

Título: La inconstitucionalidad del Impuesto a las Ganancias sobre los haberes jubilatorios

Autor: De Diego, Julián A.

Publicado en: LA LEY 17/04/2019, 17/04/2019, 2

Cita Online: AR/DOC/839/2019

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo de la Corte Suprema.— III. Conclusión.

(*)

I. Introducción

La presión fiscal ha llegado a límites indudablemente confiscatorios, que no tiene pautas ni justificación, solo encuentran alguna excusa en las necesidades del Estado. Los impuestos de emergencia o provisorios se transformaron en eternos, los gravámenes especiales de uso restringido se generalizaron, y los que carecen de todo respaldo sensato o son regresivos se impusieron.

Es el caso de la aplicación genérica del Impuesto a las Ganancias sobre los haberes jubilatorios, que resulta una múltiple transgresión a principios fiscales de rango constitucional, violatoria del principio de equidad fiscal y de igualdad ante la ley, además de conformar un nuevo avance confiscatorio que viola el derecho de propiedad a través de un nuevo caso de doble imposición.

Se discute en doctrina si es posible la doble imposición, es decir, si se puede cobrar el mismo impuesto en dos o más imposiciones distintas, generalmente en sendos momentos diversos.

Con respecto al Impuesto a las Ganancias sobre las jubilaciones en general, como veremos en el voto en disidencia, podría hacerse una diferenciación con las llamadas jubilaciones de privilegio, que representan menos del 10% de la total de jubilaciones y pensiones que se pagan en el sistema integrado. En cualquier caso, si quien se jubila tributó durante su vida activa en forma y extensión razonable, está amparado por la prohibición de que exista una doble prohibición.

Habría que hacer probablemente una diferenciación sobre quienes accedieron al haber jubilatorio sin haber tributado oportunamente y, sobre todo, a quienes no pagaron aporte o contribución alguna.

En alguna medida el fallo García sobre la aplicación del impuesto a las ganancias de la Corte Suprema que aquí comentamos se inscribe en las restricciones que se deben asumir en el estado de derecho frente al avance irrestricto de los impuestos en todos los ámbitos (1). El fallo cambia la corriente jurisprudencial que hasta ahora había sido fiscalista y está en el ámbito de la revisión que impone la aplicación de los tratados internacionales de rango constitucional o de rango supralegal, en función de los prevenidos en el art. 75 inc. 22, y los fallos que ya venían creando alguna restricción (2). En un ámbito diverso pero alineado con crear restricciones a la AFIP tenemos el caso "Negri" sobre la gratificación por cese que no está alcanzado por el impuesto a las ganancias, ratificado recientemente por la justicia laboral (3).

El fisco ha sido conminado a restituir la retención indebida cuando no se resuelve en el marco de la buena fe y la demora carece de fundamento (4).

II. El fallo de la Corte Suprema

El caso "García c. AFIP" bajo análisis cuenta con componentes objetivos como la doble imposición o la integralidad del haber jubilatorio con datos subjetivos como la edad y la vulnerabilidad de la situación personal de la reclamante, en el contexto de un caso de jubilación de privilegio alcanzada hasta ahora por el impuesto.

La Corte Suprema si bien ordena la restitución de lo retenido desde el inicio de la demanda y la imposibilidad de que se realicen retenciones en el futuro, no cierra el caso, ya que en función de la división de poderes insta al Congreso Nacional a que dicte la norma respectiva. Hasta que eso no ocurra le concede a la reclamante el derecho a no sufrir retención alguna por el impuesto a las ganancias impugnado. Por ende, el resultado final del caso y de los futuros reclamos estará en manos de una reforma legislativa a cargo del Parlamento.

Analicemos el caso y sus fundamentos.

La Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia del juez de primera instancia que hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la ley 20.628 de Impuesto a las

Ganancias. En mérito a ello, ordenó a la demandada que procediera a reintegrar a la actora lo retenido en concepto de Impuesto a las Ganancias, desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se le hubieren impugnado por aplicación de la normativa descalificada. Asimismo, dispuso que cesara para el futuro la aplicación del tributo con relación a sus haberes previsionales.

La Cámara señaló que resultaba contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas y que, al abonar el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral, existía una evidente doble imposición si se gravaba —con ese mismo tributo— el posterior haber previsional. Añadió que la naturaleza integral del beneficio fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cinco Pensionistas c. Perú", sentencia del 28 de febrero de 2003, en la que se expuso que "los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva.

Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad.

Se afirmó asimismo que la interpretación y aplicación de las leyes previsionales debe hacerse de forma tal que no conduzcan a negar los fines superiores que ellas persiguen, armonizándose con el conjunto del ordenamiento jurídico. En consecuencia, entendió que el art. 79, inc. c), de la ley 20.628 resultaba inconstitucional, pues afectaba los arts. 14 bis, 16, 17, 31, 75 inc. 22 y conchs. de la CN, los arts. 26 de la Convención Americana, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, sostuvo que la jubilación no es una ganancia, sino un débito que tiene la sociedad con el jubilado que le permite gozar de un beneficio cuando la capacidad laborativa disminuye o desaparece. A partir de ello concluyó que al ser el haber previsional una suma de dinero que se ajusta al parámetro de integralidad, no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria.

La Corte puntualiza que, en materia impositiva, el principio de igualdad no solo exige la creación de categorías tributarias razonables (5), sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en realidad son distintas (6). En efecto, desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad supone reconocer que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación.

La cláusula constitucional del art. 16 deriva a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguir y clasificar los objetos de la legislación; no obstante, el establecimiento de categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento (7), sino también —y es lo esencial— que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es, que corresponda razonablemente a distinciones reales (8).

La jubilación como beneficio para la tercera edad, cuando disminuyen o desaparecen las competencias para procurarse el sustento por medios propios, se encuentra dentro de los derechos sociales.

Se destaca en el fallo que en sintonía con los conceptos que inspiran el constitucionalismo social, hace ya casi cuarenta años, esta Corte Suprema destacó en el precedente "Berçaitz" que es "de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho" cuando resultan involucrados los sectores sociales más necesitados (9). Desde esta perspectiva preferentemente social, no pueden caber dudas entonces de que la incorporación de los derechos de la seguridad social al catálogo de los derechos del trabajador en la Constitución Federal apunta a dignificar la vida de los trabajadores para protegerlos en las contingencias de incapacidad y en la de vejez.

En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras; si mediante esa 'discriminación' se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas, se denomina precisamente discriminación inversa, porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado..." (10).

Que el 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 o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos de relevancia para la causa que se analiza.

Con los tratados internacionales de naturaleza constitucional y los que son de rango supralegal, 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.

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. Es 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.

Se critica la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. 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 esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por esta Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descriptos. Ello no supone desterrar el criterio de la "no confiscatoriedad" del tributo como pauta para evaluar la adecuación cuantitativa de un gravamen a la Constitución Nacional, sino advertir que tal examen de validez, centrado exclusivamente en la capacidad contributiva potencial del contribuyente, ignora otras variables necesarias, fijadas por el propio texto constitucional, para tutelar a quienes se encuentran en tan excepcional situación.

Que, en ese orden argumentativo, el análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo. Dicho de otro modo: la misma capacidad económica —convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva— está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desigualando en la realidad lo que el legislador igualó.

Que debe quedar en claro que no se pretende desde el Poder Judicial establecer, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias, cuál debe ser la capacidad contributiva de cada jubilado en concreto, pues ello equivaldría —desde el punto de vista lógico— a consagrar la insensatez de promover tantas categorías como beneficiarios existan en el sistema y —desde el punto de vista jurídico— asumir una tarea propia del legislador, violentando el principio republicano de la división de poderes. Lo que se pretende, ejerciendo competencias que son propias, es analizar —cuando un caso llega a la decisión del Poder encargado de resolver— si en la causa el estándar genérico utilizado por el legislador cumple razonablemente con los principios constitucionales o si, por el contrario, su aplicación concreta vulnera derechos fundamentales. En tal hipótesis, lo que corresponde hacer a la magistratura es declarar la incompatibilidad de la norma con la Constitución en el caso concreto, sin perjuicio de poner en conocimiento del Congreso la situación, para que este —ejerciendo sus competencias constitucionales— identifique situaciones y revise, corrija, actualice o complemente razonablemente el criterio genérico originario atendiendo al parámetro establecido por la justicia. Declarar en el presente caso, y con el alcance indicado, 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.

Poner 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.

La sentencia, en este plano, y respetando la división de poderes en cuanto a las atribuciones que posee cada uno en la arquitectura propuesta por la Constitución Nacional, determina la confirmación de la que fue apelada en cuanto ordena reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda, y hasta su efectivo pago, los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas. Hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de Impuesto a las Ganancias de la prestación previsional.

En disidencia con la mayoría el voto del ministro Rosenkrantz parte del hecho de que la recurrente es la poseedora de las llamadas jubilaciones de privilegio. En efecto, María Isabel García de Cano obtuvo su jubilación de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos, tras desempeñarse en su vida activa como diputada y docente. En tal carácter solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 2º y 79, inc. c, de la ley 20.628 (en adelante, la "Ley de Impuesto a las Ganancias"), en tanto, al gravar sus haberes jubilatorios, se violarían los arts. 14 bis, 16, 17, 31, 33, 75, inc. 22, de la CN. Asimismo, requirió que se ordene oficiar a la AFIP, la ANSeS y/o la Caja de Jubilaciones de la Provincia de Entre Ríos a efectos de que no se apliquen más retenciones sobre sus haberes jubilatorios en concepto de impuesto a las ganancias.

El propósito de la ley 27.346 fue generar un beneficio especial para los jubilados y pensionados de menores ingresos y gravar únicamente las jubilaciones más elevadas. Así se expuso con claridad, cuando, en el transcurso del debate legislativo previo a la sanción de la ley 27.346, en el que se afirmó que "para los jubilados —este es otro gran avance— solo pagan las jubilaciones de privilegio los que superen seis veces el haber mínimo" (Cámara de Senadores de la Nación, 22ª reunión — 2ª sesión extraordinaria, 21 de diciembre de 2016, el destacado no corresponde al texto original).

La referida ley fue aprobada con amplio consenso por representantes de todo el espectro político (167 votos afirmativos, 4 votos negativos y 3 abstenciones en la Cámara de Diputados y 56 votos afirmativos, 2 negativos y 12 abstenciones en la Cámara de Senadores).

Como se dijo precedentemente, la Cámara Federal de Paraná fundó la inconstitucionalidad del impuesto en tres tipos de consideraciones: (i) que la jubilación no es renta; (ii) que el cobro del impuesto importa un supuesto de doble imposición, ya que el jubilado tributó el impuesto a las ganancias durante su vida laboral activa; y (iii) que el impuesto a las ganancias afecta la integralidad del haber.

III. Conclusión

El fallo de la Corte Suprema afirma que se vulneraron los siguientes principios:

- a. La prohibición de la doble imposición, ya que se ha cobrado el Impuesto a las Ganancias en la etapa de la vida activa, por lo que se configura en la contribución para el sistema de reparto de donde se distribuye el pago de los haberes para quienes se encuentran en la pasividad;
- b. El principio de integralidad del haber resulta afectado por cualquier retención cualquiera sea su naturaleza, tomando con criterio restrictivo aquellos que provienen de los impuestos;
- c. El principio de igualdad debe ser evaluado ante circunstancias equivalentes y, por ende, debe ponderar las diferencias que se aprecian en cada caso concreto;
- d. La jubilación es un beneficio de la seguridad social y no es una renta, de modo que conforma el medio de supervivencia de una persona cuando por razones biológicas y de edad sus competencias y capacidades se vean reducidas o anuladas;
- e. Los principios de la seguridad social avalan la no imposición fiscal del haber jubilatorio, que está resguardado también por el efecto de la doble imposición que resultaría de cobrar el impuesto a los salarios durante la actividad del afiliado y nuevamente hacer lo propio por el haber jubilatorio que cada pasivo cobra al retirarse;

f. La sustentación del marco constitucional de los grupos vulnerables impone hacer distinciones evaluando cada caso particular;

g. La división de Poderes impone al Parlamento nacional el deber del legislador sobre los aspectos impugnados del fallo, atendiendo a la diversidad de casos y circunstancias que se pueda dar en la realidad.

(*) Abogado, doctor en ciencias jurídicas y profesor titular ordinario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y Director del Posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios de la UCA.

(1) CS, 26/03/2019, "García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", AR/ JUR/1043/2019: El cobro del Impuesto a las Ganancias sobre el haber de una jubilada con problemas de salud, a la cual se le hace una quita de más del 30% con fundamento en los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628 —texto según leyes 27.346 y 27.430—, es inconstitucional, pues la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo.

(2) JFed., Dolores, 01/02/2019, "Galdós, Mónica c. AFIP y otros s/ amparo ley 16.986", AR/JUR/24/2019: El Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires, para practicar la retención relativa al Impuesto a las Ganancias del haber de un jubilado del Poder Judicial local, solo debe computar el rubro "sueldo básico", excluyendo los rubros "adicionales", por el principio de igualdad, ya que no resulta equitativo que los haberes previsionales sufran un descuento mayor que los del personal activo, cuando es en ese momento de la vida donde cobra más relevancia el carácter alimentario del haber, debiendo tenerse presentes, asimismo, la dificultad o imposibilidad de tener otro ingreso de fuente laboral y los problemas de salud propios de la franja etaria.

(3) CNTrab., sala VII, 21/12/2018, "Bogado, Ricardo Enrique c. Citibank NA s/ Diferencias salariales", AR/ JUR/75792/2018: La gratificación por cese carece de los atributos de permanencia y periodicidad ínsitos en el concepto de "renta" o "ganancia" en los términos de la Ley de Impuesto a las Ganancias; y por ello las sumas retenidas al actor en tal concepto al momento de practicarse su liquidación final integra los montos indemnizatorios, por lo que debe considerarse excluida de la materia gravable como un supuesto de "exclusión de objeto", en tanto el legislador no la ha contemplado como materia gravable al definir el hecho imponible del impuesto en el art. 2º de la ley 20.628 (conf. texto modificado por la ley 25.414).

(4) CNFed. Cont. Adm., sala, 20/12/2018, "Vaz, lio Manuel (TF 45469-I) c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo", AR/ JUR/87104/2018: El retardo de repetición interpuesto por un contribuyente, con relación a la retención sufrida en concepto de impuesto a las ganancias sobre los conceptos "retiro anticipado", "pago graciable (Plan 01)" y "pago graciable (Plan 06)" originados por su desvinculación laboral, debe ser admitido, pues si bien se indicó que el interesado dio cumplimiento parcial al requerimiento fiscal que le fue enviado — "por cuanto no aportó la totalidad de la documentación respaldatoria de las deducciones"—, se advierte que el Fisco Nacional contaba con los elementos necesarios para resolver el reclamo planteado en su sede.

(5) CS, Fallos: 150:189; 160:247.

(6) CS, Fallos: 149:417; 154:337; 156:352; 195:270; 184:592; 209:431; 210:322; 234:568.

(7) CS, Fallos: 98:67; 320:1166.

(8) Conf. argumentos de las causas "Bayer SA" y "Harriet y Donnelly SA c. Chaco, Provincia del", ya citadas.

(9) CS, Fallos: 289:430.

(10) BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ediar, Buenos Aires, 2000-2001, t. I B, p. 80.