Bahía Blanca, **6** de mayo de 2021.

VISTO: Este expediente nro. **FBB 251/2021/1/CA1**, caratulado: ***"Inc. apelación… en autos: 'BERGESIO, Carlos y otros c/ Administración Federal Ingresos Públicos s/ Cobro de pesos/sumas de dinero'"*** venido del Juzgado Federal nro. **2** de la sede, puesto al acuerdo para resolver el recurso de apelación interpuesto a f. 78, contra la resolución de fs. 73/76.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

1ro.) La Jueza de grado hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora y, en consecuencia, ordenó a la AFIP arbitrar los medios a fin de que quienes cumplen la tarea de agentes de retención –Caja de Jubilaciones, subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires e Instituto de Previsión social (IPS)– se abstengan en forma inmediata de continuar efectuando las retenciones mes a mes sobre las prestaciones previsionales de los actores, conforme los términos de la sentencia dictada por la CSJN *in re "VILLEGAS, RAQUEL NORA Y OTROS c/ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS s/ACCION MERE DECLARATIVA DE DERECHO", expte. nro. FBB 13242/2015* pasada en autoridad de cosa juzgada. Previa caución juratoria del letrado apoderado de los actores.

2do.) Contra la mentada resolución, interpuso recurso de apelación el apoderado de AFIP (f. 78); el que fue fundado a fs. 83/86. En dicha oportunidad sostuvo que la Jueza de grado incurre en arbitrariedad y que la resolución recurrida es descalificable como acto jurisdiccional válido. Ello así pues, la *a quo* dictó una medida cautelar anticipatoria de aquello que en definitiva se resuelva en el proceso, cuando eventualmente debió ser ejecutoria de la sentencia firme dictada en el expte. FBB 13242/2015. Afirmó que la medida cautelar es impropia, dado que es inapropiado el encarrilamiento de una pretensión que debió articularse en aquel proceso.

Asimismo, refirió que la orden contenida en la resolución como medida ejecutoria resulta un exceso de jurisdicción en tanto la orden de cese debió ser ordenada en el expte. FBB 13242/2015, a instancia de la actora. Señaló que no puede pretenderse que sea la AFIP quien caso por caso sea el responsable de informar a los

USO OFICIAL

agentes de retención cualquier variación casuística e individual de la relación jurídica que la vincula con el contribuyente.

3ro.) A fs. 88/90 la parte actora contestó el traslado conferido.

4to.) Previamente, corresponde hacer una breve síntesis de la cuestión sometida a debate.

Con fecha 12/02/2021 los actores interpusieron –en el marco del presente proceso– demanda contra la AFIP *"a los fines que proceda a la devolución de las sumas retenidas en concepto de impuestos a las ganancias a partir de que le fueron descontadas y hasta el período en que cesen las mismas con más los intereses a la Tasa Pasiva promedio publicada por el BCRA desde que cada suma fue debida y hasta el momento del efectivo pago, como así también el cese de las retenciones que se continúan realizando sobre los mismos, todo ello de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos* ***'VILLEGAS RAQUEL NORA Y OTROS c/ ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS s/ ACCIÓN MERE DECLARATIVA DE DERECHO'****"*. A su vez, solicitó se ordene cautelarmente el cese de las retenciones del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios/pensiones.

Tal como se expuso inicialmente, dicha medida precautoria fue decretada por la *a quo* (fs. 73/76) y la apelación de la parte demandada motivó la intervención de este Tribunal.

Conforme surge del Sistema de Gestión Judicial *Lex 100,* la presente causa se encuentra en conexidad con el expte. FBB 13242/2015 (*"Villegas…"*), del cual los actores también formaron parte. En el marco de aquella causa, y a raíz del recurso extraordinario interpuesto contra la resolución de esta Cámara –con otra integración– que dispuso la confirmación del rechazo de la acción interpuesta, nuestro Máximo Tribunal con fecha 17/09/2019 resolvió *"Hacer lugar al recurso extraordinario y (…) declarar, con el alcance indicado en el precedente 'García', 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 (…) revocar la sentencia apelada y ordenar reintegrar a la parte actora los montos retenidos por aplicación de las normas descalificadas y, hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá*

USO OFICIAL

descontársele suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de sus prestaciones previsionales" (f. 225 del expte. FBB 13242/2015).

Consultado virtualmente dicho expediente, se observa que con fecha 25/03/2021 el apoderado de la AFIP solicitó se libre oficio al agente de retención a fin de que cesen en la retención del impuesto a las ganancias –conforme fuera resuelto por la CSJN– y la apertura de cuenta judicial mediante oficio al BNA, para dar inicio al trámite de devolución.

Frente a dicha solicitud la jueza de grado resolvió no hacerle lugar, dado que la *"parte actora en la medida de su interés ha entablado* (nuevas) *acciones a fin de ejecutar la presente acción declarativa"* (f. 237 del expte. FBB 13242/2015).

USO OFICIAL

5to.-1) En primer lugar, he de señalar que, para la procedencia de este tipo de medidas se requiere la verificación de extremos básicos e insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora.

El primero de ellos, consiste en la probabilidad de la existencia del derecho en cuestión, debiendo surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa.

Mientras que, en lo que al peligro en la demora respecta, todo sujeto que pretende una tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, debe demostrar la existencia de un perjuicio o daño inminente, de imposible reparación ulterior, que torne tardío el eventual reconocimiento del derecho reclamado.

Puntualmente, la ley 26.854 de medidas cautelares en las causas en que la Nación es parte, establece en su art. 13 los alcances de estos requisitos cuando se pretenda cautelarmente la suspensión de los efectos de un acto estatal; aunando a los ya mencionados la existencia de verosimilitud en la ilegitimidad del acto impugnado, la no afectación del interés público, y que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que si bien por vía de principios las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles (*"Minera Tritón Argentina S.A."*, 11/11/2014, M. 1382. XLIX. ORI, entre otros).

En este sentido, la mentada presunción de validez y su correspondiente fuerza ejecutoria, obliga, a los fines de analizar la procedencia de una medida cautelar contra este tipo de actos, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y de los requisitos exigibles para la admisión de la tutela anticipada; entre ellos, que se acredite *prima facie* –y sin que ello implique prejuzgamiento de la cuestión a resolver–, la manifiesta arbitrariedad del acto cuestionado.

Especial consideración merecen aquellas medidas cautelares suspensivas en materia de impuestos, las que deben efectuarse con particular estrictez, atento a la afectación que producen sobre el erario público, pues la percepción de las rentas del Tesoro –en el tiempo y modo dispuestos legalmente– es condición indispensable para el regular funcionamiento del Estado y el sostenimiento de los intereses de la comunidad (*Fallos* 327:5521).

Máxime, cuando como en el caso de autos, la medida cautelar solicitada –y adoptada en la instancia de grado-, resulta ser la misma que la que se busca con el proceso, y en definitiva debió ser dictada en la sentencia; resultando, por lo tanto, un evidente anticipo de la jurisdicción.

5to.-2) Ahora bien, en atención a los requisitos señalados para el tipo de medidas como la solicitada, desde ya adelanto que no los encuentro presentes en el caso bajo examen.

En relación al análisis del requisito de verosimilitud en el derecho, siendo que el objeto de la presente acción consiste en el "cobro de pesos/sumas de dinero", entiendo que no se encontraría configurado en el caso, ya que precisamente su determinación es lo que debe concretarse, luego de sustanciado el expediente, al momento de recaer sentencia.

De las manifestaciones efectuadas por los actores se advierte que no aportaron elementos que permitan inferir el concreto perjuicio que pudieran sufrir, resultando los invocados meramente conjeturales.

Ello es así, pues como manifesté previamente, mediante el dictado de la medida solicitada se pretende evitar un perjuicio de imposible reparación ulterior que torne tardío el eventual reconocimiento del derecho en la sentencia de

USO OFICIAL

fondo, que atento la naturaleza de la pretensión –como antes me explayara– y frente al organismo nacional de recaudación como la AFIP, dicho peligro no se verifica.

5to.-3) Ahora bien, si lo que pretende es cautelar en el proceso en que se dictó la medida, la sentencia dictada en el otro expediente –anteriormente ya mencionado–, en donde se le habría reconocido un derecho a la parte actora, dicha cuestión debió ser tramitada en el expediente en el que el cese de las retenciones fue ordenado, por la vía de ejecución de sentencia.

Señalo esto, por cuanto al alegar un peligro irreparable en la demora, los actores sostuvieron que éste se encuentra configurado por la reducción de sus haberes en contraposición a lo ordenado por la CSJN y que *"someter a los accionantes a una sentencia definitiva que ordene el cese de la retención sería dilatar y prolongar injustificadamente lo que por sentencia firme les corresponde, agravado por la edad avanzada que muchos de ellos tienen"*.

De las manifestaciones efectuadas por los actores se advierte que, no sólo, reitero, no aportaron elementos que permitan tener por acreditados el concreto perjuicio que pudieran sufrir –resultando los invocados meramente conjeturales–; sino que argumentar el dictado de una medida precautoria con el fundamento de *"prolongar injustificadamente lo que por sentencia firme les corresponde"* resulta contradictorio.

Ello, así pues, como manifesté previamente, mediante el dictado de la medida solicitada se pretende evitar un perjuicio de imposible reparación ulterior que torne tardío el eventual reconocimiento del derecho en la sentencia de fondo; lo que no es el caso de autos, en tanto el mismo ya fue reconocido en otro expediente.

5to.-4) Al respecto, señalaré que no obstante el *nomen iuris* otorgado a la acción entablada en el expte. FBB 13242/2015 (*"Villegas"*), el objeto de dicha pretensión excedió la mera declaración ante un estado de incertidumbre que buscara precaver los efectos de un acto actual o "en ciernes" –en el caso, la afectación a la integralidad de las jubilaciones por la deducción del tributo en cuestión–. De la lectura de la petición inicial realizada en el marco de aquella causa se advierte que la parte actora acumuló a la pretensión declarativa una pretensión de condena, a los fines que se ordene el cese de las retenciones y se reintegre las sumas retenidas por impuesto a las ganancias a su haber previsional; y así fue resuelto por nuestro Máximo

USO OFICIAL

Tribunal al hacer lugar a la acción entablada –conforme lo relatado *ut supra*–; ordenando reintegrar a la parte actora los montos retenidos por aplicación de las normas descalificadas, y, hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no descontarle suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de sus prestaciones previsionales, remitiéndose a lo resuelto en el precedente *"García"* (*Fallos:* 342:411).

De este modo, en lo que respecta al cese de las retenciones en concepto de impuesto a las ganancias, y que constituye el objeto de la presente medida precautoria, ya hay cosa juzgada.

Cabe destacar que la finalidad del proceso cautelar –instancia en la que nos encontramos– consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso –y en el que se está expidiendo concretamente–, no constituyendo un fin en sí misma, sino que está ineludiblemente pre ordenada al posterior dictado de la sentencia definitiva.

Es por dicha razón que considero que no puede constituir un argumento para la admisibilidad de la medida precautoria el hecho de que exista sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en otro expediente, cuando este tipo de medidas constituyen un adelantamiento de jurisdicción con la finalidad de garantizar el eventual resultado de una sentencia.

Es decir, el caso *sub examine* seguiría el camino inverso: frente a la existencia de una sentencia que declara el derecho y establece una condena a la parte demandada, se pretende cautelarmente –y en un nuevo proceso– hacerla efectiva; lo cual a mi entender, carece de asidero, en tanto no sólo resulta contradictorio, sino que conspira contra el buen orden procesal.

En virtud de lo expuesto, corresponde revocar la resolución de grado en tanto, como medida precautoria, no se verifican los extremos requeridos para su procedencia en el marco de este expediente concreto; mientras que, como medida ejecutoria, –y habiendo sido reconocido el derecho y fijada la condena en el expte. FBB 13242/2015– la misma debe hacerse efectiva en las actuaciones donde se resolvió.

Por ello, ***propicio y voto:*** Hacer lugar al recurso de apelación, y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 73/76.

El señor Juez de Cámara, Roberto Daniel Amabile, dijo:

USO OFICIAL

Por compartir sustancialmente en el caso los fundamentos y solución que propicia mi colega preopinante, adhiero a su voto.

Por ello, **SE RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de apelación, y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 73/76.

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. No suscribe la señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña (art. 3°, ley 23.482).

Roberto Daniel Amabile

Pablo A. Candisano Mera

Nicolás Alfredo Yulita
Secretario de Cámara

cl

USO OFICIAL