

Montevideo, 20 de Junio de 2019

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: “**SCARIATO FERNANDEZ, MARIA Y OTROS C/ PREFECTURA NACIONAL NAVAL Y OTRO. DEMANDA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO MÁS DAÑOS Y PERJUICIOS.**”, IUE: 2-54.239/2017.

RESULTANDO:

I) Que de fojas 125 a 141 comparecen **ALFREDO ETCHEGARAY CARVALLIDO, FELIPE ETCHEGARAY CARVALLIDO, MARIA ADRIANA SCARIATO FERNANDEZ y MARIA VICTORIA BADO SCARIATO y MARIA SOFIA BADO SCARIATO** representadas (estas dos últimas) por el Dr. Ciro Tesouro Techeira promoviendo demanda de cumplimiento de contrato más daños y perjuicios contra el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y la PREFECTURA NACIONAL NAVAL, expresando que Alfredo y Felipe Etchegaray en su calidad de permisarios contratantes, se presentan junto a las representantes del causante Héctor Bado (fallecido el 2 de enero de 2017, siendo de estado civil casado con María Scariato, habiendo nacido de dicho matrimonio María Victoria y María Sofía), en virtud de un acuerdo interno por el cual establecieron que las tres partes, actuando conjuntamente, estarán legitimadas para cualquier gestión tendiente a obtener resultado económico de los contratos objeto de este proceso; y que de acuerdo a lo establecido en la Ley 14.343, la Prefectura demandada es quien cuenta con legitimación pasiva en el caso, pues es quien actúa en nombre del Estado, demandándose también al Ministerio de Defensa Nacional en virtud de lo dispuesto por el artículo 384 de la Ley



16.320.

Señalan que el 5 de agosto de 1997 Alfredo y Felipe Etchegaray solicitaron ante la Prefectura Nacional Naval permiso para la búsqueda del naufragio del navío alemán del Tercer Reich “Admiral Graf Von Spee”, dinamitado por su capitán frente a las costas de Montevideo en la segunda guerra mundial, otorgándose la autorización de búsqueda por resolución de fecha 18 de febrero de 2003, firmándose el contrato de búsqueda el 13 de junio del mismo año, previo depósito en garantía de la suma de U\$S 5.000, estableciéndose en dicho contrato que en caso de localización del navío o su carga, debería suscribirse un contrato de rescate en el cual se establecería que el beneficio de la Prefectura Nacional Naval sería del 50 % del bruto extraído.

En virtud del éxito de las operaciones de búsqueda, el 3 de noviembre de 2004 la Prefectura Nacional Naval celebró con Alfredo y Felipe Etchegaray el contrato de rescate, estableciéndose para los trabajos un plazo de dos años prorrogables (que se extendieron hasta el 30 de junio de 2009), que el costo que demandara el rescate correría por cuenta de los permisarios y que el beneficio de la Prefectura Nacional Naval sería el 50 % del bruto extraído, manteniéndose como garantía el depósito de U\$S 5.000.

En cumplimiento de los contratos indicados, los permisarios buscaron, hallaron, rescataron y efectuaron los tratamientos necesarios para la conservación de diversos objetos entre los que se destacan el telémetro principal del acorazado y el águila imperial de bronce, dando detalles del rescate de cada uno de ellos, encontrándose actualmente el telémetro en exhibición en la explanada de la Administración de Puertos.

En tanto, el águila, luego de realizadas tareas de mantenimiento, limpieza y conservación, fue llevada por los permisarios a una empresa de guardamuebles que la acondicionó para viaje, solicitándose autorización para su traslado fuera del país con la finalidad de exhibición para su futura venta en subasta pública, la que luego dejaron sin efecto (atento a la complejidad y costos que implicaba el cumplimiento de las condiciones exigidas por la Administración),



solicitándose su venta en el territorio nacional, trasladándose la misma a la base del Cuerpo de Fusileros Navales, donde permanece desde junio de 2006 bajo custodia de la Armada.

Señalan que desde la solicitud de autorización de venta y luego de las resoluciones citadas y actos administrativos finales también citados que autorizaban la venta, el expediente fue pasando a diversas oficinas estatales dilatándose inexcusablemente dicha venta.

En consecuencia, el 10 de marzo de 2011 promovieron demanda de cesación de condominio contra la Prefectura, la que se tramitó ante el Juzgado Letrado en lo Civil de 2º- Turno, habiéndose dispuesto la venta en remate público en la providencia liminar, la que luego fue revocada y confirmada por la Suprema Corte de Justicia en casación por una cuestión de forma, ya que la vía procesal debió ser la ordinaria. No obstante ello, la Suprema Corte de Justicia confirmó que la demandada se obligó a vender y repartir el resultado con los permisarios, interpretando los contratos con fuerza de cosa juzgada.

En dicho proceso, el Ministerio de Defensa Nacional y la Prefectura Nacional Naval se opusieron al procedimiento monitorio seguido por los permisarios, pero no controvertieron el fondo de sus obligaciones, ni el resultado interpelado por los permisarios para forzar su venta y posibilitar la distribución del resultado económico en partes iguales, citando alegaciones varias de la parte demandada en dicho proceso, de las que se extrae el expreso reconocimiento de la contraria de que se está frente a un negocio oneroso por el que los permisarios tienen derecho a obtener un lucro, para lo que es necesario que se proceda a la venta de los bienes extraídos.

Reseñan pasajes varios de la sentencia dictada el 6 de agosto de 2014 por la Suprema Corte de Justicia en el mismo expediente y concluyen que lo único que falta es que la demandada cumpla con lo establecido en el Decreto Ley 14.343 y en el contrato, autorizando la enajenación de lo obtenido para compartir los beneficios extraídos, citando declaraciones del Ministro de Defensa al respecto e indicando que las emergencias del proceso de cesación de condominio tienen el valor de confesión judicial y hacen prueba contra la accionada.



Resumen el procedimiento pactado desde el rescate a la venta, afirmando que a través de dicho procedimiento la Prefectura se limita a controlar y recibir el resultado económico que se obtenga, luego de autorizar la venta.

Indican que algunos de los objetos rescatados del Graf Spee con anterioridad fueron rematados en el año 1989 y que la intención fue siempre rematar los objetos rescatados.

Continúan, señalando que luego del dictado por la Suprema Corte de Justicia de la sentencia citada, la actitud de la demandada revela que no tiene intenciones de honrar sus obligaciones contractuales, habiendo prohibido incluso a los permisarios el acceso para controlar el estado de conservación del águila.

Alegan que el Ministerio de Defensa tiene una nueva posición citando artículo de prensa; que la demandada jamás tuvo la intención ni adoptó la decisión de cumplir lo pactado (ya que el título de la nota de prensa el “el Ministerio a diferencia del pasado, hoy podría autorizar la venta para cumplir el contrato”); que se pretendió generar por parte de dicho Ministerio una instancia a nivel político (“que todos opinen”) y que pese a los reclamos y opiniones (que se citan) se continuó impulsando los rescates.

Concluyen que la demandada ha dilatado de las más variadas formas el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, demostrando que no pretende cumplir voluntariamente con las mismas, vulnerándose el derecho de los permisarios a obtener el resultado de su trabajo e inversión en un plazo razonable, violándose además los principios del Derecho Administrativo que rigen el Decreto 500/991, citando en apoyo de su posición la teoría de los actos propios.

Así pues, en cumplimiento de los contratos de búsqueda y rescate reseñados, pretenden que se condene a la demandada a disponer la enajenación onerosa de los objetos rescatados del navío “Admiral Graf Spee” (telémetro y águila), la que deberá realizarse en subasta pública por medio de un rematador de renombre y experiencia, a efectos de que el bruto del valor



resultante, deducidos los gastos del remate, sea distribuido entre la Prefectura Nacional Naval y los permisarios en un 50 % para cada parte. Agregan que la subasta deberá estar a cargo de los permisarios, a quienes se deberán entregar los bienes en un plazo máximo de treinta días desde que la sentencia quede ejecutoriada, siendo ellos los que mantendrán los bienes bajo su custodia y a los solos efectos de subastarlos en las condiciones que detallan, dependiendo de si la subasta se realiza en el territorio nacional o en el exterior.

Pretenden también que se condene a la parte demandada a abonar el IVA sobre el pago correspondiente a los permisarios, habiendo interpretado la Suprema Corte de Justicia en la decisión ya citada que el contrato que vincula a las partes es un arrendamiento de obra, siendo el IVA un impuesto trasladable al consumidor de bienes y servicios.

Pretenden asimismo que se condene a la parte demandada al pago del daño moratorio ocasionado por la privación de la disponibilidad del dinero y que está constituido por los intereses legales hasta que cumpla con su obligación (cuya tasa es de un 12 % anual y debe calcularse sobre la ganancia que los permisarios reciban en la subasta, más reajustes y actualizaciones legales), ya que se les ha negado en forma arbitraria la posibilidad de alcanzar el lucro al que tienen derecho.

Finalmente alegan la existencia de mala fe de la parte demandada y reclaman el pago de las costas y costos del juicio.

Adjuntan prueba documental, piden la agregación de documentos en poder de la demandada, prueba trasladada y prueba en poder de terceros, fundan el derecho y solicitan que se condene a la Prefectura Nacional Naval a: disponer la enajenación onerosa de los objetos rescatados del Navío “Admiral Graf Spee” (telemetro y águila), la que deberá realizarse en pública subasta, a efectos de que el valor obtenido sea distribuido entre dicha Prefectura y los Permisarios en un cincuenta por ciento para cada parte, ordenándose seguir el procedimiento y condiciones indicadas; a pagar el daño moratorio (intereses legales cuya tasa es de un 12 % anual) a partir



de esta demanda y hasta que cumpla con su obligación, más reajustes y actualizaciones legales; al pago del IVA sobre la suma de dinero que les corresponda luego de la subasta; a la devolución del depósito en garantía oportunamente constituida por los permisarios y al pago de las costas y costos.

II) Que por decreto 3745/2017 (fojas 142) se confirió traslado de la demanda, el que notificado (fojas 143 y 144), fue evacuado de fojas 152 a 168 por el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -ARMADA NACIONAL- PREFECTURA NACIONAL NAVAL**, oponiéndose excepciones de incompetencia, de falta de legitimación activa y de caducidad y contestándose la demanda.

Al contestarse la demanda, se alega que no se verificó incumplimiento alguno del Estado, que en el contrato no se pactó la mora automática y que tampoco ha sido constituido en mora ya que se debió de haber intimado el cumplimiento específico de la obligación supuestamente incumplida.

Controvierte lo expresado por la parte actora al fundar la pretensión de condena a disponer la enajenación onerosa de los objetos rescatados, expresando que las partes no tenían la intención de vender en remate tales objetos, ni asumieron ninguna obligación con ese contenido, habiéndose pactado como único objeto del contrato la extracción del navío, consignándose en forma expresa, por ser de interés primordial para el Estado, que dicha extracción fuera de todo el buque “en su estado actual de conservación, sin fragmentar su casco y estructura”. Por lo tanto, el único incumplimiento es el de los permisarios quienes no solo no extrajeron el navío del fondo marino, sino que lo fragmentaron para sacar partes del mismo, limitándose a extraer aquello que eventualmente pudiera tener un valor comercial.

Señala que el interés del Estado (por imperio de lo dispuesto en el Decreto Ley 14.343) con los contratos de búsqueda y rescate es la remoción de toda clase de obstáculos en aguas bajo su jurisdicción; mientras que el fin de los permisarios es el lucro.



Manifiesta que no es posible disponer la enajenación onerosa pretendida cuando no se han llegado a tasar los bienes extraídos y por ende no existe determinación del supuesto beneficio y que la demanda es manifiestamente improponible y debe ser rechazada pues se pretende el cumplimiento de una obligación que no surge del contrato ni de la ley.

Realiza consideraciones varias sobre otros aspectos consignados en la demanda, controvirtiendo otras afirmaciones contenidas en la misma, precisando que una elevación o informe a un superior o un informe de un asesor letrado no son actos administrativos ni expresión de voluntad de la Administración, ni tienen naturaleza vinculante.

Cuestiona el alcance que la parte actora pretende atribuirle a la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia en el proceso de cesación de condominio ya tramitado y la aplicación al caso de la teoría de los actos propios, alegando que han sido los permisarios los que violaron el deber de actuar de buena fe.

Opone la excepción de contrato no cumplido, alegando que quienes no cumplieron con las obligaciones asumidas en el contrato de rescate fueron los permisarios, ya que se obligaron a rescatar el barco, no alguno de sus elementos. Reseña el contenido de las cláusulas primera y segunda de dicho contrato y reitera que en ningún momento se acordó sacar partes del navío. De modo que son los permisarios quienes tienen obligaciones pendientes de cumplimiento (la obligación principal de rescatar el navío), no encontrándose habilitados los mismos para exigir el cumplimiento del contrato, citando doctrina sobre el punto. Agrega que además los permisarios incumplieron la cláusula octava del contrato, al reconocer que realizaron un acuerdo con un tercero, cuando les estaba vedada la cesión total o parcial de los derechos y obligaciones asumidas.

Agrega que no es posible acumular a la pretensión de cumplimiento la de condena en daños y perjuicios, cuando además ya operó la resolución del contrato por imperio de lo dispuesto en la cláusula décimo segunda del mismo (condición resolutoria expresa pactada para cualquier



incumplimiento, en el caso, el de los permisarios).

Finalmente controvierte la procedencia del reclamo del daño moratorio, del pago de IVA y del depósito en garantía (dado el incumplimiento de los permisarios).

Realiza otras consideraciones con respecto a expresiones vertidas en la demanda, adjunta prueba documental, ofrece prueba testimonial, pide prueba por informe y prueba trasladada, funda el derecho y solicita que se desestime la demanda en todos sus términos con costas y costos.

III) Que por decreto 587/2018 (fojas 169) se confiere traslado del excepcionamiento deducido, el que fue evacuado de fojas 172 a 183 por la parte actora, abogándose por su rechazo.

IV) Que por decreto 886/2018 (fojas 184) se convocó a la audiencia preliminar que se celebra el 21 de junio de 2018 (fojas 188 a 191), prorrogándose la misma a los efectos del diligenciamiento de prueba sobre las excepciones opuestas, continuándose con dicha audiencia el 19 de diciembre de 2018 (fojas 522 a 526), oportunidad en la que se dicta la sentencia interlocutoria No. 4030/2018 (fojas 515 a 521) por la que se desestima el excepcionamiento deducido. Posteriormente se celebra audiencia de prueba (fojas 530 a 533) y audiencia de alegatos (fojas 550 y 551), convocándose para el dictado de sentencia definitiva que se señala para el día de la fecha (decreto 1246/2019 de fojas 551).

CONSIDERANDO:

I) Que el objeto del proceso ha quedado establecido en determinar la procedencia y mérito de la demanda, esto es: determinar si corresponde condenar al demandado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de rescate de fecha 3 de noviembre de 2004 y si corresponde condenarlo a disponer la enajenación onerosa en subasta pública y a distribuir el producido de la venta de los objetos rescatados del Navío "Admiral Graf Spee" (telémetro y águila), a pagar el IVA sobre la cuota



parte correspondiente a los permisarios, a pagar los daños y perjuicios moratorios que se reclaman y a devolver el depósito en garantía realizado por los accionantes; y en determinar, asimismo, la procedencia y mérito de la excepción de contrato no cumplido opuesta por la parte demandada (fojas 523 y 524).

En tanto, el objeto de la prueba se estableció en los hechos alegados y controvertidos por las partes, esto es: los incumplimientos que las partes se atribuyen recíprocamente (fojas 524).

II) Que, conforme surge de autos (fojas 36 a 39 y fojas 148 a 151, entre otras), el 3 de noviembre de 2004 se firmó un contrato de rescate entre la Prefectura Nacional Naval y los Sres. Alfredo Etchegaray y Felipe Etchegaray, por medio del cual las personas físicas indicadas se obligan a efectuar la extracción del navío “Admiral Graf Von Spee” en la zona que se delimita y en un plazo de dos años, prorrogable mediante solicitud fundada (cláusula primera); estableciéndose en la cláusula segunda que “los permisarios deberán tener en cuenta que es intención de esta Prefectura Nacional Naval que el navío ‘Admiral Graf Von Spee’ sea reflotado en su actual estado de conservación, sin fragmentar su casco y estructura”, disponiéndose acto seguido que en caso de no ser posible el rescate del navío en las condiciones indicadas “se considerarán las propuestas de alternativas de reflotamiento que presenten los permisarios con sus fundamentos técnicos, reservándose la Prefectura Nacional Naval el derecho de evaluarlas y de resolver de acuerdo a lo que estime más conveniente, pudiendo incluso denegar la autorización”.

Asimismo, se establece en la cláusula décimo séptima del referido contrato que “el beneficio de la Prefectura Nacional Naval será del 50 % del bruto extraído”.

El contrato en cuestión se celebró al amparo de lo dispuesto en el Decreto Ley 14.343 cuyo artículo 20 dispone que: “Tratándose de embarcaciones varadas, hundidas o semihundidas o restos u objetos comprendidos en esta ley, pertenecientes al Estado, obtenidos por abandono,



la Prefectura Nacional Naval en nombre del Estado, podrá: A) Efectuar por sí misma o por medio de otros la extracción de la embarcación, restos u objetos, en cuyo caso éstos podrán ser utilizados por dicha Prefectura o enajenados libremente por la misma...”.

Las “embarcaciones varadas, hundidas o semihundidas o restos u objetos comprendidos en esta ley, pertenecientes al Estado, obtenidos por abandono”, son aquellas que no hubieran sido extraídos antes del 31 de diciembre de 1973, cesando de hecho su bandera si fuere extranjera (siendo ese el caso del navío “Admiral Graf Von Spee”), de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del mismo Decreto-Ley.

Por su parte, el Decreto 692/986, reglamentario del artículo 15 del Decreto-Ley 14.343, establece que en la resolución de la Prefectura Nacional Naval que autoriza la búsqueda de buques antiguos (todos aquellos hundidos, semi hundidos o varados en aguas de jurisdicción nacional antes del 31 de diciembre de 1973, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Decreto Ley 14.343 y el artículo 1 del Decreto 692/986), deberá emitirse pronunciamiento sobre “la forma de participación en las utilidades de los interesados, para el caso de localización y extracción del navío o su carga” (literal d del artículo 4 del Decreto 692/986).

En el caso, como se dijo, en la cláusula séptima del referido contrato que “el beneficio de la Prefectura Nacional Naval será del 50 % del bruto extraído”, de modo, que se estableció que la forma de participación en las utilidades sería 50 % para el Estado y el 50 % restante obviamente para los permisarios (aunque esto último no se haya dicho expresamente).

III) Que en el caso no ha sido objeto de controversia ni la existencia del vínculo contractual entre las partes, ni que Alfredo y Felipe Etchegaray en su calidad de permisarios fueron quienes lograron la extracción del telémetro y el águila pertenecientes al navío hundido “Admiral Graf Von Spee”, contando con las autorizaciones pertinentes (de búsqueda y extracción) otorgadas por la autoridad competente (Prefectura Nacional Naval) al amparo de la normativa vigente.



Tampoco ha sido objeto de controversia que los accionantes Alfredo y Felipe Etchegaray han solicitado en vía administrativa la venta de los objetos extraídos, la que aún no se ha concretado, encontrándose el telémetro en exhibición en la explanada de la Administración de Puertos y el águila en la base del Cuerpo de Fusileron Navales, ambos bajo custodia del Estado.

IV) Que las partes se atribuyen recíprocamente el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada una de ellas en el contrato firmado el 3 de noviembre de 2004, imputando la parte actora a la demandada el incumplimiento de la obligación de disponer la enajenación onerosa de los objetos rescatados del navío “Admiral Graf Spee”, siendo su pretensión principal justamente la de que se condene a disponer tal enajenación en subasta pública a efectos de que el bruto del valor resultante, sea distribuido entre la Prefectura Nacional Naval y los permisarios en un 50 % para cada parte.

En tanto, la parte demandada niega la existencia de la obligación de enajenar los objetos rescatados del navío “Admiral Graf Spee” cuyo incumplimiento se le atribuye y a su vez imputa a los permisarios el incumplimiento de la obligación principal de rescatar el navío (completo) asumida por los mismos, oponiendo la excepción de contrato no cumplido.

V) Que delimitada la controversia y de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 139.1 del Código General del Proceso, sobre la actora recaía la carga de acreditar “los hechos constitutivos de su pretensión”, esto es, la efectiva existencia de la obligación de disponer la enajenación onerosa de los objetos rescatados del navío “Admiral Graf Spee” a cargo de la demandada y su incumplimiento por parte de la Prefectura Nacional Naval.

En tanto, la demandada estaba gravada con la carga de demostrar “los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión controvertida de su adversario, esto es: el incumplimiento por parte de los permisarios de la obligación principal de rescatar el navío (completo).



VI) Que luego de estudiada y valorada la prueba incorporada a estas actuaciones (tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como lo impone el artículo 140 del Código General del Proceso) y de interpretado el contrato (de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1297 y siguientes del Código Civil) considerando las normas jurídicas que regulan la búsqueda y rescate de buques antiguos hundidos en “jurisdicción nacional” (contenidas en el Decreto-Ley 14.343 y en su Decreto reglamentario 692/986), se ha llegado a la conclusión de que la Prefectura Nacional Naval asumió tanto la obligación de enajenar de forma onerosa los objetos extraídos del navío “Admiral Graf Von Spee”, como la de distribuir el producido de dicha venta con los permisarios, aun cuando ninguna de las dos obligaciones hayan sido expresamente pactadas en el contrato cuyo cumplimiento se solicita, deviniendo aplicable la disposición contenida en el artículo 1291 del Código Civil, de acuerdo a la cual “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma” debiendo ejecutarse de buena fe, obligando “no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”.

En efecto, como ya se señaló, el contrato firmado el 3 de noviembre de 2004, se realizó al amparo de lo dispuesto en el literal A del artículo 20 del Decreto Ley 14.343, de acuerdo al cual la Prefectura Nacional Naval se encuentra habilitada a efectuar la extracción de embarcaciones hundidas (pertenecientes al Estado y obtenidos por abandono) por medio de terceros, pudiendo utilizar los objetos rescatados o enajenarlos “libremente”.

En el caso, la opción de la Prefectura (al firmarse el contrato de fecha 3 de noviembre de 2004 y de acuerdo al contenido de la cláusula décimo séptima del referido contrato), fue la de enajenar los objetos rescatados, pues de otro modo no se explica que se hubiera pactado que “el beneficio de la Prefectura Nacional Naval será del 50 % del bruto extraído”.

Y para determinar tal beneficio, deberán transformarse en dinero los objetos rescatados mediante su enajenación onerosa, siendo la Prefectura Nacional Naval la obligada a efectuarla



desde que tales objetos son propiedad del Estado (artículos 15 y 20 del Decreto Ley 14.343) y es ella la autoridad competente en la materia (Decreto Ley 14.343), además de la beneficiaria (artículo 26 del Decreto Ley 14.343 y cláusula séptima del referido contrato) y co-contratante en el caso concreto.

La Prefectura, en consecuencia, es también la obligada a distribuir el producido de esa venta (luego de realizada, obviamente), reservándose el 50 % del bruto extraído y entregando el resto a los permisarios, por así haberse pactado.

Ahora bien. Pese a que la Prefectura Nacional Naval se encuentra obligada a proceder a la enajenación onerosa de los objetos rescatados y a distribuir el producido, ni lo uno ni lo otro se ha realizado (todo lo que además de no haber sido objeto de controversia, además de surgir plenamente acreditado con la abundante documentación incorporada a este expediente), correspondiendo ahora determinar si se ha incurrido en incumplimiento (mora).

Para que se configure el incumplimiento en sentido jurídico en el ámbito de la responsabilidad contractual y tratándose de un incumplimiento temporal (pues la prestación debida todavía es susceptible de ser cumplida en el futuro por el deudor, Gamarra, Responsabilidad Contractual, I El Incumplimiento, FCU, 1ª- edición, febrero de 1996, página 63), es necesaria la constitución en mora del deudor (artículos 1336, 1341 y 1431 del Código Civil), pues "... sin mora no hay incumplimiento (temporal)... el incumplimiento comienza con la mora..." (Gamarra, en Responsabilidad Contractual, I El Incumplimiento, FCU, 1ª- edición, febrero de 1996, páginas 70, 71 y 97).

En el caso, si bien no se ha interpelado a la Prefectura Nacional Naval por medio de una intimación (hecho que no ha sido objeto de controversia), habiéndose pedido el cumplimiento del contrato por medio de la demanda presentada en autos, se debe considerar que la accionada se encuentra incurso en mora y que por lo tanto existe incumplimiento en sentido jurídico.



Así lo entiende también Gamarra cuando señala que: “No hay duda (y nadie discute el punto) que la demanda por la cual el acreedor reclama judicialmente el cumplimiento es una intimación que pone en mora al deudor. Formalmente la demanda es una ‘petición, solicitud o reclamo’, por lo que se ajusta al concepto de interpelación, que también es un reclamo o requerimiento. Pero (además y a diferencia de la demanda de resolución) también sustancialmente lo es, puesto que aquí el acreedor solicita la ejecución de la prestación.” (Responsabilidad Contractual, I El incumplimiento, FCU, 1ª edición, febrero 1996, página 192).

Sin perjuicio de lo que viene de señalarse, a esta altura de los acontecimientos, habiéndose tramitado ya todo un proceso judicial (IUE: 2-1793/2011 acordonados) donde los permisarios accionaron en base al mismo contrato cuyo cumplimiento ahora solicitan, sería absurdo exigir la realización de una intimación para considerar incurso en mora a la demandada.

Finalmente, frente al incumplimiento de la Prefectura Nacional Naval, se descarta como defensa eficaz para enervar la mora de la demandada, la alegada excepción de contrato no cumplido, pues no surge del contrato cuya ejecución se solicita que los permisarios se hayan obligado a rescatar el navío completo.

Si bien en la cláusula segunda de dicho contrato de rescate se estableció que “los permisarios deberán tener en cuenta que es intención de esta Prefectura Nacional Naval que el navío ‘Admiral Graf Von Spee’ sea reflotado en su actual estado de conservación, sin fragmentar su casco y estructura”, acto seguido se pactó que en caso de no ser posible el rescate del navío en las condiciones indicadas “se considerarán las propuestas de alternativas de reflotamiento que presenten los permisarios con sus fundamentos técnicos, reservándose la Prefectura Nacional Naval el derecho de evaluarlas y de resolver de acuerdo a lo que estime más conveniente, pudiendo incluso denegar la autorización”.

No ha sido objeto de controversia y además ha resultado plenamente acreditado (fojas



337, entre otras), que la Prefectura Nacional Naval autorizó la extracción de parte del navío sin deducir objeción alguna, por lo que ahora no puede alegar en su defensa que no acepta el rescate parcial.

Corresponde descartar también el incumplimiento que se imputa a los accionantes en relación a la cláusula octava del contrato, pues no se ha demostrado que el acuerdo al que los mismo llegaron con las hijas y la cónyuge supérstite de Héctor Bado y que diera mérito a la decisión del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 9^o- Turno comunicada a la Prefectura Nacional Naval mediante oficio No. 1063/2016 (fojas 467), haya implicado una cesión total o parcial de los derechos y obligaciones asumidas en el contrato firmado el 3 de noviembre de 2004.

De hecho, el referido acuerdo no ha sido agregado en autos, por lo que su contenido concreto se desconoce.

Por lo expuesto, entonces, no puede considerarse que la resistencia de la parte demandada a cumplir con las obligaciones asumidas se encuentre justificada por un incumplimiento previo de los accionantes, pues el mismo no se ha verificado.

VII) Que determinada así la existencia de un incumplimiento imputable a la parte demandada respecto de la obligación de enajenar de forma onerosa los objetos extraídos del navío “Admiral Graf Von Spee” y de distribuir el producido de tal enajenación, corresponde tener por acreditado el presupuesto habilitante de la pretensión de cumplimiento de contrato promovida en autos y prevista “para el caso en que una de las partes no cumpla con su compromiso”, pudiendo “la parte a quien se ha faltado... optar entre obligar a la otra a la ejecución de la convención, cuando es posible o pedir la resolución con daños y perjuicios” (artículo 1431 del Código Civil).

Por lo tanto, habrá de condenarse a la parte demandada a disponer y realizar la



enajenación onerosa y la distribución del producido de la venta del telémetro y el águila rescatados del navío “Admiral Graf Von Spee” por los permisarios Alfredo y Felipe Etchegaray, en un plazo de noventa días a partir de que quede ejecutoriada esta decisión, reservándose para sí el 50 % del bruto extraído, conforme fuera establecido en la cláusula décimo séptima del contrato de fecha 3 de noviembre de 2004.

No obstante ello, se desestimará la pretensión de que dicha enajenación sea realizada por medio de una subasta pública, pues, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 del Decreto Ley 14.343, la Prefectura Nacional Naval tiene derecho a enajenar “libremente” los objetos rescatados, no surgiendo de norma jurídica alguna la imposición de realizar tal enajenación mediante un remate.

La enajenación por medio de una subasta pública no ha sido pactada, ni surge tampoco del marco normativo que se ha considerado aplicable al caso.

Sin perjuicio de ello, nada impide a la Prefectura Nacional Naval optar por tal modalidad de venta, si así lo considera conveniente y oportuno.

En consecuencia, habrán de desestimarse también las demás pretensiones conexas y complementarias de la pretensión de venta en subasta pública deducidas en la demanda, esto es, la pretensión de que la subasta esté a cargo de los permisarios y de que se realice en las condiciones detalladas en los numerales 1 y 2 de fojas 136 vuelto y 137, dependiendo de si la subasta se realizara en el territorio nacional o en el exterior, y la pretensión de que el telémetro y el águila se entreguen a los permisarios para que permanezcan bajo su custodia a los efectos de la subasta.

VIII) Que la parte actora pretende también que se condene a la parte demandada a abonar el IVA sobre el pago correspondiente a los permisarios, alegándose que la naturaleza jurídica del contrato cuya ejecución se ha solicitado es la de un arrendamiento de obra y que el IVA un



impuesto trasladable al consumidor de bienes y servicios.

Sin embargo, no se advierte fundamento jurídico para condenar a la demandada a hacerse cargo de dicho impuesto para el caso de que los permisarios sean sujetos pasivos del tributo, por lo que habrá de desestimarse su reclamo.

IX) Que pretende asimismo la parte actora que se condene a la parte demandada al pago del daño moratorio ocasionado por la privación de la disponibilidad del dinero y que está constituido por los intereses legales hasta que cumpla con su obligación.

Habrà de ampararse tal pretensión, aunque parcialmente, condenándose a la demandada al pago de intereses moratorios de un 6 % anual, conforme surge del inciso segundo del artículo 2207 del Código Civil y del artículo 4 del Decreto Ley 14.500 (ya que no estamos frente a una hipótesis de mutuo o préstamo de consumo para los que sí se prevé una tasa de un 12 % anual), sobre la cuota parte que corresponde a los permisarios del dinero que se obtenga por la venta de los objetos rescatados, a partir de la presentación de la demanda (artículo 1348 del Código Civil).

La condena se impone al amparo de lo dispuesto en el artículo 1341 del Código Civil, de acuerdo al cual quien pida el cumplimiento del contrato “no puede exigir otros perjuicios que los de la mora”.

X) Que habrá de ampararse la pretensión de restitución del depósito en garantía realizado por los permisarios con fecha 9 de junio de 2003 (fojas 24 vuelto, entre otras), previo a la firma del contrato de búsqueda de fecha 13 de junio de 2003 (fojas 26 a 29, entre otras), que fuera mantenido en virtud de lo dispuesto en la cláusula décimo sexta del contrato de rescate de fecha 3 de noviembre de 2003 (fojas 150, entre otras).

En efecto, tal depósito fue exigido como garantía de cumplimiento de las obligaciones asumidas por Alfredo y Felipe Etchegaray tanto en el contrato de búsqueda como en el



contrato de rescate.

Habiéndose finalizado tanto las tareas de búsqueda como las de rescate (venciendo la última prórroga otorgada por la Prefectura Nacional Naval a los permisarios el 30 de junio de 2009 –hecho no controvertido-), corresponde proceder a la restitución de la garantía oportunamente constituida.

Por lo expuesto, habrá de condenarse a la demandada a devolver la suma depositada de U\$S 5.000 más intereses desde la presentación de la demanda (artículo 1348 del Código Civil).

XI) Que la conducta procesal de las partes, no amerita sanciones procesales en la instancia.

Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto en el Decreto 692/986, el Decreto-Ley 14.343, el Decreto Ley 14.500, el artículo 384 de la Ley 16.320, los artículos 1246, 1247, 1291, 1297 a 1307, 1336, 1341, 1342, 1348, 1431 y 2207 del Código Civil, 137, 139.1, 140, 141, 197 y 198 del Código General del Proceso, y demás normas concordantes y complementarias, **FALLO:**

AMPARANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA, Y EN SU MERITO, CONDENANDO AL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - PREFECTURA NACIONAL NAVAL:

- A DISPONER Y REALIZAR LA ENAJENACIÓN ONEROSA Y LA DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCIDO DE LA VENTA DEL TELÉMÉTRO Y EL ÁGUILA RESCATADOS DEL NAVÍO “ADMIRAL GRAF VON SPEE”, RESERVÁNDOSE PARA SÍ EL 50 % DEL BRUTO EXTRAÍDO, EN UN PLAZO DE NOVENTA DÍAS A PARTIR DE QUE QUEDE EJECUTORIADA ESTA DECISION, MAS REAJUSTES (SI LA VENTA SE REALIZA EN



MONEDA NACIONAL) E INTERESES LEGALES A PARTIR DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA;

- AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS DE UN 6 % ANUAL, SOBRE EL MONTO DE LA CUOTA PARTE QUE CORRESPONDE A LOS PERMISARIOS EN EL DINERO QUE SE OBTENGA POR LA VENTA DE LOS OBJETOS RESCATADOS, A PARTIR DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA;

- Y A DEVOLVER EL DEPÓSITO EN GARANTÍA DE U\$S 5.000 REALIZADO POR LOS PERMISARIOS MÁS INTERESES LEGALES DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA EN UN PLAZO DE 10 DÍAS.

TODO, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

CONSENTIDA O EJECUTORIADA, CÚMPLASE, EXPÍDASE TESTIMONIO, PRACTÍQUENSE DESGLOSES (SI SE SOLICITARAN), Y OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE, PREVIO DESACORDONAMIENTO Y DEVOLUCIÓN DE LOS AUTOS IUE: 2-1793/2011.

HONORARIOS FICTOS: \$ 15.000.



Firmas de documento:

