celebrados con anterioridad al día 1° de abril de 2014; ii) con sujeción a cualquier reserva permitida en virtud de la Convención; y iii) con respecto a casos iniciados luego de la entrada en vigor de la Convención.

Otro ejemplo de disposiciones de un tratado en materia de confidencialidad y transparencia se encuentra en el [Artículo 10.21 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana \(CAFTA\)](#).

Decisiones de los tribunales en materia de confidencialidad y transparencia

Si las partes no llegan a un acuerdo respecto del alcance del deber de confidencialidad o transparencia, y el procedimiento no está sujeto a disposiciones específicas, las partes pueden solicitar que el Tribunal resuelva la cuestión. Tal decisión podría emitirse en virtud de las disposiciones en materia de medidas provisionales ([Artículo 47](#) del Convenio del CIADI y Regla 39 de las Reglas de Arbitraje) o conforme a las facultades inherentes al Tribunal de resolver cualquier cuestión no prevista en el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario [Artículo 44](#) del Convenio y Regla 19 de las Reglas de Arbitraje).

45. En este punto, conviene precisar que el suscrito comparte absolutamente el análisis y conclusiones a que arriba en su consulta, el Dr. A. G.¹⁵ en cuanto a que del Tratado de Inversiones Belgo-Luxemburguesa no surge expresamente una cláusula que exprese la obligatoriedad de establecer la confidencialidad de estas consultas amistosas, período denominado “cooling-off” previo al proceso arbitral, que se caracteriza por un acercamiento directo entre el inversor y el Estado para abordar los principales puntos que son objeto del “diferendo” planteado y que presuponen un eventual litigio judicial arbitral. También parece acertado pensar, que

¹⁵ (Capítulo Tercero de la Consulta agregada en págs. 93 a 107)

existe en dicho ámbito, una ligera tendencia actual a que la transparencia rija como principio en aquellos arbitrajes que comprometen cuestiones de “inversiones” por la sensibilidad que involucra la temática y por el principio de acceso a la información que tiene la población para ponderar y medir la gestión de los gobernantes en temas tan trascendentes.

Por ello, parece que de principio la transparencia es lo que debiera haber regido en este ámbito de negociación, no habiendo norma expresa que clasificara la información manejada; al tiempo que no podía ser desconocido a los miembros del Directorio de la ANP, tales circunstancias para poder analizar el punto y brindar el asesoramiento requerido por ley al cuerpo de dicho servicio estatal. Y de haber considerado necesario ello, era de aplicación la Ley No. 18.381 en su art 10 literal I. B) para clasificar la información como confidencial, fueran documentos intercambiados por los negociadores en la instancia o los datos o información verbal que se pudiera comunicar en dicho ámbito.

45.1 En igual sentido, se dirige el fundado estudio realizado por la Dra G. A. G.; Directora del Departamento de Cooperación Internacional de la FGN en su Memorándum No. 118/2022 de fecha 26.11.2022 que aportara a solicitud de esta Fiscalía al amparo de lo dispuesto por el art. 46 del CPP y art. 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y *por su importancia se transcriben algunas consideraciones que se comparten* (allende registrarse en la carpeta investigativa para acceso de las partes):

“...13.- Si se analiza la estructura de esta art.11 se aprecia un orden subsidiario de alternativas con el fin de solucionar eventuales controversias. Es así que en el art. 11 num.2° establece que en defecto de solución amistosa prevista en el numeral anterior en un plazo de seis meses de la notificación del diferendo, podrá someter el caso ante la jurisdicción administrativa o judicial competente del territorio de la inversión, en el caso la jurisdicción uruguaya.

14.-En el caso que nos ocupa, este proceso de consultas amistosas culmina en los acuerdos de fechas 6 de mayo de 2020 y 20 de agosto de 2020, Actas No 1 y No 2, respectivamente, excediendo el plazo de seis meses previsto en el Acuerdo.

15.- Por último, se establece en el num. 3° art.11 la facultad de resolución del diferendo acudiendo al mecanismo de solución de controversias del arbitraje internacional, identificando las opciones de organismos de arbitraje: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o tribunal de arbitraje ad hoc, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). En este ámbito se entiende que el arbitraje de inversión representa el mecanismo idóneo de resolución de controversias, ante un tribunal arbitral neutral, evitando someterse a la jurisdicción estatal del Estado ante el cual se plantea el diferendo.

... G) Tensiones entre la transparencia y la confidencialidad

16. Conforme a lo reseñado en el lit. C de este Memorando, resulta también aplicable como fuente normativa la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. Por ende, el Acuerdo debe ser interpretado en consonancia con dichas disposiciones que consagra el criterio funcional-finalista de la interpretación de los Tratados.

MONROY CABRA sintetiza en cuatro puntos la regla general de interpretación del art. 31 de la Convención: .- (i) Ausencia de jerarquía entre el sentido corriente de los términos, contexto, objeto y fin; (ii) el principio de que el sentido corriente de los términos no debe determinarse en abstracto sino en su contexto y por referencia al objeto y fin del tratado; (iii).- la presunción de que las partes han tenido la intención que se desprende del sentido corriente de los términos empleados y (iv) el principio de la buena fe desprendido de la norma *pacta sunt servanda*.

En el mismo sentido, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA integra en el estudio del contexto el enfoque teleológico y resalta el carácter interdependiente entre contexto, objeto y fin. El tratado debe aplicarse de la buena fe, principio básico derivado de la norma *pacta sunt servanda* (art.26) de rango superior conforme a lo dispuesto por el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

17.-Del análisis del Acuerdo no surge a texto expreso ninguna cláusula de confidencialidad vinculada al régimen de solución de controversias en materia de inversiones. De acuerdo a las normas interpretativas indicadas si los Estados Parte hubieran pretendido incorporar una cláusula de confidencialidad en el Acuerdo

podrían haberlo establecido a texto expreso de manera genérica. Armonizando las pautas reseñadas de interpretación y el texto del Acuerdo, no puede extraerse de este último una obligatoriedad de confidencialidad en el marco de las consultas amistosas.

18.- Exclusivamente en las Actas N°1 y N°2 se establece “Que las actas que se labren no podrán ser utilizadas en ningún proceso arbitral o judicial entre las partes en caso que el proceso conciliatorio no culmine con un acuerdo final y en caso de violación de esta obligación las mismas no tendrán valor alguno”. Es decir, que refiere al eventual juicio que podría tener lugar de no lograrse una solución a través de consultas amistosas. De lo expuesto se extrae que la eventual confidencialidad refiere a las previsiones de los num. 2º y 3º del art. 11, en especial en relación al arbitraje. Esto resulta lógico con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que sitúan el tema de la confidencialidad en el ámbito del arbitraje en general, y especialmente en arbitraje de inversión donde requiere una mirada aguda como resultado de las políticas e intereses públicos en juego en una disputa Estado/Inversor. Algunos autores inclusive entienden que hay grandes lagunas en las disposiciones relativas a arbitraje que determinen el rol desempeñado por el carácter confidencial de las actuaciones. Arbitraje comercial internacional

19.- Si bien tradicionalmente los arbitrajes comerciales internacionales por su naturaleza de litigio privado suponen la privacidad lo que no necesariamente siempre implica confidencialidad- la reciente tendencia ha transformado la presunción de confidencialidad en una cuestión controvertida por ausencia de reglamentación tanto en la normativa como en los reglamentos de UNCITRAL o CIADI (art. 11 num. 5º). Consecuentemente, la confidencialidad no es una obligación implícita en el arbitraje, debe ser claramente pactada de manera explícita y detallada por las partes en el propio convenio o cláusula arbitral y podría contribuir al desarrollo de una mayor transparencia La confidencialidad, en definitiva, constituye un "elemento accidental" del arbitraje comercial internacional. La fundamentación de la clásica defensa de la confidencialidad de alguna información en se vinculaba con la propia información comercial, estrategias de competencia o

publicidad, know how, política de fijación de precios, que podría generar perjuicios en la competitividad del mercado de ser de acceso público...

El Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado¹⁷ de 2014, dispone la necesidad que la regulación sobre transparencia en la solución de controversias entre Estado e inversor, tenga en cuenta el interés público que afecta este tipo de arbitraje. A su vez promueve el "...establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza." Si bien el reglamento fomenta la transparencia, la celebración de audiencias públicas (art. 6) también define en el art. 7 las excepciones a la regla de la transparencia. Entre esas excepciones refiere a la información confidencial o protegida, como la información comercial confidencial, información cuya divulgación considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales; información que no deba ser de conocimiento público por disposiciones legales. Se delega al Tribunal arbitral la definición del carácter de confidencialidad de la información, para apartarse de la regla de la transparencia.....

24.- Cabe observar que el Acuerdo celebrado entre la República Oriental del Uruguay y las Compañías KNG el 25/02/2021 no dispone ninguna cláusula de confidencialidad, y al crear un nuevo sistema de resolución de controversias en el Anexo VI, sólo alude a la necesaria confidencialidad que deben tener los miembros del Panel de Análisis de Disputas en aquellos asuntos que le sean sometidos.

25.- Por un lado los BITs suponen un fuerte interés público del Estado receptor de inversiones (Estado uruguayo) y por el otro el interés particular de una empresa inversora extranjera de derecho privado (Compañías KNG¹⁸) que busca un rédito económico y garantías para la operativa de sus negocios. Se genera un conflicto entre ese interés general y público (protección de medio ambiente, DDHH, protección de las fuentes laborales, etc) que exige procedimientos transparentes y el interés privado, comercial de empresas que requieren confidencialidad y reserva en la proyección de sus negocios. Intereses que pueden verse contrapuestos, y donde adquiere relevancia el orden público internacional. Como señala Pozo, " ...una vez

reconocida por los una vez reconocida por los propios tribunales arbitrales la ausencia de confidencialidad implícita en el arbitraje de inversiones, creemos que constituye un motivo más por el que los Estados tienen la obligación de proporcionar a sus ciudadanos información sobre asuntos estatales, de llevar a cabo la divulgación de aquellas actividades relacionadas directamente con la inversión extranjera e incluso del sistema de solución de controversias inversor-Estado cuando sea parte de un procedimiento arbitral, teniendo en cuenta la implicación o repercusión que tienen en la sociedad. Motivos que justifican el conocimiento público del arbitraje y la prevalencia de la transparencia sobre el principio de confidencialidad.”

H) Conclusión.

No surge a texto expreso y genérico de la normativa aplicable la obligatoriedad de las Partes (Estado/Inversor) de la confidencialidad de la información en la etapa de consultas amistosas previstas en el Acuerdo marco, ni en las disposiciones o documentos a los que se tuvo acceso. La única previsión es la contenida en las Actas N°1 y N°2 (num. 18° de este Memorando) en la que quita valor probatorio a las actas celebradas entre las partes frente a un eventual proceso judicial o arbitral, sin referir expresamente a su carácter de información confidencial.

La dicotomía “confidencialidad”/”Transparencia” se plantea tanto en doctrina como en fallos jurisprudenciales en la etapa posterior al acudir al método alternativo de solución de controversias denominado arbitraje de inversión. En esta línea, puede apreciarse una marcada tendencia a la prevalencia de la transparencia frente a la confidencialidad, tomando como motivo justificativo el marcado interés público en estos acuerdos y su efecto en la sociedad a la que se debe rendir cuentas. Más allá de la prevalencia del valor transparencia, ésta puede tener límites, por ejemplo de estar en juego información de carácter reservado, entre otros lo que deberá ser pondera caso a caso.

46. Ahora bien.

Debe considerarse lo que declarara en su oportunidad ante esta fiscalía el otrora Secretario de Presidencia Dr. M. T. cuyo resumen puede realizarse en los siguientes términos:

- 2015-2020: Secretario de Presidencia
- Encargado de los juicios internacionales
- Respecto a KNG, expresa que en octubre de 2019 el Presidente de la Rpca. recibe notificación de una diferencia bajo el tratado bilateral de inversiones belga-luxemburgo, por perjuicios por la operación en el puerto. El Presidente se la traslada y examina el documento. El mismo tenía todos los atributos que tiene que tener una notificación de diferendo: contenido normativo, la existencia de un contrato de concesión y si están dadas las condiciones para juzgar que la presentación tiene verosimilitud. Ello refiere que de la lectura del documento parece cierto el supuesto fáctico, especialmente los reproches que se hacen, y si se identifican los inversores y las inversiones, y aquellas circunstancias perturbadoras de la operativa acordada. Esos elementos estaban todos incluidos en la pretensión inicial.
- Había una afectación seria del contrato de concesión por un accionar del Estado contrario al mismo. La conducta de la Administración había sido permisiva para que se instalara una segunda terminal de contenedores sin el otorgamiento de una concesión, lo que determinaba una disparidad de tratamiento.
- Cuando se analiza el documento, el mismo se considera motivado, y se entiende pertinente y conducente citar a los inversores. Lo resuelve él junto con el Presidente de la Rpca., cumpliendo los ritos que establece el tratado para estos casos.
- Al Presidente se le informaba en forma diaria o semanal de los avances en las negociaciones.
- En la reunión comparece la empresa.
- Toda esta información fue puesta a disposición de las autoridades entrantes.
- Las reuniones fueron con F..
- Tema confidencialidad: dice que surge del tratado, y es parte de las negociaciones.
- Todo lo que se conversa en las reuniones amistosas queda en ese marco, y todos los aspectos de instrumentación del acuerdo final.

- Cuando se presenta el acceso a la información pública a través de un Tribunal, se decide no acceder a la misma por la naturaleza confidencial de las negociaciones.
- No se forma expediente administrativo porque se vulnera la confidencialidad.
- En otras negociaciones incluso las instancias no quedaron por escrito ni se labraban actas (por ejemplo en Petrobras), y las manejo directamente T. V., y en alguna ocasión sin asesores.
- Para preservar al máximo las negociaciones, en ese caso, se ventiló toda la información el mismo día de la firma del acuerdo, no antes.
- La responsabilidad cae en la cabeza del Poder Ejecutivo, la superior decisión es del Presidente, y de éste es la responsabilidad política.
- Ante la pregunta de si es necesario asistir a las reuniones con asesores, responde que está contraindicado tener asesores que asistan en las reuniones de negociación. Si se requiere asesoramiento técnico se recaba por fuera. Normalmente no sucede. T. V. iba solo y en el caso de Phipis Morris no convocó asesores.
- En base a su experiencia, nunca formó expedientes en casos similares, porque no condice con la lógica de la defensa de los juicios internacionales.
- Respecto a KNG, reitera que era verosímil el planteo que realizaron en el marco de las negociaciones amistosas.
- También se reunió con H., y le recomendó el inicio de las negociaciones amistosas con KNG. Llegar a un acuerdo es el resultado de esas negociaciones.
- Como criterio general en su experiencia, había un único negociador que era él, en su carácter de Secretario de Presidencia, y como responsable político el Presidente.
- El recibe la primera rogatoria de KNG, y allí analiza la viabilidad de ese planteo. Y con el único que habló del tema fue con T. V. (de octubre a diciembre de 2019).
- El mérito lo analiza el inciso (la repartición estatal de la materia, en este caso ANP) y lo normativo, la Jurídica de Presidencia.
- Recibida la nota, no se comunicaron ni con MTOP ni ANP, no era de estilo.

- También es de estilo firmar acuerdos de confidencialidad, porque sino no se puede trabajar (hablando como ejemplo del caso ARATIRI, ya en el Arbitraje).

Respecto a los documentos que se utilizan en las negociaciones amistosas, los mismos no pueden ser utilizados luego en el arbitraje.

Su trascendencia (máxime en el ámbito de un proceso judicial) no resulta menor; porque la información que trae a la instrucción fiscal; este testigo, es de alta calidad y tiene fundamental importancia para valorar el conocimiento e intencionalidad mostrada por los denunciados a la hora de realizar el cuestionado Acuerdo.

46. No se trata de un declarante más (cuyo aporte la fiscalía debe evaluar a la hora de pensar en un eventual juicio) sino del Secretario de Presidencia del gobierno anterior quien además de actuar en nombre del entonces Presidente de la República Dr. T. V., era la persona encargada de llevar adelante los litigios y negociaciones vinculadas a arbitrajes internacionales, mucho de los cuales dio cuenta en su deposición en todos los que intervino; pero además, recibió el planteo de KNG lo analizó y conversó con el Presidente entre octubre y diciembre del 2019; y fue el nexo de transición en tal extremo; con las nuevas autoridades que irían a asumir y a quienes recomendó negociar, puesto que la petición de la empresa, gozaba de los requisitos que la hacían verosímil de poder obtener éxito en un futuro proceso arbitral; pero también recomendó porque así se había actuado en el gobierno, que se llevaran a cabo las negociaciones con carácter “confidencial” ya que era propio de dichas negociaciones. Esto lo habló con el propio H. y también con el Prosecretario (que actuaba en nombre del Presidente Dr. L. L. P.) F. marcando así las condiciones en que se gestaba dicho clima de consultas amistosas ¹⁶.

47. H. fue designado por Resolución Presidencial No. 401 de fecha 25.02.21 para actuar en representación del Poder Ejecutivo como otrora Ministro de Transporte y Obras Públicas, a los efectos de la firma del Acuerdo de igual fecha, en el que había

¹⁶ Si bien la confidencialidad no es pactada expresamente, de las Actas Nos. 1 y 2 PRE ACUERDO de fechas 6 de Mayo y Junio de 2020 (en el apartado quinto) “...Que las actas que se labren no podrán ser utilizadas en ningún proceso arbitral o judicial entre las partes en caso de que el proceso conciliatorio no culmine con un acuerdo final y en caso de violación de esta obligación las mismas no tendrán valor alguno...”

intervenido en tal calidad durante el año 2020; y por su parte F. actuó bajo designación del Presidente, en representación de la Presidencia de la República. De alguna forma recibieron en la transición, las sugerencias de la forma en que deberían negociar, por parte del propio Secretario del Dr. T. V., la confidencialidad y la conveniencia de acceder a la solicitud de KNG ya que en los hechos se había desvirtuado el régimen, operando dos terminales especializadas, cuando solo una de ellas lo era.

No es un aspecto menor, a la hora de apreciar el conocimiento del obrar antijurídico y su comprensión acerca del injusto típico; puesto que la incidencia de un posible error de apreciación normativa en la forma en que hubieran debido actuar (probablemente como se expone por el consultante Dr. G.) aún en la vencibilidad del mismo, traduciría la conducta en un obrar imprudente que deja el comportamiento delictivo sin penalizar, en tanto la culpa debe ser prevista legalmente (art. 19 CPU) y no existe la punibilidad del delito que se investiga (art. 162 ibidem) en su forma culposa. O bien, la falsa apreciación normativa confluye en un juicio intelectual errado de forma invencible; o bien, el esfuerzo que hubieran aportado a un mejoramiento de información, les habría permitido valorar con mejor nivel de conciencia la ilicitud contenida en el injusto (contexto del debido ejercicio del poder público -abuso exceso o desviación- la naturaleza arbitraria y la extensión del perjuicio potencial de la conducta en contexto penal). Resulta menester realizar estas consideraciones, puesto que la omisión de un debido cumplimiento formal administrativo de requisitos exigidos en el marco de una correcta gestión; no traduce per se la conducta en un reproche penal, ni verifica iuris tantum el dolo como elemento subjetivo, que debe ser comprobado en el marco de la prueba de cargo por el Estado.

Vuelvo a repetir que comparto el dictamen respecto del análisis de la confidencialidad, tanto como el aportado por la Directora Dra G. A. y considero que probablemente la decisión de tramitar el acuerdo en forma confidencial, no siguió el tracto formal, aunque no menos cierto es que, lo dicho por el Dr. T. (en cuanto a la forma en que se encaraban este tipo de acuerdos en su gobierno) así como el punto en discusión de que si bien la tendencia es hacia la transparencia, no solo no indica

el momentum en que ello debe operar; ni tampoco resuelve la cuestión con carácter indiscutible, ya que parecería que los acuerdos internacionales de inversión se dirigen hacia esa vía, pero ello se encuentra aún en proceso.

Asimismo y pese a que la alusión más cercana a la privacidad o confidencialidad, sería lo expuesto en las Actas 1 y 2 del pre acuerdo que realizaran durante el año 2020; las partes si manifestaron en fiscalía que su intención (no plasmada por escrito como debió ser) fue la de realizar las gestiones en dicha modalidad, siguiendo principios interpretativos de la buena fe en los negociadores y la que implica la celebración de tales acuerdos. Pero también ello que podrá ofrecer cuestionamientos jurídicos (o no) en el ámbito civil, administrativo o político, menguan las consideraciones penales en cuanto al dolo ab initio con el que ha de juzgarse el obrar de los imputados y así probarse en juicio.

Entiendo que la información acercada al momento; no resulta suficiente como para comprobar que la confidencialidad preestablecida como ámbito de negociación, lo fue para procurar un perjuicio tanto a la Administración, cuanto a particulares (como en el caso bien podría haber sido el operador portuario -no el único- más saliente M SA) aunque si, parece indicar que siguió un trazado de política a instrumentar por las autoridades del momento. Aspectos incluso de conveniencia o mérito en el marco de la política portuaria encomendada al PE y cuya consideración puede estar fuera de aspectos penales. En especial si evade el marco de la ilicitud del tipo penal examinado.

7.2 NUEVAMENTE SOBRE EL DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES (ESTRUCTURA TÍPICA)

48. Este delito; que ha tenido bastante más aplicación de la que fuera deseable y aún cobra un alto costo a los funcionarios públicos, mantiene dogmáticamente una interpretación que pugna por su vigencia y aún más; su adecuación plástica a la ley, para cumplir así con el principio de legalidad "*nullum crimen nulla poena, sine previa lege penale stricta et scripta*" máxime cuando en su propia descripción se lo presenta como un reato residual, que justamente no debe estar previsto en otras disposiciones del Código o de *las leyes especiales*; por lo que entonces, no debería

ser delito. Porque en alguna forma torna indistinguible la línea entre el ilícito administrativo y el penal; amplificándose enormemente el campo de la antijuridicidad específicamente penal (**Cf. LANGON Miguel en CODIGO PENAL URUGUAYO y Leyes Complementarias. Comentado. Editorial UM año 2019 pág. 418**).

LANGON caracteriza el abuso como aquello que va más allá de lo lícito y permitido sobrepasando los límites de las funciones que le competen al funcionario según la ley. Un acto que encierra un quehacer abusivo del poder público, contrario a la equidad, la justicia o la razón, en daño del derecho ajeno, eliminada que sea toda venalidad (CARRARA)... *El delito no requiere que se cause efectivamente el perjuicio, sino que éste es la finalidad a que se endereza la actividad del actor constituyendo un claro elemento subjetivo del tipo* (**Cf. LANGON ob. cit. pág. 420**) (el destacado cursivo me pertenece)

49. El abuso de una cosa puede ser como dice CAIROLI en su sentido ontológico o jurídico, refiriendo el primer significado al uso de una cosa para el empleo de un servicio distinto al que está destinado y el segundo, cuando se abusa de una cosa cuando se la emplea según su destino, pero de modo ilícito o con fines ilícitos. Ejemplo: el funcionario policial que usa su arma de fuego como martillo, abusa de ella desnaturalizando su función, pero no comete delito. En cambio, el funcionario que emplea su arma de reglamento cada vez que va a solicitar a la gente que exhiba su documentación, abusa de ella y puede cometer delito (**Cf. CAIROLI Milton en Tomo II Volumen 3- Volumen 4. Editorial La Ley. Año 2015 págs. 1242-1243**)

“...El abuso innominado de funciones del artículo 162 puede contener los dos tipos de abusos, pero delito es solo el jurídico. Así por ejemplo, el juez que al encontrarse con un delincuente lo arresta, abusa ontológicamente de su autoridad, porque no está facultado para ejecutar arrestos, solo para ordenarlos a través de la fuerza pública. Este abuso del juez es nada más que ontológico, usa su poder en forma no natural, pero nadie puede dudar de que en la especie hay una buena intención del magistrado que obra en beneficio de la sociedad. En cambio, si ej juez ordena a la fuerza pública que arreste a una persona -lo cual es lícito, pues está dentro del límite de sus atribuciones- pero lo hace por motivos de venganza o de odio

personal, abusa genéricamente de su cargo y será responsable del delito del 162...”
(Cf. CAIROLI ob. cit. pág 1243)

50. Por supuesto que pueden darse ambos abusos, en sentido natural y jurídico, si el juez detiene a la persona por motivos de odio o venganza; pero siempre en cumplimiento de la “referencia subjetiva” de que el acto arbitrario que se comete u ordena (ontológico y jurídico) esté dirigido a la ocasionar un perjuicio a la Administración o los particulares. Porque el perjuicio es una referencia que caracteriza el motivo por el cual se comete el acto arbitrario con abuso y en consecuencia queda vinculado al dolo que preside el accionar del agente. El delito mantiene una redacción típica que no ha podido escapar de las consideraciones administrativas, al referir al “abuso del cargo” y no “del poder” como lo hacía el Código Italiano, de forma tal que para el legislador uno y otro, son lo mismo, cuando la norma solo debió referirse al abuso del poder.

51. Se dijo que la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 248 de 22.12.2006 señaló que para la configuración del delito de abuso de funciones se requiere la efectiva causación de un perjuicio al Estado como forma de limitar el alcance del art. 162 CP cumpliendo la función dogmática de cerrar el delito, evitando el recurso al derecho penal como mera herramienta simbólica o de judicialización de asuntos políticos. Se percibe así una orientación hacia la búsqueda de mayores exigencias legales para la imputación del delito de abuso innominado de funciones. Así, para su consumación, no sólo se requiere el abuso del cargo y la arbitrariedad del acto, sino además, la concreta producción de un perjuicio. La expresión “en perjuicio” del art. 162 constituye una referencia subjetiva del tipo penal indicativa de una particular dirección de la intencionalidad del sujeto **(Tribunal de Apelaciones Penal 3° Turno. Sentencia No. 153/2020 de fecha 24.09.20).**

La SCJ expresó que el acto arbitrario ha de ser calificado objetiva y subjetivamente, lo cual excluye el acto puramente erróneo, mal confeccionado o realizado con irregularidades administrativas ínsitas del quehacer humano. Es objetivamente arbitrario en cuanto contraría formal o sustancialmente las normas que delimitan su competencia funcional, excediéndolas o violentándolas. Es subjetivamente arbitrario cuando, tratándose de actos discrecionales, se actúa con desviación de poder por

móviles contrarios al interés público (**Suprema Corte de Justicia. Sentencia No. 211/2020 de fecha 23.07.20**)

7.2.1 EL ASESORAMIENTO Y EL ABUSO DE FUNCIONES

52. En referencia a los hechos que vinculan al denunciado Dr. C. (Presidente de ANP) y en cuanto al carácter de arbitrariedad del acto (en lo que refiere al “asesoramiento” preceptivo de dicha Administración)¹⁷; el TAP 1° (T.-G.-O.) en sentencia No. 143/19 de fecha 23.05.2019 con la discordia del Ministro R. O., revocó la absolución de primer grado en torno a F. L. y confirmó condena de F. C. R. por el delito del art. 162 CP, determinando que la comisión del acto arbitrario estuvo en la concesión de un aval otorgado por el BROU con el respaldo del Ministerio de Economía y Finanzas.

Y entonces se dice allí: “...Una vez que recibió esas llamadas, C. instruyó al personal subordinado a efectos de conceder el aval, sin la información necesaria, permitiendo que en definitiva C SL estuviera habilitado para presentarse a la subasta, dichas instrucciones fueron impartidas concretamente al Gerente Ejecutivo de la Div Empresas del BROU... Este le informó al Ec. C. las condiciones planteadas por el solicitante del aval y que, al ser una firma extranjera, sin antecedentes en el Banco, de la que se contaba con muy poca información y sin ninguna garantía, no podía ser considerada. No obstante, ello, C. le indicó que era de interés nacional y que además de su consentimiento, contaba con el consentimiento de los Directores del BROU... ya que en estos casos... se requiere de mayorías especiales...”.... el tribunal continuó diciendo que “...C. abusando de su condición de poder como máximo jerarca de una institución bancaria que presidía, maniobró arbitrariamente para dejar expedita la vía para propiciarla posterior aprobación del aval por el Directorio que presidía.... Si esa actividad (a

¹⁷ Se trae el caso judicial, mutatis mutandi, ya que del mismo se pueden extraer ciertas similitudes -allende las condiciones de que lo similar no es idéntico- entre el obrar del Ec. C. siendo el Presidente del BROU, en la autorización que dio para el otorgamiento de un aval a un tercero del que el Banco no tenía antecedentes, información ni conocimiento previo; con los hechos relacionados al Dr. C. en su carácter de Presidente de la ANP en referencia al asesoramiento que brindó al PE en la persona del entonces MTOP Don H. (quien actuaba en representación del PE) infringiendo omisivamente -cuando menos para una posición jurídica y en el marco de la teoría del órgano- la normativa de tenerlo que brindar a través del Directorio del SD. Pero la conclusión en la comisión del delito del art. 162 CP no es estrictamente la misma.

todas luces arbitraria) irrogó o no un perjuicio pecuniario efectivo a la entidad bancaria (aun cuando ello está por determinarse), en sustancia no es relevante. Para la configuración de la figura lo que importa es su actitud para causarlo (a un particular, o a la Administración)...”

53. Respecto a las referencias del tipo, continuó el tribunal: “...En similar orientación se expresó esta Sala con otra integración “...Independientemente de la posición doctrinaria que se asuma respecto a la ubicación de las referencias subjetivas del tipo dentro de la Teoría del Delito, no existe controversia en nuestro medio respecto a que la configuración de este delito, exige la presencia del rasgo de subjetividad, como soporte del arbitrario (Bayardo op cit p. 218, Camaño Rosa A, Tratado de los Delitos p 126 Anuario T. II p. 9 c. 10 y T. III p. 61 c. 267) **No alcanza entonces, con que la acción imputada represente un formal apartamiento de los deberes del funcionario sino que se requiere que dicho acto responda a la voluntad consciente del funcionario de violentar sus deberes.** (el destacado me pertenece) Pero además, debe configurarse la otra referencia subjetiva contenida en el tipo, cual es, la de que la conducta sea dirigida a ocasionar un perjuicio a los particulares o a la administración. No se requiere el perjuicio efectivo, sino que basta la aptitud del acto para alcanzar ese resultado dañoso, por cuanto esta figura tiene por objeto de la tutela el bien jurídico del normal funcionamiento de la Administración Pública (S. 85/1998).....”

Condición que en el sub-exámene se cumple con creces, tanto como soporte arbitrario que notoriamente impregnó la inconducta del acusado, al rebatir el tribunal lo que pretende sostener la defensa de que el acto arbitrario no se verifica pues el acto como tal solo adquiere tal carácter cuando el móvil contraría el interés público... “ y sigue el tribunal ...Pero lo que no se advierte es que eso es, precisamente, lo que prístinamente se dio cuando C. y también L., de manera consciente y deliberada incidieron de manera decisiva para que el BROU alterara - de manera grave- el trámite para la concesión del aval y así desnaturalizar el desarrollo y resultado de un remate que había sido ordenado y regulado por un

marco legal que, para colmo, explícitamente había sido consagrado para conjugar, al mismo tiempo que el valor celeridad, “el valor transparencia y publicidad”... ¹⁸ ”

54. A propósito de cuanto viene de exponerse, conviene recordar lo dicho por la SCJ en referencia al delito en estudio, en su sentencia No. 117/20 de fecha 13.02.20 (casación en procesamiento de R. F. S.) “...A juicio de la Corte, corresponde comenzar por recordar que el tipo penal descrito en el art. 162 del Código Penal, contiene una referencia subjetiva que resulta, en este caso, determinante para desestimar el recurso en cuestión... En tal sentido, el fundamento de la figura delictiva del art. 162 CP es no dejar impunes actos arbitrarios de los funcionarios que comprometen la buena imagen de la administración pública... “en perjuicio” constituye una referencia subjetiva del tipo penal. El sujeto debe actuar con conocimiento y voluntad de ejecutar un acto arbitrario, abusando de su cargo (dolo) persiguiendo además una finalidad de causar perjuicio a la Administración... En el plano técnico-jurídico, el punto clave a juicio de esta Corporación resulta ser el de las referencias subjetivas del tipo previsto en el art. 162 del Código Penal. En tal sentido, el obrar de C., G. y R. no puede calificarse como abusivo o que haya estado orientado a provocar un perjuicio a la Administración. Antes bien, parece haber sido un accionar que, quizás en forma desprolija (o derechamente: cometiendo irregularidades en el plano administrativo), buscó una salida a una situación tremendamente compleja en la que estaba el Ente a causa del obrar de su anterior Presidente. Como bien lo consigna el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen, las acciones llevadas a cabo por estos indagados podrán, eventualmente, ser pasibles de generar responsabilidad en el plano civil, administrativo, o podrán ser

¹⁸ El TAP agrega en la propia sentencia con relación al interés público que se afecta: que por el aval se habilitó a que esa firma desconocida puje y adquiera aviones por un monto millonario en dólares en un remate público. Se permitió que ese remate se transformara en una suerte de “parodia”, que quedó acreditado la contravención al interés público de forma manifiesta, patente y que no se conmueve por la existencia de un pedido previo del MEF para evitar que el remate se viera nuevamente frustrado y ayudar al Estado. Dice el TAP que no hay justificación o explicación plausible ni regla de la lógica o la experiencia que permita situar lo ocurrido dentro de los cánones de la legalidad y la transparencia pública, cuando la tónica fue siempre la oscuridad, lo furtivo y el abandono de plano de todas las normas elementales de gestión y control de la cosa pública... Porque más allá de los motivos que adujo, no es posible sostener que otorgar una garantía en tales condiciones y sin respaldo adecuado es algo que atiende dicho interés, pues en tales condiciones y circunstancias la fianza nunca podría funcionar de manera adecuada. Como por otra parte no funcionó ante la aseguradora argentina, quien se negó a efectuar el pago por haber sido emitida a favor del MEF y no del Fideicomiso como correspondía. SE AGREGA ADEMÁS QUE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA No. 143/2021 de fecha 17.06.2021 DESESTIMO EL RECURSO DE CASACION Y MANTUVO FIRME LA SENTENCIA DEL TAP 1 TURNO EN CUANTO CONFIRMO SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA EN RELACION A C., PERO LA REVOCO EN CUANTO LA DECISION DE PRIMER GRADO HABIA DISPUESTO LA ABSOLUCION DE F. L.; A QUIEN TAMBIÉN CONDENO EL TAP.

llamados a responsabilidad política; pero no corresponde el reproche penal pretendido...”¹⁹

55. En la sentencia analizada, la conducta que llevara a cabo el entonces Presidente del BROU Ec. C. no respondió al interés nacional para fundamentar su conducta que disociado del fin público, concedió un aval sin estar en momento alguno inspirado en cometidos o atribuciones principales de la institución bancaria que presidía. No es razón ni fundamento que simplemente se invoque un interés general ni que se lo conceptúe como un concepto abstracto y genérico desde el cual se pueda justificar cualquier tipo de actuación administrativa. Citando la Corporación al Fiscal del caso dijo: *“el abuso del cargo y la arbitrariedad están dados por la instrucción del encausado a sus subordinados en el sentido de ejecutar un acto contrario a los usos y protocolos bancarios, a las buenas prácticas del Banco y a las normas bancocentralistas en cuanto a la obligación de la debida verificación e identificación del cliente. Todo lo cual convierte a la concesión del aval, además de inconveniente y oportuna, en ilegal y arbitraria”*.

Continuó la SCJ: *“...El proceder de AA a todas luces, revela la comisión de un acto arbitrario. La orden impartida al funcionario HH para emitir el aval carece de una fundamentación objetiva. El imputado pretendió basar su decisión unilateral en que la voluntad del Directorio estaba tomada -contando con los votos conformes- algo que, como se expuso, no ocurrió y se procuró sanear una semana después de reunirse el Directorio. Por arbitrario debe entenderse todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que a de servir de base a toda decisión, como desprendido o ajeno a toda razón capaz de explicarlo (FERNANDEZ T. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional. Palestra 1 edic. Lima 2006 pág. 140)... Se actuó sin motivo al ordenarse una operación, sin respaldo*

¹⁹ La sentencia de la Corporación dice además: *“...Por un lado es cierto que la elección de TRAFIGURA para realizar esa actividad de trading no fue precedida de un procedimiento selectivo, lo que -como resulta innegable- supuso la violación de reglas de contratación administrativa y administración financiera públicas (básicamente: de disposiciones del TOCAF). Ahora bien, la inobservancia de dichas reglas de contabilidad y administración financiera pública serán pasibles de generar responsabilidad de otro tipo (administrativa o política) pero no necesariamente responsabilidad penal. Ello porque no puede reprochársele a los integrantes del Directorio haber habilitado este negocio con el propósito de perjudicar a ANCAP..... En este caso no es posible concluir que los Directores hayan obrado con ese propósito de habilitar mediante su voto en el Directorio, el negocio con TRAFIGURA. Antes bien, lo que privilegiaron fue una oportunidad de negocio que, si bien se hizo con irregularidades formales en el plano administrativo, no puede inferirse que haya estado inspirada en un móvil espurio...”*

institucional del órgano legalmente competente para hacerlo en ese momento y se pretendió justificar ese accionar en cuestiones de alta política. El fin perseguido por el imputado pudo ser de “interés nacional” Pero como se sostuvo, no existe una razón justificante de ese proceder anómalo que se pueda justificar en el marco normativo que regía la actividad desarrollada.... Menos puede aceptarse que el motivo para autorizar la operación fuera el beneplácito del MEF... sin contar con los votos necesarios. Precisamente porque el imputado confunde mayorías legalmente exigibles para dictar un acto conforme a Derecho con la razón de hecho que opera como causa de su dictado ...”

La Suprema Corte de Justicia, en este caso, tampoco acepta el error invocado por su defensa; ya que cuando el Ec. C. dice al funcionario HH que contaba con los votos de los Directores en ese momento, **no era un hecho cierto y tal mentira** permite avizorar que el mismo era plenamente consciente de la antijuridicidad de su conducta. Descarta entonces la existencia de un error de prohibición (el destacado en negrilla me pertenece)

56. En cambio. La situación jurídico-fáctica del imputado C. no parece ser ajustable a la situación expuesta en la referencia de hipótesis que viene de exponerse; como mera particularidad de la similitud que pudiera guardar y ser comparable al comportamiento adoptado por el denunciado. Porque en el caso del aval otorgado por aquél imputado, era concedor del carácter ilícito de la orden de concesión que estaba dando a su subalterno, mintiéndole acerca del acuerdo que existía en el Directorio con su otorgamiento y que se procuró obtener expost a los hechos acaecidos. Pero además; el acto del otorgamiento a un cliente; del que no se conocían otros antecedentes ni era por ende de conocimiento de la entidad bancaria, por si mismo generó efectos perjudiciales, ya que no exigía otra autorización que la que fuera dada por el entonces condenado.

El suscrito fiscal no tiene dudas *-allende la discusión jurídica abierta al respecto-* de que el denunciado Dr. C. en su carácter de Presidente, tal como fue sostenido por los denunciantes; debió obtener el acuerdo del Directorio de la ANP y resolver en conjunto como jerarquía máxima de dicho servicio ya que *-sin desconocer la valía de los distinguidos juristas que dieron su versión contraria-* en base a la teoría del

órgano, quien expresa y proyecta la voluntad de la ANP es el Directorio y su Presidente es quien actúa en representación de lo resuelto por la persona jurídica ANP y en nombre de la misma.

Este aspecto como dije; fue observado no solo por los coadyuvantes en su denuncia y por distintos juristas que declararon en la fiscalía al efecto, sino también por el propio Tribunal de Cuentas en su Resolución No. 0910/2022 que aún sus cuatro Ministros en mayoría, acuerdan se tenga presente lo señalado en el Considerando 33) que alude justamente al “asesoramiento” exigido por la ley. Del mismo modo; los tres Ministros discordes, por otros fundamentos y en relación a otros aspectos, tampoco objetaron el punto, observando de la misma forma que la mayoría del Cuerpo; que el asesoramiento no fue legalmente brindado, sino en todo caso, una opinión o dictamen personal de uno de sus miembros. Su Presidente.

57. VIANA REYES expuso que *el abuso del cargo es sinónimo de abuso de funciones o abuso de los poderes funcionales inherentes al cargo... es el mal uso de los poderes otorgados al funcionario en su condición de tal por el ordenamiento jurídico* agregando además que el elemento material se encuentra acotado por *dos referencias subjetivas, verdaderos elementos subjetivos del tipo o del injusto. En efecto, el acto debe cometerse u ordenarse en perjuicio de la Administración o de los particulares y debe además, ser arbitrario..... Para la adecuación de la respectiva conducta, no es bastante con que se cometa u ordene un acto arbitrario, sino que, además, es necesario que se sepa que se lo hace en perjuicio de la Administración o de los particulares, perjuicio cuya efectiva ocurrencia, es, sin embargo, indiferente para la consumación del tipo (en “El Abuso de autoridad genérico” REVISTA DEL INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO PENAL Año II No. 3 Enero Junio 1981 p. 80)*

Delitos como el previsto en el art. 162 CP que cuentan con elementos subjetivos en su descripción típica, no revisten una coincidencia entre el tipo objetivo y el subjetivo, resultando que éste, trasciende a aquél. Son entonces como VIANA REYES los refiere, estructuralmente incongruentes porque se caracterizan por una dirección del motivo o de la voluntad que resulta imprescindible para la configuración del delito (**ob. cit. p. 83**)

Son de tendencia interna trascendente, puesto que la acción tiende a un determinado fin, pero la concreción de este fin, se encuentra fuera del tipo, de modo tal que cuando se materializa la finalidad perseguida, es siempre ocurrente al hecho típico ya consumado. En otras palabras, primero se realiza el acto arbitrario y eventualmente el perjuicio en función del cual se previó desde el ejercicio de la acción típica. Es necesario entonces que el autor además de obrar en abuso de su cargo, lo haga con voluntad de actuar arbitrariamente, que ya sea una referencia normativa de la conducta o una referencia subjetiva de la intención desempeñada; ambas califican al dolo de actuación y exigen de éste un grado de comprensión del injusto el cual debe ser entendido como desvalorado por el enunciado normativo lógico que se encuentra en la disposición penal afectada (el mandamiento de un obrar administrativo, legítimo, leal, transparente, imparcial, etc).

58. MANZINI en su Tratado de Derecho Penal expresa que la abusividad objetiva no es aún suficiente para consagrar el delito de abuso del cargo ya que requiere la arbitrariedad subjetiva que alude al elemento psíquico. La arbitrariedad es un elemento imprescindible en la descripción del delito de abuso, pero debe ser complementada con un ejercicio arbitrario en términos subjetivos. La realización de un acto objetivamente arbitrario, no es la resultante del querer la ejecución de su arbitrariedad porque este es un elemento que califica a la intención y el conocimiento por el agente que mueve su voluntad en sentido de realización de un acto desvalorado por el injusto.

Entiendo que cuando el legislador reguló la comisión del acto arbitrario mediante el abuso del cargo, quiso bien diferenciar, uno del otro. No se refirió al castigo del que obrare con abuso del cargo ni al que realizará u ordenare un acto arbitrario; sino al que ordene o comete un acto arbitrario mediante el abuso del cargo. Son entonces dos elementos bien diferentes, lo que lleva a concluir que puede existir un acto arbitrario que procede adicionalmente de un abuso del cargo, pero no un abuso del cargo que genere un acto arbitrario. Ello porque la arbitrariedad, tanto como el perjuicio perseguido, son esencialmente referencias normativas (tan normativo como el abuso) de carácter subjetivo que exigen no solo el impulso del comportamiento en la producción de un acto con tales características (dolo de

acción o volitivo), sino además el conocimiento de que se ejecuta un acto contrario al derecho, no justificado y por ende, desvalorado en términos de antijuridicidad (dolo cognitivo)²⁰

59. Para apreciar el acto “arbitrario” (infundado, ilógico, incongruente, etc) no puede ser “descontextualizado” de las circunstancias que preceden su comisión. Es más. Ninguno de sus elementos lo puede ser. Ni el ejercicio del abuso, ni tampoco la intención de procurar el perjuicio a la Administración o los particulares.

Este aspecto lo destaco, porque si bien no abrigo dudas en considerar -como dije antes de ahora- que C. violó su deber como Presidente de la ANP de pasar el asunto por el Directorio (ocultando además la tramitación de un acuerdo en marcha) para que fuera éste -como correspondía en el marco de la teoría del órgano- quien pronunciara la voluntad del servicio descentralizado; esta omisión no fue más -ni menos- que formal. Las consecuencias administrativas, civiles, jurisdiccionales, políticas podrán o no sobrevenir como de hecho ya esta ocurriendo.

Pero otra cosa es lo penal.

Incluso aún, el perjuicio; que aún de constatarse, debe ser un perjuicio de connotaciones penales y asido a los demás elementos del tipo (el abuso del cargo y la arbitrariedad del acto ordenado o cometido). De otra forma, es un perjuicio objetivo pasible de acciones foráneas a la agenda punible.

Al mismo tiempo, este decisor tiene la convicción de que, el contexto en que la conducta de todos los imputados fue cometida, partió de fundamentos básicos y de principios. Existía una política gubernamental implementada a través del Poder Ejecutivo; de adecuar la situación de la operativa del Puerto de Montevideo (política portuaria que le es dada por la propia Ley No. 16.246 y 17.243 entre otras) no solo para solucionar a través de las negociaciones amistosas previas a un eventual litigio internacional (dentro del Acuerdo de Inversiones entre la ROU y la U. E Belgo-Luxemburguesa) sino para ajustar al marco legal, lo que sus autoridades entendieron que se venía haciendo equivocadamente por la Administración anterior, regulando en los hechos la operativa de puertos a través de la existencia de dos

²⁰ En igual sentido de VIANA REYES... esos actos serán irregulares o ilícitos -desde el punto de vista del derecho administrativo – pero no serán penalmente típicos. Para que esta adecuación ocurra será necesario que, además de existir el abuso del cargo y la finalidad de perjudicar, concurra también, concomitantemente, la arbitrariedad. (ob. cit. pág. 87)

terminales de contenedores, una de ellas especializada a través de una concesión otorgada (KNG) y la otra como permisario de espacios de almacenamiento y depósito de contenedores en los muelles públicos (M SA) que durante algún tiempo concentró en más del 50% el tránsito de dichas operaciones.

60. *No corresponde apreciar y menos aún juzgar o valorar de cualquier forma, el mérito o conveniencia “acertada o no” que se tuviera por el Gobierno para adoptar tal decisión; pero si; considerar que ello no es nimio a la hora de estudiar la existencia del “dolo” de realización del delito de abuso innominado de funciones cuya incriminación se pretende por los coadyuvantes y se investiga por la fiscalía.*

Porque no es trivial, el hecho de que bajo estas consideraciones de imprimirse un “cambio” a la estrategia en la ejecución de la política portuaria; en el período de la transición del mando, el Secretario de Presidencia Dr. M. T., actuando en representación del Gobierno anterior y con el respaldo del entonces Presidente de la República Dr. T. V. (QEPD) se reuniera dos meses antes de asumir el nuevo gobierno y comenzar las negociaciones con KNG; para sugerirles que en mérito a la verosimilitud que revestía el reclamo del inversor; debía considerarse la posibilidad de negociar y procurar alcanzar un acuerdo, y que ello debía realizarse en condiciones de “confidencialidad” ya que eso se había pactado, se había realizado en otras negociaciones por el gobierno anterior y el manejo de información y documental que podía realizarse, no podía ser transmitida o hecha saber a terceros que no formaran parte de las negociaciones.

61. Así fue conformado un equipo de trabajo para llevar a cabo estas negociaciones, con conocimiento directo del Presidente de la República Dr. L. L. P. quien encomendó al Prosecretario Dr. R. F. en su nombre, al representante por el PE (a quien ratificara tan luego en la Resolución Presidencial No. 401 de 25.02.2021) Don L. A. H. como MTOP actuando también con su subsecretario J. L. O. (encargado de la ejecución operativa dentro de la cartera ministerial) y finalmente en nombre de la ANP, al Dr. J. C.; todos en su carácter de denunciados en la investigación.

Así se siguió la estrategia de obrar en equipo (a diferencia del sistema de las autoridades pasadas donde actuaba personalmente o el Dr. T. o en ocasiones el propio Sr. Presidente T. V. según se declaró) manteniendo durante meses

reuniones semanales o quincenales por zoom (pandemia por medio). Y fue acordado allí como fue dicho, la confidencialidad de todo cuanto se hablara, sin más conocimiento que el que podía tener el propio Presidente de la República o los integrantes del equipo conformado (denunciados) tanto como así fuera hecho otrora e incluso sugerido por el propio Dr. T..

Si bien puede ser objetado -como así lo dije- que como lo sostuviera el consultante Dr. G. -en consideraciones que comparto- debió en lo formal haber existido una declaración de confidencialidad que se analizara y fuera declarada legalmente tal; en concordancia con lo que dispone la Ley de acceso a la información pública No. 18.381; ello es bien un aspecto que podrá tener sus consecuencias en otros ámbitos (administrativo, ante el TCA o político) pero que no decide la suerte de lo penal.

62. La estrategia de negociación había sido diseñada y ordenada por las autoridades el mantener la “confidencialidad” de todo lo que allí se hablaba. Esto no es un detalle menor para un Director Presidente de un organismo que se encuentra vinculado al PE a través del MTOP quien manifestó recoger información portuaria de acuerdo a la experiencia y acceso de información que tenía ya que desenvolvía en la ANP desde hacía años, actuando como vocal desde la administración anterior.

Se entendió así que el “asesoramiento” se daba en cada reunión y en los aspectos temáticos que eran tratados y conversados entre los miembros del equipo. Por supuesto que ese asesoramiento -en mi opinión- no fue cumplido en la forma legal, obteniéndolo de su Directorio, lo que implicaba poner en conocimiento de lo que se negociaba, lo que se había pactado como confidencial y con la posibilidad de que la información trascendiera, pudiendo ello afectar la suerte de la negociación que el gobierno recién entrante, entendía que “si o si” debía alcanzarse.

¿Ello justifica el actuar del Presidente C.?

Repito. En lo administrativo y en lo político; probablemente no.

De hecho, así se encuentran las instancias de debates que se han dado y aún continúan ante otros órganos de la Administración, incluso ya en la órbita del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y con las objeciones al respecto que diera el Tribunal de Cuentas. Pero en el ámbito penal es diferente. Las irregularidades administrativas operan como un indicio de probable ilicitud penal, pero la

antijuridicidad específica en esta área, debe ser comprobada, más allá de las resultancias ajenas a lo penal, que incluso pueden ser adversas a ella.

La omisión de asesoramiento a través del Directorio de la ANP, es un hecho que probablemente pueda implicar en lo formal administrativo un “abuso del cargo” en la medida en que haya existido un “desvío del poder público” ya que C. se sirve de su condición de Presidente para dar por sí y ante sí, el asesoramiento pedido; no solo en el ámbito de las negociaciones que se llevaban a cabo; sino además por expediente cuando así le fue requerido por el PE a través del MTOP, Don H. al Directorio de la ANP y el propio C. así pone de manifiesto tal expresión, en la contestación que le realiza solo con su firma y la de la Secretaria General.

63. ¿Pero allí termina su juzgamiento? No.

Como se dijo antes de ahora, es necesario conocer si ese abuso del cargo, se tornó en la realización de un acto arbitrario (verificado objetivamente) con trascendencia penal; que además sea susceptible de traducirse en un perjuicio cierto a la Administración o los particulares. Porque el abuso del cargo, como ya fue dicho, no es suficiente para tipificar el delito, porque no es lo mismo que lo arbitrario.

Quien abusa de su poder no necesariamente realiza un acto arbitrario en el ámbito jurídico penal, si no persigue la finalidad de querer actuar con evidente falta de fundamento, con irracional disenso en la función y persiguiendo la obtención de un perjuicio a la Administración o particulares. Un obrar espúreo. C. actuaba en la égida de un equipo de negociación que debía mantener unidad, interacción y confidencialidad en las acciones llevadas a cabo; aportando por su parte el conocimiento que tenía desde la ANP, obteniendo información informalmente y manteniendo en conjunto con otros operadores como el propio MTOP acerca del asesoramiento que brindaba.

El mismo, por otra parte no era suficiente como para generar un perjuicio, en tanto si bien es “preceptivo” no resulta “vinculante” al PE; aunque lo dota de mayor fundamentación. De todas formas, ese asesoramiento irregular existió, que es objeto de cuestionamiento extra penal; pero que no resulta suficiente para la tipificación del injusto que se investiga. Y siempre en la postura de entender que de acuerdo a una de las opiniones vertidas por algunos de los especialistas

consultantes jurídicos, este asesoramiento no fue dado en forma (teoría del órgano). No necesariamente compartido por otra postura que consideró que el Presidente podía darlo válidamente.

64. Así las cosas; las condiciones en que la negociación fue ejecutada y la discusión técnico-jurídica acerca del asesoramiento brindado son motivos bastantes para entender que el conocimiento de la antijuridicidad penal estuvo, opacado por la falsa representación de los presupuestos en que C. debía haber dado el asesoramiento. No es que el denunciado, no supiera que el asesoramiento era resorte de actuación orgánica por el Directorio de la ANP (de hecho ya contaba con años de experiencia en la Administración y particularmente como Director vocal); pero vuelvo a repetir que ello no es suficiente para considerar comprobada subjetivamente la conducta.

Ejemplo: si fuera policía, sabría perfectamente que no puede usar su arma de reglamento como si fuera un martillo, dañándola al utilizarla para otros fines o incluso saliendo de caza con ella; porque ello puede suponer un abuso funcional (de finalidad ontológica) pero no necesariamente comete un delito de abuso innominado de funciones pues no amenazó a nadie con la misma comprometiendo el buen nombre de la Administración, conociendo que el acto es (jurídicamente) suficiente para ocasionar un eventual perjuicio a la misma, moral o económico como también a los particulares.

Por ello el abuso de poder que se desprende del cargo que se ejerce, debe ser en sentido objetivo y subjetivo ²¹. Para BAYARDO la arbitrariedad objetiva responde a un abuso del cargo perfilado en una actividad formalmente contraria a la norma que regula la esfera de actividad funcional... Por el contrario, la arbitrariedad subjetiva se concreta solamente cuando el medio abusivo no implica violación de las normas formales reguladoras del ejercicio del acto discrecional... sino cuando el acto se cumple para una finalidad diversa de aquella para la que se confiriera el poder mismo.... Esta forma subjetiva de arbitrariedad... aparece siempre que el

²¹ En este sentido la Dra. Mariana MALET dijo: "...Es tradicional la distinción entre abuso de poder en sentido objetivo y en sentido subjetivo. El primero se da cuando el acto es sustancial y formalmente contrario a las normas reguladoras de la actividad funcional del sujeto que lo hace para cometer el hecho incriminado. Pero puede ocurrir que sin violar formalmente las normas legales para el ejercicio de su actividad, se produzca el acto de abuso de poder porque se realiza con un fin distinto a aquél para el cual fue conferido el poder. De ahí el sentido subjetivo del abuso, que sólo puede conocerse cuando se sabe la intención del sujeto. Este tipo de desviación de poder es frecuente cuando se sustituye el interés público por el privado..." (MALET VAZQUEZ M. "La Corrupción en la Administración Pública" Aproximación a la Ley 17.060 Normas referidas al uso indebido del poder público. Edit. Carlos Alvarez. Mvdeo. Año 1999 p. 114)

funcionario público -aun actuando en las condiciones formales previstas por la ley para el ejercicio de su poder discrecional- ordena o comete un acto, con un fin diverso de aquél en vistas del cual le fuera confiado el respectivo poder discrecional **(BAYARDO BENGOA F. en DERECHO PENAL URUGUAYO Tomo IV Parte Especial Vol. 1 Editorial JVS. Mvdeo año 1971 p. 218)**

65. Como lo dijo el Prof. PREZA es obrar bajo un dolo de propósito. Si el desborde funcional es producto de un cumplimiento extremadamente riguroso del deber, pero no deviene un acto arbitrario, no se podrá imputar el delito **(Cfme. PREZA RESTUCCIA Dardo. ADRIASOLA Gabriel y GALAIN Pablo en DELITOS ECONOMICOS Editorial Bdef Mvdeo-Buenos Aires. Año 2004 p. 334)**

Porque la disciplina administrativa y la penal es cierto que se nutren de principios similares, pero en sustancia diferentes por lo que, lo que pueda constituir un abuso en lo administrativo, no ha de ser siempre una conducta penalmente relevante. Como se expresara por ALLER y LANGON (en citas a CARRARA)... lo dicho deja en evidencia la laxitud de la conducta que se alude por el abuso de funciones, al punto tal que varios autores reconocen la imposibilidad de describir acabadamente, y en forma estricta, el ámbito del injusto reprochable. Si la parte objetiva del tipo no puede ser adecuadamente descrita, entonces sólo resta abocarse a la subjetiva, en la que obviamente se requiere la representación de un fin ilícito, pero priorizando la presunción de culpabilidad que no ha podido ser imputada a un tipo penal específico y se le carga a la cuenta del agente una presunción genérica de culpabilidad dejando entonces al descubierto que, en efecto, se trata de un rechazable tipo penal de autor ²².

66. El Prof SILVA FORNE ha dicho: "...el elemento esencial de esta figura delictiva, que es la referencia subjetiva mencionada, esto es, que además de la ilicitud administrativa que resultare del abuso del poder conferido por el cargo, el actuar funcional busca deliberadamente un fin espurio, persiguiendo o aceptando

²² Conforme en MIGUEL LANGON y GERMAN ALLER. "CRIMINOLOGIA y DERECHO PENAL I" Ediciones Del Foro. Mvdeo. 2005 p. 48. Destaco al respecto TAP 4 Turno en Sentencia 562/2018 entre otros tópicos: "...El referido accionar podrá reputarse de poco transparente, osado en cuanto a lo necesario de la actividad en su segunda etapa e incluso de descuidado respeto de las normas generales del buen administrador público, lo que no corresponde ser evaluado por el Tribunal, pero no resulta ilícita en el marco legal vigente... En suma... aún tomando como válida esta hipótesis y teniendo en cuenta la inadecuada administración realizada, no se configuraría el delito de abuso de funciones por falta de tipicidad de su conducta, al no relevarse el dolo y porque no actuó en abuso de su cargo el gerente de ANCAP..."

conscientemente el perjuicio para la Administración o los particulares, lo que hace que el acto sea arbitrario, agravando sustancialmente la conducta y habilitando su persecución penal... Por lo tanto, para que pueda existir adecuación de la conducta al tipo penal descrito en el art. 162 del Código Penal, no resulta suficiente que el funcionario público actúe con abuso del poder conferido por el cargo que ocupa, sino que es necesaria una visión subjetiva respecto de su actuar, ya que debe verificarse la voluntad de hacerlo de manera arbitraria. A su vez, el agente debe tener conocimiento de que actúa en perjuicio de la Administración o de los particulares (BASAISTEGUI ITTE Algunas reflexiones respecto al abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley cit. p. 159)... Al respecto, hemos sostenido que se trata de “supuestos delictivos que requieren un elemento subjetivo del tipo consistente en una particular intención determinante del sentido, dado que su faz objetiva no satisface los extremos requeridos para que ellos adquieran o completen el sentido del tipo. Y este elemento a su vez, debe extraerse “...de los elementos contextuales que emergen del acervo probatorio de cada causa, analizando éstos a través del prisma de la racionalidad-arbitrariedad del motivo declarado (...)” **(en consulta remitida a la Rte Nacional Bettiana Díaz con fecha 3.06.2022 ps. 9, 11, 12)**

67. El dicente comparte en términos generales, el prolijo desarrollo temático que ha realizado el citado profesor SILVA con acopio de valiosa doctrina y jurisprudencia para el desarrollo del delito en cuestión (art. 162 CP) así como las consideraciones vertidas en torno al desarrollo del citado tipo penal. También debe anotarse que las conclusiones que extrae del memorándum en consulta son a partir de los hechos que se ventilan en la fundada denuncia realizada por los coadyuvantes y que vista la misma, podría llegarse a igual conclusión.

Malgrado ello; el contexto situacional de la información llegada a la fiscalía en el marco de la investigación preliminar -de la que no dispone el citado profesor- permite aventurar otra dimensión de sentido para la extracción de valor que este fiscal debe obtener; para saber si se encuentra en condición de litigar satisfactoriamente con visos de poder obtener un juicio ganancioso. Es cierto que, con la información disponible de la denuncia, las conclusiones podrían ser las

vertidas por el citado autor, pero esos hechos han sido sometidos a un estándar de comprobación con información agregada que ha permitido concluir en los hechos que vienen de exponerse.

Por ejemplo el aspecto del asesoramiento que es el acto más visible y ponderable de valorar en torno a su arbitrariedad, aparece cuestionado en tal condición, no solo jurídicamente por la posición valiosa de profesores en derecho constitucional y administrativos que entienden bien dado el asesoramiento (incluso por el propio Dr A. gerente de jurídica de ANP y cuyo testimonio eventual en juicio no podría ignorarse) sino por otra parte; respaldado por consultantes egregios que opinaron - *el suscrito como ellos*- que el asesoramiento requería el pronunciamiento del Directorio de la ANP en mérito a la tan citada teoría del órgano. Igual posición que por fundamentos diversos, sostuvo a la postre el Tribunal de Cuentas en posición de los Ministros en mayoría y discordes.

68. Pero lo cierto es que; al final del día, la información no solo limita la posición de la fiscalía en torno al empleo que no puede hacer de los citados **consultantes en juicio** (ni aún como testigos expertos) no solo porque *sus opiniones son asesoramientos o asistencia en lo técnico de quien los contrata y que se consolidan con la parte que les propone* (Cfme **CARDINAL F** y **KLETT S** en “**El informe del asesor técnico de la parte. Su naturaleza y valoración. IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal 11 a 13 Abril 1997 Edit Universidad Mvdeo 1997 p. 212. Así también en CODIGO GENERAL DEL PROCESO AAVV Editorial Abaco Tomo 5 1998 pág. 329**”) sino porque además, así lo ha sostenido en distintas sentencias la SCJ (1634/2017 de 16.11.17)... *las consultas no constituyen prueba. Son estrictamente actos de alegación y como tales deben considerarse... los especialistas, estrictamente, no están haciendo doctrina cuando evacuan una consulta, sino dando una opinión jurídica a pedido de parte, sobre un caso concreto...* también el TAC 2° en sentencia 124/2014 *un informe de parte no constituye un medio de prueba sino un simple acto de alegación....*(también en sentencias TAT 1° 89/2020) *En síntesis: si la consulta es un alegato de parte con idéntico contenido que los actos de proposición de la parte que los agrega y se*

integran a dichos actos de proposición como una unidad, el abogado consultante asesora y asisten en forma profesional a la parte que lo contrató

Esto determina que las consultas no son más que insumos de información, opinables por cierto; de lo que podría ofrecerse como dato jurídico al juez en actos de alegación; contando también con la posición contraria que no solo legitima al asesoramiento prestado, sino que su complejidad jurídica reviste connotación a la hora de la comprensión normativa de la ilícitud en que se orienta el dolo cromático propio de la culpabilidad y el error por apreciación jurídica que sobre el mismo incurriere su autor. Y ya sea como *dolo total cognitivo*, comprensivo de este aspecto (propio de la culpabilidad) o como apreciación que dirige el obrar intelectual de la conducta, la figura aparece disuelta ya desde su tipicidad, ya desde la culpabilidad, impidiendo aún con un delito descriptivamente cometido, su reprochabilidad penal y con ello; la punibilidad.

8. CONCLUSIONES

En función de los argumentos expuestos, este Fiscal entiende que la información agregada y la que pudiere obtenerse a esta altura de la instrucción (aún la requerida en la segunda ampliación de la denuncia), no permite corroborar los extremos de la teoría del caso, aunque si concluir; que las conductas que se pretenden imputar; carecen de relevancia jurídico penal, no encontrando elementos para la configuración objetiva ni subjetiva del tipo requerido.

En efecto, no se trata de los hechos imputados (*firma del acuerdo del 25.02.21 y ausencia de asesoramiento por el directorio de la ANP*) que son “admitidos” por los indagados, sino de las connotaciones típicas de las conductas que además fueron realizadas en el contexto de una decisión de conveniencia y oportunidad, en el marco de la política portuaria, cuyo establecimiento y control de ejecución, se asigna al PE (art. 7 de la Ley No. 16.246).

Por supuesto que ello, no les exonera del cumplimiento de la ley, de obrar en el marco de su competencia y de articular otros principios fundamentales como el de la libre competencia regulada y las actividades monopólicas que deben ser prevenidas de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República. Aquí es donde a juicio

del dicente, se asienta el problema del análisis jurídico del punto, en tanto los actos cometidos siguieron un trámite de desarrollo en el contexto de determinadas decisiones de mérito y oportunidad (*aspectos que refieren a los motivos que fundamentan la adopción de decisiones administrativas siempre dentro del marco de la legalidad*), que ofrecen ambigüedad suficiente como para establecer una razonable certeza de culpabilidad.

La información que fuera recibida a lo largo de esta instrucción, dio cuenta de una política gubernamental implementada a través del Poder Ejecutivo; respecto de adecuar la situación de la operativa del Puerto de Montevideo (*política portuaria que le es consagrada por la propia Ley No. 16.246 y 17.243 entre otras*) y cuyos agentes ejecutores fueron los indagados. Es por ello, que resulta inescindible, separar la decisión de mantener la confidencialidad para la conformación del acuerdo, de la conducta llevada a cabo por el indagado C. en prescindir de la opinión del resto de los directores de la ANP; cuando ya se había pactado previamente esta forma de negociación, desde instancias previas a la asunción del mando por las nuevas autoridades, que fueron transmitidas por el otrora Secretario de Presidencia Dr. T. Esto obedece al principio de unidad delictual (art. 59 CP)

Pese a ello; reitero que, en mi opinión, el asesoramiento no fue correctamente brindado en el plano formal, tal como lo manifestaron los coadyuvantes denunciados y alguno de los consultantes interrogados. Pero resulta necesario tener en cuenta que la omisión de noticiar a los demás directores de las gestiones que venía cumpliendo, debe leerse en el contexto de la confidencialidad que también había sido dispuesta para los demás imputados, quienes representaban al PE, a la Presidencia de la República, al MTOP y a la ANP. Estos aspectos deciden la consideración de elementos subjetivos como el dolo típico y la exigibilidad de un comportamiento alternativo, aunque puedan existir válidos cuestionamientos a la forma de gestionar el acuerdo celebrado con KNG.

Por todo lo expuesto y lo dispuesto por el art. 98 del CPP, se procederá al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 99 eiusdem.

Montevideo, Noviembre 28 de 2022.

