

Buenos Aires, 4 de octubre de 2011

Vistos los autos: "Periopontis S.A. c/ E.N. Mº Economía-SAGPYA Resol 2/99 s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1º) Que, al confirmar la decisión de primera instancia, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó la demanda interpuesta por Periopontis S.A. contra el Estado Nacional, con el objeto de que se declarara la ilegitimidad y nulidad de la resolución 2/99 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (en adelante SAGPyA), y de las resoluciones y disposiciones complementarias dictadas en su consecuencia, y que se resarciera de los daños y perjuicios derivados del dictado de las normas impugnadas.

En su demanda, la actora relata que en el año 1996 se constituyó como sociedad de capital mixto argentino y alemán con el fin de explotar recursos pesqueros argentinos, en el marco del "Acuerdo sobre las Relaciones en Materia de Pesca Marítima entre la República Argentina y la Comunidad Económica Europea", aprobado por ley 24.315. Manifiesta que compró los buques AURIGA y CETUS, ambos del tipo "congeladores sin planta procesadora en tierra", que adquirió dos permisos de pesca, que fueron otorgados por la SAGPyA de conformidad con el decreto 2236/91, y que autorizaban a cada uno de los buques a capturar una cuota anual de 4.600 toneladas de merluza hubbsi (merluza común) y 2.200 toneladas de calamar.

Refiere que en el año 1998, el Consejo Federal Pesquero declaró que la especie merluza común se encontraba en estado de emergencia y, como consecuencia, la SAGPyA adoptó diversas medidas restrictivas para el manejo y conservación del recurso, entre ellas, dictó la resolución 2/99. Señala que esa norma dispuso, por un lado, y para todos los buques sin

distinción, la reducción del volumen total de captura autorizado. Por otra parte, la resolución dividió el Atlántico Sur en tres zonas de pesca y estableció: que la zona 1 quedaba reservada a los buques fresqueros; la zona 2 tanto para los buques fresqueros, como para los congeladores y factorías que tuvieran, además, plantas de procesamiento en actividad en territorio nacional continental; y la zona 3 quedaba habilitada a todos los buques sin distinción.

La actora manifiesta que sus buques eran de tipo congeladores sin planta procesadora en tierra, y, por ese motivo, fueron limitados a pescar en la zona 3, al sur de paralelo 48°. Explica que la merluza común se encuentra masivamente en la zona 2, por lo que "la limitación del cupo, el confinamiento a un área sin recurso, y los altísimos costos de traslado a la denominada 'zona 3', determin[aron] el quebranto de Periopontis y de otras empresas de capital extranjero sin plantas procesadoras en territorio nacional".

Considera que los perjuicios sufridos deben ser reparados por el Estado Nacional porque la distinción que la resolución 2/99 realiza entre buques es ilegítima, irrazonable y violatoria del Acuerdo entre nuestro país y la Comunidad Económica Europea, aprobado por la ley 24.315, así como del Tratado suscripto con la República Federal de Alemania sobre promoción y protección recíproca de inversiones aprobado por ley 24.098. Explica que los permisos de pesca se otorgan con asignación de cuotas de capturas máximas anuales, tanto para buques fresqueros como para congeladores y, por ese motivo, carecen de relevancia las diferencias de capacidad y potencia entre fresqueros y congeladores, porque ningún buque pesca de conformidad con toda la capacidad que posee, sino sólo hasta el cupo máximo asignado por la autoridad de aplicación.

Sobre esa base, la actora alega que la distinción realizada por la norma impugnada resulta carente de sustento

fáctico suficiente y constituye una discriminación ilegítima que, en realidad, tuvo como objetivo privilegiar indebidamente a los buques nacionales por sobre los extranjeros. Considera que ello queda demostrado porque “de los 41 buques congeladores que operaban en aquel momento, casi todos los que no poseían planta procesadora en tierra eran de capital extranjero”. Agrega que esto se ve corroborado porque en la motivación de la resolución 2/99 se cita como antecedente el Acta del Consejo Federal Pesquero n° 14 de fecha 9 de diciembre de 1998; y del acta en cuestión resulta, según la actora, que las restricciones dispuestas por la resolución provienen de la propuesta realizada por la Cámara de Procesadores y Armadores de Mar del Plata, integrada por empresarios con flota fresquera y planta en tierra.

Finalmente, sin perjuicio de lo expuesto y para el hipotético caso de que no se declare la invalidez de las normas que impugna, la actora alega que tiene derecho a obtener una indemnización por los perjuicios sufridos, con fundamento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

2º) Que, para decidir de ese modo, la Cámara consideró que los permisos de pesca de la actora habían sido otorgados en los términos del decreto 2236/91 y de la resolución SAGyP 245/91. Destacó que, según esas normas, los permisos podían ser suspendidos o limitados (mediante el establecimiento de zonas o épocas de veda, reservas de pesca, regulación de equipos a utilizar, delimitación de áreas, cuotas de explotación) por razones fundadas en la preservación del recurso. Sobre esa base, y teniendo en cuenta que la situación de emergencia de la merluza común no se encontraba controvertida en autos, el a quo concluyó que las actoras “no pueden pretender que los permisos las habiliten a pescar en cualquier lugar y cualquier especie, bajo cualquier condición (...) cuando como efectivamente ocurre, existe un riesgo real y concreto en la especie”.

Por lo demás, la cámara también rechazó el argumento relativo a la violación del Acuerdo sobre las Relaciones en Materia de Pesca Marítima entre la República Argentina y la Comunidad Económica Europea, así como del tratado suscripto con la República Federal de Alemania sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Al respecto, sostuvo que la actora no había logrado probar ni el incumplimiento de los procedimientos establecidos en el Acuerdo aprobado por la ley 24.315, ni el trato desigual respecto a los buques con capital extranjero.

En cuanto a los procedimientos, el a quo consideró que el sistema de consultas entre los Estados parte –previsto en el artículo 9, inciso 1, del Acuerdo– no había sido instituido como un recaudo previo, ni condicionaba la legitimidad de las normas dictadas por nuestro país en materia de pesca. Ello era así porque de la letra del precepto resultaba con claridad que las consultas se exigían, una vez adoptadas las medidas de conservación por parte de las autoridades argentinas, a los fines de adecuar –sobre la base de las nuevas exigencias legales del ordenamiento local– el tratado internacional “y mantener el equilibrio general del Acuerdo”. Por lo demás, el a quo señaló que, a la fecha del dictado de las normas impugnadas, el Acuerdo con la Comunidad Económica Europea había sido denunciado por la Argentina, y perdería vigencia indefectiblemente en mayo de 1999. Por ese motivo, consideró que la realización de las consultas en ese momento había devenido, además, impracticable.

Con relación a la regla de trato igualitario –prevista en el artículo 9, inciso 2, del Acuerdo aprobado por ley 24.315, y la obligación de trato justo y equitativo de las inversiones derivada del Tratado aprobado por ley 24.098–, la cámara consideró que el distinto tratamiento dado por la resolución 2/99 a los diferentes tipos de buque –sobre la base de su carácter de fresquero, congelador o factoría, y según tuvieran o no planta procesadora en tierra– tenía sustento fáctico suficiente y no podía ser considerado discriminatorio. Al respecto, sostuvo que

las normas impugnadas "ponderan las distinciones existentes entre los distintos tipos de flota (fresquera y congeladora), y no lo han hecho arbitrariamente sino con un criterio general y objetivo, reduciendo el esfuerzo pesquero de la flota de gran porte, cuya incidencia en el volumen de capturas es evidente y no puede plantear duda alguna. Al mismo tiempo, han procurado establecer un equilibrio entre el objetivo de conservar el recurso y la conveniencia de atenuar las consecuencias no deseadas en los ámbitos productivos y laborales del sector (...) a fin de mantener los niveles de empleo de mano de obra nacional, y ello con carácter general y no discriminatorio".

Finalmente, el a quo rechazó la pretensión indemnizatoria fundada en la responsabilidad por actividad lícita del Estado sobre la base de que la actora no tenía una legítima expectativa al mantenimiento invariable de las condiciones para desarrollar la explotación del recurso pesquero, por lo que las restricciones impugnadas eran parte del riesgo propio del negocio y el ejercicio lícito de la actividad regulatoria estatal. Por lo demás, agregó, la actora tampoco había logrado probar la relación de causalidad entre el daño invocado y las normas impugnadas. Ello era así porque la resolución 2/99 la confinaba a una zona con menor cantidad de merluza pero eso no significaba que automáticamente la actora no pudiera continuar con su actividad ya que, por un lado, durante el año 1999 había capturado 3.922.703 kg de merluza y, por el otro, la empresa también se dedicaba a la exportación de calamar, abadejo, brótola, lenguado y otras especies.

Contra la decisión de la cámara, la actora dedujo recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 937. A fs. 944/959 vta. el recurrente presentó su memorial, que fue contestado por la demandada a fs. 963/967 vta.

3º) Que el recurso ordinario interpuesto resulta formalmente admisible toda vez que se trata de una sentencia

definitiva en un pleito en que el Estado Nacional es parte y el valor disputado en último término, supera el mínimo establecido en el artículo 24, inciso 6°, ap. a, del decreto ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91.

4º) Que es pertinente recordar que conocidos precedentes del Tribunal han establecido los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, esto es, que (a) éste haya incurrido en una falta de servicio (artículo 1112 del Código Civil), (b) la actora haya sufrido un daño cierto, (c) exista una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546; "Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huillén y otros", Fallos: 332:2328; "Morrow de Albanesi", Fallos: 333:1404 y "Bea", Fallos: 333:1623).

Por lo demás, cabe recordar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos (artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea denegada (Fallos: 327:2231; 331:881, entre muchos otros).

5º) Que esta circunstancia es, precisamente, la que se presenta en el caso en examen toda vez que la actividad probatoria de la actora es insuficiente para probar tanto la existencia de los daños que invoca, como la relación de causalidad entre esos perjuicios y la aplicación a su parte de las normas impugnadas, a la luz de las reglas generales en la materia (artículos 901 y ss. del Código Civil).

En primer lugar, en cuanto al daño emergente, el reclamo es vago y genérico. La actora no precisa, ni produce prueba conducente a fin de determinar cuáles son los conceptos que componen ese rubro, ni cuál es exactamente el período reclamado. En efecto, en su escrito de fs. 532/538 vta. (en el que pretende subsanar la indeterminación de su reclamo indemnizatorio, según lo prescripto por la sentencia de fs. 527/528 vta.), la actora se limita a señalar que "Periopontis S.A. incurrió necesariamente en ingentes gastos ya que, con el objetivo de salvaguardar los permisos de pesca de los buques evitando su pérdida por inactividad, se encontró forzada a efectuar mareas (...) con resultados económicos negativos, acerca de cuyos montos y composición ilustran los Anexos II (...) y III". Y, cabe resaltar, los Anexos II y III sólo expresan escuetamente que, según el estado de resultados contable, la empresa tuvo pérdidas en los ejercicios financieros 1999 y 2000.

Tampoco resulta útil para subsanar la imprecisión señalada la prueba producida en el expediente. En efecto, del informe pericial contable obrante en autos surge que la empresa tuvo pérdidas en todos los ejercicios financieros, incluso con anterioridad al dictado de la resolución SAGPyA 2/99. Por ese motivo, para demostrar la existencia y monto del daño emergente, no es suficiente invocar balances deficitarios. Hubiera sido necesario delimitar y acreditar qué proporción de esas pérdidas fue consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas en este juicio. La actora no ofreció ni produjo prueba en este sentido; en particular, no introdujo ningún punto pericial para demostrarlo.

En tales condiciones, la actora pretende que se le reconozca como "evidente" que las restricciones a la pesca de la merluza hubbsi incrementaron sus pérdidas, lo que no es admisible, según invariable jurisprudencia del Tribunal. Al respecto, esta Corte tiene dicho que el concepto de indemnización

de perjuicios lleva implícita la realidad de éstos y, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad (Fallos: 196:406; 211:1429; 273:269; 307:169; 312:1599 –voto de los jueces Belluscio y Petracchi–, entre otros). Tal extremo no se halla cumplido en el sub lite, toda vez que la carga de la prueba incumbía a la actora (artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y ningún elemento de convicción se ha incorporado al expediente que justifique ni la existencia, ni el monto, ni la relación de causalidad entre el daño emergente invocado y la conducta estatal cuestionada.

De la misma manera, se advierte que en la causa tampoco existe prueba suficiente para fundar el reclamo por lucro cesante. El Tribunal ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas y estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409 y 328:2654), y que su admisión requiera una acreditación suficiente del beneficio económico (Fallos: 311:2683).

Al respecto, no sólo resulta de los autos que la actora no ha logrado probar la existencia de lucro cesante, sino que, por el contrario, del punto K de la prueba pericial –en el que la actora solicitó que “teniendo en cuenta el costo promedio de cada marea y el producido promedio de cada una de ellas, el experto estimar[a] el perjuicio económico (lucro cesante) padecido por Periopontis S.A.”– resulta que, según el perito, “teniendo en cuenta que los resultados, considerando todos los ingresos (propios de la marea y prorrateados) y costos (directos, prorrateados e indirectos), arrojan pérdidas, tal como lo expusimos, en mi opinión no habría existido perjuicio económico para Periopontis S.A.”. La actora no logra refutar esta conclusión. Se limita a afirmar, dogmáticamente, que el perito no debió haber considerado los costos indirectos. Esta postura, que la apelante no sustenta en ningún criterio científico ni contable, implicaría, además, no tener en cuenta los costos

reales que la empresa Periopontis S.A. requiere para funcionar que, claramente, exceden los costos directos de los buques en cuestión.

Finalmente, y sólo a mayor abundamiento, cabe señalar que –aun en la hipótesis de que hubieran existido las utilidades que invoca la actora– la proyección de ganancias realizada por la apelante se presenta, incluso en teoría, como errónea. Ello es así porque su razonamiento no tiene en cuenta que, aun cuando sus buques hubieran podido continuar pescando al norte del paralelo 48°, la situación de emergencia de la merluza y las restricciones generales a todos los buques, hubieran hecho imposible esperar un nivel de captura similar al de años anteriores.

Sobre la base de lo expuesto, cabe concluir que la actora tampoco ha acreditado los daños reclamados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza necesario para que proceda su reparación (Fallos: 311:2683; 312:316, entre otros).

En tales condiciones, y dado que la orfandad probatoria respecto al reclamo indemnizatorio determina, necesariamente, el rechazo de la demanda, es innecesario el tratamiento de los restantes agravios.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto, y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvanse los autos. RICARDO LUIS LORENZETTI - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso ordinario interpuesto por **Periopontis S.A., actora en autos**, representada por el **Dr. Alberto J. R. Isla Casares**, con el patrocinio letrado del **Dr. Juan Ignacio Sáenz**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional, demandado en autos**, representado por la **Dra. Natalia D'Amico**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 8.**