Sentencia - Tribunal Fiscal de la Nación

Número: INLEG-2021-106362886-APN-VOCXXI#TFN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Miércoles 3 de Noviembre de 2021

Referencia: SENTENCIA Expediente N° 38.095-A "RED SURCOS S.A. c/ Dirección General de Aduanas s/ Incidente de Medida Cautelar"

TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN

Reunidos los Vocales integrantes de la Sala "G" del Tribunal Fiscal de la Nación, Dres. Horacio J. Segura, Miguel N. Licht y Claudia B. Sarquis, a fin de resolver en los autos caratulados **"RED SURCOS S.A. c/ Dirección General de Aduanas s/ Incidente de Medida Cautelar"; Expediente N° 38.095-A**.

El Dr. Horacio Joaquín Segura dijo:

I.- Que la firma Red Surcos S.A., en su recurso de apelación de 17/33, solicita, previo a todo trámite, el dictado de una medida cautelar, en los términos del art. 232 del CPCCN, a fin de que la AFIP-DGA se abstenga de exigir la reexportación de la mercadería, ordenada en el punto 4º) de la Resolución Nº 2679/16 –apelada en el expediente principal- y asimismo, autorice su destrucción. Relata que, respecto de la mercadería importada, documentada mediante la destinación Nº 11001IC06000339G, se emitió la Nota Nº 60/2012 de la Dirección de Agroquímicos Biológicos del SENASA, en la que se dictaminó que la mercadería en cuestión "*...se encuentra mal estibada, se presume derrame al ingreso, se percibe olor nauseabundo característico del producto*". Explica que como consecuencia de la Resolución Nº 4816/2012 dictada por la Secretaría de Actuación Nº 3, la recurrente se presentó en fecha 05/09/2012 solicitando el reembarco de la mercadería a la República Oriental del Uruguay, e informó que ya había solicitado el Certificado de Autorización de Exportación (CAE) a los efectos de reexportar aquélla, requieriéndose el impulso de la actuaciones con carácter urgente, en atención a la validez de 30 días del certificado. Expresa que recién en fecha 7/12/2012, el Departamento de Investigaciones Especializadas emitió la Nota 578/2012 (DE IESP) dirigida a la Dirección Residuos Peligrosos de la SAyDS, poniendo en su conocimiento lo resuelto en la Resolución DEPRLA Nº 4816/2012, a fin de que se diligencien los trámites necesarios. Seguidamente, el 16/01/2013 sostiene que se citó al despachante de aduana involucrado en la operación a fin de que proceda a gestionar la reexportación ordenada. En dicho momento, afirma que se impusieron a su parte exigencias adicionales –"*... estar anotado como Generador Eventual, poseer la propia firma o un tercero Registro de Operador Exportador de Residuos Peligrosos, tener transportista autorizado para*

dichos residuos desde el depósito y la correspondiente autorización del país receptor"-. Expone que en fecha 24/01/2013, se emitió la Nota Nº 14/13 (DE INVE), mediante la cual se dictaminó el tratamiento de la mercadería como residuo peligroso, en atención a un derrame producido y al vencimiento de misma. Manifiesta que en fecha 12/03/2013, ante una intimación del servicio aduanero, la recurrente informó que aún no le era posible obtener la inscripción como Generador Eventual, en atención a la cantidad de información y documentación exigida, manifestando, asimismo, que el CAE se encontraba vencido debido al tiempo transcurrido. A raíz de ello, señala que con fecha 30/09/2013 se instruyó sumario respecto de la firma Red Surcos S.A. y del despachante de aduana, imputándoseles la infracción prevista y penada por el art. 954, inc. b del C.A.. Describe que en fecha 7/1/2014 se informó al servicio aduanero que el SENASA decidió a través de la Nota Nº 319/13, de fecha 4/12/2013, extender la vigencia del vencimiento de la mercadería hasta el 19/7/2014 y autorizar la reexportación de la misma. Explica que mediante la Nota Nº 18/2015 (DV PNEC), de fecha 23/01/2015, se dictaminó la orden de una nueva extracción de muestras a la División Verificación en su carácter de área denunciante. Manifiesta que, en atención al tiempo que había transcurrido, sin que el expediente registre movimiento alguno, presentó, en fecha 9/11/2015, una solicitud a fin de que se disponga la urgente destrucción de la mercadería en trato, a efectos de impedir que se continuaren ocasionando mayores perjuicios económicos, en virtud de los gastos de almacenaje devengados hasta entonces. Explica que el servicio aduanero rechazó dicha solicitud. Puntualiza que en fecha 18/05/2016 reiteró el pedido de destrucción de la mercadería, la que fue rechazada nuevamente. Sostiene que el 31/10/2016 argumentó ante la Aduna la imposibilidad de cumplir con la reexportación exigida, insistiendo ante el servicio aduanero la autorización para destruir la mercadería, habiendo, en fecha 9/11/2015, aportado un proyecto detallado para realizar ello último. Manifiesta que el servicio aduanero no consideró dicho requerimiento, y mediante auto 09/11/2016 decidió no hacer lugar al pedido efectuado. En cuanto a la verosimilitud en el derecho expresa que, de la documentación obrante en las actuaciones administrativas, como de la prueba ofrecida a través de estos autos, surge claramente y sin lugar a dudas que se encuentra presente este requisito. En primer término, resalta que la mercadería no se encontraba vencida ni era prohibida, sin embargo, con el paso del tiempo, fue la propia aduana quien, con su conducta dilatoria y negligente, ha provocado su vencimiento y dificultado de sobremanera la reexportación de aquélla, imponiendo exigencias sumamente gravosas. Agrega que por el tiempo transcurrido es muy difícil encontrar un transportista que se encuentre dispuesto a trasladar dicho producto ni una firma en el exterior dispuesta a recibirlo. Por su parte, el rechazo del pedido de destrucción de la mercadería fue sin sustento legal alguno. En cuanto al peligro en la demora, manifiesta que la medida tiene como finalidad evitar que se continúen ocasionando mayores perjuicios económicos, en virtud de los cuantiosos gastos en concepto de tasa de almacenaje ya devengados. Destaca que, a la fecha 26/04/2016, el monto correspondiente a los servicios de depósito fiscal adeudados asciende a la suma de $ 638.868,38, (monto muy superior a la multa aquí apelada y a la mercadería ingresada), lo cual denota la urgencia con que debe resolverse esta situación, en atención de que dicho monto seguirá incrementándose. Respecto a la contracautela, solicita que este Tribunal fije una caución juratoria para su cumplimiento. En dicho sentido, el presidente de la compañía Red Surcos S.A., declara bajo juramento que se hace responsable de los daños y perjuicios que puedan resultar a través de la medida cautelar en los términos del art. 199 y 208 del CPCCN. Expone agravios de fondo. Hace reserva del caso federal. Ofrece prueba. Solicita, previo a todo trámite, se dicte con carácter urgente la medida cautelar requerida.

II.- Que a fs. 52 se corrió traslado a la representación fiscal, el que fue contestado a fs. 55/65. En su conteste, la demandada se refiere a los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, que a su entender no se encuentran cumplidos en el caso de autos. En subsidio, solicita que se cumpla con el art. 13 de la ley 26.854.

III.- Que el art. 232 del CPCCN establece que "*(...) quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar*

provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

La procedencia de este tipo de medidas se encuentra condicionada a la constatación de la verosimilitud del derecho invocado por quien lo invoca y del peligro en la demora, a la par que se requiere fijar una contra cautela suficiente por los eventuales perjuicios que la medida pudiera ocasionar a la contraria, de haber sido pedida sin derecho.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que, siempre que se pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, debe acreditarse la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (*in re: "Orbis Mertig San Luis S.A.I.C. e/ Provincia de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", del 19/09/06, Fallos: 329:3890*).

En tales condiciones, resulta menester poner de resalto que, en toda medida cautelar, la investigación sobre el derecho que se postula se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil. El resultado, de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor no de una declaración de certeza sino de hipótesis y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si la hipótesis corresponde a la realidad (*P. Calamandrei, "Introducción Sistemática al Estudio de la Providencias Cautelares", pág. 77*).

Por otra parte, también debe considerarse que la finalidad de las medidas cautelares, en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la eventualidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten insustanciales los pronunciamientos que den término al litigio (*conf. CNACAF Sala V, in re: "Acegame S.A c/ DGA -resol 167/10 [expte. 12042-36/05]-", del 9/09/10*).

IV.- Que, partiendo de tales premisas, corresponde ingresar al análisis de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

V.- Que, en cuanto a la apariencia (como acepción semántica del término *"fumus bonis iuris"*) o verosimilitud del derecho, la parte actora solicita medida cautelar, a fin de que se suspendan los efectos del art. 4° de la Resolución N° 2679/16, la cual resuelve cumplimentar la reexportación de la mercadería, y que, en cambio, se haga lugar al pedido de destrucción de la misma. Ello, en función de que, al momento de la importación, la mercadería no se encontraba vencida, sino que el propio paso del tiempo, inculpable al accionar dilatorio y negligente de la Aduana, habrían provocado el mismo. En adición, destaca la complejidad que presenta para la firma cumplir con los requerimientos para la reexportación de la mercadería, basados principalmente en el otorgamiento del alta en el registro de operadores respectivo y en la imposibilidad actual de transportar la mercadería o que la misma sea recibida por el proveedor del exterior.

Cabe señalar que dicha mercadería –"metamidofos"- se encuentra comprendida en el Anexo III del *"Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional"*. Dicho Convenio, incorporado a la legislación nacional mediante Ley N° 25.278, establece la responsabilidad y esfuerzo conjunto de las partes contratantes en el ámbito del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos (entre los cuales se encuentra la mercadería objeto de autos) *"… a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y a contribuir a su utilización ambientalmente racional …"*. Pero de ninguna manera se prohíbe su

comercialización, es más, en oportunidad de la oficialización del despacho de importación involucrado en autos (12/01/2011), se acompañó el correspondiente certificado de autorización de importación, emitido por SENASA el 11/01/2011 bajo el número 76842. Asimismo, surge tanto del D.I. como de la factura comercial, la fecha de vencimiento del producto recién en Junio 2012 (ver carpeta del DI N° 11 001 IC06 000399 G obrante a fs. 7 de las actuaciones administrativas).

En lo que refiere estrictamente a los requisitos exigidos a fin de cumplir con la reexportación de la mercadería, resulta oportuno señalar lo actuado en sede administrativa al respecto. Así, en fecha 22/06/12, cursando el mes de expiración del producto, SENASA solicita a la firma importadora la tramitación del certificado de autorización de exportación (fs. 36), lo cual es refrendado por la Res. DEPRLA N° 4816 de fecha 01/08/12 (fs. 39). Notificada de la misma, con fecha 5/9/12, la firma informa que solicitó el correspondiente certificado y solicita la urgente tramitación atento la validez de 30 días del mismo (fs. 41). Con fecha 21/01/13 se le indica al despachante que la firma debe estar anotada como Generador Eventual, poseer la firma o un tercero autorizado, en el Registro de Operador Exportador de Residuos Peligrosos, tener transportista autorizado y la autorización del país receptor (fs. 44). A posteriori, con fecha 24/01/13, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable otorga a la mercadería en trato la calidad de “residuos peligrosos” (fs. 53), se suceden nuevas intimaciones dirigidas a que la firma cumplimente los requisitos reseñados, y ésta manifiesta no haber podido cumplimentarlos atento la documentación exigida y los plazos otorgados para acompañarla, a la par de la imposibilidad de contactar al proveedor del exterior a fin de que acepte la mercadería en devolución.(fs. 58, 62). Pese a haberse solicitado la suspensión de plazos y logrado una extensión del plazo de vencimiento de la mercadería por SENASA, la Aduana no hizo lugar al pedido de suspensión y entendió que la extensión de vigencia no era vinculante, y siguió adelante con las intimaciones a la firma (fs. 73, 75, 77, 78, 83-84 y 85).

Mas allá de los restantes actos administrativos dictados en el trámite del expediente en sede aduanera, y las acciones tendientes al análisis de muestras del producto para acreditar su calidad, que serán tenidas en cuenta en la causa donde se debate el fondo del asunto, lo relatado con anterioridad nos permite convalidar que el derecho resulta verosímil, a la vez que nos permite adentrarnos en el análisis del siguiente requisito perseguido para el otorgamiento de la medida intentada en autos, tal es el del peligro en la demora.

VI.- Que el peligro en la demora, exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse, es decir, que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (*conf. fallo cit. y 28/10/97, "in re": "Radio Siglo XXI", 30/10/97, "in re": "Pizarro", entre muchos otros*). En este sentido, el peligro en la demora -en el caso de autos- está íntimamente relacionado con lo analizado *supra*.

Corresponde precisar que, si bien la mercadería ha sido considerada por el servicio aduanero, y la instancia ambiental, como residuo peligroso (atento el vencimiento de la misma durante el trámite del expediente administrativo, y por carecer de rotulación sus recipientes contenedores), dicha calidad se encuentra debatida en el expediente principal. No obstante, y más allá de lo que resulte de dicho pronunciamiento, deben tenerse aquí en cuenta las particulares características que posee el producto importado (ver al respecto lo dispuesto en el Convenio de Rotterdam, Ley 25.278), los riesgos que su estiba y depósito traen aún aparejados en la actualidad, sumado al hecho de que los trámites encaminados a lograr la reexportación del producto sufrieron -como se vió- excesivas dilaciones, lo que motivó a la propia actora a solicitar en sede aduanera la destrucción de la mercadería. Ello en adición a que los gastos de almacenaje de la mercadería han superado el importe de la multa reclamada. Multa que, como sanción, posee en sí misma la naturaleza punitiva que persigue la posible configuración de la infracción endilgada.

De este modo, en función de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas, los elementos de prueba obtenidos y la normativa atinente al tratamiento de la mercadería en trato, a la par de evitar que el perjuicio económico que ha venido irrogando el depósito de la misma -por el excesivo transcurso del tiempo- continúe incrementándose, considero que debe procederse a la destrucción de la mercadería. Conclusión a la cual se arriba, habiéndose obtenido a tal fin la respuesta al oficio dirigido a la firma PELCO S.A.. (ver fs. 149 de autos).

VII.- Que, en relación al requisito referido a la fijación de una contracautela, considero que el mismo se encuentra cumplido con la caución juratoria otorgada por el presidente de la compañía RED SURCOS S.A. en el inciso c) del apartado V del recurso de apelación obrante a fs. 17/33 del expediente principal.

VIII.- Que, en consecuencia de todo lo antes expuesto, corresponde hacer lugar a la medida cautelar intentada por la parte actora. Sin imposición de costas.

IX.- Que, por otra parte, encontrándose pendiente de resolución la causa principal donde se debate la calidad de la mercadería involucrada en autos, a fin de determinar la configuración de declaración inexacta en los términos de lo dispuesto por el art 954 inc. b) del C.A. (mercadería de importación prohibida), se dispondrá la conservación de una contra muestra suficiente a los fines de preservarla mientras se encuentre en discusión el litigio.

Por ello, voto por:

1.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la recurrente. Sin imposición de costas.

2.- Disponer la destrucción de la mercadería involucrada en el D.I. N° 11001IC06000339G, la que será llevada a cabo por PELCO S.A. en virtud de lo informado a fs. 149 de autos, y a costo de la firma RED SURCOS S.A.. En dicha oportunidad deberá reservarse una contra muestra en cantidad suficiente para asegurar lo establecido en el considerando IX de la presente.

El Dr. Miguel N. Licht dijo:

I.- Los antecedentes de la causa han sido adecuadamente reseñados en el voto preopinante.

II.- En las condiciones señaladas, advierto que la cuestión planteada no es de sencilla resolución. Es que, por antonomasia, la posibilidad que se solicite el dictado de una medida cautelar ante estos estrados se presenta de imposible concepción. Ello así, a poco que se repare que los asuntos en los que este tribunal administrativo puede intervenir son los específicamente establecidos en el Código Aduanero y los recursos previstos en ese dispositivo legal consagran el efecto suspensivo.

III.- En ese entendimiento de la cuestión, no se trata siquiera de si un tribunal administrativo cuenta con facultades legales para suspender los efectos de un acto administrativo, lo que no presentaría ninguna anomalía, habida cuenta de que esa facultad no es privativa de la justicia y basta con remitir a la lectura del artículo 12 de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos. En rigor de verdad, la cuestión es que no está contemplada la posibilidad legal de dictar medidas cautelares porque la sola intervención del tribunal suspende los efectos ejecutorios de los actos administrativos que se discuten en esta instancia.

IV.- Sin embargo, no debe dejar de considerarse que resolver un asunto es algo más complejo que seguir protocolos estandarizados, ya que es un imperativo de la práctica judicial dictar resoluciones razonablemente fundadas. (Art. 3° del CCC). En consecuencia es elocuente la necesidad de que se emitan decisiones justas por sobre la teorías puras del proceso. Efectivamente, los operadores jurídicos deben tener conciencia de que no son

meramente la “boca de la ley” y advertir que su tarea va más allá de subsumir los hechos en normas legales.

V.- Es por ello que encuentro ineludible la necesidad de desarrollar la labor jurisdiccional mediante un examen ponderativo de los valores comprometidos en la causa sujeta a juzgamiento, atento que si en el arte de hacer justicia debe empoderarse a los valores superiores, va de suyo que las facultades heurísticas de los operadores jurídicos brotan más allá de los mecanismos legislados para satisfacerla. Así, entonces, resulta elocuente que no siempre resulta posible resolver los casos por medio de meros silogismos, sino que la justicia demanda de los operadores jurídicos converger en una progresiva extensión de la argumentación basada en principios, haciéndose visible el amplio margen de discrecionalidad del que disponen los órganos de adjudicación.

VI.- En definitiva, sucede que en la tarea de establecer el correcto sentido de las normas, debe tomarse plena conciencia que el pilar fundamental sobre el que se asienta el ordenamiento jurídico es el reconocimiento perenne de la dignidad de la persona. Así las cosas, no cabe duda que el reconocimiento de la persona obliga a llevar el análisis más allá de la norma escrita puesto que la última ratio no reside en el derecho puesto sino en “el presupuesto”, motivo por el cual el derecho como fenómeno social y político de creación humana, no es puro normativismo sino que lo trasciende. Es que, en efecto, atento que los ordenamientos son creación humana en busca de la satisfacción de un determinado fin, es condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean fundados en la trilogía persona, Estado y derecho. Esta situación lleva a considerar que no se satisface sus fines cuando las decisiones no ponen al hombre como el centro de la citada relación.

VII.- Desde esa perspectiva, frente a las singulares circunstancias del caso examinado, en donde se peticiona como medida cautelar la destrucción de mercadería peligrosa, cuya conservación se revela a todas luces manifiestamente inconveniente para el interés público comprometido en la preservación de la salud de la población, es que se comparte la solución arbitrada en el voto preopinante. Máxime cuando denegar la medida es susceptible de producir un perjuicio que podría ser de insuficiente o tardía reparación ulterior y toda vez que no puede dejar de considerarse los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles.

VIII.- Corresponde precisar que la mercadería ha sido considerada por el servicio aduanero como residuo peligroso, de modo tal que a la luz del principio precautorio, existe una obligación de previsión extendida y anticipatoria a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios (doc. Fallos: 332:66).

Por todo lo expuesto, VOTO en el mismo sentido que el doctor Horacio Segura, haciendo lugar a la medida solicitada.

La Dra. Claudia B. Sarquis dijo:

Que adhiero al voto del Dr. Segura.

En virtud del acuerdo que antecede, por unanimidad, SE RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la recurrente. Sin imposición de costas.

2.- Disponer la destrucción de la mercadería involucrada en el D.I. N° 11001IC06000339G, la que será llevada a cabo por PELCO S.A. en virtud de lo informado a fs. 149 de autos, y a costo de la firma RED SURCOS S.A.. En dicha oportunidad deberá reservarse una contra muestra en cantidad suficiente para asegurar lo establecido en el considerando IX de la presente.

Regístrese y notifíquese.-

Digitally signed by Miguel Nathan Licht
Date: 2021.11.03 17:52:35 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Miguel Nathan Licht
Vocal
Vocalía XIX Sala G Competencia Aduanera
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Claudia Beatriz Sarquis
Date: 2021.11.03 20:31:15 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Claudia Beatriz Sarquis
Vocal
Vocalía XX Sala G Competencia Aduanera
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Horacio Joaquin Segura
Date: 2021.11.03 20:44:55 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Horacio Joaquin Segura
Vocal
Vocalía XXI Sala G Competencia Aduanera
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2021.11.03 20:45:57 -03:00