

## Accion De Amparo Jubilaciones Y Pensiones Retencion Impuesto A Las Ganancias Declaracion De Inconstitucionalidad

### JURISPRUDENCIA

Paraná, 14 de septiembre de 2020. Y

VISTOS: Estos autos caratulados: "ROCHI, OLGA. ROSA c/ AFIP s/AMPARO LEY 16.986", Expte. N°FPA 746/2020, y;  
CONSIDERANDO: I- Que se presenta la actora, ROCHI OLGA ROSA, jubilada, quien, a través de sus letrados apoderados, interpone acción de amparo contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y solicita, se condene a la demandada al cese del cobro del impuesto a las ganancias, la devolución de los importes cobrados por tal impuesto hasta el momento más intereses. Alega que la retención efectuada en su haber jubilatorio, en concepto de impuesto a las ganancias, es incompatible con los derechos de raigambre constitucional. Indica que la normativa que establece el tributo parte de un error, al considerar las jubilaciones y pensiones como ganancias, afectando de esta manera, el carácter alimentario de los beneficios de la seguridad social, y el derecho de propiedad. Hace reserva del caso federal. Cita jurisprudencia. Funda en derecho. Ofrece prueba. II- Que la demandada, Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) Dirección General Impositiva, a través de sus apoderados contesta demanda, efectúa las negativas de estilo. Refiere a las normas comprendidas en la cuestión de fondo, explica la naturaleza del tributo de referencia. Señala que es el legislador a quien le corresponde establecer los beneficios fiscales de acuerdo con la política tributaria en curso, tema exento de la valoración judicial en la medida que no vulnere el principio de capacidad contributiva, no confiscatoriedad e igualdad ante la ley. Agrega que la demandante no demuestra que dichos principios se vean afectados. Defiende la constitucionalidad de la normativa atacada. Refiere a la improcedencia sustancial del amparo. Cita jurisprudencia. Ofrece prueba. Plantea el caso federal. III- Acto seguido quedan los autos en estado de resolver. IV- a) Que esta Magistratura entiende que la vía del amparo es apta para resolver el conflicto planteado. Ello por cuanto el objeto de la pretensión es de neto carácter alimentario, toda vez que se solicita el cese en la aplicación del impuesto a las ganancias. El art. 2 de la ley 16.986 establece que "La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate". En el presente caso, la alternativa de deducir una demanda de conocimiento pleno no se condice con la premura y urgencia que requiere el debate. Nótese que con la sola mención de los derechos que se encuentran en juego, todos ellos de carácter alimentario, la vía de amparo aparece como la más adecuada a los fines de salvaguardar los derechos que la actora entiende conculcados. Morello y Vallefin destacan que "Lo importante como criterio discriminador, a nuestro juicio, 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, resultarla susceptible de causar un perjuicio irreparable... Para expresarlo con énfasis, el amparo procede no obstante la existencia de otros procedimientos, si su tránsito puede ocasionar un daño grave e irreparable" (El amparo-Régimen Procesal, 2a edición, 1995, LEP, p. 35). B) Que, es dable considerar lo expresado por la CSJN en Fallos: 332:1571, en relación a que no es función del Poder Judicial juzgar el mérito de las políticas económicas decididas por otros poderes del Estado, sino ponerles un límite cuando violan la Constitución y el derecho de propiedad. También en Fallos 297:500 el Máximo Tribunal ha dicho: "La obligación tributaria sustantiva que encierra el deber principal de pagar los tributos, no puede quedar librada en cuanto a la exigencia de su cumplimiento a ninguna discrecionalidad por parte del Fisco; de ahí, la existencia de medios defensivos de los intereses de los contribuyentes, traducidos en recursos jurisdiccionales -como la acción de que se trata- que nacen de la Constitución". Es decir, que no corresponde a los jueces decidir si un tributo es o no conveniente, pero si les incumbe analizar si aquel es contrario a los principios y garantías contenidos en la Carta Magna. Por ello, en virtud de que la actora entiende vulnerados derechos constitucionales, a partir de ser sujeto obligado al pago de impuesto a las ganancias, se procederá a efectuar el análisis de la cuestión litigiosa para determinar la existencia o no de dicha afectación. c) Que, se encuentra acreditado en autos que la actora es titular de un beneficio previsional, el cual, en el marco de la Ley 20628 constituye una ganancia de la cuarta categoría (art. 79 inc. c), y, en consecuencia, sujeto al régimen de retención establecido en la Resolución 2437/08 AFIP. Ahora bien, como primer punto debe tenerse en consideración que el haber previsional, tiene por finalidad esencial asegurar la subsistencia frente a la contingencia vejez y se encuentra protegido, no solo por las leyes propias de la seguridad social, sino también por la Constitución Nacional y normas que comparten su jerarquía. La mengua del haber previsional mediante la retención de un porcentaje de aquel, en concepto de impuesto a las ganancias, afecta notablemente su esencia, y por lo tanto le impide cumplir con su finalidad. A ello se le suma el hecho de que el tributo de mención, fue oportunamente abonado, al encontrarse el sujeto pasivo -hoy retirado- en actividad. Esto lleva a una doble imposición, por un lado, el fisco percibió el tributo por el trabajo personal y, por otro lado, percibe el mismo

impuesto, por el beneficio previsional derivado de aquella labor por la cual ya se tributó. "El poder tributario de que goza el Estado tiene limitaciones, no sólo para crear las fuentes de renta sino también para aplicar la ley fiscal. Cuando en uno u otro caso excede de aquella, el patrimonio del contribuyente puede verse ilegítimamente disminuido por una prestación pecuniaria - espontánea o compulsiva- carente de causa" (CSJN Fallos: 297:500). Sumado a ello, no puede considerarse al haber previsional como una ganancia. La ganancia es una utilidad obtenida por una prestación o una renta; y el haber jubilatorio o de pensión, no cuenta con estas características, por el contrario, como he dicho con anterioridad su finalidad es paliar la contingencia vejez, y está financiado por los aportes efectuados durante la vida activa. La Cámara Federal jurisdiccional, quien a su vez comparte los criterios de la jurisprudencia nacional al respecto, ha dicho que: "...al ser una prestación de naturaleza previsional, queda claro que la jubilación no es una ganancia, sino el cumplimiento del débito que tiene la sociedad hacia el jubilado que fue protagonista del progreso social en su ámbito y en su época; que consiste en hacer gozar de un jubileo, luego de haber transcurrido la vida activa y en momentos en que la capacidad laborativa disminuye o desaparece. La jubilación es una suma de dinero que se ajusta a los parámetros constitucionales de integridad, porque la sociedad lo instituyó para subvenir a la totalidad de las necesidades que pueda tener la persona en ese período de vida. Por ello, la prestación no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria, porque de lo contrario se estaría desnaturalizando el sentido de la misma." (Cuesta, Jorge Antonio contra AFIP sobre Acción de Inconst (Sumarísimo)" Expte n° FPA 21005389/2013, sentencia del 29-04-2015. Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: "García María Isabel c/ AFIP s/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad", sentencia del 26-03-2019, al tratar el tema que nos ocupa, ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20628, texto según leyes 27346 y 27430, por los argumentos allí expresados y a los cuales me remito por razones de brevedad. Por todo ello, la presente demanda debe ser admitida en todas sus partes, declarándose la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del régimen de impuesto a las ganancias contemplado en los arts. 1°, 2, 79 inc."c" y ctes de la ley 20.628 y su modificación dispuesta por ley 27.346, en la medida que mantiene a las jubilaciones, pensiones, retiros y subsidios sujetos al régimen de ganancias, como así también de las Resoluciones reglamentaria dictadas por AFIP al respecto, haciéndole saber al organismo liquidador de los haberes previsionales que deberá abstenerse de realizar la retención en concepto de impuesto a las ganancias en relación a la actora ROCHI OLGA ROSA. Disponer que la demandada reintegre a la accionante, en el término de diez (10) días de notificada la presente, los montos que se le hubiere retenido en tal concepto, desde que la parte actora accedió a su beneficio jubilatorio, y según lo que resulte de las retenciones efectivamente practicadas y recibidas por AFIP, y hasta su efectivo pago, más tasa pasiva promedio del BCRA (según causa SPITALE de la CSJN). V- Costas a la demandada (art. 68, primer párrafo, del CPCCN). VI- Que en materia de honorarios, ponderando las tareas desarrolladas por los profesionales actuantes, con especial consideración de la extensión y calidad jurídica de la labor efectuada, el resultado del pleito, la trascendencia de la resolución dictada y las pautas arancelarias dispuestas en la ley correspondiente, regúlense los honorarios de los Dres. Angel Fernando Giavon y Franco Agesta en la suma de Pesos ...% del monto para cada uno de ellos y, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2 de la ley arancelaria, a los Dres. Miriam Daniela Claria, Sebastián Mundani y Sandra María Liliana Cuestas en la suma de Pesos correspondiendo a cada uno el ...% del monto (art. 48, 16 y 14 de la Ley 27423). Por lo expuesto, SE RESUELVE: 1) Hacer lugar a la demanda interpuesta por ROCHI OLGA ROSA, y en su mérito declarar, para el caso concreto, la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del régimen de impuesto a las ganancias contemplado en los arts. 1°, 2, 79 inc."c" y ctes de la Ley 20628, su modificatoria dispuesta por Ley 27.346 y de las Resoluciones reglamentaria dictadas por AFIP al respecto. 2) Disponer que la accionada proceda a reintegrar a la actora, en el término de diez (10) días de notificada la presente, los montos que se le hubiere retenido en tal concepto, desde que la parte actora accedió a su beneficio jubilatorio, y según lo que resulte de las retenciones efectivamente practicadas y recibidas por AFIP, y hasta su efectivo pago, más tasa pasiva promedio del BCRA (según causa SPITALE de la CSJN). 3) Ordenar se notifique, mediante oficio, al organismo liquidador de los haberes previsionales a fin de que se abstenga de realizar la retención en concepto de impuesto a las ganancias en relación a la actora. 4) Imponer las costas a la demandada, art. 68, primer párrafo del CPCCN. 5) Regular los honorarios de los Dres. Ángel Fernando Giavon y Franco Agesta en la suma de Pesos ... ..% del monto para cada uno de ellos y, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2 de la ley arancelaria, a los Dres. Miriam Daniela Claria, Sebastián Mundani y Sandra María Liliana Cuestas en la suma de Pesos ... correspondiendo a cada uno el ... % del monto (art. 48, 16 y 14 de la Ley 27423). 6) Tener presente las reservas efectuadas por las partes. Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal Federal por cédula electrónica y oportunamente, archívese. ANT DANIEL EDGARDO ALONSO JUEZ FEDERAL

Correlaciones: García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad - Corte Sup. Just. Nac. - 26/03/2019 - Cita digital IUSJU036587E Cuesta, Jorge Antonio c/AFIP s/acción de inconst. (sumarísimo) - Cám. Fed. Paraná - Entre Ríos - 29/04/2015 - Cita digital IUSJU036751E 001974F