



NEUQUEN, 19 de septiembre de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**SANCHEZ AMALIA C/ I.S.S.N S/ ACCION DE AMPARO**", (JNQFA4 EXP N° 100034/2017), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori**, dijo:

I.- Que a fs. 153/163 la actora interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2017 (fs. 141/143); pide se la revoque y se haga lugar a la demanda con costas.

En primer punto denuncia falta de motivación suficiente de la sentencia, que la hacen nula, reproduciendo lo invocado por las partes y fallos en la materia de la Sala I y II de esta Cámara de Apelaciones, desatendiendo las situaciones bien delimitadas que expusiera en su pretensión, por la que no era de aplicación la retención del impuesto a las ganancias a los haberes por carecer de notificación previa, y por haberse modificado la Ley que el instituto de seguridad social alega para efectuar el descuento, para incurrir en incongruencia, ya que se aparta de la relación necesaria que debe existir entre la misma y las pretensiones de las partes.

En segundo lugar se agravia porque el juez de grado con meras afirmaciones dogmáticas, ha fallado apartándose de los extremos fácticos y legales, arribando a una conclusión jurídicamente inaceptable, con una antojadiza interpretación de lo reclamado y excediendo todo límite de razonabilidad; que más allá de lo que resulta del informe circunstanciado de las actuaciones administrativas cuya última resolución no fue notificada, la ley 20.628 no era de aplicación a su parte cuando se le otorgó el beneficio atento



a que la misma se encontraba modificada por la Ley 23.746, que la excluye de dicho impuesto.

Critica por errónea la interpretación del a quo cuando entiende que el accionar de la demandada no fue arbitrario, desatendiendo la doctrina sentada por esta Sala III en "Cucurulo " y su antecedente "Cordero" de la Sala II, e incurre en contradicción, cuando por un lado sostiene que mientras se encontraba en actividad no tributaba el impuesto a las ganancias, pero que luego de acceder a la jubilación sería alcanzada por la misma, cuando conforme los recibos de haberes obrantes en la causa, es en el mes de febrero de 2017 que se le efectúa el primer descuento, y del que recién tomó conocimiento a partir de marzo de 2017; que accedió al beneficio de la jubilación sin haber tenido jamás un descuento por este concepto; que se le realizó la retención sin ningún tipo de comunicación previa para ejercer adecuadamente su derecho de defensa, desatendiendo la modificación al impuesto que básicamente determina que será aplicado para quienes ingresen a partir del 1 de Enero de 2017.

Finalmente cuestiona que se le hayan impuesto las costas, al no valorar la juez que en la especie la jurisprudencia encontrada, con o que su reclamo no era temerario, sino fundado en fallos y doctrina de esta Cámara de Apelaciones; pide que en el hipotético e improbable supuesto de que no se hiciese lugar la recurso, se la exima del pago de costas atento lo normado en el segundo párrafo del art. 68 del CPCyC.

Formula reserva del caso federal.

II.- Que sustanciado el recurso, se presenta contestando la demandada a fs. 166/170; pide se rechace la apelación con costas.

Denuncia que la crítica incumple con los recaudos del art. 265 del CPCyC; asimismo contradicción con su postulado inicial respecto a lo pretendido y su conocimiento



que la demandada es sólo agente de retención que debe acatar obligaciones legales bajo pena de sanciones, y que la juez de grado señaló el fundamento por el que no correspondía que su parte debiera notificar a la actora la aplicación de la ley; que se realiza una interpretación subjetiva sobre el respecto a la jerarquía de las normas y que se encuentra exenta del pago del gravamen conforme la ley 23.746; que en el tercer agravio vuelve con lo expresado en su escrito de demanda; finalmente, que no resulta ajustado a derecho pretender el apartamiento al principio general sentado en el art. 68 del CPCyC respecto a la imposición en costas a la perdedora.

III.- A fs. 152 la actora apela por altos los honorarios regulados.

IV.- La sentencia de grado rechaza la acción de amparo luego de citar los dispares criterios sostenidos por las Salas de esta Cámara de Apelaciones, por un lado esta Sala III, en "Molia" y "Cururulo" que ha admitido la vía para hacer cesar el descuento del impuesto a las ganancias, compartiendo la juez de grado con los integrantes de las Salas I y II en "Barros" y "Ceballos" (entre otros) que en contrario entienden que el descuento del impuesto a las ganancias de los haberes jubilatorios de personas que no obraron dicho tributo como trabajadores en actividad no se configura un accionar arbitrario por parte de la caja previsional si se practicaron desde el primer haber jubilatorio; agrega que no se configura ilegitimidad porque no hay normativa que obligue a la demandada a dictar una resolución a tal fin o notificar la misma en forma previa, ni que su omisión le haya impedido ejercer la defensa oportuna, tratándose de una ley nacional cuyo desconocimiento no puede alegar (art. 8 del CCyC); que no puede calificarse al accionar de la administración como manifiestamente arbitrario pues su proceder se ajustó a la normativa vigente y no se advierte que se haya aplicado irrazonablemente o de forma caprichosa; finalmente impone las



costas a la actora en su condición de vencida, citando el art. 68 del CPCyC.

V.- Abordando las cuestiones traídas a entendimiento y por razones metodológicas se atenderá y decidirá el memorial de la actora que critica la sentencia de grado, estimando que a tal fin la pieza recursiva cumple con los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Que la pretensión de la actora resulta equiparable al supuesto que ya fuera analizado por esta Sala III en el precedente "MOLIA ANGEL C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO" (Expte. 468.787/12 - Sent. 14.11.2012), donde el amparista dependiente de la administración pública provincial nunca había sido considerado un sujeto alcanzado por el impuesto a las ganancias, y no existe controversia en que la retención fue cumplida por la accionada a partir de la primera liquidación mensual con apoyo en la previsión del art. 79 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. 649/97) que en su inciso c) contempla como alcanzados los ingresos derivados de jubilaciones, pensiones, retiros y otros beneficios previsionales que tengan origen en el trabajo personal, así como que la admisión se cumplía conforme la Ley de Procedimiento Fiscal N° 11.683 y Resolución General AFIP N° 2437, que designa a los empleadores como agentes de retención, tal el procedimiento consentido por la demandada en su responde.

Que frente a semejante plexo fáctico y encuadramiento legal, resultan aplicables a los presentes las consideraciones y conclusiones allí alcanzadas, por las que:

"... el artículo 43 de la Constitución Nacional prescribe expresamente que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de



autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. ..".(en similares términos se manifiesta el art. 59 de la Const. Prov.).

"Enrique M. Falcón en su obra *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* (Rubinzal Culzoni Editores- 2010) acerca de las exigencias para la procedencia del amparo regulado por la constitución y las leyes, nacional y provinciales, explica que "... desde nuestra óptica el amparo es una auténtica garantía constitucional que juntamente con el hábeas corpus y el hábeas data tutelan los derechos fundamentales." y para dar la nota característica de estos últimos cita a Luigi Ferrajoli (*Derechos y garantías, la Ley del más débil*, Trotta p. 37 y 120/121) señalando que aquella "está dada por el carácter universal de su imputación. Estos derechos (por ejemplo, el derecho de libertad, a la vida, el derecho a adquirir y disponer bienes objeto de propiedad, los derechos políticos y los derechos sociales) no son individuales, a diferencia de los derechos patrimoniales que sí lo son, por cuanto son reconocidos a todos en cuanto personas o ciudadanos. Por tal razón, son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos. Desde esta óptica, los derechos fundamentales no sólo son un límite a los poderes públicos sino también a la autonomía de sus titulares. En contraposición, los derechos patrimoniales son disponibles y negociables. ... Lo apuntado en modo alguno permite suponer que "cualquier conflicto " puede ser resuelto por la vía del amparo. Bien señala Gordillo que, aun cuando el artículo 43 de la Constitución Nacional amplía notablemente el



objeto del amparo incluyendo la protección de "todos los derechos", existe consenso en punto a que su tutela debe quedar limitada, exclusivamente, a los derechos fundamentales. Por ello, más allá del problema lingüístico señalado el justiciable debe demostrar que el derecho vulnerado es de primer grado. En síntesis, que su "caso" justifica la apertura de esta vía constitucional" (Pág. 233/235).

"Que abordando las cuestiones traídas a entendimiento, y relacionado con las tutelas descriptas, el artículo 14 bis, tercer párrafo de la Constitución Nacional establece que el Estado deberá otorgar los beneficios de la seguridad social "que tendrá carácter de integral e irrenunciable", así como que una ley establecerá "jubilaciones y pensiones móviles", mientras que la Carta Magna Provincial en el Capítulo II de la Primera Parte, "GARANTIAS SOCIALES" incluye que "El trabajo es un deber social y un derecho reconocido a todos los habitantes. Cada habitante de la Provincia tiene la obligación de realizar una actividad o función que contribuya al desarrollo material, cultural y espiritual de la colectividad, según su capacidad y propia elección. Al ejercer esta actividad, gozará de la especial protección de las leyes, las que deberán asegurar al trabajador las condiciones de una existencia digna (art. 52); "La legislación social garantizará un nivel decoroso de vida para el trabajador y su familia. Además tendrá un carácter orgánico y sistematizado para que, mediante la creación de fuentes de trabajo que posibiliten la ocupación plena, establezca las condiciones para hacer efectivo este derecho y lo garantizará mediante la indemnización a la desocupación forzosa" (Art. 53) y "La Provincia, mediante la sanción de leyes especiales, asegurará a todo trabajador en forma permanente y definitiva lo siguiente: ... c. Jubilaciones y



pensiones móviles, que no serán menores del ochenta por ciento (80%) de lo que perciba el trabajador en actividad" (Art. 54).

"Que atendiendo a los agravios vertidos conforme antecedentes fácticos y jurídicos colectados, cabe concluir liminarmente que en el presente proceso no es la vía para dirimir la naturaleza de la prestación jubilatoria del trabajador que accede a la pasividad en orden a lo preceptuado por la Ley 20.628 que regula el impuesto a las ganancias -es decir si se trata de una retribución equiparable a los ingresos originados en el trabajo personal, o, por el contrario, es "el cumplimiento del débito que la sociedad tiene para con el jubilado que fue protagonista del progreso social en su ámbito y en su época, que consiste en hacerle gozar de un beneficio, luego de haber transcurrido la vida activa y en momentos en que la capacidad laboral disminuye o desaparece" según la Cámara Federal de Corrientes en la causa "Barbis"-, sino deslindar si los mecanismos utilizados para aplicar la retención derivada de las normas nacionales citadas, al implicar disminución de la suma reconocida, han transcurrido por la vía que garantizaran el derecho de aquel emanado de un régimen o sistema antecedente que le otorgó un particular status tutelado constitucionalmente; es en tal punto, en que la conducta de la accionada emerge arbitraria frente a lo unilateral y novedoso que representa para el afectado la ejecución instantánea que viene cuestionada cuando la misma tarea como activo no mereció afectación; así lo analiza y concluye correctamente el juez de grado, y en el mismo sentido el antecedente emanado de esta Alzada ("Cordero").

"Que la propia naturaleza de las previsiones y tutelas consagradas obstan a que puedan ser desvirtuadas, alteradas o modificadas restringiendo sus alcances, sea en su reglamentación como a través de actos de las autoridades que



las apliquen -como el que viene cuestionado-, y en el supuesto que por su consecuencia se derive afectación de los derechos reconocidos al beneficiario de un crédito asistencial dentro del marco delimitado por las normas descriptas, la plenitud de aquellas se exterioriza garantizando las vías para repelerlos, aún frente al mismo Estado interesado en su cumplimiento, por la sencilla razón del carácter alimentario, esencia del haber previsional, y desde que la persona es obligada durante su etapa activa a contribuir por anticipado en vistas a la proporcional futura prestación prometida dentro de un sistema solidario con sus pares. Tan es así que lo confirma la manda constitucional cuando impone una evaluación constante de armonización entre los sectores activos y pasivos para evitar su desnaturalización y la razonable aptitud para cumplir efectivamente su fin asistencial.

"Que finalmente, en relación a la crítica a la imposición en costas, atendiendo a los términos del responde y resultado del proceso, no se comprueba elemento objetivo acreditado que permita desvirtuar el principio general emanado del art. 23 de la ley especial de amparo N° 1981, y excepcionarlo conforme las pautas contenidas en la segunda parte del art. 68 del CPCyC".

A su vez, en relación al derecho que titulariza la última y el trámite previo para desvirtuar la integridad del crédito al que accede con motivo de acceder a la jubilación, estimo oportuno citar parte del voto del juez Barreiro en que fundara la declaración de inconstitucionalidad del inciso c) del art. 79 de la ley 20.628 (t.o. por decreto 649/97), en cuanto establece como hecho imponible para la percepción del impuesto a las ganancias las jubilaciones, en la reciente sentencia del 24 de febrero de 2017 dictada en la causa "Fornari, Silvia Cristina - López, Silvia Liliana c/ Estado Nacional - Administración federal de Ingresos Públicos



s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" (Expte. N° FGR 21000305/2012/ CA1) de la Cámara Federal de General Roca:

"... que la ubicación sistemática del impuesto a la percepción de jubilaciones y pensiones dentro de la ley del IG no predica, por sí misma e indefectiblemente, que esa sea la verdadera naturaleza de la imposición y que, más allá de su inclusión en dicha norma, configura un impuesto a la percepción de esos conceptos por el hecho mismo de su cobro, con independencia de que no sean ganancias –en los términos corrientes de nuestra lengua– o de su rotulación como tal por parte del texto legal.

En este caso estaríamos frente a una objetiva manifestación de prepotencia tributaria, desentendida de principios cardinales que gobiernan la materia y que legitiman la imposición de estas cargas públicas.

¿Por qué afirmo ello?

En primer lugar porque el principio de legalidad quedaría así relegado a la mera constatación formal de si el tributo –concebido del modo arriba señalado– está o no previsto en la ley y dar por salvada la exigencia con esa sola y superficial mirada, menguando la importancia del mandato legislativo que no puede ser afincado en la arbitraria inclusión de una iniquidad dentro de un texto normativo, pretendiendo que quede purgada en base, justamente, a esa inclusión. Elaboración concéntrica que vulnera el principio lógico de razón suficiente ya que la razón de ser de la proposición (el tributo respeta el principio de legalidad) no radicaría en una elaboración intelectual que, con un método racional, la explique, sino en el mero hecho exterior de su inclusión en el texto legal.

En segundo lugar toca examinar la implicancia del IG sobre las jubilaciones en orden al principio de



capacidad contributiva, la cual no predica, per se, sobre la correspondencia de ningún tributo si el principio de legalidad es vulnerado al disponerse la imposición. Más aún, potenciales titulares de una gran capacidad contributiva (infinitamente mayor que la que poseen los jubilados) pueden ser eximidos del pago de impuestos –tal como acontece, por dar solamente un ejemplo, con los réditos financieros, o sobre la exportación de ciertos granos o, más recientemente, con el impuesto a los bienes personales, verdadera manifestación de riqueza– lo cual bien puede ser fundado en necesidades macroeconómicas. Menciono ello no a título de crítica –dicha labor es por completo ajena a mis atribuciones y carece además de toda relevancia para adoptar esta decisión– sino porque es un hecho objetivo que demuestra que la existencia de capacidad contributiva, así como su mayor o menor entidad, no solventa per se el establecimiento de un impuesto. Concluyo así que el examen de la cuantía del haber previsional no puede utilizarse como argumento justificante de una imposición sobre ese ingreso...”

Y también: "Existe otro aspecto que juzgo de relevancia exponer. Se trata de la cuestión referida al carácter sustitutivo del haber previsional. En este sentido la Corte ha sido enfática al declarar, en más de una oportunidad, la vigencia de dicho principio para fundar el rechazo de toda inteligencia restrictiva de la obligación que la Constitución Nacional impone al Estado de otorgar jubilaciones y pensiones móviles, según su art. 14 bis y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia (Fallos, 331:2006 y 336:1224, consid 6°).

Ese carácter sustitutivo exige, como recaudo sine qua non, que el haber jubilatorio guarde una proporción adecuada con el salario percibido en actividad. Se ve fácilmente entonces que esa proporción se altera fatalmente, cuando la propia autoridad estatal se apropia de una porción



de ese ingreso para destinarlo a la bolsa de la recaudación fiscal. Veo allí una capitulación del principio de sustitutividad cuya raigambre se ubica, sin dudas, en los derechos constitucionalmente consagrados en el ya recordado art.14 bis, desmedro que no debe apreciarse en base a una mayor o menor incidencia del impuesto –según la cuantía de la alícuota aplicada– sino en una cuestión conceptual, o de principios: un haber jubilatorio menguado por un impuesto altera su significación económica y entonces la proporción de éste con el haber que sustituye dejó de ser aquella que el propio Estado fijó para alcanzar el estándar de sustitutividad.

Lo que acabo de señalar va en sintonía con lo dicho por la Corte Suprema en "Barrios", al que aludí antes, (Fallos, 336:1224, consid. 6º), cuando expuso: "Que esta Corte ha reconocido invariablemente las facultades del legislador para organizar, dentro de límites razonables, el sistema previsional, es decir, de modo que no afecten de manera sustancial los derechos garantizados por la Constitución Nacional (Fallos: 311:1937; 329:3089), y ha ratificado los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales, rechazando toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado de otorgar "jubilaciones y pensiones móviles", según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia".

Pero eso no es todo. Agrega seguidamente el Alto Tribunal: "Que, por su parte, los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc.



23, de la Ley Fundamental, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos constitucionales reconocidos, en particular, a los ancianos (Fallos: 328:1602)".

Estos considerandos del fallo establecen, nada menos, la imposibilidad de aceptar como válida toda interpretación que conduzca a consagrar una restricción a la obligación estatal de otorgar jubilaciones y pensiones que, mediante la movilidad, no pierdan el carácter sustitutivo, resultado al que se llega si se acepta que esos haberes puedan ser mermados con la detracción que significa el impuesto a las ganancias. Y, además, que la franja etaria que es beneficiaria de jubilaciones y pensiones resulta amparada de un modo especial por el derecho a la progresividad en el goce de sus derechos básicos. Esto significa que las prestaciones que reciben nunca pueden evolucionar a la baja porque el estándar de vida a que arribaron en el momento de acceder al beneficio no puede, so pena de vulnerar el derecho a la progresividad, reducirse por debajo de la medida que el propio Estado estableció como punto para la sustitutividad: desde allí, jamás hacia atrás.

... Lo dicho hasta aquí perfila la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias aplicado sobre jubilaciones y pensiones por transgredir las garantías que aseguran la imposición de las cargas públicas en base a la capacidad contributiva, por vulnerar el principio de sustitutividad que anida en el art. 14 bis de la CN y por atentar contra el derecho inalienable a la progresividad en el goce de los derechos humanos básicos que aseguran los tratados internacionales vigentes en nuestro país. ..".

VI.- Remitiéndome a los argumentos transcriptos y consideraciones expuestas, concluiré en la procedencia de la acción de amparo intentada por no resultar de la causa que la



trabajadora pasiva que como aportante a los fondos de la caja previsional nunca fue sometido a procedimiento alguno ni notificado previamente de que procedería a afectar su haber que tiene protección constitucional, cabe concluir que aun cuando haya invocado el cumplimiento de una ley nacional, la conducta de la accionada emerge arbitraria frente a lo unilateral y novedoso que representa para el afectado la ejecución instantánea que viene cuestionada cuando la misma tarea como activo no mereció afectación (arts. 1 y 3 de la Ley 1981).

VII.- En conclusión, propiciaré al acuerdo que, por resultar procedente la apelación, se revoque el fallo de grado y, haga lugar a la demanda, ordenando en consecuencia el cese del descuento impugnado que la accionada realiza en el haber de la actora.

Por lo expuesto, deriva abstracto el tratamiento de la crítica introducida respecto a la imposición en costas y el monto de la retribución profesional.

VIII.- Resultando vencida la demandada, las costas de ambas instancias se impondrán a su cargo (art. 20 Ley 1981 y 68 del CPCyC), debiéndose dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada y procederse a fijarlos atendiendo a que la acción ha prosperado (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 37, 38 y 39 L.A.).

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 141/143, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada por la Sra. Amalia Sánchez, ordenando en consecuencia el cese del



descuento impugnado que la accionada realiza en el haber de la actora.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 20 ley 1981 y 68 C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se fijan en las siguientes sumas: para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la actora, de PESOS DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UNO (\$18.461), en conjunto (art. 6, 7, 11 y 36 Ley 1594).

4.- Regular los honorarios de los letrados de la actora, intervinientes en esta Alzada, en el 35% de lo fijado en el punto 3. (art. 15 L.A.).

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA