



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE AZUL 2

Azul, de marzo de 2021.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en estos caratulados: “FRIAS, LAURA LUCRECIA c/ AFIP Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986” Expte. N° 1052/2021, de cuyas constancias;

RESULTA:

1.-Que la amparista ha solicitado se ordene a las demandadas a abstenerse de efectuar retenciones por “impuesto PAIS” y por adelanto de percepción de impuesto a las ganancias sobre los consumos realizados con tarjeta de débito perteneciente a la cuenta de su titularidad.

Relata que el día 11/10/2019 su hija I. B. fue diagnosticada con Leucodistrofia Metacromática, misma enfermedad que padeció su hermana mayor, quien falleció en el año 2015.

Señala que pese a no haber ningún tratamiento efectivo comprobado, sí existen tratamientos experimentales. Conforme surge del informe social realizado por el Hospital de Niños Dr. Debilio Blanco Villegas, que se acompaña, “...Isabella fue seleccionada por “Children’s Hospital of Pittsburgh” y por el laboratorio “Takeda Pharmaceutical Company” para realizar un Trial de reemplazo enzimático, en donde según refieren sus padres podrían ‘frenar el avance de la enfermedad’. Esto implica que el grupo familiar permanezca en Pittsburg, Estados Unidos, durante dos años aproximadamente...”.

Posteriormente, por un acuerdo entre el Hospital de Clínicas de Porto Alegre y el laboratorio “Takeda Pharmaceutical Company”, se presentó la posibilidad de realizar el mismo tratamiento experimental en la ciudad de Porto Alegre, estado de Río Grande del Sur, Brasil.

Que su hija comenzó a recibir el tratamiento en febrero del año 2020 en el Hospital de Clínicas de Porto Alegre, por lo que actualmente ella y sus padres se encuentran viviendo en la ciudad brasileña.

Aclara que el tratamiento es cubierto casi en su totalidad por el laboratorio “Takeda Pharmaceutical Company”; sin embargo, deben soportar diversos gastos consistentes en kinesiología, pañales, libros didácticos, transporte desde su lugar de residencia hasta el hospital de clínicas de Porto Alegre, alimentación y vestimenta.

Manifiesta que tuvo que abrir una cuenta en el Banco de la Nación Argentina (Caja de Ahorro Nro. [REDACTED] sucursal cta. [REDACTED] Tandil, CBU [REDACTED]) específicamente destinada a recibir donaciones para cubrir los gastos no cubiertos del tratamiento de I. B. que no pueden afrontar por sus propios medios.

Destaca que si bien “Takeda Pharmaceutical Company” prohíbe a los profesionales informar resultados anticipados respecto del tratamiento



experimental, los padres han advertido una notoria mejoría respecto de su hija, que incluso ha vuelto a caminar.

Que sobre todos consumos realizados en Brasil con la tarjeta de débito de la cuenta descripta precedentemente se aplican retenciones por "IMPUESTO PAIS" y por adelanto de percepción de impuesto a las ganancias, a pesar de ser gastos destinados a prestaciones de salud los cuales se encuentran exentos de acuerdo con el art. 36 de la Ley 27.541 y con el art. 1 de la resolución General 4815/2020 que establece la retención del 35% a cuenta de Ganancias.

Manifiesta que en este caso particular, continuar realizando las retenciones - aunque luego se devuelvan los importes retenidos- provocaría un daño irremediable porque implicaría agotar el dinero destinado a sustentar el tratamiento de su hija.

Luego de ofrecer prueba de su parte, concluye solicitando se dicte sentencia receptando favorablemente lo peticionado.

2. En fecha 11/03/2021 contesta la codemandada AFIP, a través de su apoderada la Dra. Susana Calvo.

En primer lugar realiza una negativa de los hechos expuestos y documentación acompañada por el actor, pasando luego a contestar demanda por los argumentos a los cuales me remito brevitatis causa.

3. En fecha 15/03/2021 se presenta el codemandado Banco de la Nación a través de su apoderado el Dr. Pedro Fernández Ribet. Vista la fecha de notificación de la demanda -9/03/21-, la contestación deviene extemporánea.

Y Considerando:

Primero: Que la presente causa se encuentra en condiciones de resolver en forma definitiva, en orden al estado procesal descrito.

Cabe señalar en primer lugar que, toda vez que el diagnóstico de I.B. no ha sido cuestionado, el tema en debate se circunscribe únicamente a determinar si corresponde que las demandadas continúen aplicando las retenciones previstas en la ley 27541 y en la Resolución General de Afip N° 4815/2020 sobre la cuenta de titularidad de la actora.

El artículo 35 de la ley 27541 dispone: "*Establécese con carácter de emergencia, por el término de cinco (5) períodos fiscales a partir del día de entrada en vigencia de la presente ley, un impuesto que se aplicará en todo el territorio de la Nación sobre las siguientes operaciones:...* b) *Cambio de divisas efectuado por las entidades financieras por cuenta y orden del adquirente locatario o prestatario destinadas al pago de la adquisición de bienes o prestaciones y locaciones de servicios efectuadas en el exterior, que se cancelen mediante la utilización de tarjetas de crédito, de compra y débito comprendidas en el sistema previsto en la ley 25.065 y cualquier otro medio de pago equivalente que determine la reglamentación, incluidas las relacionadas con las extracciones o adelantos en*





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE AZUL 2

efectivo efectuadas en el exterior. Asimismo, resultan incluidas las compras efectuadas a través de portales o sitios virtuales y/o cualquier otra modalidad por la cual las operaciones se perfeccionen, mediante compras a distancia, en moneda extranjera.

A su vez, la Resolución General 4815/2020 implementó un régimen destinado a adelantar el ingreso de las obligaciones correspondientes al Impuesto a las Ganancias, aplicable sobre las operaciones alcanzadas por el “Impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria (PAIS)”

Ambas normativas impactan sobre los gastos realizados con la tarjeta de débito de la actora, quien la utiliza para afrontar los desembolsos que demanda su estancia en el vecino país.

Ante el reclamo efectuado por la amparista, la AFIP se ha limitado a informar que cuando no corresponde la percepción practicada, el adquirente puede solicitar la devolución del gravamen percibido ante el agente de percepción correspondiente. Similar posición mantiene con respecto a la retención establecida por la RG 4815/2020.

Segundo: Reseñado lo anterior, corresponde referirme en este punto a la situación del grupo familiar de la amparista.

Según se desprende del informe social obrante en autos el padre de I. B. se desempeña de forma esporádica como empleado en un negocio de refrigeración, perteneciente a familiares. La madre, por su parte, trabaja también de manera esporádica, como empleada de limpieza en un “hotel casa de familia”. Los ingresos económicos el grupo familiar son inestables y escasos, ya que no pueden trabajar de manera regular porque la niña necesita ser asistida las 24 hs. del día por su diagnóstico.

En el mismo consta además que la familia ya ha sufrido la pérdida de su hija [REDACTED], quien falleció en el año 2015 a la edad de cuatro años por la misma enfermedad que aqueja a su hermana menor.

A raíz de la situación económica antes descrita, la amparista abrió una cuenta en el Banco de la Nación Argentina destinada a cubrir los gastos del tratamiento de su hija, que recibe el aporte solidario de muchas personas individuales y de campañas, rifas, peñas, etc emprendidas por diversos sectores de la comunidad.

No obstante ello, al estar viviendo en el exterior debido al tratamiento de su hija, las retenciones por el impuesto P.A.I.S. y por el adelanto del impuesto a las ganancias impactan sobre los fondos donados, aumentando en un 65% el valor de cada erogación realizada con la tarjeta de débito.

Tercero: Corresponde destacar que el art. 36 de la ley 27541 establece que “...*Tampoco se encontrarán alcanzadas por el presente impuesto las siguientes operaciones: a) Los gastos referidos a prestaciones de salud, compra de*



medicamentos, adquisición de libros en cualquier formato, utilización de plataformas educativas y software con fines educativos...”.

Por su parte, el art. 1 de la Resolución General 4815/2020 de AFIP dispone que *“No se encuentran sujetas al presente régimen de percepción las siguientes operaciones: a) Los gastos referidos a prestaciones de salud, compra de medicamentos...”.*

En el marco de cuanto se ha expuesto, considero que la situación de la actora se encuentra dentro de las excepciones citadas anteriormente. En efecto, el grupo familiar se halla en una posición de extrema vulnerabilidad, sin poder trabajar debido a los cuidados que demanda la atención de I.B., sustentándose a través de donaciones de su comunidad y viviendo en el extranjero a fin de procurar a la niña un tratamiento experimental que atempere la grave enfermedad que la aqueja.

En tal contexto, bueno es resaltar que el “derecho a la preservación de la salud”, si bien no se encuentra explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional – con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios –, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados “derechos implícitos” de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 33 de la Constitución Nacional).

Así lo ha reconocido históricamente la doctrina más destacada (vgr. Humberto Quiroga Lavié), para quien este derecho se encuentra implícito en la soberanía de un pueblo que necesita fortalecerse en el crecimiento físico y espiritual de sus integrantes (“Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, pág. 159).

Asimismo, el art. 25 de la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” – con jerarquía constitucional según lo dispuesto en la ley 27044- establece que *“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud...”.*

Ello no parece observarse en el caso de autos, dado que a todos los consumos realizados en Brasil por la familia de la menor, con la tarjeta de débito de la cuenta señalada, se le aplican retenciones por Impuesto País y retenciones por adelanto de percepción de impuesto a las ganancias, a pesar de ser gastos realizados en el marco de un tratamiento de salud.

Cabe resaltar además que, más allá de que los gastos efectuados no se dirigen directamente a solventar dicho tratamiento, no cabe duda ninguna, al menos en mi criterio, de que el espíritu que inspiró a las excepciones previstas en la





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE AZUL 2

ley 27541 y en la RG 4815 fue el de evitar entorpecer terapias como las que lleva a cabo I.B.

Más teniendo en cuenta la situación económica de una familia que, dependiendo de donaciones para subsistir, no se encuentra en condiciones de esperar el prolongado tiempo que demora la Administración en devolver el dinero de las retenciones efectuadas.

Que es del caso recordar que el Alto Tribunal ha expresado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (CSJN - Fallos 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (CSJN - Fallos 316:479).

El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, establece entre las atribuciones del Congreso, la de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, situación en la que se encuentra la menor (ver copia del certificado de discapacidad adjuntado digitalmente).

Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (nominados en el art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema), el Tribunal Cívero ha reafirmado en posteriores pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido en el derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas. (Fallos 321: 1684 y 323:1339).

Entiendo entonces que la actitud asumida por las demandadas lesiona, restringe y amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías reconocidos a la amparista. La posición evidenciada carece de toda razonabilidad, pues la expone a un derrotero interminable de tramitaciones administrativas a fin de obtener la devolución del dinero, que solo dificultan las posibilidades de su hija de continuar recibiendo el tratamiento médico en Brasil.

Sin duda, ese retardo y la necesidad de garantizar el derecho a la salud de I.B. revelan la procedencia de la vía intentada.

Por último, no es ocioso recordar, en este orden de ideas, que la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de señalar que los menores y los discapacitados, “a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento



de estos casos” (confr. in re “Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional”, del 15.06.04, CNCCFed., Sala 3).

A la luz de las circunstancias expuestas, considero que debe hacerse lugar a la presente acción.

Cuarto: En cuanto a las costas, entendiendo que la cuestión en litigio es susceptible de diversas interpretaciones y las partes, en virtud de ello, pudieron creerse con razón suficiente para litigar en resguardo de sus pretensos derechos, considero que deben ser impuestas por su orden (art. 68, 2da parte del CPCN).

Quinto: Corresponde en este punto valor económicamente la actividad de la abogada patrocinante de la parte actora en los términos de los art. 15, 16, 19 y 48 de la ley 27423, para lo cual el proceso será entendido como de “monto indeterminado”.

Al respecto, considero que la Defensora Oficial Dra. Victoria Sánchez Soulié ha explicado de manera adecuada los hechos y ha formulado la petición con diligencia y fundamento jurídico. Además encuentro que ha logrado su cometido atento el resultado obtenido.

En virtud de lo cual,

FALLO:

1.- Haciendo lugar a la presente acción y, en consecuencia, ordenando a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Banco de la Nación Argentina que se abstengan de efectuar retenciones por el llamado “impuesto PAIS” y retenciones por adelanto de percepción de impuesto a las ganancias sobre los consumos con tarjeta de débito de la Caja de ahorro [REDACTED] perteneciente al Banco de la nación Argentina, sucursal cta. [REDACTED] Tandil, CBU [REDACTED] de titularidad de Lucrecia Frias, hasta que finalice el tratamiento de su hija I.B. en el exterior.

2.- Imponiendo las costas a la accionada. A tales efectos regúlense los honorarios de la Defensoría Oficial por la representación de la actora, conforme al mérito, extensión y naturaleza de los trabajos realizados, y lo previsto por los arts. 1,15, 16, 17 y 48 de la ley 27423 y la Acordada 1/2021 en la suma de Pesos setenta y siete mil doscientos cuarenta (\$77.240), equivalente a 20 UMAs.

A tal importe se adicionarán los aportes tributarios y previsionales que por ley pudieren corresponder.

No se regulan honorarios a los letrados de las accionadas por entender que se encuentran comprendidos en el art. 2 de la ley arancelaria, a menos que acrediten estar en una situación diferente.

Protocolícese y notifíquese.

