2109/2021 “FOGOLIN, EMILIA ELENA (TF 101036497-I) c/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA s/RECURSO DIRECTO DE ORGANISMO EXTERNO”

Buenos Aires, 10 de agosto de 2021.- AK

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Emilia Elena Fogolín interpuso recurso de apelación —en los términos de los artículos 76, inciso b), 81 y 178 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y modificaciones)—, contra la nota emitida el 22 de octubre de 2019 por la División Revisión y Recursos I de la Dirección Regional Palermo de la AFIP-DGI, mediante la cual rechazó el reclamo de repetición tendiente a que dicha reparticion cese las retenciones del impuesto a las ganancias sobre sus haberes jubilatorios y proceda al reintegro de los importes retenidos por ese concepto.

II. El Tribunal Fiscal de la Nación rechazó la pretensión de la parte actora, con costas.

Para decidir así, recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa D. 248. XLVII. REX *“Dejeanne Oscar Alfredo y otro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo”*, pronunciamiento del 10 de diciembre de 2013, sostuvo que si bien las rentas no presentan en sí mismas rasgos distintivos, existen signos o caracteres objetivos, tales como la periodicidad, la habilitación en la fuente que los produce y su permanencia, que permiten identificarlos con relativa seguridad.

Expresó que, en el caso, la perioridad de la renta se verificaba porque el impuesto a las ganancias recaía sobre una “entrada” de dinero que persistía o era susceptible de persistir: los haberes jubilatorios de la actora.

Consideró, por tanto, que los montos cobrados por la recurrente en concepto de haberes jubilatorios eran susceptibles de ser

encuadrados en los preceptos de la ley 20.628 y que ésta debió demostrar que el gravamen “adquiría ribetes que lo tornaban confiscatorio”.

Paralelamente, sostuvo que, si bien la actora invocó el precedente “*García, Maria Isabel”* (Fallos: 342:411), no acreditó las circunstancias que lo tornaban aplicable a su caso, a saber: encontrarse en condiciones de mayor vulnerabilidad que el resto de los jubilados sujetos al impuesto, sufrir padecimientos de salud comprobados y la afectación a su capacidad económica provocada por la retención del impuesto.

Reseñó que los medios probatorios ofrecidos por la actora se limitaron a demostrar el *quantum* de las retenciones sufridas, extremo que no fue controvertido por el Fisco Nacional.

Agregó que el examen de las actuaciones administrativas exhibía que la actora: a) era titular de dos inmuebles, b) percibía acreditaciones bancarias y realizaba consumos con tarjetas de crédito, y c) sufrió retenciones en el impuesto a las ganancias por viajes al exterior en los años 2015 y 2017.

III. Disconforme, la actora interpuso y fundó recurso de apelación (ver las presentaciones efectuadas el 30 de noviembre de 2020), replicado por el Fisco Nacional.

Sostuvo que la sentencia apelada se apartó del precedente *“García, María Isabel”* (Fallos: 342:411) —que estableció que la capacidad contributiva como único parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados resultaba insuficiente, si no se ponderaba la vulnerabilidad vital del colectivo concernido— y en virtud del cual fundó la presente acción.

Manifestó que el Tribunal Fiscal aplicó el estándar de la confiscatoriedad para rechazar su pretensión, afectando sus haberes jubilatorios que, al no comportar una ganancia, debían ser percibidos sin detracciones.

Agregó que el Alto Tribunal, al resolver la causa CSS 17477/2012 *"Calderale, Leonardo Gualberto c/ Anses s/ reajustes varios"*, sentencia del 1º de octubre 2019, dejó firme un pronunciamiento por el cual se declaró la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios, independientemente del grado de vulnerabilidad del beneficiario.

IV. Los agravios de la parte actora en relación al rechazo del recurso de repetición por las sumas que le fueron retenidas de sus haberes jubilatorios deben ser admitidos, pues sus planteos resultan análogos a los que fueron examinados por esta sala en la causa n° 33970/2019 "*Grossi Gallegos, Hugo Osvaldo José c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986*", pronunciamiento del 30 de julio del 2020.

En dicha decisión, esta sala:

i. Tuvo en cuenta que en el precedente *"García, María Isabel"* (Fallos: 342:411), la Corte Suprema consideró que:

(a) "[E]l envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por los que se accede al status 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" (considerando 13).

(b) La falta de consideración de la "vulnerabilidad vital que presenta este colectivo" 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 de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja" (considerandos 17 y 18).

ii. Señaló queen la causa CAF 9482/2011/2/RH2 *"C, J. C. c/ EN - M° Defensa Ejército s/ daños y*

perjuicios", pronunciamiento del 30 de abril de 2020), la Corte Suprema enfatizó —con cita del precedente de Fallos: 342:411— que a partir de la reforma constitucional de 1994 "cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos" y que "frente a esta realidad, el imperativo constitucional es transversal a todo el ordenamiento jurídico, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (...) y sea insensible al momento de definir su política fiscal y/o presupuestaria" (considerando 9°).

V. Esta sala, en casos que también exhiben una sustancial analogía con el presente, confirmó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 23, inciso 'c', 79, inciso 'c', 81 y 90 de la ley de impuesto a las ganancias (causas n°s 38.408/2019 *"Arizio, Rafael c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986"* y 19.784/2019 *"Lariño, Roberto Eduardo c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986"*, pronunciamientos del 19 de diciembre de 2019 y del 3 de marzo de este año, respectivamente).

Por lo expuesto, y toda vez que Emilia E. Fogolin es una adulta mayor jubildada que cuenta al momento con 74 años de edad, corresponde ordenar al Fisco Nacional la devolución de las sumas retenidas sobre los haberes previsionales, conforme al monto y períodos fiscales consignados en la presentacion inicial.

VI. La tasa de interés aplicable a las sumas cuya devolución solicita el actor debe calcularse de conformidad con el artículo 179 de la ley 11.683 y según la resolución reglamentaria 598/2019 (artículos 4°, 5°, y 9°, resolución n° 598/2019).

VII. En cuanto a la solicitud de la actora referente a que la AFIP cese —para el futuro y de manera definitiva— la aplicación de la

retención de dicho impuesto sobre los referidos haberes, corresponde rechazar tal petición en tanto excede el marco de la acción que prevé el artículo 81 de la ley 11.683.

VIII. Las costas del proceso deben ser distribuidas, en ambas instancias, en el orden causado, dada la naturaleza de la cuestión debatida y el criterio aplicado por esta sala en casos análogos (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; esta sala, causas *“Arizio”, “Lariño”*y *“Grossi Gallegos”*, citadas).

En mérito de las razones expuestas, este Tribunal **RESUELVE**: **1.** Revocar el pronunciamiento apelado y hacer lugar a la acción de repetición interpuesta por la parte actora, de conformidad con lo expuesto en los considerandos **IV, V y VI**; 2. Distribuir las costas de ambas instancias en el orden causado.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.