

Buenos Aires, 9 de junio de 2009.

Vistos los autos: "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1°) Que, al confirmar la decisión de primera instancia, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la demanda interpuesta por Zonas Francas Santa Cruz S.A. contra el Estado Nacional, y lo condenó a pagar la suma de 5.430.600 pesos, más los intereses correspondientes, en concepto de daños y perjuicios derivados del dictado del decreto 1583/96.

En su demanda, la actora explica que el decreto 520/95 del Poder Ejecutivo Nacional autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. Sostiene que, teniendo en cuenta esa circunstancia, se presentó a la licitación pública convocada por la provincia de Santa Cruz para el establecimiento y explotación de las dos zonas francas mencionadas. Relata que ganó la licitación, celebró el contrato y comenzó a cumplir sus obligaciones. Manifiesta que, posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1583/96, que dispuso dejar sin efecto el decreto 520/95.

Alega que esta modificación normativa alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras tenidas en cuenta por su empresa al momento de presentarse en la licitación. Considera que ante las nuevas circunstancias el cumplimiento del contrato hubiera resultado ruinoso para su parte y explica que, por ese motivo, el 3 de junio de 1997 comunicó a la provincia de Santa Cruz su decisión de resolver el contrato.

Como fundamento de su reclamo, aduce que el decreto

1583/96 es nulo e inconstitucional, por carecer de causa y motivación suficientes, así como por desconocer derechos adquiridos al amparo de una legislación anterior. Agrega que, aun en el hipotético caso de que no se declare la invalidez del decreto, su parte tiene derecho a obtener una indemnización por los perjuicios sufridos, con fundamento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

2°) Que, para decidir de ese modo, tanto el juez de primera instancia como la cámara consideraron que el Estado Nacional tenía responsabilidad por los daños derivados de su accionar legítimo. Explicaron que si bien nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos, el Estado tiene la obligación de indemnizar a quienes hayan adquirido derechos al amparo de una norma derogada.

Sobre la base de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el decreto 520/95 había generado derechos para la actora, los jueces concluyeron que el Estado Nacional no podía revocarlo sin indemnizarla. A tal fin, consideraron aplicable lo dispuesto por el artículo 18 del decreto-ley 19.549 y condenaron a la demandada a pagar la suma de \$ 414.743 por el daño emergente y \$ 5.015.857 por lucro cesante.

En cuanto al daño emergente, incluía: por un lado, la suma de \$ 290.521,95, en concepto de honorarios por diversas consultorías, asesoramientos y servicios extraordinarios; y, por el otro, la suma de \$ 124.221,05, por los gastos normales de funcionamiento de la sociedad que, "en razón de la actividad —determinada por el objeto social— quedaba exclusivamente restringida a la explotación de zonas francas...cuya imposibilidad determina la inexistencia de ingresos susceptibles de compensar los gastos en cuestión".

Con relación al lucro cesante, los jueces entendieron que correspondía reconocer la suma de \$ 5.015.857, sobre

la base de que la actora, al momento de ofertar en la licitación pública de la que resultó ganadora, tenía una expectativa de obtener una utilidad del 20,30% sobre la inversión realizada, sólo por las operaciones de ventas al por menor. Los jueces consideraron probada esta expectativa de ganancia sobre la base de la Tasa Interna de Retorno (TIR), que declaró la empresa en la documentación presentada junto con la oferta, y teniendo en cuenta que, según el perito, la TIR declarada por la actora parecía razonable porque "está por encima de la tasa de corte del 14% (costo del dinero para la empresa). En el caso de que esta TIR estuviese por debajo de la tasa de corte podríamos decir que no es razonable encarar el proyecto". En tales condiciones, y sobre la base de los valores declarados por la empresa en la oferta, los jueces concluyeron que la ganancia neta esperada por la actora, en concepto de utilidades futuras por el lapso de 30 años que duraría la concesión, ascendía a la suma de \$ 5.015.857.

Contra la decisión de la cámara, el Estado Nacional dedujo recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 997. A fs. 1006/1037 vta., el recurrente presentó su memorial, que fue contestado por la actora a fs. 1040/1060 vta.

3°) Que el recurso ordinario interpuesto resulta formalmente admisible toda vez que se trata de una sentencia definitiva en un pleito en el que el Estado Nacional es parte, y el valor disputado en último término supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91.

4°) Que, en primer término, cabe señalar que el agravio relativo a la falta de legitimación pasiva del Estado Nacional no puede prosperar. Los argumentos del recurrente sólo demuestran que la actora tuvo una relación contractual

con la provincia de Santa Cruz, que se vio afectada por el dictado del decreto 1583/96; pero no logran refutar la conclusión del a quo en cuanto a que el Estado Nacional es el titular de la relación jurídica sustancial que aquí se discute. Ello es así, toda vez que la demanda no tiene como fundamento el contrato suscripto entre la actora y la provincia, sino el dictado de un decreto por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

5°) Que, por otra parte, tampoco resulta atendible el agravio relativo a la nulidad del decreto 520/95. Ello es así, porque la sola demostración de la ilegitimidad de esa norma no es suficiente para concluir, tal como lo hace dogmáticamente el Estado Nacional, que la actora no pudo obtener derecho alguno derivado de ese decreto.

Al respecto, cabe tener en cuenta que el decreto 520/95 fue dejado sin efecto por razones de oportunidad, mérito y conveniencia; y que nada hay en el expediente que demuestre que, mientras estuvo vigente, la actora tenía motivos para conocer sus vicios, máxime cuando la norma gozaba de la presunción de legitimidad de los actos estatales.

Por ese motivo, resulta innecesario tratar los planteos de la recurrente relativos a si el pedido de nulidad del decreto (realizado en esta instancia) resulta temporáneo, o si la ilegitimidad del decreto 520/95, declarada en un juicio en el que la actora no fue parte, le resulta oponible en este proceso.

6°) Que, sin embargo, asiste razón al recurrente en cuanto señala que la sentencia de cámara reconoció varios daños sobre la base de afirmaciones dogmáticas, sin dar adecuada respuesta a las sucesivas impugnaciones realizadas por el Estado Nacional al dictamen pericial en el que el a quo fundó su decisión.

Concretamente, respecto al daño emergente, la suma reconocida por la cámara bajo la denominación genérica de "honorarios" incluye, según el dictamen pericial: a) honorarios profesionales pagados como "anticipo" a los abogados que patrocinan a la actora en este juicio; y b) una variedad de pagos realizados a diversas personas por asesoramientos, consultorías y servicios especiales a la empresa actora.

Ahora bien, asiste razón al Estado Nacional en cuanto sostiene que estos gastos no configuran un detrimento patrimonial que deba ser resarcido.

Por un lado, los "anticipos" de honorarios a los letrados de la actora, integran los gastos del juicio y, por ese motivo, su pago estará a cargo de la parte condenada en costas, según las reglas establecidas en la legislación procesal vigente.

Por otra parte, con relación a las erogaciones realizadas en concepto de asesorías, consultorías y servicios varios, según surge con claridad del peritaje, se trata de gastos extraordinarios que no integran los normales del giro de la empresa. Al respecto, cabe señalar que la mera existencia del gasto no es suficiente para concluir que se trata de un daño patrimonial indemnizable.

Cabe recordar que para que se configure la responsabilidad por daños y perjuicios son requisitos ineludibles: la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre la conducta fundamento del reclamo y el perjuicio invocado, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (Fallos: 315:2865; 320:266 y causa S.2790. XXXVIII "Serradilla", fallada el 12 de junio de 2007 —Fallos: 330:2748—). En este caso, de la prueba acompañada resulta que la sociedad contrató servicios de consultorías en materia de personal, informática, impositiva, y contable, pero en ningún

momento se demuestra que estas erogaciones constituyan gastos que la empresa tuvo la obligación de afrontar como consecuencia de la conducta que le imputa al Estado Nacional.

Por el contrario, del dictamen pericial y de la cantidad y variedad de servicios englobados bajo este ítem, resulta con claridad que no integraban los gastos normales y necesarios para el funcionamiento de la empresa, y que la contratación de estos servicios fue una decisión discrecional de la actora.

En tales condiciones, cabe concluir que la accionante no logró acreditar que las erogaciones enunciadas bajo la denominación de "honorarios" guarden un nexo causal relevante, a la luz de las reglas generales en la materia (arts. 901 y ss. del Código Civil), con la conducta del Estado Nacional. Y la no acreditación de este extremo resulta un obstáculo insoslayable para la procedencia del reclamo respecto de estos gastos (ver Fallos: 312:343, considerando 8°).

Finalmente, también asiste razón al apelante en cuanto alega que la actora no acreditó debidamente el lucro cesante. En este aspecto, los jueces consideraron que correspondía reconocer la suma de \$ 5.015.857, sobre la base de que la actora, al momento de presentarse en la licitación pública de la que resultó ganadora, declaró en la documentación presentada junto con la oferta, que tenía una expectativa de obtener una utilidad del 20,30% sobre la inversión realizada (Tasa Interna de Retorno), sólo por las operaciones de ventas al por menor.

Según surge de las explicaciones del dictamen pericial, así como de las impugnaciones del Estado y de las contestaciones del experto, la Tasa Interna de Retorno (TIR) es un mecanismo que permite evaluar la conveniencia de una inversión, que sería rentable siempre y cuando el TIR esté por

encima de la Tasa de Corte (costo del dinero para la empresa). Ahora bien, de lo expuesto resulta que el TIR declarado por la empresa al momento de ofertar no puede ser prueba suficiente para acreditar el lucro cesante. Ello es así, porque se trata de una declaración unilateral de la empresa que no respalda con sustento fáctico suficiente, ni el monto ni la probabilidad cierta de las utilidades que la empresa dice esperar.

En efecto, en sus sucesivas impugnaciones al dictamen pericial, el Estado Nacional insistió sobre la ineptitud de este parámetro para probar las ganancias esperadas y propuso que el perito se expidiera sobre la rentabilidad de empresas dedicadas a negocios similares. Sin embargo, el experto, en sus respuestas, se limitó a repetir en forma dogmática que la expectativa de utilidad declarada por la actora "está por encima de la tasa de corte del 14% (costo del dinero para la empresa)", lo que haría razonable la inversión.

Sobre la base de lo expuesto, cabe concluir que la actora no ha acreditado los daños solicitados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza necesario para que proceda su reparación (Fallos: 311:2683; 312:316, entre otros). Al respecto, 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 reclamo sea denegado.

Por ese motivo, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la sentencia de cámara reconoció un lucro cesante de \$ 5.015.857, sin tener en cuenta que el dictamen pericial sobre el que fundó su decisión no era suficiente para acreditar ese monto, ni tampoco la probabilidad cierta de las

ganancias que la actora habría sido privada de obtener.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto, se revoca parcialmente la sentencia apelada, de conformidad con lo expresado en el considerando 6° y se fija la indemnización en la suma de \$ 124.221,05. Las costas de todas las instancias se imponen en la medida de los vencimientos parciales (artículo 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvanse los autos. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VO-//-

-//--TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 5° inclusive del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay.

6°) Que, sin embargo, asiste razón al recurrente en cuanto señala que la sentencia de cámara reconoció varios daños sobre la base de afirmaciones dogmáticas, sin dar adecuada respuesta a las sucesivas impugnaciones realizadas por el Estado Nacional al dictamen pericial en el que el a quo fundó su decisión.

Concretamente, respecto al daño emergente, la suma reconocida por la cámara bajo la denominación genérica de "honorarios" incluye, según el dictamen pericial: a) honorarios profesionales pagados como "anticipo" a los abogados que patrocinan a la actora en este juicio; y b) una variedad de pagos realizados a diversas personas por asesoramientos, consultorías y servicios especiales a la empresa actora.

Ahora bien, asiste razón al Estado Nacional en cuanto sostiene que estos gastos no configuran un detrimento patrimonial que deba ser resarcido.

Por un lado, los "anticipos" de honorarios a los letrados de la actora, integran los gastos del juicio y, por ese motivo, su pago estará a cargo de la parte condenada en costas, según las reglas establecidas en la legislación procesal vigente.

Por otra parte, con relación a las erogaciones realizadas en concepto de asesorías, consultorías y servicios varios, según surge con claridad del peritaje, se trata de gastos extraordinarios que no integran los normales del giro de la empresa. Al respecto, cabe señalar que la mera existen-

cia del gasto no es suficiente para concluir que se trata de un daño patrimonial indemnizable.

Cabe recordar que para que se configure la responsabilidad por daños y perjuicios son requisitos ineludibles: la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre la conducta fundamento del reclamo y el perjuicio invocado, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (Fallos: 315:2865; 320:266 y causa S.2790. XXXVIII "Serradilla", fallada el 12 de junio de 2007 —Fallos: 330:2748—). En este caso, de la prueba acompañada resulta que la sociedad contrató servicios de consultorías en materia de personal, informática, impositiva, y contable, pero en ningún momento se demuestra que estas erogaciones constituyan gastos que la empresa tuvo la obligación de afrontar como consecuencia de la conducta que le imputa al Estado Nacional.

Por el contrario, del dictamen pericial y de la cantidad y variedad de servicios englobados bajo este ítem, resulta con claridad que no integraban los gastos normales y necesarios para el funcionamiento de la empresa, y que la contratación de estos servicios fue una decisión discrecional de la actora.

En tales condiciones, cabe concluir que la accionante no logró acreditar que las erogaciones enunciadas bajo la denominación de "honorarios" guarden un nexo causal relevante, a la luz de las reglas generales en la materia (arts. 901 y ss. del Código Civil), con la conducta del Estado Nacional. Y la no acreditación de este extremo resulta un obstáculo insoslayable para la procedencia del reclamo respecto de estos gastos (ver Fallos: 312:343, considerando 8°).

Finalmente, se debe revocar la sentencia en cuanto condena al Estado Nacional al pago del rubro lucro cesante. Al respecto, corresponde remitir a los fundamentos y conclusiones

desarrollados en los considerandos 8° a 16 del voto de la jueza Highton de Nolasco en la causa "El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicio de conocimiento", sentencia del 28 de julio de 2005 (Fallos: 328:2654) en los que se concluyó que la condena al Estado por los daños y perjuicios ocasionados por su actividad lícita no alcanza la reparación por lucro cesante.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto, se revoca parcialmente la sentencia apelada, de conformidad con lo expresado en el considerando 6° y se fija la indemnización en la suma de \$ 124.221,05. Las costas de todas las instancias se imponen en la medida de los vencimientos parciales (artículo 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase los autos. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

Recurso ordinario interpuesto por **el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Producción, demandado en autos**, representado por el Dr. **Miguel A. Font**.

Traslado contestado por **Zonas Francas Santa Cruz S.A., actora en autos**, representada por el Dr. **Mario N. Trincheri, en calidad de apoderado.**

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2.**