



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-
SALA II

**12439/2020 Incidente N° 1 - ACTOR: GRINCERI, ALBERTO VICENTE
DEMANDADO: ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS
(AFIP) s/INC APELACION**

Buenos Aires, 16 de abril de 2021.- PGR

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Que mediante la [resolución de fecha 4 de noviembre de 2020](#), el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar que fuera solicitada por el Sr. Alberto Vicente Grincer y, consecuentemente, ordenó a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires y a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) que se abstuvieran de descontar suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios que percibe el actor, hasta tanto se dictara sentencia definitiva en autos, o se cumpliera con el plazo máximo dispuesto por el artículo 5° de la ley 26.854.

Para decidir del modo indicado, sostuvo que dentro del limitado marco de conocimiento que admite el presente pronunciamiento cautelar, y lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, del 26 de marzo del 2019, se encontraban reunidos los presupuestos de admisibilidad previstos en las normas procesales para la procedencia de la medida peticionada.

Destacó que teniendo en cuenta las circunstancias del presente caso, la edad del actor y sus antecedentes de salud, se debía tener por configurado el peligro en la demora, pues de esperar el reconocimiento judicial del derecho invocado en un pronunciamiento definitivo, los peticionantes podrían sufrir un perjuicio inminente o irreparable.

A continuación, señaló que en punto a la exigencia establecida en el art.10 de la Ley N° 26.854, dada las facultades privativas del juzgador en cuanto a su fijación (art. 199 del CPCCN, y CNACAF, Sala III, *in re*: “Wabro SA”, del 4/6/13), la naturaleza del pleito y que la suspensión pretendida no resultaría —en el caso— susceptible de generar daño o menoscabo patrimonial, se justificaba exigir la prestación de una caución juratoria.

II.- Que, contra dicho pronunciamiento, [con fecha 11 de noviembre de 2020](#), la accionada interpuso recurso de apelación y [expresó agravios en 20 de noviembre de 2020](#).



Corrido el pertinente traslado, [en fecha 2 de febrero de 2021](#), la parte actora formuló sus réplicas, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad.

III.- Que la accionada manifiesta que discrepa con el Sr. Juez en el tratamiento del caso y las consideraciones realizadas para hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

En primer lugar, pone de relieve que mediante el decisorio recurrido el Sr. Magistrado *a quo* en definitiva se ha expedido sobre el fondo de la cuestión, violando el derecho de defensa de su mandante, ya que al otorgar la medida cautelar, V.S anticipó su jurisdicción sobre la cuestión de fondo.

Señala que el otorgamiento de la medida cautelar en las condiciones planteadas por la actora -sin acreditar la verosimilitud de su derecho ni el peligro en la demora; por la sola asimilación a los fallos recaídos en las causas “García” y “Calderale”- atenta contra el adecuado y efectivo control de cumplimiento de las obligaciones tributarias de los sujetos obligados y la correlativa integridad de la Renta Pública.

Destaca que el accionante pretende a través de una medida cautelar y de la declaración de inconstitucionalidad, forzar la eximición del pago de un impuesto con la excusa de la supuesta vulneración de garantías y derechos de raigambre constitucional, vulnerabilidad de capacidad contributiva, protección de la familia, razonabilidad, equidad e igualdad, sin intentar siquiera demostrarlo.

Resalta que, si la pretensión cautelar implica la concesión del objeto de la acción principal se comprometería de manera anticipada la materia debatida en la causa.

Considera que, en las presentes actuaciones, la medida cautelar otorgada se confunde con el objeto principal de la acción que consiste en declarar la inconstitucionalidad del artículo 79 inciso c) de la ley del Impuesto a las Ganancias, plenamente vigente, sin demostrar con prueba concluyente el real perjuicio que le acarrea al actor la retención de dicho impuesto.

Destaca que el actor únicamente alegó, a efectos de tener por configurada la verosimilitud del derecho de su pretensión, el dictado del fallo “García”, sin efectuar un análisis puntual de las constancias de la causa que su mandante expuso, y justifica el dictado de la medida cautelar solo reiterando lo ya expresado en dicho fallo. Agrega que la sentencia no valoró que la obligación del pago del tributo tiene su origen en una ley emanada del Poder Legislativo.

Cita jurisprudencia -a su entender- favorable a su postura.

Puntualiza que los haberes del actor son mucho mayores a la media de los jubilados y que la documentación arrimada no demuestra que las retenciones





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA II

por el Impuesto a las Ganancias que recaen sobre dichos haberes sean confiscatorias, irrazonables, ni vulneren su patrimonio.

Alega que los porcentajes anuales retenidos se diferencian del precedente "García" en donde las retenciones oscilaron entre el 29,33% y el 31,94% del ingreso, y aquí son de un promedio de 12 %. Destaca que todas estas cuestiones no fueron tenidas en consideración por el Sr. juez *a quo* al momento de conceder la cautelar.

Reitera que, en la especie, no se encontraba configurado el presupuesto relativo al peligro en la demora, ello en atención a que, de no otorgarse la cautela solicitada, una eventual sentencia favorable al accionante no perdería virtualidad o eficacia al momento de su dictado.

Entiende que en autos no surge ni se ha demostrado que las retenciones por el impuesto a las ganancias que recaen sobre el actor sean confiscatorias o irrazonables en función de las variables de vulnerabilidad mencionadas, ni que ellas le impidan a aquél cubrir su manutención de manera adecuada.

Apunta que resulta manifiesto el yerro del Sr. Juez, por cuanto es notoria la falta de verosimilitud en el derecho de la pretensión actoral, en tanto no hay norma que contemple la situación que alega el accionante como supuesto de exención del impuesto, así como tampoco existe peligro en la demora.

Aduce que al otorgarse la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva, se está incurriendo en una desnaturalización de la esencia provisoria de las medidas cautelares, lo cual, además, se encuentra en franca violación con las previsiones de la Ley N° 26.854, y con la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN en la materia.

Considera que la concesión de la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia, no sólo vulnera el derecho de propiedad del Estado Nacional al impedirle la percepción de la renta pública, sino también su derecho de defensa en juicio, al transformar la cautelar de carácter provisorio en una medida que por la vigencia prolongada en el tiempo, desnaturaliza la esencia de las medidas precautorias.

Así las cosas, concluye que en autos no se han probado ninguno de los dichos afirmados ni se ha acompañado prueba suficiente que otorgue veracidad a las manifestaciones vertidas por el actor, ni en cuanto a la verosimilitud en su derecho, al peligro de imposible reparación ulterior, ni mucho menos respecto de los demás requisitos. Ello sumado, a que tampoco se ha tenido en cuenta la clara afectación del interés público que conllevaría confirmar la medida cautelar otorgada por el Juez de grado.



Por lo expuesto, el Fisco Nacional solicita que se revoque el pronunciamiento apelado y, en consecuencia, se deje sin efecto la medida cautelar concedida.

IV.- Que a los fines de arribar a la adecuada solución de la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada conviene señalar que, conforme se desprende del [escrito de inicio](#), el actor pretende mediante la presente acción declarativa deducida contra el Estado Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), que se declare la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 23 inc. c), art. 79 inc. c), arts. 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430 y demás modificaciones posteriores y complementarias y de cualquiera otra normativa o reglamento, circular instructivo que se dictare como consecuencia de dichas disposiciones.

En lo que aquí importa, solicita con carácter urgente, el dictado de una medida cautelar previa, por la que se ordene a la AFIP suspender las retenciones registradas en sus haberes previsionales mensuales en concepto de impuesto a las ganancias.

Aduce que resulta ser jubilado del Banco de la Provincia de Buenos Aires, contando a la fecha con 70 años, siendo beneficiario de la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, conforme lo acredita con el recibo de haberes correspondiente, de donde surge -según señala- que se le efectúa retención y/o deducción de las sumas allí determinadas en concepto de Impuesto a las Ganancias, sufriendo a consecuencia de ello una disminución importante de sus haberes mensuales, causándole un gravamen a sus derechos constitucionales.

Sostiene que la situación de vulnerabilidad de su parte está dada en tanto se trata de un persona adulta, que cuenta a la fecha con 70 años, que ha sido operada en diversas oportunidades y padece determinadas enfermedades como se desprende de las constancias acompañadas.

A tal fin, acompaña certificados médicos de fecha 12/06/2020 y 31/08/2020 de donde resulta que fue diagnosticado con “Síndrome de Apneas e Hipoapneas o obstructivas de sueño grado moderado”, “hipertensión arterial” y “artrosis”, entre otros.

Sustenta la verosimilitud del derecho en la inconstitucionalidad de los artículos 23, inc. c), 79, inc. c), 81 y 90 de la ley N° 20.628.

Expone que existe un claro peligro en la demora de la resolución de la medida cautelar solicitada, que resulta inminente debido a la vulnerabilidad del grupo que integra, al que la Constitución Nacional le depara una tutela especial.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA II

Acompaña copias de los [recibos de haberes](#) en los que figuran las retenciones practicadas en concepto de impuesto a las ganancias, de los [certificados médicos y certificado de discapacidad](#) que dan cuenta de diferentes trastornos padecidos a lo largo de los años, y del [documento nacional de identidad](#).

V.- Que, a esta altura, interesa señalar que para la admisión de la medida cautelar solicitada deben encontrarse verificados los requisitos atinentes a la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora.

VI.- Que en las presentes actuaciones, de la realización de un estudio preliminar de los planteos formulados, y con la provisionalidad que es propia de toda valoración llevada a cabo en el marco precautorio, se advierte que se encuentra configurado el requisito de la verosimilitud del derecho invocado en un grado suficiente para admitir la cautela.

En efecto, dicho recaudo se desprende, *prima facie*, de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en la causa “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (*Fallos*: 342:411), en la que se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes N° 27.346 y N° 27.430, doctrina que ha sido reiterada por el Alto Tribunal en sus posteriores pronunciamientos (ver FPA 2138/2017/CS1-CA1 y otros FPA 2138/2017/2/RH1 “Godoy, Ramón Esteban c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 7 de marzo de 2019; FPA 3588/2016/CA1-CS1 y otros FPA 3588/2016/2/RH1 “Rossi, María Luisa c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de derecho”, sentencia del 28 de mayo de 2019; CAF 65015/2016/CS1-CA1 y otros CAF 65015/2016/1/RH1 “Castro, Beatriz Marina c/ EN - AFIP s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 2 de julio de 2019; FBB 13242/2015/CS1 “Villegas, Raquel Nora y otros c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción meramente declarativa de derecho”, sentencia del 17 de septiembre de 2019; entre muchos otros –ver los fallos publicados en www.csjn.gov.ar, [sentencias de la Corte Suprema; sumarios \(1863-2020\); Fallos: 342:411; Análisis Documental](#); en fecha más reciente, ver CSJN, en autos FGR 9645/2017/CS1 y Otros, “Inostroza, Olga Beatriz c/ Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP- s/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad”, sentencia del 23/3/2021).

Sobre el punto, se ha sostenido que si bien es cierto que en el caso de *Fallos*: 342:411 (precedente “García, María Isabel”), “... *la actora estaba enferma, no escapa a este Tribunal que la postura adoptada por la Corte Federal ha sido ratificada en numerosas oportunidades y, más recientemente, en los autos ‘Calderale, Leonardo Gualberto c/ Anses s/ reajustes varios’, sent. del 01/10/19, en la que quedó firme el pronunciamiento de la instancia anterior que declaró la inconstitucionalidad de la retención del Impuesto a las Ganancias, con independencia de la situación concreta*



de vulnerabilidad del jubilado incidido (conf. en el mismo sentido, Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, in re 'Avancini, Susana Esther c/ EN –AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad', sent. del 08/10/19)." – cfr. Sala IV, in re "Iraha, Juana y otros c/ EN - AFIP s/ proceso de conocimiento", expte. N° 41.768/2019, sentencia del 26 de diciembre de 2019.

Se precisó, asimismo, que "... en función al deber moral que pesa sobre los tribunales de justicia de considerar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en atención a la analogía que guarda la presente causa con lo resuelto en los precedentes supra referenciados, corresponde tener por acreditada la verosimilitud en el derecho invocada" – ver "Iraha, Juana y otros", más arriba citada.

A la luz de lo expuesto, y tomando en consideración que luce acreditado en autos que el actor es un adulto mayor jubilado, que cuenta, a la fecha, con 70 años de edad, que padece afecciones de salud de las que *prima facie* dan cuenta las constancias médicas aportadas y, asimismo, que sobre su haber se practica la retención correspondiente al impuesto a las ganancias, es que corresponde tener por configurado el recaudo atinente a la verosimilitud del derecho.

VII.- Que, por otro lado, cabe destacar que si bien es cierto que los dos requisitos exigidos por el art. 230 del C.P.C.C.N. se hallan relacionados de modo tal que, a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente en la demostración de la verosimilitud del derecho y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente tal peligro en la demora, se haya probado en forma mínima el *fumus bonis juris*; no pudiendo ser concedida la medida cautelar cuando no se ha podido demostrar la configuración de los mencionados recaudos.

Al respecto, se ha sostenido reiteradamente que los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca del peligro en la demora y viceversa, sin embargo lo cierto es que ambos recaudos deben hallarse siempre presentes (cfr. esta Sala en los autos "Digital Ventures SRL – INC MED- c/ EN AFIP DGI Resol 92/11 s/ proceso de conocimiento", expte. N° 12.181/2012, sentencia del 3/5/2012, y sus citas).

Dicho de otro modo, la viabilidad de la medida exige la presencia de ambos recaudos previstos en el art. 230 del C.P.C.C.N. (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), por lo que, sin perjuicio de la apreciación en torno al modo e intensidad en que pueden presentarse en cada supuesto en particular, la ausencia de uno de ellos impide el dictado de la cautelar (ver esta Sala, en otra integración in re "Unión de Usuarios y Consumidores- Inc Med c/ EN-SCI Resol 175/07 –SCT – Resol 9/04 s/ proceso de conocimiento", del 18/2/08; y en su anterior composición in re "Refosco, José –Inc Med (28-V-10) c/ EN - M° Justicia RENAR- Resol 1992/09 s/





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-
SALA II

proceso de conocimiento”, del 22/2/2011; y en su actual integración, en los autos “The House Group SA c/ EN - AFIP- DGI- Resol 167/11 s/ Dirección General Impositiva”, expte. N° 9994/2012, del 12/8/2014, entre otros).

En el *sub lite*, teniendo en consideración lo decidido con relación a la verosimilitud del derecho, lo cierto es que los extremos apuntados en orden a la condición de jubilado del actor -adulto mayor, de setenta años de edad y que padece afecciones en su salud-, sumado al carácter alimentario del haber sobre el que se pretende la cautela y el marco protectorio -constitucional y convencional- del colectivo al que pertenece aquél, alcanzan para considerar acreditado, asimismo, el recaudo del *periculum in mora*.

VIII.- Que, por lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que en las presentes actuaciones se encuentran reunidos en autos los recaudos que ameritan conceder la cautela peticionada.

En sentido concordante, se han pronunciado distintos Tribunales (ver CNCAF, Sala IV, en los autos “Iraha, Juana y otros”, ya citada, e “Incidente N° 1 – ACTOR: Santi, Armando Ángel DEMANDADO: AFIP s/ inc apelación”, expte. N° 28.214/2019, del 26 de diciembre de 2019; Sala I, *in re*, “Machio, Elías Antonio c/ EN-AFIP s/ proceso de conocimiento, expte. N° 33.998/2019, del 17 de diciembre de 2019; Sala V, *in re*, “De Urquiza, Lucía Carmen c/ EN - AFIP y otro s/ amparo ley 16.986.”, expte. N° 28.263/2019, sentencia del 26 de septiembre de 2019 e “Ibarra González, Aníbal c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986”, expte. N° 19.781/2019, sentencia del 31 de octubre de 2019; Sala III, *in re*, “Incidente N° 1 - DEMANDADO: EN-AFIP s/ inc apelación – en autos: Barreto Lía c/EN – AFIP s/ proceso de conocimiento”, expte. N° 28.310/2019, del 20 de febrero de 2010; Cámara Federal de Córdoba, Sala A, en los autos “Avancini, Susana Esther c/ Estado Nacional – AFIP – acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, expte. N° 20.131/2019, del 8 de octubre de 2019; Cámara Federal de La Plata, Sala I, en los autos “Riscossa, Rosa María c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, expte. N° 37.635/2019, del 8 de agosto de 2019) y, asimismo, esta Sala, en las causas “Crego, Eduardo c/ AFIP s/ proceso de conocimiento”, expte. N° 35.483/2019, del 20 de febrero de 2020; “Larroca, Miguel Ángel c/ ENAFIP s/ proceso de conocimiento”, expte. N° 36.115/2019, del 28 de febrero de 2020; “Daroux, José Hipólito c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986, expte. N° 63.875/2019, del 26 de mayo de 2020; e “Incidente N° 1 – ACTOR: Ferreyra, Alcira DEMANDADO: EN - AFIP s/ inc. apelación” expte. N° 22.076/2019, del 4 de junio de 2020).

Esta jurisprudencia cobra especial cariz si se tiene presente que, según estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sujetar a una persona que, por su avanzada edad y delicado estado de salud (*v.gr.*, actor de 70 años y



mieloma), padece un grave y progresivo deterioro funcional, a una espera que, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, implicaría frustrar la sustancia de sus derechos, jamás podría justificarse desde un punto de vista constitucional, mientras se respete la "...impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional" (cfr. Considerando 11º *in fine*, del fallo emitido el 30 de abril del año en curso, en autos: "C., J. C. c/ E.N. - Mº Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios", expte. CAF 9482/2011/2/RH2, aplicable *mutatis mutandis*, y cuya gacetilla de prensa y texto completo fueron publicados por el Centro de Información Judicial: www.cij.gov.ar).

IX.- Que en cuanto al agravio dirigido a cuestionar el plazo de vigencia de la medida cautelar, cabe apuntar que el Sr. magistrado de grado dispuso otorgar la cautela hasta tanto se dictara sentencia definitiva en autos o se cumpliera con el plazo máximo previsto en el art. 5º de la ley 26.854.

En tales condiciones, no se advierte el perjuicio irrogado al Fisco Nacional, en tanto el pronunciamiento de grado tiene en consideración, en forma expresa, el dispositivo invocado por su parte, a los efectos de la fijación del plazo de vigencia de la tutela otorgada.

Por lo tanto, corresponde rechazar el agravio del Fisco Nacional y confirmar también en este aspecto la resolución apelada.

X.- Lo expuesto determina el rechazo de la apelación intentada por el Fisco Nacional y, consecuentemente, la confirmación de la decisión del Sr. Magistrado de grado por la que admitió la medida cautelar solicitada.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:** desestimar el recurso intentado por el Fisco Nacional, con costas (conf. artículo 68, primera parte, del CPCCN) y, en consecuencia, confirmar la resolución por la que fue concedida la cautelar solicitada por el Sr. Grincerí.

Regístrese, notifíquese y gírense las actuaciones a la instancia de origen.

JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA

LUIS M. MÁRQUEZ

MARÍA CLAUDIA CAPUTI

