



NEUQUEN, 31 de Julio del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALESSIO CLARA BEATRIZ C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** (JNQLA3 EXP 100126/2017) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Fernando GHISINI**, por encontrarse ausente por más de cinco días el Dr. Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Llegan los presentes autos a estudio de esta Sala, en virtud del recurso de apelación deducido por la actora contra la sentencia que declara la inadmisión de la vía.

Se queja en tanto entiende que en el caso existe un supuesto de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. Cita antecedentes de la Sala II y III, los que entiende aplicables a la especie, como asimismo, la sentencia dictada en la causa "Mourelle" por el fuero procesal administrativo. Me remito a la presentación de hojas 155/161.

2. Así planteada la cuestión, entiendo que no se dan en la especie los recaudos necesarios para la admisión de la vía.

Así lo hemos señalado, entre otros casos, en la causa "BUTELER MIGUEL EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO" (EXP N° 507102/2015) y, más recientemente en autos "BIORKMAN MARTA ALICIA C/ I.S.S.N S/ ACCION DE AMPARO" (JNQJE1 EXP 100076/2017) y "PADOVAN CARMEN TERESA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO" (JNQFA2 EXP 100118/2017); también lo hicimos así en la causa "Mourelle".

Sostuvimos:

"Como allí se señalara, esta Sala ha sostenido en supuestos similares que "el amparo se caracteriza por ser una vía de tutela excepcional".



"...Desde Siri y Kot nuestros jueces siempre consideraron a la figura como excepcional. Lo que se ha querido significar es que el amparo no es la vía común o primaria de tutela de los derechos, ni siquiera tratándose de derechos expresamente reconocidos en la Primera Parte de la Constitución Argentina".

"No puede suponerse razonablemente de que, por el simple hecho de que la acción de amparo carezca de plazo de caducidad, exista el peligro de que se convierta en una vía corriente o cauce ordinario al cual pueda recurrir el justiciable con la sola invocación de lesión a derechos o garantías constitucionales..."

"...En suma, la disposición constitucional que nos ocupa fue motivo de 68 iniciativas de diversos diseños normativos, discutida largamente en Comisiones y en el Pleno, para finalmente ser avalada por el 99,53 % de las voluntades políticas que se dieron cita en la ciudad de Santa Fe. Dicha mayoría apabullante estuvo por la excepcionalidad de la vía".

"El fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador. Entonces si bien quisieron los convencionales que la acción de amparo esté desembarazada, también establecieron su naturaleza supletoria, es decir, accesible sólo cuando los remedios ordinarios no fueren eficaces..." (cfr. Márquez Laméná, Sebastián "La acción de amparo no debe caducar (y no por ello se convertiría en una vía ordinaria)", Publicado en: DJ 30/05/2012, 1)".

"Es en este esquema, en el cual comparto el razonamiento efectuado y entiendo que su aplicación al caso es correcta".

"3. Es que debe enfatizarse la visión del constituyente neuquino de 2006, el cual no dimensionó al amparo como una vía ordinaria ni para que en su contexto se ventile cualquier controversia jurídica".



"En la REUNION N° 6, de la segunda sesión ordinaria de fecha 06 de febrero de 2006, sostuvo el convencional Prieto, en su carácter de miembro informante: "...Luego, segundo recaudo, segunda condición del amparo es el de la inexistencia de otras vías judiciales como elemento necesario para que pueda ser viable. Aquí valen dos precisiones que son muy importantes; en primer lugar, entendemos al amparo como una vía residual, subsidiaria de las otras judiciales que el mismo ordenamiento prevea para hacer efectiva la tutela del derecho vulnerado y relacionado con esto mismo el juicio de idoneidad que debe realizarse para verificar si es el amparo la vía procesal más idónea para la defensa del derecho, debe ser realizado en nuestra Provincia -como en cualquier otra- de un modo particularizado teniendo en cuenta los distintos remedios que judicialmente o para la actuación ante la Justicia ofrece el ordenamiento procesal. Digo esto porque en el orden nacional, por ejemplo, por vía de principio, el amparo es la vía más idónea y rara vez puede existir un remedio más expedito y rápido que la acción de amparo pero no sucede lo mismo en nuestra Provincia donde hay toda una panoplia de acciones procesales tendientes a hacer efectivos los derechos vulnerados, especialmente cuando se trata de vulneración por parte de la administración, de modo que aquí en el juicio de idoneidad del amparo, está vinculado específicamente al primer carácter del amparo original, luego diremos algo sobre esto que es el aspecto subjetivo de protección del derecho vulnerado a un particular..."

"...Con estas consideraciones sobre la explicación específica de los principales puntos de la acción de amparo, vale hacer un breve análisis de cuál es la función que cumple el amparo en el sistema jurídico. En primer lugar, existe, opera el amparo como una garantía a favor de los habitantes que requieren tutela contra la afectación de sus derechos constitucionales cuando esto es grave y manifiesto; no es el



amparo una acción pensada para cualquier derecho ni como un juicio ordinario, se requiere urgencia ante la violación grave, manifiesta, de sus derechos constitucionales..." (discurso del miembro informante Prieto)".

"4. Tenemos, entonces, que cuando la protección es susceptible de ser obtenida a través de otro procedimiento jurisdiccional que, frente a las particularidades del caso, se presente como "el más idóneo", el amparo no será admisible".

"En este punto es necesario destacar que ni el artículo 43 de la C.N. ni -conforme lo expuesto, menos aún- el artículo 59 de la Constitución Provincial permiten afirmar que la acción de amparo no sea subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra vía que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado. Vía judicial "más idónea", en los términos del art. 43 CN, es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, **con lo cual el amparo queda reservado a los supuestos en que existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado".**

"Y, en este aspecto, es central dejar sentado que el amparo no puede ser objeto de un uso indiscriminado y como sucedáneo o alternativo de las acciones ordinarias. Ello en función de cuatro razones centrales y determinantes que señalara en los autos "Ulloa" y que he reiterado en innumerables ocasiones:

"1) En primer lugar, porque no puede "confundirse un contencioso de ilegitimidad de actos administrativos, con un contencioso de inconstitucionalidad. No se puede suponer que alguien confunda un derecho adquirido a través de un acto o ley administrativa, con los sustanciales, fundamentales y humanos, consagrados en la constitución". "El conculcamiento de las libertades humanas no se puede identificar con el



desconocimiento de derechos administrativos". "Todos los actos administrativos son expresiones lejanas o directas de la Constitución y de todos los preceptos sobre los derechos humanos, pero no toda ilegitimidad o ilegalidad de los mismos significa conculcamiento de las libertades humanas". (Véase Fiorini, Bartolomé, Acción de Amparo, Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan, en LL 124-1361, citado por Morello-Vallefín, op. cit. pág. 298)".

"El amparo no constituye el sucedáneo versátil de la acción procesal administrativa sino el remedio singular para las situaciones extremas en las que, por carencia de otras vías legales, se encuentra en peligro la salvaguarda de los derechos fundamentales (ibidem, pág. 317, nota 43)".

"2) En segundo y relacionado lugar, quien acude a esta vía debe invocar con argumentos serios la excluyente aptitud del amparo y para ello no es suficiente acudir al mero recurso de la celeridad".

"El tiempo que insume la tramitación de los procesos ordinarios no es motivo suficiente para recurrir a la vía de amparo; como ha quedado sentado con la transcripción del informe del convencional Prieto, el amparo no ha sido concebido por nuestros Constituyentes provinciales con el propósito de liberar a las partes de las demoras, molestias e inconvenientes propios del ejercicio de toda acción ordinaria".

"En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la existencia de remedios procesales ordinarios y adecuados para la tutela del derecho del recurrente excluye la procedencia de la acción de amparo" (Fallos: 322:2247), siendo insuficiente a ese fin el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, extremo que no importa otra cosa que la situación común de toda persona que petitiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos (Fallos: 252:154; 308:1222)".



"Y así como la alusión a la existencia de otras vías judiciales idóneas no debe constituirse en un mero cliché, del mismo modo, la inexistencia de otra vía idónea o la inutilidad de los remedios, tampoco deben serlo".

"Aquí debo señalar que, la pretensión cuenta con vías idóneas de respuesta jurisdiccional: por caso, en el ámbito local, la acción procesal administrativa (ver en este sentido que se encuentra en trámite la causa "CUCURULLO NESTOR ARMANDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 6175/2015). Puede, incluso en ese ámbito, efectuar peticiones de corte cautelar anticipatorio -con antelación al inicio de la acción ordinaria de conocimiento- con resultado similar al buscado en esta causa".

"3) En tercer lugar, la CSJN ha señalado que "es criterio muchas veces reiterado el de que la "angustia económica" que pudiera derivar "de la privación del derecho controvertido mientras dure el juicio pertinente, **no es sino la situación común en que se ve colocada toda persona que peticiona el reconocimiento judicial de los derechos que afirma poseer contra otro particular o contra el Estado**" (Fallos: t. 249, p. 457, consid. 5º). Y a ello no obsta la circunstancia de que tales derechos nazcan de la ley --lo que no les otorga preferencia alguna sobre los que tienen por causa el contrato-- ni la de que versen sobre sumas afectadas al pago de deudas presupuestarias... Que una de las reglas jurisprudenciales recientes de mayor relevancia es la que se definió en el caso "Saguir y Dib" (Fallos: t. 302, p. 1284). Se dijo allí que los jueces, al tiempo de dictar sus sentencias, deben ponderar las consecuencias posibles de sus decisiones y --mientras la ley lo consienta-- han de prescindir de aquellas que verosímilmente sean "notoriamente disvaliosas" (considerando 6º "in fine" y 12). A este respecto, todo indica que si se admitiese que la demora en el pago de



una deuda implica arbitrariedad que viola garantías constitucionales y faculta a los jueces a conceder discrecionalmente el empleo del amparo o del proceso sumarísimo, se habría operado un visible cambio de naturaleza en estas dos vías ultrasumarias. El amparo, cuya institución hace más de treinta años fue celebrada como una fundamental conquista del sistema jurídico-político de la Argentina, esto es, como el establecimiento de un esencial resguardo de las libertades de la persona humana, se habría convertido, respecto de la mayoría de los casos concretos, en una técnica para el cobro acelerado de sumas de dinero, con sensible reducción del debate y de la prueba, que funcionaría, por lo común, en desmedro del Estado. Y ésta sería, sin duda, una "consecuencia disvaliosa" (cfr. CSJN, Fallos Corte: 313:532)".

"4) Pero además, hay otra consecuencia más trascendente en términos de disvalor: la "ordinarización" de la tutela diferenciada, la saturación de esta vía no sólo priva de efectividad a la respuesta para los casos que realmente requieren canalizarse por esta acción, al entrar en competencia con ellos, sino que provoca otra desigualdad en el sistema de tutelas: la sola circunstancia de acudir al molde del amparo determina un privilegio en la atención de la causa, lo que repercutirá en que otros casos, que han seguido los canales ordinarios de tramitación (igual o aún más graves que el aquí planteado) sean postergados en su tratamiento".

"Es que como indicó Tarzia: "la proliferación de las tutelas especiales, cualesquiera fueren sus circunstanciales justificaciones, constituye un factor concurrente de crisis de los valores sujetos a la tutela común ordinaria. Un régimen de tutelas privilegiadas supone la necesaria "deformación" y consiguiente deflación y debilitamiento del sistema genérico de garantías." (citado por BERIZONCE, Roberto O. "Un "nuevo" tipo procesal sumario. Hacia la reconstrucción del proceso de



cognición y su articulación con las tutelas de urgencia", LA LEY 12/04/2011, pág. 1)".

"Y, en este punto, como indica Taruffo tampoco "debe olvidarse que la Justicia ordinaria es «de todos», y que todos tienen derecho a ver tutelados sus derechos...". La realización de este valor fundamental requiere que nadie sea privado de su derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva. Y esto implica una inversión neta de tendencia respecto a la multiplicación de los procesos especiales".

"Por eso, dividir el universo de los que disfrutan de la justicia civil entre privilegiados, que gozan de instrumentos procesales construidos en cada caso a la medida de sus intereses particulares, y otros "constreñidos a servirse de un proceso ordinario, es una operación que contrasta con los valores de corrección y de igualdad de tratamiento, los que constituyen la base más sólida de todo el ordenamiento jurídico moderno y que valen, sin duda alguna, también en el campo de la administración de justicia" (cfr. Taruffo, Michele "Aspectos de crisis de la Justicia Civil. Fragmentación y privatización", AFDUAM 3, p. 61-75)".

"5. Por ello, las tutelas de excepción deben, desde este prisma, ser analizadas restrictivamente; pero entiéndase bien lo que intento señalar: no pretendo con esto decir que la protección constitucional y urgente debe ser retaceada sino que la vía del amparo debe reservarse para las situaciones graves y urgentes que no admiten dilación".

"Y es por eso que, énfasis, en este contexto a la ausencia de elementos que permitan afirmar que existe una urgencia de impostergable tratamiento: la falta de acreditación sobre el modo en que el descuento operado en los ingresos afecta a la amparista en su subsistencia, hacen que el argumento dado por la magistrada tenga consistencia".

"...7. Por último, no puedo dejar de señalar que conforme lo ha indicado el TSJ en la causa Buteler, "...La



acción de amparo presupone la existencia de un derecho o garantía incontrovertidos, ciertos. Este extremo no se halla sujeto a un amplio debate o prueba sino a la mera verificación de la conducta u omisión lesiva y el agravio resultante".

"En este sentido, corresponde destacar que la posibilidad de revisar en el presente marco la validez de las normas en que se funda el acto u omisión lesiva siempre estará sujeta a que la conculcación de los derechos o garantías derive de un acto u omisión manifiestamente arbitrario o ilegal (Art. 43, Constitución Nacional). Aspecto en el que se requiere que los jueces extremen su prudencia dado el sumarísimo procedimiento en el que se decide".

"En consonancia con estos conceptos, conviene tener en consideración la directriz que emana de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien ha expresado":

"[...] Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la ley 20.628- en cuanto alcanzó con el impuesto a las ganancias los haberes jubilatorios de los actores-, pues asiste razón al recurrente al afirmar que la vía utilizada para cuestionar que el impuesto a las ganancias grave sus respectivos haberes previsionales y que en el caso importe un despojo confiscatorio de ellos, es claramente improcedente porque no demostraron que el actuar estatal adolezca de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta ni cuál es el perjuicio concreto que les produce en su esfera de derechos. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- (cfr. "Dejeanne Oscar Alfredo y otro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo", D. 248. XLVII. REX, 10/12/2013)".

"En igual sentido, O. 184. XLVII. "Osnaghi, Emilio Jorge y otro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo", sentencia del 6/03/2014; C. 1464.XLVII. "Carbone,



Antonio c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) -suc. CTES.- s/ amparo", sentencia del 1/04/2014".

"El Máximo Tribunal de la Nación ha expuesto que el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que, por carencias de otras vías aptas, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares -arbitrariedad o ilegalidad manifiesta- y que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios se origine un daño concreto y grave sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva, además de que la omisión de la autoridad pública resulte en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un amplio debate o prueba (cfr. FALLOS: 310:576; 313:433 y 315:1485). Dichos extremos, cuya demostración por parte del reclamante es decisiva para su procedencia, han sido calificados como imprescindibles (FALLOS: 319:2955; 321:1252; 323:1825, -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- 331:1403, entre otros)..." (cfr. R.I. 125/16)", (del voto de la Dra. Pamphile en autos "BECERRA ISLANDA C/ I.S.S.N S/ACCION DE AMPARO", JNQFA4 EXP 100075/2017)" (autos "BIORKMAN MARTA ALICIA C/ I.S.S.N S/ACCION DE AMPARO", JNQE1 EXP 100076/2017).

En el caso, conforme lo expuesto anteriormente, no surge la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de forma palmaria como alega la parte recurrente y ésta no resulta la vía judicial más idónea.

En este sentido ya se había expedido esta Sala en autos "MUÑOZ NANCY EDITH C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ACCION DE AMPARO", EXP N° 504071/2014); "ALLOLIO ISABEL NORMA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (I.S.S.N.) S/ACCION DE AMPARO", EXP N° 502404/2014); "NAPOLITANO AMELIA MAGDALENA CONTRA I.S.S.N S/ACCION DE AMPARO", EXP N° 468248/12; "NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO



DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO", JNQLA6 EXP N° 509359/2016).

Además, el TSJ sostuvo que "El recurrente tampoco desvirtúa con su embate los argumentos brindados por la Judicatura de Alzada en punto a los requisitos de procedencia de la acción de amparo. Puntualmente: que el obrar de la administración fue palmariamente ilegítimo, pues la Alzada consideró que éste tiene soporte jurídico plausible. Además, que la pretensión del amparista exige indagar en un complejo entramado de disposiciones normativas de naturaleza fiscal tributaria que encierran competencias que exceden el marco legislativo estrictamente local (fs. 217)."

"Es precisamente esta conclusión la que el quejoso no ha podido desvirtuar de cara a la convicción de la Alzada, en punto a la falta de un presupuesto sustancial, tal la falta de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta [...]".

"A modo de conclusión de lo hasta aquí expresado, cabe destacar que las consideraciones formuladas no importan abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión del amparista en orden al derecho sustancial que entiende le asiste"..." (cfr. TSJ, Sala Civil, RI N° 125/16 en autos "BUTELER MIGUEL EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ACCION DE AMPARO", Expte. N° 507102 año 2015)..."

A partir de lo expuesto, entiendo que lo decisivo en el caso, es la posibilidad de requerir la tutela que aquí se reclama en el marco de una acción procesal administrativa, contexto en el cual, podrá acudir al procedimiento abreviado y, aún antes del agotamiento de la vía, requerir tutelas cautelares de corte anticipatorio.

Propongo, entonces, al Acuerdo, confirmar la resolución de grado, en todo cuanto ha sido motivo de agravios. **MI VOTO.**

El Dr. **Fernando GHISINI** dijo:



Voy a disentir con el voto que antecede por cuanto la pretensión de la actora es similar a lo decidido en distintos casos en la Sala III que integro, en el último de ellos al adherir al voto del Dr. Marcelo J. Medori en la causa: **"JARA RAMON ALBERTO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO"**, (JNQLA1 EXP N° 100125/2017), en donde se concluyó que en base a los argumentos y consideraciones expresados, la acción de amparo intentada resultaba procedente por no resultar de la causa que el trabajador pasivo que como aportante a los fondos de la caja previsional nunca fue sometido a procedimiento alguno, incluso en la etapa de activo, ni notificado previamente de que procedería a afectar su haber que tiene protección constitucional, y que aun cuando se 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).

Vale decir, que se siguió con el criterio expresado en el antecedente "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 existía 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.

En este antecedente, entre otras cosas se dijo: "... 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 si 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, aún 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".

En punto a ello, se comparte lo sostenido por el juez Barreiro al fundar su voto donde propicia la declaración de inconstitucionalidad del inciso c) del art. 79 de la ley 20.628 (t.o. por decreto 649/97) cuando describe como hecho imponible el pago de jubilaciones a los fines de la percepción



del impuesto a las ganancias, que en la 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, analizó y concluyó:

"... 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 afinado 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.



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...”

Sin desconocer el criterio del Alto Cuerpo en esta materia en el antecedente señalado por el juez de grado y por la vocal preopinante (Buteler Miguel E. c/ISSN s/acción de amparo - Expte. 507102/15 - Resol. Int. N° 125 del 4/8/16), he de mantener mi postura que sobre la cuestión vengo sosteniendo desde el origen de la judicialización del tema traído a estudio.

Más aún, con la sanción de la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 27.346 art. 79 inc. c), en cuanto prescribe:

“Art. 79 - Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes...”

En el caso de los Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y del Ministerio Público de la Nación cuando su nombramiento hubiera ocurrido a partir del año 2017, inclusive. (Inciso sustituido por art. 1° pto. 5 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial y surtirá efecto a partir del año fiscal 2017, inclusive).

c) De las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y en la medida que hayan estado sujeto al pago del impuesto..., (Inciso sustituido por art. 1° pto. 5 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial y surtirá efecto a partir del año fiscal 2017, inclusive)...”

Consecuentemente la amparista, jubilada, se encontraría exenta de pagar el impuesto a las ganancias ya que no lo abonaba mientras desempeñaba un trabajo en relación de dependencia. Deducirlo de su jubilación, importaría percibir



un porcentaje menor al garantizado por la Constitución Nacional art. 14bis y Constitución Provincial art. 54, inc. c).

Remitiéndome a los argumentos transcritos y consideraciones expuestas, debo concluir en la procedencia de la acción de amparo intentada por la señora Clara Beatriz Alessio, por no resultar de la causa que la trabajadora pasiva como aportante a los fondos de la caja previsional nunca fue sometida a procedimiento alguno, ni notificada previamente de que se procedería a afectar su haber que tiene protección constitucional, cabe decidir 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 la afectada la ejecución instantánea que viene cuestionada cuando la misma tarea como activa no mereció afectación (arts. 1 y 3 de la Ley 1981).

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

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. **TAL MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Marcelo MEDORI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. **Fernando GHISINI** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.



Por lo expuesto, **POR MAYORIA**

SE RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia de fs. 150/152vta. y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, ordenando el cese del descuento que la accionada realiza en el haber jubilatorio de la actora.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 20 Ley 1981 y 68 del CPCyC).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado y readecuar los mismos del siguiente modo: Para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la actora, en la suma de \$23.100 en conjunto (arts. 279 del CPCC y 6 y 36 de la ley 1594). Sin regulación para las letradas intervinientes por la demandada, conforme lo dispuesto por el art. 2 de la ley 1594.

4.- Por la actuación en esta instancia, regular los honorarios del Dr. ..., en doble carácter por la actora, en la suma de \$9.700, sin regulación para la letrada de la demandada (arts. 2, 6, 10 y 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Fernando GHISINI - Dr. Marcelo MEDORI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA