



H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

MODIFICACIÓN LEY 20628 – IMPUESTO A LAS GANANCIAS

El Senado y Cámara de Diputados sancionan con fuerza de ley...

Artículo 1º: Sustitúyese el inciso c) del artículo 79 de la Ley Nacional 20628 (texto ordenado por Decreto 649/97), de Impuesto a las Ganancias, que quedará redactado de la siguiente manera:

“c) De los retiros, salvo que se trate de aquellos liquidados por las cajas de jubilaciones nacionales y/o de otros regímenes especiales nacionales y/o provinciales, y subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y en la medida que hayan estado sujetos al pago del impuesto, y de los consejeros de las sociedades cooperativas.”

Artículo 2º: De forma.



H. Cámara de Diputados de la Nación

Fundamentos

Sr. Presidente:

La inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre las jubilaciones y pensiones fue declarada en reiteradas oportunidades por distintas instancias de la Justicia Federal. Y el 26 de marzo de 2019, con el voto de Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”. María Isabel García, jubilada de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos, que en el año 2015, con 79 años de edad, inició acciones contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) para promover esta declaración, padecía problemas de salud y la deducción del impuesto a las ganancias sobre su beneficio iba del 29,33% al 31,94%.

Luego, el 3 de octubre del mismo año, La Corte Suprema de Justicia dejó firme un fallo que declara la inconstitucionalidad de aplicar el Impuesto a las ganancias sobre las jubilaciones, que abarca a todos los jubilados, sin necesidad de que tengan que probar que están en una situación de vulnerabilidad. Lo hizo con la utilización del mecanismo conocido como “artículo 280º”, dejando firme la sentencia de la Sala 2 de la Cámara de la Seguridad Social del caso Carderale sin ingresar a la discusión del tema.

Este fallo fue dictado con los votos propios, pero coincidentes en el punto de la inconstitucionalidad del artículo 79º inciso c) de Ley de Impuesto a las Ganancias (LIG), por los camaristas Luis Herrero y Nora Carmen Dorado.

“La Constitución Nacional en su artículo 14º bis prescribe en forma expresa que el Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social con carácter de integrales e irrenunciables, afirma el fallo Carderale. Y sigue: “Esta Corte ha sostenido que las jubilaciones y pensiones no constituyen una gracia o un favor concedido por el Estado, sino derechos incorporados al patrimonio, y ninguna ley posterior podría abrogarlos más allá de lo razonable, porque están protegidas por “garantías de orden constitucional”, añade. Y recurre a preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y otro fallo de la Corte para aludir a la necesidad de que “no se afecten los caracteres de integrales e irrenunciables de los beneficios de la seguridad social.



H. Cámara de Diputados de la Nación

El voto del juez Herrero dice que “Resultaría contradictorio reconocer que los beneficios previsionales están protegidos por la garantía de integridad, proporcionalidad y sustitutividad, que consagra la Constitución, y a la vez, tipificarlos como una renta, enriquecimiento, rendimiento o ganancia gravada”, en alusión a la disposición del inciso c) del artículo 79 de la Ley Nacional 20628 (t.o. Decreto 649/97), de Impuesto a las Ganancias que considera a “las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y de los consejeros de las sociedades cooperativas”, entre las rentas gravadas. En esta línea sigue el voto de la mayoría diciendo que “Por lo mismo, deviene irrazonable y carente de toda lógica jurídica, asimilar o equiparar las prestaciones de la seguridad social a rendimientos, rentas, enriquecimientos, etc.”

En otro orden de cosas, añade el juez Herrero, “podría inferirse que el aporte en concepto de Impuesto a las Ganancias que grava a los jubilados sería percibido por el Estado en dos oportunidades con respecto a la misma persona” ya que “las jubilaciones y pensiones son consecuencia de la remuneración que percibían los jubilados como contraprestación laboral, por la cual ya efectuaron sus aportes y tributaron Impuesto a las Ganancias.”

También sería, indica la sentencia, “un contrasentido y una flagrante injusticia que el pasivo “estuviera exento de tributar el Impuesto a las Ganancias como trabajador y obligado a sufragarlo como jubilado.” En este estado, el jubilado no desarrolla “ninguna actividad lucrativa de carácter laboral o mercantil, ni percibe “un salario por parte de un empleador, ni obtiene “rendimientos, rentas o enriquecimientos de ninguna clase, subrayó el juez Herrero.

Por este motivo, la sentencia con los votos de los dos camaristas firmantes estableció “la inconstitucionalidad del artículo 79° inciso c) de la Ley de Impuesto a las Ganancias y su decreto reglamentario, así como “declarar exentas del tributo las sumas retroactivas en favor del titular.”

Así, si de modo previo a este fallo, los jubilados debían demostrar que estaban en situación de vulnerabilidad para ser eximidos del impuesto, partir de él, la Corte afirmó que no se aplica el tributo para ningún trabajador pasivo¹. En

¹ <https://www.cronista.com/economiapolitica/La-Justicia-declaro-inconstitucional-que-los-jubilados-paguen-Ganancias-20191003-0012.html>



H. Cámara de Diputados de la Nación

consecuencia, nos encontramos frente a la realidad de que los jubilados que recurren a la Justicia logran evitar la aplicación del Impuesto a las ganancias y los que no accionan judicialmente lo siguen pagando. O sea, paradójicamente, lo pagan quienes por los motivos que fueren, tienen más dificultades de acceso a la justicia. Y allí es dónde se crea una brecha injusta, en razón de lo cual, eliminar el concepto de renta o ganancia que por imperio de la Ley Nacional 20628 (t.o. Decreto 649/97) de Impuesto a las Ganancias, pesa sobre jubilaciones y pensiones, resulta, a nivel práctico, en brindar protección a quienes no recurren judicialmente.

A partir de los fallos de la Corte anteriormente mencionados, este Congreso se encuentra en falta y pesa sobre este Poder Legislativo una deuda con nuestros mayores que no puede seguir esperando. El presente proyecto de ley, como tantos otros que le precedieron, viene a dar respuesta a esas claras expresiones de la Corte, en vistas de que los fallos judiciales operan sólo sobre el caso que resuelven.

En consecuencia, ajustar la Ley 20.628, que instituye el Impuesto a las Ganancias, y sus modificatorias, a las declaraciones de inconstitucionalidad planteadas por la Corte, no sólo implica un estricto deber de justicia y humanidad con nuestros mayores, sino que además operará evitando los peregrinajes por el largo proceso judicial para lograr declaraciones individuales de inconstitucionalidad y el permanente estado de litigios contra la AFIP en la materia.

Intentaremos a continuación un repaso de los aspectos conceptuales que consideramos más relevantes para fundar la iniciativa.

En primer lugar, haremos referencia al cuestionamiento que, en su análisis, hace la Corte al sistema tributario y a la fundamentación de la aplicación del Impuesto sobre los haberes jubilatorios, que dicen, descansa en la mera “capacidad contributiva”, desestimando la consideración del resto del ordenamiento jurídico, incluida la propia Constitución. Es decir, la norma que ordena la aplicación del Impuesto a las Ganancias sobre los haberes jubilatorios repara únicamente en la capacidad contributiva y se desentiende del carácter de vulnerabilidad (por ancianidad y enfermedad) que el resto del ordenamiento legal vigente les asigna.

Textualmente reza el considerando de ese voto: “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



H. Cámara de Diputados de la Nación

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 sólo 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 encuentran en tan excepcional situación.”

La Corte Suprema destaca de este modo “la igualdad real de oportunidades y de trato” hacia los jubilados en vistas del carácter vulnerable garantizado por el artículo 75 inciso 23° de la Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional de 1994, vulnerabilidad devenida del envejecimiento y la enfermedad, que los y las obliga a contar con mayores recursos para no ver comprometida su existencia y calidad de vida. De allí el carácter social del mandato de la Corte hacia nuestro rol legislativo, que debe garantizar un trato diferencial para los sectores vulnerables que necesitan contar con mayores recursos para no ver comprometida su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales, consideración que debe ser antepuesta a cualquier política fiscal y recaudatoria en el entendimiento de la insuficiencia e injusticia de la aplicación de la capacidad contributiva como parámetro para establecer impuestos a los jubilados y pensionados.

Vamos a consignar a continuación el análisis realizado en el Blog académico sobre cuestiones de derecho, bajo el título Aproximaciones constitucionales al impuesto a las ganancias sobre el haber jubilatorio, en fecha 18 de abril de 2017, por el Dr. Jerónimo Lau Alberdi: “La creación por ley de un impuesto, la determinación de su sujeto pasivo, del hecho imponible y del monto del gravamen merece una importante cuota de inteligencia y sensibilidad social en sus autores para evitar el retroceso que acarrea la injusticia y su consecuente evasión fiscal. Bien decía Alberdi que “en la formación del tesoro público puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad nacional; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido y degradado el país”



H. Cámara de Diputados de la Nación

“La creación e interpretación de las leyes fiscales no puede quedar al margen del sistema constitucional en que se sancionan desconociendo los propósitos humanistas que inspiraron su establecimiento a menos, claro está, que nuestra aspiración consista en sustituir esa conformación política. Esta afirmación conduce a desechar todos aquellos criterios que le asignan al poder impositivo una envergadura y potencia tales que desembocan en el desconocimiento de la libertad, la dignidad y el progreso del ser humano”

“El poder impositivo, como manifestación del poder soberano del Estado, no es absoluto en una democracia constitucional. Está limitado por la libertad fiscal que impide la expresión de ese poder cuando está desprovisto de una causa constitucional, o cuando su ejercicio conduce a la exacción y al despojo, o cuando encubre una desviación de poder.”

“Explica Roberto Luqui que “cada día se crean nuevos impuestos, se incrementan las alícuotas, se gravan más actividades, sin interesarle mayormente a los gobernantes la justicia de esos tributos. Tal vez algunos piensan que las reglas éticas no alcanzan al Estado y se quejan por la conducta de los contribuyentes. Grave error, porque como señala Tripke, *una moral tributaria deficiente es el reflejo de la moral deficiente del Estado, pues un fenómeno es consecuencia del otro*”. La advertencia de Luqui es fácilmente comprobable mediante un somero análisis de nuestro sistema fiscal cuya patología se incrementa al margen de la Constitución, sin que exista indicio alguno que nos permita vislumbrar una sensata y justa reformulación.”

“Ahora bien, si a lo dicho hasta aquí se le suma que la Ley N° 24.241 (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones) declara, en su art. 14 inc. “c”, la inembargabilidad de las prestaciones que acuerde el S.I.J.P., salvo las cuotas por alimentos y litisexpensas, cabría sostener que cualquier afectación económica, por más mínima que sea, lesiona la naturaleza y sentido que cabe asignarle a toda prestación previsional.”

Otro aspecto que nos interesa abordar es la concepción del haber previsional como propiedad privada y el consecuente entendimiento de que al despojar al jubilado de un porcentaje de su haber previsional, el Fisco Nacional incurre en una violación a este derecho privando al beneficiario de una parte de sus legítimos ahorros, reunidos durante el transcurso de su vida laboralmente activa.



H. Cámara de Diputados de la Nación

Mucho se ha escrito ya respecto a la concepción perimida de la jubilación como una concesión humanitaria del Estado. Los haberes previsionales no son un premio o una gracia del Estado sino la retribución de los servicios de toda una vida, un beneficio económico basado en los aportes hechos por el mismo jubilado para garantizar su haber previsional., constituyéndose en un derecho de propiedad, inviolable en los términos de nuestra Constitución Nacional. No sólo nuestras leyes, el acto administrativo de otorgamiento de la jubilación y la jurisprudencia de la Corte Suprema invisten al beneficiario de un “derecho adquirido”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la garantía de la propiedad establecida en el art. 21 de la CADH protege a las prestaciones jubilatorias.

Otro aspecto a destacar tiene que ver con la naturaleza previsional de esta prestación, lo que claramente la desplaza del plano laboral y la ubica en el ámbito de la seguridad social, profundizando más aún su carácter integral, cuando, al decir de nuestra Constitución Nacional, se expresa que “el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable” (art. 14 bis in fine). Es aquí cuando se consagra la garantía de “integralidad e irrenunciabilidad” que protege los haberes de los beneficiarios, su carácter global y su inalterabilidad de cualquier decisión posterior.

Vamos a otro punto. El Impuesto a las Ganancias grava los frutos del trabajo, es decir, de la actividad psicofísica realizada por un trabajador para obtener una remuneración. Dicho de otro modo, el sujeto pasivo del impuesto es un trabajador en actividad que produce las “ganancias” gravadas. Y quienes perciben un haber jubilatorio no son trabajadores sino personas que ya han cesado de trabajar.

Es decir, la jubilación es el mecanismo a través del cual el Estado reintegra al jubilado los aportes que realizó durante toda su vida. Desde el encuadre del artículo 14 bis de nuestra Constitución, desde el concepto moderno de seguridad social y desde el más elemental sentido común, este concepto dinamita la idea de que el haber previsional pueda ser pensado como renta o ganancia. Dicho de otro modo, la jubilación no tiene origen en el trabajo personal sino en los aportes obligatorios al sistema de la seguridad social y en el hecho de configurarse una previsión para obtener sustento durante ese periodo de la vida en los que ni se trabaja ni se produce ni se generan, precisamente, rentas o ganancias.

Entonces, si el haber jubilatorio no es una ganancia forjada por la actividad productiva, sino que su origen reside en el cumplimiento de una deuda social que tiene



H. Cámara de Diputados de la Nación

la comunidad hacia el jubilado, no existe hecho imponible sobre el cuál fundar el impuesto. Y este es el núcleo duro del razonamiento que da por tierra con el artículo 79, inciso “c” de la Ley de Impuesto a las Ganancias, que establece que son rentas de cuarta categoría las jubilaciones, pensiones, y retiros de cualquier especie.

Vamos a avanzar más aún; este “retorno social” de los aportes que el Estado devuelve en forma de jubilación, provienen de haberes sobre los que indudablemente han recaído otros muchos sistemas impositivos, entre los que seguramente se cuente el Impuesto a las Ganancias. Y ello nos lleva directamente a pensar en una doble imposición, en un doble pago, ya que al jubilado/ex trabajador ya se le hicieron los descuentos destinados al pago del impuesto a las ganancias sobre la remuneración que percibía cuando estaba activo.

A partir de las consideraciones expuestas, de la infinidad de fallos de diversas instancias de la Justicia Federal, en cumplimiento del mandato expreso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de los arts. 14 bis, 16, 17, 31, 75 inc. 22 y ccdtes. de la Constitución Nacional, art. 26 de la CADH, artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras, de la voluntad política de diferentes fuerzas partidarias manifestadas a través de diversos proyectos de ley que preceden a esta iniciativa, el art. 79 inc. “c” de la Ley N° 20.628 debe ser revisado, para poner un punto final a la inconstitucionalidad que pesa sobre la aplicación del Impuesto a las Ganancias sobre jubilaciones y pensiones.

Todos los aspectos abordados pueden ser analizados, además, en el marco de un país con una fuerte presión tributaria, donde la contraprestación por el pago de los tributos no tiene la visibilidad que el ciudadano desearía, y en dónde se vuelve impúdico que el Estado eche mano del ahorro de quienes contribuyeron con su esfuerzo al sostenimiento de la sociedad.

Para finalizar vamos a transcribir una cita de Laurence H. Tribe (Profesor de Derecho Constitucional de Harvard), quien en su obra *Constitutional Choices*, Cambridge, 1985, p. VII/VIII, dice: “...*deben hacerse opciones constitucionales, a todos nosotros se nos presenta el desafío de hacerlas inteligentemente. Las hacemos en muchos niveles y de diferentes formas. Los jueces deben hacerlas cuando optan entre interpretaciones alternativas de la Constitución. Los presidentes y gobernadores las hacen cuando eligen entre varios candidatos para cargos judiciales con diferentes*



H. Cámara de Diputados de la Nación

perspectivas judiciales. Los legisladores, deben hacer tales opciones cuando presten el acuerdo o rechazan a tales candidatos, cuando votan a favor o en contra de medidas impugnadas como constitucionalmente endebles y al promover o desechar posibles reformas constitucionales. Estas opciones también deben ser hechas por los burócratas encargados de aplicar la ley, por los escritores que describen la sociedad contemporánea, por los historiadores que imaginan y reconstruyen nuestro pasado, por los electores cuando deciden acerca de quién tendrá el poder de nombrar a nuestros jueces, y por todos nosotros en tanto objetamos o defendamos prácticas usuales en nombre de la Constitución –ya sea como víctimas de esas prácticas, como autores de lo que otros llaman injusticia o como aquellos que se creen observadores neutrales. La Constitución es, en parte, la suma de todas esas opciones. Pero también es más que ello...las opciones constitucionales, cualquiera sea la naturaleza que revistan, deben efectuarse y evaluarse como opciones fundamentales de principios, no como cálculos instrumentales de utilidad o de graduaciones pseudocientíficas de beneficio social contra costo social”²

Por todo lo hasta aquí expuesto, para que la preocupación en la agenda pública y política respecto del pago del impuesto a las ganancias por parte de los jubilados sea sacada del plano meramente declamativo, solicito el acompañamiento de mis pares al presente proyecto de ley.

Lorena Matzen
Diputada Nacional

Cofirmantes: Alejandro Cacace, Hernán Berisso, Estela Regidor, Francisco Sánchez, Lidia Ascarate, José Luis Ramón, Roxana Reyes, Martín Berhongaray, Gustavo Menna.

² Extraído de Blog académico sobre cuestiones de derecho de Jerónimo Lau Alberdi. Aproximaciones constitucionales al impuesto a las ganancias sobre el haber jubilatorio, de fecha 18 de abril de 2017.