

//tencia No.1161

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, tres de junio de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "**MARINA S.R.L. C/ ESTADO - MINISTERIO DE TRANSPORTE OBRAS PÚBLICAS - REPARATORIO PATRIMONIAL POR RESPONSABILIDAD ADM. POR ACTO - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN**", IUE: 2-2194/2013.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° **84/2017** dictada el 26 de octubre de 2017, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2° Turno desestimó la demanda incoada en todos sus términos, sin especial condenación procesal (fs. 1617/1630).

II) Por sentencia definitiva identificada como **DFA-0006-000459/2013** de 1° de agosto de 2018, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno falló:

"Revócase la sentencia de primera instancia y en su lugar, ampárase parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago de los daños y perjuicios reclamados, cuya liquidación se difiere a la vía incidental prevista en el art. 378.1 del Código General del Proceso" (fs. 1684/1693).

III) Contra la sentencia de segunda instancia, el representante de la parte demandada interpuso el recurso de casación en examen. Luego de referir a la admisibilidad formal de su medio impugnativo, expresó agravios en los siguientes términos:

(i) **Errónea interpretación y aplicación del régimen de cabotaje.**

Luego de justificar la procedencia formal del medio impugnativo, identificó como disposiciones normativas vulneradas: el artículo 1º de la Ley N° 12.091, el artículo 309 de la Ley N° 14.106 y su decreto reglamentario N° 326/1990.

Sostuvo, en lo medular, que la Sala aplicó erróneamente el régimen sobre preferencia de buques de bandera nacional para realizar ciertas operaciones o "excepción de cabotaje". El decreto N° 326/1990 del Poder Ejecutivo estableció la "excepción de cabotaje" al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 12.091, con el agregado que le diera la Ley N° 14.106. Tal régimen de excepción se dictó para paliar la falta de embarcaciones en el Puerto de Punta del Este, aptas para el transporte de pasajeros de cruceros turísticos a tierra en dicho puerto.

La excepción de cabotaje no rige luego de agotado el uso de embarcaciones de

bandera nacional aptas para ese tipo de traslados. La excepción de cabotaje rige en Punta del Este en forma general y permanente, permitiendo a los cruceros el uso de sus embarcaciones auxiliares (llamados "tenders") para el transporte de pasajeros al puerto de Punta del Este. La imposibilidad de que los "tenders" de bandera uruguaya cubran la demanda requerida en cada temporada, justifica el régimen de excepción habilitado por la Administración con el alcance antes referido; esto es, en forma general y permanente. De otro modo no sería posible cubrir la demanda cada temporada, como expresamente lo reconoció la actora en su demanda.

El régimen de excepción no fue un régimen de excepción puro, ya que se permitió que algunas embarcaciones de bandera nacional operaran como "tenders" junto con los "tenders" extranjeros. Ello quizás hizo que la actora (y la Sala, al seguirla) entendiera, erróneamente, que si había embarcaciones nacionales inscriptas, éstas se beneficiaban del régimen de reserva legal, excluyendo la actividad de las embarcaciones extranjeras.

La actora en su demanda reconoció explícitamente la imposibilidad de dar cumplimiento a los requerimientos cada vez más crecientes de los cruceros con los "tenders" de bandera uruguaya; aún en el caso de que estos se hubiesen

utilizado a pleno. Por lo cual, este reconocimiento justifica el régimen de excepción a la reserva legal de tráfico que la Administración habilitó.

En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se dictara la que correspondiera de acuerdo con la normativa vigente al momento de los hechos.

(ii) Omisión de relevar como cuestión previa el agotamiento de la vía administrativa en relación al acto creador de la situación jurídica lesiva que agravia a la reclamante.

La recurrente denunció que la Sala no tuvo en cuenta la cuestión previa oportunamente invocada en el libelo de contestación de la demanda, cuando mencionó que no resultaba menor el hecho de que la actora no recurrió ningún acto de la Administración. En particular no recurrió el Decreto N° 326/990 que constituye el acto originario, lesivo, que causó los eventuales perjuicios cuya reparación ha impetrado MARINA S.R.L.

Fue dicho decreto el que otorgó la autorización genérica de excepción al régimen de cabotaje nacional. Sin embargo, no recurrió administrativamente el decreto por el que se confirió dicha autorización.

La cuestión previa de

falta de agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal resulta relevante aún de oficio, como lo tiene admitido la Suprema Corte de Justicia.

IV) Se confirió el traslado correspondiente, que fue puntualmente evacuado en los términos que surgen del escrito de fs. 1707/1711.

V) El Tribunal ordenó franquear el recurso de casación para ante esta Corporación (fs. 1712), a la que arribaron los autos el 9 de octubre de 2018 (fs. 1716).

Oportunamente, por decreto N° 3077 del 17 de octubre de 2018, se ordenó el pase a estudio por su orden (fs. 1717 vuelto) y se citó a las partes para sentencia, la que fue debidamente acordada en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría -y siguiendo la jurisprudencia reciente del Cuerpo- habrá de amparar el recurso de casación movilizado y, en su mérito, anulará la sentencia impugnada y en su lugar desestimaré la demanda impugnada.

II) El caso de autos.

MARINA S.R.L. es una empresa que brinda, con el buque "Calypso", el servicio de embarque y desembarque de pasajeros y tripulaciones

de buques "cruceiros de turismo" en la Bahía de Maldonado, puerto de Punta del Este.

A través de su representante, demandó al Estado - Ministerio de Transporte y Obras Públicas para obtener que se los condenara al pago del resarcimiento de los daños y perjuicios causados a raíz del incumplimiento, por su parte, del régimen legal de preferencia de embarcaciones nacionales consagrado en la Ley N° 12.091.

Sostuvo que la Ley N° 12.091 establecía un régimen de preferencia y protección de los buques de bandera nacional para la navegación y comercio de cabotaje, otorgándoles la exclusividad para la realización de tales actividades, así como para los "servicios de puerto y playa" y para las operaciones efectuadas por las embarcaciones menores en aguas de jurisdicción nacional (artículo 1° de la Ley N° 12.091). Expresó que si bien existían supuestos de excepción en los cuales nuestro ordenamiento habilita a recurrir a embarcaciones de bandera extranjera (cuando no exista disponibilidad de embarcaciones de bandera nacional para cubrir el servicio de que se trate), tales supuestos no se verificaron en el caso.

La demandada incumplió ese régimen de preferencia al haber permitido que los cruceros y sus agencias marítimas utilizaran embarca-

ciones de bandera extranjera para proporcionar el servicio de transporte de pasajeros de cruceros surtos en la bahía de Maldonado hacia y desde el Puerto de Punta del Este.

Concretamente, la parte actora pretendió que por tal motivo se le resarciera el lucro cesante producido en las temporadas estivales 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 y los que se produjeran en el futuro. Reclamó un total de U\$S 877.900 (ochocientos setenta y siete mil dólares), más intereses y, también, la condena al crédito que se genere en un futuro por igual causa.

III) Análisis de la cuestión sustancial.

A juicio de la mayoría de la Corporación, corresponde amparar el recurso de casación interpuesto por las razones que se explicitarán.

III.I) Sobre la omisión de relevar la falta de agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal.

A juicio de la mayoría del Cuerpo integrado por los Sres. Ministros Dres. Jorge Chediak, Luis Tosi y la redactora, no resulta de recibo el agravio concerniente a la falta de agotamiento de la vía administrativa. La suerte de la reclamante no está

sellada por no haber recurrido administrativamente el Decreto N° 326/990 por el que se habilitó la excepción al régimen de cabotaje a favor de las naves extranjeras para el Puerto de Punta del Este.

La Corporación, en mayoría, considera que no resulta preceptivo agotar la vía administrativa para reclamar la reparación de los daños causados por actos administrativos ilegítimos.

Como lo sostuvo esta Corporación en mayoría en sentencia N° **4812/2011** del 21 de diciembre de 2011:

"...no se encuentra establecido en la Constitución ni en ninguna Ley que deba agotarse la vía administrativa para poder accionar solicitando la acción reparatoria. (...) La mayoría de los miembros de la Corporación se adhieren a la interpretación doctrinaria que, de la disposición constitucional citada, efectúa el Dr. Federico Berro, en el sentido de que: 'Resulta evidente que si el propósito del nuevo texto fuera condicionar también la acción de reparación ante el Poder Judicial con el ejercicio de los recursos administrativos, debía haber hecho alguna referencia al art. 319.

O sea, no podría haber dejado al art. 319 en su texto original que impone los recursos sólo frente a la acción de nulidad del T.C.A.

Un mínimo de claridad para la imposición de un requisito formal de tanta envergadura debía, por lo menos, haber hecho mención al art. 319 para indicar los recursos como requisitos de la acción ante el Poder Judicial'. Concluyendo expresa que: '... el contenido normativo del nuevo texto no pudo ser restablecer un condicionamiento de la acción de reparación mediante los recursos administrativos, sino, justamente, se pretendió lo contrario: establecer la vía directa e incondicionada para solucionar los inconvenientes del sistema anterior. Mantener la exigencia de los recursos sería absolutamente contradictorio con la 'intentio juris' de la reforma del art. 312' (Cfme. Competencia del Poder Judicial para decidir sobre actos administrativos ilegales. Comentarios sobre el nuevo texto del art. 312 de la Constitución Vigente' en Revista Tributaria, Tomo XXIV, No. 140, pág. 583)'.

'Así, se considera que no se encuentra establecido en la Constitución, ni en ninguna Ley que deba agotarse la vía administrativa para poder accionar solicitando la acción reparatoria'.

'En consecuencia, cabe afirmar que el constituyente modificó el art. 312 de la Carta al advertir la necesidad de abreviar los plazos de las pretensiones de reparación contra el Estado, renunciando a la acción de nulidad, lo que evidencia que

no entendió necesario ocurrir previamente a la vía recursiva administrativa. La opción planteada en el artículo mencionado la hará el actor según sus legítimos intereses, y si la misma es la acción reparatoria resulta innecesaria tal prejudicialidad, provocando sí como efecto irrevocable, la imposibilidad de ejercer la acción de nulidad' (cfr. discordia del Sr. Ministro Dr. Van Rompaey, en sentencia No. 126/005)".

Coincidiendo con este enfoque técnico-jurídico, la mayoría considera que no cabe hacer cuestión de la falta de agotamiento de la vía administrativa en relación al Decreto N° 326/990 -si se entendiera que la reparación de los daños reclamada tiene en la ejecución de dicho acto su causa generatriz- para el progreso de la pretensión reparatoria.

III.II) Sobre el régimen de cabotaje y su alcance.

En cuanto a este punto, la Corporación en mayoría integrada por los Dres. Jorge Chediak, Luis Tosi y la redactora, considera que la aplicación que la Administración ha realizado del régimen de cabotaje nacional resulta jurídicamente irreprochable. Sobre el punto, al Corte asumió posición en la reciente sentencia N° 304/2018, la que habrá de mantenerse en el caso en examen.

El Estado - M.T.O.P. se

agravió porque el Tribunal *ad quem* interpretó erróneamente la normativa aplicable; a saber: la Ley No. 12.091, en su redacción anterior a la Ley No. 19.096; los Decretos del Poder Ejecutivo Nos. 326/1990 y 256/1992 y la Resolución del Poder Ejecutivo No. 756/2006.

Concretamente, cuestionó que la Sala consideró que la normativa citada habilitaba a autorizar el uso de embarcaciones de bandera extranjera únicamente si no existe disponibilidad de embarcaciones nacionales con ciertas características de capacidad, confort y seguridad. Sostuvo que, en puridad, no es eso lo que establece la normativa aplicable.

En tal sentido, postuló que de ella no se desprende (al contrario de lo que sostuvo la Sala) que únicamente pudieran operar embarcaciones extranjeras luego que se constatará que no había disponibilidad de embarcaciones nacionales. La normativa referida habilitó la operación de las embarcaciones auxiliares de los buques de bandera extranjera que arribaran al Puerto de Punta del Este mientras no existiera disponibilidad de suficientes embarcaciones nacionales aptas para tal fin. Así, el Decreto No. 326/1990 del Poder Ejecutivo, con la debida habilitación legal (artículo primero, inciso segundo de la Ley No. 12.091), estableció:

"Autorízase, con carácter de excepción, a los buques de bandera extranjera que arriben al Puerto de Punta del Este, la utilización de sus embarcaciones auxiliares para desembarcar y embarcar pasajeros".

Expresa el Estado recurrente que esta autorización no opera según haya o no suficiente disponibilidad de embarcaciones de bandera nacional, sino que rige en forma general y permanente mientras no se derogue el referido decreto. No se trata de que la llamada "excepción de cabotaje" rija en los momentos puntuales en que no haya disponibles buques de bandera nacional, sino que rige con carácter general en tanto se mantenga la situación estructural relevada que motivó su dictado.

La Corte, considera que el cuestionamiento articulado por la parte recurrente resulta de recibo.

La Sala aplicó erróneamente el régimen jurídico referido. Como lo sostuvo el Estado - M.T.O.P., la llamada "excepción de cabotaje" (regulada por el Decreto No. 326/1990, habilitada legalmente por el citado inciso segundo del artículo primero de la Ley No. 12.091) no impone que únicamente puedan operar embarcaciones extranjeras cuando no haya disponibilidad de embarcaciones nacionales, sino que

habilita con carácter general tal operativa, atento a la insuficiencia de embarcaciones de bandera nacional aptas para prestar tal servicio.

En otras palabras, implica traer un nuevo operador (en este caso extranjero) al redil, que participará del mercado en las mismas condiciones que quienes hasta ese momento lo hacían. La Ley No. 12.091 si bien establece que, de regla, únicamente barcos de bandera nacional puedan prestar tal servicio, expresamente habilitó a que el Poder Ejecutivo autorizara la prestación por parte de embarcaciones de bandera extranjera "cuando no existan disponibles embarcaciones de bandera nacional". Con tal habilitación legal dictó el referido Decreto No. 326/1990. Tal como surge de sus "Vistos", el decreto se dictó por haberse constatado que en el Puerto de Punta del Este no se contaba con embarcaciones suficientes para asegurar tales servicios y considerando que el arribo de cruceros turísticos de lujo, era de interés nacional. Con el dictado de ese decreto se habilitó, lisa y llanamente, a que los buques de bandera extranjera prestaran el multireferido servicio de desembarque y embarque de pasajeros en el Puerto de Punta del Este, tal como lo establece su artículo 1º.

Esto implica, jurídicamente, que mientras el Decreto No. 326/1990 estuvo

vigente, la prestación de tal servicio fue perfectamente lícita.

Ello es consecuencia natural y obvia del dictado de un decreto del Poder Ejecutivo dentro del ámbito de su competencia.

Huelga señalar que el decreto del Poder Ejecutivo es, técnicamente, un reglamento. Esto es, una norma general y abstracta creada por acto administrativo (art. 120 del Decreto No. 500/1991). Como lo enseña Sayagués Laso y es pacíficamente entendido en nuestro medio, las normas reglamentarias crean "normas generales de aplicación permanente. En consecuencia, se mantienen en vigencia hasta tanto sean derogadas por un reglamento posterior o se extinga su eficacia normativa por otras circunstancias", señalando luego el Maestro que tales circunstancias comprenderán la derogación expresa o tácita por otro reglamento, o incluso por una ley posterior (como aconteció en este caso, con el dictado de la Ley No. 19.096) (Cfme. Sayagués Laso, E: "Tratado de Derecho Administrativo", T. I, F.C.U., Montevideo, 1998, pág. 118).

En función de lo expuesto, corresponde concluir que la Sala aplicó erróneamente el régimen jurídico aplicable, desconociendo el efecto permanente y general de toda norma reglamentaria, toda

vez que concluyó, siguiendo al tesis de la actora, que la excepción del Decreto No. 326/1990 no tenía carácter permanente, sino que regía únicamente cuando se acreditara que no había embarcaciones de bandera nacional disponibles.

Tal conclusión no surge de lo dispuesto en las normas citadas ni de las características que tiene un reglamento en nuestro Derecho. Véase que el decreto se dictó atendiendo a cierta situación de hecho (la carencia de embarcaciones nacionales aptas y suficientes para asegurar el servicio), situación cuyo mantenimiento en el tiempo comete controlar a dos órganos administrativos en el artículo 3 del Decreto No. 326/1990 ("Cométese a la Prefectura Nacional Naval y a la Dirección General de Marina Mercante del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, realizar el seguimiento de las condiciones aludidas en el artículo precedente, informando al Poder Ejecutivo").

El régimen del Decreto No. 326/1990 prevé que, de constatarse un cambio en las condiciones que motivaron el dictado del decreto (esto es: si llega a haber una disponibilidad suficiente de embarcaciones nacional aptas para la prestación del servicio), la consecuencia no es la que estimó la Sala (que no pueden operar lícitamente buques extranjeros)

sino otra: informar del cambio de situación al Poder Ejecutivo. Y tal consecuencia es coherente y lógica con la posición que sustenta la mayoría respecto de este punto, y va a contrapelo de la de la Sala: el reglamento habilita en forma general y permanente la prestación del multireferido servicio por buques extranjeros en Punta del Este, atento a la carencia de una flota nacional suficiente para brindar tal servicio; de relevarse la existencia de una flota nacional suficiente para brindar tal servicio por parte de la Prefectura Nacional Naval o el M.T.O.P., se informara al Poder Ejecutivo, quien analizara si estima pertinente derogar la "excepción de cabotaje". Por otra parte, cabe agregar que, como bien lo resaltó el recurrente, la propia actora reconoció que los motivos que dieron lugar al dictado del Decreto No. 326/1990 se mantienen vigentes hasta el día de hoy.

En definitiva, a juicio de la mayoría de la Corporación, no existe ilicitud alguna en el accionar del Estado - M.T.O.P., ya que de acuerdo con el tenor de la normativa aplicable y con los propios dichos de la actora, la utilización de embarcaciones auxiliares de los cruceros que arriban al Puerto de Punta del Este, resulta totalmente ajustada a Derecho. La conclusión a la que arriba la Corporación, determina que corresponda casar la sentencia hostilizada en cuanto impuso la condena al pago de lo que la actora dejó de

percibir como consecuencia de la prestación del servicio por parte de embarcaciones extranjeras y, en su lugar, desestimar su pretensión.

IV) La correcta conducta procesal de las partes no justifica la imposición de especiales condenas causídicas (art. 688 del Código Civil).

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia por mayoría

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y, EN SU LUGAR, DESESTÍMASE LA DEMANDA SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

A LOS SOLOS EFECTOS PARAFISCALES, FÍJENSE LOS HONORARIOS FICTOS EN LA SUMA DE 30 B.P.C. (ART. 71 LITERAL B DE LA LEY N° 17.738).

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDES :

DR. EDUARDO TURELL
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Por cuanto
entendemos
que no co-

rresponde anular la recurrida en punto a la condena a reparar el daño causado a la actora como consecuencia de la prestación del servicio por parte de embarcaciones extranjeras.

En tal sentido, por tratarse, sustancialmente, de un juicio igual al ventilado y resuelto por la Corte en sentencia nro. 304/2018, pasaremos a extractar -con las naturales adecuaciones del caso- lo expresado por los suscritos en discordia extendida en dicha oportunidad:

"Para el análisis del caso en estudio, entendemos necesario poner en contexto sus aristas más relevantes.

En este sentido, la empresa actora ('DON ELÍAS S.R.L.') tiene como objeto social la prestación de servicio de embarque y desembarque de pasajeros y tripulantes de los buques cruceros de turismo fondeados en la Bahía de Maldonado -

Punta del Este.

Para dicho fin, la accionante cuenta, a la fecha, con tres embarcaciones menores de bandera nacional:

(a) 'SEA WARRIOR'

(b) 'Tender 9'

(c) 'Tender 10'.

A su vez, el marco normativo en el que desempeñó (o debió desempeñar) su actividad, fue el siguiente:

*Por **art. 1º de la ley 12.091**, de 5 de enero de 1954, se dispuso:*

*'La navegación y comercio de cabotaje, o sea aquella que se realiza entre puertos de la República, así como los servicios de puerto y playa, las operaciones del salvataje, alijo, y las que efectúen los remolcadores, lanchas y demás embarcaciones menores en aguas de jurisdicción uruguaya, quedan **reservados a los buques de bandera nacional**'.*

*Luego, por **art. 309 de la ley 14.106**, de 14 de marzo de 1973 (que el propio M.T.O.P. reivindica en su recurrencia, fs. 785 vta.), se dispuso: 'Agrégase el siguiente inciso al artículo 1º de la ley 12.091, de 5 de enero de 1954:*

*'El Poder Ejecutivo podrá autorizar con carácter de **excepción** en estas*

operaciones, la utilización de embarcaciones de bandera **extranjera cuando no existan disponibles embarcaciones de bandera nacional''**.

Posteriormente se dictó el **decreto nº 326/990**, de 19 de julio de 1990, que dispuso:

'Autorizase, **con carácter de excepción**, a los **buques de bandera extranjera** que arriben al Puerto de Punta del Este, la utilización de sus embarcaciones auxiliares para desembarcar y embarcar pasajeros.

Este **régimen de excepción** se extenderá por el período en que subsista la carencia de embarcaciones de tráfico de bandera nacional que ofrezcan condiciones de capacidad, confort y seguridad que se estimen adecuadas' (fs. 532/534).

Asimismo, en el año 2006, se dicta la **Resolución del Poder Ejecutivo, de 6 de noviembre de 2006**, mediante la cual, el Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros, resolvió:

'Delégase en el Prefecto Nacional Naval, la facultad de autorizar la utilización de embarcaciones de **bandera extranjera, en carácter de excepción, cuando no existan disponibles embarcaciones de bandera nacional**, para la navegación y comercio de

cabotaje entre puertos de la República, así como los servicios de puerto y playa... y las que efectúan remolcadores, lanchas y demás embarcaciones menores en aguas de jurisdicción uruguaya' (fs. 88/90).

*Finalmente, el 21 de junio de 2013, se dicta la **ley n° 19.096**, que dio una nueva redacción al art. 1° de la ley n° 12.091, autorizando la utilización de embarcaciones auxiliares de bandera extranjera del buque, siempre y cuando su número no supere el 50% de las necesarias para dicho transporte. Las demás embarcaciones deberán ser de bandera nacional.*

Conforme el período objeto de reclamo (que llega hasta el verano de 2013), la ley última referida no gravita en punto a la resolución del caso en estudio.

Ahora bien, en lo específico, el M.T.O.P. sostiene que la Sala aplicó erróneamente el régimen jurídico referido, porque la 'excepción de cabotaje' no impone que únicamente puedan operar embarcaciones extranjeras cuando no haya disponibilidad de embarcaciones nacionales, sino que habilita con carácter general tal operativa atento a la insuficiencia de embarcaciones de bandera nacional aptas para prestar dicho servicio.

No compartimos tal

interpretación.

En el enfoque propuesto por el MTOP, la 'excepción' bloquearía la aplicación de la 'regla' prevista en el art. 1º de la ley 12.091, que, a nuestro juicio, consagra una 'reserva legal' (o, por los menos, una 'preferencia') a favor de las embarcaciones de bandera nacional.

En la tesis del demandado, se daría la curiosa situación en la que el mecanismo de la 'excepción' se aplicaría en primer término, por sobre la 'regla'.

En realidad, a nuestro criterio, la premisa más plausible es la inversa: desde el inicio (ley nº 12.091) se consagró una **reserva legal** a favor de las embarcaciones menores de **bandera nacional** y, solo **excepcionalmente**, se autorizó la utilización de embarcaciones de **bandera extranjera cuando no existan disponibles embarcaciones de bandera nacional**.

Esto es:

- Si existen disponibles embarcaciones de bandera nacional, se recurrirá a sus servicios.

- Si no existen o, son insuficientes, se recurrirá o complementará el servicio (dependiendo el caso) con las embarcaciones de bandera extranjera.

En este marco, la 'excepción' de cabotaje a favor de las embarcaciones auxiliares de los cruceros extranjeros, opera después de que se agote el uso de las embarcaciones domésticas.

Desde el inicio este fue el espíritu de la 'norma madre' que rige en la materia (art. 1º de la ley 12.091), posteriormente ratificado por el art. 309 de la ley 14.106, que reguló la 'excepción' de cabotaje exclusivamente para el caso de que 'no existan disponibles embarcaciones de bandera nacional'.

Entonces, la 'excepción' no hace más que confirmar la 'regla': si hay embarcaciones nacionales disponibles, serán ellas -y no las extranjeras- las que habrán de cumplir el servicio de transporte marítimo.

Naturalmente, si no hubiera disponibles embarcaciones locales o, existiendo, no cumplieran con los estándares de confort, calidad y seguridad o, su número fuera insuficiente, entonces las embarcaciones extranjeras tendrán su 'tiempo y espacio' para cumplir la actividad náutica (en forma exclusiva o complementaria, según las circunstancias del momento).

En este contexto, el decreto n° 326/990 no solo no alteró el régimen legal (técnicamente no lo podía hacer), sino que lo ratificó

por completo (como es de presumir que lo hiciera).

Y arribamos a tal conclusión, en base a los siguientes fundamentos:

En **primer lugar**, la actividad reservada por decreto a los buques de bandera extranjera está definida como "excepción", al que seguidamente se agrega que, dicho régimen, 'se extenderá por el período en que subsista la carencia de embarcaciones de tráfico de bandera nacional que ofrezcan condiciones de capacidad, confort y seguridad que se estimen adecuadas'.

Pues bien: ¿qué alcance tiene dicha regulación?

A nuestro juicio, la ya vista.

En efecto, si en un momento dado (durante el lapso que sea), subsistiere la carencia de embarcaciones domésticas, entonces las embarcaciones de bandera foránea podrán libérrimamente cumplir su actividad auxiliar, sin limitación alguna.

Pero de existir un prestatario local que pretende brindar y cubrir el servicio de transporte, es decir, un prestatario que proponga 'absorber' un sector de la 'carencia' de embarcaciones, entonces, en ese preciso momento, es que se activa la 'reserva legal', la que, implícita pero

inequívocamente, persigue priorizar la actividad nacional por sobre la extranjera.

Lo que sucede es que la 'excepción' está supeditada a la condición de que 'subsista la carencia'.

Por lo tanto, si existe una carencia total, entonces también total será el servicio que podrán brindar las naves auxiliares extranjeras.

Pero si existe una carencia parcial, entonces también parcial será el servicio que las embarcaciones foráneas podrán prestar.

Y si una empresa de bandera doméstica pretende que esa carencia parcial, sea aún más parcial, entonces ninguna traba podrá ejercitar la Administración tendiente a limitar la finalidad legal.

Porque la 'excepción' es funcional a la 'carencia': mientras exista 'carencia de servicios locales', la 'excepción' subsistirá.

De ahí que, en el marco normativo incidente, la 'excepción' está destinada -quizás más temprano que tarde- a desaparecer, porque su 'reinado' rige en la medida de que subsista la 'carencia'.

En la regulación legal, la

'carencia' es una situación patológica, no deseada por el Legislador, de ahí que, a su paliativo (intrínsecamente limitado en el tiempo), se lo defina como 'excepción', es decir, mientras subsista la circunstancia que le da sustento y vitalidad.

Una vez que tal sustento desaparezca o, lo que es lo mismo, que un prestatario busque aminorar su impacto, entonces 'la regla de la derecha' estará a su favor, aun cuando su actividad busque impactar mínimamente en el ámbito ejercitado por las embarcaciones extranjeras al amparo de la 'excepción'.

Justamente, dicha 'subsistencia' (parcial o total) no puede mantenerse en el tiempo si hay una empresa de bandera local dispuesta a ofrecer los servicios de transporte.

Porque si hay una 'porción' de la 'excepción' que puede ser absorbida por embarcaciones nacionales, entonces serán estas -y no las foráneas- las que se encarguen de satisfacer las necesidades de transporte.

En **segundo lugar**, aún si subsistiera duda respecto al alcance del decreto, su interpretación habrá de concretarse acorde a lo que establece la ley, porque, en un sistema jerárquico-piramidal como el que rige en nuestro ordenamiento

jurídico, el reglamento se encuentra subordinado a la ley, no solo en punto a su regulación, sino también en su interpretación.

Por eso, ante la duda, habrá de presumirse que el reglamento se ajustó a la letra y al espíritu de la ley.

Y si, como en la especie, la ley n° 12.091 prevé una 'reserva' o 'preferencia' a favor de las embarcaciones locales (entiendo que en este punto no pueden existir diferencias interpretativas), entonces es de presumir que la voluntad reglamentaria se ajustó a dicho paradigma.

En **tercer lugar**, aunada a lo dicho, la temática que plantean las presentes actuaciones debe enfocarse desde una perspectiva de interpretación normativa y armónica.

En el punto, la Corte ha señalado que: 'Para desentrañar el sentido de una norma debe seguirse el procedimiento siguiente: analizar racionalmente la voluntad contenida en ella, poniendo en contacto la norma con todo el contexto normativo, y despreocupándose de si aquella voluntad corresponde o no al pensamiento de sus autores, para añadir, continuando en el análisis de la teoría lógico-sistemática: 'Se llama lógico pues se basa en el análisis racional de la voluntad contenida en la Ley; y se le agrega lo de

sistemático porque se reputa a la Ley como un todo orgánico (sistema)' (Saúl D. Cestau, Contribución al estudio del Derecho Civil Uruguayo, T. I, pág. 156). Y una forma de hacer tal tarea, es partiendo de la base o del principio de que, como norma, no es admisible la contradicción del legislador y de que cada una de sus palabras tiene un sentido y busca una finalidad.

De forma coincidente, en Sentencia No. 338/95 se expresó: 'Una norma, desde el momento en que es sancionada, queda comprendida en un sistema de derecho preexistente, dentro del cual y con el cual debe funcionar sin contradicciones. Y ello es así porque la nueva norma entra en un conglomerado de interacciones con las demás disposiciones del sistema que pasa a integrar (v. SOLER 'La interpretación de la Ley', Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 112).

Si este nuevo sistema (nuevo porque tiene un agregado reciente) tiene que seguir siendo coherente, es necesario revisar muchos otros preceptos que, a pesar de que no son derogados especialmente o expresamente por la nueva norma, son afectados por ella.

Lo que el derecho manda a través de la nueva norma, debe estructurarse dentro de todo el contexto normativo, porque la tarea interpretativa no consiste en una simple acumulación de

preceptos; por el contrario, ellos deben ocupar dentro de la integralidad del contexto normativo su propio lugar, pero respetando las relaciones con los demás preceptos'' (cf. sentencia n° 313/2016).

*En **cuarto lugar** y sin perjuicio de lo expresado, la solución que propugnamos no parte de una simplista jerarquización de una norma de diferente fuente por sobre otras (ley, decreto, actos de delegación, etc.), sino de la armonización de todas ellas, en conjunto; inspirada en el caso -por mandato implícito de la ley- en el principio de protección del trabajo local.*

*En **quinto lugar**, la concreta puesta en marcha del protocolo de actuación y prestación del servicio, conjugando en armonía la actividad de las embarcaciones de nacionalidad doméstica y foránea, es materia propia y privativa de la Administración.*

De ahí que la eventual dificultad para su puesta en marcha (no alegada por el M.T.O.P.), no puede condicionar la interpretación y aplicación del marco normativo que rige en la materia".

En suma, por lo dicho, entendemos que la interpretación impugnada es, dentro de otras posibles, la que más se ajusta a derecho, los que nos conduce a mantener firme la responsabilidad

atribuida al Ministerio enjuiciado.

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA