



CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA II SECRETARÍA UNICA
NOVO NORDISK PHARMA ARGENTINA SA CONTRA GCBA Y OTROS POR APELACION - AMPARO - GENERICO
Número: INC 37093/2016-1
CUIJ: INC J-01-00057017-2/2016-1
Actuación Nro: 10902502/2017

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13 de marzo de 2018.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que, a fs. 45/52 vta., la Sra. jueza de grado hizo lugar a la medida cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) “...que se abstenga de realizar retenciones a cuenta del ISIB, por aplicación del SIRPEI sobre las sumas que percibe DGA provenientes de operaciones de importación definitiva a Consumo de mercaderías, hasta que se agoten los saldos a favor que presenta el contribuyente en relación a dicha actividad en esta jurisdicción” (v. fs. 52 vta.).

En tal sentido, luego de reseñar los antecedentes de hecho y derecho, consideró que de las constancias acompañadas se desprendía que en los periodos 2012 a 2015 las percepciones efectuadas por aplicación del SIRPEI, en todos los casos, habrían duplicado el monto del impuesto liquidado anualmente (v. fs. 51).

De tal modo sostuvo que “...la desproporción que —prima facie— se configuraría, permite inferir, con la provisionalidad que caracteriza a este tipo de medidas, que la demandada estaría efectuando percepciones que exceden la obligación fiscal del contribuyente que, como se dijo, tributa sobre una base imponible reducida, sin que logre atemperarse la afectación al patrimonio de la actora” (v. fs. 51).

Ello así, concluyó que el derecho invocado y la situación lesiva denunciada aparecían configurados de modo verosímil (v. fs. 51 vta.).

Asimismo, destacó que la circunstancia apuntada se veía agravada “... ante la imposibilidad que tiene [el] contribuyente de contar con herramienta o procedimiento administrativo específico que le permita atenuar la distorsión referida mediante el ajuste de la alícuota que se aplica a la percepción, como si se prevé a través de la resolución 816/AGIP/2014 (BOCBA 4544 del 17/12/14), que se aplica a los restantes regímenes de recaudación vigentes pero del que ha excluido en forma expresa al SIRPEI en su artículo 1º” (v. fs. 51 vta.).

Finalmente señaló que “...el propio Código Fiscal incorporó a partir del año 2015, un capítulo que refiere a los regímenes de retención y percepción (capítulo X) en donde establece, entre otras cosas, que ‘(s)ólo podrán realizarse retenciones y/o percepciones por operaciones gravadas. En caso de imposible discriminación, y que se haya realizado una retención o percepción sobre conceptos exentos o no alcanzados, el Fisco debe establecer un mecanismo ágil de devolución ante el pedido del contribuyente’ (art. 246 del CF t.o. 2016)” (v. fs. 51 vta.). Sin embargo, sostuvo que con relación a la situación planteada en autos no existía previsión en tal sentido (v. fs. 51 vta.).

De acuerdo con lo expuesto, estimó que “...la verosimilitud del derecho alegado por la actora se encuentra reforzada ante la inexistencia de algún

mecanismo que le permita al contribuyente acceder a una devolución rápida de los ingresos que se perciben en exceso a través del sistema en estudio" (v. fs. 51 vta.).

A su vez, en cuanto al peligro en la demora, señaló —en primer lugar— que *"...los requisitos de procedencia de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, menor es la exigencia del peligro del daño, e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del fumus se debe atemperar"* (v. fs. 52). Citó jurisprudencia de esta Cámara en ese sentido.

Así, destacó que, en el presente caso, *"...la exigencia debe ser atemperada frente a la circunstancia de que la empresa continuaría acumulando abultadas sumas en concepto de saldos a su favor que no lograrían compensarse lo que importa una evidente afectación de su derecho de propiedad"* (v. fs. 52).

Señaló que *"...tratándose de obligaciones fiscales alcanzadas por la posibilidad de ocurrir por la vía de repetición, la configuración del peligro en la demora no se presenta incuestionadamente"* (v. fs. 52), sin embargo tuvo presente jurisprudencia del TSJCABA referida a que la posibilidad de repetición no habilitaría a que pueda cobrarse ilegalmente de más, al desentenderse la retención de la cuantía de la tarifa del tributo establecida en la ley, con la excusa de que es posible repetir, viéndose menoscabado así el derecho de usar y disponer de la propiedad.

Por último entendió que *"...en atención el monto al que ascienden los saldos a favor de la actora y la extensión con la que se determin[ó] la medida, la caución juratoria ofrecida por su parte resulta suficiente"* (v. fs. 52 vta.).

Señaló la inexistencia de afectación del interés público en tanto *"...las decisiones que se adoptan en el marco de las medidas cautelares no resultan concluyentes, pues no reconocen derechos de manera definitiva a favor de las partes"* (v. fs. 52 vta.).

2. Que, contra ese pronunciamiento, la parte demandada dedujo recurso de apelación (v. fs. 62/76).

Expuso allí que: *a)* la resolución apelada carecía de fundamentación o que ella era aparente; *b)* en el pronunciamiento el *a quo* soslayaba el interés público comprometido y el carácter excepcional de la procedencia de medidas cautelares ante casos como el de autos; *c)* no se había acreditado el daño grave, la existencia de una ilegalidad manifiesta en el accionar administrativo, la verosimilitud del derecho invocado ni el peligro en la demora y la contracautela resulta insuficiente; *d)* en materia tributaria las medidas cautelares resultan de carácter restrictivo y; *e)* el fallo resulta meramente dogmático y afecta la adecuada percepción de la renta pública.

2.1. Conferido el pertinente traslado de los fundamentos del recurso incoado por su contraria (v. fs. 83), la actora lo contestó (v. fs. 84/89 vta.), términos a los que corresponde remitir en honor a la brevedad.

3. Que, ello asentado, cabe señalar que en el artículo 15 de la Ley 2145, como recaudos sustanciales para la concesión de medidas como la peticionada, se exige la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la no frustración del interés público y la contracautela, como recaudos que hacen a su traba.

Es adecuado recordar también que en el artículo 177 del CCAyT se establece que *"[l]as medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato"*

implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida. Y que “[q]uien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aun cuando no estén expresamente reguladas en este Código”.

Por otro lado, en el artículo 189 del referido código se dispone que “[l]as partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos: 1) Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público. 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión”.

4. Que, asimismo, resulta oportuno señalar que la CSJN tiene dicho que “[s]i bien el dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifican” (in re “Líneas Aéreas Williams S. A. c/ Catamarca, Prov. de s/ Interdicto de retener”, del 16/07/96). “Por ello, la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora” (confr. CSJN, “Grinbank c/ Fisco Nacional”, del 23/11/95; “Pérez c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 25/06/96; “Frigorífico Litoral Arg. c/ DGI s/ declaración de certeza”, del 16/07/96).

Debe recordarse, asimismo, que existe jurisprudencia en el sentido de que los dos requisitos mencionados precedentemente se hallan relacionados de modo tal que, a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora y viceversa (confr. esta sala, in re “Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/ amparo”, EXP 6/0, del 21/11/00).

5. Que, asentado ello, es preciso recordar que la pretensión cautelar se encuentra dirigida a que se ordene al GCBA a “...emitir provisoriamente un certificado de exclusión o no percepción del ISIB o, en su defecto, para que atenúe la alícuota a cero por ciento (0%) en el régimen SIRPEI hasta tanto esta controversia se dirima mediante resolución definitiva y pasada en autoridad de cosa juzgada sobre el fondo de la cuestión o, subsidiariamente, hasta tanto se agote el saldo a favor denunciado en la presente acción” (v. fs. 11/11 vta.).

La parte actora, para fundar su pretensión, sostiene que existiría una palmaria asimetría entre la percepción que efectuaría la Dirección General de Aduanas (DGA) del impuesto sobre los Ingresos Brutos (ISIB) por las operaciones de

importación definitiva para consumo de mercaderías que ingresen al territorio aduanero y lo que efectivamente se liquidaría por el gravamen (v. fs. 3 vta. y 13).

Así, indica que la DGA “*practica percepciones tomando como base imponible el valor de las importaciones de los productos más los derechos de importación sin tener en cuenta que el gravamen se liquida sobre la diferencia entre los precios de compra y de venta de los medicamentos*” (v. fs. 3).

Esa última afirmación se relaciona con la actividad comercial que la actora denuncia realizar, y que se encontraría comprendida entre uno de los supuestos especiales previstos en el Código Fiscal de esta ciudad para la liquidación del ISIB (v. art. 211, inc. 5° -TO. 2015-).

6. Que, en este contexto, es preciso subrayar que no se advierte razón suficiente como para entender que el derecho invocado por la parte actora aparezca, en esta instancia preliminar de conocimiento, como suficientemente verosímil.

Para analizar la validez de la operatoria del sistema SIRPEI que aquí se cuestiona, sería necesario que se encuentre acreditado *prima facie*, que los valores de los bienes -medicamentos- utilizados para el cálculo de las diferencias alegadas han sido correctamente imputados, así como que las percepciones fueron efectuadas por los montos consignados en el escrito de demanda.

Nótese, según quedó dicho, que de conformidad con lo previsto en el artículo 211, inciso 5°, del Código Fiscal - “[l]a base imponible está constituida por la diferencia entre los precios de compra y venta, en los siguientes casos: (...) 5. Comercialización mayorista de medicamentos para consumo humano”. Determinar si tal supuesto resultaría aplicable a la situación tributaria de la actora exigiría, cuanto menos poder, provisionalmente, contar mínimamente con el estatuto social de la empresa actora, identificar los productos adquiridos (y su precio de compra), valor de venta de esos productos, metodología utilizada para su comercialización, por tratarse de elementos necesarios para establecer que la actividad desarrollada encuadraría dentro de las previsiones del citado artículo.

Al ser ello así, en atención a que no consta en autos documentación que permita tener por corroborado tales extremos, así como que no se han anejado las constancias de las percepciones que la actora alega que le han sido efectuadas, la pretensión cautelar articulada no puede prosperar.

Si bien la contribuyente adjuntó las declaraciones juradas por los períodos reclamados y certificaciones contables que estimó conducentes, lo cierto es que esa documentación, así como la demás citada en el escrito de inicio (v. fs. 37), no permite -en este estado larval del proceso- corroborar, bajo los recaudos exigidos en el Código Fiscal, la liquidación en la forma realizada por la actora.

7. Que tal como la doctrina y la jurisprudencia han señalado, el peticionante debe probar el *fumus bonis iuris*, para lo cual deberá armar los elementos idóneos para producir convicción en el ánimo del tribunal sobre la apariencia de certeza o credibilidad del derecho invocado como sustento de su pretensión (Martínez Botos, Raúl, Medidas cautelares, Universidad, Buenos Aires, 1996, pág. 41, y jurisprudencia allí citada). En efecto, como ya se ha sostenido anteriormente, el peticionante de una medida cautelar no puede quedar relevado del deber de comprobación de la verosimilitud de su derecho (sala I, en autos “Stagnaro, José c/ GCBA s/ Impugnación actos administrativos”, EXP 176/0; “Calabretta, Alejandro Antonio c/ G.C.B.A. y otros

s/ Amparo”, Exp n° 8311/0; Martínez Botos, Raúl, Medidas cautelares, Universidad, Buenos Aires, 1996, pág. 41, y jurisprudencia allí citada).

En consecuencia, en atención a que para determinar la existencia de “...una suma acumulada de forma permanente y progresiva en concepto de percepciones (...) significativamente superior al ISIB a pagar, sin que resulte posible consumirlo” (v. fs. 1 vta.), se requiere analizar el giro comercial de la actora (v. fs. 3/4), verificar los montos consignados para la base de cálculo de las diferencias denunciadas, así como comprobar las percepciones que la actora consignó en el escrito de inicio -con las constancias obrantes en autos- no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho que permita acceder a la tutela peticionada con fundamento en el principio de reserva de ley y del derecho de propiedad.

8. Que, en punto al requisito del peligro en la demora, si bien se ha dicho, como se señaló más arriba, que ambos recaudos se hallan relacionados de modo tal que, a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente uno de ellos, se haya probado en forma mínima la presencia del otro. Es decir, en el caso, dado que no se ha podido demostrar, siquiera mínimamente, a criterio del tribunal, uno de ellos, deviene innecesario el examen del peligro en la demora (v. esta sala *in re* “Dell Ordine, Ernesto Osvaldo c/ GCBA s/ incidente de apelación”, expte. C7775-2014/1, del 08/09/16).

9. Que, finalmente, del modo en que se resuelve resulta innecesario ingresar en el estudio de los restantes agravios articulados por el GCBA (v. fs. 73 vta./74 vta.).

Por todo lo expuesto, el tribunal **RESUELVE**: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la resolución de grado, con costas por su orden (arts. 14 de la CCABA; 26 de la Ley 2145; 62, segundo párrafo, y 63 del CCAyT).

Regístrese, notifíquese a las partes por secretaría y, oportunamente, devuélvase.

Dr. Esteban Centanaro
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Mariana Díaz
Jueza de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dr. Carlos Francisco Balbín
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires