

Ampliación de denuncia penal - Plan de negocios de Katoen Natie del año 2001 (Resumen)

1) El Plan de Negocios de Katoen Natie: Queda demostrado que la tesis de la exclusividad o monopolio a favor de Katoen Natie era una mentira que se utilizó para justificar un beneficio arbitrario

- a) Este es el punto más importante de la ampliación de denuncia, porque es otra evidencia más de que los involucrados (los representantes del gobierno y la empresa KNG) jamás creyeron en los argumentos jurídicos que usaron para fundar la amenaza de juicio y la preferencia (monopolio) en favor de la terminal TCP. Esto no sólo muestra que no tienen razón, sino que además desde un principio fueron conscientes de que no tienen razón.
- b) El plan de negocios es uno de los documentos que se le exigía al comprador de las acciones serie A de TCP S.A. en el decreto de Régimen de Gestión de la Terminal. Katoen Natie tuvo que presentarlo por haber resultado mejor postor en la subasta del año 2001.
- c) Supimos de la existencia del documento después de presentada la denuncia penal (lo conocimos porque Montecon lo introdujo en su acción de nulidad ante el TCA, que es un expediente público). El documento se obtuvo efectuando una solicitud de acceso a la información pública a la ANP.
- d) El juicio con el que amenazó KNG se basaba en la afirmación de que en 2001 compró la concesión con la expectativa de que gozaría de una preferencia, prioridad o exclusividad (en realidad, monopolio) basada en el art. 72 del decreto 183/1994. El reclamo era que esta preferencia nunca se hizo cumplir.
- e) Sin embargo, cuando KNG formuló en el año 2001 su plan de negocios, no sólo “olvidó” la existencia de esta ventaja comercial que multiplicaría el valor de su inversión, sino que además **formuló sus proyecciones sobre la base de que debería competir en igualdad de condiciones con los operadores de los muelles públicos y con otras futuras terminales privadas, ya sean especializadas en contenedores o multipropósito.**
- f) Mal puede ahora, veinte años después, pretender demandar al Estado por no haber hecho valer una preferencia que la propia empresa entendía que no existía, de acuerdo con el plan de negocios que elaboró al momento de adquirir la concesión.
- g) Este documento, que **no podía ser desconocido por los negociadores de la empresa ni por los del gobierno,** configura una **prueba irrefutable más**

de que el acuerdo con la empresa KNG y los decretos que lo consolidan se redactaron a sabiendas de que el Estado no enfrentaba ningún riesgo de perder el litigio con el que se amenazaba y de que KNG siempre supo que el régimen legal consagra la libre competencia.

- h) También es evidencia de que los negociadores sabían que estaban confiriendo beneficios ilegales millonarios a una empresa particular y perjuicios aún mayores para otros privados, para el Estado y para la economía nacional.

2) Denegatoria ficta por parte del Estado a la hora de contestar los recursos administrativos contra el Reglamento General de Atraque de Buques y el Decreto del Régimen General de Gestión de la Terminal de Contenedores.

- a) Se presentaron tres recursos administrativos contra el Reglamento General de Atraque de Buques (Decreto 115/021) (además de los que se presentaron contra el nuevo Régimen General de Gestión de la Terminal de Contenedores - Decreto 114/021). El primero de ellos fue presentado por la empresa MONTECON, el segundo por la empresa Nobleza Naviera y el tercero por el Sindicato Único Portuario y Ramas Afines (SUPRA).
- b) Esos expedientes no fueron informados por ninguno de los servicios jurídicos del Estado. Ni los abogados de la ANP, ni los de Presidencia de la República ni los del Ministerio de Transporte y Obras Públicas se expidieron al respecto. En todos los casos, los expedientes terminan siendo remitidos a la ANP y el Dr. Amozá, director de la jurídica, manifiesta que no podía expedirse por no haber participado en el mismo. De este punto, llegamos a otro indicio de la ilegalidad de las actuaciones: Los Recursos administrativos no fueron resueltos por el jerarca y ha operado la denegatoria ficta.
- c) El solo hecho de permitir que se configure la denegatoria ficta configura una presunción simple en contra de la posición del Estado de cara a una posible acción de nulidad (Ley 15.869 de 22.06.87, art. 6º). No se conocen antecedentes de recursos contra actos administrativos de una dimensión semejante en los cuales la Administración haya permitido que se configure denegatoria ficta, lo cual por sí solo implica la asunción de responsabilidad administrativa por parte de los jefes omisos.
- d) **Corresponde averiguar las razones por las cuales se permitió que ocurra esto;** ante la ausencia de una explicación suficiente, **la única hipótesis razonable es que la ilegalidad de las decisiones es tan flagrante que los jefes involucrados optaron por incurrir en esta omisión, a sabiendas de que no es posible construir ningún argumento racional que las sustente.**

3) El monopolio “accidental” en favor de OBRINEL S.A. (TERMINAL TGM). Perjuicio a la empresa NOBLEZA NAVIERA S.A.

- a) El Reglamento de Atraque cuyo texto se incluyó en el acuerdo incluye un artículo (art. 11) que dice que las “terminales concesionadas” (sin aclarar qué tipo de mercadería manejan) tienen preferencia sobre los muelles públicos.
- b) Esta redacción se debe probablemente a la estrategia argumentativa del gobierno y de la empresa, que pretendía hacer creer que la ley de puertos le asignaba un rol subsidiario a los muelles públicos. Posiblemente los redactores no se hayan dado cuenta de que con ese artículo no sólo estaban generando una preferencia (monopolio) en favor de la terminal TCP, sino también en favor de la terminal granelera TGM, propiedad de Obrinel S.A.
- c) Esto generó perjuicios a otra empresa, Nobleza Naviera S.A., que actualmente está llevando adelante una acción de nulidad ante el TCA.
- d) Sugestivamente, el día 3 de febrero el gobierno de alguna manera intentó dejar sin efecto este monopolio “accidental”, dictando un “decreto interpretativo” que dice que el art. 11 sólo le da preferencia a las terminales de contenedores. Sin embargo, el art. 11 en su redacción original sigue vigente y en ningún lado dice que la preferencia sólo abarque a las terminales de contenedores, por lo que no está claro si esto es suficiente para desactivar este otro monopolio.
- e) El Poder Ejecutivo perfectamente pudo cambiar la redacción del art. 11. ¿Por qué razón no lo hizo? Posiblemente porque el texto del reglamento de atraque fue agregado íntegramente como anexo del acuerdo y el gobierno no tiene claro hasta qué punto puede modificarlo sin pedirle autorización a KNG. Esto es otra evidencia de que los negociadores del gobierno delegaron potestades regulatorias que le competen en una empresa privada.

4) La resolución del Ministerio de Economía y Finanzas del 21 de enero de 2022 que revoca la resolución 220/021 de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, que inicia las actuaciones relacionadas con la denuncia por prácticas anticompetitivas presentada por Montecon S.A.

- a) En un hecho sin precedentes, el Ministerio revocó una resolución de la Comisión que lo único que hace es iniciar una investigación a raíz de una denuncia, supuestamente por carecer de motivación. Insólitamente, el Ministerio sienta por vez primera el precedente de que la Comisión debe

efectuar un análisis inmediato y pronunciarse de plano acerca de si una denuncia recibida se encuentra dentro de su ámbito competencial, en vez de diligenciar la prueba que le resulte pertinente antes de tomar una decisión al respecto.

- b) Corresponde investigar por qué razón el jerarca que tomó esta decisión, el Cr. Alejandro Irastorza, cambió la práctica administrativa en este caso particular, entorpeciendo la labor de la comisión justamente en este caso en el que se encontraba investigando una decisión en la que estuvo involucrado el propio Ministerio.
- c) Resulta sorprendente que se haya detenido esta investigación por razones formales. Según ha trascendido, la investigación por acciones contrarias a la libre competencia presentada por Montecon contra el gobierno y Katoen Natie estaba muy avanzada y reunía más de 1.000 fojas. Además, durante el mes pasado estaba prevista la declaración de ciertos testigos clave presentados por Montecon. Esta revocación termina llevando “a fojas cero” la investigación iniciada, buscando dilatarla o directamente dejarla sin efecto.
- d) Esto atenta contra todos los precedentes sentados por la propia comisión y por el Ministerio, ya que no es una práctica de la Comisión pronunciarse de plano acerca de si un caso está o no dentro de su ámbito de actuación, sino que analiza este aspecto en el correr de las actuaciones, luego de haber oído los argumentos de las partes y de diligenciar prueba.
- e) Con esto se anuló todo lo que venía haciendo la comisión hasta ahora. El 1 de febrero la comisión retomó la investigación, y de los considerandos se desprende que no está de acuerdo con los argumentos utilizados por el MEF para dejar sin efecto lo que venía realizando. A los efectos de la denuncia, lo que se solicita es que las actuaciones de la comisión sean remitidas a la fiscalía.