

Medida Cautelar Innovativa

JURISPRUDENCIA

Rosario, 24 de Abril de 2013.- Y VISTOS: El

recurso de apelación interpuesto por la parte demandada dentro de los presentes autos caratulados "Casino de Rosario S.A. c/ Provincia de Santa Fe s/ Demanda Ordinaria", Expte. N° 208/12, contra la resolución N°355 dictada en fecha 22 de diciembre de 2011, expresión de agravios obrante a fs. 400/407; su correspondiente traslado evacuado a f s. 409/416; y demás constancias que se tienen a la vista. Y CONSIDERANDO: Voto Dra. Álvarez: Mediante resolución n° 3155/11 el juez a-quo resolvió "...Bajo contracautela que deberá acreditar por ante el actuario la que se fija en la suma de \$?.- hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y en consecuencia: ordenar suspender respecto a la actora la aplicación del artículo 44 de la ley provincial de presupuesto n° 13065 modificatoria del artículo 7° de la ley provincial impositiva n° 3650 que elevó la alícuota de ingresos brutos para explotación de casino del 41% al 6,5% (inciso J) y estableciendo una alícuota de ingresos brutos para explotación de bingos y máquinas de azar automáticas (tragamonedas) del 10,5% (inciso K). 2) Ordenar retrotraer la situación de hecho al momento de resultar adjudicataria la actora de la concesión del casino de Rosario, suspendiéndose los efectos de cualquier acto derivado de la normativa expresada en el punto anterior, pudiendo continuar la actora con el desarrollo de la actividad de "casino", resultándole sólo aplicable la alícuota del impuesto provincial a los ingresos brutos reglada en el art. 7° de la ley n° 3650, inciso J vigente al momento de resultar adjudicataria de la concesión del casino (del 4,1%), debiendo tributar -a partir de la notificación a la demandada- el impuesto a los ingresos brutos según la alícuota vigente al momento de resultar adjudicataria del casino de Rosario (41%)...". En lo sustancial argumentó que resultaba altamente verosímil el suponer que una modificación intempestiva tan significativa y no gradual de la alícuota del tributo ingresos brutos, establecida con posterioridad a que la actora ganara la licitación en cuestión y que tomara vigencia a los pocos meses de inaugurado y puesto en funcionamiento el casino de la ciudad de Rosario, resultaba ser un hecho inesperado, que podía causar una alteración relevante en la ecuación económico-financiera tenida en cuenta por la actora al momento de realizar la inversión, implicando ello una afectación del derecho de propiedad. En tal sentido, dijo que esa alteración imprevisible proveniente de un acto del Estado Provincial excedía -prima facie- el riesgo empresario que pudo tener en cuenta y asumir la actora al presentarse y ganar como concesionario de la actividad de "casino" en la ciudad de Rosario, sobre todo cuando el aumento posterior en la alícuota tributaria resulta ser tan amplio, pasando del 4,1% genérico al 6,5% y 10,5% según se interpreten las normas respectivas a los casos previstos. Asimismo, señaló que cuando la Provincia dictó oportunamente una norma que establecía una alícuota específica para el tributo ingresos brutos del 4,1% aplicable a la actividad de "casino" en Santa Fe, la demandada generó la legítima expectativa en la actora de que dicha situación no se modificaría durante el transcurso de la concesión. No obstante ello, consideró evidente la existencia de peligro en la demora, ya que sostuvo que mes a mes, fruto del aumento imprevisto e imprevisible de la alícuota del tributo de ingresos brutos, se detraería una más que importante masa de recursos de lo recaudado por la actora, derivando en una afectación a la ecuación económico-financiera efectuada al momento de presentarse en la licitación para adjudicar la actividad de "casino" en Rosario que, de mantenerse en el tiempo, afectaría gravemente el emprendimiento en sí, incidiendo significativamente en su rentabilidad, demorando los plazos de recupero de la importantísima inversión realizada y afectando en su caso el mismo funcionamiento del negocio. Contra dicha resolución se alzó la parte demandada. Al expresar agravios fundamenta que el fallo recurrido fue dictado conforme una franca incongruencia de los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y que por ello, no correspondía hacer lugar a la medida cautelar peticionada. En primer lugar, manifiesta que la renuncia a cualquier reclamo expresada en sede administrativa por la actora por la aplicación de la nueva alícuota fijada por la ley 13.065, evidenciaba bajo cualquier visión que aquélla abdicaba de postular su impugnación y, unido a ello, que el incremento no importaba una afectación irrazonable de la ecuación contractual ni le era irresistible, ya que de lo contrario, no hubiese aceptado un impacto que condujera a tal sustancial afectación. En este aspecto, relata que esa declaración está contenida en un instrumento público, con firma certificada de escribano público, no fue argüida de falsedad y además emanó del representante legal de la actora. Sin perjuicio de ello, sostiene que la renuncia o conformidad con el mantenimiento del incremento de la alícuota previsto en la ley 13.065, indica más allá de toda controversia, que tal aumento no es irresistible en la economía del contrato para la actora, lo que excluye el basamento para la configuración de una posición jurídica aceptable, ya que todas sus alegaciones en relación a la confiscatoriedad del tributo y la imposibilidad de sostener la concesión, caen por el acto propio de aceptar la subsistencia de la alícuota del 6,5%. En este aspecto, dice que no puede omitirse la consideración que el incremento tributario no es un hecho imprevisible y ajeno al contrato. Continúa argumentando que la accionante asumió a su riesgo el quantum de su ganancia (Canon), independizándolo de los avatares que pudiesen incidir en su crecimiento o disminución,

entre ellos, las modificaciones tributarias, que fueron previstas como ajenas al área contractual. De esta manera, relata que la afirmación de la concurrencia de una cláusula de intangibilidad es absurda frente al pacto expreso, y también como incidencia anómala en la ecuación económica y financiera. En efecto, expresa que en el contrato con la actora no sólo no medió una reserva expresa de computar la incidencia del incremento del tributo sobre la renta o canon, sino que se pactó su ajenidad al acuerdo, por lo que hoy mal podría irse contra su sometimiento voluntario a la declaración contractual. Por último, sostiene que la sola circunstancia de que la disposición impositiva incida en la economía del contrato, no significa que sea inconstitucional pues, para ello, debería demostrarse que la norma no se adecua o conculca algún principio o garantía constitucional, más allá de la regular incidencia sobre el derecho de propiedad. En este sentido, señala que el incremento del tributo sólo habilitaría a reclamar la recomposición del acuerdo (como de hecho lo hizo la actora), pero nunca a demandar la inconstitucionalidad. Cabe adelantar que el reclamo postulado por la recurrente ha de prosperar. A los fines de otorgar mayor claridad al presente decisorio, considero conveniente efectuar una serie de consideraciones preliminares. Preliminarmente, conforme lo expresado en reiterados pronunciamientos dictados por este Tribunal (causa N° 471/10 y 193/12) se ha recordado que la medida cautelar innovativa "es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado; la medida se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan los resultados consumadas de una actividad de igual tenor" (Peyrano, Jorge W, "Medida cautelar innovativa", Depalma, Bs. As., 1981, pág. 21). Más recientemente el mismo autor, en su trabajo "Medida Cautelar innovativa, balance de situación ajustes. Nuevos Horizontes", vuelve a advertir sobre el carácter excepcional de esta medida cautelar no recepcionada por el derecho planificado provincial. "Es que ella, a diferencia de la mayoría de las otras, no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (vgr, embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.), ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente" (JA, tr 1995IV p. 681). Debe traerse a la memoria, las recomendaciones del Congreso de Derecho Procesal de 1979 según el despacho de la comisión presidida por Augusto Mario Morello que reiteró el Congreso celebrado en 1995 en la que se dejó sentado que "¿para la sanción de una medida cautelar innovativa no basta con la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, lo que sería suficiente para decretarla si se la ubicara dentro de la prohibición de innovar, sino que por el contrario, exige recaudos propios?" (Ponce, Carlos J., "Precisiones sobre la medida cautelar innovativa, en Sistemas cautelares y procesos urgentes", en "Revista de Derecho Procesal", t. 2009, págs. 161 y ss.). A su vez se aclaró que, no obstante que muchas veces se canalice a través de una medida innovativa, la denominada "anticipación de tutela" exhibe una gravedad todavía mayor: concretamente, se está adelantando partes o todo de aquello que será objeto de la pretensión principal misma. En estas condiciones, no resulta extraño que los habituales requisitos de verosimilitud en el derecho invocado por el peticionante y peligro en la demora reclamen una carga de justificación en la argumentación o, en otras palabras, una exhaustiva motivación tanto por parte del pretensor cuanto del juez que ordena su despacho, y no sólo respecto de las premisas normativas sino también de las fácticas. Asimismo, se advirtió que es cierto que desde la doctrina que emana del leading case "Camacho Acosta" se destaca el perjuicio irreparable que implicaría no adoptar en forma inmediata la medida cautelar innovativa que presupone una situación excepcional. Pero como lo señalaba Morello y la propia Corte Nacional, son medidas que producen modificaciones sustanciales en la realidad fáctica o jurídica y sobre la proyección material de la pretensión ("La cautela material", JA, t. 1992 IV p. 24). De ahí tal propiedad: "excepcional". En el sub júdice el accionante solicitó como medida cautelar, la suspensión de la aplicación de disposiciones dictadas en relación a la ley provincial de presupuesto N° 3650 modificada por la ley N° 13065, haciéndose más estricta la procedencia de cautelares suspensivas. Ello, en tanto los presuntos daños que se deriven del cumplimiento de la norma que posteriormente se declare o no inconstitucional, son esencialmente de carácter económico y reparables en la resolución final, máxime cuando la responsabilidad del demandado (en el caso, la provincia de Santa Fe) no puede ponerse en tela de juicio. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "el régimen de medidas cautelares innovativas debe apreciarse con mayor estrictez en materia de reclamos y cobros fiscales, por la presunción de la legitimidad que tienen los actos de la administración y la consideración del interés público" (Garre, Alfredo A c/ Dirección Gral. Impositiva", La Ley 1999-E, 940). Luego de una detenida lectura de las actuaciones, no se advierte con absoluta certeza la irreparabilidad del perjuicio que la Administración Provincial pudiera ocasionarle a la actora, máxime cuando el motivo de la litis radica en el aumento de la alícuota respecto del pago de los ingresos brutos. En tal sentido, resulta oportuno recordar lo dicho expresamente por la actora en su contestación de agravios en cuanto de que "¿existe la posibilidad prima facie de "resistir" el aumento por parte del concesionario, entendiendo "resistir" con que no haya que cerrar las puertas inmediatamente?". Asimismo, la accionante no acreditó debida y suficientemente los perjuicios invocados respecto de las personas que trabajan en el casino, como así tampoco los terceros posibles afectados. No obstante lo expuesto, cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia, a

diferencia de la de EE.UU, ha adoptado respecto a los actos del poder público, la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo, y aún del ejecutivo, lo que supone la presunción de racionalidad (Linares, Juan F "Razonabilidad de las leyes", Bs. As., Astrea, 1970, p. 213 y 136). Esto implica que la doctrina y la jurisprudencia hayan extremado el criterio restrictivo en la aplicación de una medida cautelar como la peticionada por el accionante, cuando la misma implique la suspensión de un acto del poder público. Ampliar su ejecutividad conlleva un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces (ver protocolo de esta Sala III, Resolución N° 435 de fecha 5 de diciembre de 2012). En consecuencia, y en forma análoga con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Provincia de la Pampa c./ Estado nacional s/ medida cautelar" (06/03/2012): "En tales condiciones, ponderando el hecho indiscutible de que, en razón de la coincidencia del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismo efectos que la sentencia definitiva (Fallos: 327:2490), considerando 4°), corresponde concluir en su improcedencia, tanto más si se aprecia que su admisión excedería ciertamente el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad (Fallos: 325:388). En definitiva conforme lo expresa la apelante en su memorial recursivo, no se encuentran reunidos suficientemente en el sub lite la concurrencia de los presupuestos para la procedencia de esta excepcional medida. Finalmente corresponde destacar, el carácter provisional de las decisiones cautelares, lo que autoriza su mutabilidad cuando se modifiquen las circunstancias que determinan su admisión o su rechazo. Voto Dr. Cuneo: Comparto en lo fundamental lo expuesto por la colega preopinante; sin perjuicio de ello quisiera destacar que el desarrollo vivencial de la vida comunitaria exige que cuando se está frente a decisiones adoptadas por el Estado en cumplimiento de funciones que le son propias, se vea a éste como persona del derecho público y adoptando, presuntamente y en principio, decisiones que confluyen en el cumplimiento del amplio espectro de soluciones que se le requieren como órgano de gobierno. Por tanto la afectación que de ellas pudieren derivarse para los particulares, aún en las grandes operaciones comerciales, sean o no derivadas de una licitación pública y que suponen el pre establecimiento de condiciones que son aceptadas por los particulares quienes intentan obtener un beneficio económico de las mismas, previa deliberación en su interior, deben ser analizadas con base en que ha habido libertad en la toma de decisiones y aceptación de riesgos y que el Estado ha tomado también sus recaudos ante las posibles variables que la dinámica socio-económica puedan plantear a sus previsiones presupuestarias. Ello, lleva de la mano a la legitimidad presunta de la actuación estadual pero con ello no se está diciendo que exista un Bill de indemnidad para cometer excesos que perjudiquen notoriamente y sin suficiente grado de verosimilitud del derecho como para adoptar medidas de gobierno. Por otro lado ha de considerarse el interés de los particulares y la forma y modo en que han asumido sus respectivas obligaciones al aceptar los condicionamientos de una adjudicación (en el caso la explotación del Casino Rosario). No pueden hacerse meras declaraciones abstractas respecto a la verosimilitud del derecho al pedir medidas cautelares del tipo innovativo como las peticionadas en autos. Tampoco es aceptable que el peligro en la demora sea tomado como una cuestión que se va configurando hacia el futuro en la aplicación de nuevas pautas tributarias y por la sola aplicación de criterios contables que pueden variar en el largo lapso por el cual se ha contratado. Sin embargo, en el caso, estimo que la mayor dificultad está en superar el perjuicio irreparable, el que debe surgir nítido en sus dos aspectos (el daño en concreto y su irreparabilidad posterior por vías idóneas y garantidas). La sociedad, o mejor expresado, el Estado, debe a los particulares bienes jurídicos protegidos que si bien constituyen un valor para ellos, no puede ubicarlos en una situación de privilegio haciendo que no se le aplique a alguno o algunos de ellos un trato desigual frente al derecho positivo. La garantía de igualdad de tratamiento, no puede ser ignorada, implica una igualdad de respuesta ante situaciones iguales o muy similares que puedan ser consideradas análogas; sin embargo hay desigualdades que son pasibles de aceptación por vía de nivelación por vías de excepción administrativa debidamente justificada o por decisiones judiciales en caso de conflicto jurisdiccional. Aquí, debe ponerse de resalto la asunción de riesgos por parte de la solicitante de la medida y ello a través de una cláusula diferenciada, en la que toma a su cargo el incremento tributario que, como lo explica la recurrida, no es un hecho imprevisible ajeno al contrato. Del mismo pliego surge la previsión expresa de que: "El canon ofrecido es asumido a riesgo del oferente por el otorgamiento de la concesión, siendo ajenas al contrato las proyecciones, conclusiones y resultados que los condujeron a ofrecer el mismo". Respecto a materia tributaria se estableció y acordó libremente que: "Será por exclusiva cuenta y a cargo del Concesionario el pago de la totalidad de los servicios, como así también de todos los tributos, impuestos y tasas, nacionales provinciales o municipales vigentes o a crearse, que graven los inmuebles, las actividades propias del Casino y cualquier otra actividad complementaria objeto de la concesión". De este modo la actora asumió los riesgos a que se vería sometido el quantum de su ganancia, sin hacer previsiones expresas en materia ante eventuales modificaciones tributarias. Al haber asumido estos riesgos, la actora carga con toda la imposición probatoria respecto de los índices de procedencia de una cautelar del tipo innovativo y a mi juicio, no ha logrado demostrar perjuicio irreparable, tampoco suficiente entidad en el peligro en la demora, siendo que el supuesto perjuicio recaería en los índices de utilidad pretendida por el ejercicio de la actividad licitada. Ergo, asiste razón a la recurrida en cuanto a que el sinalagma no ha sido roto en forma paralizante de la actividad de su contraria por resultar

"irresistible", cuanto menos en lo inmediato. No logra desvirtuar la inmediatez necesaria para evitar graves daños en su contra y no parece asumir que las cuestiones debatidas en el expediente están sujetas, por el momento, a la característica propia de las medidas cautelares de variabilidad y que responde a la provisionalidad que les resulta atributo reconocido por doctrina y jurisprudencia. Dentro de este proceso cautelar en particular se ha brindado mediante la apertura de distintas instancias la posibilidad de arribar a conclusiones ajustadas a la evolución fáctica resultantes de la dinámica de las conductas a juzgar. Planteada la controversia ante la sede recursiva no cabe dudas que, sea por el argumento primigeniamente sostenido en la resolución inicial o por compartir -como lo hago- el razonamiento de la preopinante, el que resulta adecuado al enfoque jurídico dentro del cual se ha colocado la controversia con el avance de la causa, el resultado es que la impugnación deducida, cuanto menos por el momento no corresponde que sea acogida. Comparte especialmente la indiscutible solvencia del Estado para responder por una medida excesiva o contraria a derecho. También la jurisprudencia citada como aplicable al caso, proveniente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Garre, Alfredo A c/ Dirección Gral. Impositiva", La Ley 1999-E, 940; "Provincia de la Pampa c./ Estado nacional s/ medida cautelar" (06/03/20L2): "En tales condiciones, ponderando el hecho indiscutible de que, en razón de la coincidencia del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismo efectos que la sentencia definitiva (Fallos: 3272490), considerando 4º), corresponde concluir en su improcedencia, tanto más si se aprecia que su admisión excedería ciertamente el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad (Fallos: 325:388). Que no logra advertirse con absoluta certeza la irreparabilidad del perjuicio que la Administración Provincial pudiera ocasionarle a la actora, dada la vinculación con la variación de las normas tributarias (pago de los ingresos brutos). Que no haya que cerrar las puertas inmediatamente...". Asimismo, la accionante no acreditó debida y suficientemente los perjuicios invocados respecto de las personas que trabajan en el casino, como así tampoco los terceros posibles afectados. Que respecto a los actos del poder público, la regla es la de presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo, y aún del ejecutivo, lo que supone la presunción de racionalidad (Linares, Juan F "Razonabilidad de las leyes", Bs. As., de Astrea, 1970, p. 213 y 136). Esto implica que la doctrina y la jurisprudencia hayan extremado el criterio restrictivo en la aplicación de una medida cautelar como la peticionada por el accionante, cuando la misma implique la suspensión de un acto del poder público. Voto Dr. Ariza: Compartiendo los argumentos expuestos por la Dra. Álvarez, adhiero a su voto. En virtud de lo expuesto, la Sala Tercera de la Cámara de apelación en lo Civil y Comercial, Integrada; RESUELVE: 1 Hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada, y en consecuencia revocar el punto 2) de la resolución n° 3155/11 y en su lugar: No hacer lugar a la medida cautelar solicitada. 2. Costas en ambas instancias a la vencida (artículo 251 C. PC.C). 3. Fijar los honorarios de los profesionales interviniente en el 50% de los que, en definitiva, resulten regulados en primera instancia. Insértese y hágase saber ("Casino de Rosario S.A. c/ Provincia de Santa Fe s/ Demanda Ordinaria", Expte. N° 208/12) **ÁLVAREZ CÚNEO (POR SU VOTO) ARIZA** Correlaciones: Sydiaha, Alejandro - Sentencia anticipatoria: diferencias con las medidas cautelares - Erreius online, mayo 2009,

Cita digital: