



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

**EXPTE. CAF Nº 36.372/2023 "BAISTROCCHI, PATRICIA GRACIELA c/
EN-AFIP-LEY 20628 s/PROCESO DE CONOCIMIENTO"**

Buenos Aires, fecha de firma electrónica.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Mediante la presentación de fojas 6/17, se presenta la Sra. Patricia Graciela BAISTROCCHI y promueve acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos de previstos en el artículo 43 de la Constitución Nacional y artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante AFIP) -Dirección General Impositiva-, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 23, inciso c); 79 inciso c); 81, y 90, de la Ley Nº 20.628, (texto según Leyes Nros: 27.346 y 27.430) y artículos 7º y 8º Ley Nº 27.617 en cuanto aplica el impuesto a las ganancias sobre su prestación previsional y, se ordene el cese de la retención y reintegrar los importes retenidos por todo el período no prescripto (conf. art. 56 Ley Nº 11.683), con más sus intereses.

Refiere que las citadas normas legales vulneran derechos constitucionales amparados en los artículos 14 bis; 16; 43; 28; 75, incisos 22) y 23) de la Constitución Nacional, referidos a la obligación del Estado de asegurar la integridad a su prestación previsional, al principio de igualdad y no discriminación, a la razonabilidad de las leyes, la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y al deber del legislador de dictar medidas de acción positivas en protección de los ancianos y personas con discapacidad.



Relata que se desempeñó en el Banco Provincia de Buenos Aires, como empleada en relación de dependencia desde el 07/12/87 hasta el 31/07/22, siendo su último cargo de categoría 2do. jefe de división de 3era.

Agrega que, acreditó los años anteriores de servicios con aportes para obtener el reconocimiento a su jubilación ordinaria el 02/08/2022, de conformidad con las disposiciones de la Ley N° 15.008.

En lo que aquí importa, solicita que se ordene una medida cautelar protectora e innovativa para que la Administración Federal de Ingresos Públicos se abstenga de seguir descontando del haber mensual del demandante suma alguna en concepto de Impuesto a las Ganancias, hasta tanto recaiga sentencia definitiva.

En cuanto a los requisitos para la procedencia de la cautela, sostiene que la verosimilitud del derecho encuentra sustento ya que en el caso existe una verdadera certeza sobre la existencia de un grave perjuicio en ciernes y la violación del derecho y las garantías invocadas. Cita el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "GARCIA María Isabel".

Mientras que el peligro en la demora resulta manifiesto puesto que, la tutela judicial resulta urgente e imprescindible ya que en caso contrario, se verían frustrados gravemente sus legítimos derechos a la integridad de la prestación previsional por aplicación de la Ley N° 20.628.

Asimismo, refiere que la prestación previsional es su principal sustento, que tiene para vivir dignamente y mantener su nivel de vida; y que además forma parte de un colectivo vulnerable por razones de edad y salud (conf. art. 2º inciso 2) de la Ley N° 26.854).

Ofrece caución juratoria como contracautela en los términos del artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Ulteriormente, acompaña recibos de sus haberes, y el correspondientes al mes de julio 2023, surge que su haber bruto asciende a la suma de \$ 789.843,73 y se observa una retención por \$





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 7

127.658,85 correspondiente al rubro "IMPUESTO A LAS GANANCIAS" (v. cód. 1830, conf. surge del recibo de haberes acompañado, confr. fs. 3 /5).

II.- A fojas 19/30, se presenta la AFIP-DGI y contesta el informe previsto en el artículo 4º de la Ley Nº 26.854, solicitando el rechazo de la medida cautelar.

Manifiesta que el objeto de la acción principal tiende a declarar la inconstitucionalidad de las normas del régimen del Impuesto a las Ganancias, sin demostrar con prueba concluyente el real perjuicio que acarrea la retención.

En esa línea, alega que resolver de forma favorable el pedido de la actora, implica necesariamente adelantarse a examinar aspectos que constituyen el núcleo del litigio, circunstancia que se encuentra, en principio, vedada en este tipo de procesos.

Afirma que resulta improcedente que una medida cautelar se fundamente en una mera disconformidad con la norma legal vigente.

Agrega que se incurriría en el contrasentido de admitir que en un orden jurídico donde todos están obligados a pagar los impuestos antes de cuestionarlos judicialmente, un contribuyente pueda eludir esa regla con sólo invocar la inaplicabilidad de la ley a su situación concreta y, lo que es más grave aún, que lo haga por la vía excepcional de una medida cautelar.

Por otra parte, aduce que no se encuentra debidamente acreditado en autos que existe una afectación del interés público que obsta a la procedencia y dictado de la medida peticionada.

Finalmente, realiza un análisis de las condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares, afirmando que no se encuentran acreditados en el caso los requisitos vinculados a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora.



III.- Así planteada la cuestión, es dable recordar que en el *sub lite*, la Sra. BAISTROCCHI solicita el dictado de una medida cautelar por medio de la cual la demandada se abstenga de requerirle el Impuesto a las Ganancias, respecto del haber previsional que percibe.

IV.- En ese contexto, corresponde dejar establecido cuáles serán los parámetros respecto de los cuales se analizará la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Al respecto, en toda medida cautelar la investigación sobre el derecho que se postula se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil. El resultado de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor no de una declaración de certeza sino de hipótesis y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si la hipótesis corresponde a la realidad (conf. Sala V, *in re*: “Incidente N° 1 - Actor: Masisa Argentina SA Demandado: GCBA-AGIP-DGR s/Inc de Medida Cautelar”, del 21/06/18).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que siempre que se pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, se debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf. Fallos: 329:3890).

Por otra parte, también debe considerarse que la finalidad de las medidas cautelares, en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la eventualidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten insustanciales los pronunciamientos que den término al litigio (conf. Sala V, *in re*: “Acegame S.A c/ DGA -resol 167/10 [expte. 12042-36/05]-”, del 9 /09/10).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

Ahora bien, en lo atinente a la procedencia de medidas cautelares suspensivas en materia tributaria debe efectuarse -como regla con particular estrictez, por la inevitable afectación que su otorgamiento produce sobre la hacienda pública. Ello, en razón de que la percepción de las rentas del Tesoro es una condición indispensable para el regular funcionamiento del estado (Fallos: 312:1010; 313:1420; 319:1069; 321:695; 323:3326; 326:1999; 340:1129, entre muchos otros).

Sin embargo, para que el principio antedicho resulte tal es necesario, como condición *sine qua non*, que el ejercicio de esa potestad sea llevado a cabo legítimamente, esto es, de conformidad con los límites, requisitos y en las condiciones que, en última instancia, establece la Constitución Nacional.

El incumplimiento de este deber es lo que ha justificado las excepciones hechas a su respecto, por entender que los actos que habían instrumentado decisiones en tales condiciones habían sido impugnados sobre base *prima facie* verosímiles (Fallos: 314:695 y CSJN 1737/2016, "Red Surcos S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", sentencia del 3/10/17, entre otros).

V.- A la luz de los lineamientos destacados anteriormente, corresponde, ingresar en el tratamiento de la tutela solicitada, esto es que se ordene a la AFIP-DGI a que se abstenga de retener suma alguna en concepto de Impuestos a las Ganancias sobre la prestación previsional de la parte actora.

A tal fin, corresponde evaluar los recaudos necesarios para la procedencia del pronunciamiento cautelar, estos son la verosimilitud en el derecho -*fumus bonis iuris*- y el peligro en la demora -*periculum in mora*-, los que es menester recordar se encuentran justificados en la existencia de cuestionamientos sobre bases *prima facie* verosímiles, a su vez, evitar que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde.

V.1.- Para el evaluar la verosimilitud en el derecho, es dable señalar que su estudio preliminar no puede realizarse sin



considerar los precedentes dictados por la Alzada sobre la misma cuestión.

Ello es así, toda vez que “ante casos cuyos hechos relevantes son sustancialmente análogos, los jueces no pueden cambiar sus criterios de decisión sin ofrecer una adecuada justificación (...) [dado que], el mantenimiento del precedente (...) brind[a] una guía clara para la conducta de los individuos (...) [y] prom[ueve] una solución equitativa y rápida, eliminando la necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos” (conf. Schvartzman, Sebastián, “‘Tobar’: ¿El fin de las emergencias o sólo una excepción a la regla?”, en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 2002-IV, Buenos Aires, 2002, pág. 1227).

Entonces, la importancia del precedente radica -entre otras razones- en las normas de derecho positivo que pueden ser encontradas en esencia en todos los Estados constitucionales, como principios de la seguridad jurídica –de donde resultan la exigencia de la “unidad de jurisprudencia”–, la búsqueda de “estabilidad” y certeza del sistema jurídico, de la igualdad en la interpretación de la ley o en la aplicación del derecho y de la coherencia (conf. Thomas Da Rosa de Bustamante, “Teoría del precedente judicial”, Perú, Ediciones Legales, 2016, págs. 329/330 y sus citas).

V.2.- En la misma línea argumental, y siempre dentro del limitado marco de conocimiento que es propia de toda medida cautelar, no puede soslayarse que el “*stare decisis*” que tiene su origen en “una decisión deliberada y solemne de un tribunal o un juez dictada luego de discusión, sobre un punto de Derecho planteado correctamente en un caso, y necesaria para su decisión, es una autoridad (*is an authority*) o precedente obligatorio en el mismo tribunal, o en otros tribunales de igual o inferior rango, en casos subsiguientes, cuando ‘el mismo punto’ se vuelve a litigar; (...) [su aplicación] depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos, y del juicio de tribunales subsiguientes, respecto de su corrección como una manifestación del Derecho real o vigente, y la compulsión o exigencia de la doctrina es, en último análisis, de orden moral o intelectual, más que arbitraria e inflexible” (conf. Cueto Rua, Julio, “El ‘*Common Law*’ su





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

estructura normativa – su enseñanza”, Buenos Aires, La Ley, 1957, págs. 123/124).

V.3.- Ahora bien, más allá del criterio mantenido por el suscripto, la pacífica jurisprudencia de la Excelentísima Cámara del fuero sobre el asunto traído a conocimiento hace necesario que se efectúe un nuevo estudio de la cuestión (v. causas sustancialmente análogas; Sala I, *in re*: “Kuchaski, Gabriel Mario y otro c/ EN–AFIP Ley 20628 s/ Proceso de Conocimiento”, Expte. CAF N° 10.936/2023, del 07 /09/23; Sala II, *in re*: “Heredia, Roberto Santiago c/ EN-AFIP Ley nro. 20.628 s/ Proceso de Conocimiento”; Expte. CAF N° 64.958/2022, del 15 /09/23; Sala III, *in re*: “Inc. N° 1 Actor: Luna, Gustavo Edmundo Demandado: EN– AFIP Caja de Jubilaciones Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires-Resol 2437/08 s/ Inc Apelación”, Expte. CAF N° 43.258/2022/1, sentencia del 18/04/23; Sala IV, *in re*: “Zabala Beitia, Felix c/ EN–AFIP–Ley 20628 s/ Proceso de Conocimiento”; Expte. CAF N° 11.544/2023, del 15/08/23; Sala V, *in re*: “Borges, Walter Alejandro c/ EN– AFIP–Ley 20628 s/ Proceso de Conocimiento”, Expte. CAF N° 10.298/2023, del 21/09/23; entre muchísimos otros).

V.4.- En tales condiciones, en este estado larval del proceso y dentro del limitado marco de conocimiento que puede realizarse en el estudio de una medida cautelar, las cuales por otra parte no causan estado, corresponde hacer lugar a la tutela anticipada requerida por la parte actora.

En consecuencia, corresponde ordenar al Ente Fiscal —por quien corresponda— a que se abstenga de retener suma alguna en concepto de Impuestos a las Ganancias sobre la prestación previsional de la parte actora.

VI.- En cuanto a la vigencia temporal de la cautelar aquí otorgada cabe señalar que toda vez que el caso encuadra en los supuestos enumerados en el artículo 2° e inciso 2 del artículo 5° de la Ley N° 26.854 –cuando se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un



derecho de naturaleza alimentaria – y atendiendo el carácter social que reviste la cuestión, estimo pertinente extender la vigencia de la cautela que aquí se otorga, hasta tanto se dicte sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión (conf. Sala V, *in re*: “De Urquiza, Lucía Carmen c/ EN –AFIP- y otro s/ Amparo Ley 16.986”, del 26/09/2019).

VII.- Por último, atendiendo que la fijación de la contracautela, por principio, es privativa del Juez, (arg. art. 199, segundo párrafo del CPCCN y Sala III, *in re*: “Enrique Trucco e Hijos S.A c/ EN –M° de Economía – Resol 485/05 AFIP DGA s/ Medida Cautelar (Autónoma), del 30/03/06 y sus citas) y teniendo en cuenta la naturaleza social de la cuestión considero suficiente exigir caución juratoria, la que se entiende prestada con el pedido de medida cautelar (conf. Sala I, *in re*: “García, Carlos Alberto c/ EN-AFIP y otro s/ Proceso de Conocimiento”, del 26/6/20; Sala II, *in re*: “Dalmaso, Miguel Ángel c/ EN-AFIP s/ Proceso de Conocimiento”, del 12/3/20; Sala III, *in re*: “Incidente N° 1 - Actor: Moreno, Ángel Omar Demandada: EN-AFIP-DGI s/ Inc de Medida Cautelar, del 26/8/20; Sala IV, *in re*: “Kleiman Néstor Jorge y otros c/ EN-AFIP- s/ Dirección General Impositiva”, del 15/10/20 y V, *in rebus*: “Semira Julio Cesar c/ EN-AFIP s/ Proceso de Conocimiento”, del 5/3/20 y “Pazos, Roberto José y otros c/ EN-AFIP s/ Proceso de Conocimiento”, del 17/7/20).

Por lo expuesto, **RESUELVO:** Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Fisco Nacional —por quien corresponda— que se abstenga de retener suma alguna en concepto de Impuestos a las Ganancias sobre la prestación previsional de la parte actora.

Regístrese, notifíquese.

Walter LARA CORREA

Juez Federal (PRS)

