



Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Juz. 8 Sec. 15

13091 / 2018/1 pm

ASOCIACION CIVIL USUARIOS Y CONSUMIDORES UNIDOS C/ NACION FIDEICOMISOS S.A. Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMIMAR S/ INCIDENTE ART 250

Buenos Aires, 03 de diciembre de 2018.-

Y VISTOS:

1.) Apeló *Federación Argentina de Asociaciones de Empresas de Viajes y Turismo ("FAEVYT")* en forma subsidiaria la resolución copiada en fs. 100/106 -mantenida en fs. 410/417- que admitió la petición cautelar introducida por la accionante y dispuso la prohibición de innovar respecto del 60% de los fondos que posee *Nación Fideicomisos SA* en su calidad de fiduciaria, que fueron oportunamente aportados en concepto de "cuota cero" al Fondo de Turismo Estudiantil en el marco del Contrato Modelo de Fideicomiso suscripto entre *Nación Fideicomisos SA* y las agencias de turismo estudiantil y que debían ser transferidos a estas últimas, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 58/2017 del *Ministerio de Turismo de la Nación*.-

Los fundamentos del recurso fueron desarrollados en fs. 351/370 y contestados por la accionante en fs. 378vta/387vta..-

2.) A efectos de una adecuada comprensión de la materia traída a conocimiento de este Tribunal, cabe señalar que del examen de las constancias obrantes en el presente cuadernillo, resulta que:



i) *Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos* petitionó se ordenara una *medida cautelar de no innovar*, respecto de cualquier suma de dinero que revista el carácter de “*devolución del Fondo de Turismo Estudiantil*” y que debiese ser transferida por *Nación Fideicomisos SA* a las empresas autorizadas a prestar servicios de turismo estudiantil (véanse fs. 58/85).-

Indicó que dicho monto resultaría equivalente al 60% del saldo remanente, depositado al 31.03.2017, de las sumas de dinero que los consumidores afectados abonaron al Fideicomiso con motivo del aporte al *Fondo de Turismo Estudiantil* -conocido como “*cuota cero*”-, creado por Resolución N° 237/2007 del Ministerio de Turismo de la Nación -y sus modificatorias Resolución 23/2014 y 58-E/2017-, que debía ser aportado sobre el monto total de cada contrato individual (6%) y que al concluir el plazo del fideicomiso, según afirmó, sería indebidamente transferido a las agencias.-

Sostuvo que las Resoluciones MINTUR 237/2007, 23/2014 y 58-E/2017 resultarían inconstitucionales, como así también parcialmente nulas las cláusulas N° 1.1., 7.2 y 8.3 del Contrato Modelo de Fideicomiso que formó parte integrante de la Resolución 237/2007, suscripto oportunamente entre las agencias de turismo estudiantil y *Nación Fideicomisos SA*.-

Explicó que con fecha 31.03.2017 venció el plazo de diez (10) años de duración del contrato de fideicomiso y por Resolución MINTUR N° 58-E/2017 se dispuso adjudicar los saldos remanentes del *Fondo Nacional de Turismo Estudiantil* a la agencias de turismo y a *Nación Fideicomisos SA* en forma arbitraria, ilegítima e inconstitucional y sin brindar ninguna intervención, ni participación, a los usuarios de servicios de turismo estudiantil, que fueron quienes efectuaron los aportes a ese fondo con su patrimonio, consumándose así *un grotesco enriquecimiento sin causa en beneficio de los demandados en perjuicio de la clase aquí representada*.-

Indicó que con el resultado de la diligencia preliminar también solicitada en esta acción, dirigida a que *Nación Fideicomisos SA* acompañara la nómina de las empresas que suscribieron el *Contrato Modelo de Fideicomiso* del *Fondo de Turismo Estudiantil* y la nómina de las agencias que percibieron sumas de



dicho Fondo en orden a lo establecido por la Resolución MINTUR N° 58-E/2017, demandaría a cada una de las empresas de viaje, persiguiendo el reintegro a los usuarios del servicio de turismo estudiantil de los importes que hubieran percibido por tal concepto.-

ii) El juez *a quo* hizo lugar a la pretensión cautelar y decretó la prohibición de innovar respecto del 60% de los fondos que posee *Nación Fideicomisos SA* a ser transferidos a las agencias de turismo estudiantil, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 58/2017 del *Ministerio de Turismo de la Nación*.-

El magistrado consideró acreditados los recaudos exigidos por el art. 230, inc. 1° y 3°, CPCCN, pues debía “*precaverse la intangibilidad de dichos fondos hasta determinar su eventual destino*”. Indicó que la medida peticionada cumple la finalidad conservatoria que el ordenamiento procesal le asigna, a la vez que no apreció que aquélla pudiera irrogar a los destinatarios perjuicio imposible de reparación ulterior.-

iii) En la presentación que obra copiada en fs. 343/362 “*FAEVYT*” articuló recurso de reposición con apelación subsidiaria contra la medida cautelar decretada.-

Alegó, en lo sustancial, que: a) no concurren en el caso los recaudos de admisibilidad de la medida cautelar peticionada, pues para determinar si se encuentra aquí configurado el requisito de la verosimilitud del derecho habría que adentrarse en la materia de fondo, esto es, si la normativa cuestionada transgrede, o no, derechos y principios constitucionales; b) no se encuentra configurado en el *sub lite* el requisito del peligro en la demora, toda vez que no se aportó prueba alguna sobre el particular, más allá de las meras manifestaciones de la actora; c) tampoco se tuvo en cuenta que la medida cautelar otorgada pone en serio riesgo la economía de las agencias de viaje; e) no cupo fijar como contracautela una simple caución juratoria, pues el tenor de la medida imponía una caución real.-

iv.) En el decreto copiado en fs. 410/417, el juez de grado rechazó la revocatoria y concedió la apelación subsidiaria en e (fs. 410/417).-



Allí señaló que *Nación Fideicomisos SA* resultaría ser en principio la única legitimada para atacar la medida y que ello bastaría para desechar el remedio intentado ya que, si bien “*FAEVYT*” se presentó en autos plasmando varios planteos dicha Federación no fue tenida por parte y que, más allá de la legitimación que invocó, no se encontraría habilitada para recurrir la cautela dictada.-

Reitero asimismo, que la petición efectuada por la Asociación resultó, *prima facie*, verosímil, como así también entendió configurado el recaudo del peligro en la demora, atendiendo a que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto, no dependen de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.-

3.) Así planteada la cuestión, corresponde referirse, en primer lugar, a la legitimación de “*FAEVYT*” para impugnar la *prohibición de innovar* decretada en fs. 100/106.-

Sobre el particular no puede soslayarse que esa legitimación fue expresamente reconocida por la parte actora en el responde de fs. 373/390, donde señaló que esa parte “*reconoce que FAEVYT posee la legitimación que invoca. De hecho, en tal carácter ha sido demandada por UCU en la acción de fondo vinculada con estas diligencias preliminares y la medida de no innovar aquí ordenada*” (véase fs. 373).-

Asimismo, cabe señalar que, contrariamente a lo señalado por el juez *a quo*, en todo caso, no sería *Nación Fideicomisos SA* la única legitimada para atacar la cautelar. En efecto, la *legitimación* refiere a la *titularidad del derecho a que se resuelva sobre la petición formulada* y, en el caso, no parece discutible que la agencias de viajes poseen legitimación para cuestionar lo decidido en la instancia de grado, pues es a quienes debieran transferirse los fondos que quedaron afectados por la *prohibición de innovar*, en tanto titulares del derecho allí involucrado.-

Sin embargo, estando a lo que resulta del estatuto de “*FAEVYT*” copiado en fs. 157/179, estíbase que corresponde reconocerle legitimación, cuanto



menos, para cuestionar en esta etapa procesal, la medida precautoria decretada en el *sub lite*.-

En efecto, de dicho instrumento resulta hace a su objeto *la representación y defensa de los intereses de las empresas y agencias de viaje y turismo* (art. 3, inc. d), como así también cumplir y hacer cumplir la legislación vigente relacionada con su incumbencia profesional en el quehacer turístico, entendiendo a ésta como la competencia legal, técnica, social y ética (art. 3, inc. u), pudiendo estar en juicio como actora o demandada o en cualquier otro carácter (art. 7, inc. k).-

4.) También se muestra conducente recordar que las medidas cautelares constituyen resortes de naturaleza puramente instrumental que se ordenan exclusivamente a preservar el resultado buscado mediante un proceso "principal" en el cual -o en relación al cual- han sido dictadas, careciendo de existencia autónoma, al no poder ser concedidas sino en función de una pretensión principal que les sirva de sustento (en igual sentido: esta CNCom, esta Sala A, 27.06.06, "*Leasing Financiero SA c/Servicios y Tecnología Hidráulica SA s/ secuestro prendario*"; íd., íd., 17.05.16, "*Bussetti Diego Claudio c/ Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) s/ medida precautoria*"; íd. Sala C, 21/4/94 "*Sanatorio Güemes s/conc. prev. s/ incidente de medidas cautelares*"; íd. íd., 16/3/90, "*Barreca Mabel c/ Barreca Hnos*"; íd. íd., 15/12/89, "*Gomez c/ Confitería Los Leones*", entre muchos otros).-

De otro lado, es requisito de procedencia de las medidas cautelares la acreditación de la *verosimilitud del derecho* invocado y del *peligro en la demora*. El primero de dichos recaudos está regido por la apariencia que presente el pedido respecto de la probabilidad de que el derecho exista y no como una incontrastable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite.-

El peligro en la demora significa que debe existir un temor grave y fundado en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso.-

Sobre tales bases pues, habrá de analizarse la materia propuesta.-



5.) En el caso, como se dijo, la actora petitionó se ordenara una *medida cautelar de no innovar*, a efectos de impedir que cualquier suma de dinero que revista el carácter de “*devolución del Fondo de Turismo Estudiantil*” sea transferida por *Nación Fideicomisos SA* a las empresas autorizadas a prestar servicios de turismo estudiantil (véanse fs. 58/85).-

A tal efecto, se sostiene la inconstitucionalidad de las Resoluciones MINTUR 237/2007, 23/2014 y 58-E/2017 y la nulidad parcial de las cláusulas N° 1.1., 7.2 y 8.3 del contrato modelo de fideicomiso que formó parte integrante de la Resolución 237/2007, suscripto oportunamente entre las agencias de turismo estudiantil y *Nación Fideicomisos SA*.-

Sobre el particular, el contrato modelo de fideicomiso atacado, dispone que *son fideicomisarios las agencias de turismo estudiantil respecto de los bienes fideicomitados remanentes, cada una en proporción al “aporte fideicomitado” efectuado, siendo este último el aporte que deben realizar las agencias sobre el monto total de los servicios garantizados de cada contrato individual* (cláusula 1.1.; véase fs. 227/230). Asimismo, el contrato estableció que *una vez expirado el plazo por el cual se constituyó el Fideicomiso o mediando la finalización anticipada del mismo, y una vez cancelados todos los gastos e impuestos del Fideicomiso, los bienes fideicomitados remanentes serán transferidos a los fideicomisarios en proporción a la totalidad de los aportes de cada uno* (cláusula 7.2; véase fs. 243).-

En consonancia con ello, mediante la Resolución MINTUR 58-E/2017 se instruyó a *Nación Fideicomisos SA*, en carácter de fiduciario, a transferir a partir del 28 de marzo de 2017, el sesenta por ciento (60%) del patrimonio fideicomitado a los fiduciantes, en proporción a la totalidad de los aportes que hayan realizado cada uno de ellos (art. 3°; véase fs. 264).-

Es claro que la verosimilitud del derecho invocado por la actora refiere a la ilegitimidad de las normas reputadas *inconstitucionales* y a la inoponibilidad a los consumidores involucrados en la Clase, de las cláusulas del Contrato Modelo de Fideicomiso que, según la actora, resultarían abusivas, en pos de los cuales se habilitó la transferencia de los fondos provenientes de la “*cuota cero*” a



las agencias de turismo estudiantil que suscribieron aquel contrato.-

Sentado ello, considera este Tribunal que no corresponde pronunciarse aún sobre si el derecho invocado por la actora resulta verosímil, cuando, como en el caso, su reconocimiento se encuentra sustentado en base normativa y su eventual desconocimiento subordinado a la decisión que se adopte respecto de la validez constitucional de la normativa impugnada y de la legitimidad o ilegitimidad de las cláusulas contractuales atacadas (arg. esta CNCom., esta Sala A, 01.11.2011, “*Steinmetz Helmut c/ PEN y Otros s/ inc. art. 250 CPCC*”; íd., íd., 17.04.2012, “*Baigorria Adelina c/ Banco Santander Río SA s/ amparo*”).-

Admitir lo pretendido por la accionante importaría lisa y llanamente la obtención por parte de esta última del resultado procurado a través del litigio, anticipándose, indirectamente, un pronunciamiento sobre la materia litigiosa fuera de la etapa procesal oportuna para ello, so riesgo de incurrir en prejuzgamiento.-

Además, no debe perderse de vista que medidas cautelares, como la aquí requerida no proceden -en principio- respecto de actos administrativos, habida cuenta la presunción de validez y/o legitimidad que éstos ostentan (arg. CSJN, 20.03.2003, “*Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA c/ Río Negro Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - incidente de medida cautelar*”, T° 326, F° 880). Y si bien no se desatiende que dicha regla podría ceder en caso ilegitimidad manifiesta del acto impugnado, no aparece configurado dicho extremo en el *sub lite* de modo evidente.-

Por otra parte, tampoco puede desatenderse que en la especie, también se encuentra controvertido el supuesto de hecho invocado por la actora como sustento de su pretensión, esto es, que eran los usuarios quienes en realidad efectuaban el pago de la “cuota cero”. Repárese en que “*FAEVYT*”, en el memorial, sostuvo que *en virtud del marco regulatorio y el contrato de fideicomiso eran las agencias de viajes “fiduciantes” las que realizaron el aporte de las sumas correspondientes a las denominadas “cuotas cero”* (véase fs. 355), el cual *en la realidad de los hechos se trataba de un costo más que formaba parte del precio que pagan quienes adquieren el producto turístico estudiantil* (véase fs. 357vta./358).-



En el contexto señalado, no se advierte acreditada *prima facie* y dentro del estrecho marco cognoscitivo del proceso en este estadio del trámite, la verosimilitud del derecho invocado para acceder a la cautelar solicitada por la accionante.-

6.) Por otra parte y a todo evento, tiene dicho este Tribunal que la exigencia del peligro en la demora es también una de las bases inexcusables para la procedencia de toda medida cautelar y en realidad, el presupuesto que da su razón de ser a ese instituto, pues si éstas tienden a impedir que el transcurso del tiempo pueda incidir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia y es obvio que si tal peligro no existe, no se justifica el dictado de una medida cautelar (esta CNCom., esta Sala A, 16.04.09, "*Cooperativa Credivico de Crédito, Vivienda y Consumo Ltda. c. Universalflet SA y Otros s. inc. de medidas cautelares*"; íd., 21.04.09, "*Rojas María Graciela c. Italcred SA s. Amparo*"; Di Iorio, Alfredo Jorge, "*Nociones sobre la Teoría General de las Medidas Cautelares*", LL, 1978-B-829, citado por Novellino, Norberto Jorge, "*Embargo, Desembargo y demás Medidas Cautelares*", Ed. La Ley, 5ta. Edición Actualizada, pág. 23).-

Y en la especie, la actora no acreditó la concurrencia de tal recaudo. Es que la preocupación o el temor del solicitante son insuficientes para justificar el requisito no cumplido.-

Véase que la actora se limitó a señalar que *“el peligro en la demora estriba en el indudable y grave desmejoramiento del estado patrimonial de los usuarios afectados aquí representados, en caso de que no se dispusiera una tutela jurisdiccional efectiva y oportuna que regularice su situación, impida que se torne ejecutoria la Resolución 58/2017 y evite la apropiación ilegítima que esa norma pretende implementar a favor de las agencias y del nuevo fondo ... De no detenerse a tiempo esta transferencia en favor de las empresas, se estaría consumando un daño muy difícil de reparar ya que nos veríamos ante la necesidad de iniciar reclamo judicial colectivo contra las casi 400 empresas de turismo estudiantil que operan en el país”* (véase fs. 75), mas sin indicar -mucho menos acreditar- actos concretos que tornen verosímil dicho extremo.-



Por estas razones y sin perjuicio de los planteos que pudieren realizarse en el marco de la acción de fondo que la actora refirió que promoverá, juzga esta Sala que la decisión impugnada debe ser revocada.-

7.) Por todo ello, esta Sala **RESUELVE:**

Hacer lugar al recurso interpuesto y, por ende, revocar la resolución copiada en fs. 100/106, desestimándose la medida cautelar peticionada por la actora.-

Imponer las costas de Alzada a la accionante, atento su condición de vencida en esta instancia (art. 68 CPCCN).-

Devuélvase a primera instancia, encomendándose al Sr. Juez *a quo* disponer las notificaciones del caso con copia de la presente resolución. Solo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional).

MARÍA ELSA UZAL

ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS

VALERIA C. PEREYRA
Prosecretaria de Cámara



Fecha de firma: 03/12/2018
Alta en sistema: 04/12/2018
Firmado por: ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA ELSA UZAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado(ante mi) por: VALERIA C. PEREYRA, Prosecretaria de Cámara



#32809521#222989129#20181203103526441