

ALABART JORGE LUJAN C/ INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA PROVINCIA
BUENOS AIRES S/ AMPARO - LP-27908-2020
JIA

En la ciudad de La Plata, de Diciembre de 2020.

AUTOS Y VISTOS los presentes obrados caratulados "ALABART JORGE LUJAN C/ INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA PROVINCIA BUENOS AIRES S/ AMPARO" a fin de resolver en relación a la medida cautelar solicitada por el amparista y la citación de tercero formulada por la demandada y,

CONSIDERANDO:

I) Que a fs.26/32 se presenta Jorge Lujan Alabart, abogado en causa propia (T° XXXIII F° 248 CALP) y promueve acción de amparo en los términos del art. 20 inc. 2) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y Ley Provincial n°13.928, contra el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires.

Relata que la presente acción no persigue evitar el pago del Impuesto a las Ganancias, sino que se condene al Organismo de mención, a cumplir con lo ordenado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en las Resoluciones 4385/200 y 436/19 y el Dictamen 170/14 de la AFIP para los agentes de la Fiscalía de la mentada Provincia, y que se liquide el Impuesto a las Ganancias sobre su haber jubilatorio, tomando como base imponible para ello el "haber básico" sin incluir ningún otro rubro.

Señala que resulta ser jubilado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires desde el año 2015, habiendo prestado servicios durante 37 años en relación de empleo público en distintos organismos de la Provincia.

Seguidamente expone que el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires (IPS) liquida y abona mensualmente su haber jubilatorio y practica sobre el mismo una retención en concepto de Impuesto a las Ganancias, calculándolo sobre el total de los rubros que conforman su haber previsional, generándose de esta manera una desmedida disminución del beneficio previsional en clara violación de las Resoluciones N° 4385/2000 y 436/2019 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 10/04/2019, y fundamentalmente del Dictamen de AFIP 170/14 para los agentes de la Fiscalía de Estado Provincial.

Asimismo destaca que su jubilación se compone de un básico y distintos rubros, todos ellos idénticos a los que percibía en actividad. Que la inclusión de todos los rubros que componen el salario en actividad incluyendo al básico, para el cálculo del impuesto a las ganancias, fue el origen del Dictamen de AFIP y de las resoluciones dictadas por la Suprema Corte de Justicia Provincial ya mencionados.

Expresa que por medio de la Resolución N° 4385/00 SCBA, se instruía a los Departamentos de Administración a que efectuaran las liquidaciones del Impuesto a las Ganancias, excluyendo de la base imponible los rubros denominados gastos funcionales, notificación especial, bloqueo de título, bonificaciones por antigüedad y permanencia, es decir, todos aquellos conceptos que excedan el haber básico.

De ésta manera entiende que hay un obrar ilegítimo y arbitrario en tanto el Instituto de Previsión Social ejerce potestades que no le incumben, determinando una base de cálculo del impuesto a las ganancias sobre el haber previsional, que de continuar en actividad no se le tendría en cuenta conforme las resoluciones del empleador, violándose el derecho de propiedad e igualdad (art. 16, 17, 28, 75 inc. 22) y cc CN; art. 12 CPBA).

En definitiva, solicita hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, se haga lugar a la medida cautelar ordenando al mentado Organismo a que cumpla con lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en las Resoluciones 4385/200 y 436/19 y el Dictamen 170/14 de la AFIP para los agentes de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

II) Sentado ello, se impone precisar que para la procedencia de una medida cautelar deben encontrarse cumplimentados los recaudos: verosimilitud de los hechos y el derecho (*fumus bonis iuris*), b) peligro en la demora, c) contracautela (arts. 195, 199 y cc CPCC; art. 9 Ley 13928 y modif.).

En cuanto a la verosimilitud de los hechos y el derecho invocado, teniendo a la vista el recibo haberes que luce en archivo pdf adjunto a la presentación electrónica enviada el día 20/12/2020 9:00:32 p. m, tengo por acreditado que el amparista Jorge Lujan Alabart, DNI:10.909.545 resulta ser beneficiario del Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo se observa que por el período 202012 la AFIP le retuvo la suma de \$32.079.65 (ver Item 10 AFIP retención).

Ahora bien, entrando en el análisis del segundo de los recaudos propios de las medidas cautelares, esto es, el peligro en la demora, el mismo radicaría en la naturaleza previsional y alimentaria de los haberes que se encuentran afectados por la autoridad del Instituto de Previsión Social, que reducidos en forma ilegítima y arbitraria provocarían una merma importante en lo que debería percibir el beneficiario, y que se traduce en menores ingresos para una mejor satisfacción de las necesidades de la vida de un adulto mayor (vivienda,. alimentos, medicamentos, vestimenta, esparcimiento, etc).- La persistencia de un mecanismo irregular deriva en un detrimento de los ingresos económicos previsionales que perjudican lo que debería ser la economía real cotidiana de quien ahora resulta ser jubilado, sometiéndolo a menores ingresos.

Finalmente, con el propósito de dar cumplimiento con la contracautela, en razón de tratarse de materia previsional, el carácter alimentario que revisten tales haberes, y la condición de jubilado del amparista, estimo adecuada fijar la caución juratoria por los eventuales daños y perjuicios que la medida pudiera irrogar, la que se tiene por prestada con la suscripción del escrito en proveimiento (arts. 42 CN, 38 Const. Pcia. Bs. As.; 1091 CCC; 195, 199, 232 y cc CPCC).

De esta manera, en vista de la documentación acompañada, y encontrándose acreditado "prima facie" la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora invocados, sumado a que se verían afectados derechos de raigambre constitucional como son la igualdad, propiedad, legalidad, todos ampliamente receptados en el régimen constitucional nacional y provincial, bajo exclusiva responsabilidad de la parte actora, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada en el punto IX del líbello inicial.

Consecuentemente, corresponde ordenar al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires que a partir del período correspondiente al mes siguiente a la firma de la presente, dé cumplimiento con la Resolución de la SCBA 436/19 y Dictamen AFIP N° 170/14, por el término de 60 días (arts. 9 ley 13.928, arts. 195, 198 y 203 del CPCC).

Asimismo, hágase saber al amparista que previo a proceder a la prórroga de la medida cautelar decretada en el párrafo que antecede, deberá acreditar actividad impulsoria útil en el trámite de la presente acción de amparo (art. 34 inc. 5 CPCC).-

III) Despejado el primer hito del decisorio, corresponde abocarme al planteo de la citación de tercero formulado por la demandada.

Que mediante presentación electrónica enviada el día 26/8/2020 09:21:20 se presenta la Dra. Mariana Fernanda Alen (T° LVIII F° 278 del CALP) en su carácter de apoderada de Fiscalía de Estado y solicita, en lo que aquí interesa, la citación del Estado Nacional (AFIP)- en los términos del art.94 del CPCC (Ver Punto VIII de la presentación ut supra señalada).

Al respecto expone que tal como ha sido planteada la contienda por el actor, puede afirmarse que la misma involucra cuestiones cuyo tratamiento remiten directamente al análisis de normas tributarias de carácter nacional, cuyo cobro tiene como destinatario la AFIP y el IPS sólo interviene como agente de retención.

De esta manera señala, resulta evidente que el planteo introducido por la accionante guarda estrecha relación con la retención efectuada por el IPS, en virtud de una encomienda legal, para la AFIP, encargada de la recaudación de impuestos nacionales regulados por la ley nacional N° 11.683, con relación directa a un impuesto de naturaleza federal.

En definitiva, solicita se haga lugar a la citación del Estado Nacional (AFIP), toda vez que el impuesto retenido pertenece a la administración fiscal nacional la cual lo percibe del ente público estatal que realizó el pago; con lo cual, la discusión sobre la modificación de la base imponible y/o como debió ser liquidado corresponde -según su entender- que se efectuó en el ámbito de dicha repartición de conformidad con las leyes 11.683 y 20.628.

Que mediante presentación electrónica enviada el día 20/12/2020 9:00:32 p. m. se presenta el Sr. Jorge Lujan Alabart, se notifica espontáneamente del traslado que le fuera conferido mediante providencia de fecha 17/12/2020 y solicita el rechazo de la citación de tercero.

Refiere que el presente proceso no se entabla para cuestionar ninguna ley nacional, ni cuestión federal sino que por el contrario, busca corregir la errónea actuación de un órgano provincial para con sus beneficiarios al liquidar en forma incorrecta sus haberes previsionales y consecuentemente, retener erróneamente sumas de dinero en concepto de impuesto a las ganancias en contradicción a la normativa local aplicable (Resolución 436/2019 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -S.C.B.A).

Señala que la solicitud de intervención de terceros debe resolverse con un criterio restrictivo y cuando la pide el demandado, constituye una medida excepcional, desde que se obliga al actor a litigar contra quien no ha elegido como contrario.

Seguidamente destaca que el Fisco Nacional no reúne las condiciones para la intervención de terceros que dispone el Art.90 del CPCC y asimismo la pretensión no afecta su interés toda vez que la misma consiste en que se aplique una disposición emanada de él.

Sentado ello, se impone precisar que tercero es el sujeto procesal eventual cuyo acceso al proceso pendiente le facilita la ley siempre y cuando posea un interés jurídico relevante. El llamamiento de un tercero al proceso se produce cuando la contienda o controversia sea común y se da la posibilidad de una acción regresiva contra él.

Por su parte la Jurisprudencia ha sostenido que el instituto de la citación de terceros no es una obligación sino una facultad de aquel que considere que la controversia les resulta común. Esta facultad no requiere necesariamente la conformidad del otro litigante ni su posición puede impedir esa citación, ya que el solicitante peticiona en resguardo de su interés. (CC0101 LP 234278 RSD-13-00 S 15/02/2000 Juez ENNIS).

Ahora bien, del relato de los hechos descriptos en los escritos postulatorios se desprende que la controversia que aquí se ventila podría resultarle común al Fisco

Nacional-AFIP-, ello en virtud de ser el encargado de la recaudación del impuesto (Ganancias) cuya liquidación aquí se cuestiona (Ley 11.683 y 20. 628).

De esta manera, no encuentro óbice para traerlo al proceso toda vez que, eventualmente, podría resultar alcanzado por los efectos de la sentencia definitiva (arts. 90, 94, 96 del CPCC).

En función de ello y sin que implique adelanto de opinión sobre la cuestión de fondo traída, corresponde hacer lugar a la citación de tercero solicitada por la parte demandada (art.161 del CPCC)

IV) Las costas de la citación de tercero que se recepta se imponen a la actora que resulta vencida (arts.68 y 69 C.P.C.C.).

Por todo lo expuesto, de acuerdo a lo normado en los arts. 16, 17, 19, 28, 31, 75 inc. 2) y cc. de la Constitución Nacional; arts. 10, 12, 39 y cc. Constitución Provincial; arts. 1, 2, 9, 25 y cc. de la Ley Provincial 13.928 y modif.; Resolución de la SCBA 436/19 y dictamen de la AFIP 170/14; y Art.90, 94 y 161 del CPCC RESUELVO: 1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por Jorge Lujan Alabart, ordenando al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires a dar cumplimiento con la Resolución de la SCBA 436/19 y Dictamen AFIP N° 170/14, por el término de 60 días (arts. 9 ley 13.928, arts. 195, 198 y 203 del CPCC), debiendo el amparista acreditar actividad impulsoria útil en el trámite de la presente acción de amparo, a los fines de proceder a su prórroga; 2°) Hacer lugar a la citación de tercero intentada por la parte demandada; 3°) Imponer las costas de la citación de tercero que se recepta a la parte actora vencida. Registrese. Notifíquese digitalmente por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles, en carácter de urgente y en la excepcionalidad autorizada (art. 135 y cc CPCC; art. 25 Ley 13.928; Res. SCBA 10/20; Art.27 inc.12 Dec. ley 7543/69).

FEDERICO MARTINEZ

JUEZ