

## Los haberes previsionales no son ganancias (<sup>1</sup>)

Dr. Carlos María Folco

### JUBILACIONES, PENSIONES E IMPUESTO A LAS GANANCIAS

#### 1. Gravabilidad de las Jubilaciones en la Ley de Ganancias

La Ley de Impuesto a las Ganancias ha previsto en el Art. 82, que: “Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes: ... c) De las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y en la medida que hayan estado sujeto al pago del impuesto, y de los consejeros de las sociedades cooperativas.”

En forma concordante, en el Art. 20, inc. i), de la ley del gravamen, se establece que: “...No están exentas las jubilaciones, pensiones, retiros, subsidios...”

A su vez, el art. 30 de la Ley de Ganancias establece las deducciones sobre las ganancias netas a las cuales tienen derecho las personas humanas, disponiendo que: “La deducción prevista en el segundo apartado del primer párrafo de este inciso no será de aplicación cuando se trate de remuneraciones comprendidas en el inciso c) del artículo 82, originadas en regímenes previsionales especiales que, en función del cargo desempeñado por el beneficiario, concedan un tratamiento diferencial del haber previsional, de la movilidad de las prestaciones, así como de la edad y cantidad de años de servicio para obtener el beneficio jubilatorio. Excluyese de esta definición a los regímenes diferenciales dispuestos en virtud de actividades penosas o insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuros y a los regímenes correspondientes a las actividades docentes, científicas y tecnológicas y de retiro de las fuerzas armadas y de seguridad.”

Agrega luego: “Respecto de las rentas mencionadas en el inciso c) del artículo 82 de la presente, las deducciones previstas en los incisos a) y c) de este artículo, serán reemplazadas por una deducción específica equivalente a SEIS (6)

---

<sup>1</sup> El material del webinar puede ser descargado de nuestro blog:  
<https://tribunafiscal.blogspot.com/>

veces la suma de los haberes mínimos garantizados, definidos en el artículo 125 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias y complementarias, siempre que esta última suma resulte superior a la suma de las deducciones antedichas.”

Por su parte, la llamada Ley de Reparación Histórica N° 27.260 establece en su art. 8° que: “Con relación al cálculo de la retención del impuesto a las ganancias, se establece que el capital del retroactivo que se abone se compute como si las sumas adeudadas hubieran sido abonadas en el mes en que se devengaron. En lo que respecta a los importes que correspondan abonar en concepto de intereses y actualización de dicho capital, los mismos estarán exentos del impuesto a las ganancias.”

Por lo tanto, si usted es jubilado y percibe un beneficio o más de un beneficio de jubilación y/ o pensión, en principio la sola lectura de la ley del gravamen nos indica literalmente que deberá tributar el impuesto a las ganancias.

El régimen de retención ha sido establecido por la Resolución General (AFIP) N° 4003-E del 02/03/2017 y sus modificatorias<sup>2</sup>.

Al percibir mensualmente el beneficio previsional, la Caja correspondiente habrá de efectuar el cálculo a efectos de determinar si corresponder practicar la retención. A tal efecto, al haber bruto se descuentan las deducciones admisibles v.gr. las declaradas por el beneficiario en el Form. (AFIP) 572, el mínimo no imponible, la deducción especial y las cargas de familia, y se establece así el haber sujeto al impuesto, al cual se le aplica una escala progresiva fijada en el Art. 94 acumuladas por mes para todo el año (ex art. 90 en el ordenamiento anterior) de la Ley de Impuesto a las Ganancias para determinar el monto a retener. El período fiscal es anual y los haberes y las escalas son acumulativos de enero a diciembre. La AFIP publicita en su página web las tablas con las deducciones del impuesto a las ganancias y la escala del impuesto correspondiente al año fiscal 2020.

Para los empleados que trabajen y jubilados que vivan en la zona patagónica, el importe de las deducciones se incrementa en un 22% respecto de los valores aplicables para el resto del país. A tales efectos, normativamente se considera que el jubilado vive en la provincia en la cual percibe sus haberes jubilatorios.

## **2. La Seguridad Social como Derecho Humano**

Dejamos sentado que la seguridad social es un claro instrumento de justicia social, en cuya base se encuentra la solidaridad. Ha sido considerada como un derecho humano básico en la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en mayo de 1944.

---

<sup>2</sup> B.O.: 03/03/2017

Este derecho está reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, entre otros varios instrumentos internacionales.

A su vez, el artículo 14 bis de nuestra Constitución, dispone en su parte pertinente que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”, el cual en plena concordancia con el art. 75 inciso 19 regula los derechos relacionados con la dimensión social de las personas.

En idéntico sentido, el Artículo 75 inc. 23 de la Carta Magna instituye la obligación del Congreso Nacional de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de... los ancianos y las personas con discapacidad.”

Sabido es que el Sistema Previsional es uno de los subsistemas de la Seguridad Social, el cual se destina a cubrir las contingencias de la vejez, invalidez y muerte. Las jubilaciones y pensiones configuran el derecho a la percepción de una prestación de la seguridad social y correlativamente, instituyen el deber inexcusable de prestación por parte del Estado.

En Argentina el primer régimen orgánico de base contributiva se instauró en el año 1904 por la Ley N° 4349 con la creación de la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para funcionarios, empleados y agentes civiles de la administración, por lo cual quedaban comprendidos en el mismo, los empleados del Gobierno Nacional, de organismos descentralizados y de empresas estatales (excepto ferrocarriles, gas y teléfonos); docentes; empleados de los poderes legislativos y judicial; magistrados, legisladores y personal del Servicio Exterior; Personal de Correos y Telecomunicaciones y de Prefectura Nacional, entre otros varios.

Por ello, afirmamos categóricamente que las jubilaciones y pensiones no constituyen ganancias toda vez que no están comprendidos por la tipificación del hecho imponible. Ergo, estamos frente a una “exclusión de objeto” o “supuesto no alcanzado” por el gravamen.

Se trata de un derecho humano y social, por tanto, de carácter irrenunciable, inalienable e inextinguible, que resulta exigible al Estado, tal como se expresara precedentemente.

El Art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de

los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

### **3. Jurisprudencia de Corte Suprema y Tribunales inferiores**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Barry”<sup>3</sup> tiene dicho que cuando se tratare de créditos de naturaleza previsional, su contenido alimentario exige una consideración particularmente cuidadosa, a fin de que, en los hechos, no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables, ya que el objetivo de aquéllos es la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que se hacen manifiestos en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria, lo que no se compadece con la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones sometidas a los jueces.

El alto tribunal pone aquí especial énfasis en los caracteres de integralidad e irrenunciabilidad de los créditos previsionales y su contenido alimentario, vedando la dilación sine die de los procesos por resultar atentatorios de la naturaleza esencial de los mismos.

La cuestión relativa a la integralidad es retomada por la Cámara Federal de Paraná en “Cuesta, Jorge Antonio”<sup>4</sup>, al resolver que resulta contrario a los principios constitucionales de integralidad del haber previsional su reducción por vía del impuesto a las ganancias, toda vez que el beneficiario ya abonó dicho impuesto al encontrarse en actividad, por lo que existe una evidente doble imposición a la actividad desarrollada al gravar -con el mismo- el posterior beneficio, máxime cuando la naturaleza integral del beneficio previsional ha sido determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Cinco Pensionistas Vs. Perú”.

Por su parte, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, al resolver la causa “Fornari”<sup>5</sup> declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inciso c), de la ley 20.628 (t.o. por decreto 649/97), en cuanto tiene por hecho imponible para la percepción del impuesto a las ganancias a las jubilaciones de los reclamantes. Para decidir de este modo, se dijo que la norma transgrede las garantías que aseguran la imposición de las cargas públicas en base a la capacidad contributiva, como también vulnera el principio de sustitutividad que anida en el art. 14 bis de la CN y, por lo tanto, atenta contra el derecho inalienable a la progresividad en el goce de los derechos humanos básicos que aseguran los tratados internacionales

---

<sup>3</sup> CSJN, “Barry, María Elena c/ ANSES. s/ reajustes por movilidad”, 10/10/1996. Fallos: 319:2151.

<sup>4</sup> CFed. Paraná, “Cuesta Jorge Antonio c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ Acción de Inconstitucionalidad”, 29/04/2015.

<sup>5</sup> CFAp. General Roca, “Fornari, Silvia Cristina - López, Silvia Liliana c/Estado Nacional – Administración Federal de Ingresos Públicos s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 24/02/2017.

vigentes en nuestro país. Esta doctrina habría de ratificarla recientemente en las causas “Wertmuller”<sup>6</sup> y “Katcoff”<sup>7</sup> en el transcurso del corriente año.

Entresacamos del fallo la relevancia del principio de sustitutividad del haber jubilatorio respecto del salario a fin de mantener el nivel de vida que el beneficiario gozaba en actividad, el cual tiene raigambre constitucional (art. 14 bis de la Carta Magna).

Igualmente apreciable es la ponderación del fallo sobre la violación del derecho inalienable a la progresividad en el goce de los derechos humanos básicos que aseguran los tratados. Precisamente, nuestro máximo tribunal<sup>8</sup> ha dicho que este principio de progresividad o no regresión que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, no solo es un principio arquitectónico de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia.

Párrafo aparte merece la consideración de la Cámara de Apelaciones sobre la violación del principio de capacidad contributiva, implícito en los arts. 4, 14, 16, 17, 28 y 33 de la Constitución Nacional, existiendo consenso doctrinal en considerarlo un límite material a la potestad tributaria normativa.

Ratificando la precedente doctrina judicial, nuestro tribunal cimero en autos “García, María Isabel”<sup>9</sup> dejó sentado que a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y 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 ya 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 doctrina de Corte que emerge de este fallo es sumamente aleccionadora, toda vez que deja sentado que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados,

---

<sup>6</sup> CFAp. General Roca, “Wertmuller, Mirta Graciela c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 28/02/2020.

<sup>7</sup> CFAp. General Roca, “Katcoff Nora Hilda c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 10/03/2020.

<sup>8</sup> CSJN, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción de amparo”, 24/11/2015. Fallos: 338:1347.

<sup>9</sup> CSJN, “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 26/03/2019. Fallos: 342:411.

retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido.

Nuestro tribunal cimero entiende que "...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 tal aspecto, la Corte<sup>10</sup> ha reiterado recientemente que el envejecimiento y la discapacidad 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.

Por su parte, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en "Calderale, Leonardo Gualberto"<sup>11</sup> declaró la inconstitucionalidad del artículo 79 (art. 82 del nuevo ordenamiento) inc. "c" de la Ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias.

En tal sentido, entiende que resulta contradictorio reconocer que los beneficios previsionales están protegidos por garantías constitucionales y a la vez tipificarlos como una renta, enriquecimiento, rendimiento o ganancia gravada por el propio Estado que es el máximo responsable de velar por la vigencia y efectividad de dichos principios (art. 14 bis de la Constitución Nacional). Asimismo deviene irrazonable y carente de toda lógica jurídica asimilar o equiparar las prestaciones de la seguridad social a rendimientos, rentas o, enriquecimientos obtenidos como derivación de alguna actividad con fines de lucro de carácter empresarial, mercantil o de negocios, que la ley tipifica con lujo de detalles en su articulado

La demandada interpuso un Recurso Extraordinario, el que fuera declarado inadmisibile por la Corte Suprema en un fallo único<sup>12</sup> con fecha 1/10/2019, por aplicación del art. 280 del CPCCN<sup>13</sup>. En consecuencia, quedó firme el referido fallo de la Sala 2 de la Cámara de la Seguridad Social, que declaró la inconstitucionalidad Impuesto a las Ganancias que grava jubilaciones, con prescindencia de la situación de vulnerabilidad del jubilado.

---

<sup>10</sup> CSJN, "Recurso Queja Nº 2 - C., J.C c/ EN-M Defensa – Ejercito s/Daños y perjuicios", 30/04/2020.

<sup>11</sup> CFSS, Sala II, "Calderale, Leonardo Gualberto c/Anses s/reajustes varios", 16/05/2017,

<sup>12</sup> CSJN, "Iglina, Enrique Anselmo c/Anses s/Reajustes varios"; (...) CSS 17477/2012/CS1 'Calderale, Leonardo Gualberto c/Anses s/Reajustes varios' (...) CSS 21674/2009/CS1 'Gómez, Servando Oscar c/Anses s/Reajustes varios', 01/10/2019.

<sup>13</sup> Este "certiorari criollo" implementado con la ley 23.774, permite que la Corte "... según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planeadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia... " .

El certiorari vernáculo permite desestimar recursos en el cual se plantean cuestiones análogas a las resueltas con anterioridad por el tribunal y consideradas por ello “insustanciales” en la propia jurisprudencia de Corte. Efectivamente, el alto tribunal tiene dicho en “Minaglia”<sup>14</sup> -con citas de precedentes- que las cuestiones federales se tornan insustanciales cuando una clara jurisprudencia, indudablemente aplicable a ellas, impide toda controversia seria respecto de su solución, máxime cuando el recurrente no aduce razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad del precedente o importen nuevos argumentos que puedan llevar a la modificación de lo establecido en aquél.

En otras palabras, a través del certiorari negativo, el tribunal cimero anticipa la respuesta que igualmente se le hubiera dado a las pretensiones del recurrente de no aplicarse el citado artículo 280, toda vez que los agravios han sido desestimados en casos análogos.

#### **4. Efectos de la sentencia de Corte**

Nuestro sistema jurídico adopta un sistema de control de constitucionalidad con efectos “inter partes”, de lo cual deriva que la declaración de inconstitucionalidad conlleva la no aplicación de una norma en el caso concreto.

Por lo tanto, el fallo de Corte mencionado solo tiene alcance individual y no goza de efectos erga omnes, repetimos, lo resuelto en la causa se aplica solo a la misma, no afecta a terceros y hace cosa juzgada en relación con las partes intervinientes en el proceso (res inter alios iudicata), impidiéndoles volver a litigar luego el mismo caso.

Ello conforma el efecto complementario excluyente de todo fallo pasado en cosa juzgada.

Tiene dicho el alto tribunal<sup>15</sup> que la sentencia dictada en un juicio tiene fuerza de cosa juzgada material, solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en dicho juicio, pero no puede aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos al proceso, como sucede con quien no fue citado a comparecer a los autos.

Ergo, en esta primera aproximación al tema, todos los jubilados, pensionados y retirados, seguirán sufriendo las retenciones del impuesto a las ganancias mientras no exista una enmienda parlamentaria, excepto que intentaren judicialmente una acción individual o en su caso colectiva contra el Estado, específicamente contra la Administración Federal de Ingresos Públicos, pues vale

---

<sup>14</sup> CSJN, “Minaglia, Mauro Omar y Otra s/Infracción Ley 23.737”, 04/09/2007. Fallos: 330:3801

<sup>15</sup> CSJN, “Ponce, Adolfo c/ Yappert Surian, Yolanda s/ Reivindicación”, 08/10/1987. Fallos: 310:2063

recordar que las Cajas de Jubilaciones solo son Agentes de Retención del tributo.<sup>16</sup>

Sin embargo, a la luz de la reforma constitucional de Santa Fe – Paraná de 1994, ese criterio debe ser reexaminado cuando existieren procesos de tutela de los derechos de incidencia colectiva, en los cuales los efectos de cosa juzgada de la sentencia se extienden a otros sujetos que no han sido parte de tales procesos, es decir, gozan de un efecto expansivo.

Certeramente afirma Gozaíni<sup>17</sup> que cuando una sentencia versa sobre “cuestiones constitucionales”, el alcance de la cosa juzgada puede abarcar a terceros, pero ello no se trata como un “efecto erga omnes”, sino como una expansión de la res judicata, agregando que nuestro sistema de control de constitucionalidad impide darle a la sentencia efectos a terceros que no hayan tenido oportunidad de ser oídos, lo que significa que no se puede condenar a quien no fue parte o tuvo suficiente oportunidad para serlo, sin que ello dificulte que la expansión se resuelva desde los presupuestos de la legitimación procesal, en la medida que el concepto de “derechos de incidencia colectiva” que está contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional, permita ampliar la sentencia hacia todo beneficiado (“pro homine”) y advierte que en caso contrario, si la sentencia desestima la pretensión, ella no comprenderá a los sujetos extraños al proceso.

## **5. La doctrina del “stare decisis” vertical**

El tribunal cimero tiene dicho en una de sus primeras sentencias dictada en los albores de nuestra consolidación institucional, que es “el intérprete final” de la Constitución Nacional<sup>18</sup>.

Ello le ha permitido sostener desde entonces que aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, los organismos jurisdiccionales tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, obligación esta que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Resulta casi innecesario aclarar que en caso de reclamarse reajuste de haberes, la demanda procederá contra la Anses.

<sup>17</sup> Gozaíni, Alfredo Oscar, “Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes”, Suplemento del 8-8-2007 en La Ley, Revista jurídica argentina, Buenos Aires, LA LEY, 2007, volumen 2007-D.

<sup>18</sup> CSJN, “Ministerio Fiscal c/Benjamín Calvete por atentados contra la inmunidad de un Senador”, 27/09/1864. Fallos 1:340

<sup>19</sup> CSJN, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 09/04/2019. Fallos: 342:584

Por vía de una creación pretoriana, nuestro máximo tribunal ha establecido la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema. No obstante, sería deseable que ello se instaure por ley del Congreso Nacional.

Al respecto, Rivera<sup>20</sup> expresa que no hay nada en la Constitución que impida el establecimiento del principio de stare decisis vertical por vía legal, considerando que la libertad de los jueces inferiores puede ser válidamente restringida por razones de igualdad, seguridad jurídica y eficiencia. Son estas razones mismas las que han llevado al legislador a establecer el sistema de “fallos plenarios”, que tienen una honda raigambre en nuestra historia, derecho y doctrina procesales.

Igualmente, la Corte Suprema ha declarado que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante<sup>21</sup>.

Frente a las infundadas críticas que se alzaron basadas en que de tal manera los jueces “crean derecho”, la preclara opinión del maestro Bidart Campos<sup>22</sup> arroja luz al respecto, en cuanto enseña que la sentencia retiene su esencia o naturaleza de acto jurisdiccional aunque produzca como efecto general la aplicación obligatoria de su interpretación jurídica más allá del caso resuelto, creando derecho, pero no crea derecho “nuevo”, dado que el derecho que crea siempre deriva de un marco que le traza el ordenamiento como subordinante, y dentro del cual el juez o tribunal debe moverse sin evadirlo.

Partiendo de tales premisas, forzoso es concluir que en las futuras acciones judiciales que promuevan los jubilados y pensionados, se impone el deber de los tribunales inferiores competentes de aplicar la doctrina judicial de la Corte Suprema en materia de inconstitucionalidad del impuesto a las Ganancias que grava las jubilaciones, por las apuntadas razones de seguridad jurídica, acatamiento a la Corte Suprema como “intérprete final” de la Constitución Nacional, de celeridad y economía procesal.

## **6. Cuestiones de competencia**

En el Impuesto a las Ganancias, las Cajas de Jubilaciones respectivas y en su caso la Anses, por mandato legal, actúan como agente de retención del

---

<sup>20</sup> Rivera, Julio César, “Corte Suprema. Los efectos de sus sentencias y el stare decisis vertical”, en “Síntesis Forense”, Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 125, Mayo/Junio/Julio 2008.

<sup>21</sup> CSJN, “Cerámica San Lorenzo”, 04/07/1985. Fallos: 307:1094

<sup>22</sup> Bidart Campos, Germán J., “La jurisprudencia obligatoria”, LL 2001-F, 1492 o LLP 2001, 1289, AR/DOC/13474/ 2001.

beneficiario previsional ante la AFIP conforme al régimen establecido en la citada Resolución General (AFIP) N° 4003-E.

A su vez, los agentes de retención deben cumplir las formas, plazos y demás condiciones que para el ingreso e información de las retenciones practicadas, establece la Resolución General N° 2.233, sus modificatorias y complementarias (Sistema de Control de Retenciones - SICORE)<sup>23</sup>.

Por lo tanto, el tributo retenido por las Cajas de Jubilaciones ingresa a las arcas fiscales dentro de los plazos establecidos en dicha norma sub legal, constituyendo un pago con las consecuencias jurídicas que ello involucra. De todo ello se deduce que el jubilado deberá observar el procedimiento inherente al trámite de las solicitudes de repetición de los importes retenidos y abonados en concepto de impuesto a las Ganancias, el cual se encuentra regido por la ley N° 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) de Procedimiento Tributario.

Así, los jubilados se encuentran legitimados para iniciar una acción de repetición en los cánones del art. 81 de la ley de rito fiscal, la cual tiene un plazo de prescripción de cinco años, según el art. 56 de dicho cuerpo normativo.

Esta petición se realiza en sede administrativa, es decir, se materializa con la presentación de un escrito ante la AFIP-DGI, que tiene expresamente reconocida por el art. 69 de la ley 11.683 una virtualidad interruptiva del plazo de prescripción extintiva y además, desde la fecha de interposición de la referida solicitud, se devengará el interés resarcitorio a favor del peticionante, a la tasa fijada por Resolución 598/2019 del Ministerio de Hacienda.

Contra la resolución denegatoria, el jubilado dentro de los quince días de la notificación, podrá interponer el recurso de reconsideración previsto en el artículo 76 u optar entre apelar ante el Tribunal Fiscal de la Nación o interponer demanda contenciosa ante la Justicia Nacional de Primera Instancia, teniendo análoga opción cuando no se dictare resolución dentro de los tres meses de presentarse el reclamo.

En el caso, toda vez que se trata de un reclamo que versa en forma autónoma solo en lo relativo al impuesto a las Ganancias, la competencia en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es del fuero contencioso administrativo federal. La Ley N° 13.998<sup>24</sup> de Nueva Organización de la Justicia Nacional, determina que los Jueces Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal serán competentes para conocer, entre otras: “De las causas que versen sobre contribuciones nacionales y sus infracciones” (art. 45 inciso b).

---

<sup>23</sup> B.O.: 29/03/2007.

<sup>24</sup> B.O.: 11/10/1950.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha conocido en acciones declarativas de certeza. Entre ellas podemos citar a la causa “Castro”,<sup>25</sup> deducida por una jubilada contra la AFIP, para que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del régimen de Impuesto a las Ganancias. En el caso concreto, el recurso impetrado por la actora fue desestimado y la alzada confirmó la resolución apelada en cuanto rechazó la acción declarativa, en especial, por cuestiones probatorias.

Ahora, distinta es la situación cuando el planteo sobre la aplicación del Impuesto a las Ganancias se formulare de manera conjunta con un reajuste de haberes previsionales ante Anses o bien ya en la etapa procesal de ejecución de sentencia del reajuste, caso en el cual habrá de resultar competente el fuero federal de la seguridad social, toda vez que la pretensión que porta la demanda no puede escindir-se del objeto procesal o causa sobre la cual se sustenta.

En esa inteligencia, la Cámara Federal de la Seguridad Social al resolver la causa “Cabral”<sup>26</sup> determinó que corresponde que entienda el fuero federal de la de la Seguridad Social, en un planteo referente a la aplicación del Impuesto a las Ganancias en el marco de una demanda por reajuste del haber jubilatorio, dado que no existe la menor duda que la pretensión del actor atañe de manera directa al derecho de la seguridad social al estar en juego la integridad de su haber previsional, habida cuenta que el accionante no cuestionó en su demanda únicamente la razonabilidad o legalidad de un tributo- lo cual ameritaría el conocimiento del juez con competencia en materia tributaria- sino la posible afectación del poder adquisitivo de su jubilación por causa de un gravamen que tacha de inconstitucional por confiscatorio.

Idéntica consideración ha merecido el planteo en la etapa de ejecución de sentencia, en cuanto dicha Cámara en “Robles”<sup>27</sup> determinó que habiéndose ordenado el reajuste del haber previsional del actor en base a los principios de proporcionalidad y substitutividad que rigen en materia previsional; la afectación de estos principios como consecuencia de la quita en concepto de impuesto a las ganancias, obliga al Juez de la Seguridad Social a velar por la integridad del haber previsional en el marco de la competencia por razón de la materia que le asigna la ley (distinta de la competencia del juez tributario).

En el interior del país, en todos los casos, entenderán los juzgados federales, conforme a la competencia legalmente atribuida en su respectivo ámbito territorial.

---

<sup>25</sup> CNACAF, Sala IV, “Castro, Beatriz Marina c/EN -AFIP s/proceso de conocimiento”, 07/06/2018.

<sup>26</sup> CFSS, Sala II, “Cabral, Martín Alfredo c/ ANSeS s/Reajustes varios” (Expte. 60391/12), 18/09/2017.

<sup>27</sup> CFSS, Sala II, “ROBLES EDITH DOROTEA c/ A.N.Se.S. s/ Reajustes varios” (Expte. 35566/2008), 28/08/2017.

## 7. Acciones judiciales procedentes

El acceso a la justicia ha sido proclamado por el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Por su parte, entre otros varios instrumentos internacionales, el Pacto de San José de Costa Rica en el art. 8.1 reconoce a toda persona el derecho a ser oído con las debidas garantías; que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, mientras que el art. 25.1 dicho Pacto dispone que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Queda visto entonces que el acceso a la jurisdicción es la primera fase o momento del derecho a la tutela judicial real y efectiva. A su vez, la inviolabilidad de la defensa en juicio está consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. La Corte Suprema<sup>28</sup> ha dicho que esta garantía requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino a través de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada.

La regla N° 25 de las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, enfatiza la importancia de asegurar las condiciones necesarias para que la tutela judicial sea realmente efectiva.

En “AGUEERA”<sup>29</sup> la Corte señala que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente la Corte ha admitido como medio idóneo, ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional.

Agrega luego el alto tribunal en dicha causa que la circunstancia que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del CPCCN no constituye un óbice para la aplicación del art. 43 de la Constitución Nacional, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo.

---

<sup>28</sup> CSJN, “Domini, Dardo Delfor c/ Municipalidad de Bahía Blanca”, 15/09/1987. Fallos: 310:1819

<sup>29</sup> CSJN, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, 22/04/1997.

Entendemos que resultaría aconsejable interponer una acción declarativa de inconstitucionalidad, la cual -si bien carece de procedimiento propio en el orden federal- ha sido reconocida jurisprudencialmente, practicándose una interpretación extensiva del art. 322 del CPCCN. En definitiva, el actor solo ha de perseguir la declaración de inconstitucionalidad, ponderando a tal efecto la doctrina sentada por nuestro tribunal cimero, que resulta palmariamente contraria al texto legal en vigor del impuesto a las Ganancias.

Coetáneamente, a fin de asegurar la vigencia de los derechos constitucionales, cabe solicitar al juez competente que decrete una medida cautelar innovativa por la cual se ordene a la AFIP que se abstenga de retener sobre los haberes previsionales de la actora, suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias, tema sobre el cual habremos de detenernos luego.

Cassagne<sup>30</sup> señala que al no existir un marco legal positivo en el derecho nacional para encuadrar la acción declarativa directa de inconstitucionalidad y ser inaplicable en muchos casos la regulación procesal civil (art. 322 del CPCCN), la procedencia de la acción directa encuentra sustento constitucional en el principio de la tutela judicial efectiva que se desprende de los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de DD.HH. y en una interpretación extensiva del precepto contenido en el art. 43 de la Const. Nac., dado que la positivación constitucional del principio supera el marco de la acción de amparo, resaltando además, que la regulación constitucional contribuye al objetivo de "afianzar la justicia" que prescribe el preámbulo de la Constitución

Nuestro más alto tribunal en "Shell"<sup>31</sup> ha señalado que, para que prospere la acción de certeza, es necesario que medie: a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo, b) que el grado de afectación sea suficientemente directo y c) que aquella actividad tenga concreción bastante.

Asimismo, en las acciones declarativas de inconstitucionalidad, el monto del proceso debe resultar de pautas objetivas suficientes, es decir, que de los elementos incorporados al proceso debe surgir de modo indudable que la pretensión tiene un explícito contenido patrimonial, aun cuando no se reclame una suma de dinero.<sup>32</sup>

También resultaría posible iniciar las class action (acciones de clase) como vía procesal apta para la protección judicial. Ello en merito a la grandísima cantidad de jubilados, pensionados y retirados que siguen tributando un gravamen

---

<sup>30</sup> Cassagne, Juan Carlos, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", La Ley 06/07/2015, 06/07/2015, 1; La Ley Online: AR/DOC/2167/2015.

<sup>31</sup> CSJN, "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 26/09/2017. Fallos: 340:1338

<sup>32</sup> CSJN, "Metrogas S.A. c/ Neuquén, Provincia de s/Acción declarativa", 24/09/2015. Fallos: 338:923.

inconstitucional según la doctrina judicial de nuestra Corte Suprema. Estos procesos colectivos, por mandato del art. 43 de la C.N., además del afectado, reconocen una amplia gama de sujetos legitimados para promoverlos (v.gr. Defensor del Pueblo, una Asociación de Jubilados, etc.), quienes habrán de actuar a nombre propio, pero en defensa de un interés ajeno.

En el leading case “Halabi”<sup>33</sup>, el alto tribunal reconoció que la procedencia de las acciones de clase requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

Luego, en “PADEC”<sup>34</sup> la Corte posibilita la acción colectiva al considerar que la misma “resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 Y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta” (Consid.10).

En el orden federal, la acción colectiva en materia tributaria ha sido admitida por la justicia. El Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2 en la causa “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional” declaró formalmente admisible que dicha causa tramitare como una acción colectiva, en los términos del artículo 3° del Reglamento Público de Procesos Colectivos y el Anexo de la Acordada n° 12/16.

Esta acción tiene como desventaja principal, su notoria complejidad procesal. Además, es del caso señalar que los derechos patrimoniales resultan puramente individuales y exclusivos de cada jubilado, quienes de tal forma deberán accionar por la repetición del gravamen retenido por las Cajas respectivas.

Por lo demás, hay que estar al caso concreto para definir el camino procesal más idóneo, conforme las particularidades que presenten cada uno de ellos. Así, por ejemplo, podría resultar conveniente la demanda contenciosa por repetición de tributos ante el juez nacional respectivo (art. 83 Ley 11.683 de

---

<sup>33</sup> CSJN, “Halabi, Ernesto c/P.E.N.-Ley 25873-Dto. 1563/04 s/amparo Ley 16.986”. 24/02/2009. Fallos: 332:111

<sup>34</sup> CSJN, “Padec c/ Swiss Medical S.A. s/Nulidad de Cláusulas contractuales”, 21/08/2013. Fallos: 336:1236

Procedimiento Tributario); la acción de mera certeza (art. 322 CPCCN); la vía sumarísima del amparo individual o colectivo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, Ley 16986, y concordantes de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional o bien el juicio sumario en materia constitucional de conformidad al art. 321 inciso 2) del ordenamiento adjetivo<sup>35</sup>.

## **8. Medidas cautelares**

Deviene oportuno señalar que el aludido derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende. Por ello, hasta tanto se dicte sentencia de fondo, resulta conveniente solicitar que se ordene como medida cautelar innovativa<sup>36</sup>, el inmediato cese del descuento que por el impuesto a las Ganancias se retiene del haber jubilatorio a través del agente de retención, la Caja de Jubilaciones.

Ponemos de resalto que nada obsta a la posibilidad de decretar medidas cautelares en procesos donde se plantee la inconstitucionalidad de una norma jurídica por medio de una acción declarativa de inconstitucionalidad.

Al respecto, señalamos que se deberá demostrar la presencia de los tres recaudos clásicos, esto es la verosimilitud del derecho invocado; el peligro en la demora y la contracautela.

En cuanto al primer requisito, la verosimilitud del derecho, tal como afirma la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en "Avancini"<sup>37</sup>, está otorgado por el fallo de la Corte Suprema en el que se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 23 inciso c), 79 inciso 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.

---

<sup>35</sup> CPCCN, Art. 321. - Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: (...) 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección."

<sup>36</sup> La Corte Suprema considera que la medida cautelar innovativa "es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado en razón de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (CSJN, "Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina", 24/08/1993. Fallos: 316:1833).

<sup>37</sup> CFed. Córdoba, Sala A, "Avancini Susana Esther c/ Estado Nacional - AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", 08/10/2019.

Por su parte, es claro que siendo el objeto de la acción el beneficio jubilatorio, la naturaleza alimentaria que el mismo reviste y la especial condición de vulnerabilidad del jubilado, son circunstancias que incrementan el peligro en la demora.

En relación con la contracautela, en general los tribunales admiten la mera caución juratoria. La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario<sup>38</sup>, con cita de Kielmanovich en su auxilio, tiene dicho que la ley no siempre determina el tipo y el monto de la caución a prestar, por lo que ello quedará librado, en principio, a la apreciación judicial (art. 199 CPCCN), a cuyo fin habrá de tenerse en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado, la gravedad de la medida y el valor presunto de los bienes inmovilizados o afectados por ésta, en otras palabras, a mayor verosimilitud en el derecho, para el proveimiento de la medida cautelar, menor habrá de ser la entidad de la caución que se requiera.

También resaltamos que resulta de aplicación la Ley N° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado, por lo cual, entre otros varios requisitos, deberá ser requerido a la Administración Federal de Ingresos Públicos que evacúe el informe que prevé el artículo 4° de dicha ley.

## **9. Reflexiones finales**

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 14 bis consagra en forma expresa la obligación del Estado de otorgar los beneficios de la Seguridad Social con carácter de “integrales” e “irrenunciables”, lo cual ha sido maximizado por los instrumentos internacionales.

Sobre tales bases, la jurisprudencia actual se ha orientado a considerar inconstitucional el artículo 79 (actual art. 82 del nuevo ordenamiento) inc. “c” de la Ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias en cuanto grava los haberes jubilatorios y por consiguiente, emitir el emplazamiento pertinente para que se disponga el cese de la retención por dicho gravamen sobre el haber previsional.

Ello por cuanto los magistrados en los fallos reseñados precedentemente, han considerado con sumo acierto que resultaría a todas luces contradictorio reconocer que los beneficios previsionales están protegidos por la garantía de integridad, proporcionalidad y sustitutividad, que consagra la Ley Suprema y a la vez tipificarlos como una renta, enriquecimiento, rendimiento o ganancia gravada por el propio Estado que es el máximo responsable de velar por la vigencia y efectividad de estos principios constitucionales, por lo cual deviene irrazonable y carente de toda lógica jurídica, asimilar o equiparar las prestaciones de la seguridad social a rendimientos, rentas, enriquecimientos, etc. obtenidas como derivación de alguna actividad con fines de lucro de carácter empresarial,

---

<sup>38</sup> CF, Sala B, Rosario, “incidente de apelación en autos Demarchi, Jorge Alberto c/ AFIP s/ Amparo Ley 16.986” (Expediente n° FRO 37840/2017/1), 27/11/2017.

mercantil o de negocios productores de renta, que la ley tipifica con lujo de detalles en su articulado.

En buen romance, los haberes previsionales no son ganancias y la ley que lo dispone resulta manifiestamente inconstitucional.

Así, nuestro tribunal cimero, por aplicación del art. 280 del CPCCN, ha dejado firme un fallo de la CFSS que declaró la inconstitucionalidad del impuesto que grava a las jubilaciones, sin necesidad que los beneficiarios demuestren su vulnerabilidad.