

//tencia N° 53

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR HIPÓLITO RODRÍGUEZ CAORSI

Montevideo, cuatro de abril de dos mil ocho

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "ORTIZ VIÑA, IVONNE RENEE Y OTROS C/ ESTADO - PODER LEGISLATIVO - ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 2 LIT. C, Y 33 DEL TÍTULO 7 DEL TEXTO ORDENADO 1996 EN LA REDACCIÓN DADA POR EL ART. 8 DE LA LEY N° 18.083 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2006", FICHA 1-118/2007.

RESULTANDO:

I) Las accionantes promovieron acción de inconstitucionalidad del art. 8 de la Ley N° 18.083 de 27 de diciembre de 2006, modificativo del título 7 del texto ordenado de 1996, art. 2 lit C y art. 33, contra el Estado, Poder Legislativo, con fecha 27 de abril de 2007 (fs. 26/42 de autos).

Expresaron que son jubilados y en algún caso pensionistas y que su condición la acreditaron con recibos de sus jubilaciones (o pensiones) y, en el caso de quienes son retirados militares, con la constancia expedida por el servicio de retiros y pensiones de las fuerzas armadas.

Sostuvieron respecto de la tempestividad del accionamiento, que la Ley N° 18.083 fue promulgada el 27 de diciembre de 2006, se publicó en

el Diario Oficial el 18 de enero ppdo. y de acuerdo a su art. 113, sus disposiciones -salvo aquéllas "para las que se haya establecido una vigencia específica", regirán desde el 1º de julio de 2007. La perfección de la ley como acto jurídico ya existente -promulgada, publicada y con el número que la identifica en el conjunto de la legislación del país -no necesariamente significa que esa ley ya sea eficaz y, por ende, obligatoria. Una ley ya existente puede no ser aún eficaz, como sucede en la especie-, por no haber sido aún publicada o por no haber entrado en vigencia.

Adviértase que, de acuerdo al art. 256 de la Constitución, "Las leyes, -es decir, todas las leyes- podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido,...", etc. Este precepto no dice "Las leyes publicadas", "las leyes en vigor", ni "las leyes eficaces". Dice simplemente "las leyes", o sea las leyes existentes. El art. 256 no distingue entre leyes eficaces y leyes aún ineficaces. Y donde la norma no distingue no puede hacerlo el intérprete, como es archisabido.

Señalaron que las normas y principios que se consideran vulnerados por las disposiciones, cuya inconstitucionalidad solicitan que sea declarada, son el art. 67 de la Constitución y

particularmente, con sus incisos segundo y tercero, incorporados a su texto en la reforma constitucional plebiscitada afirmativamente el 26 de noviembre de 1989.

Del art. 67 fluyen tres principios en materia de seguridad social y derecho jubilatorio, que también resultan vulnerados. Primero, el de la adecuación de las prestaciones de pasividad a las necesidades materiales de sus beneficiarios (alimentación, vivienda, atención de su salud, etc.), a cuyo efecto se obliga el Estado a garantizarles "retiros adecuados". O sea, asignaciones de jubilación y pensión que permitan atender realmente dichas necesidades.

Segundo, el principio del obligado, mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de jubilación y pensión, resultante claramente del segundo inciso del art. 67, que se transgrede y desconoce al rebajar el monto de dichas asignaciones por la vía de controvertirlas en hechos gravados con tributos que disminuyen su cuantía.

Tercero, el principio de que el Estado -vale decir su Tesorería General (Rentas Generales)- debe pagar las jubilaciones y pensiones, ajustadas de conformidad con lo dispuesto en el citado inciso segundo del art. 67 de la Lex Magna, con sus recursos propios, toda vez que las contribuciones obreras y patronales, así como los demás tributos

destinados al pago de las pasividades, no fueren suficientes para efectivizarlo.

Agregaron que si bien el hecho evidente de que las jubilaciones y pensiones no son rentas, no es determinante -por sí- de la inconstitucionalidad del I.R.P.F., que ha pasado a gravar aquéllas, la determinación de la naturaleza jurídica y económica de las pasividades está vinculada a la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas, dada la limitación o ausencia de la capacidad contributiva de jubilados y pensionistas.

Asimismo, manifestaron que las mencionadas normas vulneran el clásico principio de la igualdad ante la ley (art. 8 de la Carta), así como su modalidad específica en el campo tributario, conocida como el principio de igualdad ante las cargas públicas, que es uno de los derechos y garantías implícitamente consagrado por el art. 72 de la Constitución. Mientras los activos pueden aumentar sus ingresos ejerciendo su derecho al trabajo y realizando otras actividades lícitas y remuneradas (arts. 7 y 36 de la Carta), los pasivos no pueden incrementar sus ingresos por la misma vía. Dichos ingresos, para los pasivos, están congelados y son los únicos que pueden percibir, pues, para recibir sus asignaciones jubilatorias, necesariamente deben marginarse del mercado laboral. Si bien las violaciones

más frecuentes al principio de igualdad se dan cuando las leyes tratan desigualmente -en forma discriminatoria- a hombres iguales que se hallan en iguales circunstancias, también es incumplido este principio constitucional cuando las leyes tratan igualmente a hombres desiguales que se encuentran, además, en circunstancias desiguales. En suma, viola el principio de igualdad y es inconstitucional legislar igualmente para categorías de personas sustancialmente distintas.

Finalmente, expresaron que en una sentencia del año 1995, la S.C.J. no hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una ley que había establecido un impuesto a las jubilaciones. El Cuerpo basó su sentencia en el numeral 4° del art. 85 de la Constitución, en cuyo mérito la Asamblea General está facultada para "establecer por ley las contribuciones necesarias (léase tributos) para cubrir los presupuestos". Se adujo, en aquel fallo, que la potestad tributaria del Estado es irrestricta a tenor de dicho art. 85.4° y que, por tanto, ni los jubilados están excluidos de la posibilidad de ser sujetos pasivos de impuestos, ni la percepción de sus pasividades es insusceptible de constituir un hecho gravado. El argumento es constitucionalmente erróneo, porque se funda en la interpretación aislada -textual- de ese precepto de la Carta, descartando su interpretación

contextual, que obliga a tener en cuenta las demás disposiciones de la Lex Magna, de modo que haya entre todas ellas "la debida correspondencia y armonía", como indica el art. 20 del C.C.

Solicitaron, en definitiva, se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas.

II) Por providencia N° 908 de fecha 16 de julio de 2007 (fs 44) se dio ingreso a la acción de inconstitucionalidad deducida y se confirió traslado por el término legal.

III) Evacuó el traslado el Poder Legislativo (quien solicitó se cite al M.E. y F., D.G.I. a estar a derecho en este juicio) fs. 98 y ss., el Ministerio de Economía y Finanzas y la D.G.I. a fs. 98 y ss. solicitando se desestime el accionamiento planteado.

El Sr. Fiscal de Corte, por su parte, por dictamen N° 3913/07 de fs. 117/146, entendió que procede hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad impetrada en autos.

IV) Por providencia N° 2182 se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia citadas las partes (fs. 148).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de

Justicia, por mayoría de sus integrantes naturales, entiende que procede hacer lugar al accionamiento de inconstitucionalidad planteado en autos, por violentar el art. 8 de la Constitución Nacional.

II) Previamente, corresponde comenzar pronunciándose respecto a la legitimación activa, cuestionada por los demandados.

Para promover la acción (u oponer la excepción) de inconstitucionalidad, se requiere -en virtud de lo dispuesto por el art. 258 de la Constitución y 509 numeral 1º del C.G.P.- "un interés directo, personal y legítimo", siendo carga del promotor, acreditar tal extremo.

Esta Corporación, reiteradamente, ha sostenido: "... respecto al análisis de las calidades que debe revestir el interés en actuar, fundamento de su legitimación activa, que además de tener la característica de legítimo (no contrario a la regla de derecho, la moral o las buenas costumbres), personal (invocando un interés propio, no popular o ajeno), debe ser directo, es decir que el mismo "... sea inmediatamente vulnerado por la norma impugnada..."

Partiendo de la opinión de uno de los maestros del constitucionalismo nacional, se afirmó que este interés es también el "... inmediatamente vulnerado por la aplicación de la ley

inconstitucional".

"No lo es, en cambio, el interés que remotamente pudiera llegar a ser comprometido, si la ley se aplicara" (Justino Jiménez de Aréchaga: La Constitución de 1952, T. III, pág. 183). En tesis coincidente con la postulada, del mismo modo, por ilustrado administrativista, para quien, "Interés directo significa interés inmediato, no eventual o futuro. La existencia de un interés directo implica que el particular se encuentra en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración" (Héctor Giorgi: El contencioso administrativo de anulación, pág. 188)" (Citados en Sent. N° 335/97) (Cf. Sentencia N° 231/2002, L.J.U. Tomo 127, año 2003, c. 14.598).

Ahora bien, la presente acción fue promovida el 26 de junio de 2007 (nota de cargo a fs. 43), mientras que, el art. 113 de la Ley N° 18.083, establece que: "Las disposiciones de esta ley para las que no se haya establecido una vigencia específica, regirán desde el 1° de julio de 2007".

Sin embargo, no puede sostenerse, al día de hoy que se trata de un interés eventual o futuro, sino, actualmente, resulta efectivamente vulnerado por la norma impugnada.

Con respecto a la nota de

"directo", el Dr. Van Rompaey, en discordia a la sentencia N° 231/2002, sostuvo lo siguiente, en términos que se considera -mutatis mutandi- enteramente aplicables al subcausae: "... considero que la exigencia de que el interés sea directo, no excluye a un interés futuro".

"En tal sentido, señala Augusto Durán Martínez, que realizando una interpretación que tenga en cuenta el sentido natural y obvio de los términos y acudiendo a tales efectos al Diccionario de la Real Academia Española: "... Allí se define el término 'directo' de la siguiente manera: 1 'Derecho o en línea recta; 2. Dícese de lo que va de una parte a otra sin detenerse en puntos intermedios; 3. Aplícase a lo que se encamina derechamente a una mira u objeto'. ... De manera que el calificativo 'directo' por oposición a 'indirecto', rechaza así lo eventual pero no necesariamente lo futuro. Si lo futuro es inequívoco no vemos por qué no debe comprenderse. Creemos que la expresión 'directo' refiere al nexo causal y no al momento en que se produce la lesión del interés. Lo importante es que la lesión se produzca por el acto jurídico correspondiente, sin que interese si ella es hoy o mañana. ..." ('Situaciones Jurídicas Subjetivas - con especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad").

(...)

"Si bien, es cierto que el interés legítimo del que son titulares los accionantes no ha sido lesionado por la Administración ... no es el actuar de la Administración el que debe considerar la Corte en el proceso de declaración de inconstitucionalidad, ya que la acción prevista por los arts. 258 y ss. de la Carta no es una garantía contra la lesión administrativa del interés legítimo (ésta sí, prevista por los arts. 309 y ss. de la C.N.), sino que se trata de una garantía contra el ejercicio inconstitucional de la función legislativa". (omissis).

"En efecto, expresa Cassinelli que: "... Por lo general, ... los derechos subjetivos reconocidos o atribuidos directamente por la Constitución, no están precisamente delimitados en ella.

La Constitución, encomienda al legislador la tarea de definir concretamente los límites y el alcance de los derechos constitucionalmente consagrados. La ley tiene, por ende, una potestad de principio en materia de regulación de los derechos constitucionales. El exceso del legislador en el ejercicio de esa potestad, de definir los límites de los derechos constitucionales, no ha de calificarse jurídicamente como una violación del derecho subjetivo, que por hipótesis no tiene límites definidos

preexistentes al acto legislativo, sino que aquel exceso debe juzgarse como ejercicio ilegítimo de un poder discrecional (el de definir los límites precisos de los derechos constitucionales). Cuando la ley desconoce la esencia de un derecho constitucionalmente consagrado, no cabe decir que actúa fuera de sus potestades, sino que ha ejercido su potestad reguladora de los derechos referidos de modo ilegítimo. No se trata de una carencia, sino de uso ilegítimo de aquella potestad”.

(...)

“En consecuencia, entiendo que cuando se entabla la acción de inconstitucionalidad por vía de acción, y la Corte ingresa a analizar la legitimación activa del accionante (y por ende indaga sobre sí el mismo es o no titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo personal y directo lesionado), no debe examinarse si la Administración lesionó o no el referido interés, sino que debe analizarse si el Poder Legislativo, en el ejercicio de su función legislativa, dictó un acto regla que lesionó o no un interés legítimo del accionante, y si se concluye de forma afirmativa, la legitimación activa del accionante debe tenerse por acreditada (con prescindencia de que la Administración haya decidido o no aplicar la ley inconstitucional)”.

Haciendo referencia al Dr.

Jiménez de Aréchaga, señala que "el autor expresa que '... interés directo es todo interés que RESULTARÍA inmediatamente vulnerado por la aplicación de la ley inconstitucional...' (el destacado no pertenece al autor). Y destaco que en el pasaje referido se conjuga el verbo en tiempo futuro-condicional 'resultaría' (y no en presente 'resulta'). Pero además, cuando el maestro citado ejemplifica lo que viene diciendo, se advierte que pone un ejemplo que no se compadece con una interpretación 'restrictiva' del término 'directo' (que requiera la efectiva aplicación de la norma inconstitucional)...".

Véase, que al momento de la promulgación de la ley, cuya regularidad se cuestiona, los accionantes ya estaban jubilados o eran pensionistas y, aún cuando en el momento de interposición de la demanda no se les aplicaba el I.R.P.F., el interés en obtener una declaración sobre la constitucionalidad, ya era actual y no eventual o futuro.

Por tal motivo, se considera que sería un rigorismo formal excesivo, contrario a los principios generales que consagra nuestro propio C.G.P. (en particular arts. 5, 9, 10 y 11), desestimar el presente accionamiento por tal circunstancia, teniendo en cuenta que estos autos

pasaron a estudio, luego de que la norma cuya regularidad constitucional se cuestiona, estuviera definitivamente vigente y que, por ende, al resolver el presente, no se está ante una sentencia de eficacia eventual o futura, circunstancia ésta que el legislador quiso evitar cuando requirió que el interés tuviera, entre otras, la nota de "directo", sino que estamos ante una decisión susceptible de ser ejecutada de inmediato en tanto existe un caso concreto.

III) Ingresando al análisis de la normativa cuestionada, se estima, que la misma viola el art. 8 de la Constitución.

Este dispone que "todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas, sino la de los talentos y las virtudes".

A juicio de la mayoría de la Corte, se infringe dicha disposición constitucional de dos maneras, a saber: 1) porque se trata de forma igualitaria a aquéllas personas que están en distinta posición jurídica y, 2) porque se legisla en forma diferente respecto de aquéllos que están en igual situación jurídica.

En lo relativo al primer punto, se entiende que los activos, o sea aquéllos que trabajan y perciben por ello una contraprestación, están

en diferente situación que los pasivos, los que después de haber aportado a la seguridad social durante toda su vida activa, reciben una prestación como retribución a lo ya vertido en las arcas del Estado por tal concepto.

Por otra parte, se trata en forma desigual a aquéllos que están en igual situación, al considerar el tratamiento de las jubilaciones y pensiones por un lado, y el de otras prestaciones a la seguridad social referidas en el art. 2 lit. C), por otro, en forma diferente.

Es evidente que, mientras todas son prestaciones a la seguridad social, en las cuales no existe actividad generadora de renta, el tratamiento impositivo es absolutamente desigual, ya que se grava con el impuesto a la renta a las jubilaciones y pensiones y no se grava con dicho impuesto a las demás prestaciones.

Mucho se ha dicho respecto de este principio por este Cuerpo. Así, ha sostenido, en sentencia N° 168/2005, reiterando conceptos vertidos en la sentencia N° 312/2004 de esta Corporación, como en muchas otras, que: "... el principio de igualdad no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente".

Tal como explica Recasens Siches, "... los hombres deben ser tratados igualmente

por el derecho, respecto de aquéllo que es esencialmente igual en todos ellos, a saber en su dignidad personal y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y, resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración" (Filosofía del Derecho, pág. 590). De ahí que, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga, la jurisprudencia norteamericana haya sustentado que "... ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la Declaración de derechos...", pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que "... todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma..." y que la "... determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción. ... Es que, si todas -o casi todas- las leyes discriminan, debe saberse cuál ha de ser el criterio o la pauta que corresponde manejar por el juzgador de la constitucionalidad, para no inmiscuirse en la propia tarea legislativa. Y ésta es o debe ser el de la razonabilidad de los motivos invocados por el legislador, es decir, el de que las clasificaciones

legales no creen 'clases sospechosas', motivantes de una 'discriminación perversa' y por ello mismo, contraria a la normativa superior" (Cf. Edward S. Corwin: La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, pág. 630). "No debe existir un propósito arbitrario, hostil, y que determine la formación de grupos o clases sin un sentido de razonabilidad, en ese supuesto permitido por la misma desigualdad en que se encuentra, pues de otra forma, al mantenerse y no ser corregida, se transformaría en un ataque al propio principio de igualdad consagrado constitucionalmente" (Cf. L.J.U., Tomo 135, Año 2007, c. 15.382).

En doctrina, en particular en lo que refiere a la materia tributaria, se le ha asignado al principio de igualdad diversos significados.

Así "se puede hablar de: 1) igualdad en la ley, en el sentido de que la ley no debe establecer desigualdades, en el Derecho Tributario se concreta en la igualdad ante las cargas públicas, 2) igualdad por la ley, en el sentido de que ésta sería utilizada como instrumento para lograr una igualdad de los individuos, corrigiendo las desigualdades económicas imperantes, 3) igualdad ante la ley, que significa que la norma debe ser aplicada con criterio de estricta igualdad, a todos los afectados por ella, 4) igualdad de las partes, ínsito en la concepción

de la obligación tributaria como una relación jurídica de crédito y débito, y no como una relación de poder.

Las dos primeras y la cuarta se refieren al contenido de la ley. La tercera a la forma de interpretarla y aplicarla" (Cf. Ramón Valdés Costa, "Instituciones de Derecho Tributario", 1era. Edición, reimpresión de 1996, pág. 370).

Tiene especial relevancia, para el análisis del presente, la consideración de los dos primeros numerales a que acabamos de hacer referencia.

En cuanto a la "igualdad en la ley", está contemplada en el art. 8 de la Carta y supone que, en tanto todos los ciudadanos son iguales, "la ley tributaria no debe hacer discriminaciones perjudicando o beneficiando a determinados individuos o grupos de individuos" (ob. cit., pág. 371).

Dentro de esta concepción suele distinguirse entre igualdad jurídica (referida a las condiciones físicas o morales del individuo) e igualdad económica, en referencia a las posibilidades económicas o capacidad contributiva de los individuos.

Al establecer la igualdad ante las cargas fiscales -o igualdad económica- como un principio, se pretende como objetivo "la obtención de la justicia tributaria por la vía de la neutralidad fiscal"

(ob. cit. pág. 373), recordando el Prof. Valdés Costa que en la Constitución Italiana, entre otras constituciones contemporáneas, se hace referencia a la capacidad contributiva como regla adecuada para lograr la igualdad en la ley.

Pese a las dificultades para determinar qué debe entenderse por "igualdad ante las cargas fiscales", señala el citado Profesor que existe "acuerdo en que este postulado se lo debe entender en el sentido de que la ley debe dar igual tratamiento a todas las personas que estén en la misma o análogas circunstancias, concepto que generalmente se expresa con el lugar común de que se debe tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales" (ob. cit., pág. 373).

Las mayores dificultades se plantean a la hora de determinar la igualdad de capacidad contributiva en virtud de "que el concepto de capacidad contributiva no puede ser objeto de determinación exacta" (ob. cit., pág. 374), dependiendo de diversos factores, económicos y sociales que difieren en cada sociedad.

Sin embargo, a los efectos de aproximarnos a la especificación del principio, se han establecido dos criterios: 1) en primer lugar, afirmar que este principio supone que "a igualdad de

circunstancias debe corresponder igual impuesto, o sea, que debe aplicarse con referencia a la situación en que se halla el contribuyente, desde distintos puntos de vista: nivel de sus recursos económicos, su posición social, especialmente en lo que respecta a las cargas de familia, la fuente de sus rentas (capital, trabajo o mixtas) y otras que a juicio del legislador sean relevantes" (ob. y pág. cit.), señalándose, asimismo, que si bien existe discrecionalidad del legislador para apreciar las diversas situaciones, ello no implica arbitrariedad para determinarlas, debiendo actuar con razonabilidad para elegir las personas que integrarán los diversos grupos.

2) En segundo lugar, se considera que el concepto de igualdad está concebido, fundamentalmente, desde la realidad económica y supone que "la ley quiere que los hechos económicamente equiparables tengan igual tratamiento" (cita a Becker, ob. cit., pág. 375).

En lo que respecta a la "igualdad por la ley", este principio parte de la existencia de desigualdades sociales y de la necesidad de que, en un Estado democrático, esas necesidades sean corregidas. La corrección de las desigualdades se pone en manos del legislador que debe elegir los instrumentos financieros más adecuados para tal fin.

Pese a que nuestra Carta Magna carece de una disposición expresa que refiera a la "igualdad por la ley", doctrina y jurisprudencia lo encuentran comprendido en la amplitud del art. 8 de la Constitución Nacional, señalando el Dr. Valdés Costa que, además, de existir diversas disposiciones constitucionales que, en forma expresa, pretenden resolver ese problema, a lo que, incluso se llegaría por aplicación del art. 72 del mismo cuerpo normativo, existen otras normas que dan respaldo jurídico a la admisión de esta nueva modalidad del principio de igualdad, recordando en tal sentido, la existencia de pactos internacionales celebrados por el país, con indudable fuerza vinculatoria, lo que incluye a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Finalmente, en relación a este tema, el citado Profesor recuerda que esta Corporación se ha pronunciado sobre la existencia de desigualdades que deben ser corregidas y, citando a Jiménez de Aréchaga se ha dicho que "la filosofía democrática exige que el Estado reconozca la existencia de ciertas desigualdades y busque restablecer la igualdad efectiva entre individuos mediante un tratamiento desigual" (Cf. Sentencias Nos. 52/1965, 106/1966, 231/1966, 360/1967 que invocan el concepto de "bienestar general" de Recasens Siches) (ob. cit., pág.

416).

Ahora bien, luego de este somero análisis del principio de igualdad, se concluye que asiste razón a los accionantes cuando sostienen que la norma vulnera este principio. La infracción se efectúa cuando se equipara la situación de los activos y de los pasivos, gravando las rentas que perciben con un tributo que "se determinará mediante la aplicación de tasas progresionales vinculadas a una escala de rentas", sin distinguir la situación en que se encuentran y sin considerar que las llamadas "rentas" que son gravadas por el tributo creado, no tienen las mismas características, afectando, en definitiva, este principio en cuanto "igualdad en la ley".

Efectivamente, la propia Constitución, en su art. 67, establece que, lo que perciben los jubilados y pensionistas es una prestación-consecuencia de su propio aporte al régimen previsional durante su época activa-, mientras que los activos reciben "contraprestaciones" por el desarrollo de sus actividades económicas.

La jubilación constituye "... un derecho adquirido mediante los aportes realizados en las respectivas cajas de previsión, durante determinados años de actividad, a gozar mientras viva una suma mensual de dinero, calculada según el promedio

de sus sueldos, cuando en virtud de su antigüedad y edad, o por imposibilidad física, se retira del servicio activo" (Ramírez Gronda en "Régimen Jurídico de las Jubilaciones", citado por el Dr. Daniel Hugo Martins en "La inconstitucionalidad del Impuesto a la Renta sobre Jubilaciones y Pensiones" en L.J.U., Tomo 136, Sección Doctrina 3).

Cabanellas, con más claridad, "define la jubilación como una prestación social, en dinero o en especie, que por su volumen económico predomina lo monetario, que tiene como fin la subsistencia de las clases pasivas en niveles decorosos de vida, a favor del que ha dejado de trabajar y por haber alcanzado el mínimo de años de vida y de servicios tiene derecho a esa percepción, integra uno de los seguros sociales y ampara a 'la vejez e invalidez'" (cit. por Martins en ob. cit.).

Asimismo, más allá de que es harto notoria la diferente situación en que se encuentran unos y otros, la evidencia aumenta cuando se aprecia que los activos pueden aumentar sus ingresos mediante el desempeño de otras tareas o actividades productivas, mientras que los pasivos no cuentan con esa posibilidad. Esta circunstancia, en definitiva, al no ser considerada por el legislador supone una infracción -clara- al principio de igualdad no respetando, en

definitiva, la necesaria "igualdad ante las cargas públicas".

No debe olvidarse que, en definitiva, cuando hablamos de "renta" en el caso de los pasivos, lejos se está en los hechos de tal realidad. El Dr. Hugo Martins, en trabajo publicado en L.J.U., Tomo 136, señala que "renta" es "el producido económico derivado de bienes, derechos o actividades aplicadas a una función productiva regular", siendo "... preciso que exista en todos los casos una fuente que de origen a la renta correspondiente, una fuente de carácter estable, que sea explotada por su titular o por su propietario, puede ser un bien de capital, puede ser una actividad desarrollada por el individuo cuando las rentas provienen del trabajo". Sin embargo, los "jubilados del B.P.S. perciben de un Ente Autónomo del Estado (art. 195 de la Constitución) una prestación social, sin trabajar, más aún tienen prohibido trabajar en la actividad por la cual se jubilaron".

La violación al principio se aprecia, asimismo, desde otro punto de vista, ya que estaríamos ante una especie de doble imposición o superposición impositiva en tanto el supuesto beneficio económico a que hace referencia el art. 13 del Código Tributario -es decir, el beneficio que le otorgan las instituciones de seguridad social al sujeto pasivo de la

contribución especial- vuelve a ser gravado por la norma tributaria impugnada en la presente demanda.

Como consecuencia de ello, se produce un segundo nivel de infracción en lo que respecta al principio de "igualdad por la ley", ya que, lejos de buscar el mecanismo para acercar situaciones tan desiguales, respetando sus diferencias, al equiparar a las rentas de los activos con la que perciben los pasivos provenientes de jubilaciones y pensiones no se respeta el principio, tratando igual situaciones que son, esencialmente, diferentes y que, en consecuencia, deben ser tratadas en forma diversa.

Como dice el Dr. Martín Risso Ferrand, "... si todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia deben recibir similar trato y similar protección en situaciones análogas, parece claro que cuando la situación de hecho es diversa, el tratamiento similar viola el principio en análisis..." (Cf. Autor citado, "Derecho Constitucional", Tomo III, pág. 88).

En estos términos, procede analizar el alcance del denominado "juicio de razonabilidad", en la especie, respecto de la categorización efectuada en la disposición cuya no aplicación se pretende.

A tal fin, es del caso

recurrir a otros instrumentos conceptuales que la doctrina ha elaborado con relación a la cuestión de las diversas formas en que el legislador puede conculcar el principio de referencia. En este sentido, con base en los desarrollos efectuados en el ámbito europeo y en especial por la jurisprudencia española, el Dr. Risso Ferrand ha distinguido dentro de lo que se denomina "el juicio de razonabilidad", como parámetro valorativo de las causas de distinción en clases o grupos, efectuada por el legislador, otros niveles. Según razonamiento que se comparte, se ha expresado por el autor que existen hipótesis en las que no surge de la Constitución, en forma explícita o implícita, la causa de ciertas distinciones. En estos casos, la razonabilidad de una determinada disposición legal se establece tomando en cuenta si la misma plasma arbitrariedad o capricho y si resulta contraria a lo dispuesto por la Carta. Al juicio de razonabilidad, en el sentido expresado en primer término se adiciona entonces, con carácter esencial para el análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición, a la luz del principio de igualdad, el reclamo de que exista una finalidad consagrada por la norma que en concreto se analice. Ello se enmarca, según destaca el autor de referencia, en un concepto al que se suele denominar de racionalidad, que también es habitual se presente en forma indiferenciada,

formando parte del ya referido juicio de razonabilidad.

El concepto de racionalidad, así estructurado, ya sea que se lo considere autónomo o comprendido en el de razonabilidad, implica, asimismo, que exista una relación positiva entre los medios utilizados y los fines perseguidos en la norma cuya constitucionalidad se analiza (Autor cit. "Derecho Constitucional", T. I , F.C.U., Montevideo, 2006, págs. 500 a 506).

Según la sistematización efectuada por el autor de referencia, en primer término, para aceptar las categorías diferenciales en la legislación, corresponde exigir que la causa de la distinción sea razonable y objetiva, sin implicar un tratamiento desigual a quienes se encuentren en igualdad de situaciones. En segundo lugar, debe atenderse especialmente al fin perseguido con la diferenciación que se analice, verificándose que el mismo sea legítimo, y por último deberá atenderse a la racionalidad de la distinción, que se manifiesta también en una adecuada relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados. El no cumplimiento de cualquiera de estos requisitos implica, concluye el autor citado, la inconstitucionalidad de la disposición.

A partir del análisis de los conceptos de renta e ingreso que utiliza la ley

atacada, el sistema de seguridad social vigente y teniendo en cuenta la naturaleza de los aportes que, obligatoriamente, vuelcan los activos al sistema, cabe concluir que las "prestaciones de jubilación y pensión" constituyen genéricamente ingresos del contribuyente, los que si bien pueden incluirse en un concepto amplio de renta, por su origen y naturaleza, no pueden ser materia de gravamen, por no resultar de igual condición, que los demás incluidos en la categoría, violentando su inclusión, principios de orden superior.

En efecto, aún cuando las pensiones y jubilaciones incluidas en la ley constituyen ingresos, a los que la ley asimila e incluye dentro de la categoría de las "rentas del trabajo", ellos no pueden ser materia gravada por ser de diverso origen y naturaleza, sin violentar el principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la Carta.

Mediante la inclusión de diversos grupos en una única categoría, como al consagrar el hecho generador del tributo, las disposiciones atacadas igualaron lo no igualable.

Gravándose, por un lado, a aquellos ingresos que el sujeto pasivo del impuesto percibe como contraprestación directa por su actividad laboral, sea que dicha actividad se despliegue en relación de dependencia o no y, por la otra, a ingresos

que el sujeto no obtiene como contraprestación al cumplimiento de una actividad voluntaria desplegada.

Sino que lo percibido y gravado constituyen prestaciones servidas por las instituciones integrantes del sistema de seguridad social. Dichas prestaciones, según se ha dicho, no pueden ser consideradas "rentas del trabajo" en la medida que son el producto de los aportes que vierten distintos sujetos, entre otros, los afiliados al sistema que se ven obligados al pago de contribuciones especiales a tal fin. No estamos entonces ante "rentas obtenidas por los contribuyentes" y por ende no pueden ser tratadas a los efectos tributarios como tales, sin conculcar el principio de igualdad.

El Sr. Ministro Dr. Ruibal, en este punto entiende, según destacó en su voto que: "aún cuando las pensiones y jubilaciones incluidas en la ley constituyan ingresos, a los que la ley asimila e incluye dentro de la categoría 'Rentas del trabajo', ellas no pueden ser materia gravada sin violentar el principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la Carta.

No se trata de que exista una prohibición de rango superior que impida gravar con impuesto a la renta a las jubilaciones y pensiones, ni que éstas sean intangibles de modo tal que los jubilados

y pensionistas estén exonerados de contribuir con las cargas públicas, tampoco que el legislador esté compelido a adoptar uno u otro de los conceptos de renta que maneja la doctrina o que se han seguido en legislaciones anteriores, sino que al definir el 'hecho generador' y las rentas comprendidas, el legislador, junto con otras 'rentas', incluyó una categoría a la que denominó 'rentas del trabajo' en la cual equiparó en el tratamiento fiscal a ingresos de diverso origen y naturaleza. Por lo que éstos no pueden ser tratados en forma igual sin vulnerar el principio de igualdad.

Mediante la inclusión de diversos grupos e ingresos de diferente naturaleza en una única categoría, como hecho generador del tributo, las disposiciones atacadas igualaron lo no igualable.

(omissis) En el caso se trata de un impuesto directo, los pasivos pagan impuestos indirectos, (por ej. al consumo) y otros directos, tal como el impuesto al patrimonio, es decir, que no pueden escapar a todo tributo inclusive pagarán este tributo directo (impuesto a la renta) si a pesar de obtener una jubilación exenta, poseen por ejemplo inmuebles alquilados, por la suma de los arrendamientos recibidos. Por tanto lo único que no corresponde gravar es la suma que se percibe por jubilación y pensión.

La prestación de seguridad

social que reciben no puede incluirse en la categoría propuesta por la ley impositiva que se analiza, porque pertenece a una categoría que no puede ser parificada con las restantes".

IV) Los accionantes alegan infracción a lo dispuesto en el art. 67 de la Constitución, norma que, a partir de la reforma del año 1989, dispone: "Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc., y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales".

"Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del índice medio de salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central".

"Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la

base de: A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados, y B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuera necesario”.

Los Dres. Bossio Reig y Rodríguez Caorsi, consideran que interesa destacar aquellos aspectos que formaron parte de la génesis de la reforma constitucional de 1989 sometida a la consideración popular mediante plebiscito de fecha 26 de noviembre de ese año y que fuera finalmente aprobada.

Por la referida reforma se incorporaron al art. 67 de la Constitución dos disposiciones por las que se dispuso que el monto de los ajustes de las pensiones y jubilaciones no podrán ser inferior al índice medio de salarios y a su vez que dichos ajustes deberán ser efectuados en las mismas oportunidades en que se establezcan los aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central. Por otra parte, se ratificó el sistema de financiación sobre la base de contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley, especificando que dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los mencionados (ajustes de las asignaciones de jubilaciones y pensiones).

¿Qué fue lo que motivó la

incorporación de los referidos aspectos en esta reforma?

La respuesta es simple.

Como claramente señalan Graciela Giuzio y Esther Soares Netto: "La vía constitucional para asegurar un mecanismo de aumento es consecuencia de la injusticia a que los textos legales y sobre todo la interpretación que de ellos hicieron las autoridades encargadas de aplicarlos, sometían a los pasivos, quienes soportaban un constante deterioro en sus asignaciones jubilatorias (14: cita al pie: Cf. Giorgi, Francisco y Bonini de Giorgi, Esmilda, "Régimen jubilatorio y pensionario en la Seguridad Social", en La Seguridad Social en el Uruguay, F.C.U., Mdeo. 1991, pág 189).

No es otra cosa que la desconfianza del pueblo en sus propios representantes lo que llevó a una abrumadora mayoría de éste a votar afirmativamente la citada reforma, con lo que se logra incluir en la Constitución un mecanismo concreto de ajuste de pasividades, y con ello sustraer su regulación a los Poderes Legislativo y Ejecutivo" (autoras citadas: Grupo de los Miércoles, "Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo", pág 474).

Por otra parte, Justino Jiménez de Aréchaga, bajo el epígrafe: "Necesidad política de respetar el tenor de las Constituciones

plebiscitadas", expresó: "Si las buenas reglas de hermenéutica aconsejan una especial reverencia por el texto escrito de las Constituciones plebiscitadas, hay incluso consideraciones de orden político que deben llevar a idéntica conclusión".

"Nada es más peligroso en los sistemas democráticos que crear en el pueblo la ilusión de que se le confiere poderes de decisión en determinadas materias, para volver luego ineficaz ese poder por medios más o menos alambicados" (Editorial del diario "El País", Montevideo, del 28 de VIII de 1990: "Pudo y debió evitarse").

Resulta, por tanto, de trascendental importancia, entender el proceso previo a la referida reforma, para poder comprender el porqué se llegó a incluir este tipo de norma tan particular y específica en la Constitución, que halla su justificación en brindarle a los jubilados una garantía para la protección de sus derechos.

El derecho a la jubilación y la garantía de un **retiro adecuado** ha sido consagrado, sin ningún límite legal, en el art. 67 inc. 1) de la Constitución.

Esta norma ha sido explícitamente complementada por los incisos 2) y 3) del mismo artículo, que fueron incorporados por la reforma

constitucional del 26/11/1989, que fue aprobada por más del 80% del cuerpo electoral.

El inc. 2) establece, expresamente, que las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del índice medio de salarios.

A su vez, el inc. 3) se refiere a la forma de financiación de las mencionadas prestaciones, estableciendo que éstas "se financian sobre la base de: A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley.

Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentes mencionados; y B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuere necesario".

Ello supone, necesariamente, que la norma constitucional, en su contenido, ha consagrado el **respeto íntegro del poder adquisitivo de las jubilaciones** mediante el referido ajuste. Esta disposición ha consagrado claramente la voluntad de que las normas legales no puedan afectar de ningún modo el **retiro adecuado** a que se hace referencia en el inciso primero del artículo.

Pero, además, la norma ha complementado, sin duda alguna, la finalidad del reajuste, previendo y regulando dos aspectos a destacar:

por un lado, la **no afectación de los recursos necesarios para financiar estas prestaciones a fines ajenos a ello**, y por otro lado, la **asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado para poder cumplirse con el pago de las mismas en la forma establecida en el inc. 2).**

En efecto, el lit. A) del inc. 3 del art. 67 establece que los recursos necesarios para solventar el pago de las prestaciones de pasividades pueden derivar, además, de las contribuciones obreras y patronales, de otros tributos, cualquiera sea su fuente, pero el producto de esos tributos debe ser utilizado para el pago de esas prestaciones. Y agrega a continuación la expresa prohibición de que los recursos mencionados sean destinados a fines ajenos al pago de esas prestaciones.

Esto es, los tributos que gravan las jubilaciones deben ser utilizados solamente para el pago de las prestaciones adecuadas cuya consagración y protección realiza el artículo analizado.

De ningún modo puede admitirse que tengan por destino rentas generales para realizar otros gastos, cualquiera sea la naturaleza de éstos (ya sea corrientes o de inversión) o su pretendida finalidad (subsidio, subvención o distributivos). Ni siquiera puede hablarse de razones de interés general, siendo que -en el caso- éste no puede vulnerar un

interés específicamente establecido en la misma Constitución y que limita todo tipo de consideración al respecto. Lo esencial es que hay una clara limitación constitucional al gravamen de las prestaciones de pasividad.

A lo expresado, debe agregarse el lit. B) del inciso, el que dispone que, si fuere necesario, el Estado deberá proporcionar asistencia financiera para el cumplimiento de los fines consagrados en el art. 67: el pago de los **retiros adecuados de conformidad con el reajuste establecido que asegure por consiguiente el poder adquisitivo de los jubilados**. Con las normas impugnadas no solamente no se cumple con este precepto, sino que, por el contrario, se violenta el mismo, gravando y detrayendo del monto de las prestaciones de pasividad sumas significativas que disminuyen, claramente, el valor adecuado de las mismas.

Así, la imposición de las jubilaciones, por la norma cuestionada, implica una manifiesta disminución del monto jubilatorio a percibir, de manera contraria a la voluntad del constituyente. Y, aún más, detrae de las prestaciones recursos disminuyendo el poder adquisitivo del reajuste, gravando las prestaciones jubilatorias con montos que superan ampliamente el reajuste, disminuyendo sustancialmente el monto de la jubilación anterior al reajuste. Es claro

que, así, no se respeta ni el texto ni el espíritu de la norma constitucional oportunamente plebiscitada.

La jubilación es una prestación de seguridad social que se da a aquella persona respecto de la cual se verifican los requisitos exigidos de edad y años de trabajo y en tanto se haya cumplido con el pago de los aportes legales correspondientes, todas estas condiciones establecidas por la normativa legal.

El jubilado no trabaja.

Solamente percibe una prestación de seguridad social, que supone una vinculación con la devolución parcial de los aportes realizados durante toda su vida activa laboral, de acuerdo con ciertos principios característicos y propios de la seguridad social de las pasividades. Suma absolutamente exigua y limitada en general, puesto que respecto de muchos de los beneficiarios rigen topes que la prestación no puede superar.

Ahora bien, el mencionado art. 2 considera las jubilaciones como renta y las grava supuestamente en cuanto tales. Pero las jubilaciones ¿son en realidad una renta?.

Dentro de los diferentes criterios de renta utilizados por la doctrina económico financiera internacional y también nacional, la Ley N°

18.083 (a diferencia de la solución adoptada por la Ley N° 12.804 que tomaba en cuenta para la generación del gravamen un concepto de renta producto) adopta el criterio de "renta fuente o producto" para las rentas provenientes del trabajo (dentro de las cuales incluye las jubilaciones y pensiones). Es evidente que no adopta ni el criterio de "renta incremento patrimonial" ni "renta consumida".

Y, según el criterio de "renta fuente", se define la renta como el fruto de una fuente permanente capaz de producirla o reproducirla sin agotarse, es decir, que es renta la que deriva de factores de producción, ya sea trabajo o capital o ambos conjuntamente, aplicados en forma permanente o habitual a la obtención de rentas, considerándose como tal el correspondiente resultado una vez que es separado de la fuente productora o está en condiciones de ser retirado, quedando la fuente intacta y en condiciones de seguir produciendo rentas (v. Shaw, José Luis, "Manual de Derecho Financiero", Volumen III, pág. 19, que recoge el concepto aceptado por la doctrina).

En la medida que la materia gravada sea la renta, la norma legal debe ajustarse al concepto racional y connatural de la misma, el cual es el pacíficamente aceptado por la doctrina.

Por lo demás, éste es el

concepto que incluso adopta la misma ley al regular en el art. 3 el elemento espacial del hecho generador, cuando establece que las rentas gravadas son las provenientes de actividades desarrolladas, bienes situados y derechos utilizados económicamente en la República.

¿Puede entonces decirse que las jubilaciones gravadas por el art. 2 y 33 (este último incluye además del B.P.S., a otros órganos estatales y personas públicas no estatales que cumplen la misma función sirviendo jubilaciones y pensiones), son rentas? Terminantemente no, en la hipótesis de las jubilaciones **no hay ninguna actividad económica actual que genere renta**, según resulta de la misma naturaleza de aquéllas de acuerdo a lo ya expresado. A tal punto ello es evidente considerando el punto desde una elemental lógica, que la propia ley incurre en una flagrante y manifiesta contradicción al regular el caso de las jubilaciones y pensiones en forma diferente frente a situaciones iguales. Así, en el art. 2 lit. C), luego de la arbitraria inclusión como rentas del trabajo de las jubilaciones, pensiones y prestaciones de pasividades de similar naturaleza en su inc. 1º., agrega en su inc. 2º "no se encuentra comprendidas las partidas correspondientes a los subsidios establecidos en el Decreto-Ley N° 15.180 de 20 de agosto de 1981 (seguro

por desempleo), el Decreto-Ley N° 14.407 de 22 de julio de 1975 (seguro por enfermedad), los art. 11 y siguientes del Decreto-Ley N° 15.084 de 28 de noviembre de 1980 (subsidio por maternidad), y la Ley N° 16.074 de 10 de octubre de 1989, en lo relativo a la indemnización temporal por accidente, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación". ¿Cuál es, pues, el motivo por el que estas prestaciones de seguridad social (como las de pasividad) no son gravadas como renta? Por una razón muy sencilla: que en todas ellas **no hay una actividad económica actual desarrollada (fuente productora) que genere renta y por lo tanto no hay renta que justifique una imposición.**

De los términos del art. 2 inc 1 lit C) surge que la ley no ha categorizado ni definido con claridad el objeto del gravamen. Por cuanto aún cuando expresa que se gravan las "rentas" provenientes del trabajo, en realidad del conjunto de las disposiciones surge que el tributo afecta a ingresos de diversa fuente que no pueden, por su diversa materialidad y origen ser incluidas como rentas "provenientes del" u "obtenidas por" trabajo.

Se han equiparado ambos conceptos, renta e ingreso, incluyéndose como rentas del trabajo a prestaciones que no se obtienen en virtud de la actividad desplegada por el sujeto alcanzado por el

tributo, sino por haberse verificado el hecho habilitante, previsto en la ley pertinente, como hecho generador del derecho a la prestación de la seguridad social.

Lo expresado es claramente demostrativo de que la correcta teleología de la norma implica que la inexistencia de actividad económica deriva en el corolario de la inexistencia de renta, y por ello no procede la imposición de la referida prestación de pasividad como una renta.

Por otra parte, una actitud e interpretación contraria vulneraría claramente la igualdad que debe darse entre situaciones idénticas (que siempre parten de la inexistencia de actividad generadora de renta), como en su fundamento son las detalladas en el referido art. 2 lit C) inciso 2°.

En conclusión, cabe expresar que las prestaciones de pasividad de jubilaciones y pensiones no son renta.

En consecuencia, se entiende que la imposición de las jubilaciones y pensiones, constituye una violación al art. 67 de la Constitución, tanto en cuanto desvirtúa el concepto y naturaleza de los beneficios de pasividad al considerarlos incorrectamente como renta, como fundamentalmente en cuanto viola la adecuada protección

y garantía de los mismos respecto de la adecuación, ajuste y mantenimiento de su poder adquisitivo conforme prescribe y es voluntad de aquél. Y, aún más, se gravan las prestaciones de pasividad con un tributo cuyo producto va a ser destinado claramente a fines ajenos al sistema de seguridad social de las pasividades, detrayendo recursos que en realidad debían ser utilizados para las prestaciones del mismo, lo que es aún peor. Ello se verifica en contradicción con el lit. B) del inc. 3, no solamente no se presta asistencia financiera para cumplir con el contenido de la norma sino que se detraen recursos del sistema con fines totalmente ajenos al mismo.

Es decir que **se viola la norma constitucional mencionada en todos sus aspectos.**

V) En la medida que consideran que la norma legal cuestionada incurre en el apartamiento y violación de la norma constitucional señalada, los Dres. Rodríguez Caorsi y Bossio Reig, entienden que podría decirse, en forma complementaria, que atento a lo explícitamente dispuesto por esta norma, la ley viola también lo establecido en el art. 72 de la Constitución que consagra la protección de los derechos y garantías que son inherentes a la personalidad humana.

En efecto, es indudable que en el estado actual del derecho comparado, los

derechos de pasividad (jubilaciones y pensiones) son considerados como esenciales, y su protección necesaria en virtud de parámetros de justicia y de valoración ética por parte de la sociedad. Por lo demás, la preocupación por la seguridad social ha sido incluida en varias declaraciones y pactos internacionales. A tales efectos, se pueden citar por ej. el preámbulo de la Constitución de la O.I.T., la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1946 de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 9), la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 17 de noviembre de 1988, la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR.

Precisamente, el art. 67 asume esa posición de protección y garantía como ya vimos, consagrándola a nivel constitucional, siendo la misma en cuanto interesa al caso aprobada y puesta en vigencia por una enorme mayoría de la sociedad (más del 80% del cuerpo electoral). Por ello, los derechos de pasividad, tanto en lo que se refiere a su financiación como a su cuantificación y mantenimiento de su valor real en lo económico y social, podrían ser considerados también incluidos en la protección constitucional del

art. 72 sin que ello signifique una violencia interpretativa. La importancia que le da el texto constitucional (art. 67) a la solución que propugnamos, permite una consideración armónica de ambas normas.

Resulta claro que la aplicación del impuesto, no puede verse "compensada" por el reajuste efectuado por el índice medio de salarios.

Es así, que se desprende claramente, que luego de efectuadas ambas operaciones (reajuste por aumento y descuento por I.R.P.F.) se le ocasiona un perjuicio al jubilado que es, precisamente, lo que el art. 67 de la Constitución quiere evitar, pero no sólo por una cuestión de montos sino (y es lo más importante) porque se está incumpliendo con el mandato constitucional.

Es bien explícita la voluntad del constituyente de que las prestaciones de pasividad sean defendidas y garantizadas en su poder adquisitivo, regulando su incolumidad.

VI) Los Sres. Ministros Dres. Rodríguez Caorsi y Bossio Reig, consideran, asimismo, que otro aspecto a destacar, en el que se deberá efectuar especial énfasis, más allá de los puntos anteriormente señalados, es que la sentencia N° 256/1997, por parte de la Corporación, no constituye un antecedente jurídicamente válido para refutar los

argumentos expuestos.

En esa oportunidad se analizó el art. 24 de la Ley N° 16.697 que estableció las tasas del impuesto creado por el art. 25 y siguientes del Decreto-Ley N° 15.524 de 15 de junio de 1982, las cuales eran de 1% hasta el monto imponible equivalente a tres salarios mínimos nacionales mensuales, 2% cuando el monto imponible supere los tres salarios mínimos nacionales mensuales y hasta el equivalente a siete de dichos salarios mensuales y 6% cuando el monto imponible supere el equivalente a siete salarios mínimos nacionales mensuales.

En ese fallo se consideró que los intereses en juego (el subjetivo del titular y el colectivo de la sociedad) fueron balanceados adecuadamente en la norma atacada sin que resultare inconciliable lo en ella previsto con el concepto de "retiro adecuado" previsto en la Carta.

Los fundamentos principales de la Sentencia N° 256 de la S.C.J. de 29 de agosto de 1997, no son de recibo en cuanto la misma sostiene que debe realizarse una simple armonización del art. 67 de la Constitución con el art. 85 num. 4° de la misma, por lo que podría disminuirse el monto a percibir por jubilación o pensión por la aplicación de cualquier impuesto.

Ello no es de manera alguna admisible. En el caso, nos encontramos con dos normas de jerarquía constitucional que tienen las siguientes características:

1 El art. 85 num. 4º, proviene de la Constitución de 1830 y sienta el principio general de que la potestad de establecer tributos radica en el Poder Legislativo, según la antigua tradición que tuvo su formulación inicial en la Carta Magna de 1215 en la Inglaterra anglonormanda. Esa norma conjuntamente con el art. 10 inc. 2 de la Constitución consagra el principio de legalidad, en materia tributaria, que informa el Derecho Constitucional occidental del cuál formamos parte.

Pero ello no quiere decir que la referida potestad no tenga limitaciones por parte de normas de la misma jerarquía jurídica. Sin ir más lejos, en materia de exoneración tributaria, el art. 133 inc. 2º de la Constitución (proveniente de la reforma constitucional de 1967) se aparta del régimen general en materia de iniciativa legal para la presentación de proyectos de ley, disponiendo que en el citado caso la iniciativa corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo.

2 Precisamente el art. 67 (constituye también una norma de jerarquía constitu-

cional pero de **carácter especial** y en tanto tal, si la misma establece una solución que limita la norma general del art. 85, aquélla prima necesariamente).

El referido art. 67 no sólo garantiza a los pasivos un "retiro adecuado" (como sostiene la Sentencia de la Corporación de 29/8/997), sino que en su inc. 2º consagra el derecho a que los **titulares de jubilaciones y pensiones no vean menoscabados, disminuidos los ingresos provenientes de tales conceptos. Es claro que la norma establece el principio de que no se afecte negativamente el poder adquisitivo de las jubilaciones y pensiones.** Y esa fue indudablemente la motivación de ese inc. 2º que resulta de sus propios antecedentes y el cual fue incluido en el texto constitucional por la reforma del 26/11/989 como consecuencia de una iniciativa popular y aprobado entonces por la inmensa mayoría del cuerpo electoral.

Ergo, se debe necesariamente aplicar esta norma constitucional especial, la cual es claramente limitativa de las facultades establecidas en el art. 85 num. 4º de la Constitución.

No se trata de un problema de armonización de normas, sino de la aplicación directa del principio consagrado en la norma especial y limitativa, conforme a los criterios lógicos de interpretación y de hermenéutica jurídica.

Por lo demás, tampoco es compartible la cita del Dr. Aparicio Méndez realizada, puesto que la misma corresponde a "Estudios de Derecho Administrativo" (pág. 34) de ese autor, que ya había fallecido con mucha anterioridad a la reforma constitucional de 1989.

En función de lo expresado y de lo ya manifestado en otra parte de la presente, procede concluir terminantemente que las **pasividades en tanto tales, no pueden ser gravadas por el I.R.P.F. ni por ningún otro impuesto que signifique una disminución de las mismas y una afectación de su poder adquisitivo.**

De lo contrario, se incurriría en una flagrante violación al contenido y sentido del art. 67 de la Constitución, ya sea en forma directa o indirecta, norma de jerarquía constitucional que por su carácter de especial debe primar necesariamente sobre aquélla de carácter general.

Las presentes consideraciones son realizadas en forma adicional a las ya desarrolladas en relación a la violación que supone el I.R.P.F. al principio de igualdad (art. 8 de la Constitución) y al art. 72.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

DECLÁRASE INCONSTITUCIONAL E
INAPLICABLE AL CASO CONCRETO EL ART. 8 DE LA LEY N°
18.083 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2006, EN CUANTO MODIFICA EL
TÍTULO 7 DEL TEXTO ORDENADO DE 1996 EN SUS ARTS. 2 LIT.
C), EN CUANTO LA REFERIDA DISPOSICIÓN INCLUYÓ COMO HECHO
GENERADOR DEL TRIBUTO ENTRE LAS RENTAS COMPRENDIDAS, A:
"... LAS JUBILACIONES, PENSIONES Y PRESTACIONES DE
PASIVIDAD DE SIMILAR NATURALEZA", Y 33, CON EXCEPCIÓN DE
LO DISPUESTO EN EL INCISO SEGUNDO, EN TANTO ESTABLECE:
"NO ESTARÁN INCLUIDAS LAS GENERADAS EN APORTES
REALIZADOS A INSTITUCIONES DE PREVISIÓN SOCIAL NO
RESIDENTES, AÚN CUANDO SEAN SERVIDAS POR LOS ORGANISMOS
A QUE REFIERE EL INCISO ANTERIOR", A PARTIR DEL 1° DE
JULIO DE 2007. SIN ESPECIAL CONDENACIÓN. COMUNÍQUESE Y
OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.

HONORARIOS FICTOS 100 U.R.

DR. JORGE RUIBAL PINO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. HIPÓLITO RODRÍGUEZ CAORSI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. SARA BOSSIO REIG
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LESLIE VAN ROMPAEY
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE por los mismos
fundamentos desarrollados
en la discordia recaída a
la sentencia N° 43/2008,
que resultan aplicables al

caso. Y destaco asimismo que a diferencia de lo que se
resuelve en la sentencia objeto de la presente
discordia, estimo que no corresponde retrotraer los
efectos de la declaración de inconstitucionalidad a la
fecha de la vigencia de la ley; tal como lo ha sostenido
esta Corporación, con esta integración, en sentencias
Nos. 48/08, 29/08, 16/08, 1/08, 214/07, 157/07, 256/07,
5/08, 264/07, 255/07 y 199/07, entre otras.

DR. DANIEL GUTIÉRREZ PROTO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: pues de-
sestimo la demanda de
inconstitucionalidad
con costas a los pro-
motores, en virtud de
los siguientes funda-

mentos:

1) Liminarmente, corresponde
señalar que más allá de las razones expuestas por la

parte actora en cuanto a la tempestividad de su accionamiento (fs. 30-31), a la fecha, la ley cuestionada ya se encuentra plenamente vigente, por lo que amparar la defensa de la demandada al respecto (fs. 56-62), implicaría un exceso ritual manifiesto.

2) En cuanto a los cuestionamientos fundados en las alegadas violaciones por el art. 8 de la Ley N° 18.083 a los arts. 8, 67 y 72 de la Constitución, me remito en lo pertinente a las consideraciones formuladas en la discordia emitida en la sentencia N° 43/2008, por resultar perfectamente trasladables al subexamine.

DRA. MARTHA B. CHAO DE INCHAUSTI
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA