



Descargue **TR La Ley** en su celular y acceda a información jurídica **sin cargo**.

Los derechos humanos como pauta interpretativa del ADPIC en materia agrícola

Salvador Darío Bergel

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los derechos humanos conectados con el Acuerdo ADPIC en el campo agrícola.— III. Las obligaciones de los países miembros bajo el acuerdo de los ADPIC en materia agrícola.— IV. La función de los derechos humanos en la interpretación y aplicación de los ADPIC.

➔ La evolución de la agricultura a través de los ciclos no sólo debe vincularse con la obtención de mayores rendimientos para su aprovechamiento comercial, sino que fundamentalmente debe vincularse a la necesidad creciente de satisfacer la alimentación humana, evitando la erosión genética que hace peligrar la base de la alimentación.

I. Introducción

El ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) importó en su hora un cambio fundamental en la regulación de la propiedad intelectual, inclinándolo en favor de los países industrializados.

Conforme lo señalara Remiche fue concebido principalmente en los países desarrollados, a lo que cabe añadir, sustentado por grandes empresas multinacionales de los países desarrollados, reflejando sus concepciones. Si a nivel de principios no existían motivos para oponerse a un acuerdo mundial en materia de propiedad intelectual, debe admitirse que el acuerdo es ampliamente desequilibrado, en particular en el ámbito de las patentes, a favor de sus mayores empresas titulares. (1)

Al establecer las normas y los estándares el Acuerdo ADPIC ha producido —en

la opinión de Dhar y Rao— cambios fundamentales en los principios básicos de patentabilidad. Puede verificarse este cambio analizando la supremacía que varios países concedían al interés público dentro de sus sistemas de patentes. Este concepto quedó desvirtuado al considerarse que uno de los principios que inspira el ADPIC es que los derechos de propiedad intelectual deben ser reconocidos como derecho privado (*Preámbulo*). (2)

En su redacción final el texto pretendió atemperar las normas imperativas que marcaban los nuevos rumbos de la propiedad intelectual a través de dos artículos sobre transferencia de tecnología que carecen de mayor relevancia. En un acuerdo cuyo objetivo fundamental es asegurar la protección de los derechos de la propiedad intelectual, la consideración de la transferencia de tecnología ocupa —a juicio de Bercovitz— un lugar absolutamente residual, estando contemplado solamente en dos artículos de contenido fundamentalmente programático, como son los artículos 7 y 8. (3)

Sin tomar en consideración los antecedentes del Acuerdo y los claros objetivos que persiguieron sus promotores, resulta imposible una interpretación de sus normas que garantice a los países subdesarrollados una mínima defensa de sus intereses.

Constituye un tema fundamental para estos países el tratar de utilizar en su máxima extensión las denominadas flexibilidades —especie de espacios abiertos— y paralelamente aplicar su normativa a la luz de los derechos humanos.

Bien se ubicaba Remiche al sostener que debía desarrollarse el principio de abuso de derecho en la interpretación y aplicación de sus cláusulas. (4)

Un aporte relevante para el debate actual, tanto por la entidad que lo propicio como por la autoridad intelectual de sus autores, es —sin duda— la *Declaración sobre soberanía regulatoria en la protección patentaria* bajo el acuerdo de los ADPIC del 16 abril de 2014. (5)

Pese al hecho verificable que diversas cláusulas del Acuerdo pueden afectar, y en los hechos afectan a los derechos humanos, en el campo vinculado con la agricultura —lo que es objeto de estas reflexiones— no han sido suficientemente investigados por la doctrina. Han prevalecido estudios relacionados con el derecho a la salud —en especial referidos a la patentabilidad de medicamentos—, pero, en cambio, no se han estudiado los aspectos de los derechos humanos que pueden llevar a interpretaciones amplias en la materia.

En el presente estudio me propongo analizar la aplicación del artículo 27. 3. b del Acuerdo a la luz de las flexibilidades y particularmente a la luz de los derechos humanos en el campo agrícola.

II. Los derechos humanos conectados con el Acuerdo ADPIC en el campo agrícola

El concepto de los derechos humanos es objeto de múltiples construcciones, lo que me lleva como cuestión previa a expresar qué alcance tiene en el presente texto.

En anterior oportunidad manifesté mi adhesión a la postura del filósofo Eduardo Rabossi en cuanto concebía que constituyen una novedad en el marco del paradigma civilizatorio que importó un salto cualitativo en la manera de concebir un orden mundial basado en la postulación y vigencia de un nexo de valores fundantes. (6)

Si bien cabe ubicar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como referencia inicial, no debe dejar de señalarse que lo allí enunciado se ha expandido a través de tratados, convenciones, y acuerdos, que en lo sustancial siguen sus aguas, constituyendo lo que se ha dado en llamar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Hoy no sólo entra en esta categoría lo referido en tales documentos, sino también lo que de ellos fluye implícitamente, conformando un fenómeno jurídico, político, ideológico y moral, sumamente complejo, muy dinámico y de alcances mundiales. (7)

Con estas salvedades, paso a referirme a los que se vinculan con la agricultura colocando en el vértice superior al derecho a la alimentación y nutrición, seguido de sus derivados naturales: el derecho a la conservación y promoción de la biodiversidad y el denominado derecho de los agricultores.

II.1. El derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria

Sería ocioso señalar que el derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA

Los derechos humanos como pauta interpretativa del ADPIC en materia agrícola

Salvador Darío Bergel..... 1

NOTA A FALLO. Impugnación de la filiación por el propio reconociente

Néstor E. Solari..... 5

JURISPRUDENCIA

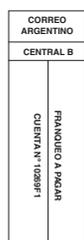
NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO FILIAL. Error en el reconocimiento. Relación sentimental de larga data entre las partes. Diferencia entre nulidad e impugnación del reconocimiento. Efectos. Legitimación del reconociente. Aplicación de las normas generales del

Código Civil y Comercial atinentes a la validez de los actos jurídicos. Realidad biológica. Prueba genética. Valor probatorio. Procedencia de la acción. Desplazamiento de la paternidad extramatrimonial. Interés superior del niño (JNCiv. Nro. 92)..... 5

DAÑO PUNITIVO. Oferta de *software* junto a la venta de una *notebook*. Omisión de entregar la licencia de uso. Trato indigno al consumidor. Condena a las empresas relacionadas (C5aCiv. y Com., Córdoba)..... 7

ACTUALIDAD EN MATERIA ADUANERA

Juan Pablo Rizzi 9



Los derechos humanos como pauta interpretativa del ADPIC en materia agrícola

VIENE DE TAPA

tiene un lugar destacado en el catálogo de los derechos humanos. (8) Diversas declaraciones, pactos y tratados en el orden internacional lo ubican en ese plano.

Comienzo por destacar el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, *en especial a la alimentación*.

Esta norma ha sido receptada por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 11 reconoce el derecho a la alimentación, estableciendo en el inciso 2º el reconocimiento al derecho fundamental de estar protegido ante el hambre, para lo cual se habla de mejorar métodos de producción, conservación y distribución de alimentos y del perfeccionamiento o reforma de regímenes agrarios, de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaz de las riquezas naturales y paralelamente conseguir una distribución más equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades.

En consonancia con ello, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas precisó en su Observación Nº 12 de 1999 la naturaleza de las obligaciones de los Estados para aplicar el derecho a una alimentación adecuada.

En 2004, a través del Consejo de la FAO, los países adoptaron una *Directiva* para apoyar la realización progresiva de una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria mundial.

Para visualizar el vínculo o relación de una alimentación adecuada con la vida humana, es importante remitirnos a la “Declaración de Córdoba” (España) sobre el derecho a la alimentación y la *gobernanza* del sistema mundial de agricultura y alimentación del 10 de diciembre del 2008.

Haciendo un diagnóstico de situación la *Declaración* destaca que para enfrentar los retos de la seguridad alimentaria y el cambio climático será esencial hacer un mayor y mejor uso de la biodiversidad agrícola. “Se necesitan —señala— sistemas de producción más diversos que utilicen nuevas

variedades y especies con el fin de conseguir los aumentos necesarios en la producción, resiliencia y adaptabilidad. Los agricultores y las funciones que ejercen en el mantenimiento y utilización de la biodiversidad agrícola han de estar en el núcleo de las soluciones a estos problemas”. (9)

En las recomendaciones aprobadas en el encuentro se destacó que todas las políticas nacionales e internacionales *deben inspirarse en los derechos humanos* con el fin de garantizar que respeten, protejan y cumplan con la progresiva realización del derecho a una alimentación adecuada. Igualmente señaló que se debería promover la investigación sobre la interrelación entre los conceptos de derecho a la alimentación, producción alimentaria, agricultura sostenible, seguridad alimentaria y soberanía alimentaria.

En orden al logro de tales objetivos resulta claro que el Acuerdo de los ADPIC desconoce palmariamente la naturaleza y las vías de acceso a la problemática de la alimentación humana. (10)

En primer lugar destaco que carece de razonabilidad la pretensión de incorporar en un acuerdo sobre los contenidos mínimos requeridos para la protección de la propiedad intelectual a la materia agrícola. A ello cabe agregar que el propósito explícito de establecer normas de aplicación universal sin tomar en consideración la forma en que se desenvuelve la agricultura en los diversos países comprometidos, la gran diversidad de situaciones que se presentan y el diverso grado de desarrollo económico de los países, resulta cuando menos objetable.

Cabe sostener que en momento alguno se pensó, al elaborar el acuerdo, en el derecho a la alimentación como uno de los temas centrales en un mundo que ofrece profundas distorsiones y desniveles, al extremo que en grandes extensiones de la tierra el hambre sigue causando estragos.

Bien está que el acuerdo versa sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, pero ello no obstaba considerar —aun cuando fuere tangencialmente— el derecho humano a la alimentación al tratar la materia agrícola.

Queda en claro que no sólo se evitó considerar el tema, sino que las normas redactadas en lugar de atender a las especiales características que singularizan a cada país, expresan una uniformidad de tratamiento en aspectos que comprometen derechos humanos de indudable trascendencia.

Muy a pesar de ello, el acuerdo tiene algunas grietas que se traducen en flexibilidades que, debidamente aprovechadas, pueden llevar a interpretaciones que favorezcan la primacía de los derechos huma-

nos fundamentales para los habitantes de los países signatarios.

Tratando de mitigar los efectos nocivos del Tratado sobre la vida y la salud de los hombre y mujeres de los países miembros, la *Declaración sobre la Soberanía Regulatoria de la Protección por Patentes* bajo el Acuerdo de los ADPIC, señala que el tratado debe preservar el derecho de los Estados para determinar los objetivos de su propio sistema de patentes y de adoptar en su caso medidas para proveer a su población de bienes públicos esenciales como la protección ambiental, *la diversidad biológica*, la salud pública, *la nutrición y la seguridad alimentaria*, el progreso tecnológico y científico, la educación y la seguridad. (11)

Ya al establecer la relación de los derechos humanos con la patentabilidad de los medicamentos la *Declaración de Doha* había puesto un límite a la aplicación del acuerdo, al consagrar la doctrina que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni debería impedir que los miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En nuestro caso se trata del derecho a la alimentación, que —*mutatis mutandi*— merece iguales reflexiones.

En este sentido Germán Velázquez señala que la confirmación de que el Acuerdo sobre los ADPIC deja margen para la flexibilidad a nivel nacional tiene implicancias políticas y legales de importancia. A ello adiciona que las presiones para impedir el uso de las flexibilidades disponibles están en contra del espíritu y del propósito del Acuerdo sobre los ADPIC. (12)

II.2. Los denominados derechos del agricultor, como derechos humanos

Como un derivado natural del derecho humano a la alimentación se presentan los denominados Derechos del Agricultor.

Los derechos del agricultor (y no el *privilegio*, como en algunas ocasiones se los denomina) comprenden el derecho de usar, intercambiar y vender semillas u otros materiales de propagación conservados por el agricultor y de participar en la toma de decisiones sobre el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, a lo que hay que agregar el reconocimiento de la utilización de variedades comerciales *como fuente de variedad en el desarrollo/mejora genética* realizado por el propio agricultor. (13)

Ello importa no sólo el reconocimiento a los esfuerzos de los agricultores a través del tiempo para contribuir a la promoción y conservación de la biodiversidad, eje central de la alimentación humana, sino que también comprende los esfuerzos actuales en este sentido, ya que los agricultores no pueden ser relegados a la simple categoría de productores, en tanto continúan acre-

centando la biodiversidad a través de prácticas conducentes a ello.

En tiempos recientes se ha insistido en tal reconocimiento a través en diversos documentos internacionales.

En esta dirección el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* suscripto en Río de Janeiro, si bien no menciona en forma expresa este derecho establece en su artículo 8j) que los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y poblaciones indígenas deben ser respetadas; y la aplicación de tales conocimientos debe ser incentivada mediante la aprobación y participación de sus detentores y la repartición de los beneficios con las comunidades locales e indígenas.

El *Convenio* no se refirió sólo a temas del pasado histórico sino que se está refiriendo a prácticas y saberes actuales, ya que los agricultores no han desaparecido de la escena ni han cesado en su quehacer tradicional.

El reconocimiento de este derecho constituye una formalización o codificación de prácticas, usos y costumbres adoptadas por las comunidades locales, ya consagrado por normas e instituciones locales. Sería —al decir de Santilli— una forma de promover la conservación de los recursos fitogenéticos y los conocimientos tradicionales y de asegurar la seguridad alimentaria presente y futura. (14)

Adviértase que junto a las prácticas agrícolas se incluyen los conocimientos tradicionales que conforman entre sí una unidad inescindible.

Si bien estos conocimientos no están codificados ni están protegidos por norma alguna y que de común se transmiten por tradiciones orales, constituyen la base sobre la que se efectivizaron las prácticas desarrolladas durante siglos.

El primer reconocimiento formal de este derecho fue la Resolución 5/88 de la FAO que calificó a los derechos de los agricultores como derechos provenientes de las contribuciones pasadas, presentes y futuras para el desarrollo y la disponibilidad de recursos fitogenéticos, particularmente aquellos de centros de origen/diversidad. (15)

En 1996 el Plan para la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de Leipzig previó entre sus objetivos la realización de los derechos de los agricultores en el plano nacional, regional e internacional.

Más reciente en el tiempo el *Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura* (TIRFAA) expresa en su preámbulo que las contribuciones pasadas, presentes y futuras de los

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) REMICHE, B., “El acuerdo ADPIC diez años después, ¿un acuerdo de libre comercio o de integración forzosa?”, en Remiche B. - Korz J. (comp.), *Propiedad Intelectual. El Acuerdo ADPIC diez años después. Visión europea y latinoamericana*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 359.

(2) DHAR, B. - NIRANJAN RAO, C., “Vinculación de los derechos de la Propiedad Industrial con el Comercio” en *Revista de Derecho Industrial y de la Competencia* nro. 1, Buenos Aires, 1997, p. 131.

(3) BERCOVITZ, A., “ADPIC y transferencia de tecnología”, en Remiche, B. - Kors, J. (coord.), *Propiedad Industrial y Tecnología*, LLBA, 2006-167.

(4) REMICHE, B., op cit., p. 359.

(5) LAMPING, G.M. et al, “Declaration on Patent Protection Regulatory Sovereignty under TRIPS” en

Max Planck for Innovation and Competition, Research Paper Series N. 14/19.

(6) RABOSI, “Notas sobre la globalización, los derechos humanos y la violencia” en Cortez Roda, F.-Giusti M. (Comp.), *Justicia global derechos humanos y responsabilidad*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2007, p. 231.

(7) RABOSI, E., op. cit., p. 212.

(8) La seguridad alimentaria implica tener acceso en todo momento a alimentos nutritivos y aptos para el consumo en cantidades suficientes para satisfacer las necesidades y preferencias de alimentación que hacen posible llevar una vida activa y saludable (Art. 1 de la *Declaración de Roma* de 1996 sobre Seguridad Alimentaria).

(9) Universidad de Córdoba (España), Cátedra de Estudio sobre el hambre y la pobreza. *Declaración de Córdoba* presentada en ocasión del 60 Aniversario de

la Declaración de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 2008.

(10) El Acuerdo de ADPIC contradice el derecho humano de las personas a alimentos y salud al conferir derechos de monopolio ilimitados a las empresas en los sectores vitales de la salud y la agricultura (SHIVA, Vandana, “¿Proteger o explotar? Los derechos de propiedad intelectual”, Intermon - Oxfam, Madrid, 2003, p. 77)

(11) LAMPING, M. et al, op. cit.

(12) VELÁZQUEZ, G., “El acceso a medicamentos en el contexto de los nuevos acuerdos internacionales sobre el comercio y las nuevas reglas sobre propiedad intelectual”, en Correa, C. - Negro, S. (coord.), *Propiedad intelectual y medicamentos*, Ed. IBDeF, Montevideo 2010, p. 43.

(13) SANTILLI, J., “Agro-bio-diversidade e direitos

do agricultores”, Peirópolis, São Paulo 2009, p. 314.

(14) SANTILLI, J., op. cit., p. 302.

(15) El concepto de *derecho del agricultor* surge de los debates iniciados en 1979 en la FAO, concernientes a los beneficios asimétricos asignados a los poseedores de germoplasma y a los creadores de tecnología; las variedades comerciales son el último producto de la aplicación de las tecnologías de los mejoradores al germoplasma de los agricultores, y mientras las primeras pueden generar beneficio a través de los derechos del obtentor u otra legislación sobre derechos de propiedad intelectual, no han sido desarrollados sistemas de compensación o incentivos para los proveedores de germoplasma, ESQUINAS ALCÁZAR, “Los Derechos del Agricultor”, en NÚEZ, LLACER, G. - CUARTERO J., *Los derechos de propiedad de las obtenciones vegetales*, INIA, Madrid, 1998, p. 311.

agricultores en todas las regiones del mundo, particularmente de aquellos centros de origen y diversidad de cultivos para la conservación y mejora, y la disponibilidad de los recursos, constituyen la base de los derechos de los agricultores, agregando “que los derechos reconocidos en este Tratado de guardar, usar, intercambiar y vender semillas y otros materiales de propagación conservados por los agricultores y el participar en la toma de decisiones sobre la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura son fundamentales para la aplicación de los derechos del agricultor, así como para su promoción, tanto nacional como internacional”.

Ratificando cuanto se expresa en el Preámbulo, el artículo 9.3 dispone “que nada en el presente artículo será interpretado en el sentido de limitar cualquier derecho que los agricultores tengan de guardar, usar, intercambiar y vender semillas o materiales de propagación conservados en el predio, conforme al caso y sujeto a las leyes nacionales”.

Tal como lo observara Esquinas Alcázar —que tuvo un destacado papel en la redacción del compromiso internacional— el derecho de los agricultores también proporciona un contrapeso a los derechos de la propiedad intelectual “formales”, los cuales compensan sólo las más recientes innovaciones sin reconocer, en muchos casos, que estas innovaciones son sólo el último peldaño de conocimientos acumulativos llevados a cabo a lo largo de muchas generaciones y de personas en diferentes partes del mundo. (16)

Al considerarse el texto final del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, quedaron en claro las divergencias de criterios acerca de la consideración de los derechos de los agricultores. Mientras los países en desarrollo pretendieron reconocerlos como derechos humanos asegurados por el sistema internacional como integrantes del derecho a la alimentación, los EE.UU. y la Unión Europea manifestaron su rechazo, lo que imposibilitó que el texto se pronunciara sobre ello. (17)

No obstante dada la íntima relación entre los denominados *derechos del agricultor* y el derecho a la alimentación cabe incluir a aquéllos en la nómina de derechos humanos, nómina que no necesita de declaraciones efectistas, sino de criterios lógicos que aseguren su observancia y primacía.

Hoy resulta obvio que ante el acrecentamiento de la vulnerabilidad de los cultivos agrícolas con los cambios climáticos y la aparición de nuevas enfermedades, la biodiversidad se ha convertido en una grave preocupación, por cuanto su pérdida afectará en forma directa a la alimentación humana. En estos términos resulta indiscutible reconocer a los derechos de los agricultores como un derecho humano.

II.3. El derecho humano a la preservación y promoción de la biodiversidad

La *diversidad biológica*, según el sentido que se le da hoy día a este término, designa el conjunto de formas y de funciones del mundo viviente. (18)

Envuelve tres niveles de variabilidad, la diversidad de las especies, la diversidad genética (variabilidad dentro del conjunto de individuos de la especie), y la diversidad ecológica que se refiere a los diferentes ecosistemas y paisajes. (19)

Con frecuencia se utilizan en materia agrícola las expresiones “agro-biodiversidad” y “agro-diversidad” como sinónimos. Para algunos autores —Harold Brookfield, entre ellos— estos términos expresan significados diferentes. La *agro-biodiversidad* se utiliza para definir la diversidad biológica existente en los ecosistemas cultivados, mientras que “agro-diversidad” sería más abarcativo y se referiría a las variadas formas para las cuales los agricultores usan la diversidad natural del ambiente para cultivar, así como para mejorar la tierra y las aguas, como un todo. (20)

La *agro-biodiversidad*, pese a la reciente utilización del término, es en sustancia el resultado de miles de años de acción del hombre sobre las plantas. No es posible comprender su valor sin intentar siquiera conocer su construcción histórica.

La génesis de la relación del hombre con las especies naturales se ubica en el período neolítico, momento en el cual el hombre comienza a cultivar las plantas salvajes. A partir de allí podemos hablar de *domesticación*, concepto que implica la modificación del patrimonio genético de las plantas. A lo largo de los ciclos una especie va a perder algunas de sus características, y otras especies —más provechosas para el hombre— van a ser seleccionadas. (21)

Estos procesos no se dieron en forma homogénea y simétrica en la totalidad de los espacios geográficos. Los agricultores emplearon procedimientos singulares adaptados a las características del suelo, del clima, régimen de lluvias, etc. Por ello se ha señalado que la *agro-biodiversidad* es esencialmente producto de la interacción del hombre con el ambiente natural. En consecuencia, no puede ser reemplazada por el cultivo masivo de variedades comerciales, que sólo toma en cuenta el rinde económico con prescindencia de los factores que la condicionan y le dan vida.

Un estatuto de la diversidad biológica —enseña Hermitte— implica que ésta sea considerada como un patrimonio y no un recurso; y que, a su vez, sea reconocida como un patrimonio vivo. (22)

Desde el surgimiento de la agricultura industrial hemos asistido a un proceso de extinción de la biodiversidad, cuyas consecuencias aún no hemos advertido en su exacta dimensión.

En la *Cuarta Conferencia Técnica Internacional sobre Recursos Genéticos*, celebrada en Leipzig del 17 al 23 de junio de 1996, se dio una voz de alerta para denunciar la grave erosión genética provocada por los sistemas agrícolas modernos. Según el documento final, en cien años se ha perdido entre el 90 al 95% de las variedades agrícolas, provocada mediante la sustitución de variedades locales y tradicionales (caracterizadas por su amplia variabilidad genética) por variedades “modernas” de alto rendimiento y de escasa base genética. La uniformidad genética —agrega— crea enormes riesgos e incertidumbres para los cultivos agrícolas, que se tornaron especialmente vulnerables.

La agricultura moderna, caracterizada por el cultivo de unas pocas especies, favorece la uniformidad de hábitos alimentarios y la desvalorización cultural de las especies nativas. (23)

A partir de la revolución industrial, los rápidos cambios demográficos, la degradación ecológica y la globalización desembocaron en una dramática reducción de la diversidad genética de los cultivos. En la actualidad se cultivan apenas 150 especies y la mayor parte de la humanidad vive con no más de 12 especies. (24)

La pérdida de especies y variedades lleva a la pérdida irreversible de la diversidad genética que éstas contienen: es la denominada *erosión genética*. Esta erosión ha restringido peligrosamente el acervo genético disponible para la selección natural y para la selección por parte de los agricultores y fito-mejoradores, y ha aumentado la vulnerabilidad de los cultivos agrícolas a los cambios repentinos del clima y a la aparición de nuevos parásitos y enfermedades.

La agro-diversidad es un componente esencial de los sistemas agrícolas sustentables. Uno de sus principios centrales es justamente la diversificación de los cultivos. (25)

La conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos va mucho más allá de evitar la extinción de las especies. El objetivo debe ser conservar y usar tanta diversidad como sea posible dentro de cada especie. (26)

Cada agro-sistema presenta características distintivas y exige soluciones específicas.

La agricultura sustentable requiere una comprensión de las complejas interacciones entre los diversos componentes de los sistemas agrícolas. La especialización de los sistemas productivos con la homogeneidad genética que los caracteriza no sólo provoca la disminución de la diversidad de las especies y variedades, sino también reduce especies importantes para el equilibrio de los ecosistemas. (27)

De lo hasta aquí expuesto surge como conclusión natural que no podemos escindir

el tratamiento de la biodiversidad del de la alimentación humana. (28)

En tanto que la biodiversidad ha contribuido a diversificar la base alimentaria y a evitar los peligros de la erosión genética, con todas las consecuencias que ello implica, no puede su conservación y promoción dejar de ser considerada un derecho humano.

La evolución de la agricultura a través de los ciclos no sólo debe vincularse con la obtención de mayores rendimientos para su aprovechamiento comercial, sino que fundamentalmente debe vincularse a la necesidad creciente de satisfacer la alimentación humana, evitando la erosión genética que hace peligrar la base de la alimentación. Tal como lo señala Vandana Shiva, toda transformación técnica de la bio-diversidad se justifica en términos de mejora y rendimiento, más las palabras “mejora y rendimiento” no son neutras. Las mejoras de variedades vegetales no son lo mismo para la industria agroalimentaria que para un agricultor autónomo. (29)

III. Las obligaciones de los países Miembros bajo el acuerdo de los ADPIC en materia agrícola

El Acuerdo obliga en su art. 27 3 b) a los países miembros a proteger:

a) todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste.

Lo primero que cabe determinar es lo que debe entenderse por “obteniciones vegetales”. En principio serían los vegetales que han sido alterados en su estructura, función o rendimiento por mano del hombre. Entrarían aquí los *cultivares* que el sistema UPOV califica de “variedades”. (30)

Dentro del género de variedades cabe una primer distinción entre variedades seleccionadas por agricultores o campesinos a partir de variantes naturales que se adaptan según sus requerimientos a las condiciones locales, de las variedades comerciales, que son plantas mejoradas por fito-mejoradores profesionales y que se caracterizan por ser *cultivares* distintos de los conocidos; homogéneos y estables a lo largo de sucesivas siembras.

Las variedades locales o primitivas serían de libre disponibilidad para quien desee utilizarlas o mejorarlas mediante cambios cosméticos, quedando abierta la posibilidad de protegerlas legalmente en cabeza del mejorador, si llegan a presentar los referidos índices de estabilidad y homogeneidad. Las variedades comerciales pueden gozar de protección legal por alguna de las vías arriba referidas.

Aquí cabe advertir la irracionalidad que informa los criterios comúnmente acepta-

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(16) ESQUINAS ALCÁZAR, J., “La aplicación de los derechos del agricultor”, en *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia* N°2, Bs.As. 1997, p.273.

(17) SANTILLI, J., op. cit., p.304.

(18) SEUTIN, G.E., “La diversité en biologie”, en PARRIZEAU, M (Org.), *La biodiversité*, Boeck, Bruxelles, 1997, p.17.

(19) SANTILLI, J., op. cit., p.91.

(20) SANTILLI, J., op. cit., p.94.

(21) “SANTILLI, J., op. cit., p.39.

(22) HERMITTE, M. A., “Le concept de diversité biologique et la création d’un statu de la nature”, en Edelman, R. - Hermitte, M.A., *L’homme, la nature et le droit*, Burgeois, Paris, 1998, p.240.

(23) SANTILLI, J., op. cit., p.102.

(24) ESQUINAS ALCÁZAR, J., “Proteger la diversidad genética de los cultivos para la seguridad alimentaria, desafíos políticos, éticos y técnicos”, en *Nature Review*, www.nature.com/review/genetics, diciembre 2005, vol. 6.

(25) Los derechos de los agricultores son un imperativo ecológico, económico, cultural y político. Sin derechos comunitarios, las comunidades agrícolas no pueden proteger la biodiversidad agrícola, que no sólo es necesaria para mantener el seguro ecológico de la agricultura. Los derechos de la biodiversidad agrícola son, asimismo, un imperativo económico porque sin ella nuestros agricultores y nuestro país perderán su

libertad y sus opciones de supervivencia (SHIVA, Vandana, op. cit., p.83).

(26) La biodiversidad -se ha señalado- debe conservarse de por sí, sin sopesar los beneficios que puedan derivarse de ella o quiénes pueden verse favorecidos, porque la biodiversidad es un bien en sí (MELLADO RUIZ, L., “Derecho de la biotecnología vegetal. La regulación de las plantas transgénicas”, INAP, Madrid 2002, p.477).

(27) SANTILLI, J., op. cit., p.105.

(28) Sin derechos para los agricultores, no hay mecanismo político que limite los monopolios en la agricultura y las consecuencias inevitables de los desplazamientos, la hambruna y la escasez que seguirán a un control monopolístico total de la producción y el con-

sumo de alimentos debido a la propiedad monopolista de las semillas, el primer eslabón de la cadena alimentaria (SHIVA, Vandana, op. cit., p.83).

(29) SHIVA, Vandana, “Éthique et agro-industrie”, L’Harmattan, Paris, 2003, p.71.

(30) Variedad vegetal es en el fondo un concepto de naturaleza científica o biológica mientras que la obtención vegetal posee una idiosincracia eminentemente jurídica, en la idea de constituir una creación legal (AMAT LLOMBART, P., “Concepto contenido y límites del derecho de obtentores de variedades vegetales” en Amat Llombart P. (Coord.) *La Propiedad Industrial sobre obtenciones vegetales y organismos transgénicos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2007 p.180.

● VIENE DE PÁGINA 3

dos al dejar de lado la biodiversidad en el análisis. Mientras que las variedades locales o primitivas estimulan y desarrollan la biodiversidad, las variedades “comerciales” asentadas en la estabilidad y homogeneidad de los cultivos sólo contribuyen a la erosión genética. Esto es parte de la irracionalidad que caracteriza la “modernidad”, que desconoce los efectos de futuro sobre la agricultura.

Conforme al art. 27.3 b), las obtenciones vegetales deben ser protegidas por algunas de las vías indicadas.

La protección por patente es abiertamente inadecuada para las variedades vegetales, por diversas razones. (31)

Desde el punto de vista técnico resulta imposible llenar los extremos requeridos para una invención; a más de ello la patente impide la efectividad de los derechos de los agricultores y el privilegio del fito-mejorador ha asentado un duro golpe a la agricultura.

Es a partir del momento en que devienen dominantes las industrias de la semilla que se plantea asegurar su protección por los derechos de propiedad intelectual, con el derecho de las obtenciones vegetales y al mismo tiempo con patentes industriales. Esto, lo destaca L. Boy, no es un azar. Potente y consolidada la industria devino en un lobby considerable, que empuja el desarrollo de la biotecnología. (32)

La patente y el modelo *UPOV 91* refuerzan el flujo de capital de los agricultores de los países en desarrollo hacia las agroindustrias del Norte y acentúan la dependencia respecto de los grandes semilleros. Este tipo de “progreso” no es favorable a los países en desarrollo, que lo contestan en la medida de sus posibilidades. (33)

La alternativa de la patente contemplada por el citado artículo es un sistema eficaz *sui generis*. Mientras este último sistema es juzgado eficaz por los EE.UU. con la sola condición de ser equivalente a la *UPOV 91*, para muchos de los países en desarrollo y organismos internacionales un sistema original puede revelarse principalmente adaptado a los intereses de los pequeños agricultores. (34)

No existe ninguna definición oficial de los términos “*sui generis*” y en consecuencia los estados son totalmente libres en su elección. Es así que ciertos Estados han optado por la protección adaptada a sus fines dando un amplio lugar al derecho de los agricultores y el privilegio del obtentor.

Para Vandana Shiva el concepto de *sui generis* da la impresión que cada país es libre de establecer sus propio sistema; el término clave es “eficaz”, que convierte en necesario la adopción de un sistema mundial. Este término fue introducido en el Acuerdo por los EE.UU., el mismo se encuentra en el art. 301 de la Ley de Comercio y Competitividad de 1981 y ha sido utilizado para tomar represalias contra países cuyas leyes

de propiedad intelectual no se ajustan a las normas norteamericanas. (35)

Correa se inclina por una interpretación que contemple igualmente los intereses y deseos de los países subdesarrollados. Eficaz —señala— significa que tiene eficacia, que tiene la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera. Esto puede interpretarse como que se exige que las normas fundamentales y los mecanismos de aplicación sean tales que permitan alcanzar los objetivos previstos en la protección. Estos objetivos pueden abarcar no sólo el nivel de ganancias o ingresos del titular del derecho, sino también los intereses públicos perseguidos con la adopción o la protección, tales como salvaguardar la seguridad alimenticia y proveer la agricultura sustentable. (36)

En consonancia con este criterio que compartimos, se han dictado legislaciones que priorizan criterios más adecuados a la realidad y los intereses de los destinatarios, que no pueden ser acusados de violentar la normativa de los ADPIC.

Destacamos en primer lugar la ley india de 2001, que a criterio de Santilli relaciona aspectos de la *Convención de la UPOV*, con los principios establecidos sobre la diversidad biológica en relación con el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. (37)

Entre las normas destacables de la ley tenemos:

i) que reconoce a los agricultores no sólo como usuarios, sino también como mejoradores o innovadores;

ii) reconoce el derecho de los agricultores de guardar, usar, sembrar, resembrar, compartir y vender la semilla, incluso de variedades protegidas;

iii) se pueden requerir derechos de propiedad intelectual para 4 categorías de variedades, nuevas, existentes, de los agricultores y esencialmente derivadas.

Las variedades de los agricultores son descritas como aquellas tradicionalmente cultivadas y desarrolladas por agricultores en sus tierras o variedades silvestres o locales/tradicionales en relación con las cuales los agricultores tienen un conocimiento común.

Etiopía dictó la Ley 482/2006 de Protección de los Derechos de los Mejoradores, la que reconoce derechos sobre las denominadas “variedades de los agricultores” definidas como variedades de planta que poseen atributos específicos y que fueron mejoradas o desarrolladas por comunidades agrícolas etíopes, o parientes relevantes de variedades de “conocimiento común de las comunidades agrícolas”. (38) La Ley modelo de la Unión Africana para la protección de la de los derechos de las comunidades locales y regulación del acceso a los recursos biológicos constituye a juicio de Johnson Ekepere un esfuerzo para crear un sistema *sui generis* de protección de los derechos locales sobre los aspectos mencionados. (39)

Una norma de gran trascendencia contenida en la ley es la que dispone que los derechos de los mejoradores están sujetos a restricciones relacionadas con la seguridad alimentaria, la salud, la diversidad biológica y la exigencia de una agricultura relacionada con variedades específicas.

Esta ley constituye un esfuerzo para crear un sistema *sui generis* de protección de los derechos locales, con el objeto de dar razonable atención a la conservación de la biodiversidad, uso sustentable de los recursos biológicos manteniendo la seguridad en materia de alimentos y una equitativa distribución de beneficios consistente con las previsiones de la Convención sobre Diversidad Biológica y el concepto de Soberanía Nacional. (40)

Estas regulaciones y estos intentos muestran una vez más que no cabe limitar el concepto de *sui generis* a los dictados *UPOV*, menos aún como pretenden algunos de la *UPOV 91*.

b) Como una excepción a las exclusiones de patentabilidad, el Acuerdo dispone, en una oración de redacción no muy clara, que debe protegerse,

i. Los procedimientos no biológicos

ii. Los procedimiento micro biológicos

Un precedente de la disposición puede encontrarse en el art. 53 b) del *Convenio de Munich* en cuanto establece que no se concederán patentes europeas para los procedimientos esencialmente biológicos de vegetales y animales, no aplicando esta exclusión a los procedimientos microbiológicos ni a los productos resultantes de dichos procedimientos.

Tratando de interpretar el sentido de esta última norma, Chentob Concé expresa que la multiplicación de microorganismos representa por sí un procedimiento microbiológico y en consecuencia el microorganismo puede estar protegido en tanto que tal, puesto que es un producto obtenido por un procedimiento microbiológico.

Son esencialmente biológicos los procedimientos que aplican las leyes de la naturaleza como procedimientos de cruce o selección de líneas, como los que intervienen en la reproducción sexual.

Los procedimientos microbiológicos comprenden viejos procedimientos de utilización de microorganismos o de “fabricación” de nuevos microorganismos por medio de la ingeniería genética. (41)

Según la jurisprudencia de la OEP un procedimiento microbiológico utiliza directamente microorganismos y la misma decisión indica que se entiende por *microorganismo* a todos los organismos microcelulares (bacterias, levaduras, hongos, algas, células vegetales).

Refiriéndonos en concreto a la citada norma del Acuerdo los *procedimientos no biológicos* serían por exclusión aquellos en los que existe intervención humana. Al no establecer un parámetro en el tipo de inter-

acción, su intensidad y efecto con relación al resultado obtenido, queda abierto un importante margen para la arbitrariedad, tal como se observa en la actualidad donde la simple intervención humana en un procedimiento biológico sin un aporte calificado llevaría a las Oficinas de Patentes y a los Tribunales de Justicia a extender la patentabilidad a límites extremos.

Sobre este particular cabe sostener que todo componente que puede conducir a la creación de un vegetal sea o no modificado debe quedar excluido de la patentabilidad, comprendiendo, entre otros, las semillas, células, estacas, bulbos, y sus componentes celulares, organelos, membranas, moléculas de ADN, etc.

Es claro que si, conforme al artículo, se excluyen a las plantas en general, deben quedar excluidos los componentes capaces de desarrollarse y convertirse en una planta.

IV. La función de los derechos humanos en la interpretación y aplicación de los ADPIC

A esta altura de los tiempos no cabe considerar a las obligaciones nacidas de los tratados internacionales sobre propiedad intelectual al margen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Seuba nos recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos recoge normas y preceptos acordados por los Estados para regir las relaciones para con un sujeto que se encuentra bajo su jurisdicción y también para la cooperación entre los Estados mismos. Recoge además normas que sintetizan los juicios de valor de los que carece el derecho de la propiedad intelectual; y establece los límites de la protección de los derechos de la propiedad intelectual, al instar a las modulaciones precisas cuando el engranaje del sistema descuida situaciones particulares. (42)

En la última década la relación entre derechos humanos y derechos de la propiedad intelectual ha pasado a ocupar un lugar central en la agenda de diversos foros internacionales. La intensidad con que ha emergido el vínculo entre los derechos humanos y los de propiedad intelectual contrasta con la prolongada ignorancia que uno y otro régimen se habían dedicado. (43)

Ha sido el avance en la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales, así como la limitación de herramientas disponibles para las satisfacción de las necesidades humanas derivadas del derecho de la propiedad intelectual, lo que ha perfilado el vínculo y ha agudizado el debate acerca de las prioridades de protección.

El peso de la fuerza del lobby que condujo imperativamente a la firma de los ADPIC puso un manto de sombra sobre la interrelación de los derechos de propiedad intelectual con los derechos humanos, llevando a la absurda idea de que sus disposiciones estaban por encima de éstos.

Que el ADPIC sea un acuerdo de mínimos y un compromiso entre posturas opuestas explica que numerosos artículos cuenten con interpretaciones dispares. Es que el

{ NOTAS }

(31) La dificultad fundamental que está en la base de las controversias son sustancialmente dos, de un lado el problema de saber si debe ser concedida una protección jurídica para las invenciones concernientes a materia viva dado que tradicionalmente la técnica es considerada como el arte de obtener un producto de la materia inanimada; por otro lado el problema de describir la invención biotecnológica en razón de las características particulares de los seres vivos, de modo tal de permitir a un experto repro-

ducir el resultado obtenido por el inventor. MARABINI, F., “Biotecnología y Agricultura”, Protagon, Perugia, 1992, p. 33.

(32) BOY, L., “La prise en compte du développement entre bi et multilatéralisme : la question de l’agriculture” en Remiche, B. - Ruiz Fabre H. (coord.) *Le commerce international entre bi et multilatéralisme*, Larcier Bruselas 2009, p. 279

(33) BOY, L., op.cit. p.295

(34) BOY, L., op.cit. p.292

(35) SHIVA, Vandana, “Proteger o Explotar”, cit. p.35.

(36) CORREA, C., “La protección de las obtenciones vegetales para los países en desarrollo” (<http://www.apbreres.org/>)

(37) SANTILLI, J., op.cit. p.350.

(38) SANTILLI, J., op.cit. p.254.

(39) SANTILLI, J., op.cit. p.356.

(40) “Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual. Integrando los Derechos de

Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo”, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia* N° 7, p.479.

(41) CHENTOB CONCE, M.C., “La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l’homme”, Tec Dot, Paris, 2006, 3^e édition, p.86.

(42) SEUBA, X., “La Protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p.155.

(43) SEUBA, X., op.cit., p.154.

ADPIC es ambiguo en cuestiones en que las diferencias entre los negociadores eran agudas; recoge términos abiertos; incorpora conceptos cuyos significados se encuentran fuera del derecho de la propiedad intelectual; y recoge términos jurídicos con un significado concreto en otros ámbitos. (44)

Considero que, junto a las flexibilidades interpretativas sobre las que incurrió ampliamente la doctrina, cabe necesariamente tomar en consideración los principios y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al aplicar el Acuerdo, otorgándole la primacía que lógicamente le corresponde.

{ NOTAS }

(44) SEUBA, X., op. cit., p. 252.

(45) BEITER, Klaus D., "Establishing conformity between TRIPS and human rights, Hierarchy in International Law. Right Obligations of the WTC and Extraterritorial Estate Obligations under the International Covenant on Economic, social and cultural

rights", en Ullrich, H et al, (Edit.) TRIPS plus 20 MPI *Studies on intellectual property and competition law* 25, Berlin, 2016, p. 445.

(46) BEITER, Klaus, op. cit., p. 445.

(47) SUBA, X., op. cit., p. 329.

Se ha reclamado que la OMC como organización internacional está obligada a respetar diversos derechos humanos protegidos por el derecho internacional en la materia. Si el conflicto es de difícil solución a través de la "interpretación armónica" de las normas en cuestión, el derecho internacional de los derechos humanos debería estar en sintonía con las jerarquías aceptadas en la ley internacional (normas perentorias, obligaciones *erga omnes*, derechos inderogables art. 10 de la Carta de Naciones Unidas) y aceptar se considere su procedencia sobre el ADPIC. Los cuerpos de resolución de disputas de la OMC deberían permitir, cuando sea relevante, que la defensa de los derechos humanos sea prevalente al alegarse violaciones del Acuerdo. (46)

Klaus Beiter, luego de afirmar que el acuerdo ADPIC no puede considerarse un sistema cerrado, agrega que la OMC como organismo internacional está obligada a respetar los derechos humanos protegidos bajo el derecho internacional en la materia,

por lo cual debería ser modificado para reflejar las inquietudes en forma más efectiva.

La combinación de los art. 55, 56 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas lleva a afirmar que en caso de controversia debe prevalecer el derecho internacional de los derechos humanos por sobre cualquier obligación internacional, puesto que la obligación de respetar esos derechos se recoge en la Carta de las Naciones Unidas y está acompañada en la cláusula de primacía. (47)

Tanto la OMC, al intervenir en conflictos sometidos a su competencia, como los tribunales judiciales y entes administrativos (Oficinas de patentes) de los países signatarios, deben evitar o desechar interpretaciones que conculquen derechos humanos, otorgándoles la primacía que naturalmente les corresponde. ●

Cita on line: AR/DOC/3462/2016

NOTA A FALLO

Nulidad del reconocimiento filial

Error en el reconocimiento. Relación sentimental de larga data entre las partes. Diferencia entre nulidad e impugnación del reconocimiento. Efectos. Legitimación del reconociente. Aplicación de las normas generales del Código Civil y Comercial atinentes a la validez de los actos jurídicos. Realidad biológica. Prueba genética. Valor probatorio. Procedencia de la acción. Desplazamiento de la paternidad extramatrimonial. Interés superior del niño.

Hechos: Con fundamento en el vicio de error se admitió una acción de nulidad de reconocimiento filial y se ordenó el desplazamiento de la paternidad extramatrimonial del accionante respecto del hijo de la demandada.

1.- La demanda de nulidad de reconocimiento filial debe admitirse y, en consecuencia, corresponde desplazar la paternidad extramatrimonial del accionante respecto del hijo de la demandada, en tanto se acreditó que el acto estuvo viciado por error, el cual es admisible teniendo en

cuenta la posición particular del sujeto, quien mantenía con aquélla una relación sentimental de catorce años de duración, máxime cuando es la solución que va en consonancia con el interés superior del niño. [1]

2.- La nulidad del reconocimiento filial puede plantearse cuando el acto jurídico se encuentra viciado al momento de su otorgamiento, sin que se discuta si el reconociente es en verdad el progenitor del reconocido, mientras que la impugnación (art. 593, Código Civil y Comercial) tiene lugar cuando se sostiene que se ha reconocido como propio a un hijo que no lo es.

3.- El art. 593 del Código Civil y Comercial, basado en el principio de irrevocabilidad y en la doctrina de los propios actos, descarta la legitimación activa del reconociente para impugnar el reconocimiento que no se ajusta a la realidad biológica, de modo que quien pretenda desplazar el vínculo filial deberá probar los extremos que habilitan la nulidad de tal reconocimiento.

4.- La acción de nulidad del reconocimiento, si bien no está expresamente contemplada en las normas de filiación del Código

Civil y Comercial, surge de las reglas generales atinentes a la validez de los actos jurídicos (arts. 386 y ss., CCyC) y serán aquellas las disposiciones a las que deberá recurrirse para su regulación.

5.- En el Código Civil y Comercial se introduce un cambio relevante en la teoría del error como vicio del acto jurídico, en tanto se exige que, además de ser de hecho y esencial, sea reconocible por el destinatario de la declaración de voluntad, mientras se elimina el requisito de la excusabilidad contenido en el derogado art. 929 del Código Civil.

6.- La simple duda de la paternidad al momento de efectuarse el reconocimiento, en un contexto determinado, no impide que la persona pueda luego invocar el error si es que no existen elementos precisos y concordantes que lleven a encuadrar este obrar como negligente.

7.- El valor determinante de la prueba genética en materia de filiación fue reconocido en el Código Civil y Comercial, cuyos arts. 579 y 580 prevén soluciones específicas ante la negativa del demandado a realizarse ese examen y frente a la circunstancia de fallecimiento del progenitor alejado, respectivamente.

8.- Frente a cualquier demanda de desplazamiento filial el magistrado debe valorar el verdadero interés del niño en mantener un vínculo jurídico que no está de acuerdo con su realidad biológica.

119.681 — JNCiv. Nro. 92, 26/08/2016. - S. H. D. c. Y. R. R. y otro s/ nulidad.

Cita on line: AR/JUR/64920/2016

CONTEXTOS DOCTRINARIOS DEL FALLO

PERACCA, Ana G., "Principales modificaciones en materia de acciones y prueba", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 3, LA LEY 20/05/2015, AR/DOC/1295/2015; CORBO, Carlos María, "Reconocimiento de hijo. Acción de nulidad", DFyP 2012 (junio), 19, AR/DOC/2164/2012.

COSTAS

A la demandada vencida.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Preview]

Impugnación de la filiación por el propio reconociente

SUMARIO: I. Introducción. — II. Breve reseña del caso. — III. La norma en cuestión. — IV. Fundamentos del fallo. — V. Algunas reflexiones finales.

Néstor E. Solari

I. Introducción

El presente fallo refiere sobre el planteo de una acción de impugnación de la filiación extramatrimonial —en el caso, la paternidad— por parte de quien, oportunamente, había efectuado el reconocimiento del niño en cuestión.

En el ordenamiento jurídico argentino se hallan previstas distintas acciones de filiación, tanto de reclamación como de impugnación del vínculo filial.

Específicamente, de acuerdo a la situación planteada en autos, tal hipótesis se canalizó en la denominada nulidad del reconocimiento y no en la llamada acción de impugnación del reconocimiento de la filiación. Ello, en virtud de que la discusión surge en cuanto a determinar si el propio reconociente se encuentra legitimado para ejercer la acción de impugnación del reconocimiento de la filiación o si, por el contrario, se encuentra impedido de hacerlo.

De esta manera, la sentencia resuelve sobre una cuestión que viene planteándose desde

siempre en nuestro derecho, habida cuenta de que nuestra legislación —tanto el Código Civil derogado como el Código Civil y Comercial— no ha brindado una solución concreta y específica al respecto, no obstante los antecedentes jurisprudenciales en la materia.

En vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC), es indudable que las interpretaciones seguirán existiendo, ante la omisión legislativa de brindar claridad al problema planteado, no obstante la copiosa doctrina y jurisprudencia existentes. Lo que, por otra parte, se muestra correctamente en el desarrollo del fallo bajo análisis.

En esta oportunidad, traemos a colación un nuevo precedente judicial, correspondiente a un fallo de primera instancia, firme, en aplicación del Código Civil y Comercial.

II. Breve reseña del caso

El actor, en su carácter de progenitor reconociente del niño, promueve demanda de nulidad del reconocimiento contra la madre y el niño en cuestión, adjuntando copia del estudio genético del que resulta excluida su paternidad con relación al niño. La relación sentimental entre las partes duró 14 años.

VIENE DE PÁGINA 5

El mensaje recibido en *Facebook*, por parte de una mujer, le informa que su marido era el padre del niño, lo que le hizo dudar de su paternidad. Tal circunstancia lo llevó a concretar un examen genético con el niño, del cual resultó la exclusión del vínculo biológico.

La demandada afirma que jamás engañó al actor y que no conoció el examen genético. Como consecuencia de la acción judicial, dejó voluntariamente de percibir la cuota alimentaria que aquél abonaba.

El contexto del caso permite al juzgador analizar el caso desde la perspectiva del error del actor al efectuar el respectivo acto de reconocimiento.

III. La norma en cuestión

En el régimen anterior, la acción de impugnación del reconocimiento estaba contemplada en el art. 263 del Código Civil derogado, en los siguientes términos: “El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haberlo conocido el acto de reconocimiento”.

En el Código Civil y Comercial, bajo el nombre de *impugnación del reconocimiento*, se legisla sobre esta acción: “El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo” (conf. primer párrafo del art. 593, CCyC).

En punto a la cuestión aquí debatida —legitimación activa para ejercer la acción—, tanto el viejo texto como el actual optan por un criterio amplio, pues otorgan legitimación a toda persona que invoque un *interés* en hacerlo.

En aplicación del art. 263 del Cód. Civil derogado, y no obstante la amplitud de la legitimación activa consagrada para impugnar el reconocimiento de la filiación, se abrió un debate en el derecho argentino, consistente en determinar si entre los terceros interesados, como legitimados activos, se encontraba el propio reconociente, para impugnar la correspondiente filiación.

Por un lado, se interpreta que como podrían hacerlo todos aquellos que tienen un interés legítimo, el propio reconociente no puede ser excluido de dicha legitimación activa. Por lo que la norma lo incluye, entre otros tantos legitimados.

Desde otro costado, se pregonó un criterio restrictivo, al decirse que no obstante comprender a toda persona que alega un interés legítimo —lo que, en principio tendría el progenitor que lo ha reconocido oportunamente—, otorgarle la legitimación activa al progenitor reconociente implicaría violentar la teoría de los propios actos, pues estaría invocando una conducta contraria a su respectivo reconocimiento. Además, sería contrario a la irrevocabilidad del reconocimiento.

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Un claro ejemplo de ello, en el derecho de familia, lo constituye la acción de nulidad matrimonial en las hipótesis de nulidad absoluta del matrimonio. Aquí se otorga legitimación activa para solicitar la nulidad de su propio

Sin embargo, quienes se enrolan en esta última postura, distinguen la acción de nulidad del reconocimiento de la impugnación del reconocimiento, a los fines de otorgarle, eventualmente, legitimación activa al propio reconociente por vía de la nulidad del reconocimiento. Con ello, se propone una solución indirecta para atacar el vínculo filial mediante la acción de nulidad del reconocimiento.

A mi entender, ambas acciones son independientes, fáctica y jurídicamente, por lo que el progenitor reconociente tendría abierta ambas vías, según las circunstancias alegadas.

El debate, aun cuando sigue abierto, debe realizarse a la luz del ordenamiento integral vigente. En verdad, la negativa al reconociente para ejercer la acción de impugnación era entendible a la época de sanción de la ley 23.264 (de Filiación y Patria Potestad), del año 1985, en donde se pretendió dejar excluido al propio reconociente por la teoría de los propios actos y la irrevocabilidad del reconocimiento.

Adviértase que, en tal contexto, en el que todavía no existía la Convención sobre los Derechos del Niño, y sus correspondientes derechos emergentes —entre ellos, el derecho a la realidad biológica— que garantiza dicho instrumento internacional.

Con un criterio de actualidad y teniendo en cuenta el derecho a la realidad biológica y los adelantos científicos sobre las pruebas genéticas, ningún impedimento debiera haber para que el propio reconociente se halle legitimado a ejercer la acción de impugnación del reconocimiento.

La teoría de los propios actos debe ceder ante un derecho de jerarquía superior, cual es la realidad biológica. En tal sentido, no puede alegarse el principio de que la persona estaría invocando su propia torpeza, en virtud de que debe buscarse el esclarecimiento de la verdadera filiación de quien se trata, pues aquel principio general debe ceder en ciertas circunstancias. Así, en determinadas situaciones, el ordenamiento jurídico, en virtud de la jerarquía de los derechos en juego, privilegia otro derecho a la teoría de los propios actos. (1)

Con más razón sería admisible que aquel principio ceda frente a un derecho constitucional como lo es la identidad del niño (conf. arts. 7º y 8º, Convención sobre los Derechos del Niño).

Tampoco puede impedir la legitimación activa la circunstancia de que el reconocimiento sea irrevocable, pues si bien el acto jurídico como tal es irrevocable (conf. art. 573, CCyC), ello no obsta a que en el ámbito judicial sea cuestionado el vínculo paterno-filial, aun frente al caso en que sea el propio reconociente quien haya iniciado la acción. La irrevocabilidad no queda alterada, en definitiva, porque será la sentencia judicial que determinará, eventualmente, la inexistencia del vínculo filial, más allá de que la voluntad inicial —al plantear la respectiva acción judicial— haya sido del propio reconociente. (2)

Por lo demás, la irrevocabilidad del reconocimiento debe entenderse aplicable en el ámbito extrajudicial.

Todo ello, no impide que, si se presentan vicios del consentimiento en el acto de reconocimiento —como sería el caso de autos—, pueda optar por la acción de nulidad del reconocimiento. En tal situación, el propio reconociente tendría abierta la acción de nulidad

del reconocimiento, alegando y probando que su voluntad se hallaba viciada al momento de efectuar dicho reconocimiento.

Admitir solamente la acción de nulidad del reconocimiento dejaría sin posibilidad de cuestionar el vínculo filial al propio reconociente, cuando estamos en presencia de un reconocimiento complaciente, esto es, cuando se asume la paternidad de un hijo no obstante saber que no es propio.

IV. Fundamentos del fallo

El fallo realiza una explicación detallada de los criterios existentes en el derecho argentino, fundamentando el decisorio de manera sólida y razonada.

Cuestiona el criterio mayoritario, consistente en negar la legitimación activa al progenitor que ha reconocido al niño.

Manteniendo la distinción pregonada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria —acción de impugnación y nulidad del reconocimiento—, avanza hacia una interpretación más flexible de la acción de nulidad del reconocimiento, en atención a los elementos fácticos existentes en la causa, y dado que la inexistencia de la realidad biológica ha sido probada en autos.

Sobre tales premisas se exhiben —en los fundamentos del fallo— los probables vicios que pueden existir al momento de otorgarse el acto de reconocimiento: a) Vicios del consentimiento: cuando la voluntad del reconociente no es expresada con discernimiento, intención y libertad, por cuanto se encuentra afectada por el vicio de error, dolo o violencia; b) Falta de capacidad: se traduce en el reconocimiento prestado por los incapaces de hecho al tiempo de otorgarlo, es decir, los menores de 13 años (conf. art. 680, CCyC) o los incapaces o personas con capacidad restringida según los límites impuestos a la sentencia judicial (conf. art. 32, CCyC); c) Vicios de forma: se verifica cuando el reconocimiento se efectúa no cumpliendo alguna de las formas escritas que le impone el art. 571 del nuevo Código. Se trata en definitiva de un supuesto muy remoto, pues siendo el reconocimiento un acto formal no solemne, si se ha asentado en un instrumento público viciado en sus formas, éste valdrá si se llenan los recaudos de un instrumento privado; d) Incompatibilidad con un emplazamiento anterior: conforme lo dispuesto por los arts. 558 y 578 del Cód. Civil y Comercial, en tanto que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales; e) Reconocimiento del niño adoptado en forma plena (aunque el art. 624 del nuevo Código introduce la novedad de habilitar tal reconocimiento a los efectos de los derechos alimentarios y sucesorios); y f) Imposibilidad de que el reconociente sea el progenitor del reconocido: tal es el caso en que el reconocido es mayor que el reconociente o la escasa diferencia de edad entre ambos demuestra la imposibilidad de que exista un vínculo filial.

Sobre tales lineamientos, encauza el decisorio en la teoría del error, como vicio del consentimiento. Es decir, analiza el presente caso bajo la acción de nulidad del reconocimiento, tal como había sido planteado por el actor.

Destaca la magistrada interviniente que el Código Civil y Comercial introduce un cambio relevante en la materia, en tanto se exige que el error además de ser de hecho y esencial, sea reconocible por el destinatario de la declaración de voluntad, mientras se elimina el requisito de la excusabilidad contenido en el derogado art. 929. Se considera reconocible el error cuando el destinatario de la declaración de voluntad errada habría podido observar el error actuando con la normal diligencia, aunque de hecho no se hubiera percatado de su existencia. Así lo expresa el art. 266 del Cód. Civil y Comercial: “El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo

pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar”.

Luego de exponer sobre las posturas estrictas y flexibles en la interpretación del error, se pronuncia por la posición flexible de la misma.

Fundamenta diciendo que la dificultad se presenta en la práctica cuando quien pretende reconocer al hijo quiere cerciorarse previamente de la existencia del vínculo biológico con el niño, pues requiere de la realización de una prueba genética con la necesaria conformidad de la madre. Además, el tema debe analizarse desde una perspectiva de las motivaciones que subyacen en todo acto de reconocimiento, en donde la duda no puede colocarlo en situación de negligente al reconocerlo.

En particular, siguiendo conceptos que hemos sostenido oportunamente, coincide en sostener que frente a quien mantiene una unión afectiva con alguien que va a dar a luz y con quien muchas veces convive, no se puede deducir que, ante cierta duda en la paternidad, incurra en negligencia culpable si reconoce al niño.

De ahí que —concluye— la simple duda de la paternidad al momento de efectuarse el reconocimiento, en un contexto determinado, no impide que la persona pueda luego invocar el error, si es que no existen elementos precisos y contundentes que lleven a encuadrar este obrar como negligente. De lo que se trata es de adoptar una postura flexible a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta que el mero hecho de haber mantenido relaciones sexuales durante la época de la concepción del niño puede inducir a cualquier persona a creerse el progenitor.

Sobre tales lineamientos, se hizo lugar a la demanda de nulidad del reconocimiento y, por ende, se ordenó desplazar la paternidad extramatrimonial del actor, respecto del niño.

V. Algunas reflexiones finales

Todos los caminos conducen a otorgar legitimación activa al actor reconociente: el interés superior del niño; la realidad biológica y los adelantos científicos de las pruebas biológicas.

Podría suceder que, en el correspondiente juicio, el hijo con madurez y edad suficiente se niegue a tal desplazamiento del vínculo filial. Pero, en tal caso, será una de las vicisitudes emergente del proceso judicial, mas nunca para negar —de pleno derecho— la legitimación activa al progenitor reconociente.

El nuevo Código mantiene las dudas que presentaba el texto del Código Civil derogado en la materia, subsistiendo una mirada clásica en las acciones de filiación, no asimilando los criterios actuales y modernos que obligan a tener un enfoque distinto. El fallo bajo análisis ha podido desprenderse de aquel viejo criterio, encontrando como solución la acción de nulidad del reconocimiento, haciendo una interpretación flexible del error como vicio del consentimiento. Quedan abiertas todas aquellas situaciones en las cuales no es posible acreditar el vicio del consentimiento, para plantear la nulidad del reconocimiento.

Sugerimos que, de acuerdo a un criterio de actualidad, cuando la ley refiere a un *interés legítimo* —tal como dice el art. 593 del CCyC—, se incluya al propio reconociente en la legitimación activa de la acción. Superando, de esta manera, los antiguos criterios, en donde prevalecía la teoría de los propios actos y la mentada irrevocabilidad del reconocimiento. ●



JURISPRUDENCIA

Daño punitivo

Oferta de software junto a la venta de una notebook. Omisión de entregar la licencia de uso. Trato indigno al consumidor. Condena a las empresas relacionadas.

Hechos: Un consumidor promovió acción de daños contra dos empresas, debido a la falta de entrega de la licencia de uso de un software que había ofrecido contractualmente para quienes adquiriesen una notebook. La sentencia hizo lugar parcialmente al reclamo, rechazando el daño punitivo. La Cámara revocó el último tramo de la decisión, y admitió el resarcimiento por \$ 15.000 a cargo de ambas codemandadas.

- Las empresas que ofrecieron un software a quienes adquirieran una notebook y luego no entregaron la licencia para su uso deben abonar un resarcimiento por daño punitivo, pues luego de diversos reclamos telefónicos y administrativos presentados por el cliente accionante aquéllas mantuvieron una actitud contraria al trato digno al consumidor y renuente a restituir lo debido.
- Ambas empresas demandadas deben ser condenadas a pagar una multa por daño punitivo en virtud del trato otorgado a un cliente a quien no entregaron la licencia de uso de un software que le habían ofrecido contractualmente, pues actuaron en forma conjunta y simultánea, generando apariencia de una sola, sin cumplir el deber de información dispuesto por el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor respecto al grado de participación de cada una en la operatoria de comercialización.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO	
El hecho dañoso:	Trato indigno a un consumidor
Referencias de la víctima:	Sexo: Masculino
Componentes del daño:	Daños varios: Daño punitivo: \$ 15.000

119.682 — C5aCiv. y Com., Córdoba, 05/08/2016. - Aliaga Márquez, Jorge Alejandro c. Fairco S.A. y otro s/ abreviado - otros - recurso de apelación.

[Cita on line: AR/JUR/61523/2016]

2ª Instancia.- Córdoba, agosto 5 de 2016.

1ª ¿Procede el recurso de apelación del actor? 2ª ¿Procede el recurso de apelación de la demandada? 3ª ¿En su caso, qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora Zalazar dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia, cuya parte resolutive ha sido transcripta precedentemente, la parte actora, interpuso recurso de apelación, el que, concedido, hizo radicar la causa en esta instancia, en donde se cumplimentaron los trámites de ley.

II. La sentencia apelada contiene una relación de causa que satisface las exigencias del art. 329 del C. de P.C., razón por la cual a la misma me remito, en homenaje a la brevedad.

La parte actora expresa agravios a fs. 289/297 cuestionando lo resuelto respecto de dos acápites: 1) el rechazo del daño puni-

tivo y 2) el *dies aquo* para el cómputo de los intereses.

Con relación al cuestionamiento del rechazo del daño punitivo, el apelante sostiene que no se ha valorado adecuadamente toda la prueba rendida en autos. Afirma que las demandadas han actuado de mala fe tanto durante la etapa precontractual, como en la contractual y postcontractual. En esta línea, explica que tal como surge de la prueba a fs. 174/196 la demandada publicó ofertas de diferentes productos a todos los habitantes del país (fs. 156), incluyendo las notebooks con Windows 8 y Office Transitions (fs. 186 vta. y 189), durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2013.

Sin embargo, señala que luego de su reclamo ante la Dirección de Defensa del Consumidor, las siguientes publicidades sólo incluían Windos 8, y ya no más el Microsoft Office, y en otros casos, ninguno de los dos, y describe los catálogos de los que surge expresamente (fs. 177, 179 vta., 182, y 195 vta.). Entiende que de lo dicho surge claramente que él no fue el único damnificado, pues al menos existen 25 personas más afectadas, por ser el número de stock sólo de la notebook que en particular compró el actor, publicado en todo el país.

Por otro lado, sostiene que la prueba pericial informática acredita que el software requiere de un código de activación o licencia para poder utilizarse de manera legal y permanente, de lo contrario sólo podía utilizarse por 30 días. Insiste en que cuando el producto llegó a su domicilio los catálogos y códigos de acceso no se encontraban en la caja, lo que motivó sus reclamos.

Ahora bien, se queja de que ante la denuncia en la Dirección de Defensa del Consumidor, la demandada no compareció alegando razones de distancia, no obró de buena fe pues, simplemente debió haberse presentado y acompañado las licencias de los productos reclamados y la cuestión quedaba finalizada. Por el contrario, dio respuestas evasivas, ofreció que el compareciente llevara la computadora a un servicio técnico para que le instalaran los programas, cuando resulta claro que el problema no era la instalación, sino la falta de licencia de software original, y ello justificó que rechazara la propuesta, lo que finalmente motivó la presente demanda judicial. En este sentido, destaca que el propio perito aclaró la diferencia entre “instalación” y “activación” del software, para lo cual se requiere el código de activación que no le fueron incluidos. Por su parte, aclara que en sede administrativa la demandada ofreció la instalación de Microsoft Office, cuando lo que correspondía era también el de Windows, tal como se había publicitado. En consecuencia, y base a los argumentos expuestos insiste en el yerro de la resolución de la jueza, que entendió que en sede administrativa se intentó satisfacer su pretensión y que él no la aceptó, lo que no resulta ajustado a la realidad, y que por el contrario, su actitud fue más que razonable. En definitiva, insiste en que ante el incumplimiento de la oferta actuó de buena fe, y primero intentó el reclamo telefónico, luego en sede administrativa, y que al no recibir respuesta satisfactoria, se vio obligado a ocurrir a la judicial, a la que podría haber recurrido directamente desde un principio.

Además, destaca que aún en esta sede la demandada mantuvo su actitud contraria la buena fe y violatoria del trato digno que merece cada consumidor, garantía constitucional. Así, reseña que en la contestación de la demanda primero negó que hayan faltado las claves, y luego reconoció que la versión incluida en el equipo es la versión de prueba por 30 días. Por su parte, expresa que la demandada confesó que: “El equipo que le fue entregado

al actor poseía la mejor y más completa versión existente del programa Microsoft Office, en una versión de prueba por 30 días”, lo que no fue informado en la publicidad. En definitiva, insiste en que lo ofrecido fue la instalación de Microsoft Office 2013, cuando siempre lo que se reclamó fueron los códigos de licencia de ambos software ofertados, los que además resultan necesarios para activar el programa y cada vez que deba instalarse nuevamente en la computadora. Desde otra perspectiva, señala que no era necesario llevar la computadora al servicio técnico, sino que insiste en que sólo debían entregarse las licencias, las que debieron estar contenidas en la entrega de la notebook.

Con respecto a la prueba informativa a la AFIP y exhibición de balances de la demandada, sobre la que ésta se quejo por considerar ajena al proceso, señala que la finalidad de estos medios probatorios era acreditar la envergadura de las empresas demandadas, a fin de cuantificar el monto del daño punitivo (fs. 133/140), de lo que deriva que el monto solicitado no se correlaciona con los ingresos de las multiempresas. También resalta la mala fe de BGH al intentar evadir su responsabilidad alegando que el fabricante IFSA era la responsable, pues la compra fue realizada por su cuenta y orden, tal como surgiría de la factura que nunca le fue entregada.

En esta línea, aclara que de la publicidad emitida por las demandadas se lee en letra chica: “Comercializa y distribuye FAIRCO S.A. CUIT 30-69328730-4 por cuenta y orden de BGH S.A.”. Sin embargo, señala que de inscripción registral (fs. 11 y 12) se advierte que ambas empresas tienen el mismo domicilio fiscal, y también la misma representación legal en las presentes actuaciones, todo lo cual permite presumir el estrecho vínculo entre ambas y la mala fe desplegada por éstas. Con respecto a la falta de entrega de la factura, señala que la prueba de esto lo constituye que la demandada acompañó a fs. 36/36 vta. tanto la original como el duplicado, de donde se desprende que ninguna de las dos le fue entregada al actor. Por todo lo dicho, sostiene que el rechazo del daño punitivo importa premiar a las demandadas en el despliegue de maniobras que han afectado a una gran cantidad de consumidores, por lo que, las ganancias obtenidas son mayores a la condena impuesta, máxime cuando obraron con pleno conocimiento de los hechos.

Luego de ello, cuestiona el *dies aquo tenido en cuenta por la sentenciante* para el cómputo de los intereses, entendiendo que es errado el criterio de la Juez de aplicarlos desde el día 28/02/2014, fecha desde que se habría constituido en mora a la demandada. Señala que de conformidad al art. 508 del C.C. la mora se produjo de pleno derecho el día de la compra, fecha en que debió entregársele las licencias, es decir, el 23/10/2013.

Pese a ello, aclara que si se considera que era necesario constituir en mora al demandado, ello no ocurrió con la notificación de la demanda, sino que atento existir reclamo administrativo, la mora debió ser el 7 de noviembre de 2013, tal como surge de fs. 162/163. En síntesis, pide se apliquen los intereses desde el mismo día en que debió entregarse el producto en condiciones y no se hizo, es decir, desde la fecha de compra del producto.

Por todo ello, solicita que se haga lugar al recurso de apelación interpuesto, revocando la decisión impugnada, con costas a cargo de la contraria.

III. El apoderado de la demandada contesta agravios a fs. 299/303, solicitando el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el actor, con costas a su cargo, por los motivos que

expone en dicho escrito, a los cuales nos remitimos en honor a la brevedad. A continuación, es corrido el traslado al Sr. Fiscal de Cámaras Civiles, quien lo evacúa a fs. 308/326, quien dictamina que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora haciendo lugar al daño punitivo por la suma reclamada y estableciendo el inicio de los intereses desde el día 30/10/2013. Dictado y firme el decreto de autos, queda la presente causa en estado de ser resuelta.

IV. Ingresando al tratamiento de las cuestiones sometidas a debate, advertimos que la discusión gira en torno a considerar: 1) Por un lado, si se encuentran dados los requisitos para la procedencia del daño punitivo y 2) Por el otro, desde cuándo deben computarse los intereses moratorios.

No se encuentra en discusión en la presente, que nos encontramos ante una relación de consumo y que lo reclamado por el actor, debía ser oportunamente satisfecho.

Los daños punitivos han sido definido como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves conductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, Ramón Daniel, “Daño Moral”, p. 453, Hammurabi, Bs. As., 1996.).

Ante determinadas situaciones lesivas, la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para desmantelar los efectos nocivos del ilícito. Frente a esto, la ley 24.240 (texto agregado por la ley 26.361) introdujo un sistema de multas.

El art. 52 de la mencionada ley establece: “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves conductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.

Se ha sostenido en doctrina que dichas indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S. - Pizarro, Ramón D., en “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, publicado en LA LEY 2009-B, 949), como así también que su reclamo requiere: “...a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad de sancionar graves conductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro” (cfr.: Cornet, Manuel - Rubio, Gabriel Alejandro, “Daños Punitivos”, en Anuario de Derecho Civil, T. III, p. 32, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1997).

Dicho instituto de carácter excepcional, debe ser empleado con prudencia frente a una plataforma fáctica que evidencie clara-

● VIENE DE PÁGINA 7

mente, no sólo una prestación defectuosa del servicio, sino también una actitud abusiva, desaprensiva o intencional, con conocimiento del daño que pueda derivarse.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV (CNCiv. y Com., Rosario) (Sala IV) en autos: “Vázquez Ferrer, Roberto c. Claro AMX Argentina y otros s/daños y perjuicios” Publicado en: LA LEY, 17/10/2012, 10 - LA LEY Litoral 2012 (octubre), 950, con nota de Marcelo G. Gelcich; RCyS 2012-XI, 66, con nota de Guillermo C. Ríos; Cita Online: AR/JUR/40764/2012, sostuvo: “...Así, los “daños punitivos” han sido definidos como aquellos “otorgados para castigar al demandado por una conducta particularmente “grave”, y para desalentar esa conducta en el “futuro”. También se lo define como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Conf. Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en “Derechos de Daños”, 2a. Parte, La Rocca, Bs. AS., 1993, p. 291/292; Citado en Picasso, S, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, Suplemento especial, LA LEY, “Reforma a la ley de defensa del consumidor abril del 2008).

A la luz de los lineamientos señalados procederé al análisis de las constancias obrantes en la causa a los fines de dilucidar si se detecta aquel presupuesto subjetivo que hace pasible la aplicación de la sanción.

Del estudio de las mismas observamos que el consumidor actor, primero realizó un reclamo por vía telefónica, sin recibir respuesta favorable alguna, sino que le informaron que la *notebook* no se comercializaba con el sistema “Office Transition” de forma permanente, sino que era sólo a prueba por el plazo de 30 días. Luego de diversos reclamos telefónicos, el Sr. Aliaga Márquez concurrió ante la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, a formular denuncia por incumplimiento contractual, en contra de ambas demandadas. En dicha sede, ninguna de las empresas compareció a las audiencias de conciliación, sino que en una oportunidad se comunicaron por vía telefónica (acta a fs. 164) “realizando un ofrecimiento parcial e incompleto, de manera informal”, tal como se dejó constancia en el acta labrada en dicha sede administrativa. Luego de ello, la empresa FAIRCO envía un escrito a la Dirección de Defensa del Consumidor, en el que aclara que: “vengo a ofrecer sin reconocer hecho ni derecho alguno, al sólo efecto conciliatorio, la instalación del Programa Microsoft Office 2013 a nuestro exclusivo cargo dentro del plazo de diez días hábiles”, a cuyo fin, indica a qué lugar debe concurrir el consumidor (agentes autorizados). En el mismo escrito, la empresa aclara que: “hago presente que se envía esta presentación por escrito atento el hecho que FAIRCO S.A. posee sus oficinas en la ciudad de Buenos Aires, y no tiene personal ni representantes en dicha ciudad a fin de poder asistir a la sede, sin perjuicio de ponerse a disposición, manifestaciones que resultaron infructuosas.

Por otro lado, las demandadas no colaboraron de modo alguno con la producción de prueba, máxime cuando expresamente el art. 53 de la LDC impone las cargas dinámicas de la prueba, lo que obviamente genera una presunción en su contra, pero además, también importa un menosprecio a los derechos del consumidor. La actitud asumida entonces por las demandadas, que llevaron al consumidor a un trajinar por vía telefónica, administrativas y ahora judicial, sin dudas constituye una actitud reñida con la legisla-

ción consumeril que impone *el trato digno del consumidor*.

Adviértase que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina recepta el trato digno del consumidor también y defensas contra prácticas abusivas por los que tienen una posición más fuerte en el mercado, como *pauta interpretativa para las relaciones contractuales de consumo*. Ello importa sin lugar a dudas, que la relación que unía al proveedor con el actor, imponía sobre la prestataria del servicio, la carga de responder en un tiempo prudencial ante el reclamo presentado y dar una respuesta concreta a la problemática planteada.

No caben dudas entonces que, luego de la cantidad de reclamos presentados por el consumidor, existió una actitud contraria al trato digno del consumidor y renuente a restituir lo debido. En este mismo sentido se pronunció el Superior Tribunal de Jujuy al señalar que “los reiterados reclamos sin respuesta alguna, durante más de dos años, demuestra un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de los derechos del actor, ya que existió una grosera negligencia demostrada en la manifiesta indiferencia ante las continuas denuncias efectuadas, en primer lugar ante la empresa, luego en sede administrativa y ahora judicial” (“Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en expte. Nº a-53.893/12 (Sala IV - Cámara Civil y Comercial) Amparo: Montaldi, Juan José c. Telecom Argentina S.A. por violación a la ley 24.240, sentencia del 30/10/2012).

Al igual que en dicho precedente, la negativa de las demandadas pese a los reclamos telefónicos e incluso en sede administrativa, cristaliza un incumplimiento de sus deberes contractuales y una conducta dirigida a negar los derechos del consumidor. Existe entonces claramente indiferencia hacia el consumidor reclamante y un incumplimiento intencional de su obligación. En tal caso, estimo que debe acogerse el rubro daño punitivo.

Dicho esto, corresponde cuantificar el mismo, para lo cual, debemos valorar, la cantidad de tiempo que le han insumido al consumidor los distintos reclamos y, en especial, la conducta desaprensiva de las demandadas, que por momentos ni siquiera contestaron o comparecieron a la oficina de Defensa del Consumidor, luego ofrecieron un cumplimiento parcial y, en esta sede, se opusieron negando todos los hechos. Todo ello, sin lugar a dudas son factores que influyen notoriamente en la conducta punible que aparece como un grave menosprecio para el consumidor y que son tenidos en cuenta para establecer el monto final por el cual procede la indemnización. También se tiene en cuenta la envergadura de las empresas demandadas, que constituye un hecho notorio y, necesariamente debe ser meritudo para estimar si la multa mandada a pagar resulta suficiente para disuadir a los proveedores de la conducta en cuestión. A la luz de lo expuesto y de la gravedad de la conducta desplegada por los proveedores, comparto lo señalado por el Señor Fiscal de Cámaras respecto a que correspondería un monto claramente superior al reclamado. Ello, por cuanto no aparece como una suma que pueda operar verdaderamente como “disuasiva” para las empresas demandadas. Así, a modo meramente ejemplificativo cabe tener presente el reciente fallo (citado por el mencionado Fiscal), en autos “Raspanti c. AMX” de la Cámara Sexta en lo Civil y Comercial de nuestra provincia, en el que se condenó a la empresa Claro por la suma de \$280.000, limitado por el monto solicitado por la actora. Sin embargo, siendo que lo reclamado en la demanda no ha sido ampliado en ninguna oportunidad, en orden a respetar el debido proceso garantizado constitucionalmente, corresponde estar al principio de congruencia y mandar a pagar el monto solicitado por el actor. Por ello, corresponde hacer lugar al

agravio que nos ocupa, acogiendo el rubro daño punitivo por la suma de pesos quince mil a favor de la parte actora.

Asimismo, coincidimos con el Sr. Fiscal de Cámaras en que, las particularidades de la operación que generó la presente causa, en donde ambas demandadas actuaron en forma conjunta y simultánea generando apariencia de una sola, justifica la condena en contra de ambas. La venta, es consecuencia del acuerdo entre ambas empresas FAIRCO S.A., BGH S.A., las que también contrataron con el Banco Itaú, a fin de ofrecer sus bienes y servicios a través de la tarjeta de crédito que el banco otorga a sus clientes, tal como se sigue de la oferta de fs. 10. Se trató entonces, de una operatoria basada en “contratos conexos” que han sido definidos por el Dr. Lorenzetti, citando a Galgano, como “una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Tratados de los Contratos”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, Tomo I, p. 53). Dicha conexión entre los contratos, puede darse unilateralmente (contrato accesorio de uno principal) o recíprocamente (contratos dependientes entre sí por una operación económica) como en el caso de autos. Luego de ello, fueron definidos en el art. 1073 del Cód. Civil y Comercial de la Nación que dispone que “hay conexidad, cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común y previamente establecida de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido”.

En el caso de autos se insiste, las demandadas operaron sin aclarar en ningún momento el grado de participación en la operatoria compleja que las unió para la comercialización de la *notebook* en cuestión, todo ello a pesar de lo dispuesto por el art. 53 de la LDC y de su deber de información para con el consumidor. Por todo ello, entonces corresponde imponer la multa por daño punitivo a ambas empresas demandadas en forma solidaria.

Establecido lo anterior, corresponde tratar el cuestionamiento relativo a los intereses mandados a pagar en la sentencia. La jueza de primera instancia condenó a las demandadas a pagar los intereses desde la fecha en que se constituyó en mora (28/02/2014) fecha de la contestación de la demanda y hasta su efectivo pago. Al respecto, debemos señalar que le asiste razón al apelante en cuanto a que “El principio aplicable es siempre el mismo: los intereses corren a partir de la producción del perjuicio (Zavala de González, Matilde, Doctrina Judicial, Solución de Casos, Alveconi, Córdoba, 1995, pág. 230). De este modo, no caben dudas que, al amparo de lo regulado en el art. 509 del Cód. Civil y el actual 886 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, la mora automática importa que, ante la mera causación del daño, existe mora en el pago. Así, la venta de la *notebook* fue el 30/10/2013 (fs. 35) y es desde dicha fecha que deben computarse los intereses moratorios por ser la del incumplimiento contractual que nos ocupa. Por todo ello, corresponde hacer lugar al agravio del actor, y en consecuencia, mandar a pagar los intereses desde el día de la mora, es decir, desde el 30/10/2013.

Conforme lo hasta aquí expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, modificando la resolución impugnada conforme lo detallado *supra*, con costas a cargo de la parte demandada atento a no existir motivos para apartarse del principio objetivo de derrota. Los honorarios profesionales del Dr. J. A. M. se establecen en la suma equivalente al cuarenta por ciento del término medio del art. 36 (art. 40 LA), calculados sobre lo que ha sido motivo de agravio.

El doctor Aranda dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por la doctora Zalazar.

El doctor Ferrer dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por la doctora Zalazar por ajustarse a derecho.

2ª cuestión. — La doctora Zalazar dijo:

I) Radicados los autos ante esta sede y corrido el traslado a la parte demandada para que exprese agravios, la misma comparece mediante su apoderado a fs. 304, desistiendo de su recurso y solicitando que sea sin costas atento a no haber mediado sustanciación alguna. Dicha solicitud fue tenida presente por este Tribunal con noticia a la contraria (fs. 305) la cual fue evacuada a fs. 306 por el actor quien nada expresó con relación al pedido de que sea sin costas dicho desistimiento.

II. A la luz de las constancias de autos y conforme lo dispuesto por los arts. 349 corr. y conc. CPC, corresponde hacer lugar al desistimiento formulado por la parte demandada, sin costas en esta Sede.

El doctor Aranda dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por la doctora Zalazar.

El doctor Ferrer dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por la doctora Zalazar por ajustarse a derecho.

3ª cuestión. — La doctora Zalazar dijo:

Propongo: 1º) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, acogiendo el rubro daño punitivo por la suma de pesos quince mil a favor de la parte actora y a cargo de las dos empresas demandadas FAIRCO S.A. Y BGH S.A. en forma solidaria y modificando el *dies a quo* de los intereses mandados a pagar el cual se establece en el día 30/10/2013, con costas a cargo de los demandados.

2º) Regular los honorarios profesionales del Dr. J. A. M. en la suma equivalente al cuarenta por ciento del término medio del art. 36 (art. 40 LA), calculados sobre lo que ha sido motivo de agravio.

3) Tener por desistida a la parte demandada del recurso de apelación interpuesto. Sin costas en esta sede.

El doctor Aranda dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por la doctora Zalazar.

El doctor Ferrer dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por la doctora Zalazar por ajustarse a derecho.

Por el resultado de votación precedente.

Se resuelve: 1º) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, acogiendo el rubro daño punitivo por la suma de pesos quince mil a favor de la parte actora y a cargo de las dos empresas demandadas FAIRCO S.A. Y BGH S.A. en forma solidaria y modificando el *dies a quo* de los intereses mandados a pagar el cual se establece en el día 30/10/2013, con costas a cargo de los demandados.- 2º) Regular los honorarios profesionales del Dr. J. A. M. en la suma equivalente al cuarenta por ciento del término medio del art. 36 (art. 40 LA), calculados sobre lo que ha sido motivo de agravio. 3) Tener por desistida a la parte demandada del recurso de apelación interpuesto. Sin costas en esta sede.- Protocólfese hágase saber y bajen. — Claudia Zalazar. — Rafael Aranda. — Joaquín Ferrer.



ACTUALIDAD EN MATERIA ADUANERA

Juan Pablo Rizzi (*)

I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad contribuir a la difusión y al desarrollo del derecho aduanero. Son sus principales destinatarios aquellos colegas que no se especializan en la materia y que, en ciertas ocasiones, al tener que trabajar sobre la misma, se ven dificultados por falta de conocimientos técnicos. Sin embargo estimamos que también puede ser de utilidad para quienes sí están especializados, ya que nos proponemos abrir un espacio de debate y diálogo sobre diferentes cuestiones de interés en torno al fenómeno aduanero y su regulación. Para ello, en aquellos temas que estimamos discutibles, hemos intentado realizar preguntas antes que sostener afirmaciones. Por otro lado, se deja hecha la salvedad de que aquellas pocas opiniones que se vierten sólo representan la visión del autor y no la de los colaboradores. Esperamos que el presente trabajo constituya una herramienta jurídica útil para el lector.

II. Dictámenes de la Procuración General de la Nación

1) "Aceitera General Deheza S.A. (TF 29218-A y acum.) c. DGA" (03/02/16)

La Procuración General de la Nación (en adelante PGN) sostuvo que de la lectura de la resolución general 1921 resulta evidente que la declaración *post* embarque complementa la declaración primitiva integrándose con ésta. En efecto importa una rectificación que obligatoriamente debe informarse en caso de que efectivamente haya algo para modificar. Esta circunstancia evidencia que jurídica como fácticamente la declaración *post* embarque —en la que el error aquí imputado se cometió— requiera del cotejo con su necesario antecedente, puesto que de otra forma no tendría razón de existir. Dos cuestiones corroboran ese aserto. Por una parte la Aduana reconoció la circunstancia de que de la mera lectura de la declaración *post* embarque no puede apreciarse error alguno y, por otra, que precisamente al haber una segunda declaración se torna imprescindible vincularla con la primera para tomar noticia de cuál ha sido la corrección. De este modo, si en ambas consta la misma cantidad de mercadería (en el caso 1500 toneladas) no cabe pensar sino en una de estas dos posibilidades: o bien hay un error fácilmente apreciable (en caso de diferencia en las cantidades efectivamente embarcadas), o bien ésta se presentó innecesariamente. Por último, la inteligencia que propone la recurrente lleva, en casos como el de autos, a privar de aplicación al instituto contenido en el inc. a) del art. 959 del Código Aduanero (CA), en cuanto a que la inexactitud debe ser comprobable mediante la simple lectura "de la propia declaración", ya que cualquier error —por fácilmente detectable que fuera— quedaría excluido de *jure* de la posibilidad de ser eximido de sanción al no haber posibilidad de compararlo o cotejarlo con otro dato referido al mismo concepto.

El art. 954, ap. 1º del CA tipifica la infracción aduanera de declaración inexacta. Requiere para su composición que haya existido una declaración aduanera, en operaciones o destinaciones de importación o de exportación, que difiera con lo que el servicio aduanero comprobara y que en caso de "pasar inadvertida", produjera o hubiera podido producir diferentes consecuencias (incs. a, b y c). A su vez el art. 959, inc. a) del CA, establece que no será

sancionado el que hubiere presentado una declaración inexacta siempre que la inexactitud fuere comprobable de la simple lectura de la "propia declaración". Por último la RG (AFIP) 1921/05 regula lo concerniente al cumplimiento y a la declaración *post* embarque.

¿La declaración *post* embarque es inescindible de la declaración previa? ¿Tiene razón de ser sin aquélla? Por sí sola ¿es idónea como para vulnerar el bien jurídico protegido por la infracción aduanera de declaración inexacta? Por otra parte ¿la declaración del verificador integra la declaración previa?

2) "Termaandes S.A. c. DGA s/recurso directo de organismo externo" (03/02/16)

La PGN consideró que el asunto había sido adecuadamente tratado en el precedente aplicación del presente "Coto CICSA (TF 22.877-A)". En el mismo había remitido a su vez a las consideraciones vertidas en "Sancor Cul (TF 18.476-A)" (01/04/08) en el que se discutía la legitimidad y constitucionalidad de las normas que establecían derechos de exportación para las operaciones de exportación a consumo de mercadería de origen argentino con destino a Brasil, a luz de las disposiciones del Tratado de Asunción.

El dictamen que motiva este sumario y aquel al cual se remite la PGN interpretan del mismo modo normas que componen dos acuerdos internacionales diferentes (el ACE 35 y el Tratado de Asunción). Los objetos perseguidos por estos convenios, sus partes contratantes y los derechos y obligaciones acordados son distintos.

¿Se ha brindado la motivación suficiente que exigen los dictámenes de la PGN?

3) "Messina, Hugo y otro c. Estado Nacional -DGA - Resol. 82/13 (PRLA) (Expte. 12034-1601/05) s/Dirección General de Aduanas" (04/03/16)

La Dirección General de Aduanas (DGA) condenó a los actores a abonar una multa y les impuso la sanción de inhabilitación en forma especial y perpetua para desempeñarse en la Administración pública, por considerarlos responsables del delito de contrabando. Asimismo, formuló cargo por los tributos adeudados. La Procuración General de la Nación expresó que el Código Aduanero, con base en el principio de especialidad, atribuyó a la Cámara Nacional en lo Penal Económico, en el ámbito de la Capital Federal, el conocimiento de las apelaciones que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el administrador en el procedimiento por delitos. En torno a la pretensión tributaria aduanera consideró competente a la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal, dado que se trata de una de las causas que versan sobre contribuciones nacionales a las que se refiere el art. 45, inc. b), de la ley 13.998.

4) "A., Ramón y otros s/robo de automotor en banda" (15/03/16)

La Procuración General de la Nación sostuvo que no se encontraba determinada la naturaleza jurídica de la mercancía robada, aunque la misma sería importada y habría estado sujeta al control aduanero en zona primaria. Añadió que en el desarrollo de la causa no se habían reunido los elementos probatorios necesarios

como para establecer si los involucrados habían sido ajenos al robo o no. En este sentido indicó que de las manifestaciones de las víctimas se pudieron inferir circunstancias objetivas que les habrían permitido reconocer a los asaltantes. Sobre esas bases recomendó profundizar la pesquisa a fin de que se pueda descartar cualquier grado de participación de los imputados respecto del delito contra la propiedad.

III. Jurisprudencia

III.1. Jurisprudencia nacional

1) "Atanor SCA c. DGA- Recurso Directo" (CCAF, Sala V, 02/02/16)

Se ratificó la jurisprudencia sentada en "El Matrero" (CCAF, Sala IV, 16/04/15), atento a que el hecho investigado resultó atípico por inexistencia de inexactitud en la declaración comprometida. Asimismo se declaró la competencia del Banco Central de la República Argentina (BCRA) para investigar si la falta de ingreso de divisas provenientes de la exportación de un producto de origen nacional puede haber constituido una infracción al Régimen Penal Cambiario (conforme arts. 4º, inc. f) y 29 de la ley 20.539; y ley 19.359).

2) "Transportes Furlong c. DGA" (CNACAF, Sala I, 16/02/16)

Se ratificó la jurisprudencia sentada en "Transportes de Alfredo Rivas Abuín c. DGA" del TFN (21/09/11) y "Tevelam" de la CSJN (11/12/12) por la cual se interpreta sistemáticamente el art. 312 del CA. En función de la misma se considera que el transportista o el Agente de Transporte Aduanero (en adelante ATA) no serán responsables del pago de los derechos de importación derivados de la importación a consumo de la mercadería robada siempre que hayan cumplido con los deberes inherentes al régimen de tránsito de importación y que el robo pueda considerarse como un hecho irresistible e imprevisible.

El flagelo actual del robo en tránsito ("piratería del asfalto") y los supuestos de auto robo llevan a la necesidad de la búsqueda de un equilibrio entre los intereses del Fisco Nacional y aquéllos de los transportistas, ATA y demás sujetos responsables en los términos del art. 312 del CA.

3) "Chen Yun y otro s/recurso de casación" (CFCP, Sala II, 24/02/2016)

La causa se inició a raíz de un presunto hecho de contrabando de divisas en el que los imputados fueron absueltos bajo la consideración de que las divisas no constituían mercadería y que por lo tanto no podían ser objeto de dicho delito. Posteriormente se pretendió volver a investigar el mismo hecho pero bajo el marco del régimen penal cambiario. La Cámara sostuvo que la remisión al Banco Central de la República Argentina para que investigue presuntos delitos cambiarios implica la reedición de un suceso en virtud del cual medió una absolución y, por ende, contraviene el principio de *non bis in idem* que establece la prohibición de perseguir penalmente a una persona más de una vez por el mismo hecho.

4) "Pan American Energy c. DGA" (CCAF, Sala IV, 17/03/16)

El caso se inició a partir de cargos suplementarios formulados por la Dirección General de Aduana respecto de derechos de exportación relativos a la exportación a consumo de hidrocarburos realizada bajo el Régimen de Precios Revisables. La pretensión aduanera se fundaba en la diferencia existente entre la alícuota del derecho de exportación liquidada por el Sistema Informático de la Aduana (en adelante

SIM) y aquella que debía corresponder y que no había sido cargada en el sistema al tiempo del registro de la operación. La Cámara consideró que el pago efectuado había alcanzado el efecto liberatorio pretendido por el exportador dado que éste no había obrado con dolo ni con culpa grave. El error ocurrido sólo fue imputable a la Administración. Consecuentemente se ordenó la devolución de lo pagado sin causa (cargo suplementario), declarándose la impertinencia de la iniciación de una acción de repetición en los términos de los arts. 1068 y concs., del CA.

La Cámara aplicó la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Garibotti" (sentencia del 20/11/72), en función de la cual se sostiene que: "...El error en cuanto a la corrección del ejercicio de sus propias y exclusivas atribuciones por parte de las autoridades receptoras de impuestos no perjudica al contribuyente, en tanto no haya mediado dolo o culpa grave por parte de éste".

5) "Colgate Palmolive Argentina S.A. c. Dirección General de Aduanas s/apelación" (TFN, Sala F, 19/04/16)

El Tribunal Fiscal de la Nación (TFN) confirmó —por mayoría— la condena impuesta por el servicio aduanero al importador en orden a la infracción aduanera de declaración inexacta prevista por el art. 954, ap. 1º, inc. a) del CA. Consideró que la declaración comprometida por el imputado había sido inexacta en cuanto al precio declarado. Para así entender sostuvo que la Aduana había tenido motivos suficientes para dudar acerca de la razonabilidad y la veracidad del precio declarado por no condecirse éste con otros registrados por el mismo importador, para idéntica mercadería, en un momento cercano temporalmente al de la importación cuestionada y para el mismo país de importación. Añadió que el importador no justificó posteriormente la variación de precios ocurrida. Ello motivó la no aceptación del precio declarado como base idónea de valoración, el descarte del valor de transacción como método de valoración y la adopción del precio de transacción de mercadería idéntica a fin de arribar al correspondiente valor en aduana de la mercadería importada. Finalmente el Tribunal entendió que el aspecto objetivo del tipo infraccional resultaba de la diferencia constatada entre el precio declarado y aquel que había surgido de la comprobación, es decir el precio de mercadería idéntica, y que el elemento subjetivo del tipo se cumplimentaba con la falta de justificación del importador ante la variación de precios ocurrida.

En el caso concreto los derechos de importación son *ad valorem*. Su importe se obtiene mediante la aplicación de un porcentaje determinado sobre el valor en aduana de la mercadería. En importación, la valoración en aduana de la mercadería está regulada por el Acuerdo sobre Valoración en Aduana (AVA). Este acuerdo establece los métodos que se deben utilizar para arribar a la base de cálculo referida, el orden de prelación en la aplicación de dichos métodos y las condiciones por las cuales se justifica descartar la aplicación de uno por la de otro. En este caso se descartó la aplicación del método conocido como "valor de transacción". El mismo refiere al precio pagado o por pagar por la mercadería en cuestión y es el único método positivo. Se aplicó el método fundado en el precio de mercadería idéntica a la importada. Este último es un método teórico por medio del cual se trata de arribar a lo que se estima representó el precio genuino de la transacción de la mercadería, aunque ello en definitiva es una estipulación.

En materia de infracciones aduaneras se aplican los principios del Derecho Penal. Ello

{ NOTAS }

● VIENE DE PÁGINA 9

lleva a la necesidad de que para confirmarse una condena exista certeza sobre la realidad de los hechos investigados. En ese contexto ¿puede expresarse con certeza que determinada declaración sobre el precio es inexacta si el precio que se considera exacto no se corresponde con hechos sucedidos sino con una construcción teórica?

6) “*Siderar SAI y C. c. DGA s/recurso directo de organismo externo*” (CCAF, Sala I, 5/5/16)

La Cámara consideró que la desestimación del valor declarado en Aduana no puede limitarse a la comparación lineal entre los valores FOB unitarios (de exportación y de importación) y los precios de referencia de la firma productora de la mercadería (mineral de hierro) sin tener en cuenta las características de la mercadería involucrada (en el caso particular no se consideraron el porcentaje de humedad y de ferrosidad del producto). Sostuvo asimismo que tampoco se había acreditado que la vinculación existente entre el vendedor y el comprador hubiera afectado el precio de transacción ya que había existido una debida correlación entre el precio de transacción declarado y los precios de referencia para el comercio internacional de dicha mercadería, a pesar de la triangulación operada. Consecuentemente afirmó que no se había cometido la infracción de declaración inexacta del art. 954, ap. 1º, inc. c) del CA.

Deben diferenciarse los conceptos “precio” y “valor” para no caer en confusiones en torno al valor en aduana de la mercadería. Se recomienda al respecto la lectura del AVA.

7) “*Ramos, Raúl F. c. EN-SC s/medida cautelar autónoma*”, (JCAF Nº10, 21/06/16)

Se consideró acreditada la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, admitiéndose como contracautela la caución personal. Se acreditó una demora injustificada en la tramitación de la Licencia No Automática (LNA), pues no hubo respuesta del Estado nacional y vencieron los plazos máximos permitidos por el Acuerdo sobre procedimientos para el trámite de Licencias de Importación (ley 24.425). Se ordenó al Estado que se expidiera en el plazo de 48 horas.

8) “*Termoandes S.A. c. DGA s/recurso directo de organismo externo*” (CSJN, 28/06/16)

La Corte Suprema se remitió al dictamen de la Procuración General de la Nación y revocó la resolución dictada por la Cámara Contencioso Administrativa Federal, apoyándose para ello en los fundamentos expresados en los precedente “Coto CICSA (TF 22.877-A)” (7/04/2015) y “Whirpool Puntana S.A. (TF 21.671-A)” (11/12/2014).

Son aplicables las consideraciones vertidas en el punto I.2.

9) “*Delgado, Gustavo Adrián s/rec. de casación*” (Merluza Blanca) (CFCP, Sala IV, 07/07/16)

La Cámara consideró que la resolución impugnada así como su antecedente necesario —el acuerdo de juicio abreviado— no contaban con una adecuada fundamentación acerca del monto de la pena escogido, circunstancia que los descalificaba como actos procesales válidos. Expresó que se habían omitido valorar debidamente la naturaleza de los hechos acusados (contrabando de alrededor de una tonelada de cocaína con una pureza superior al 80%), la sofisticación de las maniobras de ocultamiento desplegadas, la pluralidad de hechos, la extensión del daño y el peligro causado. Estimó que en el juicio oral y público se podrá determinar con el adecuado conocimiento que amerita el caso, la participación del imputado así como la pena que debiere corresponderle.

10) “*Rovafarm Argentina S.A. c. DGA s/recurso de Apelación*”, (TF, Sala F, 19/08/16)

El Tribunal Fiscal de la Nación confirmó la condena por la infracción de declaración inexacta impuesta al exportador en los términos del art. 954, ap. 1º, incs. a) y c) del C.A. y el cargo suplementario dispuesto por la Dirección General de Aduana. Para así resolver entendió que la accionante no había acreditado que la mercadería exportada bajo el régimen de muestras no tuviera finalidad comercial ni que fuera a utilizarse exclusivamente para exhibiciones o demostraciones que tuvieran por objeto la concreción de operaciones comerciales en el exterior. En cambio advirtió que el servicio aduanero sí había probado que con la cantidad de mercadería exportada (29,88 kgrs. de sulfato de condroitina y 3,20 kgrs. de raubasina) se podían obtener 2490 cajas de 30 comprimidos de Etinox, 400 mgr. y 12.800 cajas de 25 comprimidos de Duxor, 10mgr. Cantidades de las que en ese contexto se derivaría la finalidad comercial. Sobre tales bases consideró inexacta la declaración efectuada por el exportador. A su vez estimó que existía perjuicio fiscal atento no haberse abonado el derecho de exportación correspondiente y que no habían ingresado las divisas de exportación pertinentes atento haberse declarado que la mercadería no tenía valor comercial. Por otro lado tuvo presente que el régimen de muestras no tenía una infracción que le fuera propia. Sin embargo, sostuvo que en el caso concreto no se había violado el principio de incriminación por analogía dado que se había constatado una declaración inexacta punible en los términos de la norma citada.

La inexactitud de la declaración condenada surgió a partir de la falta de correspondencia entre la cantidad, la forma de presentación de la mercadería registrada y el régimen aduanero elegido, pues con base en ello se entendió que el exportador tuvo en miras una finalidad aduanera distinta a la manifestada. Es decir una finalidad comercial la cual es impropia del Régimen de Muestras. En este ámbito es necesario distinguir entre la información objetiva relativa a la mercadería documentada (todos los elementos que permiten al servicio aduanero efectuar un control sobre la clasificación arancelaria y la valoración de aquélla) y el destino aduanero que se le pretende dar a la mercadería. La información relativa a la mercadería puede ser veraz o no, la expresión de la voluntad del destino aduanero elegido no es susceptible de tal juicio y puede variar con el transcurso del tiempo. Ahora bien, el acogimiento voluntario a un régimen de importación o exportación, realizado a través de una declaración, implica la asunción de las obligaciones que emergen del mismo. Arribados a este punto, no se debería confundir el incumplimiento de las obligaciones correspondientes a un régimen con la inexactitud de la información suministrada en torno a la mercadería. Desafortunadamente, como lo advierte el Tribunal, no existe una infracción que sea específicamente aplicable al incumplimiento de las obligaciones que emergen del Régimen de Muestras.

¿La cantidad de mercadería declarada fue exacta? Por otro lado ¿la falta de correspondencia entre la cantidad exportada y el régimen adoptado constituye una transgresión a las obligaciones emergentes del régimen de muestras o una inexactitud punible en los términos del art. 954 del CA? Por último considere que el caso del valor comercial declarado es diferente, pues el exportador manifestó que la mercadería no tenía valor comercial cuando del resultado de la verificación surgió lo contrario, configurándose por ello la inexactitud punida en las variantes de los incs. a) y c) del ap. 1º, del art. 954 del CA.

11) “*Grajales López, Alexis s/infracción ley 22.415*” (CS, 23/08/16).

La Corte Suprema dispuso paralizar y reservar las actuaciones hasta que se presente o sea habido el imputado declarado rebelde. En disidencia, la Dra. Highton de Nolasco sostuvo

que la circunstancia de prófugo obsta a la procedencia de la queja por lo que ésta debía ser desestimada.

12) “*Aceitera General Deheza S.A. (TF 29.218-A y acum.) c. DGA*” (CS, 4/10/16)

La Corte Suprema reiteró lo sostenido en el precedente “Petrobras Energía S.A.” respecto de la causal exculpatoria prevista por el art. 959, inc. a) del CA, en virtud de la cual la declaración inexacta no es punible cuando la inexactitud surge de la simple lectura de la propia declaración. Sostuvo que la inexactitud debe constituir un error de hecho evidente e imposible de pasar inadvertido. Dicho error debe ser constatable a simple vista y de la sola lectura de la “declaración comprometida”, es decir que no debe ser necesario cotejarla con la “documentación complementaria” para advertir el error. En el caso en particular el error se produjo al declararse 1500 toneladas en el campo Cantidad Unidades de la declaración *post* embarque, siendo que dicha cantidad no podía representar un total de 864.700 total brutos y 864.700,000 kg de peso bruto. Consecuentemente la inexactitud resultó notoria y permitió al servicio aduanero advertir dicho error de la sola lectura de la declaración *post*-embarque.

Son aplicables las consideraciones vertidas en el punto I.1.

13) “*Moringio Troche, Vicente s/ infracción ley 22.415*” (CS, 11/10/16)

La Corte Suprema hizo lugar a la queja interpuesta por la Dirección General de Aduana; declaró procedente el recurso extraordinario y ordenó que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento en el que se discuta acerca del acierto de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 5º del art. 76 bis del CP. La misma había sido efectuada por el tribunal oral para posibilitar la concesión de la suspensión del juicio a prueba, solicitada en favor del imputado a quien se lo juzga por la comisión del delito de contrabando calificado. Entre los argumentos planteados por la DGA se pueden mencionar que: a) El pago reclamado por el art. 76 bis, párr. 5º, no constituye una pena propiamente dicha sino que se trata de un requisito de procedencia del instituto de la suspensión de juicio a prueba; b) Las personas que deciden someterse libremente a dicho instituto, conocen y aceptan que en el supuesto de existir acuerdo del Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF) para su concesión, deben abonar el importe de la multa que hubiere correspondido y; c) La inconstitucionalidad declarada torna en la práctica al delito de contrabando menos gravoso que una infracción aduanera de tenencia en plaza de mercadería extranjera, que está penada con multa, lo cual operaría como un incentivo indirecto para la comisión de ilícitos más graves.

14) “*Kim, Jong Hean s/recurso de casación*” (CFCP, Sala IV, 17/10/16)

El tribunal de mérito consideró que no correspondía la suspensión del proceso a prueba respecto del imputado justificándose la necesidad de juicio oral. A su vez la Cámara entendió infundado el recurso interpuesto en contra de aquélla. Adicionalmente sostuvo que el abandono de la mercadería a favor del Estado nacional constituye un requisito para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba (conf. párr. 6º del art. 76 bis del CP). Asimismo, que el comiso de la mercadería forma parte de la pena principal junto a la pena privativa de libertad del delito investigado (conf. al inc. a, del ap. 1º del art. 871 del CA). Consecuentemente rechazó el recurso de casación intentado.

15) “*YPF SA c. DGA s/Recurso Directo de Organismo Externo*” (CCAF, Sala III, 18/10/16)

La Cámara consideró que resultaba indiferente el momento imponible aplicable para el cálculo de los derechos de exportación derivados de las operaciones realizadas bajo el régi-

men de precios revisables, esto es el relativo al registro de la destinación de exportación bajo precios revisables o el correspondiente al registro de la destinación de exportación a consumo. Sostuvo que las previsiones reglamentarias de la resolución 532/04 forman parte del régimen tributario y determinan la alícuota aplicable a las operaciones realizadas, de conformidad a las disposiciones del art. 728 del CA. En ese marco observó que el aumento del precio del barril de petróleo crudo había determinado el incremento del monto total percibido por el exportador, siendo este último importe el que conformaba la base imponible del derecho de exportación. Asimismo entendió que al haberse incrementado la base imponible, el contribuyente debía ser encuadrado en una categoría contributiva diferente a la originaria. A esta nueva categoría le correspondía una alícuota mayor. Por todo ello estimó ajustada a derecho la pretensión fiscal. Por último, el Tribunal justipreció que una solución contraria a la brindada implicaría admitir que habiéndose modificado la base imponible, el contribuyente tributara una alícuota inferior a aquélla prevista por las normas del régimen de exportación por el cual había optado.

La resolución (MEP) 532/04 establece un arancel fijo del 25 % para aquellas operaciones efectuadas a un precio por barril de U\$S 32 o inferior, mientras que para los supuestos en los que se percibiera un precio superior, impone una alícuota adicional. Para determinar dicha alícuota adicional adopta una técnica de progresión por categorías. De esta forma si el precio por barril percibido fuese de U\$S 41 a 42,99 o de U\$S 43 a 44,99 o de U\$S 45 o más, la alícuota adicional correspondiente será del 15, 18 o 20 %, respectivamente. Consecuentemente en dichos casos, la alícuota total —es decir la resultante de la suma entre el 25% fijo más la alícuota adicional correspondiente— será del 40, 43 o 45 %, según corresponda. En el caso concreto, fue del 45%.

16) “*Blanco, Miguel Ángel s/Infracción Ley 22.415*” (CFCP, Sala I, 24/10/16)

La Cámara tuvo por acreditada la tentativa de contrabando de estupefacientes investigada a partir de los dichos de quienes intervinieron en el procedimiento llevado a cabo en el Aeropuerto de Ezeiza, la intervención de un *can* del servicio aduanero, los testimonios prestados por los empleados del aeropuerto y los peritajes caligráfico y toxicológico. Constató que el imputado había despachado y realizado las diligencias necesarias para extraer del país mediante dos envíos postales, 1649 gramos de cocaína acondicionada en sobres plásticos. Asimismo que éste conocía la naturaleza de la sustancia referida por lo que se configuraba la intención requerida por la figura prevista en los arts. 864, inc. d) y 866, 2º párr., del CA. Por otro lado el Tribunal sostuvo la validez constitucional de la equiparación de penas entre el delito de contrabando consumado y el tentado, prevista en el art. 872 del CA. Afirmó que la misma no vulnera ninguna garantía constitucional.

En la discusión sobre la constitucionalidad de la equiparación punitiva de la tentativa de contrabando y el delito consumado convergen diferentes posturas que se apoyan por un lado en la especialidad de la materia aduanera o en la proporcionalidad que debe guardar la pena respecto del grado de afectación del bien jurídico protegido. Para entender ambas posiciones resulta útil la lectura de la Exposición de Motivos del Código Aduanero, el voto emitido por el Dr. Zaffaroni en autos “Branchessi, Lidia Susana” (CS, 23/10/10) y la consideración de los diferentes tipos de conductas que pueden consumir el delito de contrabando.

III.2. Jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio y otros

1) “*Unión Europea - Medidas antidumping sobre el biodiésel procedente de la Argentina*” (DS473, 6/10/16)

El Órgano de Apelación recomendó que el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) pida a la Unión Europea (UE) que compatibilice las medidas *antidumping* impuestas sobre la importación de biodiésel de origen argentino, con las disposiciones del Acuerdo Antidumping (AAD) y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994). Destacamos los aspectos más relevantes de su resolución: a) La determinación de las autoridades de la UE de que los precios internos de la soja en la Argentina eran inferiores a los precios internacionales, a causa de que el sistema impuesto a la exportación argentina no era, por sí sola, un fundamento suficiente para concluir que los registros de los productores no reflejaban razonablemente los costos de la soja, asociados a la producción y a la venta del biodiésel, ni para prescindir de los costos pertinentes que figuraban en esos registros al reconstruir el valor normal del biodiésel; b) La UE actuó de manera incompatible con el párr. 2.1.1 del art. 2 del AAD al no calcular el costo de producción del producto investigado sobre la base de los registros llevados por los productores; c) Las expresiones “costo de producción en el país de origen” del párr. 2º del art. 2 del AAD y “costo de producción... en el país de origen” del párr. 1 b) ii) del art. VI del GATT de 1994, no limitan las fuentes de información o pruebas que pueden utilizarse al establecer el costo de producción en el país de origen a las fuentes dentro del país de origen. Sin embargo la autoridad investigadora tiene que asegurarse de que esa información foránea se utilice para llegar al “costo de producción en el país de origen” y esto puede exigir que se adapte dicha información; d) La UE actuó de manera incompatible con el párr. 2º del art. 2 del AAD y el párr. 1 b) ii) del art. VI del GATT de 1994, al no utilizar el costo de producción en la Argentina cuando reconstruyó el valor normal del biodiésel; e) Sobre tales bases no es útil examinar si las autoridades de la UE realizaron una “comparación equitativa” entre el valor normal reconstruido y el precio de exportación y; f) La UE actuó de manera incompatible con el párr. 3º del art. 9 del AAD y el párr. 2º del art. VI del GATT de 1994, al establecer derechos *antidumping* en exceso del margen del *dumping* correspondiente, conforme con el art. 2 del AAD y el párr. 1 del art. VI del GATT de 1994.

2) Algunos Miembros de la OMC cuestionaron la nueva Ley de Autopartismo de la República Argentina (Ley 27.263)

Varios Miembros de la OMC pusieron en tela de juicio la nueva ley que ofrece incentivos fiscales a los fabricantes de automóviles que dan preferencia a la utilización de partes y piezas de automóviles de fabricación nacional. Tales Miembros —entre los que se destacan Méjico, UE, Canadá, Japón, Taipei y Corea del Sur— consideraron que esas prescripciones en materia de contenido nacional van en contra de los compromisos contraídos en virtud del “Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio” (Acuerdo sobre las MIC) y la obligación de Argentina de tratar a los componentes importados de un modo no menos favorable que el que dispensa a los productos locales. Por su parte nuestra Nación manifestó que tiene voluntad de tratar el asunto bilateralmente con dichos Miembros, que la ley tiene por finalidad el desarrollo del sector autopartista en el país y que todavía no ha sido implementada.

IV. Legislación

IV.1. Legislación Nacional

Licencias No Automáticas:

Mediante la resolución (MP) N° 5/2015 y sus modificatorias, las resoluciones N° 2, 32, 114, 172 y 264 de la Secretaría de Comercio, se estableció el listado consolidado de posiciones arancelarias sujetas a la tramitación de LNA.

Régimen de Garantías:

Mediante la resolución general (AFIP) 3885 (B.O. 24/05/16) se reglamentaron los nuevos regímenes de garantías impositivos y aduaneros. Respecto a estos últimos, se regula la constitución, prórroga, sustitución, ampliación y extinción de garantías otorgadas en resguardo del crédito fiscal originado por tributos, multas, tasas, derechos y otras cargas cuya aplicación, percepción o fiscalización se encuentre a cargo de la DGA con motivo de la importación o la exportación de mercadería. La nueva resolución prevé los distintos medios de garantías aplicables y los casos en los que los mismos pueden utilizarse.

Recordemos que los supuestos en los cuales es admisible la constitución de garantía aduanera están regulados en el art. 453 y concordantes del CA. En su mayoría éstos se refieren a actos en los que se peticiona la liberación de la mercadería retenida por alguna causa legal por el servicio aduanero o bien la posibilidad de disponer jurídicamente de aquélla. De este modo la garantía constituida viene a sustituir a la mercadería en cuestión y asegura el pago de los tributos y/o multas aduaneras que pudieren corresponder con motivo de una destinación de importación o exportación.

Respecto a los medios de garantía contemplados, advertimos que el previsto por el inc. i) del art. 14, “documento suscripto por el interesado o por terceros” podría ser de utilidad para las Pequeñas y Medianas Empresas (PyME) ya que comprende a aquellas operaciones alcanzadas por el art. 456 del CA, es decir aquellas en las que el importe a garantizar por cada operación no excede de \$2.100.000. En cuanto a los casos en los que dichos medios de garantías pueden utilizarse, notamos que se mantiene sin razón jurídica valedera, la restricción de la posibilidad de garantizar eventuales multas infraccionales mediante un seguro de caución.

Régimen de Depósitos Fiscales:

Mediante la resolución general (AFIP) N° 3871 (B.O. 05/07/16) se reglamentó el nuevo régimen de depósitos fiscales. A partir del mismo se incrementaron las exigencias de habilitación y de funcionamiento de estos espacios de almacenamiento, imponiéndose los costos que derivan de ellas a cargo de los depositarios. Se establecieron plazos perentorios para el cumplimiento de dichas exigencias *so pena* de la cancelación de la habilitación. Se autorizó a que la DGA definiera un área competente para emitir dictámenes técnicos, que contemplara las situaciones particulares de los permisionarios estableciendo en cada caso cuáles son los dispositivos tecnológicos más aptos para la operatoria de cada depósito fiscal. Asimismo se dispuso que el plazo general de habilitación será de hasta cinco años, prorrogables en forma no automática. Sin embargo, se estableció que dicho período no podrá exceder al establecido por la habilitación municipal; el contrato de locación u otro contrato por el cual se tenga derecho al uso del predio. Por otro lado, se reiteró que la naturaleza jurídica de la habilitación lo es en carácter de permiso administrativo precario.

Entre las condiciones a las que se sujetó la habilitación, llaman la atención las siguientes: a) Requerimientos especiales cuando se almacenen mercaderías consideradas como peligrosas según las recomendaciones formuladas por la Organización de las Naciones Unidas y no sobre consideraciones de la Organización Mundial de Aduanas o de la OMC; b) La obligación del depositario de asumir el costo de la destrucción de la mercadería en estado de rezago aduanero; c) Obligación de que la garantía a constituir cubra al valor en aduana y los importes por posibles sanciones que se deriven en torno a mercaderías afectadas por prohibiciones de carácter económico y no económico y; d) La compra de escáneres.

Se advierte que: a) Se exigen a los depositarios inversiones que se vinculan más al control aduanero (p. ej.: compra de escáneres) que al

servicio de guarda de los depositarios; b) No se atiende a la adecuada proporcionalidad que debería existir entre las inversiones que deben realizar los depositarios para cumplimentar con las nuevas condiciones de explotación y la precariedad del permiso administrativo del que gozan. En efecto pareciera que a mayor inversión debiera otorgarse mayor protección jurídica que la que deriva de un simple permiso precario que puede ser dejado sin efecto en cualquier momento y sin causa y; c) No se repara en que los costos de que demanden dichas exigencias serán trasladados al precio del servicio prestado por los depositarios, pudiendo ello perjudicar en definitiva al flujo comercial y a los consumidores y productores.

Instrucción General (AFIP) 5/2016 - Instrucción General (DGA) 2/2012:

Mediante la instrucción general (AFIP) N° 5 (1/08/16) se derogó la instrucción general (DGA) 2/2012 por la cual se ordenaba a las Aduanas locales imputar y condenar por la infracción de declaración inexacta, prevista por el art. 954, ap. 1º, inc. c) del CA, a los exportadores que no acreditaran el ingreso de divisas correspondiente a mercadería de origen argentino que hubiera sido exportada a consumo.

Asimismo, mediante instrucción general (DGA) 9/16 (30/09/16), se instruyó a las áreas competentes del servicio aduanero sobre las pautas procedimentales que deberán observar con relación a las actuaciones judiciales en trámite en las que se discuta la legitimidad de la I.G. (DGA) 2/2012, a fin de evitar un dispendio innecesario de los recursos humanos y materiales disponibles, así como la imposición de costas judiciales a cargo del organismo.

La I.G. (DGA) 2/2012 fue objeto de numerosas críticas en orden a la incompetencia de la DGA para controlar el régimen de cambios, la atipicidad de las conductas investigadas en los términos del art. 954 del CA, la violación al debido procedimiento, el derecho de defensa y el principio de inocencia de los exportadores.

Ley 27.260 de Sinceramiento Fiscal:

Se dispone la creación de dos nuevos regímenes de sinceramiento fiscal, regímenes de blanqueo y de moratoria, con miras a alcanzar la regularidad tributaria, aduanera y cambiaria. El acogimiento y cumplimiento de dichos regímenes posibilitaría, en materia aduanera, la extinción de la acción penal, la exención y condonación de multas por infracciones, la reducción de intereses resarcitorios y punitivos por tributos y el acceso a planes de facilidades de pago, siempre que, entre otras obligaciones y según cuál fuera el caso, se pague un tributo especial o los tributos aduaneros adeudados y parte de sus intereses. Por otro lado, en el caso de infracciones formales, la liberación y/o condonación de la multa y demás sanciones resultantes operará si se cumple con el deber formal transgredido antes del 31/03/17 o bien si el mismo no fuere de susceptible cumplimiento, de oficio.

Pese a la reglamentación emitida respecto a la ley 27.260, principalmente las resoluciones generales (AFIP) 3919 y 3920 y sus modificatorias, subsisten muchas dudas en torno al alcance de la norma y a su implementación en términos aduaneros. Quizás, en términos de técnica legislativa, hubiera sido más adecuado que la ley tratara por separado a las diferentes materias comprendidas —tributario, aduanero y cambiario— para evitar que sus diferentes institutos se mezclasen y dieran lugar a confusiones difíciles de sortear para los intérpretes jurídicos.

Ley 27.263 del Desarrollo y Fortalecimiento del Autopartismo Argentino (B.O. 01/08/16):

La nueva ley instituye un nuevo régimen para el desarrollo y el fortalecimiento del autopartismo nacional. A tal fin otorga un bono electrónico transferible de crédito fiscal útil para el pago de impuestos nacionales. El mismo se sujeta principalmente a la obligación de que se

produzcan autopartes y/o se destinen éstas a la fabricación de las mercaderías indicadas en su art. 4º (automóviles, maquinaria agrícola, motores de combustión, cajas de transmisión, etc.).

Para acceder al bono dichas mercaderías deberán tener un Contenido Mínimo Nacional (CMN, ver art. 11). En el caso de automóviles, maquinarias agrícolas y cajas de transmisión, el CMN será del 30 %, en el supuesto de camiones será del 25 % y para motores de combustión interna será del 10 %. El valor del Contenido Nacional (CN) se obtiene de acuerdo a la fórmula proporcional establecida en el art. 12.

El beneficio fiscal mencionado oscilará, según cuál sea el valor del CN, entre 4% y el 15% del valor ex fábrica de las autopartes nacionales producidas y/o utilizadas para la fabricación de los productos del art. 4º, neto del Impuesto al Valor Agregado (IVA), gastos financieros, y de descuentos y bonificaciones (art. 13).

El beneficio señalado surgirá de los respectivos comprobantes de facturación autorizados por la AFIP y tendrá vigencia a partir de la fecha de inicio del programa de producción aprobado por la autoridad de aplicación.

Por último, cuando los bienes referidos en el art. 6º (matrices nuevas para estampar, embutir, punzonar o forjar, herramientas nuevas para fundición, etc.) sean importados, tributarán un Derecho de Importación de Extrazona (DIE) equivalente al 0% en tanto estén asociados al programa de producción mencionado y la sumatoria de su valor no supere en un 50 % al de los bienes de origen nacional.

Conforme se expresara en el punto II.2.2, varios Miembros de la OMC han expresado su preocupación por esta norma al entender que transgrede diferentes disposiciones acordadas en el marco de los Acuerdos OMC suscriptos por nuestro país. Es importante que en la implementación de esta ley se observe el debido cuidado técnico para que lo que se procura ganar por un lado no se pierda por el otro en un eventual litigio internacional.

Cuestiones Cambiarias de interés aduanero

Com. “A” (BCRA) 6037 (B.O. 30/09/16):

Mediante la Com. “A” N° 6037 el BCRA derogó la com. “A” 5630. Consecuentemente para las operaciones vencidas resulta aplicable el tipo de cambio vigente al cierre.

Resolución N° 242/16 (B.O. 30/08/16):

La Secretaría de Comercio amplió a cinco años (1825 días corridos), el plazo para liquidar divisas de exportación. Ello rige para todas las operaciones de exportación a consumo que se registren desde el 30 de agosto del corriente y abarca a todo el universo de las mercaderías.

IV.2. Legislación internacional

Resolución 189/16 (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú, B.O. 25/10/16):

Mediante la Resolución mencionada la República de Perú restringió la importación a consumo de biodiésel de origen argentino mediante la aplicación de derechos antidumping que implican un aumento en los aranceles de entre un 17 % y un 31,6%.

Tanto nuestra República como Perú son Miembros parte de la OMC. La medida adoptada por Perú puede ser considerada como una vía de hecho y constituye en la práctica una prohibición ilegítima a la importación de biodiésel argentino, pues contraviene abiertamente las disposiciones del art. VI del GATT y del Acuerdo Relativo a la Aplicación del mismo.



NOTICIAS

PODCASTS DE TR LA LEY

Descargá sin cargo la App de TR La Ley y podrás escuchar a los siguientes especialistas

La compensación económica familiar ¿Cómo y que reclamar? - *Marisa Herrera*

Responsabilidad Civil ¿Cuáles son los cambios relevantes? - *Carlos Calvo Costa*

Blanqueo de capitales: Impacto en la actividad notarial - *Ezequiel Cabuli*

Los emoticonos y emojis ¿son válidos como demostración de la voluntad para aceptar un contrato? *Luis F. P. Leiva Fernández*

¿Qué requisitos exige el Código Civil y Comercial para las asociaciones y fundaciones? - *Daniel Crovi*

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

ALGUNAS REFLEXIONES A UN AÑO DE SU VIGENCIA

Lunes 21 de noviembre, 18 hs.

Distinguidos juristas se reunirán a reflexionar y discutir el impacto de la aplicación del Código Civil y Comercial desde su vigencia hasta la fecha

Apertura

Carlos F. Rosenkrantz

Primer panel

Julio César Rivera

Aplicación de la ley en el tiempo (art. 7º, CCyC)

Héctor Mairal

La responsabilidad contractual del Estado a la luz del CCyC y la Ley de Responsabilidad del Estado

Adrián Goldin

El CCyC y los derechos personalísimos en el trabajo

Segundo panel

María Angélica Gelli

La interpretación conforme a la Constitución y las acciones de clase en el nuevo CCyC

Guillermo J. H. Mizraji

La regulación de la parte general de los contratos

Guillermo Cabanellas

El impacto del CCyC sobre el Derecho Societario.

Sede Capital UDESA - Auditorio

25 de Mayo 586, CABA

Organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés con el auspicio de Thomson Reuters La Ley

Actividad no arancelada

Requiere inscripción previa en:

<http://eventos.udesa.edu.ar/evento/codigo-civil-y-comercial-algunas-reflexiones-un-ano-de-su-vigencia>

www.udesa.edu.ar

THOMSON REUTERS
LA LEY

Descargue TR La Ley en su celular

Ya está disponible **TR La Ley**, la App que lo mantendrá actualizado con todas las **novedades jurisprudenciales, doctrinarias y legislativas** de forma **rápida, simple y sin cargo, esté donde esté.**

Con la App **TR La Ley** usted podrá:

- Recibir las novedades jurídicas del día
- Personalizar y configurar "alertas" del contenido que desea recibir
- Consultar normas de uso frecuente
- Acceder a podcasts y videos



Descargue la **TR La Ley** hoy mismo desde:



the answer company™
THOMSON REUTERS®



EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 63 cita y emplaza por el plazo de diez días a eventuales herederos de BLANCA NIEVES CELAYA, a fin de que comparezcan en los autos: "AYALA LUIS DANIEL c/CELAYA BLANCA NIEVES s/ESCRITURACIÓN", bajo apercibimiento de designarse defensor oficial para su representación. Publíquese por dos días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 24 de febrero de 2016

Claudia Andrea Bottaro, sec.
LALEY: I. 16/11/16 V. 17/11/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº8, Secretaría Nº5, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que a MANUEL ENRIQUE CÁRDENAS FERNÁNDEZ, nacido en Punta Arenas - Magallanes - Chile, el día 2 de mayo de 1986, con D.N.I. Nº94.004.766, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LALEY.

Buenos Aires, 25 de octubre de 2016

José Luis Cassinero, sec.
LALEY: I. 16/11/16 V. 16/11/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº8, Secretaría Nº15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que a ARMEN ALEKSANYAN, nacido en Kartshaghybur

- Vardenis - Armenia, el día 26 de marzo de 1981, con pasaporte NºAN393310, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LALEY.

Buenos Aires, 21 de octubre de 2016

José Luis Cassinero, sec.
LALEY: I. 15/11/16 V. 15/11/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº8, Secretaría Nº16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que RICHARD ANDRÉS VILLAMIZAR CANO nacido en Cucuta, Norte de Santander, Colombia el 26 de diciembre de 1989, con DNI: 94.975.800 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 24 de agosto de 2016

Silvina A. Bracamonte, sec.
LALEY: I. 15/11/16 V. 15/11/16

ALVARENGA CLAUDIA MARLENE DNI 27.529.761, domicilio Juana de Arco 6700, Canning, Prov. Bs. As., transfirió fondo de comercio sito en Avda. Cabildo 2390, CABA

rubro "comercio minoristas de ropa confección lencería blanco mantel textiles en general" a CAPUTTO EDUARDO ADRIÁN DNI 26.466.774 domicilio Martín Rodríguez 390 Adrogué, Prov. de Bs. As. Reclamo de ley en Cabildo 2390 CABA.

Héctor Daniel Simonetti - DNI 10.403.819
LA LEY: I. 03/11/16 V. 16/11/16

ALVARENGA CLAUDIA MARLENE DNI 27.529.761, domicilio Juana de Arco 6700, Canning, Prov. Bs. As., transfirió fondo de comercio sito en Avda. Santa Fe 2118, CABA rubro "comercio minoristas de ropa confección lencería blanco mantel textiles en general" a CAPUTTO EDUARDO ADRIÁN DNI 26.466.774 domicilio Martín Rodríguez 390 Adrogué, Prov. de Bs. As. Reclamo de ley en Cabildo 2390 CABA.

Héctor Daniel Simonetti - DNI 10.403.819
LA LEY: I. 03/11/16 V. 16/11/16

ALVARENGA CLAUDIA MARLENE DNI 27.529.761, domicilio Juana de Arco 6700, Canning, Prov. Bs. As., transfirió fondo de comercio sito en Avda. Cabildo 2573, CABA rubro "comercio minoristas de ropa confección lencería blanco mantel textiles en general" a CAPUTTO EDUARDO ADRIÁN DNI 26.466.774 domicilio Martín Rodríguez 390 Adrogué, Prov. de Bs. As. Reclamo de ley en Cabildo 2390 CABA.

Héctor Daniel Simonetti - DNI 10.403.819
LA LEY: I. 03/11/16 V. 16/11/16