



NEUQUEN, 9 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"AGUIRRE HERELIDA DEL CARMEN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR (EN AUTOS: JNQLA5 EXP 508969/2016)"** (Expte. INC N° 1010/2017) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 5 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 120/134 la parte demandada interpone recurso de apelación contra el auto de fs. 29/30 que hace lugar a la medida cautelar, ordenando al ISSN que con relación a la actora, se abstenga de efectuar cualquier tipo de "retención por impuesto a las ganancias", hasta la resolución definitiva de la causa, todo de conformidad con los arts. 232 y concordantes del Código Procesal.

Corrido el pertinente traslado del memorial, contesta la amparista a fs. 143/145, solicitando el rechazo del recurso con costas.

II.- La parte recurrente destaca que el I.S.S.N opera como agente de retención respecto al impuesto a las ganancias, es decir que las efectúa en cumplimiento de la normativa nacional siendo totalmente improcedente el dictado de la medida cautelar, por cuanto omite considerar que los importes que se ordena liberar a favor de la accionante no son de propiedad ni disponibles por parte del I.S.S.N.; afectándose gravemente derechos de terceros ajenos al presente proceso, en este caso particular del Estado Nacional, la A.F.I.P.



Asevera que lo resuelto por el A quo no se ajusta a lo prescripto por el ordenamiento jurídico y afecta el derecho de defensa en juicio, por cuanto haciendo lugar a la medida cautelar se la confunde con el objeto del amparo, realizándose un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo que aún no ha sido debatida.

Resalta que no existe la verosimilitud del derecho invocado ni peligro en la demora toda vez que no se ha afectado el derecho a la propiedad, a la igualdad, a la jubilación intangible; siendo esto así concluye que la decisión de la Magistrada resulta voluntarista, carente de sustento legal y probatorio.

Aclara que tanto el I.S.S.N. como el Estado Nacional son personas jurídicas solventes y que ante el hipotético caso de que resulte condenado, no existe posibilidad alguna que no pueda afrontar los gastos de la sentencia.

Destaca que la procedencia de la medida concedida, ha sido teniendo en cuenta los fundamentos explicitados por la Cámara de Apelación de la ciudad de Neuquén en autos caratulados "López Dorigoni Malena c/ I.S.S.N s/ acción de amparo" (Expte Nro 505885/2015) pero sin considerar lo resuelto actualmente por el Alto Cuerpo en autos "Buteler Miguel c/I.S.S.N s/acción de amparo" (Expte 507102/2015); y el criterio adoptado por la Sala I y II de la Cámara local en las apelaciones de medidas cautelares similares a la presente ("Doblas").

Por último, señala la improcedencia de hacer lugar a una medida cautelar cuando la competencia resulta palmariamente del fuero federal; cita en apoyo a su petición la declaración de incompetencia efectuada en autos "Cordero



Miriam y Otros c/I.S.S.N. s/Acción de Amparo" (expte. Nro 445149/11, de 16/03/11).

III.- Por su parte, en respuesta a los agravios, dice la amparista que lo relativo a la competencia federal carece de relevancia por cuanto ello fue resuelto con fecha 22/12/16 en las actuaciones principales y no fue apelado por la demandada, encontrándose dicha resolución firme y consentida.

En punto a los recaudos que tornan procedente las medidas cautelares, destaca que conforme lo dispuesto por el art. 30 de la Ley 1981, el Juez debe verificar si el derecho invocado es prima facie verosímil, es decir que no se exige certeza; agregando que en este caso particular ello se verifica porque la prestación jubilatoria afectada es de naturaleza alimentaria tal como surge del propio sistema previsional y sin necesidad de prueba alguna; siendo el perjuicio ocasionado actual y que se produce en forma periódica mes a mes generándose un daño irreparable dado que las sumas son descontadas sin mas del haber jubilatorio y, una vez retenidas son liquidadas a la AFIP imposibilitando su recupero en forma inmediata.

Asevera que la vulneración del derecho invocado surge palmaria del obrar arbitrario e ilegítimo de la demandada quien sin mediar comunicación previa ni acto administrativo ni notificación fehaciente procedió a descontar de los haberes jubilatorios sumas de dinero en concepto de un impuesto que en "actividad" no tributaba. Ello conlleva a la afectación directa del derecho de propiedad, el debido procesal legal, el derecho de defensa en juicio y la igualdad ante la ley en tanto no permite al afectado cuestionar la medida o al menos, prestar su conformidad.



Cita en apoyo a su petición lo resuelto por la Sala II en "Cordero" y "Romano".

IV.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento advierto que en los autos "MOLIA ANGEL ARTURO C/ I.S.S.N S/ ACCION DE AMPARO" (Expte. N° 468787/12) propicie, en sentido favorable al cese de la retención por impuesto a las ganancias sobre el beneficio jubilatorio que percibe un funcionario que revistió como Vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Neuquén, quien en actividad se encontraba excepcionado del pago de tal gravamen, conforme previsiones nacionales y locales -también las emanadas de la Corte Nacional y Provincial, y del mencionado organismo- expresando en tal oportunidad:

"... Que atendiendo a los agravios vertidos conforme antecedentes fácticos y jurídicos colectados, cabe concluir liminarmente que 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..."

Por ello, y sin que lo expuesto implique adelantar opinión ni desconociendo lo sostenido en la materia por el Tribunal Superior de Justicia in re "Buteler", considero verosímil el derecho al que se dirige la medida dictada con fecha 17 de noviembre de 2016 obrante a fs. 29/30, de protección de un crédito de eminente carácter alimentario, tratándose del haber jubilatorio, y que recibe amplia tutela en la previsión de los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 38, inc.c) de la Constitución Provincial, y cuya



integridad recae sobre el ente público que administra los fondos del sistema y al que directamente se vincula la actora.

A su vez, en relación al derecho que titulariza la última, estimo oportuno citar parte del voto del juez Barreiro en que fundara la declaración de inconstitucionalidad del inciso c) del art. 79 de la ley 20.628 (t.o. por decreto 649/97), en cuanto establece como hecho imponible para la percepción del impuesto a las ganancias las jubilaciones, en la reciente 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:

"... 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.6°), 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 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. ..".

Conforme las consideraciones expuestas, y como anticipara, propiciaré al acuerdo la confirmación de la resolución de grado, con costas a cargo de la recurrente vencida (art. 68, 69 del CPCyC y 21 de la Ley 1981).

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 20/30, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art.68,69 C.P.C.C. y 21 de la ley 1981).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA