Mendoza, de Febrero de 2020.

VISTOS:

Estos autos Nº **FMZ 46463/2019/CA1**, caratulados: **"LATINO, MARIA DEL ROSARIO c/ ANSES Y AFIP S/ AMPARO LEY 16.986"**, venidos del Juzgado Federal N°2 de Mendoza a esta Sala "A", en virtud del recurso de apelación, interpuesto por el representante de la parte actora contra la resolución de fs. 37/44, en la que se resuelve NO hacer lugar a la medida cautelar solicitada y adecuar la demanda al procedimiento ordinario.

Y CONSIDERANDO:

1- Que contra la resolución de fs. 37/44 que no hace lugar a la cautelar solicitada, la parte actora interpone recurso de apelación a fs. 49/60 vta.

Al momento de expresar agravios sostiene que la denegación de la medida cautelar resulta arbitraria por cuanto se aparta de la naturaleza sustancial de la cuestión y desatiende la particularidad de la situación de extremo, vulnerabilidad y alimentariedad que presenta el planteo, pretendiendo encajarla forzadamente en los moldes rigoristas y formales de la naturaleza impositiva y tributaria que es absolutamente ajena al sustrato del asunto.

Afirma que el peligro en la demora se configura por la naturaleza de vulnerable por la edad avanzada de la actora y al mismo tiempo, por la afectación del objeto de naturaleza alimentaria y tuitiva. Cita jurisprudencia en apoyo de sus dichos.

Refiere, a mayor abundamiento, que el peligro en la demora se visualiza también en la garantía del tiempo razonable receptado por los convenios internacionales, que pretenden en os casos de sujetos vulnerables una tutela urgente y efectiva. Cita normativa internacional y fallos de la C.S.J.N.

Respecto de la verosimilitud del derecho, alega que la misma la otorga un fallo de la Corte Suprema de Justicia. Cita doctrina y jurisprudencia. Realiza a continuación un estudio de los antecedentes jurisprudenciales de medidas otorgadas en casos análogos, citando jurisprudencia de esta Cámara.

Por otra parte, se agravia del rechazo de la vía del amparo. En este sentido, expresa que el sentido del artículo 43 de la C.N., cuando habla de vía más idónea, lo hace respecto de la vía más operativa. En la causa- sostiene- existen varias razones que justifican la procedencia de la vía del amparo.

Fecha de firma: 28/02/2020
Alta en sistema: 02/03/2020
Firmado por: JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA
Firmado(ante mi) por: CLARA MARÍA CIVIT, Secretaria Federal

#34191177#255179320#20200302131229454

El caso en tratamiento no presupone amplitud de debate y de prueba. Se trataría de una cuestión de puro derecho que ha sido suficientemente debatida. Refiere que contrariamente a lo sostenido por el a-quo, la Corte en el caso *"Peralta"*, expresamente autoriza a declarar la inconstitucionalidad de una norma en la acción de amparo. Resalta que en el caso el artículo 43 de la C.N., opera por razones de celeridad. Funda en derecho y jurisprudencia.

Por último, se agravia respecto de la imposición de fijar monto y abonar Tasas y aportes. Cita el artículo 13 de la ley 23.898, por el cual quedan exentos de abonar las actuaciones motivadas por jubilaciones, pensione, devolución de aportes.

Alega que no es un contribuyente común, sino que se trata de un derechohabiente previsional conforme lo estableció la CSJN en el caso *"García Isabel"* de fecha 26/03/2019. Por otra parte, establece que el proceso no tiene un monto determinado por cuanto, en principio se traduce en una obligación de hacer en contraposición a las obligaciones de dar. Busca que cese el descuento en concepto de impuestos a las ganancias que pesa sobre los haberes previsionales y, en consecuencia, se ordene la devolución de lo descontado. Cita doctrina y jurisprudencia.

2- Que, ingresando a resolver las cuestiones en pugna, se analizará en un primer momento y por una cuestión de orden metodológico, la procedencia de la vía de amparo intentada, cuestión sobre la que se expidió el a-quo en el auto denegatorio de la medida cautelar. Luego nos avocaremos a resolver la concurrencia o no de los requisitos de admisibilidad de la medida cautelar solicitada.

En primer lugar, en cuanto al rechazo de la vía del amparo por parte del Juez A-quo, estimo que corresponde hacer lugar a la apelación. Es este sentido, compartimos la doctrina que sostiene, a partir de la reforma de la Constitución Nacional y la incorporación del artículo 43, el carácter residual y restrictivo que imponía la ley de Amparo 16.986, fue modificado por el espíritu más amplio del constituyente al establecer pautas diferentes en el texto constitucional.

El tema de la interpretación y entendimiento del artículo 43 de la Constitución Nacional, en lo que refiere acerca de "el medio judicial más idóneo", es de suma importancia. Esto es así porque constituye en la práctica tribunalicia, el fundamento de la mayor cantidad de rechazos de las acciones intentadas.

El artículo 43 de la C.N. amplió el espectro de actuación que le cabía al amparo conforme la letra de la ley 16.986, vigente desde el 20 de octubre del año 1966, es decir, mucho antes de su incorporación en el texto constitucional.

Respecto de qué se considera medio jurídico más idóneo a la luz de la letra constitucional, Morello y Vallefin dirán que: *"lo importante como criterio discriminador (…), no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían a priori aptos, sino si el tiempo que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable. Una aprehensión de "ida y vuelta"; de evolución anticipada de lo que previsiblemente ocurrirá con los resultados, de elegirse una u otra senda (…) Para expresarlo con énfasis, el amparo también procede no obstante la existencia de otros procedimientos, si su tránsito puede ocasionar un daño grave e irreparable, entendiendo éste como la imposibilidad de obtener el retorno o devolución de lo que desaparece para siempre"(*MORELLO. Augusto M. y VALLEFIN, Carlos A. ob. cit., pág. 34 y sgtes.)

En el mismo sentido se expresa el Dr. Omar Luis Díaz Solimine, quien dice que: *"indudablemente, cuando el art. 43 de la Constitución emplea la expresión "idoneidad", parece referirse a conceptos tales como "celeridad" o "rapidez". Si dicha norma comienza aludiendo a la "acción expedita y rápida de amparo", para luego establecer que sólo puede ser desplazada por "otro medio judicial más idóneo", si las circunstancias del caso lo permiten por la simplicidad del supuesto en análisis, es evidente que éste debe ser más expedito y rápido que aquel, pero siempre atendiendo a la eficacia del procedimiento elegido." Continua diciendo que "es licito presumir ampliado por el art. 43 de la Constitución Nacional pues, contrariamente, a sus redactores les hubiese alcanzado con la extensión de la legitimación pasiva y el número de derechos tutelados. En el resto se hubiera mantenido el perfil trazado a la luz de los arts. 1° y 2°, inc. A) de la ley 16.986."(*DIAZ SOLIMINE, Omar Luis, "Juicio de Amparo", Ed. Hammurabi, Bs.As, 2003, pág. 137 y sgtes.)

Con este alcance, y en este entendimiento, la "idoneidad" que debemos analizar lo es en contrapunto con el derecho protegido, el sujeto titular y las circunstancias objetivas que se discuten, discurriendo en términos de celeridad, plazo razonable y acceso a la justicia.

Así, cabe poner de especial relevancia el carácter de vulnerable de los adultos mayores y la necesidad de asegurar el acceso a la justicia en un tiempo razonable, tal como lo indican los pactos internacionales y el articulo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional - tópicos que desarrollaremos con detenimiento en el siguiente acápite.

Particularmente el artículo 31 de la "Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores", dispone que *"La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" y agrega que "Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor*"(el subrayado me pertenece).

Consideramos que, dentro de la adecuación de los procedimientos para lograr el efectivo acceso a la justicia, cuestión preponderante y obligatoria para la Justicia, el proceso de amparo resulta una tutela adecuada e idónea para la protección de derechos convencionales. Podríamos concluir que es una jurisdicción constitucional inserta en el cambio de paradigma donde se transita de un “derecho legal” a un “derecho constitucional”.

Compartimos la siguiente afirmación: *“En este punto debemos recordar que el derecho al acceso a la justicia -en un sentido amplio- no implica sólo la posibilidad real de interponer una acción judicial en el Poder Judicial (a pesar de las barreras geográficas, económicas, culturales, etc. que puedan existir), sino también que la sustanciación de esa acción se lleve a cabo a través de un proceso justo que garantice los derechos de las partes, culminando en el dictado de una decisión de fondo útil, oportuna y que satisfaga las exigencias materiales de la justicia, garantizando al órgano judicial las herramientas necesarias para hacer cumplir en la realidad sus decisiones” (…) “En ese marco se inscribe, por ejemplo, la necesidad de canalizar a través de la vía del amparo a los*

reclamos de las personas mayores con relación a créditos de contenido netamente alimentarios (v.gr.: juicios por reajustes de haberes jubilatorios), lo que resulta consistente con las "medidas de acción positiva" que reclama el artículo 75.23 de la Constitución Nacional" (Toledo, Pablo Roberto, "Personas mayores: su perspectiva con relación al derecho a obtener pronunciamiento dentro de un plazo razonable" ,**Publicado en:** DFyP 2016 (junio), 06/06/2016, 118, **Cita Online:** AR/DOC/1434/2016).

En el caso particular de autos, resulta contrario a todos los principios que venimos propugnando, someter a la actora a un proceso ordinario de amplio debate y prueba, cuando las condiciones personales de quien solicita la intervención de la justicia ameritan un tratamiento diferenciado (adulto mayor), cuando el derecho que se intenta proteger tiene naturaleza convencional (derechos sociales y económicos) y cuando los hechos que se discuten no requieren pruebas sino la constancia simple con la documental acompañada (recibo de haber jubilatorio), resultando en definitiva un cotejo de dato y una cuestión de puro derecho.

Que, en casos como el presente*, "para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve"* (Corte IDH, "Caso Kawas Fernández Vs. Honduras", sentencia de fecha 3 de Abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 115). Recientemente la CIDH, sostuvo en el CASO MUELLE FLORES VS. PERÚ SENTENCIA DE 06 DE MARZO DE 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). No olvidemos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado en su jurisprudencia constante (caso "Furlan" entre otros) que una demora prolongada en el proceso puede llegar a constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales.

3- Un punto de absoluta relevancia al momento de justipreciar la vía intentada, es que la cuestión en debate se encuentra zanjada por un fallo del Corte Suprema de Justicia de la Nación, el leading case "García", que también será motivo de desarrollo posterior al momento de analizar la medida cautelar.

4- De lo anterior y, en forma previa a todo análisis que se pueda realizar de manera general y en particular para el caso sub examine, se dejará suficientemente aclarado y reiterado, que la jurisprudencia que emana de los fallos de este Tribunal de Alzada y la doctrina judicial del Tribunal Cimero de la Nación, resultan de necesario acatamiento.

Así, se ha dicho que zanjada una cuestión de derecho que incide sobre un colectivo - en el caso de jubilados y pensionados- deben seguirse dichos pronunciamientos y no incorporarse dilaciones innecesarias que desvirtúen decididamente uno de los fines del proceso, como es el dar solución a conflictos en tiempos acordes y razonables propios a la naturaleza del derecho discutido.

5- Es decir que, si el derecho de naturaleza previsional ya ha sido acordado y reconocido por el Estado, en la faz administrativa o culminado el proceso judicial con sentencia definitiva, cabe aclarar que lo aquí se debate es la merma que ese derecho pensionario sufre por la quita del impuesto a las ganancias. La ley de ganancias en los artículos pertinentes ya ha sido declarada inconstitucional por el Máximo Tribunal. Ello importa que, en estas circunstancias, la vía más adecuada y expedita para tratar casos con jurisprudencia prolífera sobre el fondo es la vía del amparo. De otro modo se somete al justiciable a un tiempo irrazonable.

Consecuencia de lo anterior es que resulta adecuada para la protección del derecho invocado la vía del amparo. Partiendo de la afectación de un derecho constitucional, aun cuando existan otras vías posibles, la acción de amparo resulta ser la vía idónea para garantizar en tiempo razonable y dentro de los estándares internacionales, la correcta resolución del caso traído a estudio.

6- Delimitado lo anterior y adentrándonos en la segunda cuestión, esta sala tiene dicho que se debe analizar el tipo de medida cautelar solicitada dentro de un proceso de naturaleza de la seguridad social, para dejar sentadas ciertas premisas de interpretación en la materia a la que toca avocarse. (ver EXPTE. Nº 25002726/2011/1/CA2, "INC DE MEDIDA CAUTELAR DE TOBARES, ROBERTO ANASTACIO c/ ANSES EN AUTOS TOBARES, ROBERTO ANASTACIO C/ ANSES S/ Anses-Reajustes Varios", publicado en C.I.J., el 14/03/2019, entre otros)

Vale recordar que, aun cuando la cuestión comparta tintes de naturaleza tributaria, prima el derecho constitucional que se intenta resguardar, con lo cual el matiz de seguridad social impone un tratamiento diferenciado, que relega la impronta tributaria e indica que

su tratamiento se ha de llevar a cabo por quienes deben proteger la integralidad del haber de jubilación.

Así, nos encontramos frente a una medida cautelar de tipo innovativa, cuyo análisis en muchos casos requiere de mayor rigurosidad porque implica adelantar en algo el objeto de la causa principal. Tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. En el particular caso de autos, lo que se pretende es el cese en el descuento del impuesto a las ganancias sobre el haber de jubilación, por parte del agente de retención y el ente recaudador, asimismo la devolución de los montos que por este impuesto se le descontaron al jubilado.

Esta rigurosidad a la hora de analizar los presupuestos de este tipo de medida cautelar, que hemos tenido en cuenta en numerosas causas, debe ser entendido en su justa medida cuando se discuten derechos de la seguridad social que implican el tratamiento de los derechos humanos elementales de sujetos vulnerables. Ello implica una visión y tratamiento diferenciado en comparación con causas de naturaleza comercial, administrativa o civil, donde se justifica una interpretación restrictiva.

Las tutelas diferenciadas, donde incluimos a las cautelares innovativas, no buscan preservar solo el título del derecho, sino que son herramientas de protección de los derechos fundamentales y su objeto es remover la acción ilícita sobre los mismos, no busca asegurar la ejecutabilidad del título como en las tutelas clásicas sino asegurar el objeto mismo del derecho vulnerado.

Los derechos económicos y sociales son considerados derechos fundamentales no solo por nuestro texto constitucional sino por los tratados internacionales incluidos en la Constitución y otros signados por Nuestro País.

Esta particular materia precisa de un tratamiento diferencial en atención, justamente de la vulnerabilidad del sujeto cuyos derechos se pretende proteger. Dentro de la vulnerabilidad de los adultos mayores podemos destacar sin hesitación el peligro siempre inminente de que el plazo del proceso sea tan largo y escabroso que no se logre la justicia por no haber llegado a tiempo la solución y por otra parte es que se trata de derechos alimentarios en la etapa de la vida

donde el sujeto se encuentra más desvalido y precisa de mayor atención por parte del Estado y la sociedad.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana de 2008, a las que adhirió la CSJN mediante acordada 5/2009 establece que se consideran vulnerables aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3).

En la ***"Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores"***; instrumento que fue aprobado el 15 de junio 2015 en la 45 Sesión de la Asamblea de la Organización de Estados Americanos (OEA) y al que nuestro país adhirió por ley 27.360, se pone el acento en la tutela efectiva de los derechos, el trato diferenciado a través de mecanismos flexibles como medio idóneo para acceder a todo el plexo de derechos que luego y a lo largo del articulado se consagran.

En la parte que interesa destacar dicha convención estipula en el artículo 4 inc. "C" que los estados signatarios: *"Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole,* ***incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos*** (…)".

A su vez, el artículo 17 dispone: *"Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna.*

Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros ***mecanismos flexibles de protección social*** (…)" (el resaltado me pertenece).

Estos dos instrumentos internacionales destacan, con acierto, el derecho de acceso a la justicia, puesto que sin él el resto de derechos quedaría tan solo como una expresión de deseo.

Los procesos cautelares clásicos y diferenciales se inscriben dentro del principio convencional de acceso a la justicia, porque a través de ellos el Juez tiene herramientas de tutela efectiva de justicia evitando en muchos casos que el bien jurídico protegido se pierda

irremediablemente o la sentencia judicial carezca de virtualidad, restándole credibilidad al servicio de justicia frente al justiciable.

El acceso a la justicia, en general, debería tener un alcance, en términos de cobertura, pero también de calidad y eficacia, que pueda resolver conflictos de toda naturaleza en forma justa, equitativa y pronta. El derecho de acceso a la justicia es un derecho complejo, que puede ser entendido en sentido amplio o estricto, compuesto por las siguientes prerrogativas: a) Derecho de peticionar ante las autoridades (sentido estricto); b) Derecho a la prestación jurisdiccional- en los términos del art. 8.1 de la CADH, es decir, respetando íntegramente la garantía del debido proceso (sentido amplio). Es decir, no se limita al acceso formal a la jurisdicción sino implica en definitiva obtener justicia, de acuerdo a la naturaleza propia del derecho que se protege y con atención a las particularidades del sujeto de derecho.

El proceso cautelar en materia de seguridad social ha permitido en los últimos años compensar el tremendo colapso de expedientes y el consiguiente atraso de los Tribunales en la resolución de las causas que ha frustrado cualquier intento de plazo razonable y que ha precisado por parte de los jueces buscar alternativas al proceso ordinario. Son los plazos del proceso los que mayor obstáculo suponen para lograr el cumplimiento del derecho humano de acceso a la justicia, cuando de adultos mayores hablamos. Como dijimos el mismo no se logra con la posibilidad de peticionar o de acceder a la jurisdicción (cuestión de la que dan cuentan millares de demandas de ajustes) sino que se logra cuando se obtiene una respuesta justa a dicha petición en tiempo razonable y en vida del justiciable.

Una de las sentencias que más claramente define el alcance del derecho a la justicia es el *"Caso de los Cinco Pensionistas contra Perú"*. En dicho precedente, la Corte afirma que *"tal derecho no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, lato sensu, el derecho de obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configúrase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, la propia realización de la justicia"*. (Corte IDH, "Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C N°. 98.)

Recientemente y en la misma línea, la CIDH en el caso "Muelle Flores vs. Perú" del 6 de marzo del 2019, completó la doctrina sosteniendo que: "*Respecto del derecho a la protección judicial, en los términos del artículo 25 de la Convención es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado."*

Gordillo destaca —en estos tiempos más que nunca— que el control judicial debe ser oportuno pues, si bien la administración no avanza tan velozmente como el mundo, hace cosas que se van concretando en los hechos y si ese control no llega al germen del problema para terminar la ilegitimidad, simplemente no sirve. (Gordillo, Agustín, "El tiempo en la decisión jurídica," en http://www.bibliojuridica.org/ libros/5/2445/10.pdf)

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de La Nación, ha afirmado que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, pues su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales requeridos de protección. (CSJN, 6-XII-11, Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.).

7- Que así delimitada la cuestión traída a resolución de esta Cámara corresponde ahora expedirse sobre las mismas, efectuando la valoración de las constancias respaldatorias, único fundamento del A-quo y de esta instancia en relación a la medida pretendida, todo ello con la superficialidad exigida para este tipo de procesos, a los fines de determinar la procedencia del recurso sub estudio y sin olvidar que en el marco de esta demanda la cuestión a acreditar en esta instancia con el grado de certeza referido es: la concurrencia de los requisitos procesales del Art. 209 y 230 del CPCCN, aclarando que la presente causa queda exceptuada de lo reglado en la ley

26.854, por quedar comprendida en el artículo 2 inc. 2° de dicha ley. Todo ello interpretado bajo la impronta de la protección del derecho de acceso a la justicia de los adultos mayores.

Así y respecto del primero de ellos, la verosimilitud en el derecho se encuentra prima facie acreditado. La apariencia de buen derecho es, en el presente caso particularmente fuerte por los siguientes motivos.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación, se pronunció en el caso "García, María Isabel" de fecha 26/03/2019, allí analiza la potestad de estado de crear tributo, el goce de los derechos de la seguridad social, la capacidad contributiva desde el punto de vista tributario, con la incorporación de elementos de la seguridad social. *"La sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igual a los vulnerables de quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja."*

Sostiene el fallo que existe, a partir de la reforma de 1994 la creación de «discriminaciones inversas» y «cuotas benignas». Expresa en este sentido: *"Que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo "medidas de acción positiva" traducidas tanto en "discriminaciones inversas" cuanto en la asignación de "cuotas benignas" en beneficio de ellas. Es que, como se ha dicho, "en determinadas circunstancias, que con suficiencia aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa 'discriminación' se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas (...) se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado..." (Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional Argentino", 20002001, Editorial Ediar, Buenos Aires, Tomo I B, pág. 80)".* (CSJN, FPA 7789/2015/CS1CA1 FPA 7789/2015/1/RH1/ "García, I María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente' declarativa de inconstitucionalidad.)

Recalca la manda del art. 75, inciso 23, respecto de las medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la CN y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. (Cfr. CSJN, "García…")

La Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDHPM), consagra el compromiso de los Estados partes para adoptar y fortalecer todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido el adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos. *"…Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito) y sea insensible al momento de definir su política fiscal…" "…El sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimiento estanco, destinado a ser autosuficiente a cualquier precio, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales…"* (op. Cit CSJN en "García…)

Que el citado precedente de la Corte, es claro, criterio por demás que se comparte, en determinar que la naturaleza del derecho fundamental es el que imprime el carácter a la cuestión. La gran discusión en estos casos es la naturaleza de la seguridad social o tributara de la disputa. Sobre dicho tópico la Corte estima que al tratarse de un tributo que se aplica sobre un derecho previsional, se activa la protección del imperativo constitucional, supeditando y tiñendo de este matiz a la materia tributaria que entra en contacto con este derecho. Ello implica pues su tratamiento diferenciado y la aplicación de los principios que rigen la materia de la seguridad social , procurando no alterar ni restringir el derecho previsional en juego.

Por último, la protección del artículo 14 bis y 75 inc. 23 de la C.N., así como de las convenciones internacionales de derechos humanos- especialmente el articulo 26 de la carta de la OEA.-, implica realizar una interpretación progresiva de los derechos de la seguridad social que no se condicen con la conducta desplegada por la Administración ni por el auto de primera instancia en el caso de autos.

8- Que, en cuanto al peligro en la demora, este Tribunal pondera que, tal presupuesto se desprende de la naturaleza misma del beneficio, es decir su carácter asistencial. En primer lugar, la Sra. Latino tiene más de 70 años, circunstancia que de por sí implica un peligro de los denominados *per se*.

Tampoco se pude desconocer que los montos que retiene Anses por impuesto a las ganancias significan una merma de aproximadamente el 19% del haber, porcentaje que la misma Corte ha declarado confiscatorio (ver fs. 2 de autos).

Resaltamos que un haber de $64.101,87, como es el que percibe la parte actora, si bien se encuentra por encima de la jubilación mínima, no puede considerarse de privilegio, puesto que alcanza para cubrir las necesidades vitales de una persona de la tercera edad. Basta cotejar los índices de precios y datos que las agencias oficiales publican para avalar esta afirmación. La etapa de la vejez y la imposibilidad física de acrecentar mediante trabajo esos ingresos, justifican el proteger este derecho.

9- Que finalmente y atento al resultado al que se arriba en virtud del cual se declara procedente la medida cautelar innovativa, corresponde fijar como contra cautela, caución juratoria, que es la que más se adecua en proporción con el valor económico de la medida. Y es que actuar de otra manera implicaría denegar tácitamente la medida aquí otorgada.

10- Respecto al agravio de la obligación de abonar las cargas de justicia (tasas y aportes), habiendo declarado la vía del amparo procedente, no corresponde el abono del mismo. No obstante ello, hemos establecido asimismo que la naturaleza de la pretensión es previsional y por lo tanto, por aplicación del artículo 13 de la Ley 23.898 también se encuentra exento del pago. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso y el debido acceso a la justicia. (cfr. op. Cit. MUELLE FLORES VS. PERÚ SENTENCIA DE 06 DE MARZO DE 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

11- En cuanto a las costas de esta instancia corresponde imponerlas a la parte objetivamente vencida por el principio genérico de la derrota contemplado en el artículo 68 del CPCCN, por aplicación del artículo 14 de la ley 16.986.

En cuanto a la regulación de honorarios debe practicarse cuando exista base firme para ello.

Que, en mérito a lo expuesto, **SE RESUELVE: 1°)** Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y declarar procedente la vía del amparo prevista en el artículo 43 de la C.N. y Ley 16.986, debiendo adecuarse el procedimiento a la via resuelta. **2°)** Hacer lugar recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte actora contra la resolución de fs. 37/44, la que se revoca y, en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la Sra. María Del Rosario Latino, ordenando que las accionadas, ANSES y AFIP, se abstengan de retener y descontar, el importe calculado por el Impuesto a las ganancias del haber de jubilación de la amparista, desde la fecha de notificación de la presente. **3°)** Fijar como contracautela caución juratoria que debe rendirse por Secretaria (art. 199 del CPCCN). **4°)** Declarar exento del pago de tasas de justicia la presente acción. **5°)** Costas a la demandada vencida (Art. 68 del CPCCN), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

PROTOCOLÍCESE. NOTIFÍQUESE. PUBLÍQUESE.

CC

Fecha de firma: 28/02/2020
Alta en sistema: 02/03/2020
Firmado por: JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA
Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA
Firmado(ante mi) por: CLARA MARÍA CIVIT, Secretaria Federal

#34191177#255179320#20200302131229454