

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 17 de diciembre de 2025.

No. 719

Ministro redactor: Dr. William Corujo

VISTOS:

Para sentencia definitiva, venida a conocimiento del Máximo Órgano Jurisdiccional en materia Administrativa de la Nación, esta causa: “AA con PODER EJECUTIVO. Acción de Nulidad”. (Ficha No. 556/2021).

RESULTANDO:

I) La parte actora, AA, dedujo pretensión anulatoria contra los Decretos del Poder Ejecutivo N° 114/021 y N° 115/021 de 21 de abril de 2021.

Por Decreto N° 114/02, conforme al acuerdo suscrito por el Estado con la compañía BB (en adelante BB), aprobado por Resolución del Poder Ejecutivo CM/401 de 25 de febrero de 2021, se otorga la administración, ampliación, conservación y explotación de una terminal de Contenedores en el Puerto de Montevideo, en régimen de “puerto libre” a la sociedad CC (en adelante CC), integrada por la Administración Nacional de Puertos (en adelante ANP) y BB.

Por Decreto N° 115/021, se aprueba un nuevo Reglamento General de Atraque de Buques en el Puerto de Montevideo y Régimen de Sanciones por incumplimiento del artículo 22 del Reglamento.

II) Como fundamento de su pretensión anulatoria (fs. 2 a 70 vto. *infolios*) AA representada por el Dr. DD promovió, contra el Poder

Ejecutivo, la acción de nulidad de los actos impugnados antes referidos y solicitó la suspensión provisional de sus efectos.

La solicitud de suspensión provisional de los actos fue denegada por Sentencia No. 405/2024.

A) Legitimación activa:

AA sostuvo que trabaja en los muelles públicos en el Puerto de Montevideo (conocidos en la jerga portuaria como Terminal Multipropósito), siendo titular de permiso y concesión de áreas destinadas y equipadas para depósito y servicio a la mercadería en contenedores.

En este sentido, expresó que es titular de autorizaciones para almacenaje en régimen igualitario con los demás operadores portuarios, es titular de un permiso de ocupación y otro permiso de uso de otra área. Además, es concesionaria de un área destinada y equipada para depósito y servicios a la mercadería en contenedores. Estos permisos y concesiones fueron licitados por la ANP para el uso de contenedores según los pliegos de condiciones, “ordenar la carga de contenedores” y “da un mejor funcionamiento” en muelles públicos, por lo que constituyen instalaciones especializadas a tales efectos. La utilización de estas áreas está ligada a la operación de carga y descarga en los muelles públicos.

En virtud de ello, sostuvo su legitimación como titular de un derecho subjetivo al desarrollo de actividades en condiciones de libre competencia y derecho a subjetivo a realizar actividades empresariales lícitas en condiciones de igualdad, que son vulnerados por los decretos impugnados.

Asimismo, fundó su legitimación activa en su titularidad de un interés legítimo que se manifiesta en la situación frente a la extensión ilegítima del plazo concesional.

En cuanto al daño causado por los decretos, expresó lo siguiente:

La ANP aprobó un Protocolo de Aplicación del artículo 14 del Reglamento de Atraque, que establece el progresivo traslado de los servicios que atiende AA a la terminal de CC, que se efectivizó a partir del 2 de noviembre de 2021, disponiendo que, al Servicio GS1, se le aplicará el artículo 14 del Decreto No. 115/021, al asignar muelle a los buques que lo componen. El denominado Servicio GS1 es un servicio de transporte de mercadería desde que contrataron a AA para atenderlo en la carga y descarga de contenedores en el Puerto de Montevideo desde más de 10 años, y a partir del 1º de noviembre de 2021 ya no pueden elegir el proveedor de operaciones de carga y descarga de contenedores para el servicio, sino que la Administración las obligó a atender sus buques en la terminal de CC.

La transferencia de servicios de transporte marítimo regular desde AA a CC para ser servidas por esta, imposibilitan dar todos los servicios en su conjunto, no solo la carga y descarga de contenedores. Los servicios accesorios en los espacios adjudicados a AA, tampoco podrán ser dados a terceros porque la restricción para la carga y descarga de contenedores ataca a otros operadores. Sin buque que llegue a los muelles públicos, las áreas adjudicadas a AA no podrán ser utilizadas para los servicios previstos por la Administración.

Ello afecta directamente los servicios que presta a los armadores, importadores y exportadores, reduce los ingresos operativos anuales, o puede traducirse en un aumento de tarifas en la medida que los costos fijos se deben distribuir entre menos contenedores movilizados. Asimismo, genera un perjuicio general derivado de la afectación de más de 700 trabajadores.

Las restricciones del Régimen de Gestión de la Terminal que impone impedimento a la utilización de equipamiento especializado y áreas de almacenaje para prestar los servicios de carga y descarga de contenedores, causarán un perjuicio que compromete la viabilidad de AA.

B) Vicios del Decreto No. 114/021:

La accionante sostuvo que el Decreto No. 114/021 padece de los siguientes vicios de legitimidad:

En primer lugar, vulnera el derecho de la accionante a desarrollar una actividad empresarial lícita y prevé una prioridad absoluta -privilegio monopólico- en operaciones de carga y descarga de contenedores en el Puerto de Montevideo a favor de CC, mediante la eliminación de competidores como AA y demás operadores portuarios habilitados, sin contar con Ley basada en el interés general habilitante.

Indicó que la finalidad y motivo del decreto es la eliminación de competencia en los servicios a la mercadería contenerizada, y, en consecuencia, al eliminar la competencia, constituir un monopolio por vía de decreto a favor de CC, otorgándole la exclusividad del mercado de servicios en esa materia sin ley habilitante.

(a) El Decreto No. 114/021 derogó el artículo 3.5 del Decreto No. 137/001, que disponía que la *“Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo”*, disposición que cumplía con el literal D del art. 20 de la Ley N.º 17.243 de creación de CC al disponer *“no se comprometerá restricciones para operar en otros sectores del Puerto de Montevideo”* y el artículo 13 de la Ley de Puertos según la cual la ANP *“velará para que aquellos servicios que se presenten en régimen de libre competencia se*

efectúen en condiciones tales que efectivamente la garanticen (...) En las contrataciones que se lleven a cabo (...) la Administración Nacional de Puertos tomará las medidas jurídicas y prácticas pertinentes a efectos de:
A) Promover el ejercicio de la libre elección de los consumidores.”

(b) El Decreto No. 114/021 creó un régimen privilegiado dentro del Puerto -monopólico- a favor de CC con una interpretación de una norma de menor jerarquía (artículo 72 del Decreto No. 183/994) contra la interpretación correcta y vigente defendida por la Administración durante 30 años y aplicada en Uruguay desde 1994, vulnerando el efecto vinculante de los actos propios. El Decreto No. 183/994 establecía un sistema de organización de operación de los muelles públicos, cuando todos eran operados por la ANP y no existían terminales especializadas, sino instalaciones especializadas, todas públicas y operadas por ANP. Ha habido instalaciones especializadas en la terminal de CC y en los muelles públicos cumpliéndose con el decreto. Dicha disposición nunca fue interpretada en contra del artículo 13 de la Ley de Puertos, como hoy se pretende.

AA sostiene que moviliza por encima del 50% de la carga contenerizada del Puerto, representado el 90% de su actividad, por lo que la aplicación del Decreto lleva al cierre de la actividad de carga y descarga de contenedores de AA.

(c) La cláusula 3.5.2 del Decreto No. 114/021, define como área especializada a la Terminal Especializada, lo que no hacía el artículo 72 del Decreto No. 183/994, e impide a la accionante y cualquier otro operador utilizar equipamiento (incluyendo grúas móviles para contenedores) que pueda dar lugar a una especialización en contenedores fuera de las áreas especializadas. No solo se impide instalar grúas pórtico en los muelles

públicos, sino que se impide tener otros equipos especializados, como las actuales grúas móviles de última generación que AA adquirió con millonarias inversiones. El Decreto elimina el derecho de los operadores portuarios a prestar servicios eficientes y competitivos en lo relacionado a los contenedores, pudiendo hacerlo solo CC. Además, esto impide que la ANP, como parte del Estado, pueda disponer de los equipos especializados en los demás muelles para cumplir el servicio, si la Terminal especializada no lo hiciera, incumpliendo el literal C, artículo 10 de la Ley de Puertos que lo obliga a prestar servicios portuarios en forma directa o indirecta.

No podrá haber operadores habilitados para operar con contenedores fuera de CC, porque no se puede autorizar equipamiento que les permita habilitarse como tales, por lo que el Decreto No. 413/992 pasa a ser letra muerta en cuanto habilita operadores para descarga de contenedores sin necesidad de operar otra mercadería no contenerizada. En los muelles públicos solo podrán operar los operadores que CC autorice utilizando el equipamiento que usa en CC. El único fin de la norma es beneficiar a CC que actuará sin competencia respecto a los buques portacontenedores de gran porte, lo que es un fin ilícito.

(d) La cláusula 3.5.4 del Decreto No. 114/021 constituye una renuncia a la competencia y poder jurídico de otorgar nuevas concesiones, permisos y autorizaciones para la instalación y explotación de una Terminal de Contenedores Especializada durante la vigencia de la concesión de CC, esto es, hasta el año 2081. Las condiciones establecidas para autorizar al Estado a instalar otra terminal especializada, no subsana el defecto porque depende de la voluntad de la empresa interesada, CC, porque puede fijar precios libremente y eso le permite el manejo de su propia capacidad operativa. Esto

viola el literal D del artículo 20 de la Ley N.º 17.243 en tanto establece restricciones para operar en los demás sectores del puerto y el espíritu de la ley según palabras del legislador Senador Atchugarry.

(e) El Decreto No. 114/021 viola el artículo 1º de Ley No. 16.246 que establece que los servicios a la mercadería se prestarán en régimen de libre competencia de empresas habilitadas para ello, mediante autorización de la Administración en las condiciones que determina la reglamentación (artículo 12 del Decreto No. 412/992) en las que se prevé la libre competencia. El decreto impugnado eliminó la prestación de servicios bajo el régimen de libre competencia, vulnerando el derecho de los demás operadores a prestar actividad para la que fueron autorizados (habilitados). Los servicios portuarios son una actividad privada sujeta a la Ley No. 16.246. Dicha ley establece los requisitos y procedimientos que deben cumplir los interesados para habilitarse como empresas prestadoras de servicios portuarios.

Cualquier persona tiene derecho a la habilitación si cumple con los requisitos, porque el régimen legal es de prestación de un servicio privado de interés público, en libre competencia (artículo 4. lit. C del Reglamento de habilitación de empresa prestadora de servicios portuarios, aprobada por Decreto No. 413/992). Las reglas recurren a la categoría de habilitación o autorización, entendida como la autorización para ejercer un derecho preexistente a realizar la actividad, limitándose a remover un obstáculo jurídico al ejercicio legítimo de la actividad.

(f) El Decreto No. 114/021 viola el artículo 20 literal D de la Ley No. 17.243 que previó que la terminal especializada debía competir con los operadores de los muelles públicos. Ello surge del propio artículo que establece que *“no se comprometerá restricciones para operar en otros*

sectores del Puerto de Montevideo”. Ello surge de la voluntad del legislador al dictado de dicha ley recogida en la historia fidedigna de su sanción y luego de su aprobación, según la cual la ley no prevé exclusividad, ni un monopolio, y que se pueden hacer contenedores en los muelles multipropósito en libre concurrencia. También surge del informe del Presidente de la ANP del 30 de octubre del 2000 donde se expresó que existiría competencia en el resto del puerto de Montevideo.

Asimismo, surge de informe del director de jurídica de la ANP de 29 de marzo de 2016, al respecto del artículo 72 del Decreto No. 183/994 indicó que prevé la posibilidad de que los contenedores estén en el área asignada al operador en los casos de embarque, por ejemplo, lo que conlleva la posibilidad de utilización de las áreas públicas en régimen de concesión o permiso o bajo la modalidad del régimen de almacenaje. Agregó que las áreas de operaciones de contenedores están vinculadas al muelle solicitado por los buques. Asimismo, indicó que BB también entendió que la explotación de la Terminal se realizaría en régimen de libre competencia de los demás operadores de los muelles públicos terminal multipropósito, señalando expresamente a AA, como surge del plan de negocios presentado a ANP en abril de 2001. Adicionalmente, en 2020 BB indicó que competía con los muelles públicos conforme a la Ley No. 17.243.

(g) El Decreto No. 114/021 viola la Ley No. 18.159, que establece que todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por la Ley por razones de interés general. En este caso, el artículo 3.5.2 del Decreto, establece que las operaciones de contenedores se concentrarán en las áreas y muelles especializadas, que se pasaron a definir como espacio físico que forma parte

de una terminal especializada, por lo que, no quedan comprendidas las áreas especializadas de muelles públicos y multipropósito que la ANP designó como áreas especializadas para contenedores donde trabajan todos los demás operadores portuarios habitados a prestar servicios.

El decreto establece disposiciones tipificadas como conductas prohibidas en los literales B, C, E, F, artículo 4 de la Ley de Promoción y Defensa de la competencia, como son la “prioridad” de atraque en la Terminal Especializada, la prohibición de otorgar nuevas concesiones, permisos o autorizaciones para instalar o explotar una Terminal Especializada, las concentraciones de operación de contenedores en áreas y muelles especializados entendidos como CC, la prohibición a autorizar grúas pórtico y/o equipamiento que puedan conllevar a una especialización en contenedores fuera de las áreas y muelles especializados.

El reglamento ignora la recomendación de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de 2017 al Poder Ejecutivo y ANP a adecuar la reglamentación en el ámbito portuario a la Ley No. 18.159 de modo de garantizar plenamente que las condiciones de competencia del mercado de servicio de carga y descarga de contenedores en el Puerto aseguren la libertad e igualdad de condiciones de acceso a las empresas.

(h) El artículo 4.3 del Régimen de Gestión del decreto impugnado es contrario al artículo 20 literal C de la Ley No. 17.243, que prevé que se establecerá una tarifa máxima a usuarios y un canon a pagar a la ANP que la reglamentación fijará en ambos casos por contenedores. El decreto impugnado hizo lo contrario: liberó sin límite la gran mayoría de los precios a cobrar por CC Se constituyó un monopolio privado sin control de precios máximos.

La accionante señaló, asimismo, que el Decreto No. 114/021 es ilegítimo en tanto dispone la prórroga del plazo, en contradicción con la disposición legal que confiere el poder jurídico a la Administración, esto es, el artículo 20 de la Ley No. 17.243 que facultó a la ANP a suscribir un contrato por 30 años sin previsión de prórroga.

El Decreto No. 314/017, modificativo del artículo 49 del Decreto 412/992 que habilita a otorgar concesiones por 50 años y extender el plazo, no puede aplicar sobre una norma de mayor jerarquía como es la ley, ni puede alegarse el carácter retroactivo de las reglas sobre la concesión, cuando dicha retroactividad operaría en perjuicio de terceros interesados. La disposición de dicho reglamento está prevista para los casos en que la concesión no tiene plazo regulado. Tampoco habilitan la prórroga las Leyes No. 19.924 y No 19.355 porque requeriría invocar su retroactividad en contra de lo dispuesto por la Constitución de la República y porque no son aplicables al caso porque fueron establecidas *“sin perjuicio las regulaciones específicas”*, que en este caso es el artículo 20 de la Ley No. 17.243.

Finalizado el plazo, solo es admisible la convocatoria de una nueva licitación. Ampliar el plazo de la concesión vulnera el principio de igualdad de oferentes al extenderse una concesión por un plazo mayor al original en contra de la ley que habilitó la concesión, modificando sustancialmente las condiciones originarias y las previstas en el llamado a subasta para adquirir las acciones.

La actora expresó también, que el acto no es idóneo para el fin debido y padece de vicios en su motivación. El fin expresado es la *“necesidad de generar economía de escala que permitan darle competitividad al Puerto de Montevideo y su área de influencia”*. AA señaló que no existieron nuevas

circunstancias que justifiquen la constitución de un monopolio, no se indica los problemas de economía de escala que impiden dar competitividad al Puerto de Montevideo, no se justifica que la forma de generar una economía de escala y que el puerto sea más competitivo sea transferir los clientes de AA a CC, no se explica porque eliminar la competencia interna mejoraría la economía de escala, no se explica por qué hasta ahora CC no ha podido captar nuevos clientes bajando sus precios. La reglamentación debe cumplir con lo establecido en el artículo 7 y 13 de la Ley de Puerto que establecen que se velará para que aquellos servicios que se presten en régimen de libre concurrencia se efectúen en condiciones tales que efectivamente la garanticen, y que en las contrataciones la ANP tomará medidas jurídicas y prácticas pertinentes a efectos de promover el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores, evitar la formación de monopolios de hecho, y evitar la concurrencia desleal.

La finalidad de los Decretos es la constitución de un monopolio a favor de CC, que es lo acordado entre el grupo BB y el Estado uruguayo, su socio en CC, en el Acuerdo de febrero de 2021, como surge de las Actas 1 y 2 del Acuerdo antes referidas, y por tanto es ilegítimo.

Esta finalidad surge de:

(a) Actas de negociación N° 1 y 2 que forman parte del Acuerdo celebrado entre el Estado y las Compañías BB. En el Acta N° 2, las partes pretenden justificar el monopolio reconociendo que la Ley No. 16.246 considera los servicios portuarios actividad privada reglada en principio por el derecho de la competencia, al igual que conforme a las Leyes Nos. 17.243 y 18.159, pero pretenden que estas normas no se apliquen en el ámbito de los servicios de interés económico general “*donde no todas las actividades*

admiten competencia”. También en el Acta N° 2 se dice que “*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*”, AA entendió que esto es el reconocimiento de un acto de competencia desleal que constituye delito o cuasidelito civil, en tanto se admite que uno de los motivos y finalidad de la eliminación de competidores como AA, es obtener más ganancias para CC y sus socios, entre ellos ANP.

(b) Declaraciones de FF en informe realizado a pedido de BB, donde se manifiesta que la extensión de la concesión “*implica sacrificar la competencia*”.

(c) Declaraciones del abogado de BB en publicación en diario El País, donde indicó que para “*sacrificar la competencia*” se requiere ley en sentido formal.

El Decreto viola los derechos constitucionales de libertad de empresa, trabajo y comercio, de igualdad y de propiedad entre otros, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como el artículo 85 de la Constitución. La libre competencia tiene rango constitucional. La constitución de un monopolio de hecho como el de los Decretos impugnados es inconstitucional. Los límites a la libertad de industria y comercio no pueden disponerse por acto administrativo, sino que se requiere una ley sancionada por el Parlamento.

C) Vicios del Decreto No. 115/021:

El artículo 11 del Decreto No. 115/021, soslaya lo dispuesto en los artículos 7, 13 y 23 de la Ley No. 16.246, en tanto otorga absoluta prioridad

monopólica para la asignación de atraque de buques a las Terminales Concesionadas, lo que supone la desviación de buques por parte de los operadores portuarios hacia CC, suprimiendo la libre competencia e impide a los usuarios elegir el operador con el cual deseen cargar y descargar sus buques. El artículo 5.11 del reglamento de atraque anterior, consagraba la libertad del usuario para elegir el lugar de atraque específico. Al ser el Estado socio de CC también es un acto de flagrante competencia desleal al derivar todos los buques portacontenedores a la terminal especializada.

El artículo 11 del decreto establece que el atraque debe ser decretado en los muelles especializados, por lo que los operadores portuarios de los muelles públicos no pueden ofrecer servicios con los clientes (armadores, importadores, exportadores) ni los usuarios (armadores, importadores y exportadores) pueden elegir libremente con quien operar, siendo insostenible que puedan permanecer a la espera de que la Terminal Especializada decida no atender un buque.

El artículo 14 garantiza a la Terminal Especializada, esto es, CC, la prioridad de atraque de buques portacontenedores y que, por un periodo de 24 horas al respectivo decreto, lo que es inadmisibile.

Ambas normas quitan a AA y los demás operadores portuarios habilitados su derecho a prestar servicios a los armadores, en tanto bajo el nuevo régimen de atraque no puede ofrecer servicios en los muelles públicos. Además, como consecuencia restringe o más bien impide, por la vía de los hechos, la prestación de los demás servicios relacionados.

El decreto carece de fundamentación y explicación de los motivos por los que realizó el cambio del Reglamento General de Atraque en aplicación,

en relación a la prioridad de atraque, correspondiendo la nulidad por vicios en los motivos y en la motivación.

Por otro lado, con relación a ambos decretos, la accionante manifestó que contradicen lo resuelto anteriormente por este Tribunal en Sentencia No. 330/2008. Entonces, CC impugnó el acto que dispuso el llamado a licitación pública para una segunda terminal especializada para contenedores en el año 2003, y el TCA rechazó la acción entendiendo que los servicios portuarios se prestan bajo régimen de libre competencia, que ni el artículo 20 de la Ley No. 17.243 ni su decreto reglamentario disponen un apartamiento al principio guía de que la prestación de servicios es en régimen de libre competencia, sino que por el contrario, lo confirman, que nada en la ley impide operar contenedores en el resto del puerto fuera de la terminal especializada, en los muelles públicos o en otras terminales, especializadas o no, y que nada impide autorizar equipamiento especializado, concretamente grúas porticas, en los demás muelles.

Asimismo, el accionante sostuvo que los decretos impugnados contradicen la práctica administrativa pacífica de 30 años desde la aprobación de la ley de puertos hasta la fecha, permitiendo la actuación de todas las terminales especializadas. En este sentido, explicó los procesos administrativos y actos legislativos de los que surge que CC estaba obligada a competir con los operadores en muelles públicos o terminal multipropósito, Licitación Pública N° VIII (1994, N° III/1996, Ley N° 17.243 por la que se adjudicó a CC la explotación de una Terminal Especializada (2000-2001), Licitación pública internacional N° 1/2003, Iniciativa privada de AA (2007), Ley No. 18.530 de 2009. Agregó que cuando se concedieron terminales especializadas para carga no contenerizada se consagró la libre competencia.

Finalmente indicó que los decretos son contrarios a la doctrina en la interpretación del régimen de los servicios portuarios.

En definitiva, solicitó se anulen los actos impugnados dejándose sin efectos los reglamentos, anexos, y todos los demás que deriven de las normas anuladas.

III) El Poder Ejecutivo – Ministerio de Transporte y Obras Públicas, representado por la Dra. GG, contestó la demanda (fs. 85 a 104 *infolios*) solicitando su rechazo y solicitó la citación como tercero coadyuvante a la Administración Nacional de Puertos, HH, II y CC

La demandada sostuvo que existió una legítima actuación de la Administración, ubicada dentro del marco legal habilitante con la competencia para establecer políticas portuarias sectoriales en la material y control de ejecución, en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida por la los artículos 1 y 7 de la Ley No. 16.246 y el artículo 3 del Decreto No. 412/92.

La normativa aplicable establece dos objetivos prioritarios: la eficiencia y competitividad. La competencia en materia de servicios portuarios no constituye una libre competencia plena, sino que se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos principios regulatorios, por lo que el régimen establece lineamientos claros que buscan favorecer el dictado de normas que prioricen la eficiencia y a la competitividad.

La actora intenta hacer creer que se encuentra en la misma posición jurídica que la concesionaria CC, única terminal especializada del Puerto de Montevideo que a la fecha ha invertido más de U\$S 200.000.000 en el Puerto, cuando en realidad es una operadora portuaria que tiene calidad de precaria. Siguiendo lo sostenido por Aparicio Méndez, expresó que la

autorización es precaria, discrecional, su vida depende de la apreciación administrativa de la misma manera que fue ella la que la generó, mientras que la concesión se crea una situación subjetiva que el particular incorpora a su patrimonio.

Indicó que los permisos y/o autorizaciones no generan derecho por su carácter de precario y porque fueron otorgados por ANP sin la aprobación del Poder Ejecutivo como exige el artículo 11 de la Ley No. 16.246, siendo actos de dudosa legalidad. Los actos ilegítimos no generan derechos subjetivos ni intereses legítimos protegidos por el Derecho.

Expresó la aplicación de la teoría del acto propio a la actora, que ha operadora desde sus inicios como un simple operador precario, desarrollando su actividad con permisos revocables, temporales, por lo que no puede arrogarse una condición jurídica o derecho que no tiene, rehén de su desinterés de apostar al desarrollo del Puerto.

Por lo que, siendo operadores portuarios diferentes que cumplen funciones diferentes, no hay competencia en igualdad de condiciones cuando están trabajando en condiciones desiguales, principalmente cuando la actora no asumió carga ni riesgo económico, no tuvo obligación de invertir en infraestructura portuaria, y sus tarifas fueron subsidiadas por ANP.

Manifestó que el artículo 72 del Decreto No. 183/994 no requiere interpretación en tanto surge con claridad que las operaciones de contenedores deben hacerse en la terminal especializada, siendo la única la terminal de CC. El régimen previsto en dicho artículo se justifica por la importancia que tiene una terminal especializada de contenedores para cumplir con el objetivo del artículo 1 de la Ley No. 16.246, esto es, prestar servicios portuarios eficientes y competitivos. La explotación de los muelles

en un esquema multipropósito da paso a ineficiencias y bajas productividades no deseadas y es campo propicio a las interferencias o congestión. Las terminales especializadas se caracterizan por la disminución del tiempo de las operaciones y la disponibilidad de mejores equipos. Las grúas pórtico que utiliza CC tienen un rendimiento mayor a las grúas móviles que utiliza AA, por lo que si pretendemos captar buques portacontenedores de calado 14, lo que no es posible en los muelles públicos por su fundación a 10,50 m y es inconveniente en el Muelle C de 14 que es multipropósito, habrá mayor cantidad de contenedores a movilizar por buque y, por ende, se necesitará operarios con grúas pórtico y modernos equipos para satisfacer la productividad y tiempo que las navieras exigen.

Expresó que no existe una vulneración al principio de igualdad porque AA y CC no están en la misma situación, sino que se previó por vía legislativa soluciones diferentes para situaciones o personas que se encuentran en posición diferente. No se previeron desigualdades arbitrarias, caprichosas e injustificadas. La ANP le otorgó sistemáticamente a AA un tratamiento especial permitiéndole utilizar infraestructura pública a un costo ínfimo sin soportar las cargas legales y económicas correspondientes, colocándole en una posición dominante.

AA se ha beneficiado de las menores tarifas y tratamiento diferencial limitando su actividad a la utilización de los muelles públicos viejos sin utilizar el muelle C o nuevo cuya tarifa de atraque es siete veces mayor que los muelles viejos, y sin obligación de invertir en infraestructura. Esto coloca a la actora en lugar de preferencia en cuanto a las tarifas, lo que atrae a las navieras a atracar en el muelle público viejo y no en la terminal especializada, erosionando la ecuación económica del contrato de concesión.

Qué sentido tendría ser concesionario de la terminal especializada, si puede operar sin necesidad de invertir más que lo básico necesario para desarrollar su actividad obteniendo solo ganancias, sin asumir riesgos ni obligaciones. Por esta razón, AA no se presentó en las subastas para ser concesionario, porque económicamente no le resulta atractivo.

En cuanto al plazo de concesión expresó que la Ley No. 16.246 otorga al Poder Ejecutivo la potestad para establecer la política portuaria y sus decretos reglamentarios. Dicha ley estableció en su artículo 11 y 12 que el plazo para las concesiones permisos o autorizaciones debe ser “determinado”, mientras que el Decreto Reglamentario No. 412/992, artículo 49, establece que el plazo de concesión no podrá excederse más de 30 años pudiendo prorrogarse por decisión del Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la Administración Portuaria. Asimismo, el Decreto No. 314/017 que la actora no impugnó y las leyes No. 19.355 y 19.924, habilitan la prórroga del plazo.

La ley mencionada por la actora como la específica para el caso (Ley No. 17.243) no lo es; la norma especial es la Ley No. 16.246, por lo que no puede decirse que no es aplicable al caso. La extensión del plazo es razonable y lógica en virtud de las grandes inversiones que requieren un plazo de duración que permita cubrir la inversión, las cargas de capital, amortización e intereses, los gastos de explotación.

Asimismo, rechazó las alegaciones de la actora sobre la falta de motivación del acto. El dictado de los impugnados obedece al cumplimiento del objetivo establecido en el artículo 1 de la Ley de Puertos, cuyo fin es prestar servicios eficientes y competitivos. Adicionalmente, es un

reglamento de ejecución que tiene como motivo y fin el cumplimiento de la ley.

IV) Por Decreto No. 702/2022 (fs. 106 *infolios*) se tiene por contestada la demanda y se da noticia del pleito a los terceros denunciados.

Tercería coadyuvante de Administración Nacional de Puertos. (fs. 111 a 113 *infolios*).

La ANP representada por Dra. KK, contestó la noticia de su citación como tercera coadyuvante otorgada por Decreto No. 707/2022.

Solicitó se confirme la validez de los actos impugnado, y en fundamento expresó que los decretos son reglamentos de ejecución dictados en el ejercicio de la potestad otorgada por el artículo 7 de la Ley No. 16.246 que estableció al Poder Ejecutivo el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución.

Tercería coadyuvante CC, HH, II (fs. 132 a 205 vto. *infolios*).

CC, HH, II, (en adelante tercerista) representadas por el Dr. LL, dedujeron tercería coadyuvante con la Administración.

Expresaron que CC es una sociedad privada de economía mixta constituida al amparo del artículo 20 de la Ley No. 17.243, de 29 de junio de 2000 cuyas acciones pertenecen en un 20% a la ANP y en un 80% a HH sociedad uruguaya cuyas acciones pertenecen a BB, uno de los inversores extranjeros más importantes del país.

En 1997, la República y la Unión Económica Belgo Luxemburguesa suscribió el Acuerdo en Materia de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante API), que tiene naturaleza jurídica equivalente a un tratado. Ello posibilitó que en 2001 BB se embarcara a realizar una terminal.

CC se constituyó con el objeto de construir y explotar una terminal especializada de contenedores en el puerto de Montevideo. La creación de dicha terminal era imprescindible para cumplir con el objetivo descrito en el artículo 1 de la Ley No. 16.246, según el Plan Maestro de la consultora MM. El informe final de rectificación del Plan Maestro a cargo de la consultora NN de 1999 ratificó la importancia de la terminal especializada de contenedores para cumplir los objetivos mencionados, pero advirtió que para atraer inversores se le debía asegurar un régimen prioritario, la construcción de una sola terminal.

En virtud de ello, el artículo 20 de la Ley No. 17.243 previó la creación de una sola terminal especializada de contenedores. A las potenciales inversiones se les entregó el Plano Maestro MM, la rectificación de NN, las normas más relevantes en que estaba el Decreto No. 183/994 que aseguraba el régimen prioritario, y las demás normas portuarias sobre la asignación de áreas que luego fueron desconocidas por la Administración. Todo lo anterior quedó reflejado en el Decreto No. 137/001.

Culminada la inversión millonaria en obras y equipamiento por parte de CC, el gobierno de la época aprobó la Ley No. 18.530 por la que se posibilitó un llamado para la construcción y explotación de una segunda terminal especializada de contenedores puramente privada, lo que implicó un incumplimiento de la información dada a los inversores para la subasta, el Decreto No. 137/001 y su remisión al Decreto No. 183/994 que aseguró un trato prioritario para las instalaciones especializadas de contenedores. El contrato de gestión consideró el documento complementario y sus anexos como parte integrante del contrato. El desconocimiento de lo establecido en

el artículo 72 del Decreto No. 183/994 configura un incumplimiento contractual y afectación de una inversión extranjera.

Ante dicho incumplimiento del APRI, en 2009 BB promovió el procedimiento de resolución de disputas dispuesto en el acuerdo. El problema se resolvió porque la subasta se frustró por falta de oferentes, quedando en evidencia que no había espacio para dos terminales especializadas de contenedores. AA no se presentó.

Frustrada la subasta, la Administración derivó carga de contenedores de la terminal especializada a muelles públicos a ser atendida por AA, violando lo dispuesto por el artículo 92 del Decreto No. 183/994, y la terminal especializada que atendía el 70% de los movimientos redujo sus servicios al 35%, en tanto el 65% tuvo por destino los muelles multipropósitos en beneficio de AA. Además, ello implicó que CC no pudiera cumplir con los volúmenes de operación que estaba obligada por contrato, generando multas con amenazas de pérdida de la concesión.

Ante este nuevo incumplimiento contractual, en 2019 BB inició por segunda vez el procedimiento internacional de resolución de disputas previstos en el APRI, por incumplimiento del tratado y un reclamo por un monto de U\$S 1.500.000, que finalizó con el acuerdo aprobado por el Poder Ejecutivo en 2021, ejecutados por los Decretos impugnados que ratifican las normas vigentes, como el Decreto No. 183/994 que no fue impugnado.

En cuanto a los agravios esgrimidos por la accionante, la tercerista expresó:

Los decretos impugnados no crean un monopolio, sino que recogen la preferencia de atraque de una instalación especializada de la operación de contenedores como establece el artículo 72 del Decreto No. 183/994, que

nunca fue impugnado y surge referida por el Decreto No. 137/001. Los decretos impugnados no innovan, se limitan a reiterar lo que estaba vigente, y que se estaba incumpliendo por la Administración.

El artículo 72 del Decreto No. 183/994 es el texto que otorga prioridad de atraque, es decir, que la operación de contenedores debe hacerse en una instalación especializada (muelle y por ende terminal especializados). Ello tampoco es innovador porque el Reglamento de Atraque vigente en el periodo 1993-2001 ya establecía un régimen de prioridades, por orden de arribo en rada, dispuesto un año después de la Ley No. 16.246.

Para la operación de contenedores, la única terminal especializada es la de CC, por lo que, en ella es que deben efectuarse las operaciones de contenedores en los puertos de Montevideo, solo en forma excepcional se puede operar con contenedores fuera de la terminal de CC.

El artículo 72 no impone derechos exclusivos en favor de CC, sino que estatuye que la operativa de contenedores debe hacerse en instalaciones especializadas, estableciendo una prioridad de atraque.

El artículo 21 de la Ley No. 16.246, establece que los servicios allí mencionados se desarrollarán bajo las normas organizativas de dichos puertos y su reglamentación. La libre concurrencia se realizará en el marco de las normas organizativas.

La tercerista indicó que el informe de la Gerencia del Área Jurídico Notarial de la ANP No. 357/2019, de 20 de setiembre de 2019, que es fundamento a la Resolución del Directorio de la ANP No. 663/4002, de 2 de octubre de 2019, padeció de los siguientes errores: (1) erró en la referencia al número de decreto, (2) no es correcto que el almacenaje constituya título habilitante para el uso de un espacio portuario, como sí lo son la concesión,

el permiso o la autorización conforme el Capítulo IV de la Ley No. 16.246, (3) los buques no pueden eludir el uso de la terminal especializada ni las normas de organización del Puerto, la operación de contenedores debe efectuarse en la terminal especializadas, ni los mandos de los buques, ni los operadores habilitados, ni la autoridad portuaria pueden elegir el lugar de carga y descarga de contenedores fuera del marco del artículo 72.

El Decreto No. 114/021 previo las condiciones objetivas para comprobar la desaparición de las actuales condiciones de hecho de la operación de la terminal de contenedores, de tal forma que se pueda proceder a hacer un llamado a la licitación internacional para la instalación de una nueva terminal especializada.

Las áreas específicas para la operación de contenedores en el Puerto de Montevideo, para la carga y descarga de contenedores, es la terminal concesionada a CC. Las áreas destinadas para el almacenaje, consolidación y desconsolidación de contenedores son las concesionadas o permisarias de conformidad con el marco normativo portuario.

Sostuvo que el informe de Gerencia del Área Jurídico Notarial en informe No. 357/2019, de 20 de setiembre de 2019, padeció error. La actividad portuaria es de interés público y ello justifica que puede existir un régimen preferente para ciertas infraestructuras como la del caso, lo que se prevé en el artículo 7 de la Ley No. 16.246 que admite el principio de la prioridad en aquellos casos en que se imponga establecer especialización, en atención a la prioridad de la política portuaria.

Indicó que AA ejerce un monopolio de hecho en el uso de muelles en mano de agentes privados, que la Ley No. 16.246 procura evitar, y sostuvo que no tiene título habilitante.

A partir del 2000 y hasta el 2007, AA hizo uso de los espacios públicos del recinto portuario en aplicación de permisos, regularmente otorgados por ANP según el art. 39, inciso 5 del Decreto No. 412/992, otorgados por la Resolución del Poder Ejecutivo, en aplicación del artículo 11 literal B de Ley No. 16.246.

En 2007 se descalificó a AA en el proceso licitatorio y perdió las áreas que controlaba con carácter de permisario por su conducta, y la Comisión Asesora recomendó otorgar las áreas a los concurrentes HH y OO. Catorce meses después, la ANP revocó el otorgamiento por cambio en las condiciones económicas, declaró frustrada la licitación y permitió a AA continuar en el uso de las áreas otorgadas mediante el pago de un canon inferior al canon ofertado por las empresas a las que les revocaron la asignación. La ANP no volvió a realizar llamados públicos a fin de renovar los permisos de AA y no volvieron a contar con la intervención perceptiva del Poder Ejecutivo.

Expresó que accedió a más de 40 expedientes de los que surgen que (a) AA utiliza espacio públicos otorgados sin título legalmente habilitante, y en contraprestación de un precio que encierra un subsidio de ANP en beneficio de AA, (b) AA utiliza espacios públicos sin la preceptiva intervención del Poder Ejecutivo y sin resolución de Gerencia, Directorio o Presidencia, (c) la utilización de los espacios públicos implica una consagración de ANP de un régimen de titularidad de un tarifario de prestación de servicios por parte de la ANP a operadores portuarios, (d) el 9 de setiembre de 2013, la ANP admitió que no existían a la fecha concesiones y/o permisos otorgados a AA.

Asimismo, el tercerista indicó otras situaciones que a su entender dan luz del monopolio ejercido por AA, y ha intentado equiparar su actividad portuaria a la de CC sin el compromiso inversor en utilización irregular de los espacios públicos y beneficiándose de subsidios que la ANP otorga, en desmedro de otros operadores portuarios. Asimismo, indicó que se hizo un uso abusivo de mecanismos temporales a fin de compensar la falta de título legal habilitante, lo que es una forma oblicua de desplazar a terceros oferentes y operadores, estableciendo un monopolio de hecho de la empresa sobre los muelles públicos, complementado por la operación de grúa Liebherr en el Muelle C y su solicitud de utilización del Edificio Causa.

En expediente No. 131255, la División de Desarrollo Comercial del 10 de setiembre de 2013 informó que no existen contratos por concesiones y/o permisos otorgados a AA

Los únicos títulos de uso de las áreas portuarias es la concesión, el permiso y la autorización, conforme el artículo 11, literal B, de la Ley No. 16.246. El “*almacenaje*” no es un título para el uso de áreas portuarias como dice AA. El artículo citado trata de la habilitación administrativamente dispuesta de servicios a prestar, en función del título de uso de los espacios. No cualquier operador puede prestar servicios en libre competencia con otros sin importar la modalidad del contrato de uso de los espacios portuarios.

Citando a Risso Ferrand, expresó que la libre competencia, justa y leal, se mantiene, pero solo entre terminales o concesionarios que estén en la misma situación jurídica y fáctica. Pero empresas que perdieron o no se presentaron a los procedimientos competitivos no pueden ahora pretender competir con los concesionarios triunfadores en dichos procesos, pues si se

admitiera esto habría una irregularidad y estas firmas obtendrían enormes ventajas sobre quienes se presentaron y tuvieron éxito. A tal punto se llegaría, que esta últimas, las adjudicatarias, no podrían competir con las perdidosas o las que no se presentaron. Si se admitiera la posición de AA se llegaría a la conclusión de que (a) cuanto menos invierta y se obligue una empresa será mejor, pues no hará inversiones y tendrá mejores condiciones (b) no es necesario licitar y tener concesiones porque quienes no se presenten o pierdan podrían reclamar los mismos derechos de quienes ganaron, pero sin incumplir obligaciones. No existe monopolio, CC ocupa un lugar en base a un procedimiento competitivo y público.

La tercerista sostuvo que, a la luz de las siguientes normas, alineadas a los principios de la Ley No. 16.246 se entiende la cristalinidad del artículo 72 del Decreto No. 183/994:

El artículo 18 del Reglamento No. 412/992, reputa a las grúas situadas sobre rieles de forma permanente como instalaciones fijas que forman parte del mismo inmueble por accesión, disponibles en beneficio de ANP para su gestión directa o indirectamente por empresas privadas o mixtas de derecho privado en régimen de concesión, a diferencia de las grúas que no constituyan instalaciones fijas que podrán serlo por régimen de autorización.

El artículo 28 del Decreto No. 183/994, reglamenta los términos de la prioridad y la especialización de los muelles portuarios, de conformidad con el marco legal y reglamentario vigente. Muelle preferencial o prioritario es aquél a que tiene derecho de escala un buque, siempre y en la primera ocasión en que sea posible, por causas derivadas de la organización del puerto, su zonificación o especialización o de las características del buque o

la carga. El derecho de preferencia no significará, en ningún caso, derecho exclusivo al muelle.

No es cierto que los armadores navieros importadores y exportadores tengan derecho a elección dentro del Puerto de Montevideo, como la elección al muro de atraque. El artículo 36 del Decreto No. 183/994 establece que los usuarios del puerto, especialmente los capitanes de buques tienen la responsabilidad de cumplir con las normas vigentes al momento de usar las instalaciones y que la solicitud de muros a fin de atracar de armados y agentes significa la aceptación de las normas al momento del acto, por lo que los capitanes y armadores no tienen libertad de atraque en desconocimiento de las normas.

La Ley No. 16.246 le otorga al Capitán del Puerto de Montevideo la autoridad para coordinar todas las actividades del puerto como órgano desconcentrado de la ANP, y el artículo 39 inciso 2 del Reglamento establece que específicamente, para lograr la mayor eficiencia le corresponderá coordinar las actividades, la zonificación y especialización de los muelles y tráfico portuario emitiendo directas que correspondan, supervisar las obligaciones relativas a la actividad en concesiones, autorizaciones y permisos, siendo estas las modalidades consagradas para la utilización de los espacios portuarios.

El artículo 86 del Reglamento No. 183/994 prevé la posibilidad de otorgar una concesión o permiso a terceros para el establecimiento de una terminal de manipuleo de carga general para graneles dentro del área portuaria estableciendo que la misma deberá incluir el uso preferencial del muelle y explanada y depósitos. De ello surge que el contenido de una

terminal especializada es el uso preferencial de uno o más muelles, explanada y depósitos de tránsito.

La actora entiende que el Decreto No. 57/994, que aprobó el Régimen General de los Servicios Portuarios, consagra en sus considerandos el principio de libertad de actuación de las personas y subsidiariamente de la prestación estatal de servicios portuarios en libre competencia. El Poder Ejecutivo, entendió coincidente a dichos considerandos sus artículos 13, 15, 16, 18 y 19 que prevén (a) que los servicios de estiba, desestiba, carga, descarga, movilización de bultos, manipulación, reembarque, remoción, trasbordo, complementación y alijo se cumplirá por empresas privadas en régimen de autorización, (b) los servicios de manipuleo y transporte interno en terminales especializadas de carga de propiedad pública gestionadas por la ANP será prestada por ANP o empresas privadas mediante autorización, (c) ANP puede disponer esas terminales especializadas a empresas privadas mediante concesión, (d) servicios de depósito o almacenamiento en régimen de autorización o concesión o permiso para el caso de utilización privativa de bienes del dominio público o fiscal portuario, (e) las grúas que no constituyan instalaciones fijas podrán operarse por empresas privadas habilitadas en régimen de autorización, (f) la utilización u ocupación privada del Dominio Público Portuario Estatal para la prestación de algunos servicios requerirá concesión o permiso.

Manifestó que los Decretos impugnados no vulneran el literal D del artículo 20 de la Ley No. 17.243. La disposición de prioridad de atraque en la terminal especializada no es una restricción prohibida por la Ley.

Indicó que la interpretación de AA -los decretos violan la referida Ley porque comprende restricciones para operar en otros sectores del Puerto-

implicaría sostener que a partir de la Ley toda la actividad en sectores del Puerto que no sea la terminal de contenedores, queda sin regulación, y no habría restricción para operar.

De entenderse de ese modo, ANP, por sí o a través de terceros concesionarios, permisarios o autorizados, en libre competencia sin ningún tipo de límites ni reglamentación alguna.

Esto sería violatorio del principio de igualdad porque obligando a competir a quien se obliga a invertir y asume obligaciones con otras empresas a las que no se les exige nada o prácticamente nada. La competencia sería salvaje e injusta con el cesionario. CC debería efectuar una multimillonaria inversión y ser fuertemente regulado para operar en la terminal, y en el resto del puerto no habría restricciones para operar.

No sería razonable interpretar que cualquier operador portuario autorizado pudiera prestar cualquier tipo de servicio portuario, incluida la actividad con contenedores en otro sector del Puerto de Montevideo fuera de la terminal especializada, sin ningún tipo de regulación. No puede interpretarse que el literal D habilita una competencia injusta entre empresas que por decisión estatal están en situaciones jurídicas y fácticas distintas.

Asimismo, implicaría contradecir el artículo 10 de la Ley No. 16.246 que establece que es cometido de ANP prestar servicios portuarios en forma directa o indirecta cuando así lo determine el Poder Ejecutivo.

El tercerista sostuvo que, como surge del acápite del artículo 20 de la Ley No. 17.243, los literales, incluido el D, aplican a las partes del Acuerdo, esto es, CC y ANP, no a terceros, porque no puede significar una desregulación de la actividad portuaria en los demás puertos fuera de la terminal.

Sostuvo que el literal D, al disponer *“no se comprometerá restricciones para operar en otros sectores del Puerto de Montevideo”* quiere decir (a) CC, al vender paquetes de servicios a sus clientes, no puede imponerles restricciones para operar en el resto de puerto de Montevideo, con el fin de evitar que la posición de operador de un área portuaria especializada pudiera derivar hacia un monopolio de hecho. (b) la empresa y ANP pueden prestar servicios portuarios fuera de la terminal especializada cumpliendo con las exigencias para ello, es decir que CC obtenga habilitaciones y que ANP solo puede operar con contenedores cuando lo disponga el Poder Ejecutivo o mediante concesiones o permisos a terceros fuera de la terminal especializada en los casos excepcionales previsto por el art. 72 del Decreto No. 183/994.

Los CC, ANP y los terceros están facultados a operar en el resto del puerto de Montevideo cumpliendo con toda la normativa portuaria, esto es, el artículo 72 del Decreto No. 183/994.

Se puede interpretar razonablemente que se dispone que la operativa de CC no puede afectar, perjudicar o restringir otras actividades en otros sectores: el movimiento de buques y contenedores, no puede perjudicar a otros sectores, sino que deben actuar en forma independiente.

Afirmó que los Decretos no vulneran el literal A del artículo 20 de la Ley No. 17.243. La posibilidad de prórroga está prevista en los Decretos reglamentarios Nos. 317/001 (art. 7) y 412/992 (literal B) que no fueron impugnados por AA, y en la Ley No. 19.355 (art. 377) que faculta la prórroga de las concesiones que afectan un espacio territorial del recinto portuario otorgadas al amparo de la Ley No. 16.246 por Resolución del Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la ANP y dando cumplimiento a los

requisitos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo. En el caso estamos antes una concesión de un espacio territorial del recinto portuario por lo que se puede proceder a la prórroga de la concesión en caso de cumplirse los requisitos exigido en los dos numerales indicados. Si alguna duda cupiese en relación a la aplicación del artículo 337, se aplica lo dispuesto en el artículo 332 de la Ley No. 19.924 ley interpretativa y por ello obligatoria.

Señaló que los Decretos no vulneran el literal C del artículo 20 de la Ley No. 17.243.

No se aplica el artículo 51 de la Constitución que exige la homologación del Estado de las tarifas de servicios públicos a cargo de las empresas concesionarias, porque CC no presta un servicio público, sino que presta una actividad privada por lo que no exige la homologación de las tarifas. La actividad portuaria es una actividad privada de interés público (Ley No. 16.246), que la pueden prestar los privados con fuerte regulación (art. 9 de Ley No. 16.246), así como la ANP de forma directa empleando los propios servicios de la ANP con sus funcionarios, a través de contratos de arrendamiento de servicio (artículo 11 literal B numeral 2 de Ley No. 16.246) y de modo indirecto, mediante concesiones, permisos o autorizaciones (artículo 11, literal B, numeral 1 de Ley No. 16.246). Estas tres figuras son tipos del género concesión, en tanto el término “autorización” está tomado en el sentido de Méndez, y no en el de Sayagués Laso.

Tales concesiones, permisos o autorizaciones se requieren para prestar servicios de competencia de la ANP, así como para el uso de bienes portuarios y construir obras en los bienes portuario necesarias para cumplir

las actividades practicadas en esos bienes (artículo 11 de la Ley No. 16.246). Además, dicho artículo faculta a la ANP a asociarse con capitales privados para prestar servicios portuarios. Por tanto, la actividad de CC no constituye una prestación indirecta de servicios de ANP, sino que es una sociedad de derecho privado con participación de ANP que ejercer una actividad privada que no requiere concesión de tipo alguno. (artículo 11 literal C). La concesión existente es para el uso de bienes portuarios y para la construcción de las obras (literal b). El contrato entre CC y la ANP es un contrato de concesión de obra pública, y luego de la construcción de la terminal se otorga al concesionario el uso de la obra construida y los poderes necesarios a fin de administrar y explotar la terminal. La actividad que desarrolla el concesionario como retribución de la obra es privada, no es una prestación de servicios indirectos por parte de ANP, sino una actividad que se ejerce por derecho propio. Por lo tanto, no hay una concesión de servicios públicos y por tanto no aplica el artículo 51 de la Constitución que exige la homologación del Estado de las tarifas de servicios públicos a cargo de las empresas concesionarias.

El artículo 4.13 del Decreto impugnado no innova las disposiciones del Decreto 137/001 reglamentario del artículo 20 literal C de la Ley No. 17.243 que establece que CC como contratista cobrará libremente por los servicios que preste a los usuarios según la estructura de precios y valores máximos que el Decreto establece en su Anexo G y autoriza al contratista a prestar todos los demás servicios necesarios para la atención a los contenedores como servicios a la mercadería y logísticos a un precio de mercado y publicitados. El cuadro tarifario incluido en el Anexo G no

establece limite a la liberación o fijación máxima de precios, competencia reservada al Poder Ejecutivo artículo 7 de Ley No. 16.246.

El decreto impugnado liberó cuatro precios máximos fijados que corresponden a servicios brindados a los buques. Del listado de nuevos precios resulta que seis tipos de servicios tienen precios máximos y 10 son libres, en razón del imperio comercial de la posición dominante que sobre los servicios a los buques imponen la línea naviera. No es cierto que como dice la actora son dos los precios máximos fijados y que se aumentaron, sino que son seis y no se aumentaron, sino que corresponden a los valores vigentes de acuerdo a la actualización por paramétrica prevista en el Decreto No. 137/001 que el impugnado mantiene.

AA se beneficia de externalidades puestas a su disposición por ANP pese a no contar con infraestructura de terminal especializada, no contar con contrato de concesión en relación a la mayor parte de la superficie que en los hechos controla, ni contar con permisos regularmente tramitados, sin las restricciones que impone el Anexo G. Al respecto indicó que AA cobra la tasa PBIP pero cubre los costos de cumplir con las exigencias que justifican dicha tasa utilizando las instalaciones y personal de ANP. Según su tarifario publicado en la página web AA brinda 48 servicios por oposición a los 16 incluidos en el Anexo G y lo hace sin nada que le impida ampliar el número ni limitar los precios que por ello perciba.

No es cierto que los precios se fijen de forma unilateral y sin restricciones como establece el actor. Conforme establece el artículo 7 de la Ley No. 16.246 el Poder Ejecutivo tiene el derecho a fijar tarifas máximas para los servicios portuarios en cualquier momento de la vida de la concesión o permiso. El Contrato de Gestión firmado entre CC y el Estado establece un

diseño de contralor que obliga a CC a presentar un informe comercial anula, presentar un plan quinquenal de inversión dedicado a la política tarifaria que debe ser aprobado por ANP. ANP mantiene sus potestades de contralor que incluyen la posibilidad de multar, advertir, establecer máximos tarifarios, prohibir actividades y retirar la concesión a la empresa.

No es cierto que la instalación de una segunda terminal especializada es imposible porque ello depende de la decisión de CC quien puede regular su ocupación en base a precio de tarifas, porque existen compromisos de cumplimiento de volúmenes mínimos de operación de contenedores, pago de canon y obligación reglamentariamente impuesta de atención a todos los requerimientos de carga, consagrados en marco normativo y Contrato de Gestión.

No es cierto que el Acuerdo en ejecución fue dictado el Decreto No. 114/021 no garantiza la rebaja sustancial de tarifas y precios. El 1º de enero de 2022 entró en vigencia la rebaja de precios comprometida, abarcando la Tasa Logística, la PBIP que pasaron de un valor de U\$S 204 Y U\$S 101 a 172 Y U\$S 85, lo que tuvo directo impacto en cargas refrigeradas de carne y citrus y exportación de mercaderías peligrosas. Hubo una reducción de las tarifas en el entorno del 30% global.

El cargo por muellaje correspondiente a atraque de buques en los muelles públicos está fijado en U\$S 0,52 por metro, eslora y hora, que es donde opera AA. En cambio, ANP le determina a CC un cargo por muelle equivalente a U\$S 5 por metro, eslora hora cifra determinada por la amortización de las inversiones requeridas por las obras de la terminal y prácticamente nulo retorno para el concesionario.

Existe un trato discriminatorio en tanto AA se beneficia de una tarifa de muellaje casi diez veces inferior de la de su competidor sin tener que afrontar cargo alguno por mantenimiento del espacio que ocupa, o de dragado de los canales a través de los cuales llega su negocio y beneficiándose de la ocupación de espacios públicos sin título habilitante y a precios de subsidio. Además, CC tiene que cumplir con volúmenes de operación pactados con la ANP so pena de incurrir en cuantiosas multas que llevan al organismo a ser un socio que gana si el emprendimiento del que es parte atrae negocios, como si lo hace el de su competidor.

La habilitación genérica para brindar servicios portuarios que cuenta AA no basta para operar contenedores.

Para prestar servicios portuarios los particulares requieren una habilitación de ANP con aprobación del Poder Ejecutivo conforme el artículo 14 y siguientes del Decreto No. 413/992, esto es, habilitación de empresa prestadora de servicios portuarios. Esta habilitación se identifica con la definición de autorización de Sayagués Laso como acto de la Administración que habilita a una persona para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente.

Otra situación distinta es la prevista como autorización en el artículo 11 literal b numeral 1 de la Ley No. 16.246 que está tomada en el sentido de Méndez como un tipo de concesión. Este artículo prevé tres tipos de concesión, en sentido estricto, permiso y autorización, siendo actos administrativos habilitantes que se requieren para presentar un servicio competencia de la ANP o a hacer uso de un bien portuario de propiedad de la ANP, o realizar construcciones en dichos bienes en caso de concesión de una obra pública.

La habilitación de empresa prestador de servicios portuarios prevista en el artículo 14 del Decreto No. 413/992, remueve el obstáculo jurídico para ejercer el derecho preexistente de ejercer una actividad privada a ser ejercida por un particular, tal habilitación se justifica porque es de interés público y está destinada a comprobar que la empresa está en condiciones de cumplir adecuadamente la actividad. Pero ello no basta para poder ejercer la actividad, se requiere además inscripción es registros, y para prestar la actividad se requiere el uso de un bien estatal, por lo que se requiere una concesión en el sentido estricto, un permiso o una autorización conforme establece el artículo 11 literal b numeral 1 de la Ley No. 16.246, artículo 12 de esa Ley y artículo 40 y siguientes del Decreto No. 412/992. La habilitación como prestador de servicios portuarios no confiere derecho a la provisión de espacios portuarios.

No se requiere concesión en sentido estricto, permiso o autorización para prestar el servicio, porque no se trata de la prestación de un servicio indirecto por parte de la ANP. Pero sí se quiere para acceder al uso de los bienes portuarios.

La concesión se requiere cuando se realicen nuevas obras que impliquen la prestación de nuevos servicios o la ampliación de los existentes (artículo 12 de la Ley No. 16.246). Además, se requiere licitación pública (artículo 44 y siguientes del Decreto No. 412/992).

Los permisos se otorgan cuando no es necesaria la concesión (art. 39 del Decreto No. 412/992) previo al otorgamiento se debe dar publicidad a la solicitud (artículo 51 del Decreto No. 412/992) por si hay interesados.

La autorización es una figura residual que proceden cuando no corresponden las otras y es de menor duración (artículo 53 del Decreto No. 412/992).

La habilitación genérica para brindar servicios portuarios que cuenta AA, no basta para operar contenedores como lo estableció el TCA en Sentencia No. 352/2021. El almacenaje es un régimen tarifario relativo a servicios brindados por la ANP regido por Decreto No. 482/008 que por imperio legal no es título habilitante para el uso de bienes portuarios, para el cual se requiere concesión, permiso o la autorización. AA, ocupó y ocupa una superficie del área portuaria pública sin título habilitante legal sin la aprobación preceptiva del Poder Ejecutivo, sin haber acudido a procedimiento competitivo y sin publicidad previa que la normativa dispone.

El otorgamiento de espacios para operar con contenedores - almacenarlos, repararlos, refrigerarlos, lavarlos- no incluye derecho al atraque, el cual se encuentra regulado por el Decreto No. 138/994.

No es cierto que el “servicio de almacenaje” es un sistema que el Poder Ejecutivo estableció para el mejor aprovechamiento del espacio portuario que supone una autorización del Poder Ejecutivo a favor de la ANP para disponer el uso de espacios y renovar los plazos. La Ley No. 16.246 no emplea la palabra “almacenaje” y una sola vez al verbo almacenar referido a las tres modalidades de gestión. El Decreto reglamentario de dicha ley, Decreto No. 412/992 se refiere solo una vez a “almacenaje” para describir el régimen que regula el ingreso de mercadería nacional o nacionalizada al recinto portuario. Los artículos 39 y 54 del Decreto refiere a la concesión, permisos o autorizaciones de uso del dominio público o fiscal portuario estatal, no refiere al almacenaje.

El servicio de almacenaje (sin movilización, recepción ni entrega) es prestado por la ANP, la que cobra, de acuerdo a la normativa reseñada, una tarifa como contraprestación (Decreto No. 338/016). El operador intermediario, en este caso AA debe recurrir al sistema legal del permiso para contratar el uso de un espacio portuario desde el que presta servicios a su cliente, conforme a la triada de sistemas prevista por la Ley No. 16.246 abonando el canon correspondiente. El artículo 16 del Decreto No. 57/994 dispone que los servicios a la mercadería, servicios de depósito y de almacenamiento serán cumplidos por empresas privadas en régimen de autorización debiendo otorgarse una concesión o permiso en su caso para la ocupación y utilización privativa de bienes de dominio público o fiscal. Asimismo, establece que cuando las instalaciones de depósito o almacenamiento de la ANP no estén concesionadas o permisadas, esta prestará los servicios en forma directa por si o mediante contrato para la ejecución del servicio con empresas privadas. La tercerista se pregunta dónde está el contrato de ejecución entre ANP y AA

Por reclamo de CC, la Presidencia del Directorio de la ANP encomendó a la División Auditoría Interna el relevamiento de procedimientos de control de áreas públicas de los Recintos Portuarios administrados por esta ANP y realización de eventuales propuestas de mejoramiento. El informe llegó a seis conclusiones: (a) no existía delimitación de las áreas (b) no existía trazabilidad entre áreas y facturación, (c) no existía un canal de ingreso de solicitudes para la ocupación de áreas que permitiera seguir el trámite de la solicitud o facturación, (d) no existían procedimientos ni reglamentos en los que se pudieran respaldar los otorgamientos de las áreas, (e) no se cumplía el plazo de tres meses dispuesto

por Decreto N.º 482/008 a fin de aplicar las tarifas correspondientes a almacenaje, excediéndose en todos los casos.

AA dice que habría un sistema de almacenaje regulado por los Decretos Nos. 533/993, 534/993, 40/007, 482/2008 y 338/016 que correspondería a la voluntad del Poder Ejecutivo de obtener el mejor aprovechamiento del espacio portuario. Esto no es cierto, sino que es un cuerpo tarifario de alcance a los servicios prestados por la ANP. Los Decretos citados se refieren a un cuerpo normativo tarifario general definido por el artículo 62 del Decreto No. 412/992, son una indemnización de montos a cobrar por la disposición de bienes del dominio portuario y prestación de servicios por parte de la ANP como el depósito de mercadería desde su recepción hasta su entrega a los propietarios o consignatario y no se refieren a la caracterización de un título de uso. (Decreto No. 534/993 numeral 2.2).

La ANP no es la cobra al propietario o su consignatario por el depósito de sus mercaderías, sino AA y por ende es esta quien brinda a sus clientes el servicio de almacenaje en apariencia en ausencia del contrato de ejecución de servicios que impone el art. 16 del Decreto N.º 57/994.

En 2018, la División Auditoría amplió el informe inspectivo y concluyó que no se conocía el marco normativo que regula el almacenaje y diversos canales de recepción de solicitudes impedían la trazabilidad, asignación de áreas o prioridad del servicio en menoscabo de la libre y justa competencia del mercado, siendo una clara alusión al papel monopólico de hecho que AA ejerce sobre las áreas públicas del recinto portuario de Montevideo.

En consecuencia, se dictó la Resolución No. 552/2.891, que reglamentó el uso del servicio de depósito de mercadería en rambla para el puerto de Montevideo, habilitando el establecimiento de hecho de un área de almacenaje de contenedores, de la que AA resultó el único beneficiario. El trámite y aprobación de la resolución no refiere a la necesidad de que el operador licite el permiso para acceder a áreas desde las que requerir el servicio de almacenaje, y tampoco a la necesidad de que los permisos sean otorgados como establece el Decreto No. 412/992 por el Poder Ejecutivo a instancia de la ANP. En definitiva, en 2016 se creó un sistema de almacenaje con el propósito de burlar los criterios legales de asignación de espacios en las áreas públicas del recinto portuario de Montevideo.

El uso de un espacio de almacenaje requiere concesión, permiso o autorización. La autorización procede cuando no es necesario una concesión o permiso, y en los tres casos se requiere aprobación del Poder Ejecutivo. El arrendamiento puede ser utilizado por la Administración, pero el uso de los bienes portuarios está restringido por ley a su otorgamiento mediante concesión, permiso o autorización. Al procederse por vía de arrendamiento se vulnera el artículo 11 de la Ley No. 16.246 y el Decreto No. 482/008 que prevé un plazo máximo de tres meses, siendo un fraude a la regla de derecho, y ello se vería agravado si no se hubiera seguido el procedimiento del artículo 40 del TOCAF para los arrendamientos.

La tercerista indicó que es probable que la aplicación del Acuerdo lleve a una reducción de las actividades de AA que, a su vez, devenga en algunos despidos, pero ello porque se benefició de un crecimiento indebido en forma ilegítima. Además, estos despidos no producirán la destrucción de puestos de trabajo, el Acuerdo lleva y llevará la creación de unos estimados

mil nuevos puestos de trabajo, pudiendo los trabajadores de AA trabajar en CC.

Existe un trato discriminatorio a favor de AA, en tanto ANP aplica irregularmente a favor de AA un sistema de asignación de espacios portuarios, caracterizado como almacenaje o arrendamiento o arrendamiento precario, sin sustento legal.

El 17 de octubre de 2008, AA fue descalificado de la Licitación Pública No. VII/08 para otorgamiento de un permiso de explotación de área para el almacenamiento de contenedores en los muelles públicos de Montevideo. Por resolución No. 528/3.474 de ANP de 22 de octubre de 2008 se renovó por seis meses el “permiso de ocupación”. Por Resolución No. 205/2009 del Poder Ejecutivo de 9 de marzo de 2009, se renovó el “permiso de ocupación” a AA en el área abierta de 4.800 m² en la zona Z4 y Z3 del Puerto de Montevideo. Como la aprobación de la renovación por parte del Poder Ejecutivo demoró cinco meses, en los hechos se lo renovó por un mes. Se omitió dar publicidad en el Diario Oficial como mandata la normativa. Este fue el último “permiso” regularmente concedido a AA, hasta que en 2016 obtuviera otro por espacio limitado, ignorando normas atinentes al otorgamiento de uso de espacios portuarios y omitir la intervención preceptiva del Poder Ejecutivo. Desde entonces, ANP concedió a AA el uso de espacios portuarios en aplicación del Decreto No. 482/008, un decreto de aprobación de modificaciones a la estructura tarifaria del organismo por servicios a su cargo, y los términos de tal Decreto hicieron extensivos a los alcances tarifarios a contenedores. Este camino elegido por ANP para conceder el uso de espacios portuarios en virtud de este decreto, implicó la suspensión de la publicidad de la disposición o la intervención del Poder

Ejecutivo, y supuso la ausencia de Resoluciones de Directorio o Gerencia o área de la ANP que hubiera permitido a los demás operadores, entre ellos CC, recurrir las decisiones en favor de AA respecto del uso de espacios en los muelles públicos.

Al aplicarse a la operación de AA un mecanismo falsamente precario de utilización del espacio portuario, el mismo dejará de ser alcanzado por los controles constitucionales y legalmente dispuestos, en especial el análisis de regularidad del TCR.

Las Resoluciones del Poder Ejecutivo Nos. 257/996 y 1860/003 facultan a ANP a otorgar permisos de uso u ocupación de áreas mediante resolución fundada cuando medie disponibilidad temporal ociosa de recursos y se atiendan oportunidades comerciales que requieran de un uso inmediato, por un año prorrogable a otro, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos de publicidad y remisión de los antecedentes al Poder Ejecutivo.

En Resolución No. 345/2020, el TCR indicó en resoluciones que el procedimiento para otorgar permisos está regulado en los artículos del Decreto No. 412/992 reglamentario de la Ley Portuaria, por lo que, por acto administrativo de inferior rango, como son las Resoluciones Nos. 257/96 y 1860/003 no pueden obviarse los requisitos exigidos por dicho Reglamento.

En Resolución No. 140/2021 consignó que es un procedimiento excepcional de plazo acotado y comunicación al Poder Ejecutivo a fin de otorgar permisos de ocupación y uso ante la disponibilidad ociosa de recursos y la atención de oportunidades comerciales.

Este régimen de permisos de uso excepcional estaba previsto en 2009, cuando ANP empezó a aplicar irregularmente a favor de AA el sistema de

asignación de espacios portuarios, caracterizado como almacenaje o arrendamiento o arrendamiento precario.

Ello vulnera del artículo 13 de la Ley No. 16.246 porque implica establecer diversas condiciones de contratación a la que están sujetas los operadores (literal C concurrencia desleal), y porque implica un sistema de contratación carente de garantías de publicidad, transparencia y amplio concurso (literal G) e implica una parcialidad en los procedimientos dirigida a beneficiar a AA operador que nunca solicitó permisos al amaro de uso excepcional al amparo de las resoluciones de 1996 y 2003 (literal H).

El artículo 13 del Decreto No. 115/021 devolvió al Capitán de Puerto las potestades que tenía previo a la modificación dispuesta en 2016 al Reglamento de Atraque. Antes de 2016 establecía “que entienda conveniente” y en 2016 pasó a decir “en casos excepcionales”. El Decreto 115/021 le devolvió sus potestades indicando “debe asignar muelles a las terminales especializadas siguiendo los lineamientos del Reglamento de Operaciones Portuarias” (Decreto No. 183/994).

En la última reforma del Reglamento de 2017, se cristalizó una irregular especialización de hecho a favor de AA de uno de los muelles públicos en operación de contenedores, sin título habilitante, beneficiándose de subsidios en cubierto de la ANP. Con el reglamento de 2017 AA se aseguró que los buques portacontenedores tuvieran prioridad en los muelles públicos de modo que les permitiera contar con muelle disponible para el atraque y descarga en todo momento, en tanto los buques que estuvieran en operación en esos muelles deberían retirarse a zona de espera interrumpiendo su descarga.

El real motivo de esa modificación fue consolidar por la vía del reglamento de atraque, que otros operadores puedan ofrecer a sus clientes ventanas de atraque aseguradas, como si fueran terminales privadas, utilizando sus propios muelles, en detrimento del resto de los operadores que debe ser declarados precarios y desplazados en caso de llegar los clientes de aquellos a los principales muelles del puerto, atraque 3, 4, 5, 8, 9 y C. El “atraque precario” en los hechos traslada el concepto de “ventana de atraque” a los muelles públicos en forma permanente en beneficio de AA, siendo la ventana de atraque el horario previamente asignado a un buque a fin de operar en un muelle y es propio de una terminal especializada. Mientras que la terminal multipropósito se rige por los principios de servicio en orden de llega y sin discriminar cargas.

La tercerista refirió a los reclamos de operadores, agencias marítimas, unión de exportadores del Uruguay donde se hace notar que cada vez que se ingresaba al puerto de Montevideo se veían obligados a esperar días para que se les asigne muro y una vez asignado e iniciado operaciones eran obligados a suspender y abandonar su posición para que otro buque de mayor porte atraque en su lugar. alguna de las compañías requirió que se controlara a los operadores portuarios como AA a cumplir con los principios básicos de la Ley de Puertos del Uruguay indicando que el Reglamento de Atraque discriminaba a los buques de Bandera Paraguaya. Las apreciaciones fueron reconocidas por el Gerente General de ANP anunciando modificaciones en el reglamento.

Por imperativo del ROP el Capital del Puerto tiene la potestad de dictar el decreto de atraque. No existe libertad del usuario para elegir el lugar de atraque específico.

La libre prestación de servicios no derecho al espacio portuario, sino la potestad de gestionar regularmente ese derecho conforme lo dispuesto por el Capítulo IV del Decreto No. 412/993.

Es falso que el servicio de carga y descarga a los buques se encuentra directamente relacionado con la prestación de servicios asociados a la carga. La prestación de esos servicios está sujeta a la reglamentación y los requisitos de uso del espacio precario que correspondan a la naturaleza de los mismos.

Los Decretos tienen una motivación, suficiente, congruente y exacta. En el caso de los actos administrativos reglamentarios de ejecución, la motivación puede ser más escueta y en muchos casos suficiente al meramente indicar la Ley que se pretende ejecutar a efectos de que surja con claridad la procurada motivación del acto administrativo.

En este caso el Decreto No. 114/021 cuenta con una exhaustiva motivación en adición al visto, quince resultandos donde se relacionan los hechos de violación de la normativa portuaria, el Tratado, al diferendo suscitado, la reclamación formulada por BB y el Acuerdo que le puso fin, cinco considerandos donde se explica los motivos de las modificaciones del Decreto No. 137/001 y un atento que invoca las normas aplicables.

La motivación del Decreto No. 115/021 es más escueta, pero existe, es suficiente, exacta y congruente. Cuenta con un visto, un resultando, tres considerandos y un atento.

Por último, la tercerista negó la legitimación activa de AA.

La lesión de un derecho subjetivo emergerá del incumplimiento de una obligación que le sea correlativa, por lo que AA en su carácter de mero operador carece de un derecho subjetivo a explotar una terminal

especializada de contenedores, quien tiene ese derecho es CC conforme al Contrato de Gestión suscrito con el Estado que además obtuvo una concesión como legalmente está previsto. AA tiene permiso sobre alguna de las áreas que controla que solo le faculta a almacenar contenedores y no a cargarlos y descargarlos, e invoca un “alquiler” de espacios en régimen de almacenaje referenciando un servicio prestado por ANP sujeto al régimen tarifario de ese servicio. AA no tiene derecho a explotar una terminal especializada ni tiene interés cuando en 2009 se habilitó un llamado internacional para la construcción de una segunda terminal de contenedores no se presentó.

El interés legítimo emergerá solo en el caso de que la Administración ejerza su poder ilegítimamente. El interés legítimo es una situación susceptible de ser conservada u obtenida mediante procedimientos legítimos, a fin de operar contenedores en los muelles públicos. En ese caso AA opera contenedores en muelles públicos de forma ilegítima, recurriendo a formas solapadas de especializar los espacios públicos no especializados, ocupándolos en base a títulos legales y administrativos inexistentes, utilizando su posición dominante en los muelles públicos en perjuicio de otros operadores, echando mano a recursos materiales y financieros públicos irregularmente puestos a su disposición por la ANP, omitiendo beneficiarse de llamados a licitación convocados por el Estado a fin de construir la segunda terminal especializada e infringiendo normas las normas de comparecencia de una licitación pública en fraude de la ley y perjuicio de terceros concurrentes.

La ANP no tiene el deber de suministrarle los espacios públicos necesarios para poder cumplir con su actividad, para ello se requiere concesión, permiso o autorización previo a los procedimientos legales

analizado. El almacenaje que AA invoca no es título habilitante para ocupar espacios en el recinto portuario como ocurre con el alquiler. El derecho a ocupar espacios públicos solo emerge en las hipótesis de concesión, permiso o autorización expedidos por la ANP y mediando la autorización del Poder Ejecutivo, como tuvo AA antes de 2008 y hoy tiene en relación a los espacios que obtuvo conforme a derecho. El interés de AA es ilegítimo.

La tercerista destacó que AA es el único operador portuario de contenedores que impugnó los Decretos Nos. 114/021 y 115/021.

V) Por Decreto No. 3886/2022 (fs. 266 *infolios*) se dio traslado del excepcionamiento planteado. Por Sentencia Interlocutoria No. 83/203 (fs. 313 a 314 vto. *infolios*) y en concordancia con lo aconsejado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo en Dictamen No. 43/2023 (fs. 308 a 309 *infolios*) resolvió desestimar la excepción interpuesta de falta de legitimación activa de la parte actora.

VI) Diligenciada que fuera la prueba y por agregada la documentación presentada, por Decreto No. 3068/2024 (fs. 644 *infolios*) se dio plazo a las partes para presentar sus alegatos, haciéndolo CC, HH, y II (fs. 651 a 770 *infolios*); Poder Ejecutivo - MTOP (fs. 772 a 782 *infolios*); ANP (fs. 784 a 787 *infolios*) AA (fs. 789 a 837 vto. *infolios*).

VII) Por Decreto No. 4097/2024 (fs. 838 *infolios*) se confirió vista a la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien por Dictamen No. 583/2024 se pronunció aconsejando confirmar los numerales 3.5.2 a 3.5.4 del Decreto No. 114/021 y artículos 11 y 14 del Decreto No. 115/021 y declarar la falta de legitimación parcial de la accionante en las demás disposiciones. (fs. 842 a 850 vto. *infolios*).

VIII) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente habilitan el examen de la pretensión anulatoria (Constitución, artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22.6.87 artículos 4 y 9).

Los actos impugnados fueron publicados en el Diario Oficial el 26 y 27 de abril de 2021.

AA, interpuso recursos de revocación contra el Decreto No. 114/021, el 6 de mayo de 2021 y contra el Decreto No. 115/021, el 7 de mayo de 2021 (fs. 44 y 585 de los A.A.).

La vía administrativa se agotó el 3 y 4 de octubre de 2021, respectivamente, mediante la denegatoria ficta del recurso conforme a lo previsto en el artículo 5 de La Ley No. 15.869, en la redacción dada por la Ley No. 17.292. La actora presentó la demanda de nulidad en tiempo útil el 1º de diciembre de 2021 (nota de cargo a fs. 71 *infolios*).

II) Como se ha señalado, el objeto de este proceso es resolver sobre la prevención anulatoria contra los Decretos del Poder Ejecutivo No. 114/021 y No. 115/021, de 21 de abril de 2021.

III) Tras el análisis del caso, el Tribunal por unanimidad, se pronunciará por confirmar el Decreto No. 115/021 y anular parcialmente el Decreto No. 114/021, conforme los fundamentos que se explicitarán.

En primer lugar, corresponde indicar que la Ley No. 16.462, dispuso que es competencia del Poder Ejecutivo establecer la política portuaria y el control de su ejecución.

Así, en su artículo 7 dispone:

“Compete al Poder Ejecutivo el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución. Fomentará la descentralización de los diferentes puertos de la República, sin perjuicio de asegurar la debida coordinación de las actividades que se desarrollen en ellos. Asimismo, velará para que aquellos servicios que se presten en régimen de libre concurrencia se efectúen en condiciones tales que efectivamente la garanticen, reservándose en todo caso el derecho de fijar tarifas máximas para tales servicios”.

En autos, la parte actora se encuentra cuestionando distintas disposiciones de los Decretos No. 114/2021 y No. 115/2021 que efectúan cambios en el régimen de la terminal especializada de contenedores, lo que entiende genera un monopolio de hecho y no permiten la debida competencia por los servicios entre los demás agentes portuarios.

Para un mayor entendimiento, se procederá a desarrollar los fundamentos por capítulo conforme los agravios planteados.

Legitimación activa de la parte actora.

Para entrar al análisis de la misma resulta previamente necesario determinar bajo qué títulos operaba la actora en el Puerto de Montevideo al momento del dictado de los actos impugnados y en virtud de ello determinar si poseía un interés legítimo o un derecho subjetivo que pudiera ser lesionado por los actos procesados.

Para la prestación de servicios portuarios por empresas de capital privado o de economía mixta se requiere: (a) que actúen debidamente habilitadas e inscriptas en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Portuarios; y (b) que además obtengan concesiones, permisos o autorizaciones específicas pertinentes para cada prestación y el uso o afectación de bienes del dominio público o fiscal portuarios, que serán otorgadas por la ANP y aprobadas por el Poder Ejecutivo (artículo 10 inciso 2 y artículo 40 del Decreto No 412/992 y artículo 11 de Ley No. 16.246).

En este sentido, Duran Martínez expresó *“Desde el momento que la actividad portuaria constituye una actividad de interés público, aunque privada, el derecho regula meticulosamente su ejercicio. Las empresas privadas, así, para poder prestar servicios portuarios requieren ser habilitadas al efecto (art. 9 y 14 de la ley N° 16.246; arts. 11, 12, 13, 15 y 16 del decreto N.° 412/992 de 1° de setiembre de 1992 y decreto N.° 413/992, de 1° de setiembre de 1992, modificado por el decreto N.° 105/993, de 2 de marzo de 1993) Pero no basta con la habilitación. Luego de obtenida esta habilitación, se requiere, además, la inscripción en determinados registros (artículos 14 y 15 del decreto N.° 412/992). Pero todavía no basta con la habilitación e inscripciones registrales indicadas; se requiere además una concesión, permiso o autorización según los casos (art. 12 de la ley N.° 16.246 y arts. 11 y 40 del decreto N.° 412/992). El otorgamiento de las concesiones, permisos o autorizaciones debe efectuarse de manera que las actividades practicadas en virtud de esos actos se desarrollen con ajuste a los principios legales, (...) entre los que se encuentra la libre concurrencia. Pero se otorgarán en la medida que ello sirva para dar cumplimiento con el mandato legal contenido en el inciso primario del artículo 1 de la Ley N.°*

16.246: que es la prestación de esos servicios portuarios sirva para el desarrollo del país.” (Cfme. DURAN MARTÍNEZ, A. Casos de Derecho Administrativo Volumen VI, Montevideo, 2010. pág., 69).

Asimismo, Amoza explicó que *“El art. 12 de la ley de puertos, enuncia los principios básicos de actuación en materia de otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones (...) Adicionalmente, debo señalar que las empresas prestadoras de servicios portuarios, para desarrollar actividad necesariamente deberán ser habilitadas a tales efectos, e inscribirse en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Portuarios. Lo expuesto determina que todo concesionario, permisario o autorizado deberá lograr su habilitación como operador portuario, que será otorgado por la Administración Portuaria con la aprobación del Poder Ejecutivo.”* (Cfm. AMOZA, Procedimiento administrativo para el otorgamiento de cesiones, permisos y autorizaciones portuarias, en Estudios de Derecho Administrativo, 2014, N.º 10. La Ley Uruguay, pág. 508.).

Por su parte, el artículo 39 del Decreto No. 412/992 establece cuando se requiere cada uno de los títulos antes mencionados:

Se solicita concesión para: (a) utilizar el dominio público o fiscal portuario estatal cuando se requiera construir obras, hacer instalaciones fijas, realizar inversiones para su mejoramiento que incremente su valuación cuantitativa; (b) utilizar del dominio público o fiscal estatal en zonas de expansión, influencia o interés portuarios que se defina por planificación.

Se necesita permiso o eventualmente una concesión según el caso, para la utilización de dominio público o fiscal portuario estatal, cuando no requiera realizar inversiones para el uso al que se destine, salvo inversiones para instalaciones móviles o desmontables o para mejorar el carácter tal que

afecten en forma directa a la actividad a la que se destina o a su administración.

Se requiere el otorgamiento de una autorización para el ejercicio de la actividad o la habilitación para su cumplimiento de la prestación de servicios portuarios que no sea objeto de concesión o permiso.

Asimismo, el Decreto No. 57/994 establece en su artículo 13 que para los servicios de estiba/desestiba, carga/descarga, movilización de bultos en tierra, manipulación, reembarque y remoción, transbordo, complementación y alijo de carga y conexos, que pudieren prestarse en los puertos libres, se cumplirán por empresas privadas en régimen de autorización. El artículo 16 del mismo Decreto dispone que los servicios de depósito y de almacenamiento incluyendo las actividades de reenvasado, remarcado, clasificado, agrupado y desagrupado, consolidado y desconsolidado, manipuleo, fraccionamiento y tareas conexas serán cumplidos por empresas privadas en régimen de autorización, debiendo otorgarse una concesión o permiso, en su caso, para la ocupación y utilización privativa de bienes de dominio público o fiscal portuario. Asimismo, establece que la Administración Portuaria puede prestar los servicios de depósito y almacenamiento por si o mediante contrato para la ejecución del servicio con empresas privadas, cuando las instalaciones a dichos efectos no estén concesionadas o permisadas.

El artículo 18 establece que las grúas o medios de movilización de cargas situaciones de forma permanente en el muelle, sobre rieles, se consideran instalaciones fijas formando parte del mismo como inmuebles por accesión y su puesta a disposición será cumplida en forma directa por la Administración Portuaria o indirectamente por empresas privadas o mixtas

de derecho privado en régimen de concesión.

Mientras que la puesta a disposición de otras grúas que no constituyan instalaciones fijas, elevadores o guinches, automóviles o no, será cumplida por la empresa privada habilitadas al efecto en régimen de autorización.

En el caso en análisis, el 29 de noviembre de 2000, ANP otorgó a AA habilitación para prestar servicios portuarios conforme el Decreto No. 413/992, en especial servicios a la mercadería en la categoría *“Empresas Estibadoras de contenedores”* en el Puerto de Montevideo, la que fue aprobada por el Poder Ejecutivo (Documentación 344 fs. Pieza 1 fs. 5 y 6). El 12 de febrero de 2003 ANP amplió la habilitación para la prestación de servicios en el Puerto de Montevideo en la categoría *“A la mercadería”* en *“Carga General”*, la que fue aprobada por el Poder Ejecutivo (Documentación 344 fs. Pieza 1 fs. 6 vto., 7 y 7 vto.), y luego en categoría *“Al Buque”, “Amarre y Desamarre” “Empresa prestadora de servicios varios y conexos de la Mercadería”*

Como se dijo, la habilitación para la prestación de servicios portuarios otorgada por ANP el 29 de noviembre de 2000 conforme el Decreto No. 413/992 en las diferentes categorías no lo exime del requerimiento de títulos necesarios para la prestación de los servicios según los requerimientos de cada caso y para el uso de bienes del Estado.

El 22 de noviembre de 2017 ANP, con aprobación del Poder Ejecutivo, adjudicó a AA, licitación pública N° II/17 para el *“Otorgamiento del Permiso para brindar servicio a contenedores y a la mercadería asociada a estos en un Área aproximada 7900 m2 en Régimen de Puerto Libre en el Puerto de Montevideo”*, por el plazo de 5 años, incluyéndose los servicios a contenedores, servicio de suministro de frío y/o almacenaje de

contenedores y a la mercadería bajo el régimen de puerto libre (Documentación 344 fs. 13 vto. y 14).

El 24 de setiembre de 2018, ANP con aprobación del Poder Ejecutivo, adjudicó a AA la Licitación Pública I/18 dando en concesión la explotación de un área aproximada de 8.840 metros cuadrados en el Puerto de Montevideo con el fin de prestar servicios a la mercadería y a contenedores bajo el régimen de puerto libre por un plazo de 10 años. Del certificado notarial surge que conforme la cláusula quinta del contrato los servicios a prestar por AA surgen del expediente número 171163 y son, “entre otros”, almacenaje de contenedores, consolidación de contenedores y/o camiones, limpieza de contenedores vacíos (Documentación 344 fs. 13 y 13 vto.).

El 20 de enero de 2021, la ANP resolvió otorgar AA el permiso de ocupación del Depósito 20 y un área adyacente de 8.052 m² en total por el plazo de 1 año con el objeto de utilizar el predio para prestar servicios de consolidación, desconsolidación, almacenaje y actividades de valor agregado, mantenimiento de equipamiento portuario de la empresa y luego se otorgaron otras renovaciones. Conforme surge del certificado notarial el permiso fue dispuesto en el marco de las Resoluciones del Poder Ejecutivo 257/996 y 1860/003 que autorizan a la ANP a otorgar estos permisos por un plazo máximo de 1 año en ciertas condiciones siempre a que se atiendan oportunidades comerciales que requieran la puesta a disposición de dichas áreas de forma inmediata.

Por lo que viene de verse, no se probó que AA tuviera una concesión para explotar o instalar una Terminal Especializada de Contenedores, por lo que AA no está habilitada para actuar en dicha terminal, pudiendo operar en el muelle de carga general.

La actuación en el muelle de carga general de AA está limitada a la prestación de los servicios indicados en los títulos señalados y con el uso de bienes del Estado previsto en dichos permisos y concesión.

En efecto, se probó que, al momento del dictado del acto, AA tenía concesión para prestar servicios de almacenaje de contenedores, consolidación de contenedores y/o camiones, limpieza de contenedores, un permiso para brindar servicios a contenedores de suministro de frío y/o almacenaje y a la mercadería, y permiso de ocupación de depósito para prestar servicios de consolidación, desconsolidación, almacenaje, mantenimiento de equipamiento portuario de la empresa.

Del certificado notarial agregado no surge expresamente que AA tuviera concesión o permiso para prestar servicios de carga y descarga de contenedores en el Puerto de Montevideo con el uso de bienes del Estado a dichos efectos, lo que no se descarta dada la posible falta de completitud del certificado notarial -incluye referencias como “entre otros” y referencia genérica a servicios a la mercadería- pero que no es posible darlo por probado, dado que el certificado notarial no establece expresamente que esté a cargo de AA el servicio ni el uso de bienes del Estado.

Cabe aclarar que lo expuesto no implica legitimación ni cuestionamiento de la regularidad o irregularidad con la que pudiera estar operando AA en el Puerto de Montevideo, que no es objeto del proceso.

En este punto, corresponde hacer mención a lo expresado por CC, HH, y II al formular alegatos en los que se cuestionan los títulos habilitantes de AA.

En primer lugar, la tercerista indicó en sus alegatos que se habría probado que el PP, controlante de AA, es una empresa representante y agente

de empresas navieras, por lo que se viola el texto y espíritu del artículo 3 literal B del Decreto No. 413/992 conforme al cual la empresa, que desea la habilitación para la prestación de servicios portuarios a la mercadería no puede ser representante ni agente de empresas navieras.

Si bien hay indicios, no se probó la vinculación entre las empresas, y los aspectos probatorios agregados en los alegatos no permiten la debida contradicción de AA.

En segundo lugar, la tercerista sostuvo que se probó que la actora no cumple con el artículo 4 inciso c del Decreto No. 413/992 que determina que la empresa que se registre como prestadora de servicios portuarios deberá declarar que conoce y acepta expresamente las normas organizativas y de funcionamiento de los puertos en los que van a desarrollar su actividad, Ley No. 16.246, reglamentación y normas complementarias, en base a la declaración de testigos gerentes de AA que dicen no conocer los aspectos jurídicos.

En tercer lugar, la tercerista afirmó que se probó que la actora incumple el Decreto No. 413/992 que exige a la empresa solicitante de inscripción, declarar que los servicios que pretende prestar lo serán en igualdad de condiciones, libre competencia con otros prestadores de servicios, comprometiéndose a no inducir ni realizar acto contra la leal competencia de mercado.

El objeto del presente proceso no consiste en determinar si AA constituyó o no actos contra la leal competencia de mercado, por lo que excede a este proceso un análisis en ese sentido, en tanto lo que exige la norma es una declaración al momento de solicitar la inscripción. Si luego de la inscripción se declarara judicialmente en un proceso a dichos efectos, que

AA ejerce actos contra la leal competencia se podrá cuestionar el cumplimiento del artículo referido, lo que no consta en autos.

Habiendo definido los títulos habilitantes de AAy su alcance, se está en condiciones de determinar su legitimación activa en los términos dispuestos en el artículo 309 de la Constitución, respecto de los artículos de los Decretos 114/021 y 115/021 sobre los que expresó agravios.

La Corporación ha expresado en otras oportunidades que *“La legitimación en la causa surge de hallarse situado en una determinada situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo o interés legítimo, el que además debe ser directo y personal), extremo que es totalmente independiente de la legitimidad o ilegitimidad del acto que se resiste con el accionamiento. La legitimación reclamada para accionar es previa o preexistente a que se determine el arreglo o desarreglo a Derecho del acto administrativo objeto de la acción de nulidad. Dicho, en otros términos: no nace como consecuencia de la inobservancia del Derecho por el acto encausado (...)”* (Sentencia No. 289/2014, citada -entre otras- en Sentencias Nos. 297/2018, 540/2019, 448/2021, 749/2023).

Asimismo, debe tenerse presente que como lo expresara en su oportunidad la Comisión de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes con relación a la redacción del actual artículo 309 de nuestra Carta Magna: *“No existe un derecho subjetivo a la legalidad; ni tampoco el sólo interés legítimo a la legalidad, que pertenece a todos los habitantes de la República, es suficiente como legitimación para promover este contencioso. La acción de nulidad no es una acción popular. Por consiguiente, el titular de la acción debe justificar la existencia de un interés directo de inmediata satisfacción personal, fundado en una situación*

jurídica particular respecto al acto impugnado” (citado por Héctor Giorgi, “El Contencioso Administrativo de Anulación”, op. cit., p 188; en la misma línea, Enrique Sayagués Laso, “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II, 5ª Edición, octubre de 1988, Clásicos Jurídicos Uruguayos, FCU, pág. 574 y Julio Prat, “Derecho Administrativo”, tomo V, volumen III, Editorial Acali, Montevideo, 1982, p. 169).

En el caso la accionante justificó su legitimación causal activa en su derecho subjetivo a ejercer las actividades de su objeto en condiciones de libre concurrencia e igualdad con CC. Asimismo, indicó poseer un interés legítimo frente a la extensión de la concesión a CC.

La actora, en su calidad de operadora portuaria habilitada y titular de la concesión y permisos respecto de los muelles públicos o multipropósito referidos en el numeral anterior, se encuentra legitimada para requerir la nulidad de los artículos 11 y 14 del Decreto No. 115/21 respecto de los que expresó agravios, en tanto regulan la asignación de atraques en los muelles públicos o multipropósito, donde la accionante presta los servicios indicados en la concesión y permisos que ostenta.

Por otro lado, con respecto al Decreto No. 114/021 que aprobó el Régimen de Gestión de la Terminal Especializada, la accionante, en su calidad de operador portuario sin concesión para instalar, explotar y desarrollar una Terminal Especializada, carece de un derecho subjetivo para su impugnación.

Sin perjuicio de ello, en atención a la habilitación, concesión y permisos que posee y que fueron desarrollados en el punto anterior, tiene un interés legítimo con relación a algunos de los artículos del Decreto No. 114/021 que, si bien regulan el funcionamiento y la prestación de servicios

de la Terminal Especializada, impactan en la prestación de servicios de los operadores portuarios de los muelles públicos o multipropósito, donde opera la actora.

En este sentido, la actora está legitimada para impugnar las cláusulas 3.5.2 y 3.5.4 del Régimen de Gestión de la Terminal que prevé soluciones que afectan el interés legítimo de la actora de operar en el muelle público o multipropósito en ejercicio de la concesión y permisos que ostenta.

También está legitimada para impugnar la cláusula 3.5.1 del Régimen de Gestión de la Terminal que establece “3.5 Régimen operativo. 3.5.1 La Terminal prestará servicios dentro del marco de las normas de este Decreto, del Contrato de Gestión y de las demás disposiciones aplicables.”.

Si bien la cláusula no hace referencia a las operadoras portuarias que se desarrollan en los muelles públicos, deroga el artículo 3.5 del Régimen de Gestión previsto en el Decreto No. 137/021 que regulaba expresamente las condiciones de prestación de servicio de los “*otros muelles del Puerto de Montevideo*” ámbito subjetivo en el que queda comprendida la accionante. El artículo derogado expresaba: “3.5 Marco de competencia interna. La Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo”.

La accionante tiene un interés legítimo en el otorgamiento de nuevas concesiones, permisos y o autorizaciones para instalar, explotar una Terminal de Contenedores Especializada, en tanto es requisito para postularse al procedimiento competitivo para acceder a una concesión de terminal especializada la calidad de operador portuario que ostenta la accionante, por lo que tiene legitimación en la impugnación del numeral 3.5.4 que refiere a esta situación.

El interés de la actora para impugnar la cláusula 3.5.4 no es eventual ni hipotético, sino directo porque la norma impide, salvo el cumplimiento de ciertas condiciones de ocupación, que la actora, en su calidad de operadora portuaria, pueda obtener concesiones, permisos o autorizaciones para explorar una terminal especializada, afectando su interés legítimo, directo y personal a obtener alguno de estos títulos. No se trata de un derecho subjetivo porque la ANP no estará obligada a otorgarlo, pero si un interés legítimo en que exista dicha posibilidad.

Siguiendo el mismo razonamiento y teniendo en cuenta que la accionante, como operador portuario habilitado, puede postularse en procedimiento competitivo para acceder a una concesión de terminal especializada al vencerse el plazo de la concesión de CC, conforme al Decreto No. 137/021, el 12 de junio de 2031, puede sostenerse que la accionante tiene legitimación para impugnar y obtener la nulidad de la cláusula 4.2 que prevé la prórroga del plazo del contrato de gestión de CC por cincuenta años de forma automática desde el 12 de junio de 2031. Siguiendo este razonamiento el interés legítimo de la actora sería el de postularse para solicitar se le confiera concesión para explotar la terminal al vencimiento del plazo en 2031 y no tener que esperar para hacerlo en 2081, si es que no se confiere otra prórroga.

No se comparte con lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo en cuanto a que la actora tenga un interés simple respecto de esta cláusula, por referirse la cláusula a la gestión de la terminal concesionada. El carácter simple del interés de la actora respecto de la impugnación de la cláusula 4.2 sobre la prórroga del plazo, podría fundarse en que no se trataría de un interés directo, sino un interés eventual

e hipotético a presentarse a un eventual llamado público de licitación para explotar una terminal especializada al vencimiento del plazo original en 2031.

Conforme a las enseñanzas de Giorgi: *"El interés legítimo debe caracterizarse, además, por ser personal y directo. (...) Interés directo significa interés inmediato, no eventual ni futuro. La existencia de un interés directo implica que el particular se encuentra en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración.* (Cf. Héctor Giorgi, "El Contencioso Administrativo de Anulación", Montevideo, 1958, p. 188 a 189) (Sentencias Nos. 823/2011, 324/2012, 405/2013, 39/2014 y 600/2015, entre otras).

Finalmente, la accionante, en su calidad de operador portuario en muelles públicos no tiene un interés personal que la habilite a solicitar la nulidad de la cláusula 4.13 del Decreto No. 114/021 referido a los precios y tarifas que el contratista cobrará a los usuarios (armadores, cargadores y consignatarios de la mercadería) y el Anexo G referido a los precios máximos y plazos mínimos.

Decreto No. 114/012

Cláusula 4.2 del Régimen de Gestión de la Terminal

La actora cuestiona la prórroga automática de 50 años que concede el Decreto mencionado, afirmando que por aplicación de la Ley No. 17.243, el plazo se encuentra limitado a 30 años, cuestionando así el otorgamiento de la prórroga por Decreto.

Del "*Régimen de Gestión*" aprobado por dicho Decreto surge que, su artículo 4.2, regula el Plazo del Contrato de Gestión, indicando:

"El plazo de Contrato de Gestión es de TREINTA (30) años, a partir

de la firma del Contrato de Gestión entre CC 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”.

Del análisis del marco normativo invocado por las partes, se advierte la dispersión de las disposiciones normativas en la materia y su actualización/modificación en el tiempo. Lo que determina dificultades de interpretación del régimen aplicable.

En el sentido de lo expresado, el art. 20 de la Ley No. 17.243 promulgada el 29 de junio del 2000, autorizó a la ANP a participar en sociedad con capitales privados en la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo. Dicha norma previó que el acuerdo entre la sociedad y la Administración Nacional de Puertos deberá disponer que el plazo de uso de las instalaciones será de treinta años. Es decir, en dicha norma no se previó la prórroga del plazo.

Posteriormente, la Ley No. 19.355 promulgada el 19 de diciembre de 2015 dispuso en su artículo 377 que: *“Las concesiones que afecten un espacio territorial del recinto portuario (muelles, explanadas, depósitos, radas, etcétera) otorgadas al amparo de la Ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, podrán prorrogarse por Resolución del Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos, exigiéndose para ello: 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. 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”.

La concesión a favor de CC ingresa en el ámbito subjetivo de la norma, permitiéndose la prórroga del plazo, en tanto (a) afecta un espacio territorial del recinto portuario como surge de los Decretos 137/001 y los impugnados, (b) es una concesión otorgada al amparo de la Ley N.º 16.246 en la medida que la construcción y explotación de la terminal especializada por CC fue dispuesta por Decreto 137/001 atento a lo dispuesto por la Ley de Puertos N.º 16.246. Asimismo, la Ley de Puertos N.º 16.246 prevé en su artículos 11 la posibilidad que ANP se asocie con capitales privados para la prestación de servicios portuarios que se hará a través de la participación en sociedades comerciales con integración de ANP, por lo que es claro que la terminal de CC fue otorgada al amparo de la Ley de Puertos, (c) no es controvertido el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo referidas a la realizaciones de nuevas inversiones que además surgen del contrato suscrito y la dotación de personal nacional en relación laboral.

Posteriormente, por el artículo 332 de la Ley No. 19.924 promulgada el 18 de diciembre de 2020 dispuso que todas las habilitaciones de concesión de administración, construcción, mantenimiento y explotación de actividades portuarias en recintos o espacios administrativos por la ANP o para el uso de bienes situaciones en el espacio territorial de dichos recintos, se rigen por la Ley 16.246 y sus decretos reglamentarios y el artículo 377 de la Ley 19.355, sin perjuicio de sus regulaciones específicas, debiendo cumplir plenamente con los requisitos y obligaciones que dicha normativa

dispone.

Es claro que la previsión del artículo 377 de la Ley 19.355 es una regulación específica sobre el plazo de las concesiones otorgadas al amparo de la Ley de Puertos como es el caso de la concesión a favor de CC, que habilita su prórroga, por lo que siendo posterior a la Ley 17.243 y especial, prima sobre esta última, resultando legítimo la prórroga del plazo prevista por la cláusula 4.2 del Régimen de Gestión de la Terminal del Decreto 114/021.

En términos que se comparten, Duran Martínez expresó que *“el plazo original de la concesión en estudio es de treinta años, susceptible de ser ampliado en las condiciones que ambas partes convengan, cumpliendo con las exigencias previstas en el derecho objetivo.”* Al respecto indicó que la prórroga del plazo encuentra respaldo en el numeral 4.34 del Régimen de Gestión aprobado por el artículo 7 del decreto, que fija un plazo inicial de treinta años y se prevé la posibilidad de su extensión. Esto se acompasa con la normativa portuaria general, esto es, (a) la Ley No. 16.246 que no prevé plazo para las concesiones, (b) el Decreto No. 412/992 literal B que prevé que el plazo de concesión no podrá exceder treinta años y que podrá prorrogarse por decisión del Poder Ejecutivo previo asesoramiento de ANP, y su nueva redacción dada por el decreto 317/017 que es la vigente que dispone que el plazo de concesión que no podrá exceder de cincuenta años y que podrá prorrogarse por decisión del Poder Ejecutivo previo asesoramiento de ANP, (c) el artículo 377 de la Ley 19.355 que establece que las concesiones que afecten un espacio territorial del recinto portuario otorgadas al amparo de la Ley 16.246 podrán prorrogarse por resolución del Poder Ejecutivo con el asesoramiento de ANP y el art. 332 de la ley 19.924

interpretativa de la anterior. (Cfm. DURAN MARTINEZ, A. La Terminal de Contenedores del Puerto de Montevideo. Estudios de Derecho Administrativo. N.º 23, La Ley Uruguay, 2021, pág. 598 a 602).

En suma, la prórroga del plazo de la concesión previsto en la cláusula 4.2 del Régimen de Gestión de la Terminal aprobado por el Decreto 114/021 es legítima en tanto fue dictada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus competencias otorgadas por el art. 9 de la Ley 16.246 y conforme a lo establecido en el artículo 337 de la Ley 19.355 y 332 de la Ley 19.924, vigentes al momento del dictado del acto.

Se entiende oportuno en el caso citar lo expresado por el Dr. Olivera García, quien analizando el punto expresó:

“El ya citado artículo 20 de la Ley 17.243, por su parte, había establecido que “el plazo de uso de las instalaciones será de 20 años”. Mientras que en el artículo 4.31 del Régimen de Gestión aprobado mediante Decreto N° 114/021 de 21 de abril de 2021, intitulado “Renovación o extensión del plazo del Contrato de Gestión”, se ha dispuesto que “el plazo del contrato de gestión podrá ser renovado o extendido mediante resolución de la ANP, con la aprobación del Poder Ejecutivo”, posibilidad de extensión que, según queda dicho, resultaba amparada por la Ley N° 16.246, y por el Decreto N° 314/017 a partir del dictado del mismo. Igual posibilidad establecer el hoy derogado Decreto N° 137/001.

De la interpretación conjunta de estas normas se extrae que la Terminal Especializada de Contenedores se regula no solo por el art. 20 de la Ley N° 17.243, sino también por la Ley N° 16.246 en lo que no resulte incompatible con dicho art. 20 y por los referidos Decretos.

Aun si se entendiera que existe una limitación normativa, entendemos

que el régimen especial consagrado por la Ley No. 17.243, que debe prevalecer en caso de conflicto, no prevé restricciones. No existe limitación alguna para el plazo de la concesión vinculada a esta Terminal, fuera de la prohibición de “perpetuidad” de concesiones impuestas por el art. 51 de la Constitución Nacional, según el cual las concesiones de servicios públicos “no podrán darse a perpetuidad en ningún caso” (Olivera García, Ricardo “Derecho de la Competencia en la Actividad Portuaria”, pág. 143 a 144).

Surge entonces que al momento del dictado del Decreto estaban vigente normas legales y reglamentarias que habilitaban la prórroga del plazo; sin perjuicio de ello, resulta discutible la proporcionalidad del plazo otorgado de 50 años en tanto podría vulnerar el artículo 10 de la Constitución. Toda concesión de servicio o infraestructura pública debe tener una duración proporcional al interés económico y técnico del contrato a fin de no vulnerar el principio de proporcionalidad. En el caso, no ha sido considerado por la parte accionante la extensión temporal de la prórroga, así como tampoco ha sido probada una desproporcionalidad en el tiempo otorgado con respecto al retorno de la inversión conforme al interés económico y técnico del contrato.

Por lo expuesto, en la medida que se cumpla con las condiciones dispuesta por el artículo 377 de la Ley No. 19.355, y en el caso de marras se cumplen, cabe considerar que el plazo inicialmente pactado puede ser prorrogado por las partes, por lo que no cabe hacer lugar al agravio.

Disposiciones de Cláusula 3.5 “Régimen Operativo”

La actora se agravia, respecto de las disposiciones que conforman el conjunto de la Cláusula 3.5 “Régimen Operativo”, por considerar que las mismas vulneran la libre competencia, generando un monopolio en favor de

CC.

Cláusula 3.5.1 del Régimen de Gestión de la Terminal.

Los decretos fueron dictados dentro del ámbito de competencia del Poder Ejecutivo en la formulación de la política portuaria, que tiene como especial cometido la organización del puerto y coordinación de sus actividades.

En este sentido, el artículo 7 de la Ley 16.246 dispone: *“Compete al Poder Ejecutivo el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución (...)”* y el inciso 1 del artículo establece: *“La prestación de servicios portuarios en el Puerto de Montevideo por parte de empresas privadas, se ejercerá en los términos y condiciones dispuestos por la reglamentación que a los efectos dictará el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos”*.

Ahora bien, la competencia del Poder Ejecutivo en el establecimiento de la política portuaria y la reglamentación de las condiciones en que se prestarán los servicios portuarios debe ejercerse dentro de los límites dispuestos por la ley en los mismos artículos antes referidos, esto es, en lo que tiene que ver con estos autos, velando para que los servicios se presten en régimen de libre concurrencia se efectúen en condiciones tales que efectivamente la garanticen y estableciendo los requisitos que deberán poseer las empresas prestadoras de servicios sin que el uso de los muelles y de las grúas estatales constituyan un monopolio de hecho en manos de agentes privados.

Asimismo, la referida competencia deberá ser ejercida en atención al artículo 1 de la Ley 16.246 que encabeza el Capítulo I sobre la Organización y servicios portuarios, que establece que la prestación de servicios portuarios

eficientes y competitivos constituye un objetivo prioritario para el desarrollo del país.

Por su parte, el artículo 23 y su remisión al 21 de la Ley 16.246 instituye que los servicios de estiba, desestiba, carga, descarga y conexos, las tareas de movilización de bultos en tierra que se realicen en los puertos comerciales de la República se desarrollarán (i) bajo las normas organizativas de dichos puertos y las específicas a tales actividades que se estipulan en la presente ley y su reglamentación, y (ii) en régimen de libre competencia.

En definitiva, surge de la Ley No. 16.246 y no es controvertido, como sostienen la actora y la tercerista, que la normativa aplicable establece dos objetivos prioritarios: la eficiencia y competitividad, y que los servicios portuarios se prestarán en régimen de libre competencia, sin perjuicio de que las partes le den un alcance más restrictivo o más amplio según el caso.

Por este motivo, la derogación por sí sola del artículo 3.5 del Decreto 137/001 que disponía que la *“Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo”*, no es ilegítima, siempre y cuando el Régimen de la Gestión de la Terminal aprobado por el Decreto No 114/021 respeten la libre competencia en la prestación de los servicios portuarios como establece el artículo 23 de la Ley 16.246. La derogación por sí sola de esta expresión no constituye ilegitimidad porque la prestación en libre competencia surge de las leyes Nos. 16.246 y 18.159.

Es así que, teniendo por cierto que los Decretos impugnados fueron dictados por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus competencias, corresponde determinar si fueron dictados conforme a derecho y dentro de

los límites establecidos legalmente a dichos efectos velando por la eficiencia, la competitividad y prevén una prestación de los servicios en régimen la libre competencia.

La incorporación del artículo 72 del Decreto 183/994.

Las cláusulas 3.5.2 y 3.5.3 del Reglamento de Gestión del Decreto 114/021 “incorporan” el artículo 72 del Decreto No. 183/994 de 28 de abril de 1994 que aprobó el Reglamento de Operaciones Portuarias y Capitanía de Puerto.

En términos generales, el artículo 72 del Decreto No. 183/994 prevé la concentración de la actividad de operación de contenedores en “*instalaciones especializadas a este fin*” y la operación de contenedores en los muelles de carga general, únicamente en caso de ocupación de las especializadas. Asimismo, en su artículo 33 establece que Terminal Portuaria es un conjunto de instalaciones “*normalmente especializadas*”.

Mientras que el Decreto No. 114/021 -en el Anexo B Glosario y el Resultando II- establece con claridad que “*área especializada*” es “*terminal especializada*”, y por tanto que CC, como terminal especializada, será quien preste las actividades de operación de contenedores, salvo las excepciones previstas en las que dicha operación puede ser autorizada en los muelles de carga general.

La incorporación del artículo 72 del Decreto No. 183/994 en el Decreto impugnado no es ileso para la actora ni es meramente reiterativo, porque, en primer lugar tienen diferente alcance o al menos el Decreto No. 114/021 es más claro en cuanto a la identificación entre “*área especializada*” y “*terminal especializada*” quedando claro que CC será quien concentre la actividad de contenedores, y en segundo lugar, porque a partir del Decreto

No. 114/021 la Administración cambió su interpretación del Decreto de 1994 cambiando su situación de hecho.

Como reconoció CC, previo al Decreto No. 114/021 AA operaba en el puerto de Montevideo en carga y descarga de contenedores, y que hasta ahora la Administración había incumplido con la aplicación del Decreto No. 183/994.

Así, CC indicó que en 2009 la Administración derivó carga de contenedores de la terminal especializada a muelles públicos a ser atendida por AA, y la terminal especializada que atendía el 70% de los movimientos redujo sus servicios al 35%, en tanto el 65% tuvo por destino los muelles multipropósito en beneficio de AA. Si bien CC sostiene la ilegitimidad del accionar de la Administración y un incumplimiento del Decreto No. 183/994, lo cierto es que previo al dictado del Decreto No. 114/021 AA operaba con contenedores en los muelles generales o multipropósito, lo que en los hechos deja de poder hacer a partir de la “incorporación” de la antigua norma, por lo que no es posible sostener su ilegitimidad.

Asimismo, el Sub Gerente General de ANP indicó en su calidad de testigo que, por aplicación del artículo 14 del Decreto No. 115/021 y por acuerdos de parte, previo al 2022 AA tenía el 65% de contenedores y CC el 35% y en el 2022 CC llegó a tener el 72% del mercado y AA el 28% (fs. 509).

Surge de la prueba agregada que, previo a los Decretos impugnados, estando en vigencia del Decreto No. 137/001 y el Decreto No. 183/994 la Administración no entendía que CC tuviera derechos preferentes en la operación de contenedores y solo excepcionalmente se pudiera desarrollar en los muelles de carga general donde opera AA.

Ante el pedido formulado por CC en 2016 de dar cumplimiento al artículo 72 del Decreto No. 183/94, por nota No. 82/16 ANP indicó que *“ha dispuesto concentrar la operación de contenedores en el Puerto de Montevideo en áreas específicamente destinadas a ese fin. La norma prevé la posibilidad de que los contenedores estén en áreas de espera de la terminal o en el área asignada al operador en los casos de embarque, por ejemplo, lo cual conlleva la posibilidad de utilización de las áreas públicas ya sea en régimen de concesión o permiso, o bajo la modalidad del régimen de almacenaje previsto en el Decreto del Poder Ejecutivo 482/002. Indicó que las operaciones referidas a contenedores están íntimamente relacionadas con las operaciones de los buques, situación también regulada por el Decreto del Poder Ejecutivo 183/994. La asignación de los muelles depende básicamente de la solicitud de muro por parte del armador por su agente, debiendo estos suministrar el programa de los buques con el propósito de planificar previamente la operación y el tráfico portuario, cumpliendo además con el Reglamento de atraque de buques que rige en el Puerto de Montevideo. Por consiguiente, las áreas de operaciones de contenedores están vinculadas al muelle solicitado por los buques.”* (fs. 17 Documentación Total; 1876 fs. Pieza 1).

Ante un nuevo pedido de CC formulado en 2019 de dar cumplimiento al citado artículo, el Área Jurídico Notarial de ANP, informó el 20 de setiembre de 2019 que dicho artículo no podría interpretarse de forma aislada sino en conjunto con las demás normas dándole un sentido coherente con los arts. 9 y 13 de la Ley N.º 16.246 que dispone que en ningún caso el uso de los muelles podrá construir un monopolio de hecho en manos de agentes privados y se encomienda a la ANP en las contrataciones que celebre, a

promover el ejercicio de la libertad de elección de consumidores, el considerando IV y los arts. 1,3,39 del Decreto N.º 412/992 y el art. 3.5 del Decreto 137/001 que estableció el Régimen de Gestión de la Terminal de Contenedores en el Puerto de Montevideo a cargo de CC posterior al art. 72 del Decreto 183/994 y dispone que la Terminal prestará servicios en condiciones de libre competencia con otros operadores que actúen en otros muelles del Puerto de Montevideo.

En función de la interpretación conjunta de las normas, la ANP concluyó lo mismo que en nota de 2016 antes referida, y agregó que no puede deducirse del Decreto 183/994 que CC tiene derechos exclusivos o preferentes frente a los demás operadores portuarios, porque es contrario a los principios de la Ley 16.246 y Decreto 137/001 especial y posterior al Decreto 183/994, por lo que ANP no ha incumplido. (fs. 7 y 8 Documentación Total; 1876 fs. Pieza 1).

Finalmente, por Resolución No. 663/4.002 de 2 de octubre de 2019, el Directorio de ANP no hizo lugar a lo solicitado por CC y expresó que el Decreto No. 137/001 es una norma especial frente a la norma general que es el artículo 72 del Decreto No. 183/994, y es posterior a esta última, concluyendo que no puede deducirse del artículo 72, que la Terminal goce de derechos exclusivos o preferentes frente a los demás operadores portuarios, por cuanto sería contrario a la Ley No. 16.246, esto es, libre competencia, igualdad de derecho de las personas a la prestación y recepción de los servicios, libertad de elección de los consumidores, competencia leal, respeto del derecho de terceros en cuanto al ejercicio de la libertad de trabajo, comercio e industria.(fs. 9 y 10 Documentación Total; 1876 fs. Pieza 1).

En definitiva, ya sea por incumplimiento de la Administración del

artículo 72 del Decreto No. 183/994 como sostiene CC, o por haber realizado una diferente interpretación del decreto como sostiene la actora, lo cierto es que la “incorporación” del artículo 72 del Decreto No. 183/994 al Decreto No. 114/021 no es ileso para AA, sino que implica un cambio en las reglas de juego con las que se desarrolló hasta el dictado de los impugnados y motivó su reclamo, lo que es reconocido por todas las partes.

El cambio de comportamiento de la Administración -ya sea que se entienda que ANP cambió la interpretación o que en 2021 comenzó a cumplir un decreto de 1994 incumplido hasta la fecha- es una circunstancia que enerva el carácter de reiterativo de la incorporación del Decreto de 1994 al de 2021. No se puede pretender que AA impugnara el Decreto No. 183/994 cuando el mismo era aplicado por la Administración de modo que no le era lesivo.

Como enseñó CAJARVILLE, en la categoría de las resoluciones meramente reiterativas no deben incluirse aquéllas que, aunque en su expresión literal reiteren una anterior, lo hagan luego de ocurridos cambios en las circunstancias de hecho o de derecho que motivaron el dictado del primer acto. (Cfme. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Recursos Administrativos”, FCU, 4ª Edición, Montevideo, 2008, p. 150)” (Cfme. Sentencia No. 417/2018).

Cláusulas 3.5.2, 3.5.3 y 3.5.4 del Reglamento de Gestión.

Las cláusulas 3.5.2, 3.5.3 y 3.5.4 del Reglamento de Gestión del Decreto No. 114/021, establecen lo siguiente:

(a) En principio, toda operación de contenedores deberá efectuarse en la terminal especializada de contenedores, y de forma excepcional la actividad podrá autorizarse en los muelles de carga general, por ocupación

de las instalaciones especializadas, en casos en el que por el tipo de carga sea obligatorio operar en muelles de ANP, como cuando es mercadería peligrosa y para contenedor de último momento (3.5.3).

(b) No se permite la autorización ni instalación de grúas pórtico y/o equipamientos que puedan dar lugar a una especialización en contenedores en los muelles generales o multipropósito (3.5.2).

(c) No se otorgarán nuevas concesiones, permisos ni autorizaciones para instalar y explotar una terminal de contenedores especializada durante la vigencia de la concesión, salvo que los movimientos que contenedores en la terminal especializada superen el 85% de la capacidad anual de la terminal por dos años consecutivos. Esta condición de capacidad no podrá ser ejecutada mientras se desarrolla la construcción del proyecto de ampliación establecido en el presente Decreto. 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 existente. (3.5.4).

Corresponde determinar si las previsiones expuestas implican la consagración de un monopolio de explotación de la operación de contenedores a favor de la terminal especializada por medio de un reglamento del Poder Ejecutivo sin fundamento en Ley basada en razones de interés general; o si por el contrario, son normas legítimas de organización y funcionamiento dispuestas por el Poder Ejecutivo en cumplimiento de los artículos 7 y 9 de la Ley No. 16.246, que prevén diferencias legítimas en el funcionamiento en atención al título de concesionario que detenta CC.

En primer lugar, conviene delimitar los conceptos de libre

competencia para luego analizar cómo se relaciona con los actos impugnados.

La Dra. Cristina Vázquez explicó que, para que exista competencia en un mercado, según la concepción dinámica, son fundamentales la libertad de entrada y la libertad de elección. Así, citando a Stigler expresó que *“Las condiciones para que exista competencia en un mercado son, para la concepción dinámica: a) que los rivales actúen independientemente y no de acuerdo; b) que el número de rivales presentes y potenciales sea suficiente para eliminar los beneficios extraordinarios, c) que los que realizan transacciones en el mercado posean un cierto conocimiento de las oportunidades del negocio; d) que haya libertad para poner en práctica dicho conocimiento; y e) que haya tiempo suficiente para que los recursos se muevan hacia donde desean sus dueños. Son fundamentales entonces la libertad de entrada y libertad de elección.”* (Cfm. Vázquez, Cristina. Derecho Público y Derecho a la Competencia en Nuevos Aspectos de las Relaciones Administrativas, Instituto de Derecho Administrativo. FCU, 2011, pág. 81 y 82.).

Por su parte, Lucía Villamil, citando Marcial Rubio y Bunte, expresa que la libre competencia, al igual que la libertad de contratación, es solo una forma concreta del derecho fundamental a la libre actividad económica, y la competencia es libre cuando cualquiera puede competir con otros sujetos económicos para realizar negocios en un mercado determinado. La libre competencia supone libertad de acción y decisión, limitada sólo por la libertad de acción y decisión de los demás competidores y agentes del mercado. (Cfm. Villamil Maroatti, Lucía. Promoción de la competencia, defensa de la competencia y competencia desleal. en Nuevos Aspectos de las

Relaciones Administrativas, Instituto de Derecho Administrativo. FCU, 2011, pág. 130, citando a Rubio Correa, Marcial. Estudios de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999 Tomo 3.).

Jorge Joeckel indica que las normas que sancionan la práctica restrictiva y la competencia buscan proteger la libertad en el acceso y permanencia en el mercado. (Cfme. Joeckel Kovacs, Jorge. Disposiciones Generales de la Ley de Competencia Desleal. Ponencia en el 2º Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, pág. 355.).

La actividad objeto de análisis es la prestación de servicios portuarios, que como reconocen las partes y los terceristas, es de carácter privada y de interés público.

Dadas estas condiciones, la Ley N.º 16.246 y sus decretos reglamentarios disponen algunas limitaciones al ingreso al mercado, y por tanto, a la libre competencia, exigiéndose en primer término, una habilitación para ser operador portuario y adicionalmente una autorización, permiso o concesión según cada caso, para la prestación del servicio y la utilización de bienes del Estado.

Al respecto el Tribunal en Sentencia No. 352/2021 expresó “(...) *aunque los servicios portuarios están a cargo de particulares en régimen de libre competencia, ello no determina que estén regulados pura y exclusivamente por el Derecho Privado puesto que no se puede soslayar que la multicitada Ley de Puertos comienza declarando que “La prestación de servicios portuarios eficientes y competitivos constituye un objetivo prioritario para el desarrollo del país”. Por ende, al ser una actividad de especial interés general, se encuentra sometida a los típicos principios del*

Derecho Público, y la prestación de los servicios marítimos o terrestres y la utilización a tales efectos de espacios abiertos o cerrados dentro de los recintos portuarios requiere el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones estatales. (cf. CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, 2007, p.187-188). En el mismo sentido, el Dr. EDGARDO AMOZA señaló que la actividad portuaria encuadra en los supuestos del artículo 36 de la Constitución (libertad de trabajo, industria, etc.), y que el Estado se constituye como gerente y garante del interés general, exponiendo que: “Esto se aplica plenamente a la actividad portuaria, definida como actividad privada de interés público. El Estado debe asumir una actividad consistente en orientación, fomento, incentivo, protección, coordinación y, en su caso, prestación acorde con las pautas legislativas.” (cf. AMOZA, EDGARDO, “Procedimiento administrativo para el otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones portuarias” en Estudios de Derecho Administrativo, N° 10, 2014, p. 499-516). De manera que la actividad portuaria, si bien privada, está sujeta al interés público, y compete a la ANP velar por éste, garantizando la prestación eficiente y ordenada en las distintas áreas y recintos portuarios. Esta característica de actividad privada sujeta al interés público se imprime en todas las modalidades de prestación: concesión, permiso o autorización, con distintas exigencias y derechos, que redundan en su estabilidad. Mientras la concesión es constitutiva de derechos, ya la modalidad del permiso es de “derechos debilitados”, sin plazo, precario y revocable (cf. autor citado siguiendo a DURÁN)”.

El ingreso al mercado, para de este modo ejercer competencia, requiere de habilitación sumado a autorizaciones, permisos o concesiones

que el Estado otorga o no siguiendo los parámetros legales dispuestos a dichos efectos.

Es decir, el ingreso al mercado, la posibilidad de competir, las actividades que se pueden desarrollar y los términos en las que se pueden desarrollar están limitados por el requerimiento de habilitaciones, autorizaciones, permisos y concesiones que se otorgan únicamente con el cumplimiento de ciertos requisitos.

En este sentido, Duran Martínez expresó *“Desde el momento que la actividad portuaria constituye una actividad de interés público, aunque privada, el derecho regula meticulosamente su ejercicio. Las empresas privadas, así, para poder prestar servicios portuarios requieren ser habilitadas al efecto (art. 9 y 14 de la ley N.º 16.246; arts. 11, 12, 13, 15 y 16 del decreto N.º 412/992 de 1º de setiembre de 1992 y decreto N.º 413/992, de 1º de setiembre de 1992, modificado por el decreto N.º 105/993, de 2 de marzo de 1993) Pero no basta con la habilitación. Luego de obtenida esta habilitación, se requiere además, la inscripción en determinados registros (artículos 14 y 15 del decreto N.º 412/992). Pero todavía no basta con la habilitación e inscripciones registrales indicadas; se requiere además una concesión, permiso o autorización según los casos (art. 12 de la ley N.º 16.246 y arts. 11 y 40 del decreto N.º 412/992). El otorgamiento de las concesiones, permisos o autorizaciones debe efectuarse de manera que las actividades practicadas en virtud de esos actos se desarrollen con ajuste a los principios legales, (...) entre los que se encuentra a la libre concurrencia. Pero se otorgarán en la medida que ello sirva para el cumplimiento con el mandato legal contenido en el inciso primario del artículo 1 de la Ley N.º 16.246: que es la prestación de esos servicios*

portuarios sirva para el desarrollo del país.” (Cfme. DURAN MARTÍNEZ, A. Casos de Derecho Administrativo Volumen VI, Montevideo, 2010. pág., 69).

Estos títulos habilitantes pueden verse como limitaciones -previstas legalmente- para el desarrollo de la libre competencia, tanto para el ingreso al mercado como para su desempeño, ya que dependerá del título que se tenga, la actividad que se puede desarrollar y como se puede desarrollar.

Por este motivo, es legítimo que el Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad otorgada por la ley, delimite como se organizará y funcionará el puerto, optando por la concentración de la operación contenedores a una terminal especializada por motivos de eficiencia fundado en el Plan Maestro de la consultora MM y en informe final de rectificación del Plan Maestro a cargo de la consultora NN de 1999 que ratificó la importancia de la terminal especializada de contenedores para cumplir los objetivos mencionados.

De este modo, se diferencia la situación jurídica de quien detenta una concesión para instalar y explotación de una terminal especializada de contenedores, que cumplió con exigencias de inversión y asumió ciertas obligaciones, de la situación jurídica de los demás operadores portuarios, que no poseen concesión a esos efectos.

La competencia entre ambos sujetos no será en términos de igualdad, en tanto no son titulares de los mismos derechos, así como no asumieron los mismos riesgos y obligaciones ni realizaron las mismas inversiones.

Si se entendiera que todos los operadores portuarios, sin importar la autorización, permiso o concesión que posean pueden desarrollarse en igualdad de condiciones y en términos de completa e ilimitada libertad de competencia, no tendría sentido obtener una concesión, en lugar de otro

título precario como una autorización, tampoco tendría sentido la previsión legal que distingue las figuras de habilitación, autorización, permiso y concesión según cada actividad, ni las exigencias que se solicitan en cada caso.

Olivera García explica que existe competencia en el mercado *“cuando las personas se relacionan recíprocamente de manera que, con el empleo de ciertos medios, tienden a cumplir un fin que no podrá conseguir todas ellas a la vez. Es un fenómeno de confrontación entre los titulares de pretensiones coincidente que no admite satisfacción conjunta.”* (Olivera García, Ricardo, Introducción al Derecho de la competencia, en El nuevo régimen del Derecho de la competencia, Mont., 2001.).

Como expuso Cristina Vázquez, *“López de Castro García-Morato y Ariño Ortiz parten del significado etimológico del término “competencia”, que proviene del latín “competitio” (concurrentia múltiple de peticiones sobre una cosa a la que hay que adjudicar un dueño). El Diccionario de la Real Academia—señalan—la define como “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.”* (Cfm. Vázquez, Cristina. Derecho Público y Derecho a la Competencia en Nuevos Aspectos de las Relaciones Administrativas, Instituto de Derecho Administrativo. FCU, 2011, pág. 81.).

En este caso, AA y CC no pueden ser legítimamente titulares de pretensiones coincidentes en los términos de Olivera García, ni legítimos aspirantes a obtener la misma cosa en palabras de la Real Academia, porque el primero no tiene concesión para la instalación y explotación de una terminal especializada, y el otro sí.

El literal D del artículo 20 de la Ley 17.243 al prever *“no se*

comprometerá restricciones para operar en otros sectores del Puerto de Montevideo”, no puede, razonablemente y acorde a derecho, interpretarse como una derogación de las previsiones legales sobre autorizaciones, permisos y concesiones, una desregulación en ese aspecto ni el desconocimiento de las diferencias de exigencias, ámbito y condiciones de funcionamiento dispares entre los diferentes operadores según el tipo de título habilitante.

Tampoco las cláusulas 3.5.2 y 3.5.3 vulneren el artículo 12 de la Ley No. 16.246. El referido artículo establece que el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones no podrán implicar la atribución exclusiva a una o varias empresas de la explotación de los muelles comerciales de la ANP, y acto seguido indica 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 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”*.

En el caso, se observa que la terminal especializada no tiene exclusividad en la operación de contenedores, sino que una prioridad, manteniéndose la actuación en los muelles generales en casos excepcionales, y que dicha prioridad se dispone en virtud de la concesión que tiene CC -y no tiene AA- que afecta un espacio territorial dentro del recinto portuario, como prevé el referido artículo.

Ahora bien, para el cumplimiento de la libre competencia prevista en el artículo 23 de la Ley No. 16.246, es necesario que exista la posibilidad de

competencia entre sujetos que se encuentran en las mismas condiciones, es decir, al menos dos concesionarios.

Respecto a la referencia a grúas pórtico y/o equipamiento de la cláusula 3.5.2. no resulta ilegítima por lo que se dirá.

La referida cláusula prevé que no se permitirá la autorización ni instalación de grúas pórtico y/o equipamiento que pueda dar lugar a una especialización en contenedores fuera de las áreas y muelles especializados.

La prohibición de autorizar e instalar grúas pórtico fuera del área especializada responde a la concentración de la operación de contenedores en la terminal especializada, que se entiende legítima por los argumentos expresados anteriormente.

El artículo 18 del Decreto No. 57/994 dispuso que las grúas o medios de movilización de cargas situaciones de forma permanente en el muelle, sobre rieles, se consideran instalaciones fijas formando parte del mismo como inmuebles por accesión y su puesta a disposición será cumplida en forma directa por la Administración Portuaria o indirectamente por empresas privadas o mixtas de derecho privado en régimen de concesión.

Mientras que la puesta a disposición de otras grúas que no constituyan instalaciones fijas, elevadores o guinches, automóviles o no, será cumplida por la empresa privada habilitadas al efecto en régimen de autorización.

Ahora, bien ello no implica la prohibición de autorizar la instalación de grúas móviles u otras instalaciones que no impliquen especialización en los muelles de carga general. Se entiende que esta norma debe interpretarse de modo que no queden incluidas las grúas móviles, y entender como expresó CC que estas grúas no son instalaciones que puedan dar lugar a una especialización en contenedores. Conforme a esta interpretación, los demás

operadores portuarios podrán emplear grúas móviles para operar mercadería no contenerizada y contenedores en el muelle de carga general en los casos previstos, siempre que cuenten con autorización a dichos efectos.

Como sostuvo la tercerista CC, las grúas móviles con las que AA declaró operar, no implican una especialización en contenedores, y esta es la interpretación que corresponde darle a la cláusula, de modo que no se impida a AA utilizar las grúas móviles para la operación de contenedores en las situaciones en que así lo permite la reglamentación y en el ámbito de actuación de los títulos habilitantes, esto es, en los muelles de carga general.

Respecto al agravio que cuestiona la cláusula 3.5.4, el mismo resulta de recibo. Dicha cláusula dispone:

“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 la Terminal gestionada por el Contratista superen el ochenta y cinco por ciento (85%) de la capacidad anual de la Terminal por los dos años consecutivos. Esta condición de capacidad no podrá ser ejecutada mientras se desarrolla la construcción del proyecto de ampliación establecido en el presente Decreto. 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 existente”.

De la lectura resulta ilegítima la referida cláusula que impide el otorgamiento de nuevas concesiones, permisos y autorizaciones para instalar y explotar una terminal de contenedores especializada durante la vigencia de

la concesión, salvo que los movimientos que contenedores en la terminal especializada superen el 85% de la capacidad anual de la terminal por dos años consecutivos.

Dicha previsión controvierte lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley No. 18.159 porque prevé una limitación de la libre competencia sin contar con ley fundada en razones de interés general.

Ello no significa que para que sea legítimo se deba haber previsto necesariamente dos terminales ni obligado el otorgamiento a dos concesiones, sino que para su legitimidad basta con no haberse restringido la posibilidad de otorgar una segunda, sin fundamento legal.

Aunque la limitación al ingreso al mercado puede encontrar fundamentos económicos que no son objeto de consideración de este Tribunal, no encuentra respaldo legislativo dicha limitación. No se rechaza la posible conveniencia en términos económicos que dicha disposición pueda tener, pero se trata de una limitación al derecho a la libre competencia, en particular en la posibilidad de ingreso al mercado, que no está prevista legalmente, como si lo está la exigencia de concesión, permiso o autorización antes analizada.

El artículo 20 de la ley No.17.243 admite la concesión de solo una terminal en caso de que la concesionaria sea la sociedad económica mixta prevista en el artículo 20, pero no prohíbe ni restringe el otorgamiento de otras concesiones como establece la cláusula 3.5.4.

Dicha norma autoriza a ANP, en sociedad con capitales privados, a la construcción y explotación de “una” terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo, pero no prohíbe ni restringe la posibilidad de otorgar nuevas concesiones, permisos o autorizaciones para instalar y explotar una terminal

especializada, por lo que, tratándose de una limitación a la libre competencia, no puede hacerse legítimamente por reglamento sin fundamento legal, como si lo tiene la distinción entre la situación de los prestadores según su título habilitante como fue analizado anteriormente.

En este sentido no se comparte lo expresado por la Procuraduría en su dictamen en cuanto a que el artículo 11 de la Ley de Puertos dispone que ANP “podrá” otorgar concesiones, permisos o autorizaciones a fines de realizar servicios portuarios, le asigna poderes jurídicos que podrá ejercer o no, “según entienda pertinente”.

Si bien el literal B, artículo 11 de la Ley No. 16.246 confiere un poder a ANP para otorgar las referidas concesiones, permisos y autorizaciones, el artículo 13 literal B establece un límite a dicha potestad, que es evitar la formación de monopolios de hecho y cuando ello no fuera posible establecer garantías que aseguren su control, límite que se entiende fue sobrepasado al restringirse por reglamento la posibilidad de otorgar otra concesión para explotar terminal.

La cláusula 3.5.4 impide, salvo excepciones, el otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones para la instalación de una segunda terminal especializada durante el plazo de concesión de CC hasta 2081, por lo que, asegura un monopolio de terminal especializada a cargo de CC hasta entonces.

El monopolio no se configura por la concentración de la operación de contenedores en la terminal especializada instalada y explotada por un concesionario en detrimento legítimo de la operativa de los operadores portuarios que no tienen concesión, sino que el monopolio queda consagrado en la cláusula 3.5.4 en la medida que solamente una empresa podrá obtener

esa concesión hasta 2081 vetando la posibilidad de que otras empresas se postulen a dichos efectos y ejerzan la libre competencia entre entidades con la misma calidad -concesionarias- salvo excepción vinculada a la ocupación.

En definitiva, y conforme lo ya analizado el Tribunal entiende que corresponde confirmar las cláusulas 3.5.2 y 3.5.3, en tanto es legítimo que sujetos que detentan diferentes títulos para la prestación de servicios portuarios actúen en diferentes condiciones, como prevé la Ley No. 16.246 al exigir diferentes títulos para la prestación de servicios portuarios y el uso de bienes del Estado, siendo en definitiva ello una limitación -legalmente prevista- del ejercicio de la libre competencia; correspondiendo anular la cláusula 3.5.4 en tanto prevé una limitación al derecho a la libre competencia sin previsión legal basada en razones de interés general que lo disponga.

En este sentido, por Sentencia No. 303/2008 de 24 de julio de 2008, encontrándose vigentes las leyes Nos 16.246 y 17.242, el Tribunal entendió que CC no tenía exclusividad para operar en el puerto, confirmando el acto donde se licitó una concesión para explotar otra terminal; que impedir el otorgamiento de concesiones para explotar otras terminales especializadas implica asegurar una exclusividad a CC en términos monopólicos que no está prevista legalmente.

En esta oportunidad CC reclamó la nulidad del llamado a Licitación Pública para la explotación de una Terminal Polivalente de los muelles 8, 9, 10 y 11 y muelle C en régimen de concesión en el puerto de Montevideo, ante lo que la Corporación expresó: *“(...) el art. 7 de la Ley de Puertos, que establece la competencia del Poder Ejecutivo para el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución, quien deberá velar para que aquellos servicios que se presten en régimen de libre concurrencia se*

efectúen en condiciones tales que efectivamente la garanticen. (...)VI) Dado la competencia aludida, el marco normativo que rige la prestación de servicios portuarios, indica como principio guía, la prestación en régimen de libre concurrencia (arts. 7, 11, 13, 23 de la ley 16.246, art. 1 Decreto 412/992). La posición de la actora sobre cómo debe ser la competencia entre las empresas que operen en el Puerto, no se desprende de la normativa que regula la situación: - ni el art. 20 de la ley 17.243, ni su decreto reglamentario N° 137/001 disponen un apartamiento a este principio, asegurando exclusividad al titular de la Terminal de Contenedores. Y es que no se puede sostener que ello se centra exclusivamente, en poder concurrir en igualdad de condiciones al llamado a una licitación, como se afirma en la demanda.- De estar a esa posición se estaría consagrando un monopolio, sin norma legal que así lo establezca (art. 85 núm. 17 de la Constitución).- O bien, lograr por vía oblicua, desconocer lo Resuelto por la ANP el 6.02.2002 (Resolución N° 045/02 fs. 453-454 AA), que ante su pedido de ampliar su concesión, habilitándosele como prestadora de servicios en todo el Puerto de Montevideo, le fue denegada”.

Decreto No. 115/021

El Decreto No. 115/021 aprueba el Reglamento General de Atraque de Buques en el Puerto de Montevideo así como el Régimen de sanciones por incumplimiento de su artículo 22, organizando la designación de atraque en consonancia con la concentración de la operación de contenedores en la terminal especializada prevista por el Decreto No.114/021, que como se pronunció el Tribunal, constituye una legítima regulación por parte del Poder Ejecutivo en ejercicio de la competencia otorgada el artículo 7 de la Ley 16.246 y el artículo 3 del Decreto 412/992.

La accionante cuestionó el referido Decreto indicando que genera privilegios en la asignación de atraque de buques en la Terminal Especializada de Contenedores, al disponer que “... *la ANP deberá priorizar el atraque de buques y barcasas portacontenedores en la terminal especializada y solo podrá decretar los mismos en los muelles multipropósito en caso de que la Terminal Especializada se encuentre ocupada durante el período de 24 horas siguientes al decreto*” (artículo 14) lo que lleva a la desviación de buques hacia la terminal especializada, explotada por la concesionaria.

Tanto esta disposición como las sanciones impuestas por violación al artículo 22 del Reglamento (Atraque o fondeo de buques sin operación comercial) guardan relación con criterios de organización y control del tráfico fluvial y la operativa portuaria, dentro de las potestades y en el marco normativo aplicable y regulador de esta actividad, considerando la existencia de una terminal especializada a efectos de la operativa con contenedores. La priorización de atraque de buques portacontenedores es un criterio de organización que se encuentra en armonía con el resto de las disposiciones que crearon la terminal especializada en contenedores, priorizando las operaciones de contenedores en las áreas y muelles especializados.

El artículo 17 de la Ley No. 16.246 establecen que el Capitán del Puerto de Montevideo proyectará las normas que regulen las actividades sujetas a su dirección, coordinación y supervisión (en las que el artículo 16 incluye la dirección, coordinación y supervisión de actividades que se desarrollen en el puerto, en especial las relacionadas la entrada, visita y salida de buques, embarque, desembarque, estiba, desestiba, carga, entre otras). Las referidas normas serán comunicadas a los organismos o entidades

intervinientes en dichas actividades y elevadas a consideración del Poder Ejecutivo para su aprobación. Una vez aprobadas por éste, serán obligatorias para todos los organismos o entidades intervinientes.

Por lo expuesto, no corresponde hacer lugar al agravio planteado.

Motivación de los actos impugnados.

No resulta de recibo la insuficiente motivación de los actos procesados. Resulta suficiente y exacta la motivación de los Decretos Reglamentarios conforme lo cometió el artículo 20 de la Ley N.º 17.243, que surge de los vistos, considerandos, resultandos y atento de ambas normas.

Es dable destacar que no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las conveniencias e inconveniencias económicas o de otra índole diferente a la legitimidad de los actos que fueran esgrimidas por la accionante como agravios.

En definitiva, y por lo expuesto, corresponde confirmar el Decreto No. 115/021 y anular la cláusula 3.5.4 del Régimen de Gestión aprobado por el Decreto No. 114/2021, confirmándose el resto.

Por las razones expuestas, lo establecido en el artículo 309 de la Constitución de la República, el Máximo Órgano Jurisdiccional en materia Administrativa de la Nación,

FALLA:

Ampárase la pretensión anulatoria respecto a la cláusula 3.5.4 del Régimen de Gestión aprobado por el Decreto No. 114/2021 y, en su mérito, declárase su nulidad.

Desestímase la pretensión anulatoria respecto al resto de los actos procesados, y en su mérito, declárase su confirmación; sin especial condena procesal.

Intímase a la parte actora y tercerista a que, en el plazo de 60 días a partir de ejecutoriada esta sentencia, retiren la documentación por ellas agregada al expediente, bajo apercibimiento de procederse a su destrucción (Art. 1º de la Acordada No. 34/2023 y su modificativa No. 14/2024; art. 371 de Ley No. 20.075).

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios de los abogados de la parte actora, y tercerista en la cantidad de \$ 50.500 (pesos uruguayos cincuenta mil quinientos), respectivamente.

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados, expídanse testimonios si se solicitaren; y archívese.

Dr. Corujo (r.), Dra. Klett, Dr. Cal, Dr. Reyes, Dra. Hernández.

Dra. Mariella Saettone (Sec. Letrada).