



La ejecución de medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje

Julio César Rivera (h.)

SUMARIO: I. Introducción: la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares y provisionales.— II. La ejecución de las medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje.— III. Conclusión.

➔ Los tribunales judiciales han rechazado, en general, la posibilidad de ejecutar medidas cautelares o provisionales dictadas por tribunales arbitrales al amparo de la Convención de Nueva York. Por ello, la sanción de leyes de arbitraje que contemplen expresamente la posibilidad de reconocer y ejecutar medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país constituye un avance muy positivo tendiente a asegurar la eficacia del procedimiento arbitral.

I. Introducción: la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares y provisionales

Las leyes modernas de arbitraje reconocen —en general— la facultad de los árbitros para decretar medidas cautelares y provisionales (1), siguiendo el enfoque de la Ley Modelo UNCITRAL (2).

En América Latina se percibe la misma tendencia. Por ejemplo, la ley chilena de Arbitraje Comercial Internacional de 2004 prescribe en su artículo 17 que:

“Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provi-

sionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.”

En este mismo orden de ideas, la Ley Peruana de Arbitraje de 2008 establece en su artículo 47 que:

“Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime convenientes para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

- a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o

d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

En sentido coincidente, el artículo 80 de la ley colombiana 1563 de 2012 dispone, en materia de arbitraje internacional, que:

“Facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, decretar medidas cautelares.

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, decretada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia;
- b) Adopte medidas para impedir algún daño presente o inminente, o el entorpecimiento del procedimiento arbitral, o que se abstenga de realizar actos que probablemente ocasionarían dicho daño o entorpecimiento al procedimiento arbitral;
- c) Proporcione algún medio para preservar bienes cuya conservación permita ejecutar el o los laudos; o
- d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser pertinentes y relevantes para resolver la controversia.”

Asimismo, el artículo 1655 del Código Civil y Comercial establece que:

“Dictado de medidas previas. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso las diligencias preliminares se deben hacer por el tribunal judicial (...). Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.”

El art. 19 del Acuerdo sobre Arbitraje Internacional del Mercosur establece que: “en cualquier estado del proceso, a petición de parte, el tribunal arbitral podrá disponer por sí las medidas cautelares que estime pertinentes, resolviendo en su caso sobre la contracautela”.

De la misma manera, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales reconocen también esta facultad de los árbitros (3). Incluso más recientemente se constata una “oleada de implantación de procedimientos arbitrales de emergencia” (4).

En síntesis, tanto las leyes modernas de arbitraje como los reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes reconocen la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares o provisionales tendientes a asegurar los bienes objetos del litigio o el cumplimiento de la sentencia, conservar evidencia o producir prueba de forma anticipada (5).

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. La ejecución de medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje
Julio César Rivera (h.) 1

BIBLIOGRAFÍA. Seguros y Código Civil y Comercial
Autor: Waldo Sobrino. Comentario: Carlos A. Ghersi 4

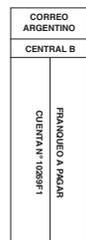
NOTA A FALLO. Creaciones reglamentarias que la Aduana asimila a declaraciones aduaneras comprometidas
Enrique C. Barreira 4

JURISPRUDENCIA
ADUANA. Revocación de la multa por declaraciones inexactas. Doctrina de la Corte Suprema aplicada al caso (CS) 4

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL. Cumplimiento del plan de saneamiento. Pedido de informes a los obligados (CS) 7

AUMENTO TARIFARIO. Amparo colectivo. Medida cautelar destinada a suspender el aumento tarifario dispuesto en el servicio de agua potable. Ausencia de vulneración de derechos de consumidores y usuarios. Rechazo de la pretensión (CNFed. Contenciosoadministrativo) 8

ALIMENTOS A FAVOR DEL HIJO. Determinación de la cuota alimentaria. Obligación de ambos progenitores. Condición y fortuna del alimentante (CNCiv.) 11



La ejecución de medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje

● VIENE DE TAPA

II. La ejecución de las medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje

La efectivización de las medidas cautelares que impliquen el uso de coacción exigen el auxilio de los jueces. El propósito de este artículo es analizar en qué medida resulta posible requerir la colaboración de los tribunales judiciales para ejecutar una medida cautelar o provisional que fue dictada por un tribunal arbitral con sede en otro país.

II.1. El debate acerca de la posibilidad de ejecutar medidas cautelares y provisionales al amparo de la Convención de Nueva York

La Convención dispone en su Art. I-1) que se aplicará “al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas” y a las “sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. Por su parte, el art. I-2) establece que el término “sentencia arbitral” no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”.

Como puede observarse, la Convención no define qué debe entenderse por “sentencia arbitral”, lo que ha generado el debate acerca de qué tipo de laudos pueden ser reconocidos y ejecutados en los términos de la Convención.

Existe un consenso generalizado en cuanto a que del mero hecho que el tribunal califi-

que como “laudo arbitral” a su decisión no se deriva que efectivamente se trate de un laudo o sentencia arbitral a los fines de la Convención. La determinación de si la decisión del tribunal arbitral se ajusta a la noción de “sentencia o laudo arbitral” de la Convención debe ser realizada de forma autónoma por el tribunal judicial⁽⁶⁾.

En cambio, no existe consenso respecto de si las decisiones sobre medidas cautelares o provisionales encuadran en la noción de “sentencia o laudo arbitral”. La doctrina mayoritaria entiende que el concepto de “sentencia arbitral” de la Convención no incluye las resoluciones que decretan medidas cautelares o provisionales⁽⁷⁾. Al respecto, Poudret y Besson explican que la noción de laudo arbitral presupone una decisión *definitiva* que resuelve de forma irrevocable una determinada cuestión⁽⁸⁾. Según estos autores, dicho requisito debe inferirse del art. V. (i) (e) de la Convención en cuanto se refiere a la obligatoriedad del laudo, ya que cualquiera sea la interpretación de este término, los autores de la Convención no previeron que una decisión del tribunal arbitral pudiera ser revocada por otra decisión posterior, tal como es el caso de las medidas provisionales⁽⁹⁾.

Los tribunales judiciales también han rechazado, en general, la posibilidad de ejecutar las resoluciones que decretan medidas cautelares en el marco de la Convención de Nueva York.

En este sentido, la Corte Suprema de Chile rechazó la ejecución de una medida cautelar dispuesta por un tribunal arbitral en los Estados Unidos, que ordenaba al demandado que se abstuviera de ejecutar, directa o indirectamente, las siguientes conductas: a) Contratar, tratar o intentar contratar a una persona que sea trabajador o contratista independiente del demandante o de alguna de sus filiales; b) Interferir o intentar interferir en la relación contractual o de otra índole existente entre el demandante y alguno de sus clientes, proveedores o consultores con respecto a los negocios restringidos; c) Obtener o tratar de obtener pedidos de cualquier persona o entidad que sea o haya sido cliente del demandante; d) dedicarse a cualquier actividad competitiva o a negocios restringidos; y e) usar o divulgar información confidencial, secretos comerciales o tecnología del demandante⁽¹⁰⁾. Según la Corte Suprema chilena, el procedimiento de exequátur es aplicable solamente a sentencias que establezcan derechos permanentes para las partes; y ello no ocurría en el caso, ya que las medidas caute-

lares decretadas eran preliminares y provisionales.

En nuestro país, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial rechazó la ejecución de una medida cautelar dispuesta por un árbitro en el marco de un proceso arbitral con sede en Phoenix (Arizona, Estados Unidos) que ordenaba a los demandados que se abstuvieran de realizar una serie de actos, entre los cuales se encontraban la copia, divulgación, circulación por cualquier tercero para cualquier propósito que no sea en beneficio de los intereses comerciales de los actores, de toda clase de información confidencial recibida por los demandados de los accionantes, referida a las ventas, estrategias de mercado y la ejecución de cualquier acto comercial que compita con la actividad de los actores. La Cámara sostuvo —siguiendo la opinión del Fiscal de Cámara— que “en las convenciones internacionales aludidas por las partes no se hace mención a la traba de medidas cautelares ordenadas por árbitros —órgano extranjero que no reviste el carácter de judicial—...”⁽¹¹⁾. De esta afirmación de la Cámara podría derivarse la conclusión de que no resulta posible ejecutar las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral con sede en el extranjero. Además, la Cámara Comercial observó que la cláusula arbitral no preveía el dictado de medidas cautelares, por lo que correspondía denegar el reconocimiento y ejecución de la medida cautelar en cuanto excedía los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria (art. VI.c de la Convención de Nueva York)⁽¹²⁾. Esta afirmación de la Cámara es incompatible con la regla consagrada casi universalmente en las legislaciones arbitrales, según la cual los árbitros se encuentran facultados para decretar medidas cautelares *salvo acuerdo en contrario de las partes*, ya que esta facultad constituye un atributo esencial de cualquier órgano con facultades jurisdiccionales⁽¹³⁾.

En Colombia, en el caso “Drummond”, la Corte Suprema sostuvo, con cita de un artículo de Eduardo Zuleta, que:

“... numerosas legislaciones se refieren a la posibilidad de que el tribunal emita laudos parciales. Los reglamentos de CCI, LCIA, UNCITRAL y AAA establecen la posibilidad de que los árbitros emitan los laudos parciales... La doctrina se refiere a esos laudos como laudos que son, por una parte, finales, no en cuanto ponen fin al arbitraje o a las funciones del tribunal, sino porque terminan de manera definitiva una parte de las controversias que se han sometido a arbitraje quedando otras por resolver; y por la

otra, parciales, en cuanto no resuelven la totalidad de las controversias ni terminan con la jurisdicción del tribunal. Un laudo parcial es entonces final con respecto a la controversia que resuelve, pero parcial respecto de la totalidad de las controversias sometidas a arbitraje”.⁽¹⁴⁾

De esta manera, la Corte Suprema de Colombia adopta el criterio propuesto por Zuleta según el cual puede ser ejecutado —conforme a la Convención de Nueva York— todo laudo que “resuelve de manera definitiva una o más de las controversias que le han sido sometidas al tribunal, o una parte de tales controversias, poniendo fin a la cuestión litigiosa materia de la decisión”⁽¹⁵⁾. Esta doctrina parece excluir la posibilidad de ejecutar medidas cautelares al amparo de la Convención de Nueva York, ya que una de las características esenciales de este tipo de medidas es que no son definitivas, sino que pueden ser modificadas, suspendidas o revocadas por el tribunal durante el procedimiento arbitral.

Esta interpretación restrictiva de la Convención también ha sido adoptada por otros tribunales fuera de América Latina. Así, la Corte Suprema de Queensland (Australia) rechazó —en el caso “Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”— la ejecución de una medida provisoria decretada por un tribunal arbitral con sede en los Estados Unidos, que ordenaba al demandado —en el marco de una disputa relacionada con un contrato de licencia— que: a) se abstuviera de celebrar cualquier tipo de acuerdo con otra entidad en la región de Australasia y de utilizar la información confidencial obtenida durante la vigencia del contrato de licencia; b) depositara todos los ingresos que derivaban del contrato de licencia en una cuenta *escrow* a nombre de ambas partes⁽¹⁶⁾. El tribunal australiano señaló que las medidas decretadas por el tribunal de ninguna manera pretendían resolver de forma final las disputas presentadas por las partes al tribunal, ya que dichas medidas son provisionales y pueden ser anuladas, modificadas o suspendidas por el tribunal arbitral⁽¹⁷⁾. Por consiguiente, el tribunal australiano concluyó que la resolución del tribunal arbitral no constituía una “sentencia arbitral” en los términos de la Convención de Nueva York⁽¹⁸⁾.

En los Estados Unidos, en cambio, algunos tribunales han desarrollado una interpretación más amplia de la noción de “sentencia arbitral”. En el caso “Publicis Communication v. True North Communications”⁽¹⁹⁾, el

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Véase, por ejemplo, el art. 181 de la Ley suiza sobre Derecho Internacional Privado; el art. 1468 del Código Civil Francés; el art. 17 de la Ley canadiense sobre Arbitraje Comercial; el art. 12 de la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur.

(2) La Ley Modelo de 1985 establecía en su artículo 17 que: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”. La versión 2006 dispone en su art. 17 que: “1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares. 2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo

al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

(3) Véase, por ejemplo, el art. 28 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el art. 26 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, el art. 25 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el art. 26 de las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional.

(4) MIRÓ GILI, Màrius, “La decisión del ‘árbitro de emergencia’. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”, en *Revista del Club Español del Arbitraje* 16/2013, p. 37. Respecto de los reglamentos que incorporan la figura del árbitro de emergencia, véase, por ejemplo, el art. 29 del Reglamento CCI, el art. 6 del Reglamento del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD), *Appendix II* de las Reglas de la SCC, el art. 30 (2) del Reglamento del Centro de Arbitraje Comercial de Singapur (SIAC).

(5) RIVERA, Julio César, “Arbitraje comercial internacional y doméstico”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 696.

(6) Cfr. PAULSSON, Marika R. P., “The 1958 New York Convention in Action”, Kluwer Law International, 2016, p. 117.

(7) Véase, por ejemplo, CRAIG, William Laurence -

PARK, William W. - PAULSSON, Jan, “International Chamber of Commerce Arbitration”, Oceana Publications, 2000, 3rd ed., ps. 465-466; GONZÁLEZ DE COSÍO, Francisco, “Arbitraje”, Porrúa, Ciudad de México, 2011, p. 730; KARRER, Pierre A., “Interim Measures issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please”, en van den Berg, Albert Jan (ed.), *International Arbitration and National Courts: the Never Ending Story*, ICCA Congress Series, vol. 10, ps. 107-108; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle - RIGOZZI, Antonio, “Arbitrage International”, Weblaw, Berna, 2010, 2^o ed., p. 387; LEW, Julian D. M. - MISTELIS, Loukas A. - KRÖLL, Stefan Michael, “Comparative International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, 2003, par. 23-94; POUDRET, Jean-François - BÉSSON, Sébastien, “Comparative Law of International Arbitration”, Sweet & Maxwell Ltd., Londres, 2007, 2nd ed., p. 546; en contra, véase BORN, Gary B., “International Commercial Arbitration”, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014, 2nd ed., Vol. III, p. 3620; CAIVANO, Roque J., “Control Judicial en el Arbitraje”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 302; y RIVERA, “Arbitraje comercial...”, cit., p. 696.

(8) POUDRET - BÉSSON, “Comparative Law of International Arbitration”, cit., p. 546.

(9) POUDRET - BÉSSON, “Comparative Law of International Arbitration”, cit.

(10) Corte Suprema (Chile), 11/5/2010, “Western Te-

chnology Services International Inc. (Westech) v. Sociedad Chilena Cauchos Industriales SA (Cainsa)”.

(11) CNCom. (Argentina), Sala B, 11/4/2002, “Forever Living Products Argentina S.R.L. c/ Beas, Juan y otro”, LALEY, 2003-C, 676.

(12) “Forever Living Products Argentina S.R.L. c/ Beas, Juan y otro”, cit., considerando n^o 2.

(13) BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., pp. 2454-2455.

(14) Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala de Casación Civil, 19/12/2011, “Drummond Ltd. c/ Instituto Nacional de Concesiones - INCO y otros”.

(15) ZULETA, Eduardo, “¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial el laudo final y el laudo interino”, en Tawil, Guido S. - Zuleta, Eduardo (Directores), “El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50^o aniversario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 61.

(16) “Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”, (1993) 118 ALR 655.

(17) “Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”, § 1.

(18) “Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”, § 40.

(19) “Publicis Communication v. True North Communications”, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000).

Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito sostuvo que la orden del tribunal arbitral de entregar ciertos documentos impositivos constituía un laudo, porque mediante dicha orden el tribunal había resultado una disputa concreta de forma definitiva, de forma tal que podía ser ejecutada en los términos de la Convención de Nueva York (20). Al respecto, el tribunal observó que si la parte beneficiada con dicha medida tenía que esperar hasta el dictado del laudo que resolviera de forma definitiva todas las cuestiones debatidas entre las partes, la orden dictada por el tribunal no era más que una pérdida de tiempo sin sentido (21). Si bien es cierto que del fallo surge una interpretación amplia de la noción de “laudo arbitral”, no debe soslayarse, como advierten Poudret y Besson, que la medida dictada por el tribunal no configuraba en sentido estricto una medida cautelar o provisional (22).

En un caso más reciente, el Tribunal para el Distrito Sur de Nueva York resolvió reconocer —de acuerdo con los términos de la Convención de Nueva York— un laudo interino que ordenaba a la demandada pagar una determinada suma de dinero en función de indemnidades otorgadas en favor de las demandantes en un Contrato de Compra-venta de Acciones respecto del pago de ciertos impuestos (23). Al dictar el laudo interino, el tribunal arbitral subrayó que la orden emitida no afectaba de manera alguna los argumentos de cada parte respecto de quien era en última instancia responsable. El tribunal judicial estadounidense sostuvo que si un laudo arbitral basado en la existencia de daño irreparable ha de tener algún significado, las partes deben ser capaces de obtener su reconocimiento al momento en que es dictado (24). Según el tribunal dicha clase de laudo no es “‘interino’ en el sentido de ser un paso ‘intermedio’ hacia un fin”, sino que es “un fin en sí mismo, porque su misma finalidad es determinar los derechos de las partes durante ese período ‘interino’ hasta que se dicte una decisión final sobre el fondo” (25). En este marco, el tribunal estadounidense concluyó que el laudo podía ser reconocido en los términos de la Convención, ya que se trata de un laudo que resolvió de forma final y definitiva una pretensión concreta e independiente (26).

Esta concepción del tribunal estadounidense se ajusta a la interpretación formulada por Gary Born según la cual “las medidas provisionales son ‘finales’ en el sentido que resuelven un pedido de tutela mientras se encuentra pendiente la resolución del arbitraje” (27). Sin embargo, como observa Schwartz, esta es una definición muy artificial de laudo final o definitivo, ya que “uno podría igualmente decir que toda decisión es final hasta que sea sustituida por una decisión contraria, lo que equivale a decir que dicha decisión no es final de ninguna manera” (28).

En síntesis, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha concluido que no resulta posible ejecutar al amparo de la Convención de Nueva York una decisión arbitral que decreta medidas cautelares. Es por eso que la versión 2006 de la Ley Modelo

UNICTRAL incluyó expresamente el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país, como explico a continuación.

II.2. El reconocimiento y ejecución de medidas cautelares o provisionales dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país al amparo de la legislación arbitral doméstica

Debido a las dificultades que plantea el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares o provisionales dictadas en procedimientos arbitrales en el marco de la Convención de Nueva York, la versión 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL incorporó en sus artículos 17 h) y 17 i) un mecanismo de reconocimiento y ejecución de esta clase de medidas (29). De manera tal que en los países que han seguido este enfoque de la Ley Modelo resulta posible ejecutar medidas cautelares decretadas por tribunales arbitrales con sede en otro país con sustento no ya en un tratado internacional, sino en una ley nacional (30). Este mecanismo de ejecución ha sido considerado como un agregado deseable a la Ley Modelo, ya que “intensifica la eficacia del procedimiento arbitral” (31).

Por ejemplo, en América Latina, la Ley Peruana de Arbitraje de 2008 establece en su artículo 48 inc. 4 que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en los mismos términos establecidos para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previstos en los artículos 75, 76 y 77. Asimismo, la norma aclara que “La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla” (art. 48 inc. 4 ap. e).

Por su parte, el art. 88 de la ley colombiana 1563 de 2012 dispone, en materia de arbitraje internacional, que: “Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada...”. El art. 89 regula las causales de denegación de la ejecución, distinguiendo la denegación a pedido de parte o de oficio. En este sentido, el art. 89 establece que el tribunal judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar a pedido de la parte afectada por las siguientes causales: i) para el momento del acuerdo de arbitraje la parte perjudicada por la medida estaba afectada por incapacidad, o dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya decretado la medida; o (ii) la parte afectada no fue debidamente notificada de la iniciación de la actuación arbitral; o (iii) la

decisión se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; o iv) la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, no se ajustaron a la ley del país donde se tramita el arbitraje, siempre que por ello se haya privado a dicha parte de su derecho de defensa en relación con lo dispuesto en la medida cautelar; o v) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la caución que corresponda a la medida cautelar decretada; o vi) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por una autoridad judicial del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho se decretó dicha medida. El tribunal judicial también podrá denegar de oficio el reconocimiento y ejecución de la medida cautelar cuando i) según la ley colombiana el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) la ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano.

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur establece un procedimiento complejo para obtener la ejecución en un Estado parte de una medida cautelar decretada por un tribunal arbitral con sede en otro Estado parte, y que exige —entre otras cosas— la intervención de un tribunal judicial del país de la sede del arbitraje. En efecto, el art. 19.4 establece que:

“Las solicitudes de cooperación cautelar internacional dispuestas por el tribunal arbitral de un Estado Parte serán remitidas al juez del Estado de la sede del tribunal arbitral a efectos de que dicho juez la trasmita para su diligenciamiento al juez competente del Estado requerido, por las vías previstas en el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N°27/94. En este supuesto, los Estados podrán declarar en el momento de ratificar este Acuerdo o con posterioridad que, cuando sea necesaria la ejecución de dichas medidas en otro Estado, el tribunal arbitral podrá solicitar el auxilio de la autoridad judicial competente del Estado en el que deba ejecutarse la medida, por intermedio de las respectivas autoridades centrales o, en su caso, de las autoridades encargadas del diligenciamiento de la cooperación jurisdiccional internacional.”

Fuera del ámbito de este acuerdo rige el ya mencionado art. 1655 del Código Civil y Comercial que establece, en su parte pertinente, que “La ejecución de las medidas cautelares y en su caso las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial”. A diferencia de la Ley Modelo, el art. 1655 no aclara que podrá realizarse la ejecución de la medida cautelar “cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada”, con lo cual no queda claro si resulta posible —en los términos del art. 1655— ejecutar en los tribunales argentinos una medida cautelar

decretada por un tribunal arbitral con sede en otro Estado.

Al respecto, es interesante observar que algunos países como Suiza o Alemania, en los que la ley aplicable reconoce genéricamente la posibilidad de ejecutar las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral —pero sin aclarar expresamente que ello incluye las medidas adoptadas por tribunales arbitrales con sede en otro Estado—, la doctrina mayoritaria considera admisible dicha ejecución (32).

De manera tal que sería posible adoptar una interpretación similar en Argentina y admitir la ejecución de medidas cautelares decretadas por tribunales arbitrales con sede en el extranjero, con sustento en el art. 1655 del Código Civil.

Sin perjuicio de ello, el proyecto de ley de arbitraje internacional preparado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos —basado en la Ley Modelo— establece en su art. 56 que: “Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en la Sección 2ª del presente Capítulo” (33). De aprobarse finalmente este proyecto, el debate acerca de la posibilidad de ejecutar medidas cautelares adoptadas por tribunales arbitrales en el extranjero quedará clausurado.

III. Conclusión

Los tribunales judiciales han rechazado, en general, la posibilidad de ejecutar medidas cautelares o provisionales dictadas por tribunales arbitrales al amparo de la Convención de Nueva York. Por ello, la sanción de leyes de arbitraje que contemplan expresamente la posibilidad de reconocer y ejecutar medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país constituye un avance muy positivo tendiente a asegurar la eficacia del procedimiento arbitral. Si bien el art. 1655 no veda esta posibilidad, sería deseable que se aclare expresamente —como lo hace el proyecto de ley de arbitraje internacional— que los tribunales argentinos son competentes para ordenar la ejecución de dichas medidas. ●

Cita on line: AR/DOC/146/2017

! MÁS INFORMACIÓN

Caivano, Roque J., “El arbitraje de amigables componedores y el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (junio), 12, AR/DOC/1559/2016.

Caputo, Leandro Javier - Minorini Lima, Ignacio, “La nueva regulación en materia de arbitraje”, RCCyC 2016 (junio), 8, AR/DOC/4255/2015.

Fernández Arroyo, Diego P. - Vetulli, Ezequiel H., “El nuevo contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial: ¿un tren en dirección desconocida?”, RCCyC 2015 (octubre), 161, AR/DOC/2992/2015.

{ NOTAS }

(20) “Publicis Communication v. True North Communications”, cit., p.729.

(21) “Publicis Communication v. True North Communications”, cit., p.731.

(22) Cfr. POUURET - BÉSSON, “Comparative Law of International Arbitration”, cit., p.548.

(23) “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, 46 F.Supp.3d 327 (S.D.N.Y. 2014).

(24) “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, cit., p.338.

(25) “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, cit., ps.338-339.

(26) “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, cit., p.339.

(27) BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p.2515. En sentido similar, véase KOJOVIC, Tijana, “Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief. How final is Provisional”, 18 *Journal of International Arbitration* 511, p.524 (2001).

(28) SCHWARTZ, Eric A., “Thoughts on the Finality of Arbitral Awards”, en Lévy, Laurent - Derains, Yves, *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Ed. Pedone, Paris, 2011, p.751, n.10.

(29) El art.17(h) de la Ley Modelo dispone que: 1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se re-

conocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I. 2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. 3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para prote-

ger los derechos de terceros.

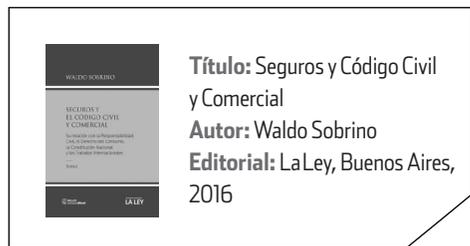
(30) Véase, por ejemplo, art.1696 del Código de Procedimiento Civil de Bélgica, art.19 de la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda, art.43 de la Ley de Arbitraje de Eslovenia, art.6 de la Ley de Arbitraje de Irlanda y Art.16 de la Ley de Arbitraje de Australia.

(31) BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p.2518.

(32) Cfr. KAUFMANN-KOHLER - RIGOZZI, “Arbitrage International”, cit., ps.388-389.

(33) Énfasis añadido.

BIBLIOGRAFÍA



Título: Seguros y Código Civil y Comercial
Autor: Waldo Sobrino
Editorial: La Ley, Buenos Aires, 2016

La obra que comentamos es la continuidad del Profesor Sobrino en el tema de seguros donde ha profundizado diversos aspectos vinculados con los usuarios, compañías de seguros y diversidad de seguros con alta calidad académica y pragmática.

El Tomo I aborda la nueva posición de los usuarios y consumidores de seguros en el Código Civil y Comercial buscando la coordinación de la Ley de Derechos del Consumidor, la Ley de Seguros y la Ley de Tránsito. Realmente un trabajo de coordinación encomiable donde los abogados, investigadores y magistrados encontrarán reflexiones valiosas en el análisis y la resolución de casos.

En un segundo capítulo aborda los nuevos paradigmas de la responsabilidad civil en el

Código Civil y Comercial con profundidad destacando las funciones de prevención y de atribución de los factores subjetivos y objetivos.

En los capítulos tercero y cuarto aborda la contratación; su relación con las conexidades contractuales y los seguros donde el lector podrá informarse de los nuevos principios y de las modificaciones relativas al contrato de seguros en el Código Civil y Comercial.

En un capítulo especial analiza la posición de los derechos y obligaciones de las víctimas de siniestros frente a las compañías de seguros. Análisis completo sobre las primas, pólizas y posibilidades de eximición de las aseguradoras.

Hacia el final del Tomo I aborda lo relativo a la prescripción de las acciones, con minuciosidad, dada la complejidad con que ha quedado el tema en su relación con la Ley de Seguros, la Ley de Derechos del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

El Tomo II estudia las cláusulas abusivas de los contratos de seguros, especialmente la

denominada cláusula *claims made*, que tantos problemas ha tenido en la aplicación de las coberturas.

En el Capítulo XVI incorpora los deberes de prevención y de salvamento a que están las compañías de seguros obligadas, y su incumplimiento. En el capítulo siguiente lo relativo a las caducidades y a las exclusiones de cobertura, coordinándolas con normativas de orden público.

En el capítulo XVIII trata un tema esencial para las políticas económicas del Estado como son los seguros relativos a las empresas, los seguros especiales, los reaseguros, y los aspectos internacionales del seguro y del reaseguro.

Un capítulo especial y de alta profundidad académica y práctica está dedicado a la aplicación de los daños punitivos; los requisitos para su aplicación y la posibilidad de su aseguramiento.

Culmina la obra con un aporte de jurisprudencia sistematizada donde el lector podrá encontrar analizadas las principales sentencias que hacen al trabajo de los abogados y a

la defensa de los intereses de los asegurados y de las víctimas.

Sin duda se trata de una imprescindible obra para todos los que en torno de los seguros realizan su actividad desde cualquiera de los intereses que defiendan.

A pesar que me comprendan las generales de la ley, porque mi amistad con el Dr. Sobrino es desde larga data y con especial afecto, considero que la madurez y la profundidad académica del autor y de la obra hablan por sí sola de su importancia.

Ello no me inhibe no sólo de hacer este comentario, sino de estar orgulloso y de ser un admirador por su sacrificio y dedicación a la docencia en temas de seguros y sostener que esta obra tiene la importancia de ser una culminación de su sabiduría y de su dedicación, y sólo la mitad de un camino que seguramente dará muchos frutos superiores.

Carlos A. Gherzi

Cita on line: AR/DOC/139/2017

NOTA A FALLO

Aduana

Revocación de la multa por declaraciones inexactas. Doctrina de la Corte Suprema aplicada al caso.

Hechos: El Tribunal Fiscal de la Nación confirmó la resolución del administrador de la Aduana local por medio de la cual se condenó a una empresa exportadora y al despachante de aduana al pago de una

multa por haber manifestado en la declaración "post embarque" una cantidad mayor de mercadería que la efectivamente embarcada. La Cámara revocó la decisión. La DGA interpuso recurso extraordinario, que al ser denegado, dio lugar a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibles el remedio procesal.

La queja interpuesta contra la sentencia que revocó la multa impuesta

a una exportadora y al despachante de aduana por haber manifestado en la declaración "post embarque" una cantidad mayor de mercadería que la efectivamente embarcada debe ser desestimada, pues el fallo impugnado se adecuó a la doctrina de la Corte Suprema sentada en "Petrobras Energía" —06/03/2014; AR/JUR/1688/2014— en relación a la interpretación del art. 954, inc. a) del Cód. Aduanero, y la aplicó a las circunstancias fácticas del caso que

fueron valoradas sin incurrir en arbitrariedad.

119.861 — CS, 04/10/2016. - Aceitera General Deheza SA (TF 29218-A y acum.) c. DGA.

[Cita online: AR/JUR/65005/2016]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 28/10/2016, p. 5, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

Creaciones reglamentarias que la Aduana asimila a declaraciones aduaneras comprometidas

SUMARIO: I. El precedente "Petrobras" de la Corte Suprema y su relación con este caso. — II. La declaración aduanera y sus características. — III. La inexactitud deslizada en la denominada declaración "post-embarque" no es idónea para constituir la infracción aduanera de declaración inexacta. — IV. Hacer justicia sin abandonar el precedente. — V. Conclusiones.

Enrique C. Barreira

I. El precedente "Petrobras" de la Corte Suprema y su relación con este caso

El 4/10/16, la Corte Suprema se pronunció en el caso "Aceitera General Deheza" (que en adelante denominaremos "AGD") que es objeto de este comentario. Cuando el control ejercido por la Aduana sobre la mercadería cargada a bordo del medio de transporte arroja menor cantidad, peso o volumen que el declarado en la solicitud aduanera de exportación, las regulaciones de Aduana(1)

establecen que el exportador debe efectuar una declaración "post-embarque" en la cual debe indicar la cantidad realmente contabilizada por el guarda aduanero. Dado que en el caso hubo carga por menor cantidad, el exportador debió presentar una declaración "post-embarque", que no indicaba correctamente esa diferencia. Por ello se le imputó la infracción de declaración inexacta y se debatió si en ese caso le correspondía exención de pena, porque la inexactitud no era comprobable de la simple lectura de esa

declaración, como lo exige el art. 959, inc. a) del Cód. Aduanero(2), sino que surgía del cotejo de ésta con su documentación complementaria.

La Corte Suprema ya se había pronunciado sobre ese mismo tema un año y medio antes en el caso "Petrobras Energía S.A. (TF 21.509-A)" del 06/03/14 (que en adelante denominaremos "Petrobras"), caso sobre el que sostuve que, dadas sus características, casi idénticas a las del que ahora comentamos, la discusión sobre la procedencia de exceptuar de punición a los imputados o de aplicarles una eventual atenuación, resul-

taba ociosa, pues la infracción no se había cometido(3). Muchos esperábamos un nuevo pronunciamiento que aclarara o rectificara el precedente "Petrobras" que sentíamos injusto. El mismo tema vuelve al candelero en "AGD", y si bien el modo en que es resuelto parece reflejar la intención de rectificar el camino anterior, su planteo conspiró contra ello dejando, a nuestro juicio, sin resolver la cuestión de fondo.

En ambos casos, al encuadrar la Aduana al hecho como una declaración aduanera inexacta por un error cometido por el declarante, la Corte Suprema revitaliza la tradicional doctrina de nuestros tribunales federales, según la cual, a los fines de la exención de la pena aplicable, es necesario que "la inexactitud fuere comprobable de la simple lectura de la propia declaración"(4). Distinguí este caso

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Resolución General (AFIP) N° 1161 (B.O. 28/11/2001) Anexo II, reemplazada luego por la Resolución General (AFIP) N° 1921, (B.O. 9/08/2005) Anexo II.

(2) El art. 959, inc. a) del Cód. Aduanero (con la modificación introducida por la ley 25.986) establece: "En

cualquiera de las operaciones o de las destinaciones de importación o de exportación, no será sancionado el que hubiere presentado una declaración inexacta siempre que mediare alguno de los siguientes supuestos: a) la inexactitud fuere comprobable de la simple lectura de la propia declaración o la circunstancia o el elemento en el

cual ella recayera hubiera sido objeto de las opciones a la que aluden los arts. 234 apartado 3 o 332 apartado 3 de este Código".

(3) Por dicha razón la nota se tituló "El rechazo de la atenuación de una pena que no debió haber existido por ausencia de infracción". Se publicó en la *Revista de*

Estudios Aduaneros, del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, N° 22, Segundo semestre de 2015, p. 311.

(4) El error evidente que daba lugar a la absolución según el entonces vigente art. 1053 de las Ordenanzas de Aduana (ley 810 de 1876) era, según la jurisprudencia, "el que surge de la redacción del documento mismo en que

de aquellos en que el declarante al tramitar el despacho, solicita la rectificación antes que estuviera en condiciones de enterarse que la declaración o la mercadería sería objeto de control aduanero o antes que la mercadería hubiera sido ya librada; pues según los arts. 225 y 322 del Cód. Aduanero (5), en estos últimos supuestos, la inexactitud para la excepción de pena puede surgir no sólo de la simple lectura de la propia declaración, sino también de los documentos complementarios a la declaración.

En “Petrobras” el Tribunal se apartó del correspondiente dictamen de la Procuradora Fiscal del 06/02/13 que, haciendo hincapié en los propios dictámenes anteriores (6) había expresado “...tal como lo sostuvo... estimo que los arts. 224 y ss. y 321 y ss., conducen a la correcta inteligencia de las normas en juego, en cuanto establecen que la declaración contenida en una solicitud de importación o exportación —según cada caso— ‘es inalterable una vez registrada y el servicio aduanero no admitirá del interesado rectificación, modificación o ampliación alguna, salvo las excepciones previstas en este Código’. En especial hay que reparar en que el art. 322 habilita al servicio aduanero a autorizar la rectificación, modificación o ampliación de la declaración cuando su inexactitud hubiera podido configurar una infracción aduanera, siempre que ella fuera comprobable de su simple lectura ‘o de sus documentos complementarios’ y fuera solicitada con anterioridad a que la diferencia hubiera sido advertida por cualquier medio por dicho servicio... De la interpretación conjunta de estas normas entonces, se colige que la ‘simple lectura puede ser tanto de la propia declaración como, inclusive, de los documentos complementarios de ella’”.

En el caso “AGD”, la Corte Suprema debió manifestarse dos veces, una el 12/08/14 y otra el 04/10/16 y ambos han pivotado sobre el anterior caso “Petrobras” del 06/03/14 (similar a éste) pues, tanto en uno como en el otro:

a) El exportador solicitó la destinación de exportación para consumo por un volumen medido en peso superior al que finalmente se embarcó (lo que no es punible a tenor del art. 346 del Cód. Aduanero);

b) La diferencia fue constatada por el guarda aduanero en el momento de la carga;

c) La diferencia fue asentada por el guarda aduanero en el correspondiente “cumplido de embarque” inserto en la “solicitud aduanera de exportación” (comúnmente denominada “permiso de embarque”);

d) Luego, el exportador presentó la “declaración post-embarque”, exigida por la pertinente resolución aduanera y al hacerlo cometió el error de transcribir mal el resultado de la carga, antes constatado por la Aduana y asentado por ésta en el “cumplido de embarque”;

e) Posteriormente la Aduana advirtió dicho error y consideró que se había cometido una declaración inexacta en los términos del art. 954 del Cód. Aduanero, instruyendo el sumario correspondiente y aplicando una severa multa.

En “AGD” luego de que el caso fuera resuelto por el Tribunal Fiscal, fue objeto de dos fallos de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y de sendos fallos de la Corte Suprema. El primer pronunciamiento de Cámara (Sala IV) revocó la condena aduanera y fue, a su vez, revocado por la Corte Suprema en ocasión de plantear la Aduana recurso extraordinario por no haberse atendido a la doctrina del caso “Petrobras”. El Alto tribunal ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento por la Cámara, que lo hizo por su Sala III, reiterando la revocación de la condena aunque invocando el precedente “Petrobras”. No obstante la Aduana consideró que el referido precedente no había sido realmente respetado, planteando el recurso extraordinario que al ser rechazado por la Cámara dio motivo a una queja por recurso denegado ante la Corte Suprema, la que lo abrió, llevando así, la Aduana nuevamente el mismo caso a la Corte. Finalmente ésta, tras el dictamen de la Procuradora Fiscal del 03/02/16, por sentencia del 04/10/16 convalidó el segundo fallo de la Cámara y dejó sin efecto la sanción.

II. La declaración aduanera y sus características

Sin duda el primer punto de interés radica en saber si en estos casos se configura realmente una declaración aduanera inexacta a tenor del tipo infraccional del art. 954 del Cód. Aduanero. Si bien me ocupé antes de ese tema, nuevamente me referiré a las razones que me inclinan a ratificar mi posición negativa en relación con ese encuadre del debate, lo que nos obligará a ahondar en la institución de la declaración previa en materia aduanera.

El vocablo “declaración aduanera” es usualmente utilizado en, al menos, dos diferentes acepciones que tiene sentido destacar (7):

a) Una es la que corresponde al acto mediante el cual el importador o el exportador petitiona a la Aduana que ésta le brinde determinado tratamiento aduanero a la mercadería que importa o exporta. Se solicita a la Aduana que dicte un acto administrativo autorizando lo requerido. La solicitud genera un procedimiento constitutivo del acto que admita o deniegue lo solicitado (8). Su esencia no es otra que una “declaración de voluntad” del importador o exportador que podrá ser aceptada, concediendo el régimen solicitado para esa mercadería, o rechazada como, por ejemplo, si la destinación u operación solicitada se encontrara prohibida por el ordenamiento.

b) La otra acepción es la que corresponde a la declaración que el importador o exportador realiza, dando a conocer al servicio aduanero los elementos necesarios para individualizar, clasificar, y valorar la mercadería, con el fin de agilizar el trámite del despacho. Se trata de una “declaración informativa”. Es la declaración aduanera propiamente dicha. En ella se hace una afirmación sobre las características de la mercadería y, por ende, es susceptible de ser “verdadera” o “falsa”, dando lugar a la figura de la “declaración

inexacta” contemplada en el art. 954 del Cód. Aduanero, mientras que la “solicitud”, al ser una manifestación de voluntad podrá ser jurídicamente “válida” o “inválida”, pero nunca “verdadera” o “falsa”.

En nuestra ley la solicitud y la declaración se presentan en un solo instrumento (ver arts. 234 aps. 1 y 2 y art. 332 aps. 1 y 2, del Cód. Aduanero), por lo que la solicitud de exportación (que es la que nos interesa en este trabajo), lleva anexa una declaración con las características de la mercadería, tales como naturaleza, especie y calidad (usualmente referidas en la posición arancelaria que las engloba numéricamente); así como también, estado, cantidad, peso o volumen, origen, procedencia, precio y condiciones de la operación subyacente. Estos datos permiten la debida clasificación y valoración de la mercadería por parte de la Aduana. La “clasificación” permite determinar si la mercadería está sujeta a eventuales prohibiciones, restricciones o tributos y, en este último caso, cuál es el tipo de tributo y la alícuota “ad valorem” aplicable. Por su parte, la “valoración” permite determinar la base imponible sobre la que debe aplicarse la referida alícuota “ad valorem” y determinar así el importe del tributo aplicable.

Desde 1866 las Ordenanzas de Aduana sentaron dos principios que son la base del sistema aduanero moderno: la “declaración previa” y el “despacho en confianza”. Una actúa en función de la otra. La declaración de la mercadería es previa al examen que de ella haga la Aduana y es necesaria para permitir la autorización que se solicita. La Aduana exige una declaración “veraz” y “completa”, que le permita conocer de antemano el tratamiento aduanero de la mercadería que se introduce o se extrae del territorio aduanero.

Las grandes cantidades de mercadería que hoy en día son importadas y exportadas, así como su variedad y su complejidad tecnológica, no permiten compatibilizar su verificación exhaustiva, con la rapidez que requiere el comercio internacional. Por ello es necesaria cierta dosis de confianza de la Aduana en la buena fe con que los operadores privados hacen su declaración. Ello requiere de operadores (importador, exportador, despachante o agente de transporte aduanero) que sean confiables. Deben ser personas inscriptas en registros especiales de la Aduana; deben reunir ciertos requisitos sin los cuales no pueden desarrollar esas funciones (ausencia de antecedentes reprochables, solvencia económica y conocimientos técnicos especiales), que se encuentran establecidos en los arts. 36 a 111 del Cód. Aduanero. Se hallan, además, sujetos a sanciones específicas en caso de incurrir en faltas a su deber de lealtad con el servicio aduanero.

Éste es el escenario del “despacho en confianza” que, entre otras cosas, permite que mediante cierto sistema de selectividad el operador pueda, en un gran porcentaje de los casos, librar a plaza la mercadería sin que ésta sea verificada por la Aduana, en la confianza que los dichos de su declaración son verdaderos. Como contrapartida, la falta de

veracidad y de exactitud de esa declaración configura la infracción de declaración inexacta, castigada severamente en el art. 954 del Cód. Aduanero. Ésta es la infracción de que trata el caso que comentamos.

En la exportación, la solicitud de destinación (con la declaración adjunta a él) se presenta, y la mercadería se examina antes de la carga a bordo del medio de transporte. Si la mercadería es remitida a la terminal portuaria para su carga en un buque, como sucedió en los casos analizados, al llegar la mercadería ya está embalada y verificada en cuanto su naturaleza, especie y calidad y el guarda de ribera sólo “pesa, cuenta y mide” los bultos o contenedores. En este caso, tratándose de mercadería a granel, la mercadería suele ser cargada directamente desde el silo o tanque, y el volumen se determina por el peso obtenido por balanzas especialmente controladas por los órganos oficiales especializados.

El guarda aduanero, al controlar la carga, determina si se cumplió conforme con lo declarado o no. Al asiento que surge de esta constatación se lo denomina “cumplido de embarque”. Es un acto administrativo de constatación (9), pues el agente aduanero deja constancia de las cantidades realmente cargadas a bordo o, si se trata de salida en camión por la frontera, directamente egresadas en los vehículos que salen del territorio aduanero. En el caso, el guarda aduanero asentó dicho dato en la solicitud de exportación (permiso de embarque) y lo registró en el sistema informático aduanero (SIM).

El art. 346 del Cód. Aduanero establece: “El exportador puede embarcar mercadería en menor cantidad que la declarada en la solicitud de destinación de exportación para consumo, siempre que, una vez concluida la descarga, diere aviso al servicio aduanero para su constatación y registro en el correspondiente permiso”. De la lectura de este artículo se desprenden las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, la norma permite que el exportador cargue mercadería a bordo por menor cantidad que la declarada en la solicitud de exportación sin que ello sea punible. La posibilidad que se le da al exportador de cargar en menor cantidad, peso o volumen apunta a evitar los problemas que implican las posibles diferencias entre lo declarado y lo que le es remitido al exportador al puerto, aeropuerto o lugar de salida. Si resultara en mayor cantidad, peso o volumen que el declarado, el exportador siempre tendrá la posibilidad de detraer de la partida los bultos o volúmenes sobrantes a fin de no incurrir en una exportación punible. Esa detraición puede no ser precisa (máxime si la partida está constituida por bultos que no pueden ser fragmentados y el retiro de algunos de ellos no permite entonces, una coincidencia perfecta con el peso oportunamente declarado), razón por la cual si resultara finalmente en menor cantidad, no incurriría en declaración inexacta (10);

● CONTINÚA EN PÁGINA 6

{ NOTAS }

se solicita el despacho o con el cual se hace la operación del caso”, de manera que la diferencia pudiera ser advertida al revisar el documento sin necesidad de verificar la mercadería: ver BASALDÚA, Ismael, “Legislación Penal Aduanera”, Buenos Aires, 1923, Capítulo 4, acápite 2, p.53.

(5) Tratándose de exportación, importa aquí el art. 322 del Cód. Aduanero (con las modificaciones introducidas por la ley 25.986), que establece: “1. El servicio aduanero autorizará la rectificación, modificación o ampliación de la declaración aduanera, cuando la inexactitud fuere comprobable de su lectura o de la de los documentos complementarios anexos a ella y fuera solicitada con anterioridad: a) A que se hubiera dado a conocer que la declaración debe someterse al control

documental o a la verificación de la mercadería; o b) Al libramiento, si se la hubiera exceptuado de los controles antes mencionados. 2. La rectificación, modificación o ampliación también procederá, bajo las condiciones previstas en el encabezamiento del apartado 1, con posterioridad al libramiento y hasta: a) la carga de la mercadería a bordo del medio de transporte que fuere a partir con destino inmediato al exterior, cuando se utilizare la vía acuática o aérea; o b) que el último control de la aduana de frontera hubiese autorizado la salida del medio de transporte, cuando se utilizare la vía terrestre. 3. Asimismo, el servicio aduanero podrá autorizar la rectificación, modificación o ampliación de la declaración aduanera siempre que la misma no configure delito o infracción”.

(6) La Procuración General de la Nación ya se había pronunciado en este sentido en el caso “Calvo, Raúl c. Frimetal S.A.”, Fallos: 333:300 del 23/03/2010, y también en el caso “Ramos, Alfredo Eduardo (T.F. 21,785-A) c. D.G.A.” (R.494, XLVII) del 1º/02/2014.

(7) He desarrollado esta cuestión en el trabajo “La solicitud de destinación aduanera y la declaración aduanera”, *Revista de Estudios Aduaneros*, N°14, segundo semestre de 2000, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Buenos Aires (se puede consultar en el sitio web del Instituto).

(8) Se denomina procedimiento administrativo “constitutivo” a aquél en el cual el administrado, a través de un pedido o solicitud, pone en marcha la voluntad de la administración con el fin de generar o “constituir” el

acto administrativo pretendido (GORDILLO, Agustín, “Procedimiento y Recursos Administrativos”, Jorge Alvarez Editor, Bs. As., 1963, p.19; BARREIRA, Enrique, “Procedimiento administrativo y su relación con el Derecho Aduanero”, Capítulo XXXVI en la obra colectiva “Procedimiento Administrativo”, dirigida por POZZO GOWLAND, H. - HALPERIN, D. - AGUILAR VALDÉZ, O. - LIMA, F. - CANOSA, A., Ed. LaLey, Bs.As., 2011, t. I, ps. 1392/1393.

(9) DIEZ, Manuel M., “Derecho Administrativo”, Bibliográfica Omega, Bs.As., 1965, t. II, p.230.

(10) Antes que rigiera el Código Aduanero la Sala I de la Cámara Nacional en lo Cont. Adm. Federal había sentado este criterio en autos “Jarmoluk, Teodoro” del 10/04/72.

VIENE DE PÁGINA 5

b) En segundo lugar, el exportador debe dar aviso de la diferencia al servicio aduanero. Esta comunicación debe hacerse luego de concluida la descarga y debe permitir la constatación aduanera. Cuando la norma menciona a la “descarga”, está refiriéndose a la transferencia desde el medio de transporte local al medio de transporte internacional en el cual se va a realizar la exportación, lo que suele producirse en el puerto, aeropuerto o lugar de carga de este último vehículo. El aviso previo dependerá de las características del lugar de la transferencia de la carga. Si la balanza se encuentra en la planta del exportador y llega una carga en menor cantidad que la declarada, la advertencia debe ser anterior, pero si la báscula que permite determinar la diferencia de peso se encuentra en el mismo puerto o aeropuerto en el que se produce la transferencia de la carga (11), y esa medición es la que permite al exportador, juntamente con el guarda, advertir la diferencia, es imposible que la advertencia sea anterior, pues el exportador y el guarda se enterarán en el mismo acto. Nadie está obligado a lo imposible. Piénsese en los puertos privados existentes en el Río Paraná en los que la misma balanza instalada en el sistema que conduce los granos o el aceite desde los silos o los tanques (según el caso), hacia el buque, permiten determinar el peso tanto al propio exportador para no cargar de más como a la Aduana para confeccionar el “cumplido de embarque” ¿qué sentido tendría castigar al exportador por no advertir “antes” sobre esa circunstancia si no tiene la posibilidad de hacerlo? La antelación contemplada en esta norma sólo se justifica cuando la diferencia pudiera pasar inadvertida. Una interpretación razonable de la norma así lo exige.

No obstante, la destreza en el manejo de la interpretación de la ley, propia de los hombres de derecho, no puede ser exigida a los agentes aduaneros que se suelen regir por la literalidad de la regla sin hurgar en las valoraciones que la inspiran; en parte porque es una tarea que requiere de conocimientos de hermenéutica jurídica y, en parte, porque las conclusiones a las que pudieran arribar podrían ser dispares y conspirar contra la uniformidad en el trato masivo propio del ámbito aduanero.

La ley exige un “aviso” del exportador cuando se carga menor cantidad, peso o volumen, pero no una “declaración” aduanera o, al menos, no con el carácter con que ese vocablo es conocido técnicamente en materia aduanera. Sin embargo, las resoluciones aduaneras, que sólo pueden reglamentar la ley pero no enmendarla o reemplazarla *so pretexto* de complementarla, han exigido (y siguen exigiendo), una “declaración de post-embarque”. Hay quienes sostienen que el “post-embarque” es una “declaración”. Sin duda que ello encuadra en una acepción amplia del término “declaración”. Pero como estamos hablando de un instituto que en materia aduanera posee características específicas, me permito sostener que esa afirmación sin mayor aditamento no parece apropiada, dando lugar a confusiones (12). En la jerga aduanera el término “declaración” es considerado en el sentido de “declaración comprometida”; esto es, tiene el significado que el vocablo “declaración” asume en el art. 954 del Código Aduanero, pues da lugar a la aplicación de penas por su eventual inexactitud y considero que ello no es aplicable a la llamada declaración “post-embarque”; sin embar-

go, fue tomado por la Aduana en ese sentido, dando lugar a consecuencias penales y al dificultoso proceso que aquí comentamos.

III. La inexactitud deslizada en la denominada declaración “post-embarque” no es idónea para constituir la infracción aduanera de declaración inexacta

El “cumplido de embarque” no estaba definido en la ley. El art. 405 del Cód. Aduanero, teniendo en cuenta un lenguaje de vieja raigambre aduanera, se refiere a él como el “cumplido de los documentos de embarque”, pues se trata de determinar si la cantidad, peso o volumen cargado, es consistente con lo declarado en el momento de registrarse la solicitud de destinación de exportación. Es, como vimos, un “acto administrativo” que se limita a constatar o comprobar una situación de hecho.

Sólo en caso que de esa comprobación aduanera surgiera una diferencia por menor carga, el exportador está obligado a formular una declaración “post embarque” que es realizada, entonces, y como su mismo nombre lo indica, luego que la menor cantidad, peso o volumen es detectada por la Aduana (13). La declaración “post-embarque” no es entonces “anterior” a la comprobación de la cantidad de la carga, sino “posterior” a ella y tiene solamente por finalidad repetir lo que la Aduana ha comprobado. Además, el art. 406 del Cód. Aduanero exige que la Aduana sólo admita la carga si la mercadería ya hubiera sido despachada, lo que significa que la oportunidad de la verificación ya pasó, quedando el trámite del despacho concluido y manteniéndose pendiente solamente la comprobación de que los bultos o cantidad a granel documentada fuera realmente cargada.

Por lo tanto la obligación del exportador en el “post-embarque” se limita a transcribir lo ya constatado por la Aduana. No se trata, entonces de una información que la Aduana necesite para cumplir con sus deberes. Tampoco es una declaración de lo que se va a cargar, sino respecto de lo ya comprobado por la Aduana al momento en que se cargó.

Nos preguntamos cuál es la razón de ser de esta “declaración”. Una de las respuestas que se pueden obtener en el sector aduanero es que serviría para dejar constancia del hecho en el sistema informático aduanero. No parece una respuesta convincente porque eso se realiza ya con el ingreso del propio “cumplido de embarque” en el sistema informático aduanero. Otra respuesta es que quizá la Aduana quiera la conformidad del exportador con el peso, cantidad o volumen constatado, a fin de bloquear una eventual futura discusión sobre los datos determinados en el cumplido. Esto tampoco parece necesario porque sería quitarle sus efectos al acto de comprobación, en el cual el exportador debe hallarse presente (por sí o por su despachante) para hacer los reclamos que fueren necesarios (art. 340, Cód. Aduanero)

A diferencia del importador, que declara lo que ya ingresó al territorio aduanero, el exportador declara lo que aún no salió del mismo. Pero los tributos están declarados y pagados por un volumen, peso o medida, por lo tanto si llega al lugar una carga en exceso respecto de la declarada, la única corrección posible es, como dijimos, detraer parte de lo que se está cargando permitiendo cargar de menos advirtiendo de ello a la Aduana. De lo contrario podría ser severamente castigado el eventual menor pago de derechos de

exportación no pagados (si existieran) y un menor ingreso de divisas de lo que hubiera correspondido.

Cuando la reglamentación de la Aduana exige que el exportador formule una declaración de “post embarque”, la posibilidad de que la inexactitud pase inadvertida a la Aduana es imposible, porque ella *ya fue advertida* y la diferencia (no punible), ha quedado asentada por la Aduana en el “cumplido”. La llamada declaración “post-embarque”, en consecuencia no es idónea para hacer incurrir en error a la Aduana y no cabe presumir que los funcionarios puedan ser engañados mediante la lectura de un dato distinto del que ellos mismos han constatado.

Por otra parte la licitud de una declaración de exportación por menor cantidad, peso o volumen según el art. 346 del Cód. Aduanero, no puede convertirse en ilícito porque un reglamento de aduana cree una exigencia al exportador de transcripción de lo ya comprobado por la Aduana, cuando ello no surge de la ley. De aceptarse esto se admitiría que la Aduana al establecer por vía reglamentaria declaraciones inoficiosas podría crear nuevas ocasiones de errores punibles, ampliando el campo de lo ilícito más allá de lo que la ley ha querido.

La doctrina del art. 959 del Cód. Aduanero, está contemplada para declaraciones comprometidas de conformidad con lo establecido en el art. 954 del mismo ordenamiento, que se encuentra en la Sección XII (“Disposiciones Penales”), Título II (“Infracciones aduaneras”) y dentro de éste en el Capítulo Séptimo referido a las “Declaraciones inexactas y otras diferencias injustificadas”, que abarca los arts. 954 a 961.

En el encabezamiento del art. 954 del Cód. Aduanero se establece como conducta típicamente punible el de una declaración inexacta formulada “para cumplir” con alguna operación o destinación aduanera; y el Diccionario de la Lengua Española define la preposición “para” como la que “denota el fin o término al que se encamina una acción”. Ello significa que la acción de “declarar” debe ser previa al fin que es obtener la “autorización” de la operación o destinación. Sin embargo, la declaración de “post embarque” no es para obtener la conformidad aduanera con el fin solicitado, sino que es posterior a que ese fin ya fuera alcanzado.

La declaración para ser punible debe diferir de lo que resultare de la posterior comprobación. Dado que en este caso la declaración post-embarque es que el exportador re-esciba lo que el guarda aduanero ya comprobó y escribió, castigar su error no surge del reproche por efectuar una declaración inexacta sino *“no transcribir bien”* lo que la Aduana ya sabe. Se rebaja la verdadera relevancia de la institución de la declaración como herramienta del despacho en confianza, para aislarla de su función en el sistema aduanero y generar una pena por la pena misma sin conexión con las valoraciones del ordenamiento.

Como conclusión de este capítulo resulta claro, pues, que el tipo infraccional descrito en el encabezamiento del art. 954 del Cód. Aduanero no es de aplicación a este caso y que la declaración llamada “post embarque” no puede generar un error en la Aduana que posibilite o hubiera podido posibilitar una lesión al bien jurídico “control aduanero”, porque:

a) La declaración aduanera que castiga el art. 954 del Cód. Aduanero debe ser previa al embarque, pues su finalidad es que la Aduana pueda obviar la verificación confiando en ella (“despacho en confianza”) y el “post-embarque” es posterior a la terminación de las tareas del despacho aduanero, cuando la Aduana ya constató la menor cantidad;

b) Cuando el “post-embarque” es confeccionado, la mercadería fue cargada y ha salido del territorio aduanero; consecuentemente, no es anterior a las tareas de control sobre la mercadería y, por ende, carece de idoneidad para hacer incurrir en error al funcionario aduanero encargado de ellas, que es lo que, justamente, castiga el art. 954 del Código Aduanero;

c) Teniendo en cuenta que el “post-embarque” pone por escrito el resultado de la constatación efectuada por la Aduana en el “cumplido” de embarque, resulta absurdo presumir que esa misma Aduana pueda ser engañada con la transcripción de un dato distinto al que él mismo ha constatado, porque la ley no presume la torpeza del Estado;

d) Lo que es lícito por el art. 346 del Cód. Aduanero en la primera declaración no puede convertirse en hecho ilícito por el solo hecho de que se le exija al exportador una declaración adicional reabriendo la posibilidad de que se pueda deslizar algún nuevo error;

e) La ocasión de un error que es considerado infracción surge, en el caso del “post-embarque”, de una obligación establecida por una resolución administrativa que no está respaldada por la ley de fondo:

f) La llamada “declaración de post embarque” es innecesaria para cumplir con el trámite exigido a la salida de la mercadería del país que, por otra parte, ya fue exportada cuando esa declaración se formula; y

g) El encabezamiento del art. 954 del Cód. Aduanero establece como conducta punible que haya una declaración “para” con alguna operación o destinación aduanera y la preposición “para” denota el fin o término al que se encamina una acción (Diccionario Lengua Española) lo que significa que la acción debe ser previa a la realización de la operación o destinación; lo que sin embargo no sucede en el caso del “post embarque”, pues en ese momento la operación ya terminó.

IV. Hacer justicia sin abandonar el precedente

En el caso “Petrobras” la Corte Suprema sostuvo la doctrina tradicional que, para aplicar la exención de pena del art. 959, inc. a) del Cód. Aduanero, es necesario que el error surja de la simple lectura del mismo documento en el que se formalizó la declaración. Por lo tanto, si bien la llamada declaración de “post-embarque” debía ser efectuada por resolución aduanera en un documento separado del “permiso de embarque” (en el cual ya estaba consignada la diferencia a través del “cumplido” del guarda aduanero), no podía tomarse en cuenta el error evidente que surgía de este último documento porque no era el mismo en que se había declarado el error.

El fallo “Petrobras” pareciera considerar al “permiso de embarque” como documento “complementario” del “post-embarque” (ver especialmente el primer párrafo, última parte del punto 6º de esa sentencia).

{ NOTAS }

(11) Ver el caso “Jarmoluk” referido en la precedente nota 10.

(12) “El lenguaje ofrece al pensador un sistema de signos, que puede emplear en amplia medida para la expresión de sus pensamientos; pero si bien nadie puede

prescindir de él, representa un instrumento sumamente imperfecto para la investigación rigurosa. La nociva influencia de los equívocos sobre la solidez de los razonamientos es conocida de todos. El investigador precavido no debe emplear el lenguaje sin tomar precauciones

técnicas; necesita definir los términos empleados si no son unívocos y carecen de significación rigurosa” (HUS-SERL, Edmund, “Investigaciones lógicas”, traducción de M. García Morente y José Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 2014, t. I p. 48.

(13) La Resolución General (AFIP) 1921 Anexo II, punto 1.1.3 dispone que la declaración “post-embarque” procede en los supuestos de los arts. 346 o 954, ap.1, inc. c) del Cód. Aduanero.

Detengámonos en esto. Los arts. 219, 220 y 453, inc. f) del Cód. Aduanero disponen que el importador podrá garantizar la falta de la documentación complementaria necesaria para autorizar la destinación solicitada. Si bien en la parte operativa del Código Aduanero referida la exportación, la documentación complementaria no es prácticamente mencionada como tal, no deja por ello de tener su relevancia como surge de la importancia que se le da a los remitos, guías y cartas de porte o conocimientos de embarque. El término “complementario” significa “que sirve para dar complemento, término o perfección a alguna cosa” y por “complemento”, “la perfección, completo o acabamiento que se da a alguna cosa”. El documento complementario es, entonces, aquel que permite completar al documento principal que no es otro que el de la declaración. Por lo tanto, pareciera que la Aduana, al obligar al exportador a formalizar una declaración de “post-embarque” que tendría por finalidad dejar en claro la rectificación de la declaración (que es el documento principal), le está dando a aquélla el carácter de documento complementario de la declaración propiamente dicha. La declaración aduanera formalizada en el cuerpo de la solicitud de destinación de exportación no es complementaria del post-embarque, sino al revés.

En su dictamen en el caso “AGD”, la Procuradora Fiscal al apoyar el fallo de la Sala III de la Cámara, considera que:

a) La declaración “post-embarque” es documentación complementaria de la declaración aduanera adjunta a la solicitud de destinación de exportación primitiva (y no a la inversa), añadiendo que se integra con ésta, pues implica una rectificación que obligatoriamente debe informarse (punto IX, párrafo ubicado en sexto lugar);

b) El referido “post-embarque” carecería de razón de existir si no fuera cotejado con su necesario antecedente (punto IX, última parte del párrafo ubicado en sexto lugar);

c) De la mera lectura de la declaración post-embarque no puede apreciarse error alguno (punto IX, párrafo ubicado en séptimo lugar); y

d) La pretensión de la Aduana haría inaplicable el instituto contenido en el inc. a) del art. 959 del Cód. Aduanero en cuanto exige que el error surja de la propia declaración, pues no habría posibilidad de compararlo o cotejarlo con otro dato referido al mismo concepto (punto X).

La Corte Suprema termina convalidando la posición adoptada por el dictamen de la Procuradora Fiscal, así como el fallo de la Sala III, cuyo sentido práctico no podemos dejar de compartir, aun cuando lo sea por otros fundamentos. Pese a lo que surgiría del dictamen referido en el párrafo anterior, la sentencia del alto tribunal finaliza expresan-

do que el fallo apelado no se ha apartado de lo dispuesto por esta Corte en su anterior intervención en estos autos, ni ha desconocido lo esencial de aquella decisión, asignando a la norma federal en juego (art. 959, inc. a, del Cód. Aduanero), la inteligencia que estableció en el precedente al que se remitió en su anterior pronunciamiento dictado en estos autos y la aplicó a las circunstancias fácticas del caso que fueron valoradas sin incurrir en arbitrariedad.

V. Conclusiones

Nos parece altamente inconveniente que so pretexto de reglamentación se dicten normas aduaneras que innovan, creando obligaciones a cargo de los particulares, exigiéndoles la formulación de presentaciones que se pretenden asimilar a “declaraciones aduaneras” propiamente dichas, sin serlo y ampliando el ámbito de lo prohibido sin ley que lo autorice.

El análisis que hemos hecho sobre el instituto de la “declaración aduanera comprometida” en los fallos comentados, nos reafirma en la idea que la declaración “post-embarque” carece de idoneidad para configurar una declaración aduanera inexacta a tenor del tipo infraccional del art. 954 del Cód. Aduanero.

Estos intentos son tanto más graves en cuanto pretenden ser obedecidas bajo el apercibimiento de la aplicación de un severo sistema represivo, que no fue concebido para servir a desviaciones burocráticas y que implican una inadmisibles extensión discrecional del poder punitivo que se pretendió estructurar de manera equilibrada en el Código Aduanero.

En este caso se advierte la importancia del papel que juegan los precedentes judiciales

en la cristalización de pautas interpretativas y mueve a pensar acerca de la intensidad con que se vive este fenómeno. En mi opinión, el precedente de la Corte relativo a la aplicación del art. 959, inc. a) del Cód. Aduanero llevó a perder de vista el tema principal que consistía en la inexistencia del hecho ilícito que daba origen al debate. Este tema no fue colocado en el lugar que merecía y sabido es que “no hay más que sentar mal una cuestión para no hallar jamás su solución correcta” (14).

La desatención puede provenir de un enfoque originalmente dado al caso, o de su desviación por razones secundarias, generándose un debate que lleva a que la energía mental y concentración de los litigantes y de los jueces se enfoque en un carril que desvía la atención del tema esencial, que termina siendo prácticamente ignorado. El precedente “Petrobras” y su eventual aplicación al nuevo caso “AGD”, parece haber absorbido la mayor parte de las energías desplegadas en el debate en razón de la trascendencia que el precedente tiene en la futura jurisprudencia de los tribunales inferiores para casos análogos (15). Esto parece haber dominado el escenario de este pleito, en el cual la modificación o el mantenimiento del criterio judicial existente parece haber tomado más protagonismo que la justicia que pudiera emanar de la sentencia que debía recaer. La fijación de la doctrina judicial lleva el debate a la gestación de normas individuales con vocación de normas generales de carácter abstracto, mientras que determinar lo que el derecho quiere para el caso concreto obliga a establecer la norma individual en búsqueda de hacer justicia para el caso dado; que es la forma de cristalizar la función social del derecho. ●

{ NOTAS }

(14) Alberdi, fue quien deslizó este razonamiento en su trabajo, ALBERDI, Juan Bautista, “Límites territoriales”, Capítulo VI, en *Obras Selectas*, ordenadas y revisadas por Joaquín V. González, t. VII, Buenos Aires, Librería La Facultad, 1920, p. 412.

(15) Criterio sentado por la Corte Suprema, entre otros, en autos “Santín”, Fallos: 212:51; “Balbuena”, Fallos: 303:1770 y, sobre todo, en “Cerámica San Lorenzo”, del 4/07/1985, Fallos: 307:1094.

Cita on line: AR/DOC/135/2017

JURISPRUDENCIA

Contaminación ambiental

Cumplimiento del plan de saneamiento. Pedido de informes a los obligados.

1.- A efectos del cumplimiento de la sentencia dictada en la demanda de daños por la contaminación en el Río Matanza-Riachuelo —08/07/2008—, la ACUMAR debe establecer un sistema de indicadores que, conforme a los criterios internacionales de medición disponibles, permita medir el nivel de cumplimiento de los objetivos fijados por la sentencia en ejecución; elevar un informe en el cual se detalle un calendario y avance de los objetivos de corto, medio y largo alcance del Plan Integral de Saneamiento Ambiental, a saber: el control de la contaminación industrial, el saneamiento de basurales y limpieza de márgenes, expansión de la red de agua potable y cloacas, y la relocalización de villas y asentamientos precarios situados en el camino de sirga.

2.- A efectos del cumplimiento de la sentencia dictada en la demanda de daños por la contaminación en el Río Matanza-Riachuelo, la Ciudad de Buenos Aires debe avanzar en la liberación del camino de sirga —a la altura de las villas 21-24 y 26—, con la consiguiente relocalización de los habitantes, manda de cumplimiento prioritario del Plan Integral de Saneamiento Ambiental, aun sin cumplimiento a más de 10 años del compromiso asumido.

3.- A efectos del cumplimiento de la sentencia dictada en la demanda de daños por la contaminación en el Río Matanza-Riachuelo, la ACUMAR deberá informar la cantidad de personas que sufren alguna enfermedad vinculada con la contaminación y cuántos de ellos están en seguimiento.

119.862 — CS, 27/12/2016. - Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo).

[Cita on line: AR/JUR/85741/2016]

Buenos Aires, diciembre 27 de 2016.

Considerando: 1º) Que la sentencia definitiva dictada en esta causa el 8 de julio de 2008 (Fallos: 331:1622), condenó a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 (en adelante, “Acumar”) y —concurrentemente— al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cumplir con un programa (Plan Integral de Saneamiento Ambiental, en adelante “PISA”) que debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción; fijando objetivos intermedios, sujetos a control periódico de los resultados.

2º) Que en la audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2016, se han constatado deficiencias, en el cumplimiento del

programa establecido en el pronunciamiento dictado por el Tribunal. Ello obliga a esta Corte a adoptar las medidas necesarias para el inmediato y más eficaz cumplimiento de la sentencia.

3º) Que en función de ello, corresponde requerir a la Acumar que establezca un sistema de indicadores que, conforme a los criterios internacionales de medición disponibles, permita —en un plazo perentorio de tres meses— medir el nivel de cumplimiento de los objetivos fijados por la sentencia en ejecución.

Asimismo, la Acumar deberá, al 1 de marzo de 2017, elevar un informe en el cual se detalle —en forma sintética y precisa— un calendario con los objetivos de corto, medio y largo alcance para cada uno de los objetivos del PISA. Dicho informe deberá indicar el plazo de cumplimiento de cada uno de ellos.

Por otra parte, con la finalidad de controlar el cumplimiento de las obligaciones aquí impuestas, la Acumar deberá, a partir del dictado de esta resolución, presentar informes detallados, y de extensión moderada, sobre el avance de cada uno de los objetivos del PISA con la periodicidad que indiquen los jueces de ejecución. Dichos informes deberán ser presentados en un formato único que permita comparar de manera clara y efectiva a lo largo del tiempo el avance en el cumplimiento de cada objetivo.

4º) Que sin que implique soslayar la totalidad de los objetivos oportunamente establecidos en el PISA, la Acumar deberá prestar especial énfasis en:

a) Control de la contaminación industrial:

En el proceso de control de la contaminación ambiental de origen industrial resulta imprescindible llevar adelante una política efectiva en materia de control y fiscalización.

b) Saneamiento de basurales y limpieza de márgenes:

La reinsertión y la presencia de basurales a cielo abierto, sumado a los continuos cambios que se advierten en el sistema de gestión integral de residuos sólidos urbanos o domiciliarios, constituyen una de las deficiencias más notorias.

Resulta imperioso que la Acumar trabaje conjuntamente con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios de la Provincia de Buenos Aires —cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias— en la recolección de residuos en todo el ámbito de la Cuenca, especialmente en las zonas que lindan con las márgenes del curso de agua.

c) Expansión de la red de agua potable y cloacas:

La Acumar deberá hacer el seguimiento de las obras de infraestructura de servicios cloacales, relativas al Programa de Saneamiento Ambiental, en especial, el “Sistema Riachuelo”, integrado por el lote 1: colector margen izquierdo y desvío baja Costanera, el lote 2: planta de pretratamiento, elevadora de entrada, y estación de bombeo de salida al emisario Riachuelo, y el lote 3: emisario y difusores.

● VIENE DE PÁGINA 7

La Acumar deberá solucionar y en su caso explicar, la existencia de plantas desvinculadas del Plan Maestro de AySA; en especial de las obras financiadas por ENOHS, tales como el Colector Cloacas Claypole, ubicado en el Municipio de Almirante Brown.

d) Relocalización de villas y asentamientos precarios:

La Acumar deberá acelerar el cumplimiento del Convenio Marco del Programa de Urbanización de Villas y Asentamientos precarios celebrado el 23/09/2010 (2º etapa).

En particular, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá avanzar en la liberación del camino de sirga a la altura de las villas 21-24 y 26, con la consiguiente relocalización de los habitantes.

Esta manda fue incluida como prioritaria en el PISA presentado ante este Tribunal el 24 de agosto de 2006 por el Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires. La sentencia del 8 de julio de 2008 receptó ese compromiso público e institucional asumido por los estados mencionados de tomar “las medidas para erradicar las habitaciones sobre los basurales y posteriormente impedir la instalación de nuevas habitaciones sobre los mismos” (Fallos: 331:1622, considerando 17, IV) Saneamiento de basurales, apartado 1) c)).

Sin embargo, a más de 10 años de ese compromiso, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —quien tiene a su cargo ejecutar la política pública habitacional que se anunció en esa oportunidad— no ha dado cumplimiento a la liberación del camino de sirga en las villas mencionadas.

En este marco, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá informar —por medio de la Acumar— de manera detallada en qué estado está la construcción de los complejos habitacionales destinados para los habitantes del camino de sirga de las villas 21-24 y 26 y la fecha exacta de finalización de las obras.

Se destaca que existen demoras en el proceso de relocalización social de los habitantes de Villa Inflamable, por lo que se recomienda especialmente priorizar la solución de esta problemática.

e) Plan sanitario de emergencia:

Se impone la necesidad de implementar una política efectiva de salud pública de prevención, emergencia sanitaria, seguimiento y control de casos, para superar los severos problemas de salud de la población en los sectores de mayor indigencia, pobreza o vulnerabilidad en la cuenca.

Resulta imperioso elaborar el Mapa de Riesgo Sanitario Ambiental y fortalecer el Programa de Salud Ambiental Infantil.

En especial, la Acumar deberá informar —en forma detallada— la cantidad (y distribución geográfica) de las personas que sufren alguna enfermedad vinculada con la contaminación y cuántos de ellos están en seguimiento. Deberá especificar cuántos son niños menores de 6 años, qué enfermedades padecen y cómo se los está tratando.

También deberá informar: a) fecha en que estarán terminadas las tres Unidades Ambientales Fijas faltantes que, según se informa, corresponden a los Municipios de General Las Heras, Esteban Echeverría y La Matanza; b) destino que se dará a las Unidades Sanitarias Móviles; y c) fecha en que el Hospital de Cañuelas comenzará con la atención al público.

f) Calidad ambiental:

Se estima imprescindible acceder a información de la que surja con claridad el estado actual de la calidad ambiental de la cuenca y la proyección de su saneamiento, por lo que se requiere la elaboración de indicadores que constituyan un conjunto de índices de calidad idóneos para tal fin.

Específicamente en lo que refiere al agua superficial, estos índices deberán representar el estado temporal y espacial de la calidad del recurso hídrico en relación a sus diferentes objetivos de uso.

En ese marco, la Acumar deberá informar las etapas a corto, mediano y largo plazo del proceso de revisión y modificación de la normativa referente a: Límites de Vertido (resolución ACUMAR 1/2007), Calidad y Usos del Agua (resolución ACUMAR 3/2009), Agente Contaminante (resolución ACUMAR 366/2010), Calidad de Aire (resolución ACUMAR 2/2007), Reglamento de Fiscalización y Reglamento de Sanciones (resolución ACUMAR 278/2010 y resolución ACUMAR 377/2011), entre otros, bajo el principio de no regresión.

5º) Que en función de lo puntualizado en los considerandos anteriores, corresponde requerir a los señores jueces federales delegados que, en el marco de la competencia asignada oportunamente a cada uno de ellos, intensifiquen el control en el cumplimiento de los objetivos del PISA.

6º) Que, finalmente, frente al contenido y conclusiones del informe presentado por la Auditoría General de la Nación obrante a fs. 4562/4571 y los elementos aportados en la audiencia pública celebrada ante esta sede, el Tribunal debe adoptar, con la mayor celeridad, las medidas que preserven la confianza de la sociedad en la transparencia de los procedimientos cumplidos ante los poderes del Estado.

De tal forma, se pone en conocimiento del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal nº 12 dicho informe y los elementos aportados en la audiencia pública de referencia a los efectos de que adopte las medidas correspondientes.

Por ello, se resuelve: 1. Requerir a la Acumar que, en el plazo y con el alcance establecido en el considerando 3º, establezca un sistema de indicadores. 2. Requerir a la Acumar que presente el informe en el plazo y condiciones especificadas en el considerando 3º, así como los informes periódicos referidos en dicho considerando. 3. Requerir a la Acumar para que, en los términos fijados en los considerandos 3º y 4º de la presente, intensifique su tarea respecto de los objetivos allí señalados. 4. Ordenar a los titulares del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal nº 12 y del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional nº 2 de Morón que refuercen el control de las mandas, en los términos dispuestos en la presente resolución. 5. Extraer copia certificada del informe de la Auditoría General de la Nación obrante a fs. 4562/4571 y de la versión taquigráfica de la audiencia celebrada el 30 de noviembre de 2016 y, en los términos fijados en el considerando 6º, remitirlas —con copia de la presente— al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional nº 12. Notifíquese con carácter urgente a la Acumar, al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los integrantes del Cuerpo Colegiado y a la parte actora. Por Secretaría, líbrense los oficios pertinentes. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Carlos F. Rosenkrantz. — Horacio D. Rosatti.

Aumento tarifario

Amparo colectivo. Medida cautelar desistida a suspender el aumento tarifario dispuesto en el servicio de agua potable. Ausencia de vulneración de derechos de consumidores y usuarios. Rechazo de la pretensión

La medida cautelar destinada a suspender el aumento tarifario dispuesto para el servicio de agua potable debe rechazarse, en tanto no se vislumbra, *prima facie*, la vulneración de los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores alegada por la recurrente, en tanto el aumento fue dispuesto, previa intervención de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, plasmada a través de la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento.

119.863 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 28/12/2016. - Asociación para la Defensa de Usuarios y Consumidores c. AySA SA y otros s/ inc. apelación.

[Cita on line: AR/JUR/88074/2016]

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 28 de 2016.

Considerando: 1º) Que a fs. 28/46, la Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC), en el marco de la presente acción colectiva iniciada contra la firma Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (AYSA S.A.) y el Estado Nacional - Ministerio del Interior, Obras Públicas y Viviendas - Subsecretaría de Recursos Hídricos, solicitó el dictado de una medida cautelar que ordenara la suspensión del aumento tarifario del servicio que prestaba la empresa demandada —establecido por la disposición Nº 62/2016— procediéndose a practicar una nueva liquidación, emitiéndose las facturas correspondientes conforme el cuadro tarifario vigente con anterioridad al dictado de la norma mencionada, en la que se estableciera, además, para el caso de que las nuevas facturas no se emitieran antes del vencimiento de las actuales, que la empresa debía admitir el pago del servicio sin el aumento cuestionado y sin que esto importara una alteración o interrupción del servicio ante la falta de pago de los usuarios. Todo ello, hasta tanto se dictara sentencia definitiva en la presente causa.

Señaló que la verosimilitud del derecho se encontraba acreditada en autos, con motivo de la normativa superior citada en la demanda, fundamentalmente el artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley de orden público Nº 24.240.

Adujo que “... obligar a los usuarios afrontar el pago de un aumento del 300% en un servicio público esencial y monopólico, con base en una Disposición que *prima facie* ES inconstitucional, irrazonable y nula, configurar un peligro en la demora” (sic).

Manifestó que, debido a ello, y a fin de evitar un incremento de los daños sufridos por los usuarios —art. 1710 y sgtes. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— solicitaba la medida cautelar, en los términos más arriba indicados.

2º) Que a fs.102/109vta. el Sr. juez de la instancia de origen rechazó la medida cautelar peticionada.

Para así decidir, luego de sintetizar las postulaciones efectuadas por la actora en la demanda y por el Estado Nacional al contestar el informe previsto por el art. 4º de la ley 26.854, y de señalar los lineamientos generales que hacían a la procedencia de las medidas cautelares —y en particular de

las intentadas respecto de la actividad de entidades públicas—, puso de resalto que la precautoria solicitada se encontraba prevista en el artículo 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que exigía para el dictado de la medida de no innovar, los recaudos expuestos anteriormente y la alegación de una arbitrariedad —entendida como concepto amplio— que autorizara la intromisión del juez en el marco de facultades regladas de la Administración.

Recordó que la ley 26.854 había precisado los alcances de los citados requisitos en su artículo 13, para los casos como el de autos. Advirtió que allí se explicitaba que los perjuicios invocados debían de ser graves, de imposible reparación ulterior, y que la verosimilitud debía vincularse, tanto con el derecho invocado como con la ilegitimidad argumentada, respecto de la cual debían existir indicios serios y graves al respecto. Añadió que la norma citada preveía, asimismo, que para la concesión de la medida preliminar debía valorarse que no se produjera una afectación del interés público ni se generaran efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Destacó que el principal argumento invocado por la parte actora como fundamento de su pretensión se vinculaba con la presunta vulneración de lo normado en el artículo 42 de la Constitución Nacional —que a su entender daba sustento a la verosimilitud del derecho—, así como la alegada inconstitucionalidad, irrazonabilidad y nulidad de la resolución Nº 62/2016, configurativa del peligro en la demora que justificaba —a su criterio— el dictado de la cautela requerida.

Recalcó que la peticionante intentaba imponer en el estrecho marco cognoscitivo de la presente acción, un discernimiento sobre cuestiones que, por su índole, excedían el ámbito de conocimiento propio de una medida cautelar.

Señaló que ello era así, en atención a que la asociación actora pretendía que se tuviera por probado, con las constancias acompañadas al escrito inicial y sus propias manifestaciones, el hecho en el que en definitiva fundaba su pretensión: que el aumento tarifario fue dispuesto sin previamente haberse oído a los usuarios y consumidores del servicio, vulnerándose sus derechos constitucionales.

Afirmó que conforme surgía del informe presentado por el Estado Nacional - Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, con el dictado de la resolución ERAS Nº 14/2007, se creó la Sindicatura de Usuarios, integrada por Acción del Consumidor (ADELCO); Comité del Consumidor (CODELCO); Protección Consumidores del Mercosur (PROCONSUMER); Asociación Vecinal Belgrano “C” (Consumidores Activos); Unión de Usuarios y Consumidores; Asociación de Consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA); Consumidores Argentinos; Defensa de Usuarios y Consumidores (DUC); Asociación Civil Cruzada Cívica para la Defensa de Consumidores y Usuarios de Servicios Públicos; Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria; Centro de Educación al Consumidor (CEC); Unión de Consumidores de Argentina (UCA); Defensa Usuarios y Consumidores (DE.U.CO); Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACUCC); Protección a los Consumidores y Usuarios de la República Argentina (PROCURAR); Asociación Cívica Liga de Consumidores (L.L.DE.CO.); Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor (PADEC); Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos; Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC); Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC); Federación de Mutuales

para la Defensa Organizada del Consumo (MUDECO).

Aclaró que uno de los integrantes de la mencionada sindicatura, era la asociación aquí actora, "... debiendo resaltarse, que conforme surge de la documental acompañada y de la propia resolución N° 62/2016, aquélla tuvo intervención en la modificación tarifaria, de manera previa al dictado de la norma puesta en crisis (v. documental obrante a fs. 78 y, en especial, fs. 79/86, donde obra copia de la presentación realizada por las asociaciones de usuarios y consumidores que la integran)" —sic—.

Sostuvo que por ello, sin perjuicio de la decisión de fondo que se adoptara con relación a la cuestión central, no se evidenciaba, *prima facie*, la presunta vulneración del derecho a la participación ciudadana invocado por la aquí actora, quien participó, como integrante de la Sindicatura de Usuarios, del Ente Regulador de Aguas y Saneamiento (ERAS), de las discusiones realizadas en el marco de las actuaciones administrativas que culminaron con el dictado de la disposición N° 62/2016, aquí cuestionada, ejerciendo —en principio— la representación en la que fundaba su pretensión cautelar, aunque omitiendo realizar manifestación alguna de esta circunstancia en su escrito inicial, de modo de demostrar que tal participación no resultó suficiente para resguardar el derecho que ahora entendía vulnerado.

Puso de relieve que, de tal modo, cobraba relevancia la doctrina sentada por esta Cámara, en el sentido de que la verosimilitud del derecho debía surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, siendo improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculaban a las partes, ya que su naturaleza y extensión habfan de ser dilucidadas con posterioridad. Citó diversos fallos.

Puntualizó que reforzaba tal conclusión, la circunstancia que lo peticionado se fundaba en la presunta nulidad e inconstitucionalidad de un acto administrativo, en donde el examen del requisito del *fumus bonis juris* importaría —necesariamente— avanzar sobre la cuestión de fondo para determinar la ilegalidad o arbitrariedad que alegaba la parte actora, de necesaria constatación para conferir virtualidad a la medida solicitada.

Señaló, asimismo, que la cautela requerida coincidía, sustancialmente, con la pretensión central objeto de autos, vinculada con la declaración de nulidad de la disposición N° 62/2016 y la consecuente devolución de las sumas percibidas por aplicación del régimen tarifario cuestionado, con más los intereses respectivos, situación que determinaba que el pedido fuera rechazado, "... ya que de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde descalificar como medida cautelar aquélla que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, pero no lograr el fin perseguido anticipadamente (CSJN, Fallos: 325:2672)." —sic—.

Consideró, por último, que el requisito del peligro en la demora tampoco se encontraba suficientemente acreditado, toda vez que la actora se había limitado a expresar que tal recaudo se apreciaba en la presunta inconstitucionalidad, irrazonabilidad y nulidad de la disposición N° 62/2016, pero sin fundamentar, como es debido, la pretensión cautelar requerida.

Concluyó, en consecuencia, que también debía rechazarse la precautoria solicitada en atención a que no se había acreditado, de modo suficiente, un peligro particularizado en la demora que la justificara.

Aclaró que el temperamento propiciado no debía constituir un óbice para las situaciones particulares en las que pudiera vislumbrarse una notoria arbitrariedad en el *quantum* del aumento dispuesto por la norma aquí cuestionada; extremo que —como antes adelantó—, no se encontraba acreditado en los presentes actuados.

3º) Que contra tal pronunciamiento, la actora dedujo el recurso de apelación de fs. 111, el que fundó a fs. 115/125. A fs. 137/152vta. y fs. 154/161, Agua y Saneamientos Argentinos S.A. y el Estado Nacional, Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, respectivamente, contestaron el traslado conferido a fs. 126.

4º) Que la accionante sostiene que el fundamento brindado por el Sr. juez de grado para denegar la medida cautelar consiste en que forma previa a la modificación tarifaria dispuesta por la disposición 62/2016, intervino la Sindicatura de Usuarios creada por la resolución ERAS 14/2007, organismo del cual forma parte la asociación actora.

Esgrime que sostener que la existencia de la Sindicatura de Usuarios sustituye la audiencia pública indispensable en este tipo de resoluciones, donde se ha impuesto un aumento en el servicio del agua del 300%, no se condice con la normativa aplicable, evidencia un error de derecho que debe ser saneado y supone que el constitucionalista ha distinguido allí donde no debe distinguir.

Afirma que la constitución de la Sindicatura de Usuarios en el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) tiene su fundamento expreso en la manda del art. 42 de la Constitución Nacional, y que por ello, en todos los organismos de control de todos los servicios públicos existen las sindicaturas de usuarios o las comisiones de usuarios. Aclara que dicha circunstancia no sustituye a la audiencia pública, cuyo fundamento se desprende de la primera parte del art. 42 de la Constitución Nacional —principios de protección de los intereses económicos de los usuarios, de información adecuada y veraz, y condiciones de trato equitativo y digno—.

Señala que, caso contrario, con el cumplimiento en todos los organismos de control en el marco de los servicios públicos de la participación de las asociaciones de consumidores, las audiencias públicas resultan innecesarias, lo que en la realidad de nuestro país no ha sido así.

Recalca que la información exigua que se brinda a una sindicatura que forma parte de un organismo de control, jamás es la misma que la que se brinda en el marco de una audiencia pública como la experimentada en los restantes servicios.

Dice que el agua no se puede ahorrar, por cuanto aun cuando el usuario se aboque al uso razonable del recurso, seguirá pagando lo mismo en tanto la tarifa se calcula conforme los metros cuadrados.

Postula que el propio artículo 42 de la Constitución Nacional distingue la audiencia pública —base de la primera parte de la norma— de la Sindicatura de Usuarios —base de la última parte de la norma—.

Destaca que el decreto 1172/2003, de acceso a la información pública, habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse, mientras que la Sindicatura de Usuarios actúan en el ámbito de un ente regulador.

Asevera que en las audiencias públicas celebradas este año han participado más de trescientos oradores, frente a las veinte asociaciones que forman parte de los organismos de control de los servicios públicos.

Sostiene que la finalidad primordial de la audiencia pública es la promoción de una participación ciudadana efectiva y transparente, donde se aborden distintas propuestas, experiencias, conocimiento e información.

Cita doctrina y jurisprudencia.

Aduce que el art. 11 del decreto 1172/2003, habilita a participar a toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la audiencia pública, de lo que "... sale a la luz que nada tiene que ver esta institución con la Sindicatura de Usuarios" (sic).

Señala que el art. 5º del decreto 1172/2003 establece el principio de informalidad para las audiencias públicas, no teniendo punto de comparación con la Sindicatura de Usuarios, ya que esta última se encuentra conformada por representantes de las asociaciones de usuarios previamente registradas en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Producción.

Recalca que la Sindicatura de Usuarios actúa en el ámbito del ente regulador y tiene su reglamento de funcionamiento, sus miembros son elegidos por la institución que representan, las que deben estar correctamente registradas e inscriptas, procedimiento que se encuentra en absoluta oposición con la informalidad, publicidad y participación civil ciudadana efectiva presente en la audiencia pública.

Esgrime que es importante recordar el hecho en el que su funda su pretensión: que el aumento tarifario fue dispuesto sin que previamente se haya oído a los usuarios y consumidores del servicio, vulnerándose sus derechos constitucionales.

Aduce que en la causa "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo", el Alto Tribunal, no obstante la existencia de la Comisión de Usuarios del Servicio de Gas por Redes en el ámbito del ENARGAS, confirmó la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 por falta de cumplimiento del trámite de audiencia pública. Añade que la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló en los considerandos 15), 16) y 17) del fallo recaído en la causa citada, el carácter mínimo —consultivo de la intervención de los consumidores en los organismos de control —Sindicatura de Usuarios— y respecto de las audiencias públicas se explayó en el considerando 18). Cita, asimismo, el considerando 19) del fallo indicado.

Destaca que, por lo expuesto, la asimilación que el sentenciante realiza de la Sindicatura de Usuarios con el cumplimiento del instituto trascendental y excepcional de la audiencia pública, no se condice con la normativa superior aplicable, y priva de efectividad a los derechos que el art. 42 de la Constitución Nacional ha reconocido a los consumidores y usuarios.

Afirma que el aumento del servicio público en cuestión fue impuesto en forma retroactiva, sorpresiva e impulsiva, y ello se encuentra *prima facie* acreditado en autos, lo que conlleva la acreditación de la verosimilitud del derecho invocado. Agrega que la forma y el modo como se llevó a cabo el incremento, constituye una palmaria vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional, en tratados internacionales, en la ley 24.240 y el decreto 1172/2003.

Cita los votos de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti en la causa "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/1999 s/ amparo ley 16.986", y el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires recaído en los autos "Negrelli, Oscar R. y otros c. Poder Ejecutivo y otros s/ amparo", del 3 de diciembre de 2014.

Dice que la resolución apelada se contrapone también con la normativa inferior aplicable, en tanto ha omitido lo dispuesto por el decreto 1172/2003, que regula las audiencias públicas.

Manifiesta que la resolución 2/2004 estableció que el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios —antecesor del ERAS—, debía en el plazo de treinta días instrumentar la normativa aprobada por el decreto 1172/2003. Asevera que, por lo tanto, la audiencia pública se encuentra prevista para los aumentos tarifarios del servicio público de agua, sin que exista fundamentación alguna para adoptar una decisión de un aumento tarifario del trescientos por ciento sin su previa realización.

Afirma que la disposición 62/2016 no es clara en cuanto a la fundamentación para aumentar la tarifa (el déficit económico de AySA S.A. por la falta de actualización de las tarifas, o la decisión de mejorar y ampliar el servicio, o ambos).

Alega que, por lo expuesto, el aumento tarifario desproporcionado que hoy enfrentan los consumidores y usuarios, sin la debida audiencia pública y sin la debida información, es nulo, irrazonable e inconstitucional, siendo la resolución apelada que lo avala arbitraria e ilegal, por apartarse de las expresas previsiones constitucionales y legales aplicables al caso.

Sostiene que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia apelada, de la jerarquía e importancia asignadas a las normas *prima facie* vulneradas por las codemandadas, se configura el peligro en la demora.

Asevera que el peligro en la demora se patentiza con sólo observar el trámite que se le ha impreso a las presentes actuaciones —proceso ordinario—, la exigencia del carácter previo de las audiencias públicas, el aumento del trescientos por ciento tarifario impuesto y la litigiosidad presentada en los distintos tribunales.

Manifiesta que el tiempo que podría transcurrir hasta el dictado de una sentencia definitiva puede generar daños no sólo patrimoniales, sino también a otros derechos humanos fundamentales como la vida y la salud de las personas —por las implicancias del servicio público en cuestión—, por lo que resulta fundamental que se haga lugar a la medida cautelar requerida.

Esgrime que la sentencia apelada, que otorga mayor jerarquía al derecho de las co-demandadas de continuar percibiendo en perjuicio de los consumidores y usuarios, sumas de dinero ilegítimas, y que niega operatividad y efectividad a la función preventiva del derecho reconocida expresamente en el Cód. Civil y Comercial, no se condice con las constancias de autos, ni con la normativa y la jurisprudencia aplicables.

5º) Que a esta altura, resulta oportuno destacar que para la admisión de la medida cautelar solicitada deben encontrarse verificados los requisitos establecidos en el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a saber: la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora.

● VIENE DE PÁGINA 9

Conviene recordar, asimismo, que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y que la fundamentación de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica, pues si estuviere obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar (CSJN; Fallos: 330:3126).

Es que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CSJN; Fallos: 306:2060).

En la misma línea argumental, conviene señalar que cuando la medida cautelar se intenta contra un acto de la administración pública es menester que se acredite *prima facie*, y sin que esto suponga un prejuzgamiento sobre la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto atacado, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible.

Y ello es así, toda vez que sus actos gozan de presunción de legitimidad y tienen fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, los recursos y acciones mediante las que se discute su validez no suspenden su ejecución (esta Sala *in re* Expte. N° 22.425/2012 “Plavinil Argentina S.A.”, 13/09/2012; Expte. n° 70560/2014 “Productos Roche SAEI c. ANMAT”, del 08/07/2015).

6º) Que con base en los parámetros expuestos, cabe precisar que la parte actora cuestiona la disposición N° 62/2016, del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, Secretaría de Obras Públicas, Subsecretaría de Recurso Hídricos, mediante la cual se dispuso un incremento tarifario para el servicio público prestado por la empresa concesionaria Agua y Saneamientos Argentinos S.A. —AySA S.A.— (ver fs. 28/vta.).

Ello, por cuanto, según entiende, la mencionada disposición estableció un aumento de más del trescientos por ciento para los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales brindados por AySA S.A., el que fue impuesto vulnerando el principio de participación ciudadana en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional, traduciéndose en una manifiesta lesión a los derechos de incidencia colectiva de carácter individual homogéneo, al cercenar la posibilidad de que los individuos que conforman la sociedad se expresen e interpongan impugnaciones previas al aumento dispuesto (fs. 34vta./35).

Destaca la actora que el nuevo régimen tarifario fue aprobado e implementado sin audiencia pública y que, conforme a la normativa superior y federal aplicable, previo a la entrada en vigencia de un nuevo régimen tarifario para un servicio público esencial y monopólico como el de autos, se requiere insoslayablemente la realización de una audiencia pública, que permita el conocien-

to e información adecuada por parte de los usuarios afectados (fs. 35/35vta.).

Como medida cautelar, solicita que se ordene la suspensión de los aumentos de tarifa, disponiendo que AySA S.A. efectúe una nueva liquidación y emita nuevas facturas o, para el caso que la nueva facturación no fuera emitida antes de los sucesivos y periódicos vencimientos, que la empresa admitiera el pago del servicio según el cuadro tarifario vigente con anterioridad al incremento establecido, sin que ello implique la alteración o interrupción del servicio hasta tanto se dicte sentencia en las presentes actuaciones (fs. 45/vta.).

Funda la verosimilitud del derecho en lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional y en la ley 24.240. En cuanto al peligro en la demora, sostiene que obligar a los usuarios a afrontar el pago de un aumento del trescientos por ciento en un servicio público esencial y monopólico, con base en una disposición que *prima facie* es inconstitucional, irrazonable y nula, configura tal recaudo (fs. 45).

En los presentes obrados, en un estudio preliminar de las constancias aportadas a la causa, examen ajustado al estado procesal en que se encuentran y que, como tal, no admite profundizar sobre la cuestión planteada a título cautelar, no se advierte de modo manifiesto la ilegitimidad ni la arbitrariedad de la disposición impugnada.

Ello así, en tanto la aquí actora, Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC), forma parte, junto con otras asociaciones de usuarios y consumidores, de la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) creada mediante la resolución ERAS N° 14/2007 —hecho no controvertido—.

Interesa destacar que en las presentes actuaciones surge, *prima facie*, acreditado que la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento, tuvo intervención en lo atinente al espectro tarifario, con anterioridad al dictado de la disposición 62/2016, en tanto:

—Dicha sindicatura participó en la reunión celebrada el día 23 de marzo de 2016, en la que manifestó que “...oportunamente, y de así considerarlo, presentará su opinión sobre el tema tratado en la reunión” (sic) —ver copia del acta de reunión, agregada a fs. 77—;

—La mencionada sindicatura, presentó ante el Presidente del Ente Regulador de Agua y Saneamiento el 29 de marzo de 2016, una nota en la que señaló las consideraciones allí destacadas, expresando que lo hacía “... no sin antes reivindicar al Instituto de la Audiencia Pública como el mecanismo más apropiado para estos efectos; ello sin perjuicio de que es nuestra tarea continuar analizando día a día, todas las posibilidades que hagan a la prestación universal de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, tanto en condiciones de calidad y eficiencia, como así también a precios justos y razonables” (sic) —ver fs. 78/85—.

Por lo demás, de los propios considerandos de la disposición 62/2016 surge que “... han intervenido las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que conforman la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) cuyas consideraciones fueron tenidas en cuenta en la instrumentación de la medida que se propicia por la presente” (sic) —ver considerando 19 de la aludida resolución—.

Por ser ello así, no se vislumbra, *prima facie*, la vulneración de los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores alegada por la recurrente, en tanto el aumento

tarifario fue dispuesto, previa intervención, precisamente, de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, plasmada a través de la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento.

En tales condiciones, a juicio de este Tribunal, asiste razón al Sr. juez de grado cuando señala “... puede afirmarse, sin perjuicio de la decisión de fondo que se adopte con relación a la cuestión central, objeto de los presentes actuados, que *prima facie* no se evidencia la presunta vulneración del derecho a la participación ciudadana invocado por la aquí actora, quien —cabe resaltar, como se dijo precedentemente— participó, como integrante de la Sindicatura de Usuarios, del Ente Regulador de Aguas y Saneamiento (ERAS), de las discusiones realizadas en el marco de las actuaciones administrativas que culminaron con el dictado de la Disposición N° 62/2016, aquí cuestionada, ejerciendo —en principio— la representación en la que funda su pretensión cautelar, aunque omitiendo realizar manifestación alguna de esta circunstancia en su escrito inicial, de modo de demostrar que tal participación no resultó suficiente para resguardar el derecho que ahora entiende vulnerado” (sic).

Tal conclusión, apreciada de conformidad con el marco propio de las medidas precautorias, no ha sido debidamente refutada por la recurrente, quien, en este punto, se limita a señalar las diferencias existentes entre el instituto de la audiencia pública y la conformación y participación de la Sindicatura de Usuarios, y a afirmar que, en el caso, resulta imprescindible, a los efectos de garantizar los derechos de los usuarios y consumidores, la celebración de la primera con carácter previo a cualquier aumento tarifario, sin explicitar de modo alguno por qué con la participación de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores, ejercida por medio de la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento, en el caso concreto, tales derechos no tuvieron debido y suficiente resguardo.

Por lo demás, en punto a los fallos citados por la recurrente en apoyo de su tesis, cabe apuntar que dicha parte no explicita que los extremos considerados en dichas causas guarden relación con la situación planteada en autos.

En este aspecto interesa poner de resalto que de una primera lectura —acorde con el acotado margen de conocimiento propio de la medida bajo estudio— del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído el 18 de agosto de 2016 en la causa “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, FLP 008399/2016/CS001, citada por la apelante, se advierte que el Alto Tribunal destaca, en referencia a las audiencias públicas, que éstas “... constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas”, apuntado que “[s]in embargo, no son la única alternativa constitucional, en tanto el artículo 42 —como se expresó— no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso” (ver considerando 18 del fallo citado).

Señala el Máximo Tribunal, asimismo, que “[d]e la redacción del artículo 42 se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios —expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico— participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración cuando, como en el caso, al fijar tarifas, puedan proyectar los efectos sobre los derechos e intereses de aquellos (conf. doctrina de la disidencia de

los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en Fallos: 329:4542)” —ver fallo citado, considerando 18—.

Destaca el Alto Tribunal, asimismo, que la ley 24.076 (marco regulatorio del transporte y distribución del gas natural), “... requiere la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública cuando media una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios...” (ver fallo citado, considerando 22).

En este aspecto, ha de señalarse que la recurrente no alcanza a acreditar, en el limitado ámbito propio de la presente cautela, el extremo que invoca en su memorial (necesidad de audiencia pública como única forma de salvaguardar los derechos de los usuarios y consumidores del servicio público bajo estudio, lo que, contrariamente a lo indicado por el Sr. juez de grado, no se logra mediante la intervención de la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento), en tanto, de la lectura del fallo del Alto Tribunal citado, realizada del modo más arriba apuntado, se desprende *prima facie*, por un lado, que la audiencia pública no es el único mecanismo de participación de los usuarios y consumidores en la toma de decisiones públicas, y, por el otro, que en el caso del servicio público analizado en dicha oportunidad —producción y comercialización del gas—, la ley 24.076 prevé la obligatoriedad de la convocatoria a audiencia pública para la modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios. Y en este último aspecto, no basta a los efectos de asimilar el presente caso con el resuelto por el Máximo Tribunal, con la simple mención de la resolución 2/2004 —efectuado por la recurrente—, en tanto la ley 26.221, que establece el actual marco regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y servicios cloacales, disolvió el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios.

Los extremos hasta aquí señalados, permiten considerar que el planteo de la actora exige un estudio pormenorizado y exhaustivo de las cuestiones involucradas en el caso que de modo notorio excede el ámbito de conocimiento propio de la medida cautelar pretendida; ello por cuanto, según ha sido expuesto, un examen preliminar de las constancias aportadas a la causa impide tener por demostrada la verosimilitud en el derecho que invoca.

7º) Que por otro lado, conviene señalar que, para acceder a cualquier medida precautoria debe evidenciarse fehacientemente el peligro en la demora que la justifique, “el que debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros” (Fallos: 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695 y 2278; 323:337 y 1849); ese presupuesto es aún más exigible cuando la petición cautelar coincide con la petición de fondo, en tanto su concesión implicaría desnaturalizar la finalidad asegurativa que inspira el instituto cautelar, cuando no existan circunstancias que justifiquen un adelanto de jurisdicción.

En lo que aquí importa, no se advierte que la actora haya acreditado siquiera de modo mínimo, el peligro en la demora.

En este aspecto, lo señalado en la demanda, en el sentido que “... obligar a los usuarios a afrontar el pago de un aumento del 300% en un servicio público esencial y monopólico, con base en una Disposición que *prima facie* ES inconstitucional, irrazonable y nula, configura un peligro en la demora” (sic), resulta a todas luces insuficiente para acreditar la configuración del recaudo bajo estudio. Máxime si se considera lo ya expuesto en punto a la verosimilitud del derecho.

Por lo demás, las genéricas manifestaciones ensayadas en el memorial tampoco alcanzan a conmovir el criterio del Sr. juez de primera instancia, quien consideró que el requisito del peligro en la demora no se encontraba suficientemente acreditado.

Es que las alegaciones de la recurrente atinentes a *periculum in mora*, consistentes en el trámite impreso al proceso principal y la hipotética duración del juicio —debe aclararse que las demás manifestaciones esbozadas en el punto b. del memorial, refieren, en rigor, al requisito de la verosimilitud del derecho—, además de constituir simples apreciaciones de la apelante, no alcanzan tampoco para acreditar la configuración del presente recaudo.

Ello así, claro está, con la salvedad enunciada por el Sr. juez de grado en el último párrafo del considerando VIII del fallo apelado.

Por lo hasta aquí expuesto, el Tribunal resuelve: rechazar la apelación intentada por la parte actora y confirmar la resolución de fs. 102/109vta. en lo que fue materia de agravios. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — Luis M. Marquez. — María C. Caputi. — José L. López Castiñeira.

Alimentos a favor del hijo

Determinación de la cuota alimentaria. Obligación de ambos progenitores. Condición y fortuna del alimentante

Hechos: Se confirmó la cuota alimentaria establecida a favor de la hija menor de edad del demandado, de profesión abogado.

La cuota alimentaria fijada a favor de la hija menor de edad del demandado, de profesión abogado, debe confirmarse, teniendo en cuenta que ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna, y sin perjuicio de que la solución no produce los efectos de cosa juzgada, por lo que es pasible de revisión en lo sucesivo en la medida que cualquiera de las partes demuestre que los hechos han variado.

119.864 — CNCiv., sala J, 27/09/2016. - P., K. A. y otro c. R., J. s/ alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/65349/2016]

COSTAS

Al demandado.

2ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 27 de 2016.

Considerando: I. Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud de las apelaciones deducidas por ambas partes contra la resolución dictada a fs. 725/729, por la cual la Sra. Juez de grado hace lugar a la demanda, fijándose la suma de pesos siete mil (\$7.000) en concepto de alimentos que el demandado deberá abonar a favor de su hija menor de edad.

Los recurrentes dan fundamento a sus apelaciones, la actora mediante el memorial que luce a fs. 745/747 y el demandado con la pieza obrante a fs. 754/762. Corridos los traslados pertinentes, las partes se han contestado mutuamente los agravios.

La resolución en cuestión también fue materia de queja para la Defensora de Menores de la instancia anterior, recurso que fue mantenido y fundado por la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 795/796, quien solicita se declare desierto el recurso deducido por el alimentante y se eleve el “quantum” alimenticio fijado en la instancia de grado.

II. Conforme dispone el art. 638 del Cód. Civil y Comercial, la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Como podemos apreciar, este cambio terminológico de “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, se ha realizado de conformidad con el artículo 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude, en primer término, a las “responsabilidades” de los padres, y el artículo 7º de la ley 26.061, que se refiere a la “responsabilidad familiar”.

Se ha sostenido que ello, no implica un simple reemplazo nominal, sino una transformación de fondo en la relación entre padres e hijos y, consigo, los fines y alcances de la institución en análisis. El obsoleto concepto de patria potestad llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta el vínculo verticalista o de poder de los padres sobre los hijos en el marco de aquella “patria potestad” que no se estrecha con la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos (“Cód. Civil y Comercial de la Nación” - Comentado, Ricardo Luis Lorenzetti, Miguel F. De Lorenzo, Pablo Lorenzetti-Coordinadores, Tomo IV, Autora: Herrerra, Marisa, pág. 264/265).

Así, la responsabilidad parental es entendida como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad” (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Aquella no sólo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización (Ob. citada, pág. 267).

El desarrollo del niño se manifiesta de manera continua y de a poco va tomando integridad su propia personalidad. Es allí, donde la responsabilidad parental se erige como magna función para ambos progenitores, que apunta a satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como vértice esencial su interés superior.

En tanto el niño crece, va clarificando su comprensión a cerca del peso, significado y sentido de sus conductas, lo que implica necesariamente ponerlo en posición de que en mayor o menor medida pueda ir, a su tiempo, ejerciendo los derechos que le sean propios, siendo así artífice de su proceso madurativo y desarrollo personal.

Por esta razón, la noción de autonomía progresiva no se encuentra sujeta al estricto cumplimiento de una determinada edad cronológica, sino que atendiendo al caso concreto, y la calidad de acto de que se trate, habrá de ameritarse el grado de madurez tanto psíquico-anímica como intelectual alcanzada por el niño, a fin de verificar, si cuenta con la cabal comprensión de la situación planteada y, en tal caso, pueda ejercer por sí los derechos que le asistan.

De esta forma, el art. 639 recepta los principios por los que se rige la responsabilidad parental, a saber, el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Asimismo, diferenciado de la responsabilidad parental encontramos el cuidado personal que constituye uno de los deberes y derechos de los progenitores que derivan del ejercicio de aquella y atañe a la vida cotidiana del hijo (art. 648) y que en caso de tratarse de padres no convivientes el cuidado personal puede ser asumido por uno de ellos o por ambos (art. 649).

Por otra parte, el art. 650 dispone que el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Nótese que, la figura del cuidado personal adquiere relevancia en todos aquellos supuestos en los cuales hay un “desmembramiento” entre titularidad y ejercicio. Es en este contexto de ruptura entre los progenitores en el cual la custodia personal tiene virtualidad. El cuidado personal involucra los pequeños actos de la vida cotidiana de los hijos que pueden ser de diversa índole (Ob. citada, pág. 330).

La flamante normativa pone, como regla general, en cabeza de ambos progenitores la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

También que la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, contemplando además que los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionados a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado (art. 659).

Ahora bien, en lo que respecta al compromiso asumido por parte del padre que convive con el hijo, debe tenerse en cuenta que éste efectúa a diario una contribución en especie, ya que tiene a su cargo el cuidado y supervisión directa de aquél, labores éstas que si fueran asumidas por terceros serían valiosas económicamente. Así, lo ha entendido el legislador en tanto tal extremo podemos apreciarlo plasmado en la letra del art. 660, en cuanto expresa que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

En relación a ello se ha dicho que el principio de igualdad entre hombre y mujer que receptan varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la CEDAW, que en su artículo 16 se ocupa de la aplicación de este principio en todas las cuestiones relacionadas con los hijos, ha consolidado la idea de que la dedicación al cuidado de los hijos tiene un valor económico y que ello debe ser tenido en cuenta al resolver los conflictos referidos a este tema, siendo uno de ellos la obli-

gación alimentaria. El Código reconoce de manera precisa que quien se queda a cargo del cuidado personal del hijo contribuye en especie al cumplimiento de la obligación alimentaria a su cargo. Esta consideración se deriva de la obligada perspectiva de género, por la cual se defiende la idea de que el trabajo en el hogar tiene valor económico y que ello debe estar expresamente contemplado (Ob. citada, Tomo citado, pág. 399).

Sentado lo expuesto, a fin de examinar la decisión recurrida y en orden a lo dispuesto en el último párrafo del art. 643 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, pasaremos a analizar a continuación los elementos de prueba obrantes en autos.

A la sazón, cabe destacar que el artículo 386, segunda parte, del Código Procesal establece: “No tendrán (los jueces) el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisorias para el fallo de la causa”.

Mediante una interpretación conceptual, se denota que existe la facultad de valorar únicamente las pruebas que fueren esenciales y decisivas. Ello también significa que puede hacerse una comparación y un cotejo de los elementos para arribar a una fuerza convictiva. Es decir hay dos caminos: 1) expresar únicamente las pruebas que fueren esenciales y decisivas; 2) expresar las mismas y, además, formular una compulsa con las otras.

Así, cuando se realiza una confrontación de las piezas probatorias, es posible advertir cuál o cuáles ofrecen mayor grado de verosimilitud, cuál o cuáles exhiben mayor fuerza de credibilidad. Todo ello, por supuesto, es el resultado de un análisis en el cual se aprecian las piezas probatorias en sí mismas y en su relación con las demás. Emerge así un saldo. Este saldo precisamente es el que determina la selección de las pruebas y que, a la vez, lleva a su apreciación, entendida como la actividad intelectual que realiza el juzgador para determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás, para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuirles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes. La sana crítica se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal (...)”, tomo II, página 356). El examen lógico conduce a ciertos principios de su ámbito.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que frente a la peculiar naturaleza de este tipo de proceso no es aconsejable ni conveniente apreciar los medios probatorios con rigor propio de un proceso de conocimiento, siendo necesario aplicar, en cambio, un criterio de juzgamiento amplio y flexible, atendiendo al carácter mutable de toda prestación alimentaria y al fundamento de equidad de las decisiones judiciales en estos litigios (Morello-Sosa-Berizonce-Tessone, “Códigos Procesales...”, Tomo VII-A, pág. 329).

Recipiendario de tan nutrida jurisprudencia es el artículo 710 del nuevo Código en tanto establece que los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba y que la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

De esta forma se subsume en el artículo citado el principio de “favor probationes”,

VIENE DE PÁGINA 11

que significa que, en casos de objetivas dudas en torno a la producción, admisión, concurrencia o eficacia de las pruebas, habrá de estarse por un criterio amplio en favor de ella, máxime en juicios como el de alimentos donde, como se ha dicho, si no es posible acreditar el caudal económico del alimentante, mediante la prueba directa de sus haberes, debe estarse a lo que resulta de las pautas que permiten una apreciación de su capacidad patrimonial, a través de sus actividades, forma y medios de vida; además, las presunciones e indicios en punto a la entidad de los ingresos del alimentante deben considerarse con un criterio amplio y favorable a las aspiraciones legítimas de la parte reclamante. Por otra parte, la norma citada al comienzo consagrará la figura de las “cargas dinámicas” en virtud de la cual, si bien ambas partes deben llevar a consideración del juzgador la prueba sobre la verdad de sus dichos (Guahnon, Silvia, “Juicio de alimentos en el Cód. Civil y Comercial”, LALEY, 25/03/2015).

III. En el caso que nos ocupa, ha quedado abonado que el demandado es de profesión abogado, surgiendo además de las piezas adunadas a fs. 96 y 238, como así también del responde del oficio remitido a la oficina de Superintendencia, aquellos juicios en los que figura como letrado.

Asimismo, de la testimonial brindada a fs. 343/344 surge que el demandado es abogado, que trabaja con su padre en una oficina, dando cuenta del nivel de vida que tenían las partes previo a su separación, que la niña vive con su madre, que va a un jardín privado en el Barrio de Belgrano y que la actora trabaja en la empresa Toyota. Conteste con ello resultan los dichos vertidos por los deponentes de fs. 377, 379/380, 382/384.

A fs. 234 el Citi informa que el accionado posee en dicha institución bancaria una caja de ahorro en dólares y en pesos y una cuenta corriente y las tarjetas de crédito Visa y Mater.

Del mismo modo, el Banco Francés comunica mediante la contestación del oficio que obra a fs. 298 que el alimentante resulta titular en dicha entidad de una caja de ahorro en pesos, en dólares y en euros y una cuenta corriente en pesos. También las tarjetas Visa y Master, cuyo límite de compra y financiación es de \$70.400 para la primera y de \$70.000 para la segunda.

El informe brindado por la Dirección de Migraciones nos ilustra a cerca de los movimientos migratorios en relación a las partes y su hija dentro del período comprendido entre los años 2011 y 2014 (ver fs. 172/177).

Ahora bien, en relación a la actora, se sabe que trabaja en Toyota Compañía Financiera de Argentina S.A. y su horario laboral es de 8.30 a 17.30 hs. Que en el mes de febrero de 2015 revestía la categoría de Subgerente de legales siendo su remuneración bruta al mes de enero de dicho año de \$ 47.366 y la neta \$ 27.640. Adicionalmente percibe un bono por *performance* anual que depende del rendimiento, no contando con otro tipo de remuneración.

A partir de mayo de 2014, la actora utiliza el vehículo de propiedad de TCFa,

Toyota Etios XLS, abonando a cambio la suma mensual de \$2.518, asumiendo la empresa el costo de dos tanques de combustible por mes, seguro y patente (ver fs. 515).

Del certificado de dominio expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta ciudad, emerge la titularidad de los inmuebles por parte de la accionante (ver fs. 389/396).

Del informe presentado por el Santander Río surgen los productos que en dicha entidad bancaria posee la actora (ver fs. 439), y del acompañado a autos por el Citi (ver fs. 548/549), que es titular de una caja de ahorro en dólares, en pesos y una cuenta corriente en pesos, una caja de seguridad, tarjetas de crédito Visa y Master.

A fs. 400/403 obra agregado un contrato de locación en el cual la actora comparece como locadora respecto de un inmueble ubicado en la calle ..., cuyo canon mensual asciende a la suma de \$4.699.

A fs. 241 OSDE informa que la demandante se encuentra adherida a esa entidad en calidad de socia obligatoria a través de la empresa Toyota Cía. Financiera Argentina S.A., en el plan Binario 2-410, estando compuesto su grupo familiar por la menor C.R., como beneficiaria de la Sra. K.A.P, siendo el costo en el mes de octubre de 2014 de \$2.860.

Por último, en relación a la niña cabe destacar que asiste al Instituto San Mateo S.A., siendo el valor de los aranceles correspondientes al año 2015 \$ 4.590 mensuales, y la reserva de vacante de \$ 5.040 conforme lo informado por dicha institución (ver fs. 170).

En suma, de todo lo expuesto puede concluirse que la cuota fijada en la instancia de grado habrá de ser mantenida en tanto se ajusta a las constancias de autos precedentemente analizadas.

No debe perderse de vista que “en el proceso alimentario, no es necesario que la prueba sea directa de los ingresos del alimentante, pues no requiere su demostración exacta, sino que exige un mínimo de elementos que den las pautas básicas para estimar el monto de la pensión” (RED-26, pág. 68).

Además, no puede pasar inadvertido que, el camino que se emprende con el nacimiento de un hijo no admite claudicaciones, a pesar de las dificultades que pudieran presentarse en la actualidad en nuestro país.

Por último, es dable recordar que este tipo de resoluciones no produce los efectos de cosa juzgada, por lo que es posible de revisión en lo sucesivo en la medida que cualquiera de las partes demuestre que los hechos han variado.

IV. Para finalizar, nos permitimos saltar el marco estrictamente jurídico de la cuestión aquí debatida, y ensayar una reflexión con un enfoque más humano acerca de la bondad en el esfuerzo de superar la ruptura, tratando de disolver aquello que a lo largo de la relación fue relevante y que por alguna razón quedó atascado, nutriendo desencuentros y hostilidades.

Los hijos se fortalecen en el amor de los padres que aunque ya no permanezcan unidos, lo estarán en ellos para siempre.

Aceptar lo que nos ha brindado el otro y agradecer nos pone directamente en disposición de valorar lo recibido y desde ahí poder superar la ruptura, ya que la gratitud mitiga el victimismo y el resentimiento. En la medida en que podemos ver lo que nos ha aportado una relación y lo que hemos aprendido de ella, estamos disponibles para cerrarla y abrirnos a los siguientes sucesos de nuestra existencia.

Este gran reto, que implica asumir una actitud madura y despojada de egoísmos yoicos, que nos invita a tolerar lo imperfecto de la vida y de los otros, nos trasciende y nos eleva en la excelsa tarea de educar y

contener a quienes nos suceden —nuestros hijos— acompañándolos y robusteciéndolos en el maravilloso camino de formarse como personas de bien.

Por todo lo expuesto y oído que fuera la Sra. Defensora de Menores de Cámara, el Tribunal resuelve: Confirmar la cuota alimentaria establecida en la instancia de grado de conformidad con lo ameritado en los considerandos, con costas al demandado atento el reiterado criterio mantenido por esta alzada al respecto (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese y notifíquese a la Sra. Defensora de Menores de Cámara en su despacho, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/2013 art. 4°) y devuélvase. — Marta Mattered. — Zulema Wilde. — Beatriz Verón.



ACTUALIDAD

MAESTRÍA EN DERECHO COMERCIAL Y DE LOS NEGOCIOS

Universidad de Buenos Aires

Director: Raúl Aníbal Etcheverry

Subdirectora: Alejandra Noemí Tevez

Cuerpo docente

Héctor Alegria, Ricardo X. Basaldúa, Dante Cracogna, Raúl A. Etcheverry, Eduardo L. Gregorini Clusellas, Susana Graciela Junqueira, Aída Kemelmajer de Carlucci, Ana Kunz, Rafael Manóvil, María B. Noodt Taquella, Carlos S. Odriozola, Alejandra N. Tevez, Rita Tineo, Mónica Witthaus, Alberto Zuppi, entre otros.

Duración: 1 año y medio

Cursada: lunes y jueves de 14 a 18 hs.

Se incluye un Seminario Jurídico de idioma inglés.

Título (previa defensa de tesis):
Magister en Derecho Comercial y de los Negocios

Informes e inscripción en el ciclo 2017/8:

maestriadelosnegocios@derecho.uba.ar



EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°61, Secretaría Única, cita y emplaza a los herederos y acreedores de VIRGINIA

ASUNCIÓN CARDONA. Publíquese por un día en el diario LALEY.
Buenos Aires, 2 de febrero de 2017

Rodrigo E. Córdoba, sec. int.
LALEY: I. 14/02/17 V. 14/02/17