



NEUQUEN, 18 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MOYANO LILIA MARGARITA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCION DE AMPARO"**, (Expte. **EXP N° 504420/2014**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - 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. 144/150 vta., que rechaza la acción de amparo, imponiendo las costas en el orden causado.

a) La amparista se agravia, en primer lugar, porque el a quo ha omitido analizar la cuestión esencial del temperamento liquidatorio.

Dice que el juez de grado expone en su resolutorio que los tribunales locales han admitido acciones de amparo con fundamento en la arbitrariedad incurrida por el I.S.S.N., en cuanto ha modificado el proceder de liquidación, incorporando la retención del impuesto a las ganancias como un hecho novedoso, en forma sorpresiva, sin acto administrativo previo, sin notificación alguna a la beneficiaria.

Sigue diciendo que esa es la situación de la amparista, omitiendo el juez de grado toda mención y consideración al tema.

Señala que la omisión de tratamiento de una cuestión esencial afecta la congruencia debida del pronunciamiento, ya que en la demanda, y en por lo menos tres



pasajes, se puso en evidencia la arbitrariedad del obrar de la demandada.

Entiende que de haberse considerado esta situación, y de acuerdo con la postura de la Alzada, el destino de la acción de amparo era su admisión.

Sostiene que a esta instancia llegan como hechos no controvertidos que la actora accedió al beneficio de la jubilación en junio de 2010 y que las retenciones en concepto de impuesto a las ganancias fueron aplicadas por la demandada a partir de enero de 2011, como expresamente se admitió al contestar la demanda.

Agrega que la prueba pericial contable ha ratificado que no existe resolución ni acto administrativo alguno de la demandada que justifique la aplicación de la retención en concepto de impuesto a las ganancias.

Destaca que la amparista es jubilada del Poder Judicial de la Provincia, cuyo empleador no practicó retención alguna sobre los haberes mensuales en concepto de impuesto a las ganancias, mientras estuvo vigente la relación de empleo público.

Cita el precedente "Cordero c/ ISSN" de esta Sala II y otros fallos de la Cámara de Apelaciones.

Hace reserva del caso federal.

b) La demandada se agravia por la distribución de las costas procesales.

Señala que lo decidido por el a quo al respecto carece de fundamentación.



Enumera fallos en los cuales su parte ha sido condenada en costas, concluyendo que cuando el órgano previsional resulta perdidoso siempre carga con las costas del proceso, en claro beneficio de los empleados y funcionarios judiciales que promueven acciones como la de autos.

Señala lo que considera un error del juez de grado al omitir regular honorarios a los profesionales de la demandada, toda vez que la prohibición establecida por el art. 2 de la Ley 2.456 es en relación a su mandante.

Cita el precedente "Trebino c/ Provincia del Neuquén" de esta Sala II.

Apela los honorarios regulados al perito contador por altos.

c) La parte actora presentó la contestación del memorial de agravios de la demandada en forma extemporánea (fs. 171); en tanto que la accionada no contestó el traslado del recurso de su contraria.

II.- Si bien de la demanda no surge en forma clara, como pretende la amparista, que la arbitrariedad de la conducta del organismo previsional provincial sea consecuencia de una modificación en el criterio de liquidación del haber de jubilación -antes bien los fundamentos de la denunciada arbitrariedad son otros-, de la prueba documental aportada por la demandada surge que la situación de la señora Moyano resulta similar a la verificada en el precedente "Cordero c/ ISSN" (expte. n° 446.801/2011, P.S. 2011-V, n° 193), por lo que asiste razón a la apelante respecto a que el magistrado de grado no advirtió esta similitud.

Del expediente administrativo que en copia ha acompañado la demandada, y que tengo a la vista, advierto que



en fecha 28 de junio de 2010 se acordó el beneficio de jubilación ordinaria a la amparista (fs. 52 del expediente administrativo), comenzando el pago de los haberes previsionales sin practicar retención alguna en concepto de impuesto a las ganancias, deducción que se realiza por primera vez con los haberes del mes de enero de 2011, tal como lo reconoce la misma accionada al contestar la demanda.

El informe pericial contable de autos da cuenta que no existe norma administrativa alguna que ordene el comienzo de la retención del impuesto a las ganancias del haber de la actora (fs. 121/126).

Por ende, y como ya lo adelanté, la situación de la actora es similar a la considerada en el precedente "Cordero". En esa oportunidad, con primer voto de mi colega de Sala, se dijo: *"...comparto que la decisión tomada por el instituto en el caso concreto de los amparistas resultó arbitraria por haberse dispuesto sin darle a los afectados posibilidad alguna de defensa y por cuanto con anterioridad y por largo tiempo y pese a la vigencia de la legislación invocada por la demandada, nunca procedió a retener suma alguna.*

"...Si pese a la obligación que como agente de retención tenía el Instituto, conforme así lo sostiene, no procedió a retener suma alguna del haber jubilatorio, no pareciera que pueda de un día para el otro y sin previa comunicación al afectado, disponer que va a proceder a la retención del impuesto a las ganancias y máxime que pese a lo señalado por el sentenciante, sigue sin explicar la razón por la cual no procedió antes a la retención a que, según, sus dichos, lo obliga el ente recaudador nacional.

"Adviértase que toda medida que afecte el salario del trabajador y con mayor razón si se trata de una persona



que vive de su jubilación, debe ser apreciada restrictivamente, habiendo indicado esta Sala, en reiteradas oportunidades, que la administración pública (sea que se trate del Poder Ejecutivo e incluso del Poder Judicial) no puede por sí efectuar descuentos salariales ni siquiera en el caso de que se trate de la restitución de fondos percibidos indebidamente, salvo conformidad del afectado, debe concluirse que si durante un lapso prolongado el jubilado percibió sus haberes sin descuento alguno, no obstante la vigencia de la normativa impositiva, no puede quien actúa como agente de retención y sin haber mediado modificación legal alguna o un requerimiento de ente recaudador nacional, disponer el descuento de un día para el otro sin que medie comunicación alguna a los afectados y en tal sentido coincido con el sentenciante en que la medida resulta arbitraria y por ende, procedente el amparo".

A esta conducta de la demandada agrego que tampoco tiene explicación la interpretación que realiza de la Acordada n° 20/1996 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de su par n° 3.3035/1996 del Tribunal Superior de Justicia provincial, dado que estas normas administrativas que la accionada dice respetar no efectúan la diferenciación que informa el Subdirector de Pago y Control de la Dirección de Jubilaciones y Pensiones de la entidad previsional a fs. 59.

Por lo dicho es que habrá de hacerse lugar a la apelación de la amparista, revocándose la sentencia recurrida.

III.- El resultado del recurso de apelación de la parte actora, que influye respecto de la imposición de las costas del proceso, torna abstracto el tratamiento de la queja de la demandada referida al tema.



Sin perjuicio de ello entiendo conveniente aclarar, en atención a la acusación que con total ligereza realizan los letrados de la demandada respecto de la existencia de supuestos favoritismos para litigantes que pertenecen o han pertenecido a este Poder Judicial, que en aquellas causas donde se ventiló un reclamo similar al de autos, y donde el amparista resultó perdidoso, el Dr. Gigena Basombrio sostuvo que las costas son a cargo del vencido; en tanto que la suscripta propició su distribución en el orden causado en atención a la especial protección que la legislación provincial brinda a los haberes previsionales y por tratarse de una materia del derecho de la seguridad social.

En todo caso, siempre tuvo la demandada a su alcance el instituto de la recusación con causa si entendía que el juez de grado, o este tribunal, o alguno de sus integrantes veían comprometida su imparcialidad.

IV.- En cuanto a la apelación arancelaria, teniendo en cuenta la labor del experto, que ha tenido que brindar explicaciones a pedido de la parte demandada, los mínimos legales establecidos para los honorarios de los abogados en los procesos de amparo, y la adecuada proporción que deben guardar los emolumentos de los peritos con los de los letrados de los litigantes, se entiende que la suma fijada por el magistrado de primera instancia para retribuir la tarea del perito resulta elevada, proponiendo reducirla a la suma de \$ 5.000,00.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, declarar abstracta la apelación de la demandada, excepto la arancelaria, a la que se hace lugar; y en consecuencia revocar el fallo de grado y hacer lugar a la acción de amparo,



ordenando a la demandada el cese inmediato de la retención que efectúa sobre los haberes previsionales de la amparista en concepto de impuesto a las ganancias, con costas a la accionada vencida (art. 68, CPCyC).

Los honorarios profesionales por la actuación en primera instancia se regulan en la suma de \$ 17.236,00 para el Dr. ..., letrado apoderado de la actora; \$ 6.156,00 para cada uno de los letrados patrocinantes de la demandada Dres. ... y ...; y \$ 4.925,00 para el Dr. ..., apoderado de esta última parte, todo de conformidad con lo establecido en los arts. 36, 10 y 11 de la Ley 1.594.

Los honorarios del perito contador ... se regulan en la suma de \$ 5.000,00 de acuerdo con lo desarrollado en el Considerando IV de esta sentencia.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada vencida (art. 68, CPCyC), fijando los honorarios profesionales en la suma de \$ 6.030,00 para el Dr. ..., y \$ 1.847,00 para cada uno de los abogados de la demandada Dres. ... y ..., conforme lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRO dijo:

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

Por ello, esta **SALA II**.

RESUELVE:

I.-Revocar la sentencia de fs. 144/150 vta. y hacer lugar a la acción de amparo, ordenando a la demandada el cese inmediato de la retención que efectúa sobre los haberes previsionales de la amparista en concepto de impuesto a las ganancias, con costas a la accionada vencida (art. 68, CPCyC).



II.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado (art.279 CPCyC), los que adecuados al nuevo pronumiento se fijan en las siguientes sumas: de PESOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA SEIS (\$ 17.236,00) para el Dr. ..., letrado apoderado de la actora; de PESOS SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS (\$ 6.156,00) para cada uno de los letrados patrocinantes de la demandada Dres. ... y ...; y de PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTICINO (\$ 4.925,00) para el Dr. ..., apoderado de esta última parte, todo de conformidad con lo establecido en los arts. 36, 10 y 11 de la Ley 1.594.

III.- Regular los honorarios del perito contador ... en la suma de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000,00), de acuerdo con lo desarrollado en el Considerando IV de esta sentencia.

IV.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

V.- Regular los honorarios profesionales actuantes en la Alzada en las siguientes sumas: de PESOS SEIS MIL TREINTA (\$ 6.030,00) para el Dr. ..., y de PESOS UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE (\$ 1.847,00) para cada uno de los abogados de la demandada Dres. ... y ..., conforme lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA