



TRIBUNAL DE CUENTAS

RES.0910/2022

RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS
EN SESION DE FECHA 30 DE MARZO DE 2022
(E. E. N° 2021-17-1-0004433, Ent. N° 0166/2022)

VISTO: las actuaciones remitidas por la Administración Nacional de Puertos (ANP), relacionadas con la modificación del Contrato de Gestión de la Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo, oportunamente suscrito con la empresa Terminal Cuenca del Plata S.A.;

RESULTANDO: 1) que el artículo 20 de la Ley 17.243 de fecha 29/06/2000, autorizó a la ANP a participar, conforme lo establecido en el inciso tercero del artículo 188 de la Constitución de la República, en una sociedad con capitales privados, para la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo. Asimismo, estableció que: **a)** la participación se efectuaría por intermedio de una sociedad anónima, constituida al efecto por la Corporación Nacional para el Desarrollo, y que el capital correspondiente a los inversores privados sería representado por acciones al portador, reservándose a la reglamentación que dictaría el Poder Ejecutivo las condiciones de emisión y de subasta u oferta pública en el mercado de valores, y **b)** la correspondiente participación de capitales privados sólo procedería una vez instrumentado el acuerdo entre la referida sociedad y la ANP;

2) que a los efectos de lo establecido en el literal **a)** del numeral anterior, se constituyó una sociedad anónima de derecho privado, denominada Terminal Cuenca del Plata S.A., cuyo capital está representado por dos tipos de acciones, el 80 % perteneciente a la Serie A y el 20 % a la Serie B. Con fecha 25/4/01, el Poder Ejecutivo reglamentó la referida



TRIBUNAL DE CUENTAS

ley, a través del Decreto 137/001, el que aprobó el Régimen de Gestión de la referida Terminal;

3) que efectuada la subasta pública, Nelsury S.A., perteneciente al grupo belga Katoen Natie (en adelante KNG) resultó adjudicataria de las acciones de la Serie "A", y con fecha 12/06/2001 se suscribió el correspondiente Contrato de Gestión entre ANP y Terminal Cuenca del Plata S.A, para la gestión de la Terminal Especializada de Contenedores de Montevideo, para su explotación integral a través de una concesión, por el plazo de 30 años;

4) que con fecha 25/07/2001, este Tribunal controló preventivamente las actuaciones que vienen de relacionarse y acordó no formular observaciones, concluyendo que el procedimiento administrativo sustanciado fue ajustado a Derecho;

5) que con fecha 15/10/2019, Katoen Natie Group notificó al Poder Ejecutivo (Presidencia de la República), la existencia de una disputa entre dicho Grupo y el Estado Uruguayo, de acuerdo al Tratado entre la República Oriental del Uruguay y la Unión Belgo-Luxemburguesa en materia de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (en adelante Tratado), relativa a sus inversiones en la concesión de referencia. De la referida notificación surge que, en el marco de lo dispuesto por el artículo 11 del Tratado, se incluye el "memorándum detallado" que la norma exige a efectos de dar inicio al mecanismo de "Consultas amistosas", para solucionar la disputa, evitar un arbitraje reparando los perjuicios causados y prevenir mayores daños a las Inversiones de las Compañías KNG;

6) que en el referido memorando se expresa, en lo sustancial, que:

6.1) el Concesionario gerencia, opera y desarrolla la Terminal Especializada de Contenedores en el Puerto, siendo dicha Terminal la única área del Puerto que utiliza grúas pórtico montadas sobres rieles. En el momento de realizar sus inversiones, se creyó que se estaba obteniendo el derecho a operar la única



TRIBUNAL DE CUENTAS

terminal de contenedores de este tipo dentro del Puerto, y que la legislación portuaria aplicable se cumpliría cabalmente a lo largo de la concesión, de forma que la explotación de la Terminal se realizaría en régimen de libre competencia con los demás operadores portuarios domésticos trabajando en los muelles públicos del Puerto, que usan grúas móviles sobre neumáticos para manipular contenedores en el área general del Puerto (muelles públicos);

6.2) desde el año 2009, con posterioridad a la subasta internacional para una segunda terminal especializada de contenedores en el Puerto, a la que no se presentó ningún proponente, la situación evolucionó gradualmente en contra de los intereses de KNG, en razón de que Uruguay ha concedido espacios públicos a terceros permitiéndole, de esa manera, ocupar y explotar espacios públicos de forma permanente (con la consecuente exclusión de otros operadores), y construir edificios e infraestructura sin ningún tipo de contrato o proceso competitivo previo, creando así de facto una segunda terminal de contenedores;

6.3) conforme lo dispuesto por la Ley 17.243 y su Decreto reglamentario N° 137/001, se estableció que el propósito era el desarrollo de la Terminal por el concesionario para posicionar al Puerto como puerto de trasbordo, sin perjuicio de la competencia -prevista en dicha normativa- con los muelles públicos. Ello sólo es posible si la competencia con los muelles públicos se realiza en el marco de las normas existentes (cumplidas estrictamente) y sin una segunda terminal subsidiada con costos muy inferiores a los de TCP;

6.4) de acuerdo con el artículo 4.2 del Decreto 137/001, reglamentario de la referida Ley y su remisión al Decreto 344/996 de 28/8/96 (Decreto de Divulgación Veraz de Información Esencial), dentro de la información que se suministró a los potenciales oferentes se encontraba el Plan Maestro de 1999, como el marco de planificación, según el cual el Puerto se dividiría en áreas especializadas, con una terminal especializada de contenedores que estaría dedicada a operar la mayor parte de los contenedores que pasaran por el



TRIBUNAL DE CUENTAS

Puerto, bajo el nuevo marco legal creado y la legislación portuaria vigente (Ley 16.246, Decreto 412/992, Decreto 57/994, Decreto 183/994);

6.5) en el artículo 1° del Régimen de Gestión se estableció como objetivo: “a) lograr que la Terminal preste servicios de alta calidad, confiables y al mínimo costo para el usuario final, favoreciendo a su vez el desarrollo del comercio exterior del Uruguay, b) posicionar en el ámbito regional al Puerto de Montevideo como Puerto de trasbordo de las cargas con origen o destino internacional”. Asimismo, el artículo 3.2 dispuso que “la gestión de la Terminal apuntará a posicionar al Puerto de Montevideo como Puerto de trasbordo regional, en condiciones de competir con las terminales de otros países, así como complementarse en los puertos fluviales, para la captación de cargas al tránsito o trasbordo con origen o destino regional”. Estas disposiciones, entre otras, articulan el objetivo superior establecido en el artículo 20 de la Ley N° 17.243. El objetivo de posicionar la Terminal Especializada de Contenedores de manera tal que el Puerto pueda convertirse en un Puerto de “trasbordo” para movimientos de contenedores, es “la guía rectora para la actuación del contratista (o sea TCP) y el Estado”,

6.6) con fecha 13/10/08, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto 482/08. Dicho Decreto, al igual que los Decretos 533/993, 534/993 y 40/007, crea tarifas para puertos en Uruguay, adicionales a aquellas contenidas en el cuerpo tarifario general, incluyendo la de áreas adyacentes a muelles y la de costos de almacenaje para carga en las playas, aplicable a “grandes volúmenes de carga, equipos y/o grúas de operadores, vehículos o maquinaria auto - propulsante”. La definición de esta tarifa expresamente excluye contenedores. Luego de la frustración de la subasta para la segunda terminal de contenedores, la ANP ha usado el Decreto 482/08 como medio para favorecer inadecuadamente a un tercero en las áreas públicas del Puerto;

6.7) a partir de que resultó frustrada la convocatoria, al amparo de la Ley N° 18.530 de 2009 y para constituir una sociedad anónima para construir, administrar, mantener y explotar una nueva terminal de contenedores en el



TRIBUNAL DE CUENTAS

Puerto por un período de 30 años, el Estado le ha concedido espacios a un tercero por medio de la aplicación indebida del Decreto 482/08 (bajo un régimen que fue originalmente diseñado para una ocupación temporal, por períodos cortos) otorgando continuas renovaciones, en violación de la normativa aplicable;

6.8) ello ha permitido que se ocupen y exploten permanentemente áreas comunes del Puerto, construyendo edificios, instalaciones eléctricas y otra infraestructura, y realizando obras sin ningún tipo de contrato, proceso licitatorio, ni respeto por los requisitos legales aplicables, promocionándose públicamente como una terminal de contenedores con utilización exclusiva de los espacios públicos dentro del Puerto de Montevideo;

6.9) la ANP ha desconocido totalmente la Ley de Puertos N° 16.246, cuyos artículos 11 a 13 establecen que solo podrá otorgar a los privados infraestructura portuaria exclusivamente mediante tres títulos de uso: concesión, permiso o autorización, y siempre con la autorización del Poder Ejecutivo. Asimismo ha desconocido los Decretos 57/994, 412/994 y 183/994 que la regulan. A la fecha, la ANP se ha arrogado la facultad de otorgar espacio portuario de forma discrecional y sin control de ningún tipo, apartándose de las referidas normas,

6.10) adicionalmente, en los últimos tiempos el Gobierno de Uruguay a través de la ANP ha realizado diversos cambios al Reglamento de Atraque, permitiendo a los buques portacontenedores que arriben a los muelles públicos y desplazando a los de otras cargas, causando así un enorme perjuicio a la Terminal Especializada de Contenedores. Estas reglas profundizan los cambios que se han estado imponiendo para beneficiar el movimiento de contenedores en los muelles públicos, donde los buques portacontenedores ahora pueden atracar cuando llegan, con prioridad sobre y en perjuicio de todos los demás buques;

6.11) en definitiva, KNG expresa que si se acepta solucionar la presente disputa en forma amigable, el Estado uruguayo debería: a) designar un



TRIBUNAL DE CUENTAS

representante o delegación autorizada para discutir todos los temas pertinentes y negociar la total y final solución a la disputa, b) comprometerse a trabajar con los inversores de buena fe para encontrar una solución en un plazo no mayor al período de consulta de seis meses, conforme lo dispuesto por el artículo 11 del Tratado, c) cesar todas las acciones que son contrarias a sus obligaciones frente al Tratado, el Derecho Internacional, el Derecho uruguayo y los demás compromisos asumidos por el Estado, y d) brindar acceso a los inversores a todos los estudios portuarios técnicos, datos, información y todo otro documento relevante sobre los cuales se basa el Estado para justificar el otorgamiento de un trato preferencial a terceros operadores de las áreas comunes del Puerto;

7) que a raíz de la notificación del diferendo, se celebraron dos reuniones documentadas en Actas N° 1 de fecha 6/05/20 y N° 2 de fecha 20/08/2020 (que obran en el expediente remitido), tal como se expresa en el Resultando XI) del Decreto N° 114/021 de fecha 21/4/21: *"...en dicho contexto, la República Oriental del Uruguay entabló una serie de negociaciones amistosas con la finalidad de superar el diferendo con las Compañías KNG e impulsar un acuerdo de inversiones de ampliación y modernización de la Terminal Especializada de Contenedores en beneficio del Puerto de Montevideo y del país";*

8) que por Resolución del Poder Ejecutivo N° CM/401 de fecha 25/2/21, se aprobó el Acuerdo para poner fin al diferendo referido, en los términos que surgen del proyecto de Acuerdo que luce adjunto a dicha resolución, y que en síntesis establece:

8.1) en su parte expositiva se establece que el diferendo planteado versa sobre los perjuicios ocasionados al Grupo Katoen Natie debido a la concesión por parte de la ANP de infraestructura pública a operadores privados dentro de los recintos portuarios, en supuesta contravención de lo dispuesto en el artículo 11 apartado B de la Ley N° 16.246 de fecha 8/4/92 y del artículo 72 del Decreto N° 183/994 de fecha 28/4/94, valuados por el grupo Katoen Natie en un monto



TRIBUNAL DE CUENTAS

estimado en el entorno de U\$D 1.500 millones (dólares estadounidenses mil quinientos millones);

8.2) en el marco del entendimiento alcanzado, el grupo Katoen Natie se compromete a renunciar a las reclamaciones contra el Estado uruguayo en el marco del Acuerdo, así como a realizar inversiones por un monto de U\$D 455 millones, las que contribuirán al crecimiento y mejoramiento de la Terminal Cuenca del Plata y a reducir las tarifas aplicables a sus servicios;

8.3) en consideración de lo anterior, el Estado uruguayo entiende conveniente otorgar a TCP una extensión del plazo de la explotación de la terminal especializada de contenedores, así como realizar ciertas modificaciones de actualización de normativa en el marco aplicable a la actividad portuaria;

8.4) dado el tiempo transcurrido desde la aprobación del Régimen de Gestión aplicable a la Terminal, así como del Reglamento de Operaciones Portuarias vigente a la fecha y aprobado mediante el Decreto N° 183/994, se entiende conveniente realizar modificaciones tendientes a la modernización y al aumento de la productividad de la Terminal;

8.5) asimismo, se considera que la reducción de las tarifas a aplicarse por TCP redundará en una mayor competitividad de la Terminal en un contexto regional;

8.6) se entiende conveniente a los intereses del Estado poner fin al diferendo existente con el grupo Katoen Natie, en consideración de los importantes costos y demoras asociados a la instancia arbitral que podría iniciarse en el marco del Acuerdo, sin que ello implique un reconocimiento por parte del Estado uruguayo de la eventual jurisdicción de un tribunal arbitral sobre la disputa o de los argumentos de fondo esgrimidos por el grupo Katoen Natie;

9) que en dicho Acuerdo, suscrito en idéntica fecha de la resolución citada, se efectúa una relación de antecedentes, reseñando que los acuerdos a los que se ha arribado consagran: **a)** el restablecimiento de la operación portuaria en cumplimiento de las normas vigentes y de aquellas que rigen la actividad concedida a Terminal Cuenca del Plata SA, **b)** la extensión del plazo de la concesión en consideración de la realización de una



TRIBUNAL DE CUENTAS

muy significativa inversión en la Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo, **c)** la actualización de ciertos aspectos de la normativa vigente, incluyendo una rebaja de tarifas por parte de TCP, **d)** la renuncia por parte de las Compañías KNG al reclamo internacional anunciado en la notificación de 15/10/19, y **e)** la finalización de los litigios entre las Partes y con la ANP;

10) que en la cláusula tercera del documento se detallan los Acuerdos alcanzados, entre los que se destacan:

10.1) Aspectos operativos:

- (i) ANP solo podrá dar en uso la infraestructura pública a operadores privados dentro del recinto portuario únicamente en los términos establecidos en el artículo 11 B) de la Ley 16.246 y en consonancia con lo establecido en el Reglamento de Operaciones Portuarias vigente mediante el Decreto N°183/994;
- (ii) la ANP solo asignará espacios públicos dentro de los recintos portuarios dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 11, apartado B de la Ley 16.246 y del artículo 72 del Decreto 183/994, debiendo comenzar a instrumentar desde la firma del Acuerdo el cese de la utilización de espacios públicos bajo el régimen que se denominará de “almacenaje”, otorgado en varias áreas del Puerto, dentro de un plazo máximo de ciento ochenta días a contar de la firma del Acuerdo;
- (iii) a los efectos de la correcta aplicación de la Ley de Puertos y de su Reglamento de Operaciones Portuarias – Decreto 183/994 - la ANP decretará el atraque de los buques que arriben al Puerto según su carga, conforme al Reglamento de Atraque. En el caso de carga de contenedores, la ANP decretará el atraque a la Terminal Especializada de contenedores concedida conforme al artículo 20 de la Ley N° 17.243 de 29/6/00;
- (iv) en materia de contenedores y a los efectos de la correcta interpretación del artículo 72 del Decreto 183/994, se considerará que dicha Terminal se encuentra ocupada cuando no pueda garantizar el atraque dentro de las 24 horas siguientes al decreto de atraque. La ANP solamente podrá decretar el



TRIBUNAL DE CUENTAS

atraque de buques en los muelles generales en los casos establecidos en forma expresa en el Reglamento de Operaciones Portuarias (Decreto 183/994), conforme al Reglamento de Atraque que aprobará el Poder Ejecutivo;

(v) los muelles públicos en el recinto portuario serán de carácter multioperador, multipropósito y estarán destinados a garantizar y complementar las operaciones de las terminales especializadas, en concordancia con la Ley 16.246 y sus Decretos reglamentarios, debiendo la ANP garantizar la operación completa a todo buque o barcaza por la cual se le haya decretado muelle no permitiéndose su desplazamiento en desmedro de otro buque, salvo condiciones excepcionales establecidas en el Reglamento de Operaciones Portuarias;

10.2) Contrato de Gestión y otros aspectos vinculados a TCP. El contrato de Gestión será modificado en los términos siguientes:

- a) se acuerda una extensión del plazo de la concesión en 50 años a partir del vencimiento del plazo actual;
- b) considerando la regularización de la normativa legal aplicable ya descrita, TCP deberá realizar las inversiones detalladas en el Acuerdo y las Compañías KNG renuncian a los reclamos anunciados en la notificación del Diferendo;
- c) el plazo de extensión establecido, tiene asimismo como contrapartida, las inversiones comprometidas y detalladas, respecto a las cuales las Compañías KNG presentan un cronograma indicativo de realización de las Obras, debiéndose incluir el cronograma definitivo en el Proyecto Ejecutivo Final a presentar a ANP para su aprobación;
- d) la Administración se compromete a desocupar el área utilizada por el Servicio de Balizamiento de la Armada, que pertenece a ANP, la que pasará a integrar el área de la concesión de TCP como parte del acceso de camiones llamado "Acceso Washington". A su vez, se compromete a que, en caso de desafectarse los Depósitos A y B y adyacencias de la Armada, pasarán a integrar el área concedida,



TRIBUNAL DE CUENTAS

- e) Marco Jurídico. Interés General. Protección de la inversión. Derecho de la competencia: se establece que, en el ámbito de la competencia regional y la necesidad de generar economías de escala que permitan darle competitividad al Puerto de Montevideo y sus áreas de influencia, las operaciones de contenedores estarán concentradas en las áreas y muelles especializados conforme a lo establecido en el artículo 72 del Decreto 183/994, no permitiéndose la autorización ni la instalación de grúas pórticos y/o equipamiento que signifique la especialización en contenedores fuera de las mismas. No se otorgarán nuevas concesiones, ni permisos ni autorizaciones, para la instalación y explotación de una Terminal de Contenedores Especializada, durante la vigencia de la concesión, salvo que los movimientos de contenedores en TCP superen el 85 % en promedio anual de la capacidad de la Terminal por dos años consecutivos. Esta condición de capacidad no podrá ser ejecutada mientras se desarrolla la construcción del proyecto acordado en el presente acuerdo. La nueva Terminal que pudiera concederse en la hipótesis anteriormente prevista deberá cumplir con las mismas condiciones de canon, mismos mínimos de captación de demanda y realizar inversiones al menos proporcionales a las de la Terminal. Culminada la obra de expansión, el Contratista deberá presentar en su Informe Comercial un estudio de capacidad a su cargo, realizado por una consultora internacional de reconocida experiencia técnica, el cual deberá ser actualizado cada 5 años;
- f) TCP se obliga a atender la demanda mínima establecida en el Régimen de Gestión, siendo el incumplimiento imputable a TCP durante 5 años consecutivos causal de rescisión;
- g) ANP se obliga a un dragado que asegure operación de buques con una profundidad de hasta 14 metros;
- h) TCP se compromete a una reducción tarifaria cobrando libremente por los servicios a los usuarios, según la estructura de precios y hasta los valores fijados en el nuevo Régimen de Gestión;



TRIBUNAL DE CUENTAS

i) en la búsqueda de la eficiencia energética y promoción de energías renovables, TCP podrá instalar molinos de viento en el área de Puntas de Sayago, para lo cual ANP otorgará libre de gravamen y costo el espacio físico para su ubicación. La totalidad de la energía generada por los molinos será deducida directamente de la energía consumida por la Terminal en términos de kWh. TCP, UTE y la ANP procurarán formalizar un acuerdo que dé cumplimiento a lo dispuesto;

10.3) el Acuerdo incorpora nueve Anexos que son parte integrante del mismo: Anexo I – Reglamento de Atraque; Anexo II – Descripción de la inversión; Anexo III: Área de concesión; Anexo IV: Reforma de Estatutos; Anexo V – Esquema de rebaja de tarifas a exportadores; Anexo VI – Procedimiento de resolución de controversias; Anexo VII – Acta 1 y 2; Anexo VIII – Notificación de 15 de octubre de 2019; y Anexo IX Nuevo Régimen de Gestión;

11) que con fecha 07/04/2021, el Ministro de Transporte y Obras Públicas solicitó a la ANP el asesoramiento preceptivo respecto de la instrumentación de la prórroga del plazo contractual a Terminal Cuenca del Plata S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 377 de la Ley N° 19.355 de 19 de diciembre de 2015. Dicha prórroga implica la ampliación y modernización de la Terminal Especializada de Contenedores bajo el régimen de administración, construcción, conservación y explotación de la mencionada Terminal;

12) que con fecha 11/4/2021, la Gerencia del Área Comercialización de ANP aportó un estudio de conectividad y equipamiento portuario, informando entre otros aspectos que:

12.1) en materia de tendencia de buques portacontenedores, la brecha de conectividad puede ser una variable muy relevante para los puertos, en un escenario donde el 90 % de la mercadería se concentra en 10 compañías líderes a nivel global,



TRIBUNAL DE CUENTAS

12.2) los argumentos de esta inversión están basados en mega buques con esloras de 400 metros y capacidades de transportación que van de 15 a 23 mil TEUS,

12.3) el ingreso al mercado de los barcos en construcción se está dando en el ejercicio 2020 y existe un número importante de buques de gran porte afectados al negocio de contenedores, los que serán entregados en el segundo semestre de 2021, siendo este un elemento a considerar en los próximos años,

12.4) a efectos de informar respecto a la tendencia en equipamiento para buques portacontenedores, se explicitan ejemplos de puertos y terminales a nivel internacional con equipamiento para mega buques portacontenedores, detallándose en cada caso la incorporación y adaptaciones, de distintas grúas pórtico para atender la carga de mega buques portacontenedores;

12.5) mientras los mega buques portacontenedores ingresan al mercado y se encuentran en construcción, expertos señalan que puede ser el principal factor para el futuro de los puertos y el establecimiento de rutas. Ello determina que aquellos puertos que tengan la capacidad para recibir buques de gran capacidad se convertirán en los principales *hub* de la región;

12.6) es vital que la conectividad y la infraestructura se desarrollen en conjunto, impulsando el modo ferroviario, las hidrovías y el acceso a los puertos. La atención de los mega buques con esloras de hasta 400 metros y operaciones que superen los 18.000 contenedores, serán el objetivo de las inversiones de terminales;

12.7) las acciones que se adopten deben contribuir a la mejora de la conectividad, lograr economías de escala y continuar un proceso que posicione a Uruguay como *hub* regional para la llegada de los buques de gran porte. La ANP ha trazado una política de profundización de su calado que se acompaña con obras civiles públicas y privadas en los diferentes muelles y negocios del puerto, con un horizonte de mediano y largo plazo;

13) que por Informe N° 113/2021 de fecha 11/4/21, la Gerencia del Área Jurídico Notarial de ANP se pronunció respecto de la



TRIBUNAL DE CUENTAS

instrumentación de la prórroga del plazo contractual a Terminal Cuenca del Plata SA, expresando que:

13.1) la Ley de Puertos N° 16.246 en su artículo 7 estableció 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;

13.2) la misma norma le ha asignado al Directorio de la ANP 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;

13.3) en tal sentido, la Ley N° 19.355 en su artículo 377, previó la posibilidad de prorrogar las concesiones portuarias por Resolución del Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la ANP, siempre que se cumplan los siguientes supuestos:

a) que se realicen nuevas inversiones que impliquen la prestación de nuevos servicios, ampliación de las ya existentes o realización de obras, aun cuando no estén vinculadas a la concesión originaria, pero impliquen un mayor provecho económico y estratégico de los medios técnicos e inversiones destinados al desarrollo portuario y que guarden razonable equivalencia con las exigidas en el contrato original; y b) que aseguren una dotación de personal nacional en relación laboral estable para mantener y dar continuidad a los servicios derivados de su actividad, mientras dure la misma,

13.4) por lo expuesto, y de acuerdo a las bases jurídicas apuntadas, es perfectamente legítimo adoptar decisión favorable en caso de existir voluntad en tal sentido.

14) que con fecha 12/4/21, la Gerencia General de la ANP tomó conocimiento de los informes referidos, informando que, a efectos de dar respuesta a lo solicitado por el MTOP, comparte lo señalado por el Área Comercialización. Y por Nota N° 82/21 de fecha 13/04/2021, el Presidente de la ANP brindó una respuesta a la comunicación remitida por el Ministro de la Cartera en la cual se recoge íntegramente lo expresado por la Gerencia del



TRIBUNAL DE CUENTAS

Área Jurídico Notarial y la Gerencia General. La referida Nota fue suscrita asimismo por la Secretaria General interina;

15) que con fecha 21/04/2021, el Ministro de Transporte y Obras Públicas requirió, mediante una nueva nota al Presidente del Directorio de la ANP, el asesoramiento de la Administración actuante al Poder Ejecutivo, respecto de la conveniencia de instrumentación de un nuevo Reglamento de Atraque en los términos acordados por el grupo Katoen Natie en el Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2021;

16) que en la misma fecha, el Área de Operaciones y Servicios de ANP informó que:

16.1) el Reglamento General de Atraque del Puerto de Montevideo aplica a los buques que operen en el citado Puerto a fin de utilizar los muelles y boyas asignados por la ANP, en el acto llamado Decreto, de acuerdo con las reglas que en este se establecen;

16.2) el referido Reglamento General debe recoger lo dispuesto en el Decreto 183/94, siendo aprobado por el Directorio de ANP, pudiendo realizarse las modificaciones que se entiendan necesarias en función de la dinámica del Comercio Exterior, a fin de preservar la competitividad de las operaciones de exportación, importación y tránsito;

16.3) el Reglamento General aplica tanto en los Muelles Públicos como en aquellos muelles asociados a Terminales Concesionadas, las cuales a su vez tienen su propio Reglamento de Operaciones, que debe respetar las reglas establecidas en el citado precedentemente;

16.4) en función de lo solicitado por el MTOP se entiende que deberá revisarse el Reglamento General de Atraque del Puerto de Montevideo, de forma que ANP asigne muelle respetando las condiciones establecidas en el Acuerdo con Katoen Natie de fecha 25 de Febrero de 2021;

17) que por Nota fechada en idéntico día, el Presidente del Directorio de ANP recogió lo expresado por el Área de Operaciones y Servicios, siendo remitida al MTOP en fecha 22/04/2021;



TRIBUNAL DE CUENTAS

18) que con fecha 21/04/2021, el Poder Ejecutivo dictó los siguientes actos administrativos:

18.1) Resolución CM/433 de fecha 21/04/2021, por la que el Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros, resolvió: a) prorrogar por cincuenta años, y de conformidad con lo estipulado en el "Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y las Compañías KNG", aprobado por la Resolución del Poder Ejecutivo N° CM/401 de 25 de febrero de 2021, el régimen de administración, construcción, conservación y explotación de una Terminal de Contenedores en el Puerto de Montevideo, en régimen de Puerto Libre, conforme con el régimen de gestión aprobado por Decreto N° 137/001 de fecha 25/04/01; y b) exhortar a la ANP a modificar el plazo del contrato correspondiente, entre dicha Administración y la Terminal Cuenca del Plata S.A., celebrado el 12 de junio de 2001;

18.2) Decreto N° 114/021, mediante el cual se modificó el Régimen de Gestión de la Terminal de Contenedores, acto conformado por el Régimen de Gestión contenido en el Documento Complementario y siete Anexos;

18.3) Decreto N°115/021, por el cual se aprobó el Reglamento General de Atraque de Buques del Puerto de Montevideo, el cual forma parte del presente Decreto y luce anexo;

19) que el referido Decreto N°114/221 expresa su motivación en los Resultandos XIV y XV y en los Considerandos III y V, de los que surgen los fundamentos ligados a la conveniencia de evitar un litigio por un lado, y de orientar la actividad portuaria en materia de contenedores hacia un régimen normativo que redunde en un beneficio al interés general. En el Considerando V se establece que la presente normativa tiene por finalidad última velar y fomentar la inversión en el país y fundamentalmente proteger el interés general, ya que un funcionamiento eficaz y eficiente de la Terminal de referencia permite el logro del objetivo fijado por el artículo 1° de la Ley 16.246. Asimismo, la motivación del referido acto administrativo se encuentra en sus antecedentes directos. En tal sentido, en la Resolución del Poder Ejecutivo



TRIBUNAL DE CUENTAS

N° CM/401 de fecha 25/2/21, por la que se aprobó el Acuerdo, se establece que el proyecto de Acuerdo luce adjunto y forma parte de la Resolución. En la cláusula primera ("Términos") del Acuerdo suscrito en idéntica fecha, se estipula que en el mismo los siguientes términos tendrán los significados que se asignan a continuación, dentro de los cuales se establece: *Actas: las Actas N° 1 y N° 2 de fechas 6 de mayo de 2020 y 20 de agosto de 2020 respectivamente, labradas en el proceso de consultas amistosas, que se adjuntan como Anexos al presente. Acuerdo: el presente Acuerdo y sus Anexos. Acuerdos: los diferentes acuerdos consignados en el presente Acuerdo que forman un objeto único e indivisible*". A renglón seguido establece: *"...los siguientes Anexos que suscritos por las Partes integran el Acuerdo: Anexo VII: Acta 1 y 2"*;

20) que en el punto 5 del Acta N° 2 del Acuerdo, bajo el *nomen iuris* "Antecedentes. Marco jurídico. Interés general. Protección de la inversión. Derecho de la competencia", se expresa:

"La ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, considera los servicios portuarios actividad privada regida, en principio, por el derecho de la competencia (artículo 7, 9, 13 y 23).

A mayor abundamiento, el derecho de la competencia es impuesto de un modo general por los artículos 13, 14, y 15 de la Ley 17.243, de 29 de junio de 2000, hoy sustituidos por la Ley 18.159, de 20 de julio de 2007 que sigue la misma orientación.

Sin embargo, en el ámbito de los servicios de interés económico general, como son los del caso, no todas las actividades admiten la competencia. Por eso, pacíficamente se admite lo que se ha llamado corte vertical de actividades, que separa la construcción y administración de las infraestructuras necesarias para la prestación de esos servicios, que difícilmente se adecuan a la competencia, de las demás actividades prestacionales que admiten plenamente el derecho de la competencia. Todo ello bajo el estricto control del ente regulador competente, a fin de asegurar que las actividades libradas al derecho de la



TRIBUNAL DE CUENTAS

competencia, efectivamente actúen en régimen de competencia y las que no admitan competencia, no abusen de su posición, todo ello en aras del bien común.

Por otra parte, la Ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, por su artículo 1°, estableció que “la prestación de servicios portuarios eficientes y competitivos constituye un objetivo prioritario para el desarrollo del país”.

Para lograr ese objetivo es preciso contar con una terminal especializada de contenedores. Esto es especialmente destacado en el Plan Maestro para el desarrollo del Puerto de Montevideo, elaborado por la Consultora INTECSA, cuyo informe final es de mayo de 1989.

Por el artículo 20 de la ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, se autorizó a la Administración Nacional de Puertos a asociarse con capitales privados conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo 188 de la Constitución, para la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo, se previó una subasta para la selección del inversor privado y se fijaron las normas básicas para dar cumplimiento al objetivo legal.

Al amparo de este artículo, que figura en la misma ley que introdujo por primera vez el derecho de la competencia en nuestro país, se construyó y funciona la actual terminal de contenedores.

El artículo 20 de la ley indicada, previó una sola terminal especializada de contenedores, no solo porque se tuvo en cuenta la falta de interés de inversores privados ante la posibilidad de que existiera más de una, sino también porque ya se conocía la rectificación del Plan Maestro a cargo de la consultora SOGREAH, cuyo informe final es de octubre de 1999, que parte de la base de una sola terminal especializada de contenedores. Este documento formó parte de la información que acompañó el llamado.

En ese marco se celebró el contrato hoy vigente, se dictó el Decreto 137/001, de 25 de abril de 2001, que forma parte del contrato, decreto que aprueba el



TRIBUNAL DE CUENTAS

Anexo B. Glosario, que incluye el decreto N° 183/994, de 28 de abril de 1994, cuyo artículo 72 es de especial relevancia en el caso.

El Estado se encuentra obligado así, a mantener esta situación durante la vigencia del contrato, en cumplimiento de propio contrato.

Esto, además, conviene al interés público, ya que el 20 % de las acciones de la sociedad que opera la terminal es de propiedad estatal. El Estado, así, está particularmente interesado en proteger esta inversión que le produce importantes dividendos.

Esto también conviene al interés particular, porque da al inversor privado la seguridad necesaria para el ejercicio de su actividad. Esta tutela del interés particular es de interés general, porque si al interés particular no se le brinda seguridad jurídica, no hay inversiones.

En el caso, además, ese interés público y ese interés particular se alinean también con el interés general porque el adecuado funcionamiento de la terminal especializada de contenedores es esencial para el buen funcionamiento del Puerto de Montevideo, que no solo fue clave para cimentar nuestra nacionalidad, sino que continúa siendo clave para el desarrollo del país.

No obstante lo expuesto, por la ley N° 18.530, de 31 de julio de 2009, se autorizó a la Administración Nacional de Puertos a constituir una sociedad anónima por acciones nominativas, con el objeto de construcción, administración, conservación y explotación de una nueva terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo y se le autorizó a subastar el cien por ciento de las acciones, entre el 1° de marzo y el 1° de junio de 2010.

Realizada la subasta entre las fechas indicadas, se frustró por no existir oferentes.

Quedó claro que, al año 2010, los inversores privados consideraron que no era económicamente viable la existencia de dos terminales especializadas de contenedores en el Puerto de Montevideo.



TRIBUNAL DE CUENTAS

La situación al respecto no ha cambiado a la fecha de hoy, por lo que corresponde proseguir con una única terminal especializada de contenedores, mientras se mantengan las circunstancias actuales. Si ellas cambian y se hace posible el funcionamiento de otra terminal especializada de contenedores se podrá habilitar otra. Pero ello dependerá de las circunstancias y no de la decisión unilateral de la parte estatal. Por eso, en virtud de la larga duración de este contrato, es necesario prever esa posibilidad en base a determinados elementos objetivos que no dependan de la voluntad de las partes

Por lo expuesto, a los efectos de cumplir con los lineamientos estratégicos que dieron origen a la Terminal Especializada de Contenedores y la necesidad de crear un marco de seguridad jurídica que permita el cumplimiento de los objetivos de la Terminal y la protección y el repago de las inversiones, el Puerto de Montevideo mantendrá los criterios organizativos mediante terminales especializadas por áreas de carga en sus futuros planes estratégicos mientras duren las actuales circunstancias y se dará cumplimiento a lo establecido a continuación.

5.1 En el ámbito de la competencia regional y la necesidad de generar economías de escala que permitan darle competitividad al Puerto de Montevideo y sus áreas de influencia, las operaciones de contenedores estarán concentradas en las áreas y muelles especializados conforme a lo establecido en el artículo 72 del Decreto 183/994, no permitiéndose la autorización ni la instalación de grúas pórticos y/o equipamiento que signifique la especialización en contenedores fuera de las mismas.

5.2 No se otorgarán nuevas concesiones ni permisos ni autorizaciones para la instalación y explotación de una Terminal de Contenedores Especializada, durante la vigencia de la concesión, salvo que los movimientos de contenedores en TCP superen el 85 % en promedio anual de la capacidad de la Terminal por dos años consecutivos. Esta condición de capacidad no podrá ser ejecutada mientras se desarrolla la construcción del proyecto acordado en el presente acuerdo. La nueva Terminal que pudiera concederse en la hipótesis



TRIBUNAL DE CUENTAS

anteriormente prevista deberá cumplir con las mismas condiciones de canon y mínimos de captación de demanda que la actual.

5.3 A los efectos de conocer la capacidad, la Terminal incorporará en su Informe comercial el estatus promedio de ocupación para la Terminal durante el período y su cálculo”;

21) que por Resolución N° 575/4.100 de fecha 15/09/2021, el Directorio de ANP resolvió disponer – supeditado a la intervención previa de este Tribunal – la firma de la Modificación del Contrato de Gestión de la Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo, otorgado el 12/06/01, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto N° 114/021 de 21/04/2021;

22) que con fecha 4/10/21 se suscribió una Adenda al Acuerdo entre el Estado Uruguayo y las Compañías KNG, por la que se convino que la transferencia de las acciones de la Serie A de Terminal Cuenca del Plata SA deberá contar con la previa autorización del Poder Ejecutivo; estableciendo que en todo lo no expresamente modificado por la presente Adenda se mantienen vigentes e incambiados los términos del Acuerdo;

CONSIDERANDO: 1) que en la oportunidad se somete al control de este Tribunal la Resolución N°575/4.100 de fecha 15/9/2021, por la cual el Directorio de ANP dispuso - supeditado a la intervención previa del Tribunal de Cuentas – 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;

2) que el control de este Tribunal comprende la juridicidad de lo actuado, siendo que los aspectos que refieren a la oportunidad o conveniencia, constituyen una cuestión de mérito, ajena a su órbita de actuación;

3) que a efectos de determinar el alcance del contralor que compete a este Organismo, resulta de orden precisar la naturaleza jurídica de las diversas actuaciones contenidas en el expediente. En



TRIBUNAL DE CUENTAS

tal sentido, corresponde expresar que el acto administrativo dictado por ANP que dispone la modificación contractual con KNG, no es un acto administrativo originario. Se trata de un acto administrativo coligado tanto a: i) el acto administrativo del Poder Ejecutivo (Reglamento – Decreto) N° 114/221, ii) al acto administrativo (Resolución del Poder Ejecutivo) por el que se prorrogó por 50 años el Contrato de Gestión de la Terminal Especializada de Contenedores;

4) que en cuanto a la naturaleza jurídica del Acuerdo entre el Estado Uruguayo y las compañías KNG, de su contenido surge que se trata de una transacción, que el artículo 2147 del Código Civil define como *“un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio. Cualquiera que sea la entidad del objeto u objetos sobre que verse la transacción, se requiere para su validez que conste por acto judicial o por escritura pública o privada”*. Dicho Acuerdo no implica en sí mismo un acto administrativo, sino que constituye su antecedente, a partir del cual se dictaron los actos administrativos referidos que recogen lo acordado entre ambas partes, y que la Resolución del Poder Ejecutivo N° CM/401 del 25/02/20211 incorpora como parte integrante de la misma;

5) que con relación a la modificación contractual que se somete en la oportunidad a consideración de este Tribunal, la misma encuadra en el instituto de renegociación de los contratos. En la especie, se trata de la modificación de un contrato de concesión de obra pública, suscrito con fecha 12/6/21, en tanto la Administración cometió la construcción de una obra pública y facultó temporalmente al concesionario para cobrar determinadas sumas a quienes la utilizan, como medio de financiar el costo de aquella. En el caso, se cometió la construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo;

6) que por lo expuesto en los Considerandos precedentes, el contralor de este Tribunal abarcará la legalidad de la actuación



TRIBUNAL DE CUENTAS

de la Administración respecto de la decisión adoptada, esto es, la regularidad jurídica de las modificaciones aprobadas, con base en sus antecedentes. Asimismo, en razón de que la renegociación contractual remitida se dispuso conforme la transacción (el Acuerdo), que forma parte de la Resolución del Poder Ejecutivo que lo aprobó, y del Decreto N° 114/221 que establece el nuevo régimen de gestión de la Terminal Especializada de Contenedores, el contralor debe abarcar lo dispuesto por el Decreto referido;

7) que en la especie, la particularidad radica en que dichos antecedentes consisten en la notificación de la existencia de una disputa por parte de un inversor, al amparo de un Tratado incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de su ratificación por Ley, y las Actas números 1 y 2 que consignaron los acuerdos parciales entre el Estado y el referido inversor, a efectos de solucionar el diferendo y evitar un proceso arbitral. Es necesario en este punto acudir a las Disposiciones del Decreto N° 500/991 de fecha 27/9/91, cuyo artículo 2° establece que *"La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales"*, dentro de los que incluye: imparcialidad, verdad material, buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario, así como la motivación de la decisión;

8) que asimismo, el artículo 121 del Decreto 500/991 preceptúa que *"Los actos referidos en los incisos 2, 4 y 5 del artículo anterior cuando fueren dictados por el Poder Ejecutivo recibirán el nombre de Decretos"* (Refiere a los Reglamentos, Resoluciones y Disposiciones Generales, caracterizados en el artículo 120); y el artículo 122 del mismo cuerpo de normas dispone: *"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"*;

9) que en la especie, nos encontramos frente a la segunda hipótesis prevista en el artículo 122 del Decreto 500/991, en razón de



TRIBUNAL DE CUENTAS

que no existen antecedentes que posean forma de expediente. De lo expuesto, se derivan dos apreciaciones: la primera de ellas es que no estamos ante un trámite administrativo (primera hipótesis prevista en la norma), y la segunda es que la norma contempla la legitimidad del dictado de Decretos cuyos antecedentes no posean la forma de expediente. Es más, no sólo contempla tal posibilidad, sino que al hacerlo admite la existencia de antecedentes que, aunque no se encuentren en un expediente administrativo, resultan legítimos;

10) que con relación a los fundamentos expuestos por KNG en el diferendo planteado, debe tenerse presente que los delimita temporalmente a lo acontecido a partir del año 2009 y no al inicio de la concesión (año 2001), afirmando que a partir de aquel momento el Estado no dio cumplimiento estricto a la normativa vigente en la materia, siendo que si bien estaba previsto desde el inicio de la concesión que la explotación de la Terminal se realizaría en régimen de libre competencia con los demás operadores portuarios domésticos trabajando en los muelles públicos del Puerto; a partir de ese momento se dejó de aplicar la referida normativa, favoreciendo a otro operador portuario, que en los hechos, opera como una segunda terminal de contenedores, lo que no sólo le causa perjuicios, sino que además no permite el desarrollo del Puerto de Montevideo, con el objetivo originalmente propuesto de transformarse en un Puerto *hub* en la región;

11) que en primer término, en cuanto a la referencia al Plan Maestro del año 1999, excede la competencia de este Tribunal interpretar y concluir respecto del contenido de un documento técnico de planificación operativa y estratégica, que por otra parte no obra en el expediente. Sin perjuicio de ello, sí puede afirmarse que, conforme lo dispuesto por el artículo 4.2 del Decreto 137/001 (que - entre otros aspectos - sentó las bases del procedimiento competitivo para la adquisición del paquete accionario mayoritario de la sociedad anónima a constituirse), el referido Plan Maestro formó parte de la documentación aportada por la ANP a los potenciales oferentes;



TRIBUNAL DE CUENTAS

12) que a efectos del análisis de los fundamentos establecidos en el diferendo y a la definición de Terminal Especializada de Contenedores y su régimen jurídico, corresponde efectuar un análisis contextual de distintas normas de diferente valor y fuerza. En primer término, corresponde acudir a lo dispuesto por los artículos 11 y 12 de la Ley N° 16.246 (Ley de Puertos) de fecha 8/4/92, que establecen que el Directorio de la ANP tendrá los poderes jurídicos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos y, en particular, podrá, con la aprobación del Poder Ejecutivo, otorgar concesiones, permisos o autorizaciones a personas físicas o jurídicas, de derecho público o privado, a los fines de que: I) Realicen servicios portuarios tanto marítimos como terrestres; II) Utilicen determinados espacios abiertos o cerrados dentro del recinto portuario, para almacenar en ellos productos o mercaderías, revisarlas, clasificarlas, agruparlas o fraccionarlas; y III) Construyan las obras necesarias para el cumplimiento de sus actividades. Las concesiones que afecten un espacio territorial dentro del recinto portuario (muelles, explanadas, depósitos, rada, etc.), sólo podrán otorgarse si el concesionario realiza a su costo, nuevas obras que impliquen la prestación de nuevos servicios o la ampliación de los ya existentes. La reglamentación a dictarse y los pliegos de condiciones, especificarán la razonable relación entre el espacio asignado y las nuevas inversiones;

13) que por su parte, el Decreto N° 412/992 de fecha 1°/9/92, reglamentario de la referida Ley de Puertos, en su artículo 39 dispone que la utilización del dominio público o fiscal portuario estatal, en casos que requieran la construcción de obras o instalaciones fijas o la realización de inversiones para su mejoramiento que incrementen su valuación cuantitativa, exigirá en todo caso el otorgamiento de una concesión, en los términos y condiciones correspondientes, agregando que las concesiones que afecten un espacio territorial dentro del recinto portuario (muelles, explanadas, depósitos, rada, etc) sólo podrán otorgarse si el concesionario realiza a su costo, nuevas



TRIBUNAL DE CUENTAS

obras que impliquen la prestación de nuevos servicios o la ampliación de los ya existentes;

14) que el artículo 33 del Decreto N° 183/994 de fecha 28/04/1994 (Reglamento de Operaciones Portuarias), en su artículo 33, ofrece una definición genérica del concepto de Terminal: *"También llamada "Terminal Portuaria" es el conjunto de instalaciones portuarias, equipadas para el atraque y operación de buques y normalmente especializadas en un determinado tipo de carga u operación, que están bajo la administración y operación de una empresa prestadora de servicios portuarios"*. En tanto, el artículo 72 del referido Decreto refiere a las normas específicas para operación de contenedores, disponiendo que las actividades de operación de contenedores estarán concentradas en las instalaciones especializadas a este fin, esto es: la regla es que toda operación de contenedores debe efectuarse en instalaciones especializadas para operaciones de contenedores. En los incisos siguientes del referido artículo 72 se establecen una serie de excepciones, que confirman la regla de principio;

15) que por otra parte, en lo referente a la utilización de grúas sobre rieles (situadas de forma permanente en el muelle), el artículo 18 del Capítulo III – Servicios a la mercadería - del Decreto 57/994 de fecha 8/2/94 (Reglamento del Régimen General de los Servicios Portuarios), preceptúa que se consideran instalaciones fijas y que para su instalación se requiere como título habilitante una concesión. Esto va en línea con lo establecido por el artículo 39 del Decreto 412/992, reglamentario de la Ley de Puertos, en cuanto preceptúa que la utilización del dominio público o fiscal portuario estatal, en casos que requieran la construcción de obras o instalaciones fijas o la realización de inversiones para su mejoramiento que incrementen su valuación cuantitativa, exigirá en todo caso el otorgamiento de una concesión;

16) que lo expuesto permite afirmar que el artículo 72 del Decreto 183/994 define que la operación de contenedores debe hacerse en una instalación especializada. En tal sentido, efectuada una interpretación



TRIBUNAL DE CUENTAS

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 Terminal Cuenca del Plata S.A., por lo que las operaciones de contenedores deben efectuarse en la misma y únicamente puede operarse con contenedores fuera de ella en forma excepcional;

17) que la totalidad de las normas reseñadas se encuentran vigentes y fueron promulgadas con anterioridad a la Ley que habilitó la subasta para la instalación y gestión de la Terminal Especializada de Contenedores. En ese marco, fue que se llevó a cabo la subasta de acciones para integrar la Sociedad Anónima Terminal Cuenca del Plata, procedimiento competitivo en el que triunfó KNG;

18) que asimismo, 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. Esta normativa debe interpretarse de acuerdo con el objetivo prioritario establecido en el artículo 1° de la Ley 16.246, cual es “la prestación de servicios portuarios eficientes y competitivos”, extremo que constituye “un objetivo prioritario para el desarrollo del país”; y con lo dispuesto en el Capítulo I del Decreto 412/992, reglamentario de la Ley de Puertos, cuyo *nomen iuris* es “Disposiciones Generales para el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución”, cuyo artículo 1° (“Bases legales de la política portuaria nacional”) reitera el objetivo prioritario establecido en la Ley, y agrega que toda entidad pública o privada actuante en lo relacionado con las diversas actividades portuarias, deberá ajustar las condiciones de prestación de sus servicios a la consecución de ese mandato legal;

19) que al respecto debe tenerse presente que la prestación de servicios portuarios eficientes y competitivos no constituye un objetivo en sí mismo, sino que la Ley lo vincula directamente con el desarrollo del país, y esto guarda directa relación con posicionar al puerto de Montevideo como puerto *hub* o de trasbordo a nivel de la región. Este objetivo fue



TRIBUNAL DE CUENTAS

plasmado expresamente en la Ley 17.243, en su Decreto reglamentario N° 137/001, y en el contrato de concesión suscrito con Terminal Cuenca del Plata S.A. del año 2001;

20) que en tal sentido, el artículo 7. de la Ley 16.246 preceptúa 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. Por su parte, el artículo 13, literal B) de la Ley 16.246, implícitamente, reconoce que pueden existir monopolios de hecho y, en esos casos, se deben establecer garantías que aseguren su control;

21) que el principio sigue siendo la libre competencia, pero en el marco de las normas organizativas establecidas conforme la prioridad del artículo 1° de la Ley, atendiendo las regulaciones específicas establecidas legal y reglamentariamente. En efecto, para que exista libre competencia, las empresas deben estar en una posición de igualdad jurídica. En la especie, 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 (mismos derechos y mismas obligaciones). No obstante, como se expresara, existe una única Terminal Especializada de Contenedores, siendo que si bien se aprobó por Ley una subasta internacional de acciones para una segunda terminal especializada de contenedores, la misma resultó desierta;

22) que el compromiso de que no se otorgarán nuevas concesiones, ni permisos, ni autorizaciones a efectos de desarrollar la actividad, resulta legítimo en atención del objetivo prioritario establecido en el artículo 1° de la Ley de Puertos, y constituye una de las varias prerrogativas posibles del concedente en materia de concesión de obra pública. No obstante, debe precisarse que se trata de una prioridad, ya que se mantienen las hipótesis que habilitan la operación en los muelles generales, y asimismo se prevé expresamente la circunstancia bajo la cual se habilitará una nueva Terminal Especializada, en iguales condiciones que la actual, en clara



TRIBUNAL DE CUENTAS

aplicación de la prerrogativa conocida como "cláusula de no mejores condiciones" y del principio de igualdad ante las cargas públicas, una de las expresiones del principio de igualdad consagrado en el artículo 8° la Constitución de la República;

23) que la Administración consideró que esa era la mejor opción, dentro de las legítimas, a efectos de dar cumplimiento al mandato legal consagrado expresamente, siendo que por otra parte es ampliamente reconocido en Doctrina, que existen prerrogativas legítimas en el ámbito de los contratos de concesión de obra pública, entre ellas, las cláusulas por las que la Administración se compromete a no favorecer explotaciones concurrentes, las de "no mejores condiciones", las de preferencia y las de exclusividad;

24) que con relación al llamado "Régimen de almacenaje" denunciado por KNG como determinante para la notificación de la disputa con el Estado uruguayo, previo inicio del proceso arbitral, no resulta controvertido que existe una tercera empresa que opera en áreas permisadas y concesionadas por un total de 16.700 metros cuadrados, y en áreas en régimen de almacenaje por un total de 32.000 metros cuadrados. Al respecto, debe advertirse que el artículo 11 de la Ley de Puertos únicamente prevé el uso de áreas de dominio público, previa autorización del Poder Ejecutivo, a través de tres institutos o títulos habilitantes: la concesión, el permiso y la autorización. El "almacenaje" no constituye un título habilitante para operar en áreas portuarias, sino una tarifa, adaptada por el Decreto 482/008 de fecha 13/10/08, que modificó los artículos 1° y 2° del Decreto 40/007 de 7/2/07, diseñada para una ocupación por períodos cortos, para satisfacer demandas puntuales de los usuarios (consignatarios, armadores), no estableciendo su regulación la posibilidad de ser renovada, y cuyo alcance no incluye el rubro contenedores;

25) que por lo expresado en el Considerando anterior, debe concluirse *prima facie* que la ANP, a través del otorgamiento del uso de



TRIBUNAL DE CUENTAS

espacios del dominio público en el Puerto bajo este "régimen", desvirtuó la existencia de una tarifa que fue creada para otros fines, con previsión temporal sumamente acotada (3 meses), sin posibilidad de prórroga y, asimismo, contravino lo dispuesto por la Ley de Puertos en el sentido expresado. Lo expuesto guarda relación con el perjuicio económico que ello pudo haber generado al Erario Público, en tanto, conforme surge de la tarifa referida, lo abonado por la utilización de dichos espacios resulta notoriamente menor a lo que debió abonarse si tales servicios se hubieran prestado conforme los títulos habilitantes establecidos por la Ley;

26) que por todo lo expuesto, analizados los aspectos sustanciales relativos al nuevo régimen de gestión, no existen objeciones desde el punto de vista legal a lo dispuesto por el Poder Ejecutivo;

27) que por otra parte, el Decreto N° 114/021, como acto administrativo que aprobó el "Régimen de Gestión" contenido en el Documento Complementario del Decreto y sus siete anexos (individualizados con letras "A" a la "G"), todo lo cual se considera parte integrante del mismo, se encuentra debidamente motivado (artículo 123 del Decreto 500/991), explicitándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. Ello, en razón de que toda motivación debe guardar estricta correspondencia con los motivos, y a su vez debe reunir las notas de suficiente, congruente y exacta. Esa suficiencia, congruencia y exactitud se juzgarán no solo a partir de la lectura del acto en sí, sino principalmente de los antecedentes que llevaron a su dictado. Y en la especie, los antecedentes están constituidos por el contrato de gestión suscrito en el año 2001, el contenido del *memorándum* del diferendo oportunamente notificado, las Actas N° 1 y 2 y el Acuerdo alcanzado, todo lo cual es parte integrante de la Resolución del Poder Ejecutivo que aprobó el Acuerdo;

28) que la prórroga de la concesión por el término de 50 años resulta ajustada a derecho, conforme lo dispuesto por el artículo 12 inciso 1° de la Ley N° 16.246, artículo 49 literal B) del Decreto Reglamentario



TRIBUNAL DE CUENTAS

N° 412/992, en la redacción dada por el artículo 1° del Decreto N° 314/017, artículo 377 de la Ley 19.355 de 19/12/15 y artículo 332 de la Ley 19.924. Asimismo, la posibilidad de prorrogar la concesión se previó en el artículo 20 de la Ley N° 17.243 y su Decreto Reglamentario N° 137/001, el cual fue parte integrante del contrato original suscrito el 12/6/01. Y si bien en el Acuerdo se estableció la prórroga de la concesión por el plazo de 50 años, la misma no se dispuso por parte del Poder Ejecutivo hasta el 21/4/21;

29) que el artículo 377 de la Ley 19.355 preceptúa 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 ANP, exigiéndose para ello: numeral 1°: la realización de nuevas inversiones, que impliquen la prestación de nuevos servicios, ampliación de los ya existentes o realización de obras, aun cuando no estén vinculadas a la concesión originaria, pero impliquen un mayor provecho económico y estratégico de los medios técnicos e inversiones destinados al desarrollo portuario y que guarden razonable equivalencia con las exigidas en el contrato original; y numeral 2°: asegurar una dotación de personal nacional en relación laboral estable para mantener y dar continuidad a los servicios derivados de su actividad, mientras dure la misma. En el caso concreto, se da cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1° y corresponderá señalar a la Administración que deberá prestar especial consideración al cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 2° de la norma referida;

30) que con relación al asesoramiento por parte de la ANP previsto en la norma, corresponde expresar que, 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 Poder Ejecutivo 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



TRIBUNAL DE CUENTAS

Directorio de la misma. En consecuencia, desde el punto de vista formal, el asesoramiento no puede considerarse 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 respectivo Directorio de la ANP;

31) que en otro orden, debe precisarse que no todas las materias que integraron el Acuerdo, formaron parte de la renegociación contractual remitida en la oportunidad. Tal es el caso del cese del "Régimen de Almacenaje" y el "Reglamento de Atraque". Ello resulta relevante en tanto, sin perjuicio de las consideraciones que se efectúen al respecto, en la medida que no forman parte de las condiciones contractuales que se renegocian, tales consideraciones no afectan la modificación contractual dispuesta;

32) que, efectivamente, el Reglamento de Atraque -no obstante haber formado parte del Acuerdo- no integra la materia de la renegociación contractual. Ello en razón de que no se puede renegociar lo que no formó parte del contrato original. Y en el caso, dicho Reglamento no estaba comprendido en el Decreto 137/001 ni en sus anexos., así como tampoco en el contrato de gestión oportunamente suscrito. Al momento de contratar existía un Reglamento General de Atraque de Buques de la ANP vigente, y en la oportunidad se adoptó un nuevo régimen de atraque, como consecuencia de lo acordado con KNG. Ello implica que se trata de un acto administrativo derivado del nuevo Régimen de Gestión, necesario para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado, pero ajeno a las condiciones contractuales originales;

33) que con relación al asesoramiento requerido a ANP respecto del referido Reglamento de Atraque, conforme lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 16.246, el mismo merece las consideraciones ya efectuadas en ocasión del asesoramiento relativo a la prórroga de la concesión. Básicamente el asesoramiento existió, no obstante no se manifestó a través de la voluntad orgánica de la ANP. Asimismo, en el caso, dicho asesoramiento fue



TRIBUNAL DE CUENTAS

posterior a la adopción de la decisión administrativa. En consecuencia, materialmente no puede constituir un asesoramiento, por su necesario carácter previo, lo que resulta objetable en aplicación del principio de materialidad frente al formalismo y lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 16.246;

34) que finalmente, respecto a la renegociación contractual dispuesta, la misma respetó los límites y requisitos establecidos para su procedencia, a saber: **(i)** configuración de circunstancias objetivas, cual es la notificación de una disputa por parte del co-contratante, en su carácter de inversor, al amparo de un Tratado internacional de protección de inversiones, ratificado por el Estado Uruguayo; **(ii)** presencia y tutela del interés público, en tanto de la motivación de los actos administrativos adoptados surge la protección de dicha tutela, la que, como se dijo, guarda directa relación con el mandato establecido en el artículo 1° de la Ley 16.246 y con los objetivos de la política portuaria nacional, establecidos en el artículo 3° del Decreto 412/992. Asimismo, la renegociación dispuesta conlleva importantes inversiones a cargo del concesionario, necesarias para procurar el objetivo establecido por la Ley, que pasan a integrar el patrimonio estatal (bienes, construcciones e instalaciones fijas, conforme el art.49 del Decreto 412/992); **(iii)** no vulneración de principios y normas imperantes en la contratación administrativa, en cuanto no surge que se hayan producido vulneraciones a los principios imperantes en materia de contratación pública (reconocidos en el artículo 149 del TOCAF), siendo que la presente renegociación hubiera operado cualquiera fuera el co-contratante, en razón de haber triunfado en el procedimiento competitivo, ante idéntica circunstancia;

35) que en lo referente a los eventuales terceros afectados por la modificación contractual dispuesta, se concluye que, desde el punto de vista jurídico, no lo son los operadores portuarios que presten sus servicios a través del "régimen de almacenaje", ni de autorizaciones, ni de permisos, por lo que, únicamente en el caso de que exista una concesión vigente otorgada a un operador portuario, respecto de los servicios de que se



TRIBUNAL DE CUENTAS

trata, deberá procederse al rescate de la misma, en los términos establecidos por el artículo 49 literal c) del Decreto 412/992, por ser la solución que la reglamentación ha previsto por razones de interés público. En consecuencia, por todo lo expresado la modificación contractual dispuesta no merece objeciones desde el punto de vista jurídico;

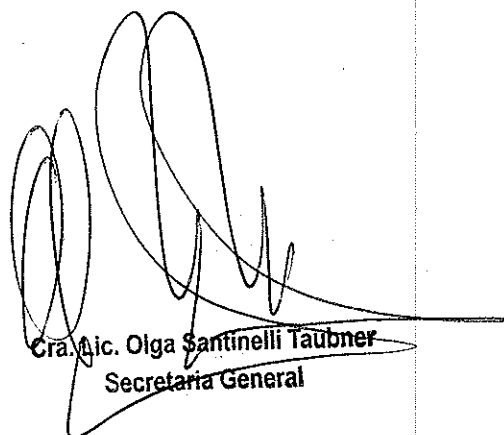
36) que se dio cumplimiento a lo dispuesto por la Ordenanza 91 de este Tribunal, en razón de que la modificación contractual fue dispuesta con fecha 15/9/21, sujeta a la intervención de este Tribunal, siendo que las actuaciones ingresaron originalmente a este Tribunal con fecha 17/9/21;

ATENTO: a lo precedentemente expuesto y a lo dispuesto por el artículo 211 literal E) de la Constitución de la República;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** No formular observaciones a la modificación contractual dispuesta;
- 2)** Señalar a la ANP que deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 377 de la Ley 19.355, conforme lo expresado en el Considerando 29) de la presente Resolución.
- 3)** Téngase presente lo señalado en el Considerando 33) de la presente, respecto a lo actuado por el Poder Ejecutivo.
- 4)** Comunicar al Poder Ejecutivo.
- 5)** Devolver las actuaciones.

ar


Cra. Lic. Olga Santinelli Taubner
Secretaria General



TRIBUNAL DE CUENTAS

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO ING. MIGUEL AUMENTO: "He votado en discordia la Resolución de este expediente, por no compartir en absoluto la posición sustentada por la mayoría del Tribunal de Cuentas.

En efecto, la modificación contractual autorizada por la Resolución de la ANP Nro. 575/4.100 de fecha 15/09/2021 al amparo del Decreto Nro. 114/021 es objetable en cuanto a su regularidad jurídica, al haberse vulnerado principios generales del derecho y diversas normas constitucionales, legales y reglamentarias. También resultan viciados el acto administrativo que aprueba el Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y las Compañías KNG, el propio Acuerdo, las normas instrumentales posteriores y los gastos emergentes de los mismos (el expediente referido al Decreto interpretativo Nro. 55/022 del 3 de febrero de 2022 no ha sido remitido al Tribunal de Cuentas ni solicitado por este).

Se contravinieron:

- Principios Generales del Derecho: Buena Administración, Motivación, Debido Procedimiento, Libre Concurrencia, Libre Competencia, Igualdad de los oferentes;
- Constitución de La República: artículos 7, 36, 85 numeral 17) y 211 literal B);
- Normas legales: artículos 7, 9, 10, 11, 13 y 23 de la ley 16.246 (Ley de Puertos); artículo 20 de la ley 17.243 (Ley de Urgencia, Servicios Públicos y Privados, Fomento del Empleo y la Inversión); artículos 1 y 2 de la ley 18.159 (Defensa de la Libre Competencia en el Comercio); artículo 74 del TOCAF; artículo 377 de la ley 19.355 (Presupuesto Nacional 2015-2019); artículo 23 de la ley 19.823 (Declaración de Interés General del Código de Ética en la Función Pública);
- Normas reglamentarias: numeral 3.5 del Decreto Nro. 137/001 (normas relativas a la administración, construcción, conservación y explotación de una Terminal de Contenedores en el Puerto de Montevideo en régimen de Puerto Libre; vigente al 26 de abril de 2021); artículos 1, 3 literal H), 4 literal I), 10, 11, 12, 13, y 39 del Decreto Nro. 412/992 (Reglamentario de la Ley de Puertos);
- Ordenanzas del Tribunal de Cuentas: Ordenanza Nro. 91.



TRIBUNAL DE CUENTAS

La suma importancia del asunto que nos ocupa en aras del interés general, los compromisos ya asumidos y la cuantía de los gastos a los que se obligó el Estado, podrían sobrepasar los aspectos de oportunidad, mérito o conveniencia y habilitar a este Tribunal considerar la materia como formando parte de su competencia de control de legalidad y también de toda gestión relativa a la Hacienda Pública, según lo preceptuado por el artículo 228 de la Constitución; tal como hace algunos años atrás este Tribunal pretendió ingresar ante un asunto relevante. Desde esta discordia se está lejos de esa pretensión, la que se descarta sin más. Lo que sí no se puede es confundir el mérito con aspectos básicos del control de legalidad.

La mayoría del Tribunal de Cuentas insiste en afirmar que la naturaleza jurídica del Acuerdo entre el Estado Uruguayo y las Compañías KNG es una transacción definida en el artículo 2147 del Código Civil y que el control de este Tribunal comprende la juridicidad de lo actuado, siendo que los aspectos de oportunidad o conveniencia constituyen una cuestión de mérito, ajena a su actuar. Es así, pero hay que recordar entonces que deriva del uso de la facultad discrecional de la Administración, y como tal, exige irremediabilmente de la debida motivación y justificación, como elementos esenciales. Basta solo con advertir lo consignado por el artículo 23 de la ley 19.823, en particular en su inciso segundo, para concluir en este sentido.

Consta en la Resolución Nro. 401 de fecha 25 de febrero de 2021 del Sr. Presidente de La República actuando en Consejo de Ministros (la cual aprueba el Acuerdo) una motivación genérica que luce en el Considerando VI) de dicha Resolución, que citaré textualmente: *“que se entiende conveniente a los intereses del Estado poner fin al diferendo existente con el grupo Katoen Natie, en consideración de los importantes costos y demoras asociados a la instancia arbitral que podría iniciarse en el marco del Acuerdo, sin que ello implique un reconocimiento por parte del Estado uruguayo de la eventual jurisdicción de un tribunal arbitral sobre la disputa o de los argumentos de fondo esgrimidos por el grupo Katoen Natie”*.

Agrego que tampoco consta la debida justificación, es decir el procedimiento argumentativo mediante el cual se ofrecen razones a favor de una conclusión. Y esto por cierto no es una cuestión de mérito, ajena a la competencia del Tribunal. Tampoco constan en los obrados informes o asesoramientos previos del Estado respecto a cuestiones relevantes en la especie, como por ejemplo, informes económicos sobre el grado de verosimilitud del monto valuado por el grupo Katoen Natie de 1.500 millones



TRIBUNAL DE CUENTAS

de dólares, asesoramientos jurídicos en particular sobre la interpretación dada por dicho grupo sobre el artículo 72 del Decreto Nro. 183/994 ni sobre aspectos técnicos-operativos del impacto del nuevo modelo de gestión.

Cabe señalar además que la Cláusula Segunda del Acuerdo sostiene que la ANP lo ratifica (al Acuerdo) y se compromete a dictar u otorgar aquellos actos que corresponden sean llevados a cabo por ella. Por cierto, al 25 de febrero del 2021, no consta que la ANP -como tal- haya sido consultada, haya asesorado o haya intervenido en lo más mínimo.

Más aún, los asesoramientos preceptivos y previos de la ANP (artículo 377 de la ley 19.355 y artículo 10 de la ley 16.246) solicitados por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas con fecha 7 de abril de 2021 y 21 de abril de 2021 respectivamente; no pueden ser caracterizados como previos, en tanto no fueron solicitados en tiempo oportuno, con anterioridad a la celebración del Acuerdo de 25 de febrero de 2021. Esto es así dado que lo acordado (que incluía el texto íntegro de lo que a la postre se convirtieron en los Decretos Nro. 114/021 y Nro. 115/021) no admitía modificación alguna en fecha posterior en detrimento de los derechos y obligaciones de las Compañías KNG; en atención a la Cláusula Quinta ("Estabilización Jurídica") y Sexta ("Incumplimientos") del Acuerdo.

Por otra parte, tampoco surge la debida motivación en los actos instrumentales que siguieron a la Resolución Nro. 401 del 25 de febrero de 2021. No pueden admitirse motivaciones genéricas en la fundamentación de los actos reglamentarios. El Tribunal despliega una teoría de actos coligados que no puedo compartir. Todos los actos administrativos deben reflejar las razones de hecho y de derecho que los fundamentan.

La mayoría del Tribunal esgrime que el Acuerdo no implica en sí mismo un acto administrativo, sino que constituye su antecedente, a partir del cual se dictaron los posteriores y que la Resolución Nro. 401 del 25 de febrero de 2021 incorpora como parte integrante de la misma. El problema, como ya se ha expresado anteriormente, es que justamente las transacciones, como facultad discrecional, deben estar motivadas y justificadas. Lo que no aconteció. A su vez, ningún acuerdo o transacción puede sobreponerse al ordenamiento jurídico, lo que en la especie ocurrió.

Por tanto, los "asesoramientos" aludidos anteriormente ni fueron oportunos ni previos ni fueron emitidos por el Directorio de la ANP, como manifestación orgánica de dicha Administración. No puede confundirse representación con competencia. Cabe agregar



TRIBUNAL DE CUENTAS

además que el “asesoramiento” sobre el Reglamento de Atraque ni siquiera fue anterior a la promulgación del Decreto Nro. 115/021.

Si en algo los dos proyectos de resolución propuestos por los servicios jurídicos del Tribunal de Cuentas razonablemente se alineaban, era que ninguno de los dos “asesoramientos” habían sido dictados por la voluntad orgánica de la ANP y en que el relacionado al Decreto Nro. 115/021 no fue previo a dicho Decreto. Aún así, diferían en el impacto efectivo que los vicios constatados podían tener en la modificación contractual. El propuesto por la Dra. Lourdes Pérez y el Dr. Juan Pablo Hernández recomendaba observar la modificación contractual, entre otras varias cuestiones, por lo anteriormente expuesto. El elevado por la Dra. Irene Bucero proponía observar lo actuado por el Poder Ejecutivo en lo que hace a lo constatado respecto al Decreto Nro. 115/021 y también recomendaba señalar a la ANP que la voluntad orgánica del Organismo se emite a través del pronunciamiento de su Directorio (en ambos asesoramientos preceptivos).

Pero la mayoría del Tribunal de Cuentas laudó la cuestión, apenas señalando lo actuado por el Poder Ejecutivo, nada menos porque el asesoramiento sobre el Reglamento General de Atraque existió pero que no fue manifestado por la voluntad orgánica del Directorio, reconociendo que materialmente no puede constituir un asesoramiento dado que además fue posterior (Considerando 33 de la Resolución del Tribunal de fecha 30 de marzo de 2022). Los subrayados -inevitables- son míos.

Y por supuesto, en lo que refiere al “asesoramiento” según lo preceptuado por el artículo 377 de la ley 19.355 (Considerando 30 de la Resolución del Tribunal de fecha 30 de marzo de 2022), ni siquiera mereció un señalamiento por parte de la mayoría del Tribunal de Cuentas, aunque reconoció también que no fue dictado por el órgano competente. Según interpreto de parte del Tribunal, dado que luego el Directorio de la ANP parece haber saneado dicho vicio (en tanto la modificación contractual fue aprobada -5 meses después- por el Directorio), concluye que aquí ni siquiera debe constar un señalamiento y mucho menos una observación a la modificación contractual, aunque más no sea por esta causal.

Aquí hay que dejar dos constancias.

En primer lugar, la conclusión a la que arriba el Tribunal en lo que hace al Reglamento de Atraque no la comparto (Considerando 32 de la Resolución del Tribunal de fecha 30 de marzo de 2022), en tanto se afirma que el Reglamento no integra la materia de la



TRIBUNAL DE CUENTAS

renegociación contractual, dado que no se puede renegociar lo que no formó parte del contrato originario, por ser ajeno a las condiciones contractuales del año 2001.

Yo había entendido que se había afirmado por la mayoría del Tribunal de Cuentas que en realidad el asunto se circunscribía primariamente a una transacción, según el artículo 2147 del Código Civil, donde las partes se pueden hacer recíprocas concesiones. Pero luego esto deriva en una renegociación contractual, y por tanto no se podría renegociar lo que no estaba configurado en el contrato originario y entonces los vicios relevados sobre el asesoramiento previo fallido (entre otros) del Reglamento de Atraque no impactan en la modificación contractual.

Lo coligado terminó separado y mucho más aún el Reglamento General de Atraque y el propio Acuerdo.

Adviértase que el numeral 4.11 "Asignación de muelle" del Decreto Nro. 114/021 establece en su inciso 2 que *"En el marco expuesto, será de aplicación el "Reglamento General de Atraque de Buques". (Decreto xxx/021)"*. Dejemos de lado el yerro involuntario (numérico) del reenvío al Decreto Nro. 115/021 (según se recoge de la página oficial del IMPO). El Reglamento General de Atraque fue objeto de negociación, por sí y porque era parte del Régimen de Gestión del Decreto Nro. 137/001, como se verá enseguida. El Decreto Nro. 137/001 formó parte integrante del contrato a todos los efectos (incluyendo la aplicación conceptual del Reglamento General de Atraque del 2 de agosto de 2000).

La realidad es que las condiciones vigentes -al momento del contrato del año 2001- sobre atraques estaban recogidas en el Reglamento que en tal sentido fue dictado por la ANP con fecha 2 de agosto del año 2000 y que preservaba la libre elección de los usuarios y la libre competencia.

Es más, el propio Decreto Nro. 137/001 incluyó -sin margen a duda- el Régimen de la Gestión de la Terminal en los términos dados en su artículo 7, y específicamente en su numeral 4.14 ("Asignación de Muelle") estableció que *"La asignación de muelle será efectuada por el Contratista en base a su organización y prioridades, las que deberán ser de público conocimiento. Para la casuística general, se elaborarán normas de atraque que establecerán las prioridades según tipos de buques y cuyo cumplimiento será supervisado por la ANP. En el marco expuesto, serán de aplicación los Numerales 10 y 25 del "Reglamento General de Atraque de Buques" de la ANP vigente"* (El subrayado es mío). Agrego que su numeral 3.5 ("Marco de competencia interna")



TRIBUNAL DE CUENTAS

expresaba que *"La Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo"*.

Si es que restaba algo más para aclarar al respecto, seguiré por un momento la interpretación errónea de la mayoría del Tribunal sobre el artículo 72 "Normas específicas para operación de contenedores" del Decreto Nro. 183/994 (Considerando 16 de la Resolución del Tribunal del 30 de marzo de 2022): la operación de contenedores en los muelles de carga general será autorizada solamente en caso de ocupación de "las terminales especializadas". Ese es uno de los resultados de la interpretación "armónica" del Tribunal de Cuentas de la norma del año 1994.

Pero el Acuerdo (y la modificación contractual) terminó en que la ANP solo podrá decretar el atraque de buques y barcasas portacontenedores en los muelles multipropósito en caso de que "la Terminal Especializada" se encuentre ocupada durante el periodo de 24 horas siguientes al decreto de atraque.

Y si se insiste en afirmar que el Reglamento General de Atraque no era parte de las condiciones contractuales originarias -según expresa la mayoría del Tribunal- pues entonces la modificación contractual debió ser observada por esa causa, dado que se renegoció lo que no era parte del contrato originario y se plasmó en el Régimen de Gestión que integra el Decreto Nro. 114/021 (que ahora formará parte del nuevo contrato).

En suma, el Reglamento de Atraque (Resolución de la ANP Nro. 489/3153 del 2 de agosto del año 2000) sí era parte de las condiciones contractuales originarias y su esencia fue renegociada drásticamente en esta oportunidad. Sobre la interpretación "armónica" aludida me detendré más adelante en esta discordia.

En segundo lugar, resta conocer cómo procederá el Tribunal de Cuentas -a partir de este Dictamen- sobre un vicio (y su efecto) en el sentido de lo preceptivo, previo, formal, material y existencia, y en particular sobre la manifestación de la voluntad orgánica de una administración. Es claro que diversas normas en vigencia, no solo necesariamente en lo que hace al Puerto de Montevideo, requieren de informes preceptivos, previos e incluso de dictámenes favorables de los órganos competentes.

Por otro lado, cabe señalar que la discrecionalidad de la administración encuentra otros límites, a los efectos de proceder con una eventual modificación contractual. La



TRIBUNAL DE CUENTAS

esencia del objeto del contrato debe considerarse excluida del principio de mutabilidad de los contratos públicos. Y aquí la esencia del objeto del contrato originario (2001) era llevar adelante la administración, construcción, conservación y explotación de UNA terminal especializada de contenedores en el Puerto de Montevideo PERO bajo los principios de libre concurrencia y libre competencia, los cuales aquí se han vulnerado, como se demostrará posteriormente.

En puridad, entonces de lo que se trata en la especie es de un nuevo contrato, el cual se configuró sin procedimiento competitivo alguno, vulnerando principios generales de contratación administrativa y con apartamiento del artículo 188 de la Constitución y artículo 44 del Decreto Nro. 412/992 reglamentario de la Ley de Puertos Nro. 16.246.

A su vez, en consistencia con lo establecido por el Decreto Nro. 314/017, el plazo de una nueva concesión es de HASTA 50 años con posibilidad de prórroga. Aquí (en la hipótesis de la presencia de un nuevo contrato) la concesión debió ser hasta como máximo, el año 2071 no al 2081. Y por supuesto, bajo los principios de razonabilidad y buena administración, la prórroga no puede aplicarse -en semejante asunto y aunque sea por solo 10 años- décadas antes de la extinción del contrato.

Dejando de lado la tesis sobre la presencia de un nuevo contrato, hay que detenerse en la renegociación/modificación contractual.

Comparto en lo sustancial el proyecto de resolución (y el informe que lo antecede) elaborado por los abogados informantes Dra. Lourdes Pérez y Dr. Juan Pablo Hernández (cuyos Considerandos y Acuerdo replicaré -por resultar esclarecedor- al final de esta discordia), con las salvedades y precisiones que se dirán más adelante, y dejando constancia que a mi juicio lo esgrimido en el Considerando 22) de dicho proyecto configura otra causal de observación (contravención del artículo 13 literal F de la ley 16.246).

Cabe señalar que efectivamente si bien los contratos públicos pueden modificarse, ello será posible siempre y cuando se respeten las condiciones para ello y no se trasgredan los límites al respecto; que son: a) presencia y tutela del interés público; b) no vulneración de normas y principios imperantes en materia de contratación administrativa y análisis de eventuales terceros afectados, y c) configuración de circunstancias objetivas.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Como bien han demostrado los abogados informantes, *“los apartamientos jurídicos constatados implican que dichos límites hayan sido trasgredidos, sea por la falta de acreditación suficiente en cuanto a la presencia y tutela del interés general y en cuanto al acaecimiento de las circunstancias objetivas detalladas en los actos administrativos, sea porque se contravinieron principios generales (debido procedimiento, buena administración, debida motivación), sea por carencia de análisis en cuanto a afectación a terceros”*.

Aquí hay que afirmar que hubo otros principios generales vulnerados, tales como el de concurrencia e igualdad de los oferentes que afectan los supuestos de mutabilidad, distorsionando el procedimiento competitivo originario.

Sobre la eventualidad de terceros afectados, el Tribunal de Cuentas concluye que únicamente en el caso de que exista una concesión vigente (sin nombrarla), se deberá proceder al rescate de la misma (Considerando 35 de la Resolución del 30 de marzo de 2022). Esto resulta pertinente cuando existan razones fundadas de planificación portuaria o interés público que lo hagan necesario o conveniente, mediante justa indemnización al concesionario.

Nada de lo preceptuado por el artículo 49 literal C) de Decreto Nro. 412/992 destacado en el párrafo anterior ha sido demostrado ni por el Poder Ejecutivo ni por el Tribunal de Cuentas. Recuérdesse además que el Tribunal no debería ingresar en aspectos de conveniencia.

La firma Montecon S.A. resultó adjudicataria de una concesión que se encuentra vigente (por un plazo originario de 10 años con posibilidad de renovación por igual período), asunto que no mereció observaciones por parte de este Tribunal de Cuentas muy recientemente (por unanimidad - sesión del 14 de noviembre de 2018 - E.E. N° 2018-17-1-0006069). En dicha licitación pública se presentaron tres oferentes (Nelsury S.A., Montecon S.A. y Orbiplus S.A.): libre concurrencia y competencia en el recinto portuario, incluyendo al accionista mayoritario de la Terminal Especializada de Contenedores TCP S.A.

Con insistencia, los actores involucrados se dedican a interpretar el artículo 72 del Decreto Nro. 183/994 (de 28 años atrás cuando las instalaciones portuarias eran públicas y no existían terminales en concesión) pero no analizan eventuales afectaciones a terceros de 21 años atrás (al momento de la subasta de las acciones Serie “A” de TCP S.A.). El Tribunal de Cuentas, en esta oportunidad, entiende al respecto que la presente renegociación hubiera operado cualquiera fuera el co-



TRIBUNAL DE CUENTAS

contratante, en razón de haber triunfado en el procedimiento competitivo, ante idéntica circunstancia.

Cabe aclarar que el Tribunal de Cuentas sostiene entonces que cualquier otro oferente hubiera interpretado el artículo 72 del Decreto Nro. 183/994 de la misma forma que el propio Tribunal (en forma supuestamente armónica con el artículo 33 del mismo Decreto pero omitiendo considerar a su artículo 59); lo que se da de bruce con la interpretación dada por la Dra Lourdes Pérez y el Dr. Juan Pablo Hernández y también con la de la propia ANP (sus servicios jurídicos y el propio Directorio) en diversas oportunidades, en particular el 2 de octubre de 2019, pocos días antes de la Notificación del Diferendo por parte de las Compañías KNG al Estado Uruguayo.

La aludida Resolución del Directorio de la ANP refiere a la Nro. 663/4.002 de fecha 2 de octubre de 2019, dictada a raíz de una petición formulada por TCP S.A., en especial por incumplimiento del artículo 72 del Decreto Nro. 183/994. Dicha Resolución fue posteriormente revocada atendiendo a un vicio formal en el procedimiento previo a su dictado, el que fuera a la postre subsanado. Pero no consta que al menos la ANP se haya expedido nuevamente, por lo que debería concluirse que operó la denegatoria ficta. Como sea, la esencia de aquella Resolución del Directorio de la ANP (que se hiciera pública el 28 de marzo de 2022) resulta relevante.

En definitiva, para el Tribunal los otros oferentes de la época (Consortio Dragados de España/CSX de Estados Unidos y la firma australiana P&O Ports, según consta en publicaciones de aquel entonces), hubieran supuestamente interpretado el artículo 72 del Decreto Nro. 183/994 en pugna con lo fáctico, y en particular con leyes anteriores y posteriores (de mayor rango) y con Decretos (de igual rango generales y específicos) anteriores y posteriores al Decreto Nro. 183/994.

No cabe duda, la interpretación irreconciliable que hace el Tribunal de Cuentas del artículo 72 del Decreto Nro. 183/994 -si fuera por un momento la correcta- deja entonces en ineluctable evidencia que dicha norma fue derogada tácitamente.

En otro orden de cosas, el proyecto de resolución de la Dra. Lourdes Pérez y del Dr. Juan Pablo Hernández, específicamente en el Considerando 18) propuesto por ambos, no toma posición sobre si el plazo de la prórroga se ajusta a derecho (comparto la contravención a los principios generales allí referidos).



TRIBUNAL DE CUENTAS

El numeral 4.34 del Régimen de Gestión incluido en el Decreto Nro. 137/001 establece que el plazo del contrato de gestión podrá ser renovado o extendido. Pero el Legislador a través de lo preceptuado por el literal A) del inciso 3 del artículo 20 de la ley 17.243, estableció el plazo (originario) de 30 años (y el contrato celebrado lo recogió).

Por supuesto que cualquier contrato puede ser prorrogado pero por un máximo del 100% del plazo inicial (es decir en este caso 30 años más, año 2061), pero no por 50 años a partir del vencimiento originario como se determinó ahora (año 2081), dado que no se especificó expresamente en el contrato originario un eventual plazo concreto para una posible prórroga (ni en el Decreto Nro. 137/001). Todo esto se concluye en atención al límite cuantitativo establecido por el artículo 74 del TOCAF (ley) y la amplia jurisprudencia del Tribunal de Cuentas en el sentido de los plazos contractuales y sus prórrogas.

Cabe señalar aquí que el literal B) del artículo 49 del Decreto Nro. 412/992 en la redacción dada por el Decreto Nro. 314/017, permite que en el marco de “futuros concesionarios” el plazo (originario obviamente) de la concesión sea de hasta 50 años con posibilidad de prórroga; lo que no es aplicable al caso si no se ve el asunto como una nueva concesión. Pero aún si forzosamente se toma en consideración en el caso la modificación consignada en el Decreto Nro. 314/017, el mismo establece que el plazo inicial sea de hasta 50 años con posibilidad de prórroga, pero sin especificar tampoco el plazo en concreto de dicha eventual prórroga. Por tanto, esta no puede tampoco ser mayor al plazo originario (30 años), en atención al artículo 74 del TOCAF.

Pero se puede ir aún más allá. El numeral 4.31 del Decreto Nro. 114/021 (“Renovación o extensión del plazo del Contrato de Gestión”) expresa que *“Sin perjuicio de la prórroga automática ya establecida en el Artículo 4.2, el plazo del Contrato de Gestión podrá ser renovado o extendido, mediante resolución de la ANP, con la aprobación del Poder Ejecutivo”*.

El citado numeral 4.2 indica que *“El plazo de Contrato de Gestión es de TREINTA (30) años, a partir de la firma del Contrato de Gestión entre Terminal Cuenca del Plata 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.”*

Es decir, que podría ser extendido ahora por hasta el año 2161 siguiendo el criterio constante del Tribunal de Cuentas (dado que no objetó en esta oportunidad lo consignado en el numeral 4.2).



TRIBUNAL DE CUENTAS

Y ahora una interrogante: ¿Es posible que se acuerde una prórroga en atención a lo preceptuado por el artículo 377 de la ley 19.355 y que las nuevas inversiones resultantes se efectúen con anterioridad al vencimiento del plazo originario (como es de público conocimiento)?.

A partir de aquí, me enfocaré en algunas precisiones sobre los principios de libre concurrencia, libre competencia y eventuales monopolios de hecho que esgrimen los abogados informantes en sus Considerandos 14), 15) y 16), los cuales comparto.

La mayoría del Tribunal de Cuentas indica que lo estipulado en el numeral 3.5.4 del nuevo Régimen de Gestión configura una prioridad para el contratista (Considerando 22 de la Resolución del Tribunal del 30 de marzo de 2022). Discrepo absolutamente con dicha conclusión.

De lo que se trata es de un condicionamiento o una limitante y por tanto, se vulnera el principio de libre concurrencia. Y esto es así dado que solamente se puede otorgar nuevas concesiones, permisos o autorizaciones para instalar y explotar una terminal de contenedores especializada si se configura por dos años consecutivos, que el movimiento de contenedores en TCP S.A. supera el 85% de su capacidad anual.

Desde ya hay que señalar que dicha condición se verificará a través de un estudio de capacidad que constará en el informe comercial a presentar por TCP S.A. (a su cargo) y que se actualizará en términos generales cada 5 años (numeral 3.5.5), que provendrá de una consultora internacional de reconocida experiencia técnica en ese tipo de análisis (autorizada previamente por la ANP). Autoriza la firma consultora pero no surge con claridad si la ANP debe necesariamente avalar el resultado del estudio de capacidad. Y aunque así fuera, su contenido es clave para sostener que no se ha superado el 85% de la capacidad anual durante dos años consecutivos.

Dicha “condición de capacidad” (expresión textual que surge del numeral 3.5.4) no puede operar mientras se desarrolla la construcción de la ampliación acordada.

Es decir, que la limitante es doble, convirtiéndose en exclusividad durante la construcción de la ampliación. Y desde allí no cabe más que concluir que se ha configurado un monopolio de hecho otorgado por vía administrativa (en contravención con el artículo 85 numeral 17 de la Constitución) en materia de terminales



TRIBUNAL DE CUENTAS

especializadas de contenedores, por lo menos hasta finalizada la construcción de la ampliación. Resta ver cuando finaliza la misma dado que para ello se requiere, por lo menos, conocer el Plan de Inversión de TCP S.A., el cual seguramente ya presentó a la ANP (Numeral 4.6.1 del Régimen de Gestión del Decreto Nro. 114/021).

A su vez, el propio texto del numeral 3.5.4 en cuestión reconoce en forma palmaria que se pueden otorgar no solo concesiones, sino también autorizaciones y permisos para la instalación y explotación de terminales de contenedores especializadas. Todo lo contrario a lo que la mayoría del Tribunal sostiene. La libre competencia no solo puede evaluarse respecto a todo otro operador que tenga el título de concesión, excluyendo los permisos y autorizaciones, ni con el objeto de terminal especializada en contenedores o sin dicho objeto.

Esos títulos habilitantes (concesión, permiso, autorización) para operar en materia de contenedores, jurídicamente podían ser otorgados por la Administración a cualquier particular que reuniera las condiciones para ello, sin que la normativa en cuestión limitara su otorgamiento. Quien los obtuviera podía desarrollar actividades en libre competencia, y en definitiva competiría con TCP S.A. cada una dentro de las posibilidades que le permitiera su negocio.

Por otro lado, la libre competencia con otros operadores portuarios (incluyendo terminales multipropósito con grúas móviles) es reconocida en el estudio de mercado del plan de negocios de TCP S.A. y del Operador Especializado, el que forma parte inequívoca del contrato celebrado el 4 de diciembre de 2001 entre dichas partes, en consistencia con el apartado cuarto "Condiciones contractuales" del numeral 2.1.1 "Condiciones de selección y contratación" del Régimen de Gestión incluido en el Decreto Nro. 137/001.

Es claro que el principio de libre competencia se ve también afectado ante la prohibición establecida en el numeral 3.5.2 del nuevo Régimen de Gestión, no permitiéndose la autorización ni la instalación de grúas pórticos y/o equipamiento que puedan dar lugar a una especialización en contenedores fuera de las áreas y muelles especializados.

Pero la limitante a libre competencia se exagera -sin que se pueda aseverar jurídicamente que se trata de una condición exclusiva o excluyente- en los artículos 11 y 14 del Decreto Nro. 115/021 ("Reglamento General de Atraque"). En efecto, la ANP debe priorizar el atraque de buques y barcasas portacontenedores en la terminal especializada y solo podrá decretar los mismos en los muelles multipropósito en caso



TRIBUNAL DE CUENTAS

de que la terminal se encuentre ocupada durante el periodo de 24 horas siguientes al decreto.

Esta situación acordada entre el Estado y TCP S.A. restringe la operación en otros sectores del Puerto de Montevideo, limitando la competencia intraportuaria, lo que por supuesto no se encuentra sustentado en el principio del artículo 1 de la ley 16.246 ("Ley de Puertos"), en tanto la prestación de servicios portuarios eficientes y competitivos (que constituye un objetivo prioritario para el desarrollo del país) no significa en absoluto que se deba configurar tal limitación.

Los derechos individuales, a la libertad de trabajo, industria y comercio solo pueden ser limitados por razones de interés general (que no deben ser genéricas) y deben ser determinadas por ley (artículos 7 y 36 de la Constitución). Reitero, ningún Acuerdo ni acto administrativo ni Decreto instrumental puede posicionarse por encima de los preceptos constitucionales y legales.

Por otro lado, el Tribunal de Cuentas hace mención en el Considerando 20) de su Resolución de fecha 30 de marzo de 2022, que el artículo 13 literal B) de la ley 16.246 implícitamente reconoce que pueden existir monopolios de hecho y, en esos casos, se deben establecer garantías que aseguren su control. No comparto ese pretendido resumen de la norma, lo que se consigna allí en realidad es que la ANP debe tomar las medidas jurídicas y prácticas pertinentes a fin de evitar la formación de monopolios de hecho y, cuando ello no fuere posible, establecer garantías que aseguren su control.

Pues poco o nada de esas medidas preventivas y mitigantes son posibles de implementar. Y esto es así dado que la ANP no puede evitar que todo lo aprobado y acordado el 25 de febrero de 2021 se cumpla (de lo que tampoco participó como Administración Portuaria) y en particular no puede cambiar (a los efectos de establecer garantías) lo consignado ese mismo día.

Es singular como, por mucho menos, el Tribunal de Cuentas en Resolución del 27 de junio de 2009 ("actuaciones remitidas por la Administración Nacional de Puertos relacionadas con la Licitación Pública N° VII/08 para la explotación de áreas para almacenamiento de contenedores en el Puerto de Montevideo") -tratándose de permisos para almacenar con prohibición expresa de consolidar/desconsolidar- el organismo de contralor haya observado el procedimiento por varias razones, entre ellas la que reza en su Considerando 10) que citaré textualmente: *"que en lo que respecta a la adjudicación a Nelsury S.A., el oferente contraviene el Artículo 27 del P.C.P. al no acreditar la experiencia requerida. Si bien expresa formar parte del grupo*



TRIBUNAL DE CUENTAS

Katoen Natie, adjuntando información obtenida de la página web, donde hace referencia a las operaciones en el Uruguay, no surge de ésta la relación existente entre ellos. Por otra parte, de la documentación presentada respecto de su integración, tampoco surge su vinculación con el grupo Katoen Natie, constando sólo una declaración del oferente donde expresa que la totalidad del paquete accionario de Nelsury S.A. es propiedad del Grupo Katoen Natie e indica en particular, que dicho grupo es propietario total o parcialmente, administra y opera terminales y playas de contenedores en Bélgica, Francia, Holanda y la Terminal Especializada de Contenedores del Puerto de Montevideo (TCP). No obstante, de resultar acreditado tal extremo se configuraría una situación de monopolio en violación de las normas de defensa de la competencia consagradas en la Ley N° 18.159 y art. 13 de la Ley N° 16.246" (el subrayado es mío).

Por otra parte, el Tribunal de Cuentas expresa en el Considerando 10) de la Resolución del 30 de marzo de 2022, en relación a los fundamentos expuestos por KNG, que el Diferendo planteado se delimitó a partir del año 2009 y no al 2001 (inicio de la concesión), en tanto desde el 2009 el Estado no dio cumplimiento estricto a la normativa, favoreciendo a otro operador portuario que en los hechos opera como una segunda terminal de contenedores (Léase Montecon).

No me consta que la interpretación que hace el Tribunal de Cuentas sobre el artículo 72 del Decreto Nro. 183/94 hay sido aplicada por la Administración Portuaria desde el comienzo de las operaciones de TCP S.A.

A su vez, no comparto que el Tribunal no haya analizado la diferencia entre disputa con el Estado y un Diferendo en el marco del artículo 11 del Tratado entre Uruguay y la Unión Belgo-Luxemburguesa.

Consta una disputa apenas 18 meses después de celebrado el contrato de fecha 12 de junio de 2001 entre la ANP y TCP S.A., en tanto TCP S.A. se agravió por el acto que dispusiera el llamado a Licitación Pública Internacional Nro. 1/2003 (aprobado por Resolución Nro. 2034/02 de fecha 19 de diciembre de 2002), dictado por el Poder Ejecutivo y la ANP; así como también por el pliego de condiciones y todos los demás actos vinculados a la misma. La Licitación estaba destinada a otorgar la explotación integral de una Terminal Polivalente constituida por los muelles 8, 9, 10 y 11 y un nuevo muelle (muelle C) en Régimen de Concesión en el puerto de Montevideo.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Posteriormente, y en el ámbito del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, TCP S.A. entabló demanda de nulidad, manifestando (en resumen) que los derechos que le asisten se han violado, en consistencia con la ley 17.243 y su Decreto reglamentario, artículo 1 de la ley 16.246 y artículos 3 apartado B) y 42 del Decreto Nro. 412/992 y el Plan Maestro del Puerto de Montevideo. Manifestó que la finalidad última del llamado a licitación, es la instalación inmediata de grúas pórtico en los Muelles 8 y 9, y no el de establecer una terminal polivalente, respondiendo ello, a un petitorio de la empresa Montecon S.A. Expresó que de lo que se trataba con ese llamado era establecer una nueva terminal especializada en competencia con TCP.

El Tribunal de lo Contenciosos Administrativo (por unanimidad) con fecha 24 de julio de 2008, no compartió la posición sustentada por TCP S.A., básicamente dado que el marco normativo que rige la prestación de servicios portuarios, indica como principio guía, la prestación en régimen de libre concurrencia (artículos 7, 11, 13, 23 de la ley 16.246, artículo 1 del Decreto Nro. 412/992). Aseguró además que la posición de TCP S.A. 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 artículo 20 de la ley 17.243, ni su Decreto reglamentario Nro. 137/001 disponen un apartamiento a este principio, asegurando exclusividad al titular de la Terminal de Contenedores.

El Tribunal de Cuentas entendió e insistió que el centro de la cuestión es el objetivo prioritario establecido en el artículo 1 de la Ley de Puertos y que desde allí pueden configurarse monopolios de hecho siempre y cuando se controlen y aún más, que es ampliamente reconocido en Doctrina que existe prerrogativas legítimas en concesiones de obra pública, entre ellas, las que la Administración se compromete a no favorecer explotaciones concurrentes, las de "no mejores condiciones", las de preferencia y las de exclusividad (Considerandos 18 a 23 de la Resolución del 30 de marzo de 2022).

Es claro, con el Acuerdo no se están favoreciendo explotaciones concurrentes y sí preferencias y también exclusividades, PERO no está demostrado en absoluto que la actividad concesionada configura una suerte de monopolio de hecho o natural, determinado por razones económicas o de mercado, redundando en beneficio del interés general y dotando de mayor eficacia y eficiencia al Puerto de Montevideo.

Lo que sí entiendo que se ha demostrado es que se ha afectado la libre concurrencia y la libre competencia intraportuaria en la operación de contenedores, en contraposición con la voluntad del Legislador plasmada desde el año 1992 a la fecha.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Corresponde ahora adentrarse en la vulneración del artículo 211 literal B) de la Constitución y a la Ordenanza 91 de este Tribunal, dado que ninguno de los dos informes de los servicios jurídicos ni tampoco la Resolución del Tribunal del 30 de marzo de 2022 lo han sostenido.

En mi opinión, y siguiendo nuevamente la vasta jurisprudencia de este Tribunal, entiendo que se vulneró el artículo 211 literal B) de la Carta, en tanto el Estado Uruguayo se obligó a gastos (más allá que en esta oportunidad resultan cuantiosos) al comprometerse a dragar las áreas de acceso y maniobra a una profundidad de hasta 14 metros, a su periódico mantenimiento, entre otros aspectos (numeral 4.12 del "Régimen de Gestión" integral del Decreto Nro. 114/021). Dichos gastos no fueron remitidos a intervención previa de legalidad que compete a este Tribunal, en tanto se realizan en cumplimiento de obligaciones que fueran previamente asumidas por el Estado a través de la suscripción del Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2021, que no lució ad referendum de este órgano de contralor (ni tampoco la Resolución Nro. 401 de la misma fecha). Y nada tiene que ver el hecho que no conste la estimación de la erogación y ni siquiera un anteproyecto que delimite el objetivo.

Nótese además que el numeral 4.12 agrega que *"Cuando del Informe Comercial surja la necesidad por parte del mercado de una mayor profundidad y la misma sea conveniente para el Puerto de Montevideo, el Contratista podrá optar por realizar inversiones adicionales en profundizar sus muelles, de llevarse a cabo esta profundización la ANP asegurará y mantendrá la profundidad necesaria en el canal de acceso y área de maniobra en la misma cantidad de metros adicionales que se profundicen los muelles de TCP"*.

Es decir, la ANP está obligada a dragar a más de 14 metros dependiendo de un informe comercial presentado por TCP S.A. Lo que parece claro que este informe sí será analizado por la ANP, pero no consta que se requiera de su aval.

El numeral 4.15 del Régimen de Gestión que integraba el Decreto Nro. 137/001, ante similar situación, especificó en forma precisa la forma de proceder en tal sentido, la cual citaré textualmente: *"El Contratista incorporará en el "Informe de Evaluación Comercial de la Terminal" (Numeral 4.6.2) correspondiente al tercer año calendario informado y, posteriormente, cada TRES (3) años, un estudio estratégico-comercial de la actividad de la Terminal con las líneas de desarrollo para el trienio siguiente. Cuando de ese Informe y de los estudios que efectúe la ANP surja, de manera técnicamente*



TRIBUNAL DE CUENTAS

fundada, la conveniencia para el Puerto de Montevideo, de una mayor profundidad, la ANP y el Contratista firmarán un Adendo al contrato de gestión de la Terminal con modificaciones en la profundidad a asegurar por la ANP y el Contratista que, para su vigencia, deberá contar con la aprobación del Poder Ejecutivo” (el subrayado es mío).

Vale decir entonces que no solo se vulneró el artículo 211 literal B) de la Constitución sino que también se resintió (nuevamente) el principio de buena administración.

Entiendo entonces que el Tribunal debió observar los gastos emergentes de la modificación contractual, o mejor dicho, del Acuerdo celebrado el 25 de febrero de 2021, plasmados en el Decreto Nro. 114/021.

Respecto a la contravención a la Ordenanza Nro. 91 del Tribunal de Cuentas, cabe señalar que aunque es efectivamente cierto que el contrato que deriva de la modificación contractual ya convenida entre las partes, a través del Acuerdo del 25 de febrero de 2021 (el cual contiene cláusulas de “Incumplimientos” y de “Estabilización Jurídica”) no fue suscrito aún; es claro que el propósito de dicha Ordenanza fue y es el de intervenir las concesiones en forma previa al dictado del acto administrativo de adjudicación y no cuando todas las obligaciones se encuentran asumidas.

La voluntad administrativa del Poder Ejecutivo para consumar dicha modificación contractual resulta inequívoca, gozando de plenos efectos jurídicos, siendo por ende eficaz entre las partes (otra cuestión es la firmeza y la estabilidad del acto administrativo), en tanto se produjo el acuerdo o fusión de voluntades. Dicho Acuerdo fue celebrado el 25 de febrero del 2021 al aprobarse en la misma fecha por el Sr. Presidente de La República actuando en Consejo de Ministros.

Entiendo que la decisión del Tribunal de no objetar el apartamiento a la Ordenanza Nro. 91 desnaturaliza el sentido y el propósito de la misma.

Del punto de vista práctico, hay que necesariamente decir que el Acuerdo, se encontraba en ejecución con anterioridad a la remisión de los primeros obrados al Tribunal de Cuentas (17 de setiembre de 2021). Basta solo algunos ejemplos: i) se modificaron los Estatutos de TCP S.A. con fecha 21 de mayo de 2021; ii) se actualizaron los precios en base al Decreto Nro. 114/021 y iii) se instauró parcialmente la regla de ataque hacia TCP S.A. a los 180 días de la vigencia del Decreto Nro. 115/021, según lo estipulado en el Acuerdo (como es de público conocimiento, comenzó el 1 de noviembre de 2021). Unas semanas después de su implementación, el Poder Ejecutivo decidió prorrogar su aplicación plena por hasta 180 días, en consistencia con lo



TRIBUNAL DE CUENTAS

acordado en el numeral 5) de la Sección A-“Aspectos Operativos” de la Cláusula Tercera (“Acuerdos”).

Por último, como se aprecia en el “Acuerda” de la Resolución de la mayoría del Tribunal de fecha 30 de marzo de 2022, no se comete al Contador Delegado la verificación de ningún aspecto (siendo de orden al decidirse no objetar la modificación contractual); tales como la verificación de los requisitos informados por la División Notarial de la ANP, el contralor del detalle/existencia/vigencia de los seguros y ni siquiera que las cláusulas del contrato sean consistentes con el Decreto Nro. 114/021. Y esto último resulta igual de necesario dado que, en rigor, no me consta que la ANP haya remitido al Tribunal de Cuentas proyecto de contrato alguno, dado que el Anexo H (“Modelo de Modificación del Contrato de Gestión”) que surge en el Decreto Nro. 114/021, fue expresamente excluido -por dos veces tanto en letras como en números- del alcance de la Resolución Nro. 431 del 21 de abril de 2021 del Sr. Presidente de La República actuando en Consejo de Ministros (Léase su Inciso 1 del Artículo 2).

Se pasa finalmente a citar de forma textual los “Considerandos” y “Acuerda” propuestos por los abogados informantes Dra. Lourdes Pérez y Dr. Juan Pablo Hernández, los que la mayoría del Tribunal de Cuentas no compartió:

“CONSIDERANDO:1) que en la oportunidad se somete a control de este Tribunal lo dispuesto por la Resolución N° 575/4.100 de fecha 15/09/2021 (Resultando 14), que implica la modificación del contrato de Gestión de la Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto N°114/021 de fecha 21/04/2021;

2) que en tanto se trata de la renegociación o modificación contractual (en el caso, contrato de concesión), el control de legalidad corresponde sea efectuado al amparo de lo dispuesto en el artículo 211 literal E) de la Constitución de la República;

3) que las modificaciones sometidas a control de este Tribunal fueron convenidas en el Acuerdo de fecha 25/02/2021, quedando el Estado comprometido a ellas, y como forma de solucionar un diferendo en base a lo dispuesto en el artículo 11 del Tratado, circunstancia que no impide el contralor de legalidad en la presente oportunidad de dichas modificaciones en tanto fueron instrumentadas por los actos administrativos de fechas 21/04/2021 (Decretos N°114/021 y N°115/021) y 15/09/2021 Resolución de ANP N°575/4.100);

4) que en oportunidad de la elaboración del Decreto N°137/001 (anterior Régimen de Gestión), se conformó un grupo de trabajo que elaboró el texto del proyecto y lo



TRIBUNAL DE CUENTAS

sometió a la consideración de diversas áreas especializadas de ANP, las cuales informaron respecto a aspectos que concernían a sus especialidades, incluso se recabó informe del Presidente de ANP de la época y se sometieron a consideración del Directorio aquellos asesoramientos previamente a su remisión al MTOP, Cartera cuyos servicios técnicos manifestaron opiniones coincidentes, todo lo cual constituyó la plataforma motivacional de los expuesto en los Resultandos, Considerandos, Disposiciones y cláusulas de dicho Decreto;

5) que en el presente caso, al requerir "asesoramiento" a ANP mediante las notas del 07/04/2021 y 21/04/2021, el MTOP consideró que los mismos eran de precepto para proceder tanto a la modificación de la prórroga del plazo contractual como para la instrumentación de un nuevo Reglamento de Atraque, sobre la base de los artículos 377 de la Ley N° 19.355 (nota del 07/04/2021) y 9 de la Ley 9.545 en redacción dada por el artículo y 10 de la Ley N° 16.246 (nota del 21/04/2021). Estos asesoramientos resultan necesarios para la debida motivación de los actos administrativos y sus disposiciones, en tanto suponen la adopción de una determinada política portuaria para cuya determinación se los requiere, conforme los artículos 7 y 9 de la Ley 16.246;

6) que de los Resultandos XIV y XV, y Considerandos III y V del Decreto N°114/021 se aprecia una serie de argumentos ligados a la conveniencia de evitar un litigio por un lado, y de orientar la actividad portuaria en materia de contenedores hacia un régimen normativo que redundaría en un beneficio al interés general, que constituyen la motivación del acto que, como toda motivación, debe guardar estricta correspondencia con los motivos, y a su vez debe reunir las notas de suficiencia, congruencia y exactitud las que se juzgarán no solo a partir de la lectura del acto en sí, sino principalmente de los antecedentes administrativos que llevaron a su dictado;

7) que la acepción "asesoramiento", en los términos utilizados en las normas precedentemente referidas y en tanto juicio u opinión que se emite sobre determinado asunto, implica un dictamen que precede a la decisión que pretende adoptar la Administración, y en tal sentido, muñirse de los mismos resulta de vital importancia a fin de que el procedimiento se ajuste a los principios de buena administración (artículo 311 de la Constitución) y debido procedimiento (artículo 2, literal "i" del Decreto N° 500/991) en asuntos como el que nos ocupa. Así, los referidos principios se proyectarán en el requerimiento de cuantos asesoramientos correspondan y en su documentación por escrito (constando de esta manera en las actuaciones que se sustancien), todo lo cual brindaría el sustento adecuado a la decisión que se adopta;

8) que además, la obligación de motivar se conecta con el ajuste del actuar administrativo al principio de debido procedimiento (artículo 2, literal "i" del Decreto N° 500/991), siendo aquella obligación un "*Principio General del Derecho Administrativo, que integra la garantía del debido procedimiento. También se ha identificado, como contracara de*



TRIBUNAL DE CUENTAS

dicha obligación, el derecho a la motivación como verdadero derecho inherente a la personalidad humana, de cumplimiento necesario para la plena vigencia del Estado de Derecho”, de manera que la obligación de motivar cobra especial relevancia, en razón de que “no solo importan los hechos y el Derecho aplicable, sino que también es imprescindible explicitar el proceso lógico seguido para concluir en el acto administrativo, a partir de esos hechos y ese Derecho” (Vázquez, Cristina. “Motivación de la adjudicación contractual” en Cuaderno 2 de Contratación Pública. Universidad de Montevideo. Coordinadores Carlos E. Delpiazzo y José Luis Echevarría Petit. Año 2017. Págs. 151 a 177);

9) que los asesoramientos que fueron referidos precedentemente no resultan ajustados a las disposiciones y principio referidos, en tanto no pueden ser caracterizados como previos, y por tanto parte esencial de la motivación de los actos administrativos referidos. Ello en razón de que no fueron solicitados en tiempo oportuno, esto es, en una instancia anterior a la celebración del Acuerdo de fecha 25/2/2021, pues lo acordado (que incluía el texto íntegro de ambos Decretos) no admitía modificación alguna en fecha posterior, por efecto de la Cláusula Quinta – Estabilización jurídica y de la Cláusula Sexta – Incumplimientos, quedando definitivamente determinada desde allí la política portuaria para la que el asesoramiento era requerido, todo lo cual reafirma que los informes señalados no pueden entenderse oportunos;

10) que en relación al Decreto N°115/021 son trasladables las mismas consideraciones, pero además resulta cuestionable la afirmación contenida en el Resultando por cuanto el texto del Decreto ya estaba acordado en el Acuerdo celebrado el 25/02/2021, y para el caso que se entendiera que fueron recabados en tiempo oportuno, es de destacar que las actuaciones referidas en los Resultandos 11 y 12 fueron remitidos al MTOP y Poder Ejecutivo en fecha posterior a la aprobación del Decreto (22/04/2021);

11) que al mismo tiempo, el “asesoramiento” relacionado con ambos Decretos debió haber sido emitido por ANP cuya voluntad se manifiesta mediante acto administrativo dictado por el Directorio, no siendo suficiente para formar la voluntad administrativa la nota remitida por su Presidente, por lo que no puede considerarse como manifestación de voluntad orgánica de la Administración;

12) que por lo expuesto, el proceder de la Administración que derivó en la aprobación de los Decretos N° 114/021 y 115/021 de fecha 21/04/21 contravino los artículos 311 inciso 2° de la Constitución, 9 y 10 de la Ley N° 16.246 y 2, literales “i” y “l” del Decreto N° 500/991;

13) que en cuanto a las modificaciones introducidas al contrato de Gestión, jurídicamente, la concesión de la Terminal de Contenedores bajo las condiciones previas a la modificación en examen fue otorgada en el marco de un régimen de libre competencia, por lo



TRIBUNAL DE CUENTAS

que las actividades concedidas se desarrollaban en régimen de concurrencia con otros prestadores, todo en concordancia con las normas generales reguladoras de la actividad portuaria (artículo 20 literal D) de la Ley 17.243, numeral 3.5 del Decreto 137/001, en concordancia con la Ley 16.246 y su Decreto Reglamentario N°412/992);

14) que los cambios normativos no son ajustes o actualizaciones de un régimen vigente que determinaba la concentración de la actividad de contenedores en la Terminal de Contenedores. Ello por cuanto las interpretaciones del artículo 72 del Decreto N°183/994 efectuadas por la concesionaria en el Acuerdo y referidas en el Decreto N°114/021 no son de recibo y carecen de respaldo en normas tanto de igual como de superior valor y fuerza, anteriores y posteriores a la misma, generales y específicas. Asimismo, tampoco resultó suficientemente acreditado por parte de la Administración que la actividad concesionada configura una suerte de monopolio de hecho o monopolio natural, determinado por razones económicas o de mercado, y que su consolidación y conservación redunde en beneficios al interés general y dote de mayor eficacia y eficiencia al Puerto. Por lo tanto las nuevas normas son verdaderas modificaciones;

15) que las modificaciones introducidas al Régimen de Gestión en los numerales 3.5 y 4.11 del Decreto 114/021, tienen por consecuencia jurídica y práctica restringir el acceso y ejercicio a las actividades relativas a contenedores descartando la libre competencia, y limitar a la potestad de la Administración de otorgar concesiones, permisos y autorizaciones (restringiendo el cometido de determinación de la política portuaria) en base a restricciones que la ley no prevé, todo lo cual contraviene normas de superior valor y fuerza como los artículos 7, 11, 12, 13 A) y B) de la Ley 16.246, artículo 20 literal D) de la Ley, y artículo 1 y 2 de la Ley 18.159, sin perjuicio de que el actuar de la Administración al establecerlas contravino también normas de valor y fuerza de reglamento como las contenidas en los artículos 1, 3 literal H), 4 literal I), 10, 11, 12, 13, y 39 del Decreto Reglamentario de la Ley de Puertos N°412/992;

16) que al mismo tiempo, y en tanto las restricciones afectan derechos de rango constitucional cuya limitación solo puede hacerse por ley y por razones de interés general, se ha contravenido los artículos 7 y 36 de la Constitución de la República;

17) que en cuanto a la prórroga del plazo de la concesión (numeral 4.2 del Decreto N°114/021), la Administración se encontraba habilitada para proceder en tal sentido, de acuerdo con la facultad acordada en el numeral 4.34, Documento Complementario del Decreto N° 137/001 ("Régimen de Gestión") y Cláusulas Segunda y Octava del Contrato referido;

18) que en lo que respecta al término que se le otorgó a la prórroga (cincuenta años) no surge de las actuaciones que la Administración haya analizado las posibles



TRIBUNAL DE CUENTAS

interpretaciones que la normativa (tanto general como específica) permite al respecto, esto es, si debía prorrogarse por el término de treinta años en razón de que únicamente regiría la regulación específica o si correspondía prorrogar por cincuenta años, término máximo dispuesto por el artículo 49, literal B) del Decreto N° 412/992 para las concesiones, y al mismo tiempo no surgen asesoramientos (a vía de ejemplo, económicos, operativos, etc.) que den cuenta de que la prórroga conferida satisface adecuadamente los fines y el interés general perseguidos, por lo que nuevamente se contravinieron los principios de debido procedimiento, motivación y buena administración;

19) que el numeral 4.13 y el Anexo G, el Decreto N°114/021 modifican el régimen de precios a cobrar por el concesionario, modificación que redundan en una mayor libertad para el prestador en cuanto a fijación de los mismos a condiciones "*de mercado*", pudiendo ahora cobrar también por servicios asociados también a precios de mercado, cosa que no se permitía en el régimen anterior;

20) que si bien a priori no se eliminan o anulan las potestades de control tarifario y de precios establecidas a favor de la Administración por norma constitucional, legal (Ley 16.246 y artículo 20 Ley 17.243), e incluso reglamentaria, sí se verán fuertemente limitados, por cuanto las cláusulas de estabilización previstas en el Acuerdo impiden modificaciones en perjuicio del concesionario,

21) que asimismo la falta de asesoramiento suficiente impide conocer los fundamentos que justifican el nuevo régimen bajo la norma en análisis desde el punto de vista de su regularidad jurídica, sus impactos económicos, comerciales, operativos; ni se clarifica cómo se determina ese "*precio de mercado*", más allá de que se menciona genéricamente (en el Acuerdo) que surgirán de la competencia regional siendo trasladables aquí las consideraciones en cuanto a la falta de motivación suficiente del accionar administrativo, afectando a su vez principios generales tales como el de buena administración;

22) que en cuanto a las nuevas áreas que por el Acuerdo pasarán a integrar la concesión, correspondía a la Administración efectuar un avalúo de los nuevos bienes a afectar a la concesión conforme lo establecido en el artículo 13 literal F) de la Ley 16.246, guardando estrecha relación con la inversión y las obras comprometidas por el concesionario, a efectos de que ambas estén en adecuada proporción, y en tanto dichas áreas se incorporarán indefectiblemente a la concesión y al régimen cuya modificación se acuerda por el acto administrativo que se somete a control de este Tribunal, el avalúo debió efectuarse antes de comprometerlas;

23) que por pasar a integrar la concesión cuyo régimen se modifica, la incorporación al régimen concesionado de la instalación de molinos en Puntas de Sayago carece de asesoramiento e información técnica suficiente que permita valorar el compromiso,



TRIBUNAL DE CUENTAS

sus implicancias jurídicas, económicas y operativas y de otra índole, en qué medida y cómo el compromiso concreto realiza los fines de eficiencia y eficacia comprometidos. A su vez, no se cuenta con asesoramiento por parte del Ente competente en materia de energía eléctrica (UTE) en cuanto a la viabilidad de lo comprometido; sin perjuicio de lo que oportunamente se acuerde en el convenio que deberán suscribir las partes interesadas para implementar la instalación;

25) que si bien los contratos públicos pueden modificarse, ello será posible siempre y cuando se respeten las condiciones para ello y no se trasgreden los límites al respecto; que son: a) presencia y tutela del interés público; b) no vulneración de normas y principios imperantes en materia de contratación administrativa y análisis de eventuales terceros afectados, y c) configuración de circunstancias objetivas,

26) que los apartamientos jurídicos constatados implican que dichos límites hayan sido trasgredidos, sea por la falta de acreditación suficiente en cuanto a la presencia y tutela del interés general y en cuanto al acaecimiento de las circunstancias objetivas detalladas en los actos administrativos, sea porque se contravinieron principios generales (debido procedimiento, buena administración, debida motivación), sea por carencia de análisis en cuanto a afectación a terceros;

27) que en definitiva, la modificación autorizada por la Resolución N°575/4.100 de fecha 15/09/2021 al amparo del Decreto N°114/021 es objetable en cuanto a su regularidad jurídica como consecuencia de lo establecido en los considerandos precedentes;

28) que en cuanto a lo resuelto por el Poder Ejecutivo en Resolución CM N°433 del 21/04/2021, al prorrogar la Concesión al amparo del Decreto N°137/001 que fue derogado en la misma fecha por el Decreto N°114/021, las condiciones contractuales a regir a partir de inicio de la prórroga serán las del Decreto N°114/021 y no las del Decreto derogado, por lo que el régimen, aun por esta vía, adolece de los mismos defectos que si tal Resolución hubiera mencionado directamente el Decreto N°114/021;

29) que en cuanto a los recursos administrativos interpuestos contra los Decretos N°114/021 y N°115/021, desde el punto de vista formal no hay objeciones que realizar, y desde el punto de vista sustancial, corresponde remitirse a lo ya analizado, dejándose constancia de que no se encuentra en antecedentes resolución expresa de los mismos, así como tampoco dictámenes sobre las pretensiones de los recurrentes."

Los abogados informantes proyectaron el ACUERDA siguiente:



TRIBUNAL DE CUENTAS

- “1) Observar a la modificación contractual por lo expresado en los Considerandos 6) a 12), 15), 16), 18), 21), 26) y 27);
- 2) Téngase presente lo señalado en los Considerandos 22), 23), 29);
- 3) Comunicar al Contador Delegado; y
- 4) Devolver las actuaciones.””

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO CR. ENRIQUE CABRERA Y MINISTRA CRA. DIANA MARCOS:

“Hemos votado en contra el asunto 1.2.4 de la Sesión del 30 de marzo de 2022 expediente 2021-17-1-0004433, por no compartir lo resuelto por la mayoría del Tribunal de Cuentas.

Entendemos que hay aspectos de fondo y forma que nos llevan a no compartir lo adoptado por la mayoría del Tribunal de Cuentas. En los aspectos de fondo compartimos sustancialmente el primer informe considerado en sala realizado por los informantes Dres. Lourdes Pérez y Juan Hernández asignados para este expediente y la discordia del Ministro Miguel Aumento. Los aspectos sustanciales surgidos de ambas intervenciones como los que nosotros desarrollaremos más adelante no fueron controvertidos en sala, limitándose la discusión a si el procedimiento y los distintos actos sujetos a análisis eran sujeto de intervención con observación o no.

Tan es así que la versión final del proyecto de resolución es diferente al proyecto remitido originalmente, dicha resolución tardó una semana en ser puesta consideración de los Ministros para poder establecer las diferencias con la misma. Nótese aquí que el mismo día a pocas horas de la resolución tomada, un medio de prensa ya contaba con la versión del resultado de la misma antes que la totalidad de los Ministros pudieran hacerse de la resolución final, cosa que ocurrió el día cinco de abril de 2022.

Tampoco compartimos el proceso que se dio en el propio Tribunal en relación al estudio del mismo, en especial observamos que el tratamiento del Tribunal fue realizado con los plazos vencidos de acuerdo a la ordenanza. 91, que el estudio recayó en los informantes del **Departamento de Contrataciones II**, cuando situaciones similares son tratadas por el **Departamento Jurídico del Tribunal de Cuentas**, tal cual fue el inicio que se le dio al



TRIBUNAL DE CUENTAS

expediente. Este hecho fue expuesto con anterioridad por el Ministro Miguel Aumento, y hecho llegar esta observación al Director de División Jurídica del Tribunal de Cuentas. En primera instancia el expediente fue asignado a un informante del Departamento Jurídico, y luego sin motivación y sin conocimiento del **Director del Departamento Jurídico** fuera trasladado a estudio al **Departamento de Contrataciones II**.

Otro hecho por el cual nos consideramos afectados es por la notificación de vencimiento del plazo de cuarenta y ocho horas para realizar nuestra discordia, cuando el proyecto y la grabación de la Sesión estuvieron el cinco de abril y no tenemos constancia hasta hoy si el mismo es el aprobado por la mayoría. Recordamos que las cuarenta y horas transcurren luego de tener la resolución definitiva; más allá que en sala manifestamos la necesidad de ampliar el plazo para efectuar la discordia. Consideramos desproporcionada la exigencia de responder en cuarenta y ocho horas; cuando la fundamentación de la resolución demoró más de una semana y su aprobación formal suponemos que se dio entre el 6 y 8 de abril.

Consideramos también que se afectó la integralidad de nuestro análisis al carecer de información por no ser entregada en tiempo y forma, en especial por parte de la ANP, detalle que desarrollaremos posteriormente y también información tratada por el Tribunal de Cuentas por ejemplo los Estados Financieros de la Administración Nacional de Puertos (ANP) y de Terminal Cuenca del Plata (TCP). Entendemos además que mucha de la información de este análisis estuvo a nuestra disposición a partir del día en que se subió el primer informe de este expediente, más allá de la información pública a la que fuimos accediendo a lo largo del proceso de estudio.

Para nuestro análisis partiremos de la consideración de los **veintiocho considerandos** establecidos en el primer informe de los Dres. Lourdes Pérez y Juan Hernández elevado a la sesión (subrayado en negrita nuestro).

Estos veintiocho considerandos no fueron tenidos en cuenta en el segundo informe, ni en la resolución final, es más en la sesión no se contradijo ni uno de estos elementos, más allá de cuestionar las importantes imperfecciones del procedimiento realizado por la ANP.

**TRIBUNAL DE CUENTAS**

A continuación transcribimos los considerandos desarrollados desde la foja 140 a 147 del expediente 2021-17-1-000443. En ello se muestran los distintos señalamientos base de las observaciones a establecer al procedimiento analizado

"CONSIDERANDO: 1) que en la oportunidad se somete a control de este Tribunal lo dispuesto por la Resolución N° 575/4.100 de fecha 15/09/2021 (Resultando 14), que implica la modificación del contrato de Gestión de la Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto N°114/021 de fecha 21/04/2021;

2) que en tanto se trata de la renegociación o modificación contractual (en el caso, contrato de concesión), el control de legalidad corresponde sea efectuado al amparo de lo dispuesto en el artículo 211 literal E) de la Constitución de la Republica;

3) que las modificaciones sometidas a control de este Tribunal fueron convenidas en el Acuerdo de fecha 25/02/2021, quedando el Estado comprometido a ellas, y como forma de solucionar un diferendo en base a lo dispuesto en el artículo 11 del Tratado, circunstancia que no impide el contralor de legalidad en la presente oportunidad de dichas modificaciones en tanto fueron instrumentadas por los actos administrativos de fechas 21/04/2021 (Decretos N°114/021 y N°115/021) y 15/09/2021 Resolución de ANP N°575/4.100);

4) que en oportunidad de la elaboración del Decreto N°137/001 (anterior Régimen de Gestión), se conformó un grupo de trabajo que elaboró el texto del proyecto y lo sometió a la consideración de diversas áreas especializadas de ANP, las cuales informaron respecto a aspectos que concernían a sus especialidades, incluso se recabó informe del Presidente de ANP de la época y se sometieron a consideración del Directorio aquellos asesoramientos previamente a su remisión al MTOP, Cartera cuyos servicios técnicos manifestaron opiniones coincidentes, todo lo cual constituyó la plataforma motivacional de los expuesto en los Resultandos, Considerandos, Disposiciones y cláusulas de dicho Decreto;

5) que en el presente caso, al requerir "asesoramiento" a ANP mediante las notas del 07/04/2021 y 21/04/2021, el MTOP consideró que los mismos eran de precepto para proceder tanto a la modificación de la prórroga del plazo contractual como para



TRIBUNAL DE CUENTAS

la instrumentación de un nuevo Reglamento de Atraque, sobre la base de los artículos 377 de la Ley N° 19.355 (nota del 07/04/2021) y 9 de la Ley 9.545 en redacción dada por el artículo y 10 de la Ley N° 16.246 (nota del 21/04/2021). Estos asesoramientos resultan necesarios para la debida motivación de los actos administrativos y sus disposiciones, en tanto suponen la adopción de una determinada política portuaria para cuya determinación se los requiere, conforme los artículos 7 y 9 de la Ley 16.246;

6) que de los Resultandos XIV y XV, y Considerandos III y V del Decreto N°114/021 se aprecia una serie de argumentos ligados a la conveniencia de evitar un litigio por un lado, y de orientar la actividad portuaria en materia de contenedores hacia un régimen normativo que redundaría en un beneficio al interés general, que constituyen la motivación del acto que, como toda motivación, debe guardar estricta correspondencia con los motivos, y a su vez debe reunir las notas de suficiencia, congruencia y exactitud las que se juzgarán no solo a partir de la lectura del acto en sí, sino principalmente de los antecedentes administrativos que llevaron a su dictado;

7) que la acepción "asesoramiento", en los términos utilizados en las normas precedentemente referidas y en tanto juicio u opinión que se emite sobre determinado asunto, implica un dictamen que precede a la decisión que pretende adoptar la Administración, y en tal sentido, muñirse de los mismos resulta de vital importancia a fin de que el procedimiento se ajuste a los principios de buena administración (artículo 311 de la Constitución) y debido procedimiento (artículo 2, literal "i" del Decreto N° 500/991) en asuntos como el que nos ocupa. Así, los referidos principios se proyectarán en el requerimiento de cuantos asesoramientos correspondan y en su documentación por escrito (constando de esta manera en las actuaciones que se sustancien), todo lo cual brindaría el sustento adecuado a la decisión que se adopta;

8) que además, la obligación de motivar se conecta con el ajuste del actuar administrativo al principio de debido procedimiento (artículo 2, literal "i" del Decreto N° 500/991), siendo aquella obligación un "Principio General del Derecho Administrativo, que integra la garantía del debido procedimiento. También se ha identificado, como contracara de dicha obligación, el derecho a la motivación como verdadero derecho inherente a la



TRIBUNAL DE CUENTAS

personalidad humana, de cumplimiento necesario para la plena vigencia del Estado de Derecho”, de manera que la obligación de motivar cobra especial relevancia, en razón de que “no solo importan los hechos y el Derecho aplicable, sino que también es imprescindible explicitar el proceso lógico seguido para concluir en el acto administrativo, a partir de esos hechos y ese Derecho” (Vázquez, Cristina. “Motivación de la adjudicación contractual” en Cuaderno 2 de Contratación Pública. Universidad de Montevideo. Coordinadores Carlos E. Delpiazzo y José Luis Echevarría Petit. Año 2017. Págs. 151 a 177);

9) que los asesoramientos que fueron referidos precedentemente no resultan ajustados a las disposiciones y principio referidos, en tanto no pueden ser caracterizados como previos, y por tanto parte esencial de la motivación de los actos administrativos referidos. Ello en razón de que no fueron solicitados en tiempo oportuno, esto es, en una instancia anterior a la celebración del Acuerdo de fecha 25/2/2021, pues lo acordado (que incluía el texto íntegro de ambos Decretos) no admitía modificación alguna en fecha posterior, por efecto de la Cláusula Quinta – Estabilización jurídica y de la Cláusula Sexta – Incumplimientos, quedando definitivamente determinada desde allí la política portuaria para la que el asesoramiento era requerido, todo lo cual reafirma que los informes señalados no pueden entenderse oportunos;

10) que en relación al Decreto N°115/021 son trasladables las mismas consideraciones, pero además resulta cuestionable la afirmación contenida en el Resultando por cuanto el texto del Decreto ya estaba acordado en el Acuerdo celebrado el 25/02/2021, y para el caso que se entendiera que fueron recabados en tiempo oportuno, es de destacar que las actuaciones referidas en los Resultandos 11 y 12 fueron remitidos al MTOP y Poder Ejecutivo en fecha posterior a la aprobación del Decreto (22/04/2021);

11) que al mismo tiempo, el “asesoramiento” relacionado con ambos Decretos debió haber sido emitido por ANP cuya voluntad se manifiesta mediante acto administrativo dictado por el Directorio, no siendo suficiente para formar la voluntad administrativa la nota remitida por su Presidente, por lo que no puede considerarse como manifestación de voluntad orgánica de la Administración;

12) que por lo expuesto, el proceder de la Administración que derivó en



TRIBUNAL DE CUENTAS

la aprobación de los Decretos N° 114/021 y 115/021 de fecha 21/04/21 contravino los artículos 311 inciso 2° de la Constitución, 9 y 10 de la Ley N° 16.246 y 2, literales "i" y "l" del Decreto N° 500/991;

13) que en cuanto a las modificaciones introducidas al contrato de Gestión, jurídicamente, la concesión de la Terminal de Contenedores bajo las condiciones previas a la modificación en examen fue otorgada en el marco de un régimen de libre competencia, por lo que las actividades concedidas se desarrollaban en régimen de concurrencia con otros prestadores, todo en concordancia con las normas generales reguladoras de la actividad portuaria (artículo 20 literal D) de la Ley 17.243, numeral 3.5 del Decreto 137/001, en concordancia con la Ley 16.246 y su Decreto Reglamentario N°412/992);

14) que los cambios normativos no son ajustes o actualizaciones de un régimen vigente que determinaba la concentración de la actividad de contenedores en la Terminal de Contenedores. Ello por cuanto las interpretaciones del artículo 72 del Decreto N°183/994 efectuadas por la concesionaria en el Acuerdo y referidas en el Decreto N°114/021 no son de recibo y carecen de respaldo en normas tanto de igual como de superior valor y fuerza, anteriores y posteriores a la misma, generales y específicas. Asimismo, tampoco resultó suficientemente acreditado por parte de la Administración que la actividad concesionada configura una suerte de monopolio de hecho o monopolio natural, determinado por razones económicas o de mercado, y que su consolidación y conservación redunde en beneficios al interés general y dote de mayor eficacia y eficiencia al Puerto. Por lo tanto las nuevas normas son verdaderas modificaciones;

15) que las modificaciones introducidas al Régimen de Gestión en los numerales 3.5 y 4.11 del Decreto 114/021, tienen por consecuencia jurídica y práctica restringir el acceso y ejercicio a las actividades relativas a contenedores descartando la libre competencia, y limitar a la potestad de la Administración de otorgar concesiones, permisos y autorizaciones (restringiendo el cometido de determinación de la política portuaria) en base a restricciones que la ley no prevé, todo lo cual contraviene normas de superior valor y fuerza como los artículos 7, 11, 12, 13 A) y B) de la Ley 16.246, artículo 20 literal D) de la Ley, y artículo 1 y 2 de la Ley 18.159, sin perjuicio de que el actuar de la Administración al



TRIBUNAL DE CUENTAS

establecerlas contravino también normas de valor y fuerza de reglamento como las contenidas en los artículos 1, 3 literal H), 4 literal I), 10, 11, 12, 13, y 39 del Decreto Reglamentario de la Ley de Puertos N°412/992;

16) que al mismo tiempo, y en tanto las restricciones afectan derechos de rango constitucional cuya limitación solo puede hacerse por ley y por razones de interés general, se ha contravenido los artículos 7 y 36 de la Constitución de la República;

17) que en cuanto a la prórroga del plazo de la concesión (numeral 4.2 del Decreto N°114/021), la Administración se encontraba habilitada para proceder en tal sentido, de acuerdo con la facultad acordada en el numeral 4.34, Documento Complementario del Decreto N° 137/001 ("Régimen de Gestión") y Cláusulas Segunda y Octava del Contrato referido;

18) que en lo que respecta al término que se le otorgó a la prórroga (cincuenta años) no surge de las actuaciones que la Administración haya analizado las posibles interpretaciones que la normativa (tanto general como específica) permite al respecto, esto es, si debía prorrogarse por el término de treinta años en razón de que únicamente regiría la regulación específica o si correspondía prorrogar por cincuenta años, término máximo dispuesto por el artículo 49, literal B) del Decreto N° 412/992 para las concesiones, y al mismo tiempo no surgen asesoramientos (a vía de ejemplo, económicos, operativos, etc.) que den cuenta de que la prórroga conferida satisface adecuadamente los fines y el interés general perseguidos, por lo que nuevamente se contravinieron los principios de debido procedimiento, motivación y buena administración;

19) que el numeral 4.13 y el Anexo G, el Decreto N°114/021 modifican el régimen de precios a cobrar por el concesionario, modificación que redundan en una mayor libertad para el prestador en cuanto a fijación de los mismos a condiciones "de mercado", pudiendo ahora cobrar también por servicios asociados también a precios de mercado, cosa que no se permitía en el régimen anterior;

20) que si bien a priori no se eliminan o anulan las potestades de control tarifario y de precios establecidas a favor de la Administración por norma



TRIBUNAL DE CUENTAS

constitucional, legal (Ley 16.246 y artículo 20 Ley 17.243), e incluso reglamentaria, sí se verán fuertemente limitados, por cuanto las cláusulas de estabilización previstas en el Acuerdo impiden modificaciones en perjuicio del concesionario,

21) que asimismo la falta de asesoramiento suficiente impide conocer los fundamentos que justifican el nuevo régimen bajo la norma en análisis desde el punto de vista de su regularidad jurídica, sus impactos económicos, comerciales, operativos; ni se clarifica cómo se determina ese "precio de mercado", más allá de que se menciona genéricamente (en el Acuerdo) que surgirán de la competencia regional siendo trasladables aquí las consideraciones en cuanto a la falta de motivación suficiente del accionar administrativo, afectando a su vez principios generales tales como el de buena administración;

22) que en cuanto a las nuevas áreas que por el Acuerdo pasarán a integrar la concesión, correspondía a la Administración efectuar un avalúo de los nuevos bienes a afectar a la concesión conforme lo establecido en el artículo 13 literal F) de la Ley 16.246, guardando estrecha relación con la inversión y las obras comprometidas por el concesionario, a efectos de que ambas estén en adecuada proporción, y en tanto dichas áreas se incorporarán indefectiblemente a la concesión y al régimen cuya modificación se acuerda por el acto administrativo que se somete a control de este Tribunal, el avalúo debió efectuarse antes de comprometerlas;

23) que por pasar a integrar la concesión cuyo régimen se modifica, la incorporación al régimen concesionado de la instalación de molinos en Puntas de Sayago carece de asesoramiento e información técnica suficiente que permita valorar el compromiso, sus implicancias jurídicas, económicas y operativas y de otra índole, en qué medida y cómo el compromiso concreto realiza los fines de eficiencia y eficacia comprometidos. A su vez, no se cuenta con asesoramiento por parte del Ente competente en materia de energía eléctrica (UTE) en cuanto a la viabilidad de lo comprometido; sin perjuicio de lo que oportunamente se acuerde en el convenio que deberán suscribir las partes interesadas para implementar la instalación;

25) que si bien los contratos públicos pueden modificarse, ello será posible siempre y cuando se respeten las condiciones para ello y no se trasgreden los límites al



TRIBUNAL DE CUENTAS

respecto; que son: a) presencia y tutela del interés público; b) no vulneración de normas y principios imperantes en materia de contratación administrativa y análisis de eventuales terceros afectados, y c) configuración de circunstancias objetivas,

26) que los apartamientos jurídicos constatados implican que dichos límites hayan sido trasgredidos, sea por la falta de acreditación suficiente en cuanto a la presencia y tutela del interés general y en cuanto al acaecimiento de las circunstancias objetivas detalladas en los actos administrativos, sea porque se contravinieron principios generales (debido procedimiento, buena administración, debida motivación), sea por carencia de análisis en cuanto a afectación a terceros;

27) que en definitiva, la modificación autorizada por la Resolución N°575/4.100 de fecha 15/09/2021 al amparo del Decreto N°114/021 es objetable en cuanto a su regularidad jurídica como consecuencia de lo establecido en los considerandos precedentes;

28) que en cuanto a lo resuelto por el Poder Ejecutivo en Resolución CM N°433 del 21/04/2021, al prorrogar la Concesión al amparo del Decreto N°137/001 que fue derogado en la misma fecha por el Decreto N°114/021, las condiciones contractuales a regir a partir de inicio de la prórroga serán las del Decreto N°114/021 y no las del Decreto derogado, por lo que el régimen, aun por esta vía, adolece de los mismos defectos que si tal Resolución hubiera mencionado directamente el Decreto N°114/021;

29) que en cuanto a los recursos administrativos interpuestos contra los Decretos N°114/021 y N°115/021, desde el punto de vista formal no hay objeciones que realizar, y desde el punto de vista sustancial, corresponde remitirse a lo ya analizado, dejándose constancia de que no se encuentra en antecedentes resolución expresa de los mismos, así como tampoco dictámenes sobre las pretensiones de los recurrentes;" *

La falta de motivación de los actos y la congruencia entre el reclamo de Katon Natie Groupe KNG y el acuerdo alcanzado



TRIBUNAL DE CUENTAS

En nuestra consideración coincidimos en la falta de motivación de los actos sujetos a estudio. El proceso analizado en la actualidad, se inicia a partir del acuerdo entre el Poder Ejecutivo y la empresa belga Katoen Natie Group (KNG), como forma de resolver un litigio puesto de manifiesto por dicha firma el 15 de octubre de 2019. Sobre esta situación más allá de compartir lo expresado en el informe anterior (considerandos 1 a 16), este tipo discordia ha sido mantenida por nosotros en resoluciones similares y en elementos que pasaremos a detallar.

Este procedimiento sin que exista un asesoramiento con evaluación jurídica y económica que evalúe los riesgos del conflicto a resolver, se inicia a partir de definiciones de la Administración Nacional de Puertos (definiciones de su Directorio sustentadas en dictámenes de su Asesoría Jurídica), sobre la aplicación del artículo 72 del decreto 183/94. Sobre este punto nos interesa considerar que no solo no se estableció la motivación de los actos, sino que tampoco se controvierte la interpretación existente sobre el artículo 72 del decreto 183/94, que contó con la aprobación del hoy Presidente de la ANP en su función de vocal del Directorio.

De acuerdo al informe de los Servicios Jurídicos de la ANP –Informe 357/219 expediente 191647, podemos afirmar que el 20 de setiembre de 2019 el Gerente del Área de los Servicios jurídicos realiza un dictamen contundente y no controvertido (ni por la ANP ni en sala en ocasión de la discusión de este punto) de cómo debe interpretarse el artículo 72 del decreto 183/94, ante una petición realizada por KNG y que cuya documentación no fue aportada por la ANP al material solicitado por este Tribunal de Cuentas. Concluye que el 72 del decreto 183/94 no puede ser interpretado aisladamente, sino que debe realizarse en el marco de toda la normativa portuaria. Señala asimismo que **“no puede tampoco decirse que según el mismo, Terminal Cuenca del Plata S.A goza de derechos exclusivos o preferentes frente a los demás operadores portuarios, por cuanto el sentido es contrario a los principios de la ley 16.246. La ANP no ha incumplido el art. 72 del d. 183/994.”**

**En realidad son veintiocho considerandos, de la versión tomada del expediente falta el considerando 24. Para la referencia de nuestra discordia se toma la numeración tal cual está expresada en el documento de referencia.*



TRIBUNAL DE CUENTAS

Este informe como ya dijimos no fue incorporado a la información en los antecedentes solicitados a la ANP cuando era de vital importancia para interpretar los reclamos de KGN, ya que a partir de esta resolución KNG inicia su reclamo, y no se encontró en la documentación remitida por la ANP, ningún acto que controvierta este dictamen, y por demás consideramos un hecho de gravedad que el Tribunal de Cuenta no tuviera esta documentación para su análisis. Es más en sala uno de los redactores del informe (la doctora Bucero) aprobado en mayoría manifestó **desconocer la existencia del mismo.**

Es de hacer notar que este reclamo de la empresa KNG, no era sustentado en su plan de negocios que era parte integral del acuerdo del año 2001, como lo bien desarrolla el Ministro Miguel Aumento en su discordia. En efecto el plan de negocios desarrollado a pedido de KNG por la Cra. Laura Palma expresaba que ya existía una competencia en el ámbito del puerto

De dicho Plan de Negocios extractamos los principales aspectos que sustentan nuestra teoría:

a- En el año 2001 en el momento de presentar su plan de negocios, KNG entendía que su negocio de contenedores estaba en competencia con otros operadores, tanto en muelles públicos como en otras terminales especializadas o polivalentes. En ese momento aparte de los operadores existentes, el documento también consideraba la existencia de la firma Atenil, que tenía a disposición un área portuaria en el Cerro de Montevideo. La Terminal no consideraba en sus propios documentos (que integran el acuerdo) la preferencia o exclusividad que posteriormente intentó reclamar y que hoy con este acuerdo logra hacerse de una serie de beneficios no presentes en el contrato original. La interpretación del artículo 72, en la que coinciden KNG y la ANP va en contra de la ley de Puertos, Ley 17243, Ley de Defensa de la competencia y de lo que establece el propio régimen de gestión, en cuanto a que la Terminal deberá competir con otros operadores en los muelles públicos.

Claramente con solo esto se demuestra que hay cambios en el contrato original, más allá de la extensión del tiempo, que vulnera el artículo 149 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera-TOCAF, especialmente en lo vinculado a la concurrencia, competencia y transparencia de los actos



TRIBUNAL DE CUENTAS

b- El plan de negocios de la empresa KNG refiere expresamente a la competencia que realiza Montecon desde la "terminal polivalente" o "multipropósito", es decir los "muelles públicos" (página 24 de dicho informe)

c- En las páginas 24 a 26 del plan de negocios desarrollado por la Contadora Laura Palma, existe un capítulo denominado "LA COMPETENCIA QUE ENFRENTARÁ LA TERMINAL ESPECIALIZADA", en el cual se establece que la "Terminal especializada del puerto de Montevideo enfrentará desde un comienzo la competencia con los restantes operadores en la Terminal Polivalente o Multipropósito por la captación de los tráficos que han sido proyectados para el puerto de Montevideo en su conjunto en el capítulo anterior".

El documento expresa además que el "escenario actual es diferente al que se presentaba en la anterior licitación de la Terminal. Los operadores del Puerto de Montevideo ahora se han fusionado para formar una única firma - Montecon. Estos operadores privados incorporaron en el año 2000 dos grúas móviles, las que operaron fundamentalmente en la terminal multipropósito, y lograron hacer crecer fuertemente los movimientos en esa terminal (de 70.000 TEU movidos en 1996 a 200.000 en el año 2000, casi 70 % del movimiento total).

El operador de la Terminal especializada contará en el futuro, no obstante, con fuertes ventajas competitivas derivadas de sus mayores niveles de productividad asociadas a su equipamiento y disponibilidad de espacio y muelle que le permitirán enfrentar esta competencia."

Es decir que para el año 2002 (año 1 de la explotación) ya se preveía un escenario competitivo y entre los principales escollos ya planteados en su momento estaba la transformación de Montecon, la presencia de un operador en Puntas de Sayago (Atenil) y la construcción del Muelle C .

KNG no solo estimaba competir, sino que en su plan de negocios pensaba superar esa limitante a partir de acuerdos con las empresas ya instaladas o a instalarse. En la página 25 del documento de referencia KNG proyecta un cuadro comparativo con el esquema de competencia con Atenil. Y concluye posteriormente que KNG en su plan de negocios valoraba ganar mercado utilizando sus ventajas competitivas asociadas al hecho de que contaría con mejor equipamiento y muelles que los disponibles en los muelles públicos. Nunca aparece



TRIBUNAL DE CUENTAS

como referencia la preferencia que supuestamente le otorgaba el art. 72 del decreto 183/1994. Esta preferencia tampoco la compartía la ANP tanto en el año 2016 como en el año 2019. Sin embargo esta interpretación se convierte en clave para poder ver si a KNG le asistía la razón en su demanda. **“Es nuestra opinión que debe considerarse a Atenil y al Muelle C como posibilidades alternativas o excluyentes, y que no existirán más de tres competidores para los tráficos proyectados para Montevideo (la terminal especializada, la actual multipropósito y ya sea Atenil o el Muelle C)” (página 26).**

Tampoco el Poder Ejecutivo y la ANP, tuvieron en cuenta las observaciones que ha realizado este Tribunal de Cuentas, que determinó que se emitiera un informe con salvedades sobre los estados financieros de la ANP, por no disponer de las cifras actualizadas de TCP en el balance de ANP debido a la no colaboración de la misma en proporcionar los datos ajustados. Según el expediente 2021-17-1-0002077 que trata los Estados Financieros del ejercicio cerrado el 31/12/2020 dentro de las competencias del Tribunal de Cuentas dictamina un **informe con salvedades (informe que fue aprobado por unanimidad de miembros del Tribunal de Cuentas)**. Según el Informe del 10 de noviembre de 2021 de la **Auditoria de los Estados Contables de la ANP por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2020**, en el folio 247 de dicho expediente se expresan las bases para las salvedades en el informe. El Tribunal de Cuentas se expresa de la siguiente manera en el folio 247 del expediente 2021-17-1-0002077

2-Situación que motiva la opinión con salvedades

El Organismo expone en el rubro “Inversiones reconocidas bajo el método de la participación” la inversión en Terminal Cuenca del Plata S.A.(TCP S.A.) por \$ 1 232 786.980 Dicho importe es el correspondiente a los Estados Financieros de TCP S. A. al 31/12/2016.

De acuerdo a lo señalado en la Nota 7, ANP no ajustó el valor de la inversión al 31/12/2020 por entender que el acuerdo de concesión de servicios suscrito entre las partes no se encuentra reconocido de acuerdo a la Ordenanza N° 89 del Tribunal de Cuentas y a lo dispuesto en las NIIF para PYMES. Sin embargo, la Nota 2 a los estados financieros de TCP S.A. no detalla si aplicó NIIF para PYMES o si utilizó como alternativa lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 291/14”

**TRIBUNAL DE CUENTAS**

Esta misma opinión es determinante en el Informe realizado por la Auditoría de la firma Deloitte para los Estados Contables de la ANP por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2020, emitido el 22 de marzo de 2021; dicho informe se emite con salvedades por la misma circunstancia.

Esa nota contable (nota 7) que integra los estados financieros analizados, no cuantifica claramente el patrimonio accionario de ANP en TCP, y además que ni siquiera hay una nota del directorio de ANP, sobre el litigio iniciado en el 2019, y que para los participantes en el acuerdo se estimó en dólares americanos mil quinientos millones. Nótese que el informe del Tribunal de Cuentas es del 31 de diciembre de 2021 y el de la firma Deloitte del 22 de marzo de 2021, y en ningún caso se hace referencia por nota a suceso de tal dimensión; sobre todo cuando hay una apreciación desfavorable en relación al resultado del litigio. Debemos decir que todo el proceso de acuerdo se produjo en pleno desarrollo del segundo informe de auditoría, y en el mismo no hay ninguna apreciación y revelación informativa sobre las distintas instancias del acuerdo.

No surgen de los Estados Financieros de ANP cerrados el 31 de diciembre de 2020 valores congruentes con los valores transaccionales, y en dichos estados de la ANP, no hay ninguna nota que haga referencia a ningún proceso litigioso con KNG que determine un riesgo de pérdida del orden de dólares americanos mil quinientos millones. Como tampoco aparecieron las motivaciones de las distintas regulaciones creadas o sujetas a estudio.

En los folios 249 y 250 del expediente 2021-17-1-0002077 sobre recomendaciones no cumplidas por la ANP, en la formulación de sus balances se expresa lo siguiente:

"5.1.2 No cumplidas

5.1.2.1 Contabilizar la inversión en la asociada TCP S.A. por el método de la participación, con los ajustes que correspondan a efectos de reflejar la participación del inversor, cumpliendo con la Sesión 14 de las NIIF para pymes,

5.1.2.2 Revelar en las Notas a los estados financieros las acciones judiciales contra Terminal Cuenca del Plata S.A."



TRIBUNAL DE CUENTAS

Estas falencias en la preparación de los Estados Contables fueron comunicadas al Presidente de la ANP Dr. Juan Curbelo del Bosco en ocasión del **DICTAMEN SOBRE LOS ESTADOS FINANCIEROS**, que en el capítulo **Responsabilidad del Directorio en relación con los estados financieros de la ANP** se expresa de la siguiente manera:

“El Directorio de la ANP es responsable por la preparación y presentación razonable de los estados financieros de acuerdo con normas contables adecuadas en el Uruguay y la Ordenanza N° 89 del Tribunal de Cuentas y del control interno que la administración de la entidad consideró necesario para permitir la preparación de estados financieros libres de errores significativos, ya sea debido a fraude o error.

El Directorio es responsable de supervisar el proceso de preparación de los Estados financieros de la ANP”

Estos elementos que surgen del último dictamen sobre los estados contables no fueron claramente apreciados en la discusión del acuerdo que da a lugar a este acuerdo, podemos afirmar que fueron ignorados o no informados por la ANP al proceso de negociación.

Tampoco estos elementos fueron integrados a la discusión del informe final del Tribunal de Cuentas, constituyendo a nuestro entender una omisión grave.

Estas actuaciones no terminaron los distintos reclamos entre las partes, tan es así que en el expediente 2021-17-1-00062766 Asunto 1.4.5 de Sesión Ordinaria del 29 de diciembre de 2021, se resolvió un litigio de varios años entre TCP y ANP por las roturas de un muelle y el desguace de una grúa ubicada en el área afectada a la terminal afectada a la concesión. Es decir luego del acuerdo entre TCP Y ANP, se resuelve una controversia que se suponía resuelta en el expediente sujeto a estudio, también la misma carecía de fundamento técnico para este acuerdo.

Tampoco la asesoría jurídica del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOP) y de la ANP han dado respuesta a los recursos interpuestos contra los Decretos N°114/021 y N°115/021, para ello compartimos el resultando 19 del proyecto de los informantes del Tribunal de Cuentas:



TRIBUNAL DE CUENTAS

“19) que en fecha 12/1/2022 la ANP remitió a este Tribunal actuaciones en respuesta al Oficio precedentemente referido, las cuales consistieron en los antecedentes ya referidos, y remitió, en formato digital, los siguientes expedientes:

19.1) Expediente N°211410 que contiene el trámite de los recursos de revocación contra los Decretos N°114/021 y 115/021 interpuesto por Sindicato Único Portuario y Ramas Afines, cuya última actuación data del 27/10/2021, siendo que en fecha 2/8/2021 se expidió por última vez la Asesoría Letrada de ANP expresando que no asesorará sobre los recursos interpuestos por no haber participado en su elaboración, en forma coincidente con lo expresado por la Asesoría Letrada del MTOP;

19.2) Expediente N°211490 y su acordonado N°211467 referente a los tramites administrativo en la órbita de ANP en relación al recurso de revocación interpuesto por Montecon S.A contra el Decreto N° 114/021 siendo que en fecha 2/8/2021, la Asesoría Letrada de dicha Administración expresó no que asesorará sobre los recursos en tanto no participó en la elaboración de los Decretos impugnados, en postura coincidente con los servicios jurídicos del MTOP. Las actuaciones fueron devueltas a dicha Cartera el 30/8/2021;

19.3) Expediente N°211421 y su agregado N°211484 referente a los tramites administrativo en la órbita de ANP en relación al recurso de revocación interpuesto por Montecon S.A contra el Decreto N° 115/021, actuaciones que son sustancialmente idénticas a las referidas en el literal precedente, y con idéntica fecha que el anterior en cuanto a la devolución al MTOP;

19.4) Expediente N°211401 conteniendo las actuaciones relativas al recurso de revocación interpuesto por Nobleza Naviera S.A contra el Decreto N°115/021, actuaciones de las que surge que, nuevamente tanto los servicios jurídicos de la ANP como los del MTOP declinaron expedirse sobre el mismo en tanto alegaron no haber tenido participación en la elaboración del acto impugnado. La última actuación registrada data del 31/8/2021 (devolución al MTOP); desde el punto de vista formal no hay objeciones que realizar, El relato de estos hechos agudiza y hace incomprensible que este acto de resarcimiento que implica el acuerdo, no haya tenido en cuenta estos aspectos para esta resolución sin motivación.”



TRIBUNAL DE CUENTAS

Al considerar el resultando 19, no podemos dejar de tener en cuenta que existe una presunción simple de ilegitimidad sobre los decretos 114 y 115/2021. Los recursos administrativos interpuestos por distintos operadores portuarios contra los decretos 114 y 115/2021 no fueron sustanciados ni resueltos por parte de la Administración según surge de la contestación de los oficios solicitados por el Tribunal. En dichos recursos se abstuvieron de pronunciarse las jurídicas de la Administración Nacional de Puertos y la del Ministerio de Transportes y Obras Públicas.-

Según el artículo 6 de la ley 15.869, vencido el plazo de ciento cincuenta días o el de doscientos, en su caso, se deberán franquear, automáticamente, los recursos subsidiariamente interpuestos, reputándose fictamente confirmado el acto impugnado.

El vencimiento de los plazos a que refiere el inciso primero del presente artículo no exime al órgano competente para resolver el recurso de que se trate, de su obligación de dictar resolución sobre el mismo (artículo 318 de la Constitución de la República). Si ésta no se produjera dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de los plazos previstos en el inciso primero, la omisión se tendrá como presunción simple a favor de la pretensión del actor, en el momento de dictarse sentencia por el Tribunal respecto de la acción de nulidad que aquél hubiere promovido.

Se debería tener en cuenta la ausencia de respaldo jurídico, tanto en la concreción de las nuevas reglamentaciones y acuerdo, como en las respuestas a los distintos recursos interpuestos.

Ante estas ausencias de respuesta a los recursos, es de singular importancia lo expresado en el resultando 17 del informe:

17) que en fecha 23/11/2021, la Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República informó que del relevamiento del sistema de expediente electrónico APIA Documentum, "...no surgen informes jurídicos externos que se hayan solicitado en relación a la temática referida (los informes agregados pertenecen a la Administración Nacional de Puertos). Asimismo no se han identificado antecedentes administrativos de la Resolución del Poder Ejecutivo CM/401 de 25 de febrero de 2021";



TRIBUNAL DE CUENTAS

Nótese que la ausencia de asesoramiento jurídico (y agregamos especializado) fue una práctica habitual en este proceso, afirmación que se sustenta en una rápida lectura de este expediente.

Este tipo de actuación no es un hecho aislado en el año 2021 hay dos transacciones realizadas por Obras Sanitarias del Estado (OSE) y por el Ministerio de industria, Energía y Minería en los cuales los acuerdos no tienen un apoyo técnico o asesoramiento favorable, o los propios asesores lo consideran no apropiado o no justo. Esto se ve en la Resolución del Tribunal de Cuentas 1767/21 del 26 de Agosto de 2021- Expediente 2019-17-1-0006110 –MIEM-MULTICANAL y en la Resolución del Tribunal de Cuentas 2928/21 del 8 de Diciembre de 2021- Expediente 2021-17-1-0003842-OSE/-TERCEROS-

Como se ve dichos expedientes eran reclamos anteriores, que tuvieron un trámite (además de carecer de fundamento adecuado) de rápida solución durante el año 2021.

El cuestionamiento en este caso y en los dos ejemplos anteriores no recae sobre el valor de la indemnización, sino que nuestra controversia es con la falta de fundamentación en acuerdos de dudoso riesgo que implican compromisos económicos extraordinarios y sin ningún sustento. En este caso analizado con la extensión de una concesión por cincuenta años con gran cantidad de litigios desde su inicio, y con variaciones en el objeto del contrato.

En este sentido agregamos en nuestra exposición un análisis detallado de que el artículo 72 del decreto 183/94 no le brindaba ninguna exclusividad a KNG, y que el plan de negocios elaborado por la Contadora Laura Palma para KNG establecía ya un escenario de competencia para la gestión de la concesión.

Tampoco compartimos la posición en mayoría del Tribunal de Cuentas manifestada en el expediente los folios 220 Y 221, donde manifiesta que el interés del particular (TCP) y el interés público se alinean realizando una valoración que no es de carácter jurídico y que no toma en cuenta el interés de los restantes prestadores y de los usuarios del puerto de Montevideo, derechos que la ley protege y que para limitarlos se requiere ley y razones de interés general-Y nuevamente debemos decir que es una valoración sin sustento de la mayoría del Tribunal de Cuentas, ni en la documentación presente en el expediente tratado.



TRIBUNAL DE CUENTAS

La actuación de la Administración Nacional de Puertos -ANP

Nos llama de sobremanera la actuación en la generación de este acuerdo de la ANP, organismo doblemente interesado por su participación en la gestión de las actividades portuarias según las competencias determinadas en su carta orgánica y por su participación económica en TCP.

En nuestro capítulo anterior ya demostramos la presencia de un informe que fija la posición de la ANP, en relación a la aplicación del artículo 72 del decreto 183/94 por lo cual se demuestra la no existencia de una exclusividad por parte de KNG sobre las operaciones portuarias. No existe acto administrativo en la ANP que controvierta esa posición. Llama la atención que existiendo una formulación tan contundente por parte de los servicios jurídicos, con un fallo además en el Contencioso Administrativo (de acuerdo a la sentencia 330/208) en el mismo sentido; que no exista una fundamentación diferente si se cambió de opinión. Demás está decir que esta formulación de los servicios jurídicos no fue acompañada en los dos pedidos de ampliación de información solicitadas por el Tribunal de Cuentas (oficios dirigidos al Presidente de la ANP)

El directorio de la ANP según el resultando 19 del informe antes mencionado declina expedirse sobre los recursos presentados contra el acuerdo con KNG por distintos operadores que se vieron afectados; declinó responder los mismos argumentando la Asesoría Letrada de la ANP ante el oficio del Tribunal de Cuentas *“ la Asesoría Letrada de dicha Administración expresó no que asesorará sobre los recursos en tanto no participó en la elaboración de los Decretos impugnados, en postura coincidente con los servicios jurídicos del MTOP.”*

En la información de los Estados Financieros de la ANP finalizados el 31 de diciembre de 2020, y analizados a lo largo del año 2021, no existe ninguna nota reveladora del litigio que pretende subsanar este acuerdo (acuerdo que pretende subsanar un diferendo de dólares americanos mil quinientos millones). No hay una correcta valoración de la participación accionaria de la ANP en TCP, los últimos valores son del año 2016. Y no consta ninguna valoración de este conflicto económico con KNG en los descargos de Auditoría a fojas del expediente.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Esta situación derivó en un Dictamen con salvedades sobre los Estados Financieros al 31 de Diciembre de 2020 por parte de las Auditorías del Tribunal de Cuentas y de la firma Deloitte.

Como bien se expresa en el informe del Tribunal de Cuentas la información financiera analizada es de responsabilidad del Directorio de ANP.

No hay información de estudios del impacto de un resultado adverso en el litigio, ni tampoco una proyección económica de esta nueva realidad a gestionar. La discordia del Ministro Aumento detalla y analiza una serie de cambios complejos en lo que hace a las áreas a gestionar por KNG, los precios, el reglamento de atraque; que son modificaciones al contrato original y que no existe ninguna proyección económica sobre los cambios operados. Es responsabilidad del Directorio evaluar y comunicar los impactos de estos cambios tan profundos.

No se requirieron los asesoramientos previos para la elaboración de los decretos conforme lo establecen las leyes violentando los procesos administrativos requeridos para la elaboración de los mismos ya que el Asesoramiento de la ANP era preceptivo.-

En cuanto a la actuación de la ANP cabe señalar que las notas posteriores enviadas al Poder Ejecutivo no representan ni constituyen la voluntad del órgano, ello por cuanto para que el acto sea válido debe ser emanado de la autoridad competente, lo que en este caso no ocurrió. Como indica Sayagués al estudiar la teoría del órgano en Tratado de Derecho Administrativo Tomo I pàg 183 y ss ..."todo órgano está integrado por tres elementos esenciales :competencia, forma y voluntad humana. Toda persona jurídica tiene determinadas atribuciones y potestades, para ejercer las cuales precisamente fue creada. Ese conjunto de atribuciones y potestades asignadas a cada órgano constituye su respectiva competencia.- La competencia de los órganos guarda relación con la competencia de la persona jurídica, de la cual aquellos son el instrumento expresivo de su voluntad."-. No se requirieron los asesoramientos previos para la elaboración de los decretos conforme lo establecen las leyes violentando los procesos administrativos requeridos para la elaboración de los mismos ya que el Asesoramiento de la ANP era preceptivo.-



TRIBUNAL DE CUENTAS

Al tratarse de un órgano colegiado, el proceso de la formación de su voluntad requería de una votación de los miembros integrantes del directorio lo que en la instancia no sucedió, por lo cual no existió el asesoramiento requerido por la Ley.-

Vinculado a este cambio importante en la infraestructura portuaria del país que involucra aspectos del desarrollo del país no se observa la necesaria participación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) de acuerdo a los artículos 230 y 232 inciso primero de la Constitución de la República. Le compete a la OPP asistir al Poder Ejecutivo en los planes de desarrollo a implementar, y en el caso donde se asumen compromisos en la operativa portuaria por más de cincuenta años, resulta ilógica la no participación de la OPP, tanto en el asesoramiento al Poder Ejecutivo, como la orientaciones en el presupuesto de la ANP.

Otros componentes que evidencian la modificación del contrato

Otra modificación sustancial al objeto del contrato y que nada tiene que ver con la actividad portuaria lo constituye la habilitación para la instalación de molinos de viento para lo cual la Administración le da de forma gratuita el espacio para su instalación.- En este caso se violan las competencias de UTE conforme lo dispuesto en su carta orgánica ley 15031 art. 4 inciso F y ya que no surgen de los antecedentes remitidos la participación del ente. Se concede espacio portuario para otra actividad no incluida en el contrato original y que nada tiene que ver con la terminal de contenedores. También es violatorio de las competencias que en esta materia se le otorga a la URSEC en el decreto 159/2011.

En el folio 297 del expediente 2021-17-0004433 se sostiene que el **objeto del contrato salvo en cuanto a un elemento se mantiene**, hay una incongruencia en relación a la integralidad y materialidad (artículo 149 del TOCAF). Si hay variación por un elemento o más, **hay una variación del contrato**. Las variaciones son sumamente materiales (cambio de plazo por cincuenta años, nuevas áreas de explotación, nuevos negocios y prerrogativas en la fijación de precios). La mayoría del Tribunal no desarrolla a que elemento se refiere pero es de suponerse que debe referirse al espacio portuario cedido de forma gratuita y por 50 años para la instalación de molinos de viento. Pero esto que nada tiene que ver con el contrato originario no merece objeción alguna y menos una observación por parte de la mayoría plasmada en la resolución sujeta a nuestra discordia



TRIBUNAL DE CUENTAS

De esta manera el Tribunal de Cuentas cambia con su actitud de ser muy muy estricto cuando otras administraciones han ampliado contratos y los mismos han tenido variaciones en el objeto del contrato. Mucho más debería serlo porque se están estableciendo contratos por fuera de las competencias de la ANP.

Tampoco hay (como en la mayoría de los casos del contrato analizado) un análisis de la introducción del “negocio de generación de energía”, entre las interrogantes no resueltas plantamos las siguientes : cuál es el consumo de energía del proyecto de la concesión?, b- cuál será la producción de energía de dicho emprendimiento?, c- cuál será el destino del sobrante de energía? a qué precio se volcará el sobrante?, d- podrá vender energía en el recinto portuario?.

Son muchas preguntas no resueltas para tan importante proyecto, que se introduce lateralmente en el tratamiento de un proyecto con demasiadas concesiones a la firma KNG.

Por otro lado surgen aquí los temas de competencia, el Ministerio que interviene es el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOP), cuando debería ser el Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM). Tampoco hay consultas a la UTE y a la URSEC, dentro de sus competencias

Compartimos junto con los letrados informantes que el acuerdo es violatorio del art.7 y 36 (protección de derechos individuales y de la Constitución que solo pueden ser limitados por ley y por razones de interés general). En el caso que nos ocupa el acuerdo y los decretos 114 y 115/2021 limitan estos derechos. Asimismo es violatorio de las disposiciones consagradas en las leyes 16.246, 17243 art. 20 y 18159.-También se agrega que es violatorio de la Ley orgánica de UTE. Es en virtud de ello que nos remitimos a lo consignado por los asesores en el folio N°119 y 120.

También haremos referencia a lo absurdo de la adenda según resolución de Consejo de Ministros 355 del 4 de octubre de 2021, en la misma el representante de Kato Natie .(NV.Seaport Terminals NV, Seaport Terminals, Montevideo S.A. Nelsury S.A. Sr Vincent Vandecauter y el Ministro de Transporte y Obras Públicas Sr. José Luis Falero, acuerdan que “



TRIBUNAL DE CUENTAS

las transferencias de las acciones de la Serie A de Terminal Cuenca del Plata S.A deberá tener contar con la previa autorización del Poder Ejecutivo.”

Primero porque reafirma que el acuerdo es del 25 de febrero de 2021, y no el que no es remitido el 17 de setiembre de 2021 por la ANP, lo que refuerza la ilegalidad dada por el principio de ejecución (ya expresado con claridad en el informe en discordia del Ministro Miguel Aumento).

Segundo que esta disposición nada dice que Nelsury S.A. pueda cambiar la titularidad de sus accionistas, por tanto la resolución es inocua a sus fines, también aquí hay un cambio en las condiciones del contrato original.”

Una firma manuscrita en tinta negra, con trazos fluidos y entrelazados.

Cra. Lic. Olga Santinelli Taubner
Secretaria General