



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 14 de noviembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MARTINEZ JOSE MARIO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO"**, (JNQC14 EXP N° 100372/2019), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 282/288, que rechaza la acción de amparo, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia señalando que su situación de vulnerabilidad social y física le impide entablar una acción común.

Dice que su pretensión no es que se declare la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre su jubilación, ya que eso ya ha sido hecho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino que se ordene a la demandada dejar de retener dicho impuesto.

Reitera que existen fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ordenan no retener el impuesto a las ganancias a los jubilados en estado de vulnerabilidad.

b) La demandada contesta el traslado del memorial a fs. 297/302.

En primer lugar, entiende que la expresión de agravios no constituye una crítica razonada y concreta del fallo que se recurre.

Subsidiariamente rebate el agravio formulado.

Dice que la jueza de grado da acabados fundamentos para rechazar la demanda, principalmente que la acción debe ser entablada con la AFIP y no con el agente de retención.

Sigue diciendo que para reclamar la exención del impuesto a las ganancias debe discutir su caso con el fisco y no con el agente de retención.

Transcribe parcialmente el fallo de primera instancia.

Insiste en que el amparista es jubilado del Consejo Provincial de Educación y no se encuentra exento del impuesto a las ganancias, por lo que no se le puede aplicar la Acordada n° 20/1996 de la Corte Suprema, ni las resoluciones del Consejo de Administración de la entidad demandada nros. 470/2018 y 483/2018.

II.- Ingresando en el análisis del recurso de apelación de autos, y cotejadas las constancias de la causa, entiendo que asiste razón a la demandada respecto a que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que corresponde que el fallo de grado sea confirmado.

En efecto, el amparista centra su crítica en su estado de vulnerabilidad, por estar enfermo y por tener edad avanzada, aunque como bien lo señala la a quo el actor cuenta con 62 años de edad, por lo que la existencia de este último extremo es cuestionable.

Pero más allá de esto, la jueza de grado ha basado el rechazo de la acción en que la demandada no es la legitimada pasiva del reclamo impetrado por el accionante, y en ello tiene razón la a quo.

Destaco que el amparista guarda silencio sobre este extremo, insistiendo en su memorial en argumentos que ya fueron expuestos en el escrito inicial.

Advierto que la sentencia recurrida desarrolla fundadamente la diferencia entre la situación en que se encuentra el accionante, y la abordada por esta Cámara de Apelaciones y por el Tribunal Superior de Justicia provincial en aquellos fallos en que ordenó el cese de la retención en concepto de impuesto a las ganancias.

Es que, en estos últimos supuestos se trataba de la interpretación de la ley pertinente, y de que no se podía dar un trato menos favorable a la persona que había accedido al beneficio jubilatorio respecto del que tenía cuando se encontraba en actividad. En otras palabras, si durante su vida laboral activa no había tributado impuesto a las ganancias, mal puede tributar tal impuesto cuando se le otorga la jubilación.

Pero en autos, la situación es distinta, tal como lo ha dicho la jueza de primera instancia, ya

que el amparista no alega no haber tributado impuesto a las ganancias cuando estaba en actividad, sino que su actual situación de vulnerabilidad lo coloca en similares circunstancias que las precisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "García, María Isabel c/ AFIP" (26/3/2019, Fallos 342:411).

En el precedente citado la Corte Nacional, por mayoría, considera inconstitucional la aplicación del impuesto a las ganancias sobre el haber jubilatorio de la actora en el entendimiento que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados u subsidiados resulta insuficiente, si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido; y que el análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación, pasa por alto el hecho evidente que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo.

Seguidamente la Corte considera la edad de la actora (79 años), los problemas de salud que padecía, y que los descuentos en concepto de impuesto a las ganancias alcanzaban entre el 29,33% y el 31,94% de su haber jubilatorio, y declara la inconstitucionalidad de los arts. 23 inc. c), 79 inc. c), 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430; a la vez que pone en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad

por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva.

Cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad que resuelve la Corte Suprema es para el caso concreto, y no puede ser extendida automáticamente a cualquier otra situación, sino que debe ponderarse en cada supuesto si corresponde atenerse al precedente del Alto Tribunal.

Ahora bien, no obstante ser dudoso que el actor encuadre en la situación de hecho contemplada en el precedente "García", excepto en lo que atañe a la enfermedad; por la naturaleza de la pretensión: no aplicar una manda legal tributaria de índole federal por ser contraria a la Constitución Nacional, la acción debió entablarse contra el Estado Nacional, a través del órgano encargado de la recaudación tributaria, la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Insisto, al igual que lo ha hecho la jueza de grado, en que no se trata aquí de la interpretación de una ley, sino directamente de la abrogación de esa ley, en su parte pertinente y para el caso concreto, posibilidad que excede, en mucho, las facultades del agente de retención, que es la condición que reviste la demandada.

Lo dicho determina que ha de confirmarse el fallo de grado, conforme se adelantó, por no ser la demandada la legitimada pasiva para el reclamo de autos.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora, y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al apelante vencido (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en las sumas de \$ 5.380,00 para la Dra. ..., \$ 13.450,00 para la Dra. ..., y \$ 9.425,00 para el Dr. ..., todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. José I. NOACCO dijo:

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 282/288, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia al apelante vencido (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en las sumas de \$ 5.380,00 para la Dra. ..., \$ 13.450,00 para la Dra. ..., y \$ 9.425,00 para el Dr. ... (art. 15 de la ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. Patricia Clerici - Dr. José I. Noacco
Dra. Micaela Rosales - Secretaria