

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 19 días del mes de noviembre de 2012, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados "Centro Industrial Fueguino S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo - Acción Declarativa de Certeza -", Expte. N° 2324/10 de la Secretaría de Demandas Originarias, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: Jueces María del Carmen Battaini, Javier Darío Muchnik y Carlos Gonzalo Sagastume.

ANTECEDENTES

I.- El Dr. José Luis Paños, en su carácter de letrado apoderado de Centro Industrial Fueguino SA", titular del inmueble Estancia María Luisa, con el patrocinio letrado del Dr. José Silvio Pellegrino, interpone a fs. 111/123 acción contencioso administrativa y declarativa de certeza. Menciona que la pretensión se dirige contra el Decreto N° 2180/09 P.E.P., a los efectos de obtener que judicialmente se declare su invalidez, en lo pertinente y especialmente respecto de sus arts. 14, 19 y 25, por entender que conculca derechos conferidos por normas superiores, incurriendo en manifiesta inconstitucionalidad.

En igual sentido, incoa la petición de declaración de certeza, con el objeto de establecer el plazo de la concesión que oportunamente le fue conferida a su poderdante, sosteniendo que fue a perpetuidad.

A los fines de encuadrar legalmente los hechos que motivan las presentes actuaciones (fs. 112/114), explica que la Estancia María Luisa obtuvo la concesión para la explotación del Coto de Pesca por vía de la Disposición de la Dirección General de Recursos Naturales (D.G.R.N.) Nro. 163/94, y que dicho coto quedó registrado con la Matrícula N° 4, bajo la denominación de "Estancia María Luisa".

Dice que a partir de allí comenzó en forma ininterrumpida la explotación del beneficio concedido, en forma pacífica. Agrega que la concesión se otorgó en el marco de las facultades propias de la Administración, conforme a las disposiciones de la Ley N° 126 (Pesca Deportiva), que sustituyó a la Ley (t) N° 476 (Pesca Deportiva y Actividades Afines); y que se asignó a perpetuidad, porque en la Disposición D.G.R.N. Nro. 163/94 no se estableció un plazo.

Sostiene que el objeto material de la concesión se constituye de dos potestades: a) la del Estado sobre el recurso natural (el agua), y b) las del propietario del fundo, dueño de la ribera, con el fin de explotar comercialmente una porción del curso del agua a través de la pesca deportiva de salmónidos.

Explica a fs. 112 vta. que:

- a) El recurso pesquero (trucha) no es autóctono, fue introducido en la zona por el señor John Godall.
- b) El predio por el que se mueve el curso de agua es privado, por lo que no hay concesión de espacios públicos.
- c) El sector de la explotación está perfectamente delimitado.
- d) Todas las inversiones para la explotación fueron a cargo del propietario del fundo o el explotador, sin incentivos fiscales de ninguna naturaleza.
- e) El coto es el principal interesado en el mantenimiento y mejora del recurso. La práctica normal y habitual en estos emprendimientos es la captura y devolución de la presa, por lo que no hay impacto sobre la fauna íctica.
- f) No hay impacto ambiental en el recurso agua, ni desviación de su curso, ni utilización del agua para

procesos industriales o comerciales.

g) La actividad de la pesca deportiva fue objeto de promoción en el interior del país y en el extranjero, para generar inversiones y atraer turismo de alta performance.

h) Los cotos son generadores de actividad económica que dan sustento a cientos de personas en forma directa e indirecta.

Analiza a continuación el ANEXO I, del Decreto N° 2180/09 destacando, en lo que interesa para la cuestión ventilada en estas actuaciones, que los cotos en actividad, cuya concesión hubiere sido otorgada con anterioridad al dictado del citado Decreto (bajo el régimen de la Ley N° 126), “...caducarán de pleno derecho el 31 de diciembre de 2012, independientemente de los requisitos que en materia turística y deportiva deban cumplimentar a juicio de la Autoridad de Aplicación hasta la mencionada fecha” (fs. 113).

Hace referencia a las Resoluciones N° 642/09 y 023/10 S.D.S.y A., manifestando que con el dictado de esos actos se reglamenta el Sistema de Accesos gratuitos controlados de pescadores residentes en la Provincia a cursos y cuerpos de agua del dominio público ubicados en cotos de pesca, disponiendo a través de coordenadas geográficas el sector por el que accederían los pescadores en forma gratuita, efectivizándose de ese modo: a) una suerte de servidumbre de paso para el acceso al goce gratuito de pescadores al espacio concedido; y b) se apodera de todo un sector de la concesión, determinándolo a través de coordenadas que forman sus límites (fs. 113/113 vta.).

Afirma que la Administración dictó la citada reglamentación “manu militari” en lugar de celebrar acuerdos con los afectados, comunicando en forma unilateral sus decisiones confiscatorias una vez que fueron consumadas.

En el capítulo 5 (fs. 114/116), sostiene, con cita del precedente del más Alto Tribunal “Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/acción declarativa de certeza”, que no habiendo “excepción de intangibilidad de la propiedad a través de proceso expropiatorio fundado en declaración de utilidad pública, tanto la ley 244 en su artículo 20, como el Decreto 2180/09 PEP, como las Resoluciones que le siguieron (todavía no publicadas) n° 642/09 y 023/10 SDSyA son inconstitucionales, por violatorias del art.17 de la Constitución Nacional y 14, inc. 13 de la Constitución Provincial. Lesionan y violan asimismo los arts. 31 y 75 de la Constitución Nacional en tanto conculcan los derechos establecidos en los arts. 2508, 2513, 2516, 2639 y concordantes del Código Civil”. Pide por todo ello que el Tribunal declare la invalidez de las normas invocadas, “derogando en forma expresa la vigencia y validez del Decreto 2180/09 PEP y los sucesivos actos de la Administración en base en él” (fs. 116).

En el capítulo 6 (fs. 116/122), citando doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entiende es aplicable al caso, formula el planteo de determinación de certeza.

Destaca que las concesiones fueron dadas “sin plazo, esto es a perpetuidad”; y que el decreto cuya validez se impugna y pide su derogación, avanza sobre el derecho de su conferente, poniéndole fecha de expiración a la concesión: “...caducarán indefectiblemente el 31 de diciembre de 2.012” (fs. 116 in fine).

En breve síntesis, argumenta que:

- No hay lugar a dudas que en el caso se trata de una concesión, porque ese es el tratamiento dado por la Administración, y que además es de carácter perpetuo (fs. 117 vta.).

- El Decreto N° 2180 y las Resoluciones de la SDSyA lesionan gravemente el derecho de propiedad de su mandante, incurren en un exceso reglamentario, y no cumplen con los requisitos esenciales de los actos administrativos (fs. 119).

Señala que no cabe duda que la Administración le otorgó a su mandante una concesión, y que la propia disposición que cuestiona, el Anexo del Decreto N° 2180, así lo establece. Cita, para dar fuerza a su

argumentación, los arts. 16, 17, 19, 24 y 25 de esta última norma, donde se hace referencia a la circunstancia apuntada (fs. 120/120 vta.).

Sostiene que el legislador fueguino, con el dictado de las sucesivas normas que regularon la concesión de cotos para la pesca deportiva, y la constitución de “santuarios” y “reservas” (art. 26 de la Ley (t) N° 476, art. 14 de la Ley N° 126 y art. 25 de la Ley N° 244, incisos “a” y “b”), lejos de prohibir esa actividad la ha querido “fomentar”, a fin de proteger el recurso a través de su uso racional (fs. 120 vta.).

Finalizando su exposición, solicita al Tribunal que al momento de determinar el plazo de la concesión del coto de la propiedad de la actora, se declare que es a perpetuidad; y si procediera la determinación de un límite temporal a la concesión, que quede fijado en 99 años. Para justificar esta última solicitud invoca instituciones del derecho nacional e internacional que así lo han normado, como ser determinados arrendamientos (cita la nota que formula Vélez Sarsfield al art. 1505 del Código Civil); las concesiones de sepulcros; en materia de multipropiedad los condominios con fines de turismo y recreación; los plazos que se establecen en los estatutos de sociedades y fundaciones porque existen disposiciones reglamentarias que lo autorizan; y la Ley N° 24.031, en la que el Estado Nacional dió la concesión por ese lapso de tiempo a la Asociación Civil de Pescadores de Buenos Aires, para el uso del terreno que ocupa el muelle y su edificio social (fs. 121/122).

Funda el derecho que entiende le asiste, remite a la doctrina y jurisprudencia que ha invocado (fs. 122, capítulo 7), ofrece prueba (fs. 122/122 vta., capítulo 8), formula la reserva del caso federal (fs. 122 vta., capítulo 9), y peticiona que se tenga por interpuesta demanda de impugnación del acto administrativo objetado; por planteada la demanda declarativa de certeza a fin de establecer el plazo de la concesión como de tiempo indeterminado, o por 99 años a partir de su habilitación; y que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del art. 20 de la Ley N° 244; del Decreto N° 2180/09, y de las Resoluciones N° 642/09 y 023/10 SDSyA, con costos y costas del proceso (fs. 122 vta./123, capítulo 11).

II.- Por resolución de fecha 20/5/10 que obra a fs. 433/434vta. de estas actuaciones el Tribunal declara la admisibilidad formal de la demanda; y se decide correr traslado de ella al Sr. Fiscal de Estado para que comparezca y la conteste conforme a las reglas del proceso ordinario.

III.- A fs. 452/462vta. se presenta el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Dr. Virgilio Juan Martínez de Sucre, con el patrocinio letrado del Dr. Maximiliano Juan Malnati y opone excepción de inadmisibilidad de la instancia. Corrido el pertinente traslado (fs. 463), se presenta la parte actora y lo contesta, solicitando su rechazo, con costas (fs. 464/466).

IV.- El Tribunal resuelve a fs. 468/471 desestimar -por ser inadmisibile-, la excepción opuesta, con costas a cargo de la demandada.

V.- El Sr. Fiscal de Estado se presenta nuevamente a fs. 880/899vta., con el mismo patrocinio letrado, y contesta la demanda solicitando su íntegro rechazo, con costas.

Entiende que la materia en litigio en las presentes actuaciones puede identificarse en tres núcleos centrales. Indica que el primero se vincula con la extinción de las llamadas “concesiones”, otorgadas con anterioridad al dictado del Decreto Provincial N° 2180/09. El segundo expresa que está dirigido a cuestionar la constitucionalidad de las servidumbres de tránsito que recaen sobre fundos que tengan acceso a cursos de agua de dominio público provincial, establecidas en el art. 20° de la Ley N° 244 y en las Resoluciones S.D.S. y A. Nros. 642/09 y 023/10. El tercer punto, según afirma, se relaciona con las nuevas obligaciones introducidas por la norma y que exigen a los “concesionarios” que colaboren con el Concurso Provincial Anual de Pesca Deportiva (art. 14 del Decreto N° 2180/09), y aceptar un cupo adicional de cañas para pescadores residentes, art. 25 del decreto citado (fs. 880 vta.).

Con referencia al primer punto, manifiesta que no desconoce que la aplicación del art. 19 del Decreto N° 2180/09 a las “concesiones” de cotos de pesca existentes al momento de su sanción, ha sido tratado y

resuelto por este Tribunal en los autos “Estancia María Behety S.A. c/Provincia de Tierra del Fuego s/ contencioso administrativo”, no obstante -afirma- “tal precedente no resultará aplicable al caso de autos en toda su magnitud” (fs. 880 vta.).

A fs. 881/883 desarrolla argumentos dirigidos a demostrar que en el precedente citado “el análisis propiciado por el Tribunal...para calificar el vínculo, no resulta completamente acertado y merece ser revisado a fin de desentrañar correctamente la sustancia del acto que une a la Administración con la titular del coto de pesca accionante” (fs. 883); arribando a la conclusión que la naturaleza jurídica del acuerdo que vincula a las partes es un permiso y no una concesión.

Manifiesta que el Tribunal, como consecuencia de una confusión conceptual, “se deja llevar por la poco feliz expresión del Ejecutivo”, al prescribir que “caducarán”, sin advertir que meramente se trata del vencimiento del término por el cual se otorgó el acto (fs. 884).

Afirma que, cualquiera sea la posición que se adopte respecto de la naturaleza jurídica del acto otorgante (permiso o concesión), “es innegable la facultad de la Administración de recuperar para el uso común cualquier bien de dominio público afectado a un uso especial, sea mediante la fijación de un plazo de finalización o mediante la lisa y llana revocación del acto, lo que, en caso particular de los cotos de pesca, se halla ínsito dentro de las previsiones del art. 87 de nuestra Carta Magna” (fs. 886 vta.).

A fs. 887/890 responde a los argumentos de la parte accionante, enderezados a cuestionar al art. 19, del Anexo I, del Decreto N° 2180/09, por no cumplir con los requisitos esenciales de los actos administrativos.

Considera que es irrazonable la pretensión de la accionante de calificar como “perpetua” la autorización concedida por la Administración sobre un uso especial del río Irigoyen. Cita doctrina que entiende es aplicable al caso (fs. 890 vta./891 vta.).

Indica que “es indiscutible el derecho que posee el Estado para reglamentar, en forma exclusiva y excluyente, la explotación del recurso natural que contiene el Río Grande...” (fs. 894).

Sostiene que “mal puede hablarse de un derecho subjetivo en cabeza del titular de un coto de pesca, si sus facultades son producto de una mera tolerancia del Estado, que le permite al propietario ribereño percibir dinero de los pescadores que intenten pescar en la porción de río designada por la autoridad competente”; y que “...jamás podría la recurrente invocar la titularidad de un derecho subjetivo, y si esto es así, mucho menos que lo fuera a perpetuidad” (fs. 896 vta.).

Para dar respuesta al cuestionamiento de la parte actora dirigido en contra del art. 20 de la Ley N° 244, y las Resoluciones S.D.S. y A. Nros. 642/09 y 023/10, explica que ningún paso se ubica sobre el Río Irigoyen. Con lo cual, carece de legitimación la empresa accionante para impugnar esa norma. Respecto de las citadas resoluciones, expresa que han sido dejadas sin efecto con el dictado de la Resolución S.D.S. y A. N° 653/10, de fecha 1/10/10 (fs. 898 vta.).

Plantea que el gravamen referido a los arts. 14 y 25 del Decreto N° 2180/09, no están dirigidos a la empresa actora, y que por ello carece de legitimidad para impugnarlos; porque en los citados artículos las disposiciones no están dirigidas “en forma expresa” respecto de los cotos de pesca que fueron habilitados con anterioridad a la reglamentación (fs. 898 vta.).

Ofrece prueba, introduce el caso constitucional federal, y peticiona que oportunamente se dicte sentencia rechazando la demanda, con costas a la accionante (fs. 899vta.).

VI.- Mediante decreto de presidencia del Tribunal obrante a fs. 939, se ordena que se pongan los autos para alegar. A fs. 941/944vta. se incorpora a las actuaciones el alegato presentado por la parte actora.

VII.- A fs. 946/954 obra agregado el dictamen del Sr. Fiscal ante el Superior Tribunal.

VIII.- Por resolución de Presidencia del Tribunal agregada a fs. 955 se decidió llamar los autos para el dictado de la sentencia.

IX.- Practicado el sorteo del orden de estudio y votación (conforme constancia de fs. 956), y encontrándose la causa en condiciones de ser resuelta, el Superior Tribunal resolvió considerar y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es fundada la demanda?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Jueza María del Carmen Battaini dijo:

1.- Previo a ingresar al estudio de la primera cuestión propuesta al acuerdo, he de señalar que en el día de la fecha he emitido mi opinión en la causa “LODGE S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo – Acción Declarativa de Certeza”, expte. N° 2325/10 SDO. Por guardar identidad en cuanto a las pretensiones volcadas en el escrito de inicio, como así también en la respuesta dada por el Sr. Fiscal de Estado como representante legal de la Provincia de Tierra del Fuego, ceñiré mi voto a lo allí expuesto.

En consecuencia y para comenzar, adelanto que mi análisis no comprenderá el agravio vertido en el escrito de inicio, en contra de las Resoluciones de la Secretaría de Desarrollo Sustentable y Ambiente Nros. 642/09 y 023/10, porque, como bien lo hace saber el Sr. Fiscal de Estado a fs. 897 vta., esos actos administrativos han sido dejados sin efecto con el dictado de la Resolución S.D.S. y A. N° 653/10, publicada en el Boletín Oficial N° 2774, de fecha 1/10/10, pág. 29. También le asiste razón al representante legal de la Provincia de Tierra del Fuego, cuando observa que el precepto contenido en el art. 20 de la Ley N° 244, en virtud del cual se establecen servidumbres de tránsito, está dirigido a fundos que tienen acceso a cursos de agua de dominio público, circunstancia que no se da respecto del de la empresa accionante, habida cuenta que ningún paso se ubica sobre el Río Irigoyen (v. fs. 897/897 vta.). Con lo cual, cualquier pronunciamiento sobre las mencionadas normas, deviene abstracto.

2.- Aclarado lo anterior y tal como lo mencioné en la causa “LODGE S.A.” recién citada, seguiré en lo pertinente la argumentación que desarrollé en la causa “Estancia María Behety S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo”, expediente N° 2003/07 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia de fecha 22/4/10, registrada en T° LXVIII, F° 170/190, porque en ella se debatieron cuestiones análogas a las de estas actuaciones, tanto en los hechos como en el derecho aplicable. Por esa razón he de reproducir lo allí expuesto, adaptándolo a las particulares circunstancias de estos actuados.

Por razones de orden metodológico analizaré primeramente la naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades al que arribaron las partes ahora en conflicto, que se perfeccionó con el dictado de la Disposición D.G.R.N. N° 163/94 (v. copia a fs. 231 de las presentes actuaciones, perteneciente al expediente adm. N° 8205/94 de la Dirección de Recursos Naturales -v. fs. 228-). En los considerandos de esa resolución el Director General de esa repartición del Gobierno Provincial asevera que “la estancia ‘María Luisa’ solicita sea inscripta en el registro de Cotos de Pesca...”, y que “la empresa... posee la concesión del mencionado coto...”. He destacado la palabra “concesión” para demostrar -como lo desarrollaré a continuación- que desde el comienzo la relación que vinculó a las partes, fue bajo la figura de la concesión.

Con el dictado de la citada Resolución D.G.R.N. N° 163/94, el Gobierno Provincial inscribió bajo la matrícula N° 4, al coto de pesca de la estancia “María Luisa”, ubicado en las tierras adyacentes a las márgenes del Río Irigoyen, en el sector de tierras pertenecientes a dicho establecimiento rural.

Al respecto debo señalar que normativamente se ha aceptado y establecido expresamente que las adjudicaciones de cotos de pesca que fueron otorgadas con anterioridad al dictado de los sucesivos decretos que reglamentaron los Capítulos VII y VIII de la Ley N° 244: N° 3800/04, N° 3831/05, N° 1913/08 y el

Decreto impugnado en estas actuaciones N° 2180/09 (tal el caso de la Estancia María Luisa), lo han sido con carácter de “concesión”. En ese sentido y en todos los casos, los decretos reglamentarios recién mencionados son coincidentes al señalar que “las concesiones otorgadas con anterioridad al dictado del presente caducarán indefectiblemente el 31 de diciembre del año 2012”.

A ello cabe agregar que la gestión que realizó la Estancia accionante con el fin de obtener el uso del recurso que brinda el Río Irigoyen y la posterior aceptación por parte del Gobierno Provincial de esa solicitud, que culminó con la inscripción del coto de pesca a su favor, que como ya lo señalé quedó asentado en el Registro correspondiente como N° 4, perfeccionó y dió la formalidad requerida por la legislación vigente a esa fecha: Ley N° 126 y su Decreto Reglamentario N° 765/94, al acto de concesión del uso de un bien del dominio público que, como toda concesión, “reposa en un acuerdo de voluntades, en un acto generador de obligaciones y derechos” (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006, t. VI, pág. 788, lo destacado me pertenece).

El Sr. Fiscal de Estado argumenta en su escrito de responde, que por más que se utilice “en todo momento” la denominación de “concesión”, “ello no autoriza sin más a inferir que la relación jurídica que vincula a las partes y tiene por objeto un bien de dominio público es, efectivamente, una concesión de uso” (fs. 881 vta./882). Entiendo que esa fundamentación contradice sus propios actos, o al menos sus palabras, habida cuenta que consta en estas actuaciones que en dos oportunidades dió por sentado que efectivamente se trataba de “concesiones”, las que -como la de la empresa actora- fueron otorgadas bajo el régimen de la Ley N° 126.

Así puede verse la Nota F.E. N° 564/97 de fecha 23 de octubre de 1997 (que en copia obra agregada a fs. 393/394 de la causa “LODGE S.A.”), y años después la Nota F.E. N° 690/02 (que remite a la Nota F.E. N° 402/01, también incorporada en la causa “LODGE”), donde recomienda al Sr. Gobernador que respecto de las concesiones “...ya concedidas, y atendiendo a la jurisprudencia existente hasta la fecha en el ámbito provincial que es de conocimiento de las áreas intervinientes (aunque no es inmutable), debería analizarse tal posibilidad en forma concreta e individual tomando en consideración todas las condiciones en que aquellas fueron otorgadas oportunamente” (v. fs. 570/570 vta., “Artículo 14”, lo destacado me pertenece).

Con referencia a las obligaciones fiscales y reglamentarias que se encuentran a cargo de la Estancia María Luisa, cabe tener por cumplidas las que debió satisfacer con la finalidad de adecuarse a lo dispuesto por la normativa vigente, conforme se describía en los considerandos de la Disposición D.G.R.N. N° 163/94, donde se menciona que “existe documentación requerida por los art. 11° y 12° del Decreto 765/94 reglamentario de la Ley 126 de Pesca Deportiva” (v. fs. 231). En virtud de ello, posteriormente se dispuso la inscripción registral del coto de pesca a su nombre.

Luego, respecto de la observancia de las obligaciones posteriores a esa registración, no ha formulado el Sr. Fiscal de Estado, en su carácter de representante legal de la Provincia, que la sociedad incumpla con la satisfacción de las que se encuentran a su cargo, tanto fiscales, como las que se generan para la preservación del recurso natural.

En cuanto al derecho que ha generado el otorgamiento de la concesión de uso sobre un bien de dominio público a la sociedad accionante, he de seguir la enseñanza de Marienhoff, que ha abordado el tema con suma precisión. En ese sentido el prestigioso administrativista, citando el precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos: 145:327, aclara en primer término que en esa ocasión se trataba de un “cementerio”, pero que las conclusiones a las que arribó el Alto Tribunal son enteramente aplicables a las “aguas” porque tanto éstas como los cementerios son bienes que integran el dominio público y por ello tienen la misma condición legal. Luego, reproduce diversos pasajes del fallo citado, indicando que el término “propiedad”, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, 2006, Tomo VI, 794).

En atención a lo hasta aquí expuesto considero -siguiendo la autorizada opinión de Marienhoff y del más

Alto Tribunal-, que la concesión del coto de pesca otorgado a la sociedad actora para el uso de un bien de dominio público “constituye un ‘derecho subjetivo’, tan protegido y amparado por las garantías constitucionales a la propiedad, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio” (autor y ob. cit., T.VI, pág. 795).

Este Superior Tribunal en anterior integración, tuvo oportunidad de pronunciarse en el precedente "LANAMERICA COMPAÑIA COMERCIAL E INDUSTRIAL S.A. Y KAU-TAPÉN S.R.L. c/ PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLANTICO SUR s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. N° 206 SDO, sentencia de fecha 15 de octubre de 1997, registrada en T° X, F° 62/70, ante un reclamo que guarda similitud con el que se plantea en estas actuaciones.

En efecto, las empresas citadas habían solicitado al Gobierno Provincial la concesión privada de un coto de pesca para desarrollar en él la explotación de la actividad turística y deportiva. La petición, que tramitó en el Expte. 8210/94, tuvo decisión favorable con el dictado de la Disposición D.G.R.N. N° 166/94, dentro del marco normativo establecido por la Ley N° 126 y el Decreto reglamentario N° 765/94.

Con la sanción de la nueva ley de pesca N° 244, se dejó sin efecto la legislación anterior: Ley N° 126, sin emitirse opinión o regular las relaciones jurídicas que habían nacido durante la vigencia de esta última normativa.

Ante el conflicto jurídico que surgió cuando el Ministerio de Economía dictó la Resolución M.E. 2562/95, estableciendo la obligatoriedad de que los concesionarios de cotos de pesca preexistentes se adecuaran a la nueva reglamentación surgida de la ley N° 244, las empresas antes mencionadas iniciaron el reclamo judicial ante este Superior Tribunal a fin de hacer valer los derechos que habían adquirido al amparo de la legislación anterior.

En el voto del vocal preopinante, Dr. González Godoy, se reprodujo parte del Dictamen A.L.P. 0306/96 (ver copia agregada a fs. 378/383 del Expte. “LODGE S.A.”), al cual había adherido el Ministro de Economía, Obras y Servicios Públicos al dictar la Resolución M.E.O. y S.P. N° 524/96 que derogó la Resolución M.E. 2562/95 (v. copias de las citadas resoluciones, a fs. 384 y 385/386, respectivamente, de la causa “LODGE S.A.”).

Allí se dice que “el dictado de la mencionada Resolución M.E. N° 2565/95, resultado de una incorrecta (interpretación en la) aplicación de las leyes en general, implica una flagrante violación de los derechos adquiridos por los ocho (8) Cotos de Pesca registrados y titularizados bajo el imperio de la Ley 126”; que “se pone en riesgo la seguridad jurídica, que es un instrumento de desarrollo imprescindible, a efectos de asegurar las inversiones que se realizan en la explotación de los recursos naturales...”; y que “la Resolución M.E. N° 2562/96, constituyó un exceso de rigor formal, un acto equívoco y una restringida visión de la necesidad de preservar las fuentes de creación de riqueza que existen, explotadas debidamente en la provincia. Además restringe, altera y vulnera derechos adquiridos e intereses legítimos que la tornan nula, porque como ya se expresara anteriormente, al volverse a requerir a los legítimos titulares de Cotos de Pesca, nuevos requisitos que no les corresponde cumplimentar, como ser una reinscripción bajo la nueva Ley 244, porque ya los cumplimentaron bajo el régimen anterior (Ley 126), y les fue consagrado con el respectivo dictado del acto administrativo de inscripción. Asimismo, ello afectaría también al principio de irretroactividad de las leyes atento que pretender imponer los alcances de la nueva ley en materia de inscripción de coto de pesca a quienes ya lo cumplieron bajo el imperio de la ley anterior, atenta a lo establecido en el Código Civil de la Nación” (lo destacado es propio del voto copiado).

Por todo ello concluye el Juez González Godoy indicando que no se puede desconocer la “concreta afectación de los derechos de los demandantes por la sanción de la resolución cuestionada por inconstitucional”.

De lo expuesto en el presente capítulo puedo concluir que a la empresa actora se le otorgó la concesión de un coto de pesca para el uso especial de un bien de dominio público; que ese acto generó a su favor un derecho

subjetivo, tan protegido y amparado por las garantías constitucionales a la propiedad, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio; y que el derecho que adquirió al amparo de la Ley N° 126 y su decreto reglamentario -en principio- no puede ser revocado, restringido, modificado o alterado en su extensión en el tiempo por reglamentación alguna.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Las Mañanitas” (Fallos: 332:1704), al que haré referencia en el capítulo siguiente, se ha manifestado con precisión y contundencia sobre los alcances del acto de concesión de un bien de dominio público, y la doctrina que emana de ese precedente es directamente aplicable en la especie. Así, ha dicho que “Mientras subsista la afectación de la cosa pública al fin perseguido..., ningún medio ni procedimiento sería eficaz para obtener que quien constituyó un derecho mediante un acuerdo de voluntades obligatorio, volviera sobre aquél para destruir total o parcialmente lo mismo que otorgó (Fallos: 145:332)”.

La normativa cuestionada en estas actuaciones, al establecer sin fundamento jurídico alguno que la concesión caducará “indefectiblemente el 31 de diciembre del año 2012”, puede considerarse, en los términos empleados por el más Alto Tribunal, que “destruye” totalmente el beneficio del uso del bien de dominio público que le fue otorgado a la empresa accionante por el Gobierno Provincial con el dictado de la Disposición D.G.R.N. N° 163/94, de conformidad con lo que establecía la Ley N° 126 y su decreto reglamentario.

Con directa referencia a la “caducidad” de las concesiones (figura jurídica adoptada por los decretos reglamentarios de la Ley de Pesca), enseña Díez que se trata de una sanción que se impone al concesionario por su conducta, al no cumplir con la obligación que le fuera impuesta, y que no puede ser aplicada sin la defensa del inculcado (cita Fallos de la Corte Suprema registrados en t. 138, p. 257 y t. 198, p. 78). Indica además que es “de buena doctrina que el incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo del concesionario no lleva apareada la caducidad ante la mera comprobación de la falta, sino que es conveniente que previamente se intime al concesionario para que cumpla sus obligaciones o suministre una explicación, y solamente en caso de que mantenga su actitud o no desvirtúe el cargo que se le formula procederá la caducidad...”, agregando que “al concesionario previamente debe dársele audiencia...debe ser oído o puesto en mora o ser notificado o interpelado.” (Díez, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Ed. Plus Ultra, 1985 Tomo IV, pág. 554).

En la especie, como he mencionado antes, no existen constancias que se le haya atribuido a la sociedad accionante el incumplimiento de alguna obligación que se encuentre a su cargo, que torne viable la sanción de caducidad. Por ende, cabe concluir que tampoco ha mediado intimación, ni pedido de explicaciones, ni se le ha dado audiencia para que ejercite su derecho de defensa, ni fue puesta en mora o interpelada.

Para finalizar el tema en estudio, viene a colación destacar que el propio Fiscal de Estado desaprueba el término “caducidad” al que hace referencia el Decreto cuestionado (v. fs. 885 vta.), aunque minimiza sus efectos por considerar que se trata de una “imprecisión terminológica”. Si así fuera, cabría preguntarse porqué el Poder Ejecutivo viene manteniendo esa redacción desde hace años, con el dictado de los sucesivos Decretos que precedieron al actual N° 2180/09 (N° 3800/04, N° 3831/05, y N° 1913/08).

Adviértase además que, si se pretendiese justificar la caducidad impuesta en el hecho de tratarse el recurso ictícola del Río Irigoyen de un bien que se encuentra fundamentalmente destinado a satisfacer el “interés público”, cabe argumentar en primer lugar -siguiendo a Marienhoff-, que “El pueblo -el ‘público’- tiene el goce perpetuo de los bienes incluidos en el dominio público...”, y que “la categoría de los concesionarios representa, en lo pertinente, al público usuario del agua -se trata de un público ‘específico’ y no ‘genérico’...El uso perpetuo acordado en concreto a los concesionarios representa el que en abstracto le corresponde al ‘pueblo’” (autor y ob. cit., t. VI, pág. 799).

3.- A esta altura del análisis he de reiterar algunas precisiones que realicé en el precedente “Estancia María Behety”, para descartar que la concesión otorgada a la empresa accionante tenga carácter precario, como afirma en su escrito de responde el Sr. Fiscal de Estado (v. fs. 889 vta., 896/896 vta., y 897).

Allí indiqué que no advertía que el Río Grande en toda su extensión y en especial en la franja que atraviesa el fundo de la Estancia María Behety posea las características que tienen los ríos que son navegables. Tampoco se ha esgrimido como defensa, ni ha sido probado, que el río Irigoyen sea navegable. En ese sentido la Corte Suprema ha dicho recientemente que “El concepto legal de la navegabilidad de un curso de agua está subordinado a la índole del tráfico que allí se realice, ya que para serlo debe servir como medio de transporte continuo, para el transporte público de personas y cosas, debe responder a un interés general y a una idea económica del tráfico fluvial organizado. Es por ello que la posibilidad accidental y transitoria de conducir una embarcación por un curso de agua, no lo convierte por ese solo hecho en legalmente navegable” (Fallo de la CSJN in re “Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, sentencia de fecha 4 de agosto de 2009, registro L. 314 XL, considerando 14).

En segundo lugar y siguiendo el razonamiento del más Alto Tribunal en el precedente que ha sido citado, cabe indicar que si bien el curso de agua es de uso común por todos los habitantes, ello no significa que la franja de tierra que llega hasta el río también lo sea. En efecto, las márgenes de los ríos pertenecen al dominio privado de los ribereños (aún en aquellos ríos que son navegables, en los cuales se acepta únicamente la restricción o límite al dominio que constituye la figura del camino de sirga prevista en el artículo 2639 del Cód. Civil).

En consecuencia, aún en los casos que el río sea navegable (circunstancia que no se da en la especie), “el Estado sólo tiene derecho a reglamentar el uso del camino de sirga con el único destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de navegación, de la flotación y de la pesca realizada desde las embarcaciones, es decir, en términos de Marienhoff, la ‘navegación en sentido lato’. Todo otro uso, realizado por quien no sea el propietario de la tierra, es ajeno a la institución y debe ser vedado (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, ob. cit., páginas 500/505, n° 2203)” (Fallo cit., consid.34, lo destacado me pertenece). Por ello, el principio general de “libre pesca”, cabe restringirlo -en el caso sub examine-, a la que se practica desde las embarcaciones.

Por último, viene al caso destacar que la Corte Suprema, al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3° in fine de la Ley N° 273 de la Provincia de Neuquén, en cuanto indica que: “Están obligados (los propietarios de los fundos ribereños) a permitir el uso por cualquier habitante a los efectos de la navegación, pesca y de cualquier otra utilización propia de su destino público”, sostuvo que “Es clara la afectación del dominio en la que incurre si se tiene en cuenta que, sin cumplir con las exigencias que la Constitución Nacional establece en su artículo 17, impone al propietario la obligación de permitir el uso de su propiedad por cualquier extraño afectando su derecho de gozar, usar y de disponer de ella, y de repeler cualquier acción de parte de terceros (artículos 2513 y 2516 del Código Civil)” (Fallo “Las Mañanitas”, Considerando 36).

La contundencia y claridad de los preceptos vertidos por el más Alto Tribunal, que transcribí y resalté en el párrafo anterior, por su directa aplicación en la especie, relevan de la necesidad de aportar mayor argumentación respecto de la directa afectación al dominio de la empresa accionante, que ocasiona la reglamentación contenida en los arts. 14 y 25 del Anexo I, del Decreto N° 2180/09, en donde -sin haberse cumplido “con las exigencias que la Constitución Nacional establece en su artículo 17” (14, inc. 13, Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego)-, se han establecido obligaciones a cargo del titular del fundo ribereño (con aplicación de sanciones en caso de incumplimiento), que nada tienen que ver con exigencias fiscales, o directivas a los fines de la preservación del recurso ictícola, tales como “contribuir con el evento (Concurso Provincial Anual de Pesca Deportiva) afectando sus instalaciones a su solo requerimiento. La falta de cumplimiento de esa obligación, originará para el concesionario las sanciones previstas en el art. 28 inc. d) del presente” (art. 14); y obligarlo a tener un cupo adicional de cañas por día para pescadores residentes, advirtiéndole que su incumplimiento “originará para el concesionario las sanciones previstas en el art. 28 inc. e) del presente” (art. 25).

No desconozco que el Sr. Fiscal de Estado considera que esa reglamentación no está dirigida en forma “expresa” a los cotos que, como el de la empresa actora, fueron habilitados con anterioridad a la

reglamentación (fs. 898 vta.); pero la redacción de las normas citadas no es clara respecto de los destinatarios de las obligaciones que establece, habida cuenta que en el art. 14 se faculta a la autoridad de aplicación para coordinar “la participación de todos los cotos habilitados...”; y, por su parte, en el art. 26 se establece un cupo adicional de cañas, por día, “para cada coto”, en forma genérica, sin especificar si se trata de los que han obtenido su habilitación con anterioridad o posterioridad a la reglamentación cuestionada.

Respecto de la caducidad que contiene el art. 19 del Anexo I, del Decreto N° 2180/09, no se observa de qué modo podría otorgarse la concesión a otra persona física o jurídica; habida cuenta que la franja de tierra adyacente al curso de agua es de su propiedad, como también seguramente lo son los caminos de acceso al río y las instalaciones que se requieren para la atención del pescador. En consecuencia, la disposición en estudio, además de afectar derechos que fueron adquiridos al amparo de la Ley N° 126 y su decreto reglamentario -con lo cual se torna inaplicable a su respecto- deviene irrazonable.

No es conveniente, ni prudente, que la Administración avance con la reglamentación sobre el derecho de propiedad de la empresa accionante, en la manera que ha sido instrumentada en las normas que he analizado en párrafos anteriores; máxime si se tiene en cuenta que: 1) con la concesión otorgada se genera en forma permanente y sin costo alguno un ingreso genuino para las arcas públicas; y 2) se colabora con el Estado Provincial en la preservación del recurso natural que brinda el Río Irigoyen, supervisando que la pesca deportiva en el coto de su propiedad se practique racionalmente, a fin de garantizar la subsistencia de las especies ictícolas (conforme lo establecen los arts. 54 y 87 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego).

Conforme a las conclusiones a las que he arribado en el presente capítulo, considero innecesario emitir opinión particular sobre los vicios invalidantes (formales y materiales), que atribuye la parte actora a la normativa que ha sido analizada (v. fs. 119 y siguientes).

4.- Por último y tal como lo efectué en el precedente “Estancia María Behety”, he de referirme a la nota de Vélez al artículo 2341 del Código Civil, donde el codificador indica que “El simple derecho de goce es esencialmente temporario; la existencia o perpetuidad de un derecho tal, no sería una simple modificación sino una verdadera destrucción de la propiedad. La concesión perpetua del goce, debe ser considerada como una enajenación completa”.

Explica Marienhoff, en posición que comparto, que “La opinión del doctor Vélez Sarsfield, expuesta en la nota al artículo 2341 del Código Civil, además de ser doctrinariamente errónea, carece de valor legal, máxime en jurisdicción provincial. Esto es así no sólo porque se trata de una mera ‘nota’ y no de un precepto del Código, sino porque las provincias, en ejercicio de una facultad que le es propia, están constitucionalmente habilitadas para establecer el régimen de acuerdo al cual los particulares utilizarán el dominio público, disponiendo si al efecto las concesiones se otorgarán con carácter perpetuo o temporario” (autor y ob. citados, t. VI, pág. 800).

En la especie, como se sabe, la concesión otorgada a la luz de la normativa que se encontraba vigente (Ley N° 126 y su decreto reglamentario N° 765/94), no contempla un plazo de duración.

En consecuencia y considerando analógicamente lo que ocurre en varias provincias de nuestro país con las concesiones otorgadas a los fundos ribereños para el uso del agua del río para riego (mencionadas por Marienhoff en la obra citada, t. VI, en nota 27 al pie de la página 797), no encuentro impedimento legal para que la concesión que le fue otorgada a la sociedad accionante se prolongue y perpetúe en el tiempo, siempre y cuando cumpla con las obligaciones fiscales y reglamentarias que le fueron impuestas al momento de registrarse el coto a su nombre, y las que razonablemente se establezcan a los fines de regular, por ejemplo, la práctica de la pesca deportiva, y/o preservar el recurso natural.

En ese sentido afirma Marienhoff (coincidiendo con la opinión de Diez a la que he hecho referencia ut supra), que la concesión se extingue por “caducidad” cuando “el concesionario no cumple con alguna de las obligaciones que la concesión pone a su cargo” (autor y obra cit., t. VI, pág. 802).

Por todo lo dicho, y de conformidad con la argumentación precedente, deviene innecesario emitir pronunciamiento respecto del planteo de inconstitucionalidad del art. 20 de la Ley N° 244; como así también de la pretensión subsidiaria formulada por la parte accionante, dirigida a que el Tribunal establezca la fecha de caducidad de la concesión en noventa y nueve (99) años, a contar desde su habilitación.

En atención a todo lo expuesto, a la cuestión en estudio voto por la afirmativa.

El Juez Javier Darío Muchnik comparte los fundamentos expuestos y adhiere a la solución propuesta por la magistrada preopinante, votando a la primera cuestión en los mismos términos.

A la primera cuestión, el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1. Que la cuestión es sustancialmente análoga a la ventilada en los autos “Estancia María Behety S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo” exppte. N° 2003/07, STJ-SDO, sentencia del 22/04/2010, registrada al TOMO LXVIII, F° 170/190. Consecuentemente con ello he concebido a la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las partes con la de una concesión de uso de un bien del dominio público del estado, remitiéndome en honor a la brevedad a los lineamientos expresados en mi voto.

2. De otro lado en el precedente recién citado, al cuestionamiento del art. 19 del decreto N° 2180/09 expuse:

“...corresponde ahora abordar la crítica planteada por la accionante en cuanto al alcance del art. 19 del anexo I que incorpora el decreto N° 3831/05 -actualmente receptado por el N° 2180/09-, pues lo preceptuado por el mismo guarda paralelismo absoluto con el anexo I de la norma derogada al mantener la misma regla jurídica; lo expuesto, pues también dispone la caducidad de la concesión de manera indefectible el día 31 de diciembre de 2012. No obstante, reitero que la analogía apuntada derrama –prácticamente- a todo el reglamento en lo que a la materia en disputa interesa.

Se desprende de los considerandos de sendos decretos, que su dictado se sustentó en el art. 135 inc. 3° de la Constitución Provincial, esto es, en el ejercicio de facultades meramente reglamentarias. Por tal razón, el examen de la constitucionalidad del art. 19 del anexo I debe efectuarse en primer término, a la luz de la directriz fijada en la parte final del citado inciso, que en lo atinente a la potestad de reglamentar normas provinciales para su ejecución, el Poder Ejecutivo tiene el deber de cuidar no alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias.

Ante tamaña limitación, va de suyo que todo reglamento debe subordinarse a la ley que pretende instrumentar; de ello se colige que con su dictado no pueden adoptarse disposiciones que se presenten incompatibles con los fines que se propuso el legislador. Por ende las regulaciones sólo pueden propender al mejor cumplimiento de dichos fines.

El cuestionado artículo 19° textualmente dispone “Cotos de Pesca en actividad: las adjudicaciones de cotos de pesca efectuadas con anterioridad al dictado del presente, serán evaluadas por la Autoridad de Aplicación, a efectos de determinar en los casos en que sea necesario el tiempo de vigencia de la concesión otorgada con base en los antecedentes de la misma, debiendo además establecer los requisitos que deberán cumplimentar en materia turística y deportiva.

Sin perjuicio de lo expresado, las concesiones otorgadas con anterioridad al dictado del presente caducarán indefectiblemente el 31 de diciembre de 2012.”.

A esta altura cabe memorar, que si bien las decisiones de la administración adoptadas sobre la base de los criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en miras al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial, ello no implica per se que queden al margen del control de legalidad que incumbe a los jueces sobre el obrar de las autoridades administrativas, aunque tal control no los faculte para subrogarse a ellas en la valoración de las circunstancias ajenas al campo de lo jurídico (doctrina de Fallos: 308:2246; 311:2128; 314:1234; 323:3139, entre muchos otros).

Así pues se impone analizar el texto del precepto cuestionado, advirtiendo en el mismo una clara dicotomía “dikelógica”; ello por cuanto en su primer párrafo dispone que la autoridad de aplicación evaluará a los concesionarios de los cotos de pesca bajo diversos objetivos, ponderando por un lado la necesidad de establecer en qué casos será necesario mantener la vigencia de los cotos atendiendo a su comportamiento como concesionarios, y por otro, establecerá el cumplimiento de requisitos de naturaleza turística y deportiva.

Respecto al último de los propósitos aludidos, deja atónito la vaguedad e imprecisión de los términos en que es propuesto. No obstante lo cual, sostengo que es propio de los horizontes en que se trazan metas en el ámbito turístico la amplitud de sus plazos, siendo ello una condición trascendente por cuanto la mayor de las veces, se pone en juego la articulación de inversiones y medios que tornan imperiosa la existencia de lapsos razonablemente prolongados, que permitan recuperar los desembolsos realizados en un marco de variables, donde el tiempo y el capital devienen relevantes.

Pero es en el examen del segundo y último párrafo del precepto donde radica la dicotomía apuntada al postular que: i) sin perjuicio de la vigencia de las concesiones otorgadas, ii) el comportamiento de los concesionarios, o iii) el cumplimiento de los requisitos turísticos y deportivos a los que se hace referencia en el parágrafo primero; las concesiones caducarán indefectiblemente el 31 de diciembre del año 2012.

Estriba aquí la seria contradicción que propugno -en la inteligencia del análisis que vengo efectuando-, por cuanto la administración a través de un obrar exorbitante coloca al administrado ante una verdadera encerrona, fruto, claro está, de un acto desvinculado de los antecedentes y considerandos del decreto y del articulado de la propia norma que pretende reglamentar.

Repárese que a lo largo de todo el capítulo décimo de la norma reglamentada, solo se le confiere a la autoridad de aplicación la potestad de sancionar infracciones a la ley o a su reglamentación; estipulando que será considerada infracción, toda acción u omisión que contravenga la normativa aludida (conf. art. 42). Mas no se le confiere atribución alguna para sancionar de modo genérico o abstracto.

En este orden de ideas, la sanción de caducidad que preceptúa la ultima parte del art. 19º analizado, encuentra un nuevo escollo para su subsistencia. En efecto la extinción de la concesión por caducidad, como acto jurídicamente relevante, debe sustentarse en la premisa del incumplimiento por parte del concesionario de alguna de las obligaciones a su cargo; en ese sendero, la caducidad obedece al accionar reprochable de la persona titular de la concesión, operando así ante tal circunstancia la conclusión de la misma; ello claro está, para el supuesto que la falta llevara aparejada dicha sanción.

En este aspecto se puede concluir que el plazo estipulado aparece -ante la orfandad de elementos que le brinden soporte jurídico-, claramente potestativo; de tal suerte que el desatino del emplazamiento alcanza los estándares del absurdo.

Dicho desacierto fincado en la sanción de caducidad dispuesta por el reglamento en trato, es una pena que no aparece razonablemente motivada en los antecedentes administrativos, ni anclada o avalada por la sustancia que pretende reglar.

En el sub iudice estimo que la voluntad de la administración adolece de consideraciones objetivas que permitan afirmar que la extinción de la concesión no es potestativa y arbitraria; lejos de ello juzgo que estamos ante un supuesto de extinción de la concesión dado en llamar -antiguamente- “ad nutum” o “ad limitum” es decir, que la decisión emana de la voluntad o el gusto de la administración sin dar expresión de causa o razón de la misma.

En el caso no se advierte la existencia de circunstancias que conviertan en razonable una decisión administrativa que en los hechos, desconoce el sentido de la norma de rango superior que la sostiene. Tampoco se acredita -ni en sede administrativa, ni en esta instancia-, la adecuación de la restricción impuesta a la actora con la finalidad perseguida (motivación).

El análisis del precepto criticado, desde el ángulo de su legalidad y desde la perspectiva del derecho administrativo- conduce igualmente a su reproche. Pues es esencial para la validez de los actos del poder administrador, que tengan adecuado sustento en los antecedentes que les sirvan de causa, así como que sean motivados y cuenten con expresión concreta de las razones que conducen a su emisión, debiendo cumplir con la finalidad que resulte de las normas que le confieren las facultades pertinentes al órgano emisor y sin perseguir solapadamente otros objetivos, debiendo guardar las medidas que el acto involucre, proporcionalidad adecuada a aquella finalidad (art. 99 incs. b, e y f de la ley N° 141), extremos todos ellos, que el segundo párrafo del art. 19° del anexo I del decreto en estudio no contempla. Se advierte, en este sentido, que las razones expresadas en el considerando de la norma puesta en vilo no proporcionan justificación a la medida adoptada en la parte dispositiva del art. 19° del anexo examinado, respecto de la cual no se otorga explicación alguna. El instrumento normativo, pues, adolece de una manifiesta falta de motivación en cuanto a la caducidad dispuesta.

3. Por último debo observar que el fundamento esencial en virtud del cual actúa legítimamente el poder reglamentario, es la restricción de los derechos constitucionales en beneficio del interés público o general, el que no podrá exceder los límites de la razonabilidad y siempre sujeto al control judicial (En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que "... a los efectos del control de razonabilidad se debe tener siempre presente: A) el fin público, B) las circunstancias justificantes; C) la adecuación entre el medio empleado y el fin propuesto; D) la ausencia de iniquidad manifiesta. Asimismo deberá tenerse siempre presente las consecuencias sociales de la respectiva medida..." (Dictamen del Dr. Sebastián Soler como Procurador General de la Nación; caso Grisolia, F.234:482, cit. Quiroga Lavié, Humberto, Derecho Constitucional, pág. 230, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978).

De tal suerte resulta aplicable al sub spes la doctrina expresada por el Cuerpo, en orden a la razonabilidad de las leyes, al sostener que "...No cuesta observar entonces que el análisis, en definitiva, permite vislumbrar el principio jurídico de racionalidad -al que conduce-, que completa y dota de contenido al de legalidad. De allí que -vale aclarar- no perdimos el camino dogmático. La regla, además, se encuentra formulada expresamente en el art. 28 de la Constitución Nacional, en cuanto enuncia que los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Como enseña Germán Bidart Campos (en su "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"), la arbitrariedad o irrazonabilidad, importa la alteración proscripta; tacha inaceptable, tanto en la ley como en toda actividad estatal en que se manifieste. Esta, para ser conforme a la Constitución, debe ser razonable (op. cit., T I, Cap. X, Parág. 88). Constituye expresión del debido proceso sustantivo. Cuando se violenta la razonabilidad no se transgrede el debido proceso en sentido adjetivo o formal, como imposición de una forma o de un procedimiento que deben seguir los actos constitucionales de cada órgano del Estado para ser formalmente válidos, sino que se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: el ajuste de toda norma y de todo acto con el sentido de justicia que la Constitución alberga...(ver Juan F. Linares, "Razonabilidad de las leyes", Cap. X, pág. 107 y sgtes.)". in re:"GUARDERIA TORTUGUITA s/Daño / Imputado GODOY GONZALEZ, Javier" Expte. Nro. 53/95 STJ-SR; T° I, F° 153/162; sent. 14 de diciembre de 1995.

Bajo tales consideraciones, la regla jurídica contenida en el último párrafo del art. 19° del anexo I incorporada por el art. 2° del decreto N° 3831/05 -actualmente vigente en el N° 2180/09-, en cuanto dispone que indefectiblemente las concesiones caducarán el 31 de diciembre del año 2012, resulta irrazonable y no puede ser opuesta a la demandante sin soslayar la consiguiente afectación del derecho constitucional de propiedad, consagrado en el art. 17° de la Constitución Nacional y 14° inc. 14 de la Constitución Provincial; ello por evidenciar la carencia absoluta de fundamentos y una extralimitación en la facultad reglamentaria del Ejecutivo provincial."

Conteste con lo reseñado, solo me resta añadir que si bien no existen formas sacramentales para cumplimentar la exigencia de la motivación explícita de los actos administrativos, esta debe adecuarse en lo atinente a su modalidad de configuración, a la naturaleza peculiar de cada acto administrativo, resultando impropio admitir fórmulas carentes de contenido, o de manifiesta generalidad o, en su caso, remitirse a citas legales que contemplen solo una potestad genérica no justificada en los actos concretos.

3. Con respecto a las tachas de nulidad enderezadas contra los arts. 14 y 25 del decreto N° 2180/09 su planteo se estima prematuro. Ello, a la luz del reclamo efectivizado en el seno de la Administración contra la resolución S.D.S.y A. N° 653/10 (derogatoria de las resoluciones S.D.S.yA. N° 642/09 y 23/10). En igual sentido, cuadra señalar que la citada norma reglamentaria expresamente prevé en sus arts. 3 y 4 la convención con el titular de los cotos de pesca y de los fundos ribereños, previa a la celebración de concursos o festivales de pesca deportiva -en el primer caso- y a la demarcación territorial de los accesos regulares -en el segundo-, extremos cuya inobservancia no se encuentra acreditada en autos. Exigencia de convenio, que por lo demás, también está indicada en el art. 20 de la ley 244.

4. Finalmente, en lo concerniente a la pretensión enderezada a la declaración de certeza respecto al plazo de la concesión otorgada a la actora, cabe consignar que la ley 244 no ha sido invocada como fundamento objetivo de la duda sobre dicho término temporal. La norma no introduce ninguna previsión que innove en la situación jurídica que sobre el punto originó la resolución que le otorgó la concesión. El germen de la incertidumbre se situó en la reglamentación cuya invalidez se resuelve en el presente y en la sucesión de plexos similares dictados a través del tiempo (conducta administrativa). En concreto, la nulidad de la segunda parte del art. 19 del decreto N° 2180/09 hace, en rigor, desaparecer aquel estado requerido como presupuesto liminar de la acción declarativa impetrada. Luego, la subsistencia de la validez de la primera parte de la norma citada no genera afectación actual porque la Administración no ejerció -aún- la potestad allí contemplada, bajo los estándares que el presente voto establece.

Por lo demás, la conducta administrativa recalcitrante -en sí misma considerada-, como único fundamento de la pretensión, no “objetiviza” la duda, sino antes bien, la repliega al ámbito subjetivo de la accionante, tornando consultiva su acción. Así visto, el obrar del poder administrador tampoco actualiza una lesión susceptible de admisión por el Estrado en la vía procesal articulada distinta de la que podría derivarse de los propios términos del acto que hace nacer el derecho del concesionario.

En otras palabras, la falta de certeza en relación al plazo es connatural al título de la concesión que exhibe Centro Industrial Fuegoño S.A. y el camino para su esclarecimiento se encarama en el legítimo ejercicio de las facultades administrativas típicas del ámbito contractual acordado.

Consecuentemente, por los fundamentos aludidos y con el alcance de las consideraciones efectuadas, a la primera cuestión voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión la Jueza María del Carmen Battaini dijo:

De conformidad con lo resuelto al tratar la cuestión anterior, corresponde hacer lugar a la demanda de fs. 111/123, declarando que no le es aplicable a Centro Industrial Fuegoño S.A. la caducidad automática de la concesión del coto de pesca de su propiedad, que ha sido prevista por la reglamentación de la Ley N° 244, en forma indefectible, para el 31 de diciembre de 2012. Costas a la demandada vencida (art. 58 CCA). Así lo voto.

El Juez Javier Darío Muchnik hace suyo el temperamento decisorio precedente y vota la cuestión en el mismo sentido.

A la segunda cuestión, el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

De conformidad con los argumentos dados al responder el primer interrogante, concluyo que la regla jurídica contenida en el último párrafo del art. 19° del anexo I del decreto N° 2180/09, en cuanto dispone que indefectiblemente las concesiones caducarán el 31 de diciembre del año 2012, resulta irrazonable y no puede ser opuesta a la demandante; descartando los restantes planteos efectuados en virtud de lo indicado en los considerandos 3 y 4. Costas a la demandada, por resultar sustancialmente vencida (art. 58 CCA).

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 19 de noviembre de 2012.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede y la votación de las cuestiones planteadas,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- HACER LUGAR a la demanda de fs. 111/123, declarando que no le es aplicable a Centro Industrial Fueguino S.A. la caducidad automática de la concesión del coto de pesca de su propiedad, que ha sido prevista por la reglamentación de la Ley N° 244, en forma indefectible, para el 31 de diciembre de 2012.

2°.- DECLARAR por mayoría que la concesión analizada no contempla plazo de duración y que no se advierten obstáculos legales para que se prolongue en el tiempo, en los términos expuestos en el punto 4, parágrafo 4° de los considerandos.

3°.- IMPONER las costas a la demandada vencida (art. 58 CCA).

4°.- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Firmantes Jueces María del Carmen Battaini, Javier Darío Muchnik y Carlos Gonzalo Sagastume.

Registro TOMO LXXIX 187/203.