



NEUQUEN, 12 de Abril del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"BAUM DANIEL Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"**, (Expte. N° **503699/2014**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - 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.- El coamparista Daniel Baum plantea recurso de apelación contra la sentencia de fs. 109/113 vta., que rechaza la acción de amparo, con costas a los vencidos.

A) El recurrente señala que, más allá que la a quo acepta la legitimación activa de la parte actora por derecho propio, por ser afectados directamente por el impuesto a las ganancias, no es correcto entender que no tienen legitimación amplia como representantes del pueblo, en los términos del art. 8 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, por ser diputados provinciales, aunque aclara que el actor Daniel Baum era diputado provincial al momento de interponer la acción, encontrándose actualmente jubilado.

Luego, cuestiona la afirmación de la jueza de grado respecto a que no existe una conducta ilegal o arbitraria de manera manifiesta. Agrega que la rigurosidad que exige la sentencia recurrida excede de lo que se requiere para admitir la procedencia de la acción de amparo, sosteniendo que con tal criterio nada se podría discutir por vía de amparo.

Dice que el hecho que la cuestión se pueda discutir no quiere decir que necesariamente no haya ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, recordando que el amparo tiene un



trámite contencioso adversarial, por lo que no es extraño que la contraparte discuta lo alegado por la actora.

Reitera los argumentos oportunamente dados en la demandada, entendiendo que ninguno de ellos ha sido refutado por la demandada.

Sostiene que lo manifiesto de la ilegalidad y de la arbitrariedad parte de considerar que se está hablando de cuestiones que nadie discute, por surgir de criterios jurisprudenciales unánimes, la ley y la propia realidad conocida por todos -diferencias en el costo de vida-.

Rebate también la conclusión de la jueza de primera instancia referida a que tampoco se configura la urgencia y sencillez que requiere el art. 43 de la Constitución Nacional.

Afirma que del texto del art. 43 de la Constitución Nacional no surge que la sencillez y la urgencia sean requisitos de admisibilidad del amparo, ya que la calificación "expedita y rápida" se refiere a la forma de tramitación de la acción de amparo.

Cita el art. 59 de la Constitución de la Provincia y señala que esta norma tampoco hace referencia a la sencillez y a la urgencia. Agrega que la Ley 1.981 no contiene ninguna referencia a la urgencia y a la sencillez.

No obstante ello, considera que, de todos modos, estos extremos se advierten presentes en este caso.

Así, manifiesta que la urgencia deriva de la necesidad de dar solución a una cuestión que afecta los salarios de los empleados públicos y de los jubilados y pensionados, que tienen naturaleza alimentaria.

Entiende que si no se discute que el sueldo tiene naturaleza alimentaria y está destinado a cubrir las



necesidades básicas, ello resulta más que suficiente para acreditar la urgencia.

Respecto de la sencillez, considera que el planteo es más que sencillo. Agrega que la complejidad puede ser política, en tanto existen sectores con intereses contrapuestos, que exceden el ámbito judicial, pero que no pueden presionar al magistrado o magistrada, quién debe actuar en forma independiente.

Argumenta que menos aún puede entenderse que se trata de una cuestión que requiere de mayor debate o prueba, en tanto se trata de una controversia de puro derecho.

Subsidiariamente cuestiona la imposición de las costas procesales.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 122/123.

Denuncia que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Dice que la jueza de grado coincide con el argumento dado al contestar la acción, referido a la falta de legitimación pasiva planteada por su parte, toda vez que la Ley 20.628, que regla el impuesto a las ganancias, es una ley nacional, por lo que el Poder Ejecutivo provincial, en su carácter de empleador actúa como agente de retención frente al impuesto, efectuando la interpretación de la conformación de la base imponible del tributo y el consecuente descuento, de acuerdo con lo dispuesto en la misma ley y la Resolución General AFIP 2.437/2008; en tanto que los fondos retenidos son remitidos a la AFIP por aplicación de la propia ley que regula el impuesto de rango nacional. Entiende que todo



cuestionamiento sobre dicho impuesto debe ser realizado, en su caso, ante el Estado Nacional y la AFIP.

II.- A poco que se avance en el análisis de las constancias de la causa, se advierte la aparición de un problema relacionado con la legitimación, tanto del apelante como de la demandada, derivado del cambio de situación jurídica del amparista recurrente frente al hecho denunciado como lesivo, y que obliga a confirmar la resolución de grado, aunque por los motivos que seguidamente se desarrollarán.

Adolfo Alvarado Velloso enseña que para que la sentencia que se emita luego del proceso resulte esencialmente justa, lo que allí decida el juzgador acerca del litigio debe coincidir exactamente con lo acaecido en el conflicto. Agrega el autor citado, *"De tal modo, si éste no existió o no se confirmó su existencia, o si quién demandó o fue demandado es o son personas distintas a las que hubieron de demandar o ser demandadas, la decisión del juzgador debe ser adversa a la pretensión del actor. Resulta así de la mayor importancia saber... si quién adoptó voluntariamente el carácter de parte (actor) o éste le fue impuesto (demandado) es la misma exacta persona que se encuentra en el conflicto llamado a ser heterocompuesto... se trata aquí de investigar si el actor o el demandado... si uno o los dos son las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia"* (cfr. aut. cit., "Lecciones de Derecho Procesal", Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 324/325).

Se trata de la legitimación para obrar, o legitimatio ad causam, y ella es la que se encuentra ausente, hoy, en las partes que llegan a la segunda instancia, fundamentalmente en la demandada.

Si bien la demandada no ha formulado cuestionamiento alguno a su legitimación, con base en la



situación del recurrente, la importancia de dictar una sentencia válida y útil, evitando dispendios jurisdiccionales inconducentes, permite que la existencia o inexistencia de legitimación para obrar pueda ser revisada de oficio por el juzgador.

Quienes integramos esta Sala II tenemos dicho que la legitimación de los litigantes para estar en el proceso, en cuanto titulares de la relación jurídica sustancial que se debate en el expediente, es una cuestión que puede y debe ser controlada de oficio por la magistratura (autos "González c/ Paglione", expte. n° 339.824/2006, Sala I P.S. 2011-III, n° 82, entre otros).

III.- De las constancias del expediente surge que la acción de amparo fue promovida por Daniel Baum y Jesús Arnaldo Escobar, en su condición de legisladores de la Provincia del Neuquén, "por derecho propio y en ejercicio de la representación popular de sus cargos" (fs. 1).

La sentencia de grado rechaza la representación popular invocada por los amparistas, y considera que éstos accionan únicamente por derecho propio, en cuanto sujetos afectados directamente por el acto lesivo denunciado.

Esta decisión ha sido consentida por el actor Jesús Arnaldo Escobar, toda vez que el recurso de apelación es planteado solamente por el actor Daniel Baum.

Ahora bien, al expresar agravios el recurrente denuncia que, a ese momento, se encuentra jubilado, por lo que no es más diputado provincial, cargo que solamente es ejercido hoy por el actor Escobar, quién, como se dijo, consintió la sentencia de primera instancia.

De ello se sigue que el apelante ya no puede invocar representación popular alguna, toda vez que ha dejado de ser legislador de la Provincia del Neuquén, más allá de los



discutibles alcances que pretende dar a la manda del art. 8 de la Constitución neuquina.

Si bien es cierto que este extremo del decisorio de grado se encuentra apelado por el señor Baum, su tratamiento en esta instancia deviene abstracto en atención a la pérdida de su condición de diputado provincial, por lo que no puede invocar la disposición del art. 8 de la Constitución de la Provincia. El único amparista que conserva esta condición es el señor Escobar pero, como se dijo, él ha aceptado la decisión de la jueza de grado, por lo que a su respecto la sentencia de primera instancia se encuentra firme.

Por ende, el apelante acciona en autos por derecho propio (como afectado directo) y esta circunstancia, a partir de su jubilación, determina la pérdida de la legitimación para obrar de la demandada.

Si bien al quejoso no ha denunciado cuál es el organismo otorgante de la jubilación (ANSES o Instituto de Seguridad Social del Neuquén), de todos modos cualquiera sea el régimen previsional otorgante del beneficio, aparece claro que la Provincia del Neuquén no es la persona contra quién puede útilmente dictarse la sentencia de la Cámara de Apelaciones.

En efecto, la conducta lesiva, de existir, ya no puede ser achacada a la Provincia del Neuquén, sino al organismo otorgante de la jubilación, que es quién liquida el haber previsional.

Para el supuesto que el ente otorgante sea la ANSES, ni siquiera la justicia provincial sería competente para resolver, ya que la conducta lesiva provendría de un organismo nacional.

Y para el supuesto que el ente otorgante sea el órgano previsional provincial, éste último es quién debe ser



demandado. Esta afirmación es doctrina de larga data del Tribunal Superior de Justicia local. A título ilustrativo, y entre otros muchos casos, el máximo tribunal de la Provincia del Neuquén ha resuelto que *"...el artículo 155 de la Constitución Provincial establece que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (artículo 214 incisos 1º y 17º) no es obstáculo para ello en tanto tal actividad, no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. art. 28, 29 y 190 de la Ley 1284).*

*"Consecuentemente, por mandato constitucional y legal, corresponde que la demanda se dirija contra el ente autárquico -Instituto de Seguridad Social del Neuquén- que se encuentra legitimado pasivamente porque es de quien emanan los actos administrativos cuestionados.*

*"Es que, como reiteradamente se ha señalado, el Estado provincial no puede estar en juicio en calidad de demandado cuando la cuestión reclamada reconoce su génesis en la actividad administrativa de una entidad autárquica, toda vez que es ésta la que debe asumir legitimación procesal pasiva a raíz de demandas originadas en actos propios de la misma (cfr. R.I. 2979/00)" (autos "Colegio Médico de Neuquén c/ Provincia del Neuquén", Acuerdo nº 10/2011, del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).*

Si bien es cierto que el Tribunal Superior de Justicia, en algunos supuestos, ha reencauzado la acción, citando al ente autárquico, no encuentro que ello se pueda llevar a cabo en el sub lite, cuando el trámite en la primera instancia se encuentra concluido.



No dejo de advertir que la ausencia actual de legitimación pasiva de la parte demandada es consecuencia del tiempo transcurrido entre la interposición de la demanda y el momento en que esta Cámara debe resolver, demora producida por las distintas instancias por las que transitó este amparo (Tribunal Superior de Justicia, justicia civil provincial, justicia federal local, Corte Suprema de Justicia de la Nación y nuevamente justicia civil provincial), pero, conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando las circunstancias fácticas y jurídicas varían sustancialmente desde la interposición de la demanda, el fallo debe adecuarse a las circunstancias actuales (cfr. CSJN, "Ediciones La Urraca S.A. c/ Nación Argentina", 5/12/1983, Fallos 305:2.228; ídem., "María de la Cruz Rachid y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas", 24/8/2010, Fallos 333:1.474; Trib. Sup. CABA, "Gottschau", 11/4/2007, LL on line AR/JUR/2034/2007).

Conforme lo dicho, cualquier resolución de la Cámara de Apelaciones sobre los agravios del apelante referidos a la cuestión objeto de la litis deviene hoy inoficiosa, por lo que, como se adelantó, no cabe sino confirmar la decisión adoptada en la instancia de grado, aunque por los motivos aquí señalados.

IV.- En cuanto a la apelación subsidiaria referida a la imposición de las costas procesales por la actuación en la primera instancia, por los motivos señalados en los acápites anteriores y en lo que refiere a la persona del actor apelante, se han de imponer en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC), considerando también que el planteo formulado no carece de seriedad, tratándose de una cuestión controvertida y novedosa, que llega a la justicia por la inacción de los órganos estatales habilitados para legislar





en materia tributaria, ante los reclamos de los contribuyentes.

Consecuentemente se hace lugar al presente agravio y se modifica el fallo de grado en el sentido señalado.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de autos y modificar, también parcialmente, la sentencia de grado, disponiendo que las costas generadas por la actuación del coamparista Daniel Baum se imponen en el orden causado, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios por los motivos precedentemente indicados.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención a las razones que determinan el rechazo en lo sustancial del recurso de apelación, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de \$ 2.610,00 (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.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 109/113 vta., disponiendo que las costas generadas por la actuación del coamparista ... se imponen en el orden causado, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios por los motivos precedentemente indicados.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención a las razones que determinan



el rechazo en lo sustancial del recurso de apelación, en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales para el Dr. ... en la suma de PESOS DOS MIL SEISCIENTOS DIEZ (\$ 2.610,00) (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**