

GIACHINO LUIS ALBERTO Y OTRO C/ ESTADO NACIONAL-
Dirección General de Sanidad (RECURSO DE HECHO)
S.C., G 962, L.XLIII.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

A fs. 1267/1275 de los autos principales (a los que me referiré en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala II) desestimó la apelación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GBCA) y mantuvo lo resuelto por el juez de primera instancia a fs. 906 en cuanto rechazó, por tardía e improcedente, la presentación de aquél para redefinir la cautelar dictada en autos, respecto de la sujeción tributaria de la explotación del buque casino “Estrella de la Fortuna”.

Consideró, para ello, que los límites de la medida eran claros y la circunstancia impositiva alegada como novedosa resultaba existente al momento de su dictado, por lo que no se daban los supuestos del art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que posibilitaran asignarle un nuevo significado o alcance.

Para decidir de ese modo, sostuvo que el plazo para solicitar la aclaración de una resolución es, por aplicación del art. 166 inc. 2º del CPCCN, de tres días, por lo que la viabilidad de la pretensión del GCBA en ese sentido era inadmisibile por extemporánea.

Por otro lado, señaló que el GCBA observó una conducta dual que no se avenía con el principio de buena fe. Reseñó que, así como esa parte reclamó el respeto de sus facultades para la fiscalización tributaria en el buque-casino, también sostuvo que era constitucionalmente imposible privatizar o dar en concesión una actividad lúdica en el ámbito de la ciudad; que el Gobierno Federal no podía habilitar casinos flotantes en aguas jurisdiccionales de aquélla y que era recomendable promover acciones legales para recuperar el ingreso ilícito de la empresa Casino

Buenos Aires S.A. y la revocación de su condición de persona jurídica. Entendió que estas actitudes eran contradictorias y configuraban una discrepancia interna de la administración local, lo que privaba de fundamento al reclamo relacionado con la pretensión de que se ampliara la cautelar dispuesta respecto del reconocimiento expreso de los alcances tributarios de ésta y lo tornaba, en consecuencia, un problema “improponible” a los Tribunales, en tanto la propia GCBA consideraba que la actividad que desarrolla el casino flotante es ilícita.

Asimismo, afirmó que era posible aplicar el precepto del art. 202 del CPCCN “puesto que no medió variación ponderable de las circunstancias”.

Con relación a las resoluciones del juez de primera instancia, obrantes a fs. 1162 y vta. y 1228/1229, que dispusieron que no se innovara en la situación tributaria (en cuanto al impuesto a los ingresos brutos) respecto de la actividad que se lleva a cabo a bordo del buque “Estrella de la Fortuna”, debiendo abstenerse la Dirección de Rentas del GCBA de todo acto que implique determinación, intimación y ejecución de sumas de dinero correspondientes a dicho impuesto hasta tanto la cámara se expida respecto de la apelación interpuesta contra la resolución de fs. 906 que consideró extemporánea la presentación del GCBA para definir los alcances de la cautelar dispuesta a fs. 59/64, la alzada sostuvo que “habida cuenta (de) los términos de este pronunciamiento y el alcance con el que fueron dictadas (ver último párrafo, *in fine*), nada cabe decidir a su respecto”.

-II-

Disconforme, el GCBA interpone el recurso extraordinario de fs. 1378/1397 que, denegado a fs. 1415/1416, motiva la presentación en queja.

Procuración General de la Nación

En síntesis, el recurrente sostiene la arbitrariedad de la sentencia en que: a) afecta directamente el patrimonio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las atribuciones propias e indelegables del Gobierno local; b) se produjeron circunstancias que alteraron el significado y alcance de la cautelar dictada en autos, lo que requiere su ajuste al objeto del proceso —por aplicación del art. 202 del CPCC—, en cuanto a que: a) la propia empresa Casino Buenos Aires S.A. es quien se considera exenta del pago del impuesto a los ingresos brutos y así lo refleja la auditoría contable al balance general correspondiente al ejercicio 2002 presentado en la Inspección General de Justicia y las cartas-documento y presentaciones varias de la sociedad ante la Dirección de Rentas del GCBA; b) es la actora la que pretende —y lo logró con las cautelares de fs. 1162 y 1228— dar un alcance distinto a la medida dictada a fs. 59/64; c) las medidas de no innovar en materia tributaria violan el ordenamiento jurídico, porque el contrato de concesión entre Casino Buenos Aires y Lotería Nacional S.E. prevé el pago de toda tasa, impuesto o contribución de cualquier origen o naturaleza por el ejercicio de la actividad (art. 29 del Pliego) y, como tal, se encuentra alcanzado por el art. 119 del Código Fiscal local; d) se dictan nuevas medidas de no innovar —a instancias de la actora— que precisan los alcances de la anterior, cuando el tribunal había rechazado la presentación de la demandada porque los términos de la cautelar eran suficientemente claros, lo que denota que el juzgador actúa contra sus propios actos; e) la supuesta conducta contradictoria o actitud dual del GCBA no es apoyo válido para denegar el recurso, máxime cuando se omite todo análisis respecto del convenio suscripto entre las jurisdicciones federal y local en relación con la actividad de la actora; f) con el convenio de octubre de 2003 quedó legalizada la actividad de la actora con la conformidad del GCBA e incluso perdió virtualidad la cautelar originaria referida a la habilitación del buque-casino; g) la aclaración solicitada al juez de grado no es la del art.

166, inc. 2° del CPCC, como sostiene la alzada, sino la aplicación del art. 202 del mismo cuerpo legal ante la modificación de las circunstancias que alteraron la cautelar originaria; h) la cámara omitió resolver las apelaciones deducidas contra las resoluciones de fs. 1162 y 1228; i) las atribuciones del GCBA en materia impositiva no pueden excluirse en virtud de lo establecido en el art. 75, inc. 30 de la Constitución Nacional, en la hipótesis de encontrarnos frente a un establecimiento de utilidad nacional, toda vez que la jurisdicción es compartida con la nacional; j) el pronunciamiento sólo expresa la voluntad subjetiva de los sentenciantes, es una derivación irrazonable del derecho vigente en tanto prohíbe al GCBA —sin causa justificante— el ejercicio de sus potestades tributarias y omite evaluar y pronunciarse sobre articulaciones serias introducidas al proceso sin fundamento suficiente.

-III-

V. E. tiene dicho que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o revoquen, no revisten carácter de sentencia definitiva para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; entre otros). No obstante, se reconoce excepción a dicho principio, cuando lo dispuesto cause un agravio que, por su magnitud o circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior o exista gravedad institucional (Fallos: 323:337, entre muchos).

También el Tribunal reiteradamente rechazó la admisibilidad del recurso extraordinario cuando el planteo se refiere a cuestiones procesales, sin perjuicio de reconocer excepciones si mediare arbitrariedad del pronunciamiento.

Tengo para mí que, en el presente, al haber la alzada admitido la vía del art. 202 del CPCCN —si bien por vía de su rechazo al

Procuración General de la Nación

considerar que no mediaron circunstancias que tornaran aplicable dicho precepto— resolvió dogmática y arbitrariamente, toda vez que no analizó las variaciones alegadas y comprobables en el proceso que ameritaban una nueva evaluación de la medida dispuesta o, por lo menos, una aclaración en su aspecto tributario. Con mayor razón, pues pudo —en contradicción con su propia postura— decidir la abstención del cobro impositivo por parte del GCBA ante un pedido en tal sentido de la empresa concesionaria de casinos.

Por otro lado, si bien las resoluciones de fs. 1162 y vta. y 1228/1229 son medidas de no innovar dispuestas “hasta tanto” se resuelva el recurso de apelación contra la resolución denegatoria de fs. 906 y la alzada manifestó no decidir a su respecto, considero —en rigor— que las apelaciones contra aquéllas fueron resueltas implícitamente por la cámara cuando sostuvo que los planteos eran “improponibles” al tribunal impidiendo, de ese modo, su análisis por el órgano judicial.

Tampoco se entiende el argumento de la alzada respecto del comportamiento dual de la demandada, máxime cuando los argumentos para su examen se refieren a las cuestiones relativas a la habilitación de la concesión de la actividad del buque-casino (objeto de la demanda), que fueron zanjadas, en principio, con la cautelar de fs. 59/65, no cuestionada aquí, y con los términos del convenio suscripto entre Lotería Nacional S.E. y el GCBA, aprobado por la legislatura local (ley 1182), y lo ahora discutido se refiere a la extensión de la medida de no innovar (en rigor, al dictado de una nueva), concerniente a la potestad tributaria del gobierno local, es decir, a si compete a éste el cobro de los tributos pertinentes, en especial, el impuesto a los ingresos brutos.

Considero que, en lo demás, resulta evidente que las resoluciones apeladas incurren en graves defectos de fundamentación al haber omitido tener en cuenta que la percepción de las rentas públicas es

condición indispensable para el funcionamiento regular del Estado y que las medidas cautelares que conllevan su postergación debe ser examinadas con absoluta estrictez (Fallos: 313:1420), a la vez que le impone a la Ciudad que se abstenga de exigir el cobro del tributo, privándola de una herramienta de singular importancia para el funcionamiento de la comunidad, y exime al concesionario de cumplir con obligaciones de su contrato como la de abonar todos los impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen o naturaleza por el ejercicio de la actividad (art. 29 del pliego, fs. 173).


-IV-

Por lo expuesto, opino que cabe admitir la queja, revocar la sentencia de fs. 1267/1275 en cuanto fue motivo del recurso extraordinario y devolver las actuaciones a origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

Buenos Aires, 14 de diciembre de 2010.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación