

## Jubilaciones Impuesto A Las Ganancias Retencion De Impuestos Afip Medidas Cautelares Doctrina De La Corte Suprema Verosimilitud Del Derecho

### JURISPRUDENCIA

Jubilaciones. Impuesto a las ganancias. Retención de impuestos.

AFIP. Medidas cautelares. Doctrina de la Corte Suprema. Verosimilitud del derecho Se hace lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba que se abstenga de retener sobre los haberes previsionales de la actora suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias, por un período de seis meses o hasta que se resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada. Ello así, en acatamiento de la doctrina sentada por la Corte Federal al resolver el caso ?García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad?, donde se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 23 -inciso c-, 79 -inciso c-, 81 y 90 de la ley 20.628 (texto según leyes 27.346 y 27.430), poniendo 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 potencial.

En la Ciudad de Córdoba a ocho días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida en Acuerdo la Sala ?A? de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial para dictar sentencia en estos autos caratulados: ?AVANCINI, SUSANA ESTHER C/ ESTADO NACIONAL - AFIP - ACCION MERAMENTE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD? (Expte. FCB 20131/2019/CA1), venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la actora en contra del proveído de fecha 12 de junio de 2019 dictado por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba mediante el cual rechazó la medida cautelar peticionada por su parte. Puestos los autos a resolución de la Sala los señores Jueces emiten sus votos en el siguiente orden: EDUARDO AVALOS - GRACIELA S. MONTESI.- El señor Juez de Cámara, doctor EDUARDO AVALOS, dijo: I.- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la actora en contra del proveído de fecha 12 de junio de 2019 dictado por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba mediante el cual rechazó la medida cautelar peticionada por su parte. II.- Surge de lo actuado que con fecha 16 de mayo de 2019, la señora Susana Esther Avancini -por intermedio de sus apoderados- inició la presente acción declarativa de certeza en contra del Estado Nacional (Administración Federal de Ingresos Públicos) solicitando que al tiempo de resolver se declarase que el actor se encuentra exento de abonar el impuesto a las ganancias en función de sus haberes previsionales, declarando 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; y de cualquier otra norma que se invoque para justificar la retención/pago del tributo de que se trata. A su vez, solicitó como medida cautelar se ordene a la demandada abstenerse de reclamar suma alguna sobre los haberes previsionales que percibe, librando el correspondiente oficio a la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba, haciendo constar que la actora es titular del beneficio N° ... Cita jurisprudencia, acompaña prueba y hace reserva del Caso Federal. A fs. 68/82 obra agregado el Informe del art. 4 de la Ley N° 26.854 evacuado por el representante legal de la demandada AFIP. Mediante proveído de fecha 12 de junio de 2019 el señor Juez de primera instancia no hizo lugar a la medida cautelar peticionada por la accionante, ello por cuanto consideró que se veían involucrados en autos cuestionamientos efectuados a la norma tiva tributaria vigente, tratándose de pretensiones de fondo a resolver en la presente acción. Notificada la misma, los apoderados de la parte actora interpusieron recurso de apelación a fs. 84, expresando agravios a fs. 86/97. III.- Se agravia el recurrente en primer lugar por cuanto el Juez de grado no hace lugar a la solicitud de medida cautelar incoada por su parte cuando los arts. 23 inc. c, 79 inc. c, 81 y 90 de la Ley 20.628 (textos según Leyes 27.346 y 27.430) ya han sido declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ?García María Isabel? (Fallo 342:411), lo cual fue repetido en otras causas de igual naturaleza que allí menciona. Agrega que en dichos fallos el Tribunal no analiza particularidad alguna de los actores o sus circunstancias, sino que simplemente aplica el estándar sentado en ?García?. En segundo lugar, aduce que el Alto Tribunal ha establecido que cuando ya ha sido resuelta la cuestión por su parte en alguna causa asimilable, corresponde que se otorgue la cautelar, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos, debiendo existir causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio. En resumen, aduce que el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto Tribunal Supremo de la Nación y razones de certeza y seguridad tornan necesario conformar sus decisiones a las dictadas por aquel en su carácter de intérprete final de la Constitución Nacional. Seguidamente reitera los fundamentos dados en cuanto al cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, y la afectación de derechos y garantías de rango constitucional como el derecho a acceder a la justicia, el de propiedad (art. 14 y 17 CN), de igualdad (art. 16 CN), de legalidad (art. 19 CN), la garantía del debido proceso legal (art. 14bis CN). Corrido el traslado de ley, la parte

demandada contesta agravios a fs. 99/107, a los cuales me remito en honor a la brevedad. IV.- A mérito de la reseña que antecede, la cuestión a resolver se circunscribe a analizar la procedencia o no de la medida cautelar solicitada por la parte actora. Recordemos que habida cuenta de que este tipo de medidas cautelares configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, ameritan una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (C.S.J.N. ?Grinbank? del 23 de noviembre de 1995) en atención a la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego (C.S.J.N. ?Pérez Cuesta? del 25 de junio de 1996). También se ha sostenido que: ?Son instrumentales, por cuanto no tiene un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso que reviste el carácter de principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. Su carácter previsional y aún revocable está reconocido en el art. 202 del C.P.C.N....? (Di Orio, Alfredo J., ?Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares?, L.L., T. 1.978-B, págs. 830/831). Así, los requisitos para la procedencia de la medida cautelar peticionada se encuentran dados en el art. 13 de la ley N° 26.854 (B.O. 30/04/2013) que regula el régimen de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, que textualmente dice: ?Suspensión de los efectos de un acto estatal. 1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles...?; es decir, que establece una serie de requisitos -que forman un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados- que, a la hora de evaluar la suspensión de un acto estatal, ya sea un acto administrativo, un reglamento o una ley, habrán de evaluarse en cada caso concreto. El concepto de ?verosimilitud del derecho? reproducido en el punto b) del inciso 1 del artículo 13 de la Ley 26.854 no ha variado en relación a lo que pacíficamente ha entendido la doctrina y la jurisprudencia con motivo de la interpretación del artículo 230 del C.P.C.C.N.. Así, cuadra precisar que el mismo se traduce en la expresión latina ?fumus bonis iuris?, la cual se encuentra estrechamente ligada con la fundabilidad y razonabilidad de lo demandado; es decir que debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, pero no se trata de un juicio de certeza sobre la misma sino un juicio hipotético o conjetural que no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida. Así, ha dicho el Alto Tribunal que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia, y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad sobre la existencia del derecho, lo cual permite que el Juez se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica (CSJN, ?Provincia de Tucumán c/Timen S.A.?, 2006-F-817, 21/7/2006). En este contexto, los requisitos de la verosimilitud del derecho invocado y del peligro que cause un daño grave e irreparable se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de daño extremo e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar (Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 9/4/92 ?Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c/Banco Central s/nulidad?). Teniendo en cuenta estos lineamientos, cabe destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido con fecha 26/03/2019 en los autos caratulados ?García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad? en el caso concreto, sobre la inconstitucionalidad de los arts. 23 inc. c), 79 inc. c), 81 y 90 de Ley 20.628 (texto según Leyes 27.346 y 27.430) poniendo 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 potencial; ordenando reintegrar a la actora, desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas, y hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no pudiendo descontarse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de la prestación previsional. Si bien en dicho precedente, se encuentra enmarcado en la situación de vulnerabilidad de la demandante, que estaba enferma; no escapa a este Juzgador que dicha postura ha sido ratificada en varias oportunidades y más recientemente en los autos ?Carderale, Leonardo Gualberto c/ANSES s/Reajustes varios? de fecha 1/10/2019, donde se declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por la demandada (art. 280 del CPCCN) y en consecuencia, quedó firme un fallo de la Sala 2 de la Cámara de la Seguridad Social, que sostiene directamente la inconstitucionalidad de la retención del impuesto, con independencia de la situación de vulnerabilidad del jubilado. Ello así, dentro del limitado marco cognoscitivo de una medida cautelar y atendiendo a la doctrina sentada en cuanto a la obligatoriedad de los tribunales inferiores de las resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos análogos, al ser éste el último y más genuino intérprete de la Carta Fundamental y, por ende, la exégesis que hace de ella es como si fuera la Constitución misma, expandiéndose en forma vinculante para los demás judicantes en

los tópicos federales; es que considero que se encuentra suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho invocado por la recurrente. Este conocimiento del derecho invocado no exige un examen de certeza, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (CSJN, Fallos:306:2060 y 316: 2855, entre otros). En relación al ¿peligro en la demora? considero que también se encuentra acreditado ya que la importante función de los haberes previsionales en la vida de las personas, resulta tan evidente que no amerita mayor indagación o análisis para concluir que el tiempo que demanda la tramitación del proceso ocasionará serios perjuicios a la actora por la demora. No cabe duda alguna que los ingresos producto de una jubilación constituyen el concepto de alimentos, que resultan imprescindibles para la subsistencia humana. En suma, razones de prudencia llevan a concluir en este estadio del análisis que, ante la verosimilitud de los derechos en juego y el peligro que la demora en resolver podría generar, la medida solicitada debe prosperar. El presente pronunciamiento en modo alguno significa adelanto de opinión sobre el fondo del asunto, siendo consecuencia de un análisis superficial propio del estadio cautelar. V.- Por todo lo expuesto, propugno revocar el proveído de fecha 12 de junio de 2019 dictado por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba, en todo lo que decide y ha sido materia de agravios; y en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora, ordenando a la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba que se abstenga de retener sobre los haberes previsionales de la actora suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias, por un período de seis meses o hasta que se resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada. Las costas de la Alzada se imponen en el orden causado (art. 68, 2da parte del CPCCN) en atención a que la decisión adoptada se basa fundamentalmente en jurisprudencia posterior a la interposición de la demanda (Fallo CSJN ¿Carderale? del 1/10/2019); difiriéndose la regulación de honorarios que pudiera corresponder para los letrados patrocinantes de la parte actora para su oportunidad. No se regulan honorarios a favor del Dr. Guillermo Patricio Arcos -representante legal de la demandada- atento el resultado arribado y por ser éste profesional a sueldo de su mandante (art. 2 Ley 27.423). ASI VOTO. La señora Juez de Cámara, doctora GRACIELA S. MONTESI, dijo: Que por análogas razones a las expresadas por el señor Juez preopinante, doctor EDUARDO AVALOS, vota en idéntico sentido. La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto por el art. 109 de Reglamento para la Justicia Nacional y 4° del Reglamento Interno del Tribunal, por encontrarse en uso de licencia, el señor Juez de Cámara, doctor IGNACIO M. VELEZ FUNES.- Por el resultado del Acuerdo que antecede; SE RESUELVE: I.- Revocar el proveído de fecha 12 de junio de 2019 dictado por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba, en todo lo que decide y ha sido materia de agravios; y en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora, ordenando a la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba que se abstenga de retener sobre los haberes previsionales de la actora suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias, por un período de seis meses o hasta que se resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada. II.- Imponer las costas en el orden causado (art. 68, 2° parte del CPCCN) en atención a que la decisión adoptada se basa fundamentalmente en jurisprudencia posterior a la interposición de la demanda (Fallo CSJN ¿Carderale? del 1/10/2019), difiriéndose la regulación de honorarios que pudiera corresponder a los letrados patrocinantes de la parte actora para su oportunidad. No se regulan honorarios a favor del Dr. Guillermo Patricio Arcos -representante legal de la demandada- atento el resultado arribado y por ser éste profesional a sueldo de su mandante (art. 2 Ley 27.423).- III.- Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. GRACIELA S. MONTESI EDUARDO AVALOS MIGUEL H. VILLANUEVA SECRETARIO DE CÁMARA 043703E