



Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 7**

**EXPTE. CSS. N° 110.112/2019 "CESARO DANIEL OSVALDO Y
OTROS c/ EN-AFIP-DGI-LEY 20628 s/PROCESO DE CONOCIMIENTO"**

Buenos Aires, fecha de firma electrónica.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Mediante la presentación de fojas 24/32, se presentan los Sres. Daniel Osvaldo CESARO, María Carolina CANTORE, Martín CAPURRO y promueven acción declarativa de inconstitucionalidad contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante AFIP) - Dirección General Impositiva, a fin de que se declare la inconstitucionalidad y/o inaplicabilidad de los artículos 1º; 2º; 78, inciso c); 79 y concordantes de la Ley N° 20.628, (texto según Leyes Nros. 27.346 y 27.430) y de cualquier otra norma, reglamento, circular o instructivo que se dictare en consecuencia y que sea fundamento para que los haberes de retiro/pensión configuren hecho imponible para el tributo del Impuesto a las Ganancias.

Manifiestan que afecta lo establecido por los artículos 14 bis; 16; 17; 31; 75, inciso 22) y concordantes de la Constitución Nacional, artículo 26 de la Convención Americana, artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con ello su supremacía.

A su vez, solicitan que se ordene la restitución de las sumas que fueron retenidas y/o percibidas por la demandada.

Solicitan que se ordene una medida cautelar protectoria e innovativa para que la Administración Federal de Ingresos Públicos se abstenga de seguir descontando de sus haberes mensuales 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, sostienen que la verosimilitud del derecho encuentra sustento en sus derechos se encuentran vulnerados o menoscabados por el obrar de



la accionada, derechos que en principio se presentan con una acreditación primaria y convincente de su existencia sin que se requiera buscar prueba concluyente de su existencia.

Mientras que el peligro en la demora resulta manifiesto puesto que, de continuar la situación actual, los daños que padecen como consecuencia de tal ilegítimo accionar, no podrían ser reparados, extendiéndose durante todo el lapso que demande la tramitación del litigio.

II.- A fojas 37/48, se presenta la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) y contesta el informe previsto en el artículo 4º de la Ley Nº 26.854, solicitando el rechazo de la medida cautelar.

Aduce que con la sanción de la Ley Nº 27.617 (reglamentada por el Decreto Nº 336/2021), que modifica la Ley de Impuesto a las Ganancias, hace que el planteo efectuado por la parte demandante carezca de sentido, volviendo la cuestión abstracta.

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 del actor, 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.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

III.- A fojas 54/58, la parte actora acompaña recibos de sus haberes, y los correspondientes al mes de agosto 2023, surgen que el haber bruto del Sr. Daniel Osvaldo CESARO asciende a la suma de \$1.654.701,39 y se observa una retención por \$264.660,13 correspondiente al rubro "AFIP.2023.IMP.INGRESOS" (v. cód. 860, conf. surge del recibo de haberes acompañado); la Sra. María Carolina CANTORE su haber bruto asciende a la suma de \$1.310.371,77 y se observa una retención por \$101.595,20 correspondiente al rubro "AFIP.2023.IMP.INGRESOS" (v. cód. 860 del recibo de haberes acompañado) y el Sr. Martín CAPURRO su haber bruto asciende a la suma de \$1.394.314,68 y se observa una retención correspondiente al rubro "AFIP.2023.IMP.INGRESOS" por \$180.126,21 (v. cód. 860 del recibo de haberes acompañado).

IV.- En dicho contexto, es dable recordar que en el *sub lite*, los Sres. Daniel Osvaldo CESARO, María Carolina CANTORE y Martín CAPURRO solicitan el dictado de una medida cautelar por medio de la cual la demandada se abstenga de requerirles el Impuesto a las Ganancias, respecto de sus haberes previsionales que perciben.

V.- Así planteada la cuestión, 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).

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).

VI.- 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.

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





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

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. Schwartzman, 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).

VI.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 Rúa, Julio, “El ‘*Common Law*’ su estructura normativa – su enseñanza”, Buenos Aires, La Ley, 1957, págs. 123/124).

VI.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 efectuó 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).

VI.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.

VII.- 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 Cármen c/ EN –AFIP- y otro s/ Amparo Ley 16.986”, del 26/09/2019).

VIII.- 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/





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

EN-AFIP s/ Proceso de Conocimiento”, del 12/3/20; Sala III, *in re*: “Incidente Nº 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)

