

Acción de Amparo Solicitando Cese Descuento en Haber Jubilatorio de Impuesto a las Ganancias

ACCION DE AMPARO. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR

Señor Juez Federal:

_____, DNI _____ con domicilio real en _____ por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. _____, T° __, F° __, constituyendo domicilio procesal en ___ y electrónico en _____, a V.S. me presento y digo:

I.- OBJETO:

Que vengo, en legal tiempo y forma, a promover Acción de Amparo en los términos del Art. 43 de la Constitución Nacional, ley 16.986 y artículos concordantes de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos (Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), contra la Administración Federal de Ingresos Públicos ?AFIP? con domicilio en _____, a fin de que cese inmediatamente la aplicación del descuento en concepto de impuesto a las ganancias sobre el Haber Previsional por aplicación del artículo 23 inciso c, 79 inciso c, 81 y 90 de la ley 20.628, modificada por ley 27.346 y 27.430 y su posterior declaración de inconstitucionalidad, ordenando la devolución de las sumas retenidas por tal concepto con sus intereses y costas.

Ello produce un gravamen actual irreparable y afecta mi calidad de vida alterando mis derechos alimentarios, derecho a la salud y a la propiedad reconocidos en la Constitución Nacional (Arts. 14 bis, 16, 17, 31, 75 ? inc. 22 -, y concordantes de la CN).

II.- LEGITIMACIÓN ACTIVA:

Me encuentro legitimado para ejercer la presente acción por ser directamente perjudicado por la aplicación inconstitucional de la ley y a que su resultado produce una avasallante disminución de mi Haber Previsional, con consecuencias alimentarias, sanitarias y patrimoniales.

III.- COMPETENCIA Y HABILITACIÓN DE INSTANCIA:

Es competente la justicia en lo Contencioso Administrativo Federal para entender en la presente demanda, habida cuenta la materia, vinculada a cuestiones de índole tributaria, al requerirse la inconstitucionalidad de la ley de impuesto a las ganancias, como así también debido a la persona demandada. (conf. artículo 5° CPCCN).

Resulta competente V.S., de conformidad con lo prescripto en el artículo 45 inc. b) de la ley 13.998 que dispone que los Juzgados nacionales en lo contencioso administrativo de la Capital Federal son competentes para entender, entre otras causas, en lo contencioso administrativo y en las que versen sobre contribuciones nacionales y sus infracciones' (incisos a y b).

Asimismo, y por el propio objeto de la presente acción, también ha de tenerse en cuenta que la Instancia se encuentra habilitada, por cuanto no existe otro remedio idóneo y, dado que lo que se persigue es el inmediato cese del descuento y la posterior inconstitucionalidad de una ley -cuestión que no puede ser planteada en sede administrativa- resulta inútil todo reclamo administrativo que se pueda articular.

Al respecto, cabe tener presente, lo resuelto por la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones del Fuero, en autos «CHIFFLET, Sonia c/ Anses s/ inconstitucionalidades Varias» Exp. 53.052/06, sentencia del 20 de septiembre de 2007, en cuanto ha señalado que «? la finalidad del reclamo administrativo previo no es otra que producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error, y promover el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por los órganos inferiores (Fallos 311 :689; 314: 725; 324:3335).

Ahora bien, esta exigencia no debe ir más allá del principio de colaboración que le dá sustento, ni puede constituirse en una limitación de las garantías constitucionales de los administrados ni, tanto menos, de las facultades indelegables de los órganos judiciales, de modo que el cumplimiento de este requisito formal jamás puede implicar la sustracción de «casos» potencialmente judiciables del conocimiento de los jueces de la Constitución (C.N. art. 116).

Cuando el objeto del reclamo es la inconstitucionalidad de una ley, el reclamo está excluido de la exigencia de tratamiento en sede administrativa como paso previo a su Impugnación Judicial. (CNAC CONT ADM FED., Sala Ven autos caratulados «Altos de Casares S.A. c/E.N. M° de Justicia y DDHH.-IGJ-Dec. 55100 s/proceso de conocimiento sent. Del 21/11/01).

IV.- HECHOS y FUNDAMENTOS:

Actualmente tengo ___ años de edad y soy titular del beneficio previsional otorgado por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) N° _____ y _____, conforme lo acredito con los recibos de haberes que acompaño.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) -como mero agente de retención de la AFIP- todos los meses me descuenta una suma en concepto de impuestos a las ganancias; llegando a ser el descuento mensual total actual de \$ _____.

A modo de ejemplo, sin calcular intereses por las sumas retenidas, se me ha descontado desde ___/___ a ___/___ la suma de \$ _____ en concepto de impuesto a las ganancias por ambos beneficios previsionales.

Conforme lo dispuesto por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades, tal descuento es inconstitucional y debe detenerse en forma inmediata.

En su reciente pronunciamiento en el fallo ?GARCIA MARÍA ISABEL C/AFIP S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD?, la CSJN recordó que ??la Argentina otorgó jerarquía constitucional a los derechos sociales al reformar su Constitución Federal en 1949. A su vez, la Constitución reformada en 1957 se hizo eco de estas conquistas sociales al acuñar las normas que en el art. 14 bis establecen los derechos de la seguridad social en nuestro país.

La idea fundamental que emerge de este texto -al establecer que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable- es la de procurar a los trabajadores los medios para atender a sus necesidades cuando en razón de su avanzada edad evidencien una disminución de su capacidad de ganancia.

En este orden de ideas, en sintonía con los conceptos que inspiran el constitucionalismo social, hace ya casi cuarenta años, esta Corte Suprema destacó en el precedente «Beraitz» que es «de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho» cuando resultan involucrados los sectores sociales más necesitados (Fallos: 289:430). Desde esta perspectiva preferentemente social, no pueden caber dudas entonces que la incorporación de los derechos de la seguridad social al catálogo de los derechos del trabajador en la Constitución Federal apunta a dignificar la vida de los trabajadores para protegerlos en la incapacidad y en la vejez.

El envejecimiento y la discapacidad, los motivos más comunes por las que se accede al estatus de jubilado, son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.

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, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal.

Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente «a cualquier precio», pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales.

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 igualar a los vulnerables con 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.

En esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por esta Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descriptos. Ello no supone desterrar el criterio de la «no confiscatoriedad» del tributo como pauta para evaluar la adecuación cuantitativa de un gravamen a la Constitución Nacional, sino advertir que tal examen de validez, centrado exclusivamente en la capacidad contributiva potencial del contribuyente, ignora otras variables necesarias, fijadas por el propio texto constitucional, para tutelar a quienes se encuentran en tan excepcional situación.

ANÁLISIS DEL GRADO DE CONFISCATORIEDAD

En oportunidad de fallar en la causa ?Pellegrini, Américo?, el Alto Tribunal revocó una resolución que convalidaba una mengua del 10% del haber jubilatorio y dispuso que ??las diferencias de haberes adeudadas como consecuencia de una incorrecta aplicación del método legal deben ser pagadas en su integridad?. En concreto, señaló que ?la quita es improcedente aun cuando no exceda la proporción fijada en el fallo, porque contradice el derecho del jubilado a ver incrementada su prestación en el mismo porcentaje que el nivel general de las remuneraciones; dicho de otro modo, si se aceptara el criterio de la cámara, quedaría privado de una porción de sus haberes sin causa legal, lo que produciría una nueva confiscación?.

Las precisiones aquí efectuadas por la Corte Suprema permiten afirmar que en materia de confiscatoriedad los criterios deben seguirse de manera restrictiva, lo que empiece a erigirlos como un recaudo o ?condición? de procedencia para el reajuste de un haber previsional, cuya movilidad resulta garantizada por la propia Constitución y sin la cual el jubilado vería recortados sus haberes sin base legal que lo justifique.

Esa variable dispersión de criterios, secuenciada o segmentada en un período relativamente corto de tiempo, a la par de resultar contrapuesta a toda elemental certidumbre de un régimen ?previsional? (cfr. Chirinos, ?Derecho??, cit., t. I, p. 99 y si g.), determina además un impedimento para la configuración y consecuente acreditación de un perjuicio confiscatorio, por lo que su valoración como una ?condición? determinante del reconocimiento de la movilidad importaría establecer un valladar infranqueable a la debida

actualización de los haberes, al propio tiempo que posibilitaría la consolidación de una sumatoria de afectaciones ?no confiscatorias?? aisladamente consideradas-, que sólo repercutiría en una vulneración de los principios de substitutividad y proporcionalidad antes señalados, consolidando mediante las sucesivas variaciones del régimen una afectación cada vez mayor al mantenimiento del estándar de vida.

En efecto, cuando se alteran o modifican las variables de ajuste de los haberes previsionales, el desequilibrio verificado en forma aislada, no siempre alcanza una magnitud de perjuicio que permita demostrar la condición de procedencia del ajuste, o bien, de la propia tacha de inconstitucionalidad de la ley cuestionada, lo que conduciría a cercenar total o parcialmente el derecho a la movilidad constitucionalmente reconocida que, vale resaltarlo, no busca enriquecer al beneficiario, sino procurar una justa recomposición de los haberes previsionales relegados.

Por esas razones, cabe considerar que no resulta necesario determinar una eventual superación de los límites jurisdiccionalmente señalados como confiscatorios, para atender a la reclamación procurada en el caso.

Por ello podemos afirmar que:

- A) Resulta contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas.
- B) Al abonar el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral, existe una doble imposición si se grava ?con ese mismo tributo? el posterior haber previsional.
- C) La naturaleza integral del beneficio fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Cinco Pensionistas vs. Perú? (28/2/2003), midiéndose en el desarrollo progresivo y creciente de la cobertura de la Seguridad Social.
- D) La interpretación y aplicación de las leyes previsionales debe hacerse de forma tal que no conduzcan a negar los fines superiores que ellas persiguen, armonizándose con el conjunto del ordenamiento jurídico.
- E) La jubilación no es una ganancia, sino un débito que tiene la sociedad con el jubilado, que le permite gozar de un beneficio previsional cuando su capacidad laborativa disminuye o desaparece

La Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, ha seguido esa línea de pensamiento, en la causa ?CALDERALE?, y, para así decidir, en sus argumentaciones ha razonado:

??La naturaleza jurídica de las prestaciones previsionales como contraprestación por el sufrimiento de una contingencia, no se asemeja ni puede equipararse con una renta o rendimiento derivada de una actividad con fines de lucro? En el supuesto de las jubilaciones, pensiones o retiros, por el contrario, no se configura este requisito insustituible del concepto legal de ?ganancia?, pues ningún miembro del sector ?pasivo? presta servicios, u obtiene rentas, enriquecimientos o rendimientos merced a una actividad ?realizada? por él ?intuitu personae? ??Más recientemente, la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, in re ?ZALLOCCO?, ha sido categórica al decir que ?la jubilación y/o pensión no es ganancia ni renta, resultando inconstitucional la norma que así lo establezca?. (CFA Mendoza, Sala A, 31/5/2019, in re ?ZALLOCCO viuda de CHIFANI, Mónica Susana c/ ENA y ANSES y otro s/ Amparo?-Expte. 22033737/2011, (consid.9).

El jubilado es una clase pasiva, está inactivo. Su sector no genera ?ningún tipo de rentas ni enriquecimiento porque no es un factor productivo.

Su beneficio previsional no es renta ni es ganancia; no reviste la permanencia y periodicidad de una fuente productiva en actividad (habilitada), sino que corresponden al acaecimiento de una contingencia prevista (que es su fuente) y que atraviesa la persona manteniéndose pasiva. Por ende, su fuente no es la ?persona? ni el ?trabajo personal?, sino la contingencia prevista cuya verificación dio lugar al otorgamiento del beneficio previsional.

En tal sentido, no resiste el ?test tributarista?, pues el haber jubilatorio no es una ganancia forjada por la actividad productiva, sino que es un haber de pasividad.

En forma coincidente, desde hace décadas, la Justicia Federal de la Seguridad Social, viene desarrollando la imperante jurisprudencia en las causas que fueron dando forma a la cuestión: «Castañeira, 1 Darma Emilia c/ANSeS s/Ejecución previsional» ? Cámara Federal de Seguridad Social, Sala I, 11/10/07. C.F.S.S., ?MESIANO, MIGUEL c/ A.N.Se.S. s/ Ejecución previsional», Sala II sent. int. 70448 04.12.08; ?Macri Francisco c/ ANSeS s/ ejecución previsional?, Sala III.

1. La jubilación es el reconocimiento que hace la sociedad a favor de las personas en pasividad para que puedan mantener el mismo grado de dignidad en la vejez con el gozo de dinero destinados a sufragar necesidades existenciales. Este dinero que se cobra en concepto de prestación previsional es una forma de distribuir la riqueza compuesta por el capital solidario de la sociedad a través de los aportes y contribuciones, sumas determinadas por el presupuesto, etc.

2. La jubilación no es ganancia sino un retorno social que indudablemente fue precedido por sistemas impositivos, como ser los determinados para los impuestos de cuarta categoría, entre otros, por lo que querer gravarla con impuestos es afectar el principio rector en esta materia de non bis in idem y lo que es peor, gravar impositivamente una prestación de carácter social.

3. Si bien el art. 20 inc. i) de la ley 20.628 en su tercer párrafo establece que no estarán exentas del impuesto a las ganancias, entre otras, las jubilaciones, las pensiones y los retiros, una atenta lectura de la norma aplicable conduce a aplicar el inc. v) del artículo mencionado según el cual los montos provenientes de actualizaciones de créditos de cualquier origen o naturaleza están exentos del pago del impuesto a las ganancias.

4. Corresponde declarar exentas del pago del impuesto a las ganancias a las retroactividades emergentes de una sentencia de reajuste que ordenó liquidar diferencias de prestación previsional por 1 haber sido liquidados apartándose de los parámetros de la ley 18.037. El pasado 30 de julio de 2020, la Justicia Federal de Moreno, en los autos "Morales, Mirta Viviana", ordenó a la AFIP que le comunique al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires, "que deberá abstenerse en forma inmediata de efectuar y/o admitir descuentos y/o retenciones por impuesto a las Ganancias en el haber previsional hasta tanto el Congreso Nacional legisle sobre el punto.

Asimismo, deberá efectuar el reintegro de las sumas retenidas en tal concepto desde la interposición de la demanda hasta que la presente sentencia adquiera firmeza".

En el mismo sentido se pronunciaron en fechas también recientes otros tribunales, como la Cámara Federal de General Roca, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, esta última en un fallo de alcance a todos los jubilados del Poder Judicial provincial porque fue interpuesto por la «Asociación Judicial Bonaerense s/Amparo».

En todos estos fallos mencionados vemos claramente que la jurisprudencia no distingue en la situación patrimonial de cada jubilado o su estado de salud. Se ratifica que todo el "sector pasivo" es vulnerable conforme los lineamientos explicados precedentemente.

V. MEDIDA CAUTELAR:

En función de todo lo expuesto hasta aquí respecto de la violación de los preceptos constitucionales y a fin de lograr una inmediata solución a mi situación de vulnerabilidad, es que solicito a V.S despache MEDIDA CAUTELAR y ordene a la AFIP el cese del descuento mensual en concepto de impuesto a las ganancias sobre mi haber mensual previsional (que realiza mediante la retención efectuada por ANSES como mero agente de retención que envía los fondos a la AFIP) y la devolución de las sumas retenidas más los intereses correspondientes y costas, hasta tanto se resuelva el fondo y se demuestre la ilegalidad o ilegitimidad del acto administrativo en crisis.-

PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA:

Verosimilitud en el derecho invocado:

Conforme lo explicado precedentemente, la jurisprudencia al respecto en todo el ámbito de la Republica Argentina es uniforme en interpretar que la "clase pasiva" es vulnerable por el solo hecho de ser jubilados y merecen una protección integral y distinguida al resto de la sociedad; más aún a la "clase activa".

Es de conocimiento público lo resuelto por la CSJN al respecto sobre la inconstitucionalidad de los artículo 23 inciso c, 79 inciso c, 81 y 90 de la ley 20.628, modificada por ley 27.346 y 27.430.

Peligro en la demora:

Quien reclama obviamente pertenece al grupo de personas del sector "pasivo" que goza del beneficio previsional por uno de los acontecimientos establecidos por la ley a tal efecto: LA ANCIANIDAD/LA VEJEZ. Pretender un proceso ordinario para reclamar es obligar a someterse a un proceso largo cuyo resultado probablemente no sea cumplido porque el reclamante ya se encuentre fallecido. Irreparabilidad del perjuicio:

En consonancia con el significado que posee el peligro en la demora en las cautelares, se halla el requisito que nos ocupa, esto es, el perjuicio irreparable de quien demanda. En efecto, no resulta necesario expresarle en demasía a V.S. que tratándose el actor de persona de avanzada edad y problemas de salud propios de su etapa etaria, la posibilidad de no obtener un reclamo en tiempo y forma a la protección de sus derechos alimentarios, patrimoniales y sanitarios provoca un perjuicio irreparable ya que el transcurso del tiempo -solamente- podría acarrearle el no goce de tal beneficio en lo que le queda de vida (pensemos que las posibilidades de vida son mucho menores a las de una persona joven).

ANTECEDENTES MÉDICOS

Conforme certificado de Historia clínica que acompaño, estoy atravesando un delicado estado de salud.

"Poseo operación _____.

"Sufro _____.

"Sufro un cuadro de _____.

Para todos estas situaciones tomo gran cantidad de medicamentos a diario de los cuales no todos son reconocidos por la Obra Social que poseo; por ser algunos importados.

VI.? BONO DERECHO FIJO

Conforme lo dispuesto por el art. 51 inc. d) de la Ley 23.187, por tratarse de un amparo me encuentro eximido de presentarlo.

VII.- EXIMICIÓN PAGO TASA JUSTICIA

A los presentes actuados corresponde la aplicación de lo previsto por la ley 23.898 art. 13 inc. f); por tanto, solicitamos se exima a la actora de pago de la tasa de justicia correspondiente.-

VIII.- TASA ACTIVA BANCO NACIÓN:

En cuanto a la tasa de interés, la imposibilidad de aplicar mecanismos de actualización, la depreciación monetaria, sumado ello a la naturaleza alimentaria del crédito previsional, hace necesario establecer una tasa que compense la falta de uso del dinero, que atienda la expectativa inflacionaria y asegure al acreedor la integridad de su crédito, lo que sólo puede satisfacerse medianamente con la tasa activa. Por lo que se propicia la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días que publica el Banco de la Nación Argentina

IX.- PRUEBA:

Adjunto constancia de los Haberes mensuales Previsionales donde V.S. puede corroborar los descuentos efectuados en concepto de impuesto a las ganancias y el perjuicio que me ocasiona.

X.- CUESTION CONSTITUCIONAL. RESERVA:

Para el hipotético caso que desde ya descartamos, que V.S. no hiciera lugar a la acción promovida en todos sus términos y dado que un pronunciamiento adverso conculcaría derechos y garantías constitucionales -derecho de igualdad, de seguridad social, de propiedad de inalterabilidad de las normas de nuestra Carta Magna- así como la legalidad (art. 19 CN), razonabilidad (art. 28 CN) y jerarquía normativa (art. 31 y 75 inc 22 CN), dejamos planteada desde ya la cuestión constitucional para ocurrir en su oportunidad por ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por vía del Recurso extraordinario previsto en el art.14 de la Ley 48.

Por lo demás, el rechazo de las pretensiones articuladas motivaría el dictado de un fallo arbitrario conforme la descripción y contenido indicados por la doctrina de nuestro más alto Tribunal, constituyendo de tal modo, una causal autónoma para acceder a la instancia extraordinaria.?

XI.? PETITORIO:

Por todo lo expuesto, a V.S. solicito:

- 1°) Se me tenga por presentado, parte y con los domicilios constituídos.
- 2°) Se haga lugar a la medida cautelar solicitada
- 3°) Se resuelva la inconstitucionalidad del descuento efectuado en mi haber previsional en forma mensual.
- 4°) Se ordene la restitución de las sumas retenidas más sus intereses conforme Tasa Activa Banco Nación.

Proveer de conformidad

SERA JUSTICIA