



ACUERDO N° 45 En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiséis (26) días de noviembre de dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada conforme lo dispuesto por el Reglamento de División en Salas por los Sres. vocales doctores **EVALDO D. MOYA y ROBERTO G. BUSAMIA**, y, por existir disidencia, con la señora Presidenta, doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la Secretaria Subrogante Civil doctora **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"MERCADO PILAR HAYDEE Y OTROS c/ I.S.S.N. s/ ACCIÓN DE AMPARO"** (Expediente JNQE2 N° 100122 - Año 2017).

ANTECEDENTES: A fs. 413/425vta. obra sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén -Sala II-, que -por mayoría- revoca el pronunciamiento de Primera Instancia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenó al Instituto de Seguridad Social del Neuquén que cese en el descuento en el haber jubilatorio de los actores en concepto de impuesto a las ganancias con efecto a partir del dictado de dicha decisión.

Contra la sentencia de Cámara, a fs. 427/434vta., los amparistas deducen recursos por Inaplicabilidad de la Ley y de Nulidad Extraordinario.

Previa vista Fiscal, mediante Resolución Interlocutoria N° 223/18, se declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la causal contemplada en el artículo 15°, inciso a), de la Ley 1406 e inadmisibles las del inciso c), de idéntico precepto legal como también el recurso de Nulidad Extraordinario.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de



dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado? 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dice:

I. Liminarmente realizaré una síntesis de los extremos fácticos relevantes.

1. Los actores interponen acción de amparo contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN peticionando que se abstenga de retener el impuesto a las ganancias de los haberes que perciben como jubiladas y jubilados de este Poder Judicial pues entienden que dicha retención carece de causa legal que la justifique a partir de la reforma practicada por la Ley 27.346.

A su vez consideran que el accionar cuestionado lesiona y altera con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta sus derechos y garantías contemplados en la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento.

Relatan que durante el tiempo en que se desempeñaron como empleados de este Poder del Estado no tributaron el impuesto en cuestión porque se encontraban legalmente exentos junto con el resto de los Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial Provincial designados con anterioridad al año 2017.

Afirman que el accionar que cuestionan vulnera sus derechos de propiedad, igualdad, garantía de razonabilidad, no confiscatoriedad. Solicitan medida cautelar innovativa.

2. A fs. 81/85 obra la resolución de la Jueza de Primera Instancia declarando inadmisibile la acción de amparo



interpuesta por considerar que no concurren los presupuestos previstos por la Ley 1981, modificada por Ley 3049.

3. A fs. 87/91vta. la parte actora interpone recurso de apelación contra dicho decisorio, el que es resuelto favorablemente por la Sala II de la Cámara de Apelaciones a fs. 95/96vta., disponiendo su revocación y ordenando que se de curso al presente amparo.

4. Corrido traslado, contesta la demandada a fs. 332/354vta, invocando el artículo 48 del Código Procesal Civil y Comercial local, quien solicita el rechazo de la acción como así también de la medida cautelar pretendida por los actores. Plantea excepción de incompetencia, por considerar que corresponde intervenir a la justicia federal.

Luego, en forma subsidiaria contesta demanda. Explica que su conducta no es más que el estricto cumplimiento de la ley nacional, que no ha violado ninguno de los derechos mencionados por los amparistas.

También cita jurisprudencia en apoyo de su posición.

5. A fs. 356 ratifica gestión la letrada apoderada del organismo demandado, lo que se provee a fs. 357.

6. A fs. 359 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley N° 1981, presentación que se provee a fs. 360 de autos.

7. A fs. 369/375vta. se dicta sentencia de Primera Instancia mediante la cual se rechaza la cuestión de competencia planteada y se hace lugar a la acción de amparo, ordenándose al Instituto de Seguridad Social del Neuquén, que cese en el descuento en el haber jubilatorio de los actores en concepto de impuesto a las ganancias, con efectos a partir del dictado de tal pronunciamiento. Impone las costas en el orden



causado, ante a la existencia de criterios discordantes sobre la materia.

8. La sentencia de grado es apelada por la demandada a fs. 379/397vta., dicho recurso es debidamente sustanciado, sin mediar contestación de la contraria.

9. A fs. 413/425vta. la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala II- de esta ciudad -por mayoría- revoca la decisión de Primera Instancia, declarando inadmisibile el amparo, por considerar que no es la vía más idónea para el análisis de la pretensión deducida en este juicio e impone las costas en el orden causado.

10 Contra esta decisión, a fs. 427/434vta. la parte actora deduce recursos por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario, declarándose admisible el recurso impetrado por la causal contemplada en el artículo 15º, inciso a) de la Ley 1406.

11. A fs. 458/462, el Sr. Fiscal General Subrogante propicia que se declare procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley, ordenando en consecuencia al demandado, el cese de la retención que en concepto de Impuesto a las Ganancias efectúa sobre los haberes jubilatorios de los amparistas de conformidad con los fundamentos que allí expone.

II. Al ingresar al tratamiento del caso bajo examen, adelanto que he de propiciar el rechazo del recurso deducido por la parte actora y la consiguiente confirmación del fallo impugnado.

Tal como ya sostuve en autos "SÁNCHEZ, AMALIA c/ I.S.S.N. c/ ACCIÓN DE AMPARO" (Acuerdo N° 25/18 del Registro de esta Sala Civil), cuyos fundamentos doy por reproducidos aquí, considero que en el caso no se verifican los extremos que habilitan la excepcional vía de la acción de amparo.



Sobre el punto, este Tribunal ha sostenido - reiteradamente- que la admisibilidad del carril del amparo se halla condicionada a la existencia de ciertos presupuestos, a saber: ilegitimidad, arbitrariedad o ilegalidad manifiestas del acto lesivo de los derechos de quien pretende la tutela jurisdiccional; perjuicio grave e irreparable derivado de dicho acto; e inexistencia de otros procedimientos judiciales más eficaces que posibiliten dar respuesta idónea a la pretensión de la amparista (cfr. Acuerdos N° 13/03 "PERALTA"; N° 21/03 "ROMERO" y N° 21/09 "VÁZQUEZ", entre otros, del Registro de la Secretaría Civil).

Así, ya desde "RIVAROLA CLARO" (Acuerdo N° 36/04, del citado Registro) se sostuvo:

"Sobre el particular la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el andarivel de marras es inadmisibile cuando las cuestiones planteadas como fundamento del carril elegido son opinables o discutibles (C.S.J.N., FALLOS: 270:69; 271:165; 273:84; 274:186; 281:394; 297:65; 310:622, entre otros), o cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (FALLOS: 275:320; 296:527; 305:1878; 306:788, etc.) señalando que este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional (FALLOS: 319:2955, ya citado).

El Máximo Tribunal de la Nación ha expuesto que el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las 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. Resolución Interlocutoria N° 340/15 "VACA" del Registro de la Secretaría Civil).

Por ello, la pretensión de amparo no es viable cuando la situación fáctica que le sirve de sustento aparece opinable o discutible y, por ende, requiere de amplitud de debate o prueba.

Tal es el caso de autos, por cuanto las constancias de la causa no permiten considerar que exista ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

En atención a ello, entiendo que la vía escogida no se presenta como la más idónea para resolver el cuestionamiento de fondo aquí formulado, más allá del puntual cese de descuento reclamado.

Diversos son los interrogantes que plantea el Artículo 79 de la Ley de Impuesto a las Ganancias en su redacción vigente.

¿Qué debe entenderse por estar sujeto al pago del impuesto? ¿Estar comprendido en la categoría de contribuyente, no obstante lo cual, realizada la pertinente determinación no surja monto a ingresar? ¿O significa no ser contribuyente por encontrarse exento del tributo?

Relacionado con ello, este Tribunal Superior de Justicia ha dictado normativa administrativa en la que se



abordó el tópicó en cuestión frente a procedimientos de determinación de oficio de retenciones del impuesto a las ganancias iniciados por A.F.I.P. Allí se decidió el punto relativo al cálculo de la base imponible y los rubros deducibles de dicha base del tributo liquidado.

A esta altura se advierte que la normativa en cuestión exige una interpretación sistémica tanto de su contenido como de alcances. Y en el estrecho marco de examen que la acción intentada confiere, dable es concluir que la exención reclamada por los amparistas no surge en forma indubitable de la legislación que los accionantes invocan en su favor.

En efecto, y sin agotar este complejo tema, hay quienes consideran inconstitucional la norma que grava como ganancia de cuarta categoría a las jubilaciones y pensiones. Otros, incluso, extienden tal juicio respecto del salario de toda trabajadora o trabajador en actividad.

A primera vista se advierte que son diversos los interrogantes que plantea el tópicó en cuestión y no escapa a estas consideraciones los debates generados por la última reforma legislativa en la materia donde se explicitó como ganancia de cuarta categoría a la proveniente del desempeño del cargo de Magistrado, Funcionario o Empleado del Poder Judicial -en su inciso a)-. Y se consignó, además, que en este caso tributarían cuando el nombramiento ocurriese a partir del año fiscal 2017, inclusive.

Tampoco se encuentra fuera de cuestionamiento el alcance de la última reforma cuando consigna "nombramiento" (artículo 79, inciso a), en la redacción sustituida por Ley 27.346). ¿Debe éste interpretarse como "primer nombramiento" o "ingreso" en pos del derecho de la carrera judicial? ¿O cualquier acceso a un cargo superior? Ello tampoco escapa del debate actual.



Lo señalado, constituyen sólo algunos ejemplos de la necesidad de un mayor debate sobre el punto que no puede satisfacerse a través de la vía expedita seleccionada. Pues de seguir la tesitura aquí sostenida toda liquidación de haberes o diferencia salarial podría debatirse por vía del amparo, constituyendo ello la regla y no la excepción frente a casos de patente, clara, e inequívoca vulneración constitucional.

Por último, no puedo dejar de consignar que mi voto no implica emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino expedirme acerca de la ausencia de acreditación en el caso de los presupuestos indispensables para viabilizar la pretensión entablada, en la consideración que, en el caso, se ve excedido el estrecho marco cognoscitivo del amparo, atento la modalidad breve y concentrada del trámite que lo caracteriza.

En suma, en el caso no se demuestra que el descuento del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios de la parte demandante determine un accionar manifiestamente arbitrario o ilegítimo por parte del Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

A mayor abundamiento cabe referir que oportunamente esta Sala Civil, se pronunció en una causa donde el tema debatido era semejante al presente, en el sentido que la acción de amparo presupone la existencia de un derecho o garantía incontrovertidos, ciertos (cfr. Resolución Interlocutoria N° 125/16 "BUTELER", del Registro de la Secretaría Civil).

Allí se destacó 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 arbitraria o ilegal (artículo 43, Constitución Nacional). Aspecto -se dijo- en el que la



Judicatura debe extremar su prudencia dado el sumarísimo procedimiento en el que se decide.

En consonancia con estos conceptos, se tuvo en consideración la directriz que emana de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto 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).

Y en igual sentido, O. 184. XLVII. "Osnaghi, Emilio Jorge y otro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos si 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.

En suma, dado que el cuestionamiento sustancial formulado requiere un marco procesal de mayor amplitud de debate que el establecido para el amparo, no se encuentran presentes los presupuestos sustanciales de la acción intentada.



Con respecto al carácter manifiesto que debe revestir la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado, cabe remarcar que, conforme a lo establecido doctrinariamente, lo palmario implica algo descubierto, patente, claro; equivale a notorio, inequívoco, indudable, cierto; o como se ha destacado:

"lo manifiesto significa un juicio que corresponde a todos sin distinción ni dudas". Y en cada caso el juez puede y debe valorar si el acto lesivo reviste la entidad requerida para descalificarlo totalmente y merecer el remedio excepcional del amparo" (cfr. Morello-Vallefín, El Amparo, Régimen Procesal, Librería Editorial Platense S.R.L, 3era. Edición, págs.26/28).

En virtud de las consideraciones vertidas, entiendo que el remedio casatorio resulta improcedente. Por ello, deberá confirmarse el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones local.

III. Que a la tercera cuestión planteada, atento a la naturaleza del caso resuelto, los motivos esgrimidos y el disímil criterio jurisprudencial por el que los actores pudieron haberse creído con derecho a reclamar, y la forma en que se resuelve, corresponde imponer las costas de esta etapa extraordinaria por su orden (artículos 12° de la Ley Casatoria y 68, 2° apartado, del Código Procesal Civil y Comercial local). **ASI VOTO.**

El señor vocal doctor **ROBERTO G. BUSAMIA**, dice: **I.** Disiento con los fundamentos y la solución sugerida en el voto que antecede pues, teniendo en cuenta los valores y principios constitucionales implicados en la resolución de los presentes, tal como sostuve al emitir mi voto en los autos caratulados "JARA, RAMÓN ALBERTO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expediente N° 100125 - Año 2017), Acuerdo N° 27/18 del registro de la Secretaría Civil,



siguiendo la solución propuesta por el Dr. Alfredo A. Elosú Larumbe en los autos "SÁNCHEZ AMALIA c/ I.S.S.N. s/ ACCIÓN DE AMPARO (Expediente N° 100034 - Año 2017), Acuerdo N° 25/18 del mismo registro, que hiciera mayoría por el voto dirimente de la Dra. María Soledad Gennari, en un todo de acuerdo con los fundamentos allí expuestos a los que me remito en su mayor extensión, en honor a la brevedad.

Considero que insistir en las exigencias propias de orden sustancial de la acción de amparo resulta inconveniente frente a la garantía de mantener en pasividad determinados estándares aplicados y adquiridos en actividad, que bien pueden repercutir en la situación laboral, previsional y -en definitiva- en el estado de vida que se gozaba en actividad.

Y si bien es cierto que por esta vía expedita y rápida se intenta resolver una temática aparentemente relativa a la interpretación de una norma de carácter federal, no es menos cierto que la exégesis que se propone, además de considerarse respetuosa de los expresos términos de la ley cuestionada, incorpora al análisis aspectos particulares decididos por esa misma autoridad provincial, por sí, y al margen del alcance de la norma que se pueda considerar aplicable al caso. Debe tenerse en consideración que, lo que aquí se analiza y decide, es el accionar del órgano local demandado.

También entiendo que más allá de cualquier valoración, es claro que el efecto de la decisión sobre la gravabilidad o no ante el Impuesto a las Ganancias del haber jubilatorio del personal judicial -aquí actores-, lo incontrastable es que al pasivo se le está prodigando un trato más perjudicial que el que recibiera vigente la vinculación laboral activa, por el solo hecho de haber cambiado la situación de revista y -se denuncia- por la decisión del organismo provincial demandado, en la consideración de la



composición del haber en actividad contra el haber previsional.

Es relevante que la diferenciación en rubros y conceptos realizada por el accionado, así como el carácter de esos rubros no viene impuesta por la Ley N° 27.346 ni sus antecedentes.

Es decir que por decisión del ente previsional, el personal en pasividad queda en situación desventajosa respecto al tiempo cumplido en actividad.

Las consideraciones postuladas por la mayoría sobre el alcance de la Ley N° 27.346 en los citados Acuerdos dictados en los autos "SÁNCHEZ AMALIA" y "JARA", entre otros, conducen a la improcedencia del descuento con destino al Impuesto a las Ganancias, en la forma, mecanismo y con aparente fundamento que ha pretendido hacer el organismo previsional provincial.

En la inteligencia propuesta, cabe entender que la jubilación de los actores no debe ser alcanzada por el Impuesto a las Ganancias de cuarta categoría, pues en el caso particular surge de los recibos acompañados que en actividad sus haberes no se encontraban sujetos al impuesto en cuestión. En consecuencia, debe ser tenido como ilegítimo el descuento realizado en los haberes jubilatorios de los amparistas a la luz de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

Por ello corresponde declarar procedente el remedio casatorio articulado con fundamento en el artículo 15°, inciso a) de la Ley N° 1406, por haber mediado la infracción legal denunciada por los accionantes en punto a los artículos 59 y 1 de la Ley N° 1.981, en consecuencia, casar el fallo de la Cámara de Apelaciones -Sala II- con asiento en la ciudad de Neuquén.



Seguidamente, y a la luz del artículo 17, inciso c), de la Ley N° 1406, ha de recomponerse el litigio, de conformidad con los fundamentos expuestos, mediante el rechazo de la apelación deducida por la demandada y la consiguiente confirmación del pronunciamiento dictado en Primera Instancia.

III. Que a la tercera cuestión planteada considero que corresponde imponer las costas de Alzada y de esta etapa extraordinaria al accionado en su condición de vencido (artículo 17, Ley Casatoria). **MI VOTO.**

La señora vocal doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI** dice:

1. En virtud de la reglamentación vigente en materia de funcionamiento del Alto Cuerpo, me toca dirimir la disidencia que emerge de los votos de mis distinguidos colegas doctores Evaldo D. Moya y Roberto G. Busamia.

Tal como expresa en su voto el Dr. Busamia y tal como sostuve en los autos caratulados "SÁNCHEZ AMALIA", Acuerdo N° 25/18, a cuyos fundamentos me remito y doy aquí por reproducidos, en este especial contexto, considero ilegítimo el descuento formulado en los haberes jubilatorios de los amparistas, conforme postula en su voto el Dr. Roberto G. Busamia, por lo que expreso mi voto en idéntico sentido adhiriendo tanto a los fundamentos como a la solución por él postulada. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General Subrogante, por mayoría, **SE RESUELVE: 1º)** Declarar **PROCEDENTE** el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la parte actora, a fs. 427/434vta., en un todo de acuerdo con los fundamentos expuestos y, en consecuencia, **CASAR** el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén -Sala II-, por haber mediado



infracción legal en punto a los artículos 59 y 1 de la Ley N° 1.981. **2°)** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17, inciso c) de la Ley Casatoria, **RECOMPONER** el litigio mediante el rechazo de la apelación deducida por la demandada y la consiguiente confirmación del pronunciamiento dictado en Primera Instancia. **3°)** **IMPONER** las costas de Alzada y de esta etapa al accionado en su condición de vencido (artículo 17, Ley Casatoria, 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial local y 20° de la Ley 1981). **4°)** **REGULAR** los honorarios profesionales de los doctores Federico M. EGEA y Marcos IGNACIO PASTORUTTI, en el doble carácter por la actora, en esta etapa extraordinaria a en la suma de PESOS TRECE MIL SEISCIENTOS CUARENTA (\$13.640.-), en conjunto (artículos 2°, 6°, 10°, 15°, 36° y ccdtes. de la Ley de Aranceles). **5°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase los autos.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman la señora Magistrada y los señores Magistrados por ante la Actuaria, que certifica.

Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI – Presidenta.
Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. ROBERTO G. BUSAMIA
Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Secretaría subrogante