



NEUQUEN, 29 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALTOMARO GLORIA NOEMI C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO"**, (Expte. N° 505728/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 189/197, que declara la inadmisibilidad de la acción de amparo, imponiendo las costas en el orden causado.

A) Los amparistas sostienen que correctamente el a quo circunscribió la cuestión litigiosa como el cuestionamiento de la legitimidad del temperamento liquidatorio de sus haberes previsionales producido por la demandada, fundado en que, el cambio de naturaleza de los rubros que percibían en actividad, al transformarse en rubros nuevos (haber previsional y el ítem 172) generó que sus haberes estuvieran ahora alcanzados por el impuesto a las ganancias, cuando en la actividad no lo estaban o no generaban los actuales descuentos, y que esto infringe la garantía del art. 32 de la Constitución Provincial que garantiza el piso del 80% móvil en los haberes previsionales respecto de aquellos que corresponden al mismo cargo en actividad. Agregan que la sentencia de grado también acierta al señalar que no existen cuestiones controvertidas de hecho.

Señalan que si en la página 14 del resolutorio cuestionado ya se enjuicia a la acción planteada como inapropiada, a continuación igualmente se incursiona sobre el



fondo de la cuestión, resolviéndose que el argumento de los amparistas no es atendible porque la norma fundamental no puede suponer una garantía de indemnidad frente al poder tributario de otros estamentos del gobierno federal. Siguen diciendo que también razona el a quo que esta garantía no puede implicar que la Provincia se haga cargo del pago del impuesto a las ganancias, ya que este extremo no se encuentra en debate, ni puede pretenderse que este trámite resulte oponible al ámbito federal, porque entonces la competencia judicial para resolver sería otra.

Afirman que la resolución recurrida concluye en que la cuestión reclama de amplio debate, y excluye toda consideración sobre el carácter manifiesto que cabría atribuirle a la posible ilegalidad.

Seguidamente se agravian porque entienden que no se ha considerado que por una cuestión liquidatoria, por una cuestión instrumental, se pierde la regla sustitutiva de la jubilación que a nivel provincial está garantizada en el 80%; por el cambio liquidatorio, los rubros que no tributaban en actividad comienzan a hacerlo una vez que el trabajador se jubila. Citan jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia.

Siendo este el núcleo del cuestionamiento, no se requiere de mayor debate y prueba, en tanto no existen hechos controvertidos.

Manifiestan que el derecho afectado está claro por cuanto ha sido declarado e interpretado inúmeras veces por el Tribunal Superior de Justicia; la actuación lesiva - mecanismo liquidatorio del organismo previsional- ha sido individualizada y contrastada de modo patente respecto del derecho afectado.



Entienden que las partes han debatido con amplitud durante el curso de la acción, que no se diferencia del que se podría dar en el ámbito de una acción procesal administrativa.

Afirman que solamente se trata de resolver si es constitucional que por la mecánica liquidatoria aplicada a los jubilados por la caja previsional, aquellos rubros activos que estaban exentos de tributar ganancias comiencen de un día para otro a hacerlo, rompiendo -por una cuestión instrumental- con los principios de proporcionalidad y sustitución que en nuestra constitución provincial tienen un límite expreso.

b) La parte demandada se agravia por la imposición de las costas procesales, sosteniendo que el a quo se aparta del principio objetivo de la derrota, con cita de jurisprudencia.

c) La parte actora contesta el memorial de agravios de su contraria a fs. 210/211.

Destacan que ningún agravio puede exhibir la demandada, toda vez que su asistencia letrada queda alcanzada por el art. 2 de la Ley 1.594, por lo que los honorarios que se les regulen a sus abogados quedan alcanzados por la prohibición de cobro respecto de su cliente.

No obstante ello señalan que la decisión del juez de grados en cuanto a la imposición de las costas se encuentra suficientemente fundada.

d) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de los amparistas a fs. 212/213 vta.

Coincide con el sentenciante de primera instancia en orden a que la vía procesal elegida no es la idónea atento la materia objeto del amparo, toda vez que la competencia para



resolver la cuestión planteada es del Tribunal Superior de Justicia en modo originario.

Sin perjuicio de la competencia en razón de la materia, defiende la conclusión plasmada en el resolutorio cuestionado referida a que la cuestión litigiosa requiere de mayor debate y prueba.

II.- De la lectura de la sentencia apelada surge que el fundamento del rechazo de la acción de amparo planteada en autos radica en que la conducta de la demandada (modalidad de liquidación del haber previsional de los actores) no aparece como manifiestamente ilegítima, ilegal o arbitraria. Agrega el a quo que tiene mayor verosimilitud, en orden a la afectación de derechos de los amparistas, la razonabilidad o irrazonabilidad de la conversión de rubros que no tributan impuesto a las ganancias para el personal en actividad, en otros que si lo hacen cuando el agente se jubila, pero que este análisis requiere de mayor debate y prueba que los que permite la vía procesal elegida.

Los agravios de los amparistas aparecen como cuestionamientos a esta última afirmación, olvidando la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en la que concluye el a quo, por lo que dicho extremo se encuentra firme y resulta suficiente para sustentar el rechazo de la acción de amparo.

Sin perjuicio de ello y dado la reiteración de planteos que pretenden solucionar la problemática de la aplicación del impuesto a las ganancias sobre las prestaciones previsionales acudiendo a la justicia provincial, debo poner de manifiesto que no es ésta la vía adecuada para plantear tal pretensión, más allá del ropaje con el que se pretenda disimular el objeto de la demanda.



Siendo la demandada un ente autárquico de la administración pública (art. 1º, Ley 611) tiene plenas facultades para establecer la modalidad de liquidación de las prestaciones de seguridad social que debe brindar.

En ejercicio de esa facultad no es necesario que el haber jubilatorio guarde estricta correlación con la remuneración del empleado de igual categoría en actividad. Ciertamente esta última remuneración se tiene en cuenta a efectos de guardar la proporción del 80% que fija el art. 38 inc. c) de la Constitución de la Provincia, como así también se toman en cuenta los salarios percibidos por el beneficiario de la prestación jubilatoria, en períodos anteriores al cese de su desempeño activo, para fijar el haber previsional inicial. Pero de ello no se sigue, que exista obligación de efectuar una liquidación del haber jubilatorio idéntica al del personal en actividad.

No debe perderse de vista que el salario es la contraprestación por poner la fuerza de trabajo a favor del empleador -encontrándose reglado por el derecho del trabajo-, en tanto que el haber jubilatorio es una prestación de la seguridad social. Son institutos diferentes y de distinta naturaleza, más allá que guardan estrecha relación.

En autos, como lo indica el fallo recurrido y no ha sido cuestionado, la demandada respeta la garantía del art. 38 inc. c) de la Constitución de la Provincia. En todo caso, la afectación de dicha garantía la produce el Estado Nacional a través de la aplicación del impuesto a las ganancias sobre prestaciones de seguridad social.

Desde esta perspectiva no puede pasarse por alto que la demandada actúa solamente como agente de retención, por imperio legal, por lo que el verdadero autor de la conducta que afecta, en principio, el derecho de los amparistas es,



como lo dije, el Estado Nacional a través de su ente recaudador, siendo manifiesta, entonces, la incompetencia de la justicia provincial para resolver al respecto (art. 116, Constitución Nacional).

En las oportunidades en que esta Sala II se ha expedido a favor de la suspensión cautelar de la deducción del impuesto a las ganancias sobre haberes jubilatorios a cargo de la accionada, lo ha sido por la conducta de ésta que intempestivamente y sin dar la posibilidad de defensa al beneficiario, comenzó con la aplicación del impuesto cuando antes no lo hacía, que no es el supuesto de autos.

Finalmente, y a efectos de dar respuesta a la crítica de la apelante referida a la necesidad o no de mayor debate y prueba, señalo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que son admisibles las rebajas para el futuro de los haberes previsionales, en la medida que no resulten confiscatorias o arbitrariamente desproporcionadas, si ellas se imponen por exigencias superiores vinculadas a la subsistencia del sistema o su desenvolvimiento regular (cfr. Fallos 323:4.205); y que para determinar la confiscatoriedad o exagerada desproporción no se debe atender a un porcentaje fijo de descuento, sino que, por el contrario, evaluando las particularidades de cada caso, se han aceptado diversos montos de reducción como no lesivos de los derechos de los agentes en pasividad (cfr. Fallos 321:2.181; 310:991; 307:1.921).

En esta senda, mantenida hasta la actualidad por la Corte Suprema y los tribunales inferiores (cfr. CSJN, "Dejeanne c/ Administración Federal de Ingresos Públicos", 10/12/2013, LL 2014-B, pág. 434; Cám. Fed. Apel. Bahía Blanca, "Pacheco c/ AFIP", 8/7/2014, LL on line AR/JUR/60621/2014, entre otros), resulta palmaria la insuficiencia de la vía del amparo para lograr el debate que permita acreditar los extremos requeridos por la jurisprudencia citada. Por otra



parte, tampoco se advierte que esos extremos se encuentren probados en esta causa.

Y ello más allá que lo que se reclame sea la supuesta conversión de rubros que no se consideraban para liquidar el impuesto a las ganancias cuando el beneficiario trabajaba en actividad, en otro que se computa a tal fin cuando se accede al beneficio de la seguridad social, ya que, como lo indica el máximo tribunal de la Nación, por el momento, la única posibilidad de dar la respuesta que pretenden los amparistas es a través del análisis de cada caso concreto y mediante la acreditación del perjuicio (confiscatoriedad o irrazonable desproporción), también concreto.

Consecuentemente he de propiciar la confirmación del fallo de grado, en cuanto declara inadmisibile la acción de amparo.

III.- Resta analizar la apelación de la parte demandada en torno a la imposición de las costas del proceso.

No obstante lo planteado por la parte actora al contesta el memorial de agravios, la demandada como parte del proceso se encuentra legitimada para controvertir la distribución de las costas procesales. En todo caso, la vinculación jurídica que hay entre ésta y sus letrados es una cuestión ajena a la litis.

Luego, no asiste razón a la accionada respecto a que el a quo no ha fundado su apartamiento del principio objetivo de la derrota. Surge de la sentencia de primera instancia, incluso el párrafo ha sido transcripto al expresar agravios, que la decisión de imponer las costas en el orden causado se funda en "la naturaleza altamente controvertida de la cuestión".



Cabe recordar que el principio objetivo de la derrota como parámetro para la distribución de las costas del proceso no es absoluto, tal como el mismo art. 68 del CPCyC lo postula, pudiendo el juez, analizando las particularidades del caso, ordenar que sólo un porcentaje de las costas sea pagado por el vencido, o también puede eximirlo totalmente de ellas.

Sentado lo anterior, la parte no ha rebatido el fundamento dado por el juez de grado para distribuir las costas en el orden causado, por lo que el mismo se encuentra firme.

En cuanto a la omisión de regular honorarios a los letrados de la accionada, entiendo que aquí si la demandada carece de legitimación, pues tal omisión no le causa agravio. En todo caso, la queja debió ser planteada por los abogados a título personal.

IV.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo, rechazar los recursos de apelación de autos y confirmar el resolutorio de grado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado, en atención al resultado de los recursos (art. 71, CPCyC). Regulo los honorarios de los Dres. ... y ... en la suma de \$ 2.585,00 para cada uno, y los de los Dres. ... y ..., en el 30% del monto que se les determine por igual concepto por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II,**

RESUELVE:



I.- Confirmar la sentencia de fs. 189/197 en lo que ha sido materia de agravios.

III.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los Dres. ... y ... en la suma de \$ 2.585,00 para cada uno, y los de los Dres. ... y ..., en el 30% del monto que se les determine por igual concepto por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA**