



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV  
27432/2019 Incidente N° 1 - ACTOR: GAUDINO, MARTA SUSANA  
DEMANDADO: EN-AFIP s/INC APELACION  
Buenos Aires, de marzo de 2020.

### VISTOS

El recurso de apelación deducido por el Fisco a fs. 45/55 vta., contestado a fs. 60/1, contra la resolución de fs. 35/40, que hizo lugar a la medida precautoria solicitada en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad; y

### CONSIDERANDO:

1º) Que la **acción intentada** tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c, 81 y 90 de la ley 20.628, texto ordenado según leyes 27.346 y 27.430 y de toda otra norma concordante. En dicha oportunidad la actora solicitó una medida cautelar a fin de que se ordene al Anses que se abstenga de seguir reteniendo el Impuesto a las Ganancias sobre los haberes previsionales. Asimismo, peticionó que se condene a la AFIP a reintegrar las diferencias retroactivas que por el mentado gravamen haya tributado respecto de sus jubilaciones.

En oportunidad de contestar el **informe del art. 4º** de la ley 26.854, el Fisco Nacional destacó que la intención del legislador fue gravar los haberes jubilatorios y que sustraerse de la imposición afectaba el principio de legalidad.

Consideró, asimismo, que no se cumplían los requisitos para conceder la medida cautelar solicitada.

2º) Que el **juez de grado** concedió la cautelar en atención a que la actora tiene 85 años de edad, por lo que se encontraba acreditado el peligro en la demora que justificaba ordenar la suspensión de la retención del Impuesto a las Ganancias que efectúa el ANSES sobre los beneficios jubilatorios hasta tanto se dicte sentencia sobre el fondo de la cuestión.

En cuanto a la contracautela, consideró que resultaba suficiente la caución juratoria prevista en el art. 199 del Código del rito.

3º) Que la **recurrente** considera que la situación que plantea la actora, bajo la solicitud del dictado de una medida de no innovar atentaría contra el adecuado y efectivo control del cumplimiento de las obligaciones tributarias de los sujetos obligados y la correlativa integridad de la renta pública.

Afirma que no se encuentra acreditado el peligro en la demora ni la verosimilitud en el derecho y tampoco probó la existencia de gastos



extraordinarios que deba afrontar con el importe neto que mensualmente percibe por su jubilación, por lo que no demuestra de qué manera le resulta dificultosa su manutención.

4º) Que, conforme surge de las **constancias de la causa**, la actora es jubilada y sujeta al pago del Impuesto a las Ganancias que ingresa mediante retenciones practicadas por la ANSES (ver fs. 7/18).

5º) Que, con relación al primero de los recaudos exigibles para el otorgamiento de la tutela cautelar pretendida, cabe mencionar, que la cuestión debe analizarse a la luz del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “García, María Isabel” (Fallos:342:411), en el que se declaró 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.

Para así resolver, y en lo que aquí interesa, el Alto Tribunal sostuvo que el envejecimiento y la discapacidad son causas determinantes de vulnerabilidad y obligan a los involucrados 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”* (considerando 13).

En esa misma línea, indicó que la capacidad contributiva resultaba insuficiente como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, siendo necesario ponderar la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. Por consiguiente, concluyó que el estándar de revisión judicial que atiende a la necesaria acreditación de la confiscatoriedad de la pretensión fiscal no permite dar adecuada respuesta a la protección constitucional de los contribuyentes que integran el colectivo *supra* referenciado (considerando 17).

En este escenario, el Máximo Tribunal advirtió que el universo de jubilados resulta heterogéneo toda vez que hay individuos en condiciones de especial vulnerabilidad que, por consiguiente, tienen mayores gastos y por ende menor capacidad contributiva. Ello así, manifestó que bastaba con cruzar los datos de los departamentos previsionales y asistenciales estatales competentes para generar subclasificaciones que incorporen elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial. En consecuencia, puso 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV  
27432/2019 Incidente N° 1 - ACTOR: GAUDINO, MARTA SUSANA

DEMANDADO: EN-AFIP s/INC APELACION

o enfermedad y dispuso que, hasta que el legislador legisle sobre el punto, no podía retenerse suma alguna en concepto de Impuesto a las Ganancias a la prestación previsional de la demandante (considerandos 19, 23 y 24).

6º) Que, si bien es cierto que en la causa *supra* reseñada, la actora estaba enferma, no escapa a este Tribunal que la postura adoptada por la Corte Federal ha sido ratificada en numerosas oportunidades y, más recientemente, en los autos “Calderale, Leonardo Gualberto c/ Anses s/ reajustes varios”, sent. del 01/10/19, en la que quedó firme el pronunciamiento de la instancia anterior que declaró la inconstitucionalidad de la retención del Impuesto a las Ganancias, con independencia de la situación concreta de vulnerabilidad del jubilado incidido (conf. en el mismo sentido, Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, *in re* “Avancini, Susana Esther c/ EN –AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 08/10/19).

Así pues, en función al deber moral que pesa sobre los tribunales de justicia de considerar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en atención a la analogía que guarda la presente causa con lo resuelto por el Alto Tribunal en los precedentes *supra* referenciados, corresponde tener por acreditada la **verosimilitud en el derecho** invocada.

7º) Que, en cuanto a la verificación del **peligro en la demora**, cabe recordar que los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca del *periculum in mora* y viceversa, en la medida en que ambos recaudos se hallen presentes.

Asimismo, tal evaluación exige ponderar tanto el gravamen que produciría el mantenimiento de la aplicación del Impuesto a las Ganancias aquí cuestionado si al cabo del proceso este último fuera declarado ilegítimo, como aquél que resultaría de su suspensión temporal, en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión (esta Sala, causa 63609/2017/1/CA1 “Abarca”, resol. del 21/11/17).

Este balance, ponderado a la luz del menor rigor exigido para la configuración del recaudo aludido, arroja un saldo favorable al otorgamiento de la tutela en este juicio a tenor del carácter alimentario de los haberes jubilatorios.



8º) Que, con respecto al **grado de afectación al interés público**, la concesión precautoria de la tutela no puede soslayar el *quantum* y la incidencia concreta que traería aparejada la falta de recaudación por parte del Estado del gravamen en cuestión y el carácter alimentario que dichos fondos tienen para el sujeto pasivo del tributo (art. 13, inc. 1, ap. d, de la ley 26.854). Máxime cuando la doctrina jurisprudencial seguida por este Tribunal atiende a los mandatos constitucionales referidos al colectivo involucrado y se encuentra sujeta a la recepción por parte del legislador de los lineamientos fijados por la Corte Suprema.

9) Que, en nada modifica lo expuesto el hecho de que la cautelar haya sido solicitada en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad toda vez que el Máximo Tribunal no ha encontrado óbice procesal a la referida estrategia procesal (conf. Fallos: 331:2907 y 2919; 335:1222; 337:1245; entre otros). Más aun cuando existen motivos por los cuales el mantenimiento de la situación existente puede tornar ineficaz la decisión a dictarse sobre el fondo del asunto en atención a la afectación que podría provocar la mengua de los haberes previsionales en las condiciones de vida de la actora.

10) Que, en función de lo expuesto, corresponde confirmar el pronunciamiento apelado, con costas (art. 68, primera parte del CPCCN).

Por todo lo expuesto, **SE RESUELVE**: confirmar el pronunciamiento apelado, con costas (art. 68, primera parte del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase sin más trámite.

JORGE EDUARDO MORÁN

MARCELO DANIEL DUFFY

ROGELIO W. VINCENTI

(según su voto)

El señor juez de Cámara Rogelio W. Vincenti dijo:

1º) Que adhiero a los términos y conclusiones de los considerandos 1º a 9º) de la resolución de mayoría, a los que cabe remitir para evitar repeticiones.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV  
27432/2019 Incidente N° 1 - ACTOR: GAUDINO, MARTA SUSANA  
DEMANDADO: EN-AFIP s/INC APELACION

2º) Que, si bien, en principio, no proceden las medidas cautelares en el marco de una acción cuya pretensión principal se agota en la declaración del derecho, cabe señalar que, en el *sub lite*, la actora no sólo persigue una sentencia declarativa sino que también requiere la devolución de los importes retenidos, es decir, a la pretensión declarativa del derecho adiciona una de condena. Por lo demás, existen motivos por los cuales el mantenimiento de la situación existente puede tornar ineficaz la decisión a dictarse sobre el fondo del asunto en atención a los efectos que podría provocar la mengua de los haberes previsionales en las condiciones de vida de la actora.

Por ello, me pronuncio por desestimar el recurso y confirmar la sentencia en cuanto fue materia de agravios. Con costas (art. 68 CPCCN). **ASI VOTO.**

**ROGELIO W. VINCENTI**

