

## Semana de la Academia de Derecho

### Doctrina

# Causas de extinción de la comunidad conyugal

Eduardo A. Sambrizzi

Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.



**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La muerte de uno de los esposos.— III. Muerte presunta de uno de los cónyuges.— IV. La anulación del matrimonio putativo.— V. Extinción en caso de divorcio.— VI. Separación judicial de bienes solicitada por uno solo de los esposos.— VII. Concurso o quiebra del otro cónyuge.— VIII. Extinción de la comunidad por la separación de hecho sin voluntad de unirse.— IX. Designación de curador de otra persona distinta al cónyuge.— X. Extinción de la comunidad por la modificación del régimen vigente de comunidad.

#### I. Introducción (\*)

Se suele creer que las únicas causas de extinción de la comunidad conyugal (antes denominada *sociedad conyugal*), son el divorcio y la muerte de uno de los esposos. Sin embargo, ello no es así, debiendo por de pronto señalar que, además del divorcio y de la muerte comprobada de la persona, la comunidad conyugal también se extingue, entre otros supuestos, por la muerte presunta.

Otra de las causas de extinción de la comunidad consiste en la anulación del matrimonio putativo, que es lo que ocurre cuando el matrimonio es nulo, pero al menos uno de los esposos es de buena fe.

La comunidad conyugal también puede extinguirse a solicitud de uno de los cónyuges, no obstante continuar vigente el matrimonio. Ello puede ocurrir en determinados casos, como cuando la mala administración de uno de los esposos le acarrea al otro el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales. También, si se declara el concurso preventivo o la quiebra

del otro cónyuge; cuando los esposos están separados de hecho sin voluntad de unirse; y cuando por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero. Pero debe quedar en claro que en estos últimos casos la comunidad no se extingue de pleno derecho, sino que debe ser judicialmente requerida por uno de los esposos.

Por último, la comunidad conyugal también puede extinguirse cuando luego de transcurrido al menos un año, los cónyuges convienen en modificar el régimen de comunidad, pasando a uno de separación de bienes.

Lo hasta aquí dicho resulta de los artículos 475 y siguientes del Código Civil y Comercial; y a esas causas me voy a referir seguidamente.

#### II. La muerte de uno de los esposos

##### II.1. La muerte comprobada de uno de los esposos

II.1.a. La muerte comprobada produce de pleno derecho la disolución de la comunidad en el mismo momento del hecho

Junto con la muerte presunta, la muerte comprobada es la primera de las causas de extinción de la comunidad, que enumera el art. 475.

La extinción se produce de pleno derecho en el mismo momento en que se produce la muerte; y no, en cambio, el día del fallecimiento (1), lo que, obviamente, no es lo mismo, coincidiendo esa solución con lo normado en la primera parte de los arts. 2277 y 2280 del Código (2). En lugar de lo cual, en el Proyecto enviado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, el art. 476 establecía que “en caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento, sin que se pueda convenir la continuación de la comunidad”.

El momento de la muerte puede determinar la calidad propia o ganancial de ciertos bienes, como, por ejemplo, del dinero que se percibiera en concepto de la indemnización por despido, según que este se produjera antes o después de la muerte de su cónyuge, puesto que, según la doctrina mayoritaria, si el despido fuera anterior a la muerte, la indemnización será ganancial, y de carácter propio si fuera posterior.

Naturalmente que podrá existir el problema derivado de no poder determinarse con una cierta exactitud el momento de la muerte, pero dicha circunstancia constituye una situación que dependerá de la prueba que se produzca al respecto; y si ello no pudiera ser determinado, deberá estarse a lo dispuesto por el art. 6 del Código, por aplicación del cual deberá concluirse que la muerte se produjo a la medianoche del día en que la misma ocurrió.

II.1.b. Supuesto de la disolución de la comunidad por muerte estando en trámite un juicio de divorcio

En caso de que la muerte de uno de los esposos se produjera estando en trámite un juicio de divorcio, caduca la acción de divorcio, ya que la misma disuelve el vínculo matrimonial, dejando, en principio, de tener razón de ser el objeto del juicio, por lo que el otro esposo no puede continuar la acción (3). Por dicha circunstancia —además de por un aspecto ético, que indica la conveniencia de dar por concluido el juicio (4)— es que tampoco podrían los herederos del cónyuge fallecido continuarlo. Por tanto, al no poder como consecuencia del fallecimiento dictarse la sentencia de divorcio, no se producirá

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 26 de agosto de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2008, 4ª ed., t. II, p. 371, parágr. 392; GUAGLIANONE, Aquiles H., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, Buenos Aires, 1965, ps. 162 y sig., y nota 3; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Código Civil Comentado”, Derecho de familia patrimonial, Santa Fe, 2004, p. 235; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., t. I, p. 874; BASSET, Úrsula C., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, AA.VV., Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. III, p. 342; BELLUSCIO,

Augusto César, “Derecho de Familia”, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, 8ª ed., p. 372, parágr. 272. Zannoni, en cambio, afirma que la disolución de la sociedad “opera de pleno derecho al día del fallecimiento de uno de los cónyuges” (“Derecho Civil. Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., t. I, p. 706, parágr. 558). Lo mismo entiende Arianna, en la nota “Disolución de la sociedad conyugal”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, AA.VV., Buenos Aires, 1991, t. I, p. 881, d). Conf., ARIANNA, Carlos A. y BERTINI, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Suplemento Especial de Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, Buenos Aires, 2014, p. 32.

(2) Dichas disposiciones mejoran la redacción del art. 3410 del derogado Código Civil, en cuanto según este último, el heredero forzoso entra en la posesión de la herencia desde el día de la muerte, así como la del art. 3415, que disponía que la sucesión tiene efecto retroactivo al día de la muerte de su autor, normas que, según se ha afirmado, no debían ser entendidas en sentido literal. Véase al respecto, entre otros, PERRINO, Jorge O., “Derecho de Familia”, ob. cit., t. I, ps. 874 y ss.

(3) Conf. BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia”, Buenos Aires, 2008, 10ª ed., act. por Guillermo Borda (h), t. I, p. 513, n° 584; D'ANTONIO, Daniel Hugo, “Derecho de Familia”, en colaboración con María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1990, t. II, p. 342, b); FANZOLATO, Eduardo I., en “Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial”, AA.

VV., bajo la dirección de BUERES, Alberto J. y Highton de Nolasco, Elena, Buenos Aires, 1995, coment. al art. 202, p. 917; IÑIGO, Delia B., en la publicación recién cit., t. I, coment. al art. 235, p. 1052, parágr. 3; ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, 5ª ed., cit., t. I, p. 707, parágr. 558; KIELMANOVICH, Jorge L., “Procesos de Familia”, Buenos Aires, 1998, p. 150, 6; ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de Derecho Civil”, México, 1995, 26ª ed., t. I, ps. 418 y sigs., 6; PONS GONZÁLEZ, Manuel - DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, “Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial: Régimen jurídico”, Granada, 1995, p. 135.

(4) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia”, ob. cit., 10ª ed., t. I, p. 513, n° 583; CNCiv., sala A, LA LEY 74-613; CNCiv., sala B, LA LEY, 68-1; SCBA, LA LEY 53-725. Conf., art. 290 del Código Civil de México.

#### Jurisprudencia

##### Régimen de información de planificaciones fiscales

Suspensión de los efectos de la res. gral. 4838/2020 (AFIP). Entrega de datos que integran el ámbito de intimi-

dad. Exceso reglamentario. Caucción juratoria. Procedencia de la medida cautelar.

CFed. General Roca, 06/08/2021. - Consejo Profesional Ciencias Económicas Río Negro c. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ impugnación de acto administrativo. 4

##### Asignación Universal por Hijo

Suspensión por incompatibilidades. Error del ente administrativo. Acción de amparo. Admisibilidad de la vía intentada. Procedencia. Disidencia.

CFed. Bahía Blanca, sala II, 06/08/2021. - Pucheta, María Elizabet c. ANSeS s/ amparo ley 16.986. 6

el efecto retroactivo que en su primera parte dispone el art. 480 del Código con respecto a la disolución de la comunidad conyugal por divorcio, la que quedará disuelta con la muerte (5).

También la declaración de fallecimiento presunto extingue la acción de divorcio, ya que de acuerdo con los arts. 435 y 476 del Código, esa declaración disuelve el vínculo matrimonial. Distinta era la solución en el derogado Código Civil, según el cual, la declaración de fallecimiento presunto no disolvía el vínculo matrimonial (conf., art. 213, inc. 2°), por lo que la acción de divorcio podía ser continuada con el defensor oficial, en representación del cónyuge presuntamente fallecido.

### III. Muerte presunta de uno de los cónyuges

#### III.1. La comunidad conyugal queda disuelta con la declaración del fallecimiento presunto

Existen una serie de supuestos, contemplados en los arts. 85 y ss. del Código, que determinan la posibilidad de la declaración por parte del juez, del fallecimiento de una persona de la que no se tiene noticia. Pero no es la simple ausencia de su domicilio por parte de quien, por ejemplo, ha emprendido un largo viaje, la que puede dar lugar a la declaración de fallecimiento presunto, sino su desaparición durante un determinado tiempo sin que se tengan noticias ciertas sobre su existencia y, por tanto, sobre si la persona continúa o no con vida, pudiendo la duda creada ser —como fácilmente se advierte— de distinta magnitud, según las circunstancias en que la misma haya desaparecido (6).

Luego de la realización de los trámites que legalmente corresponden y del transcurso de los plazos de ley —que varían, según las circunstancias de la desaparición de la persona—, se llega finalmente a la declaración del fallecimiento presunto.

La comunidad, como tal, queda *disuelta* con la declaración de fallecimiento presunto —que, además y como ya recordé, disuelve al matrimonio—, retrotrayéndose los efectos de la extinción al día presuntivo del fallecimiento, como se dispone en la última parte del art. 476. Como se advierte, contrariamente al caso de la muerte comprobada, en que la comunidad queda disuelta en el momento del fallecimiento, en el supuesto de la muerte presunta se considera que la extinción de la comunidad se produce a las 24 horas del *día presuntivo* en que se considera que la persona falleció (conf., art. 6, Cód. Civil y Com.).

#### III.2. La reaparición del declarado fallecido hace renacer la comunidad ya disuelta

En efecto, ello es así con fundamento en lo normado por el art. 91 del Código, que en su última parte establece que si *se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento*.

Parece claro que al quedar sin efecto dicha declaración, además del matrimonio, también renace la comunidad, sin perjuicio de la validez de los actos realizados hasta la re-

aparición del presuntamente fallecido, tanto con respecto a la celebración de un nuevo matrimonio por parte del cónyuge superviviente, como en relación a los bienes conyugales.

### IV. La anulación del matrimonio putativo

#### IV.1. La anulación priva a los esposos del estado de casados

Dicha anulación constituye otra de las causas de extinción de la comunidad conyugal. El principal efecto que se produce con motivo de la sentencia que anula el matrimonio es el de desplazar a los contrayentes del estado de familia de casados, privándolos, de tal manera, de los efectos naturales que derivan de ese estado. Ese desplazamiento se produce, para el o los cónyuges de mala fe, con efecto retroactivo al tiempo de la celebración del matrimonio, por ser la sentencia de carácter declarativo, lo que es así a diferencia del supuesto de disolución del matrimonio, en que la sentencia, que tiene efecto constitutivo, produce efectos para el futuro (aunque en el divorcio, los efectos se producen desde una fecha anterior).

Pero esa retroactividad de la sentencia al tiempo de la celebración del matrimonio en el caso de nulidad no es absoluta, pues ello sucede siempre que ninguno de los esposos sea de buena fe. Esa buena fe por parte de al menos uno de los cónyuges hace que se califique al matrimonio nulo como *putativo*, derivando de ese supuesto una serie de efectos que benefician tanto a los hijos de esa unión, como al cónyuge que celebró el matrimonio desconociendo (7) la causa que fue motivo de la nulidad; pero no al esposo de mala fe. Pero para que un matrimonio pueda ser considerado putativo, debe ser *nulo*, lo que hace que no pueda ser considerado como tal el matrimonio *inexistente* (8).

Pues bien, el matrimonio anulado tiene efectos para el o los cónyuges de buena fe hasta el día de la sentencia, conforme resulta de los arts. 428 y 429 del Código. Zannoni afirma al respecto que la doctrina del matrimonio *putativo* constituye una excepción al principio general en cuanto a los efectos de la nulidad, lo que hace que, con respecto al esposo de buena fe, la sentencia no se proyecta hacia el pasado, sino solo hacia el futuro —*ex nunc*— sin perjuicio del efecto declarativo general de la misma (9).

Debo al respecto señalar que dado lo establecido en los precitados arts. 428 y 429 sobre el tiempo hasta el cual produce efectos el matrimonio nulo contraído de buena fe, llama la atención lo dispuesto en los dos primeros párrafos del art. 480, donde se afirma —sin hacerse distinción con relación al matrimonio putativo— que su anulación produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda; o de la separación de hecho, sin voluntad de unirse si precedió a la anulación del matrimonio.

Es importante además poner de relieve que en el supuesto de que ambos esposos hubieran sido de mala fe, la retroactividad de la sentencia de nulidad al día de la celebración del matrimonio hace que la comunidad de bienes nunca haya existido,

por lo que, en tal caso, no se puede dar la posibilidad de su extinción ni, obviamente, de su liquidación (10). De allí que, entre los casos de extinción de la comunidad, el art. 475 enuncie el de la anulación del matrimonio putativo y no, en cambio, la anulación que se produce siendo ambos esposos de mala fe.

### V. Extinción en caso de divorcio

#### V.1. El divorcio produce “ipso iure” la extinción de la comunidad

##### V.1.a. Supuestos generales

De acuerdo con lo dispuesto en los tres primeros párrafos del artículo 480 del Código, el divorcio produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de divorcio por parte de los cónyuges (11). Lo que es así, salvo que antes de cualquiera de esos hechos los esposos hayan estado separados de hecho sin voluntad de unirse, en cuyo caso el efecto retroactivo es al día de esa separación. No obstante, el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

El legislador ha considerado —con razón— que el dictado de una sentencia de divorcio extingue la comunidad, lo que resulta una circunstancia suficiente como para que ninguno de los cónyuges continúe participando de los bienes que adquiriera el otro. Como señala Belluscio, la cesación legal de la convivencia priva de fundamento a la ganancialidad de las adquisiciones posteriores, en las cuales no puede suponerse que medie colaboración alguna, material ni moral, entre los esposos (12); de allí la retroactividad de la sentencia de divorcio al momento de la separación de hecho de los mismos.

La extinción de la comunidad se produce con independencia de la culpa en que hubieran incurrido los cónyuges —que en el actual Código ni siquiera se juzga—, como también del hecho de que ellos la hubieran o no solicitado, puesto que la misma se produce *ipso iure* con el dictado de la sentencia de divorcio (13), no resultando necesaria la iniciación de una acción posterior a ese efecto.

##### V.1.b. Supuestos especiales

No obstante lo dicho, en el caso de divorcio existen supuestos especiales que seguidamente referiré y que llevan a la aplicación de soluciones particulares.

V.1.b.i. Caso en que previamente a la demanda se practica una mediación con fundamento legal

Si bien por aplicación de la ley 24.573 de mediación previa obligatoria, en determinados juicios, como los de divorcio, entre otros, no resulta necesario practicar necesariamente una mediación antes de la iniciación del juicio; el demandante puede optar por realizarla, supuesto en el cual se plantea el interrogante relativo a si la disolución de la comunidad se producirá con la notificación de la audiencia de mediación

o, como resulta del artículo 480 del Código, con la de la demanda o con la petición conjunta de los cónyuges solicitando se declare el divorcio.

De una interpretación exegética de la norma recién citada se podría llegar a la conclusión de que la disolución debería producirse con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda —o de la petición conjunta—, lo que no parecería razonable si cuando el art. 480 se refiere a la *demandada*, se interpretara dicho término como notificación al otro cónyuge mediante un procedimiento legal de la intención de llevar adelante un proceso de divorcio. De ser así, y con ello coincido, la disolución deberá producirse a la fecha de la notificación de la audiencia de mediación (14).

V.1.b.ii. Divorcio decretado en el extranjero, por una sentencia que nada resuelve sobre la disolución de la comunidad

Otro supuesto especial, y que entiendo que merece ser destacado, es la situación que se produce cuando la separación o el divorcio se decreta en el extranjero mediante una resolución judicial en la cual nada se expresa con relación a la disolución de la comunidad, caso en el cual se ha discutido si la misma se encuentra o no disuelta en nuestro país.

Durante la vigencia del anterior Código se ha resuelto al respecto, con fundamento en lo dispuesto en la primera parte del art. 1306 (similar es lo dispuesto en el art. 475 inc. c) de la nueva normativa), que establecía que “la sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal”, que “frente a este principio legal y teniendo en cuenta que la sentencia de divorcio es constitutiva de estado, el hecho de que la sentencia decretada en Alemania que pasó en autoridad de cosa juzgada no contenga pronunciamiento sobre la disolución de la sociedad conyugal en nada incide para que se efectúe la partición de los bienes existentes en la República Argentina, que se rigen por las leyes del país (art. 10, Código Civil)” (15).

### VI. Separación judicial de bienes solicitada por uno solo de los esposos

El art. 477 del Código Civil y Comercial permite que, en los casos que enumera, uno de los esposos pueda por su sola voluntad requerir la separación judicial de los bienes que forman la comunidad, no obstante continuar vigente el matrimonio. A esos casos me referiré a continuación.

#### VI.1. Mala administración

Como resulta del inc. a) del art. 477, para poder uno de los esposos solicitar judicialmente la separación de los bienes que forman la comunidad, debe ocurrir que la mala administración del otro cónyuge le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.

Aunque cabe aclarar que en cualquier momento los cónyuges pueden, de común acuerdo, en cumplimiento del plazo establecido en el art. 449 y mediante el otorgamiento de la escritura requerida en dicha norma,

conforme resulta de los artículos 828 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de esa provincia, reformado por la citada ley (conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., “Régimen de Bienes del Matrimonio”, ob. cit., p. 147; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, “Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2017, ps. 393 y ss., XII).

(15) CNCiv., sala B, LA LEY, 1981-D, 44, con nota aprobatoria de GOLDSCHMIDT, Werner, “Una sentencia de divorcio alemana como causal del cese de una comunidad de bienes argentina”.

(5) Véase FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo, “Régimen de Bienes del Matrimonio”, Buenos Aires, 2004, p. 147.

(6) En las *Novelas*, de Justiniano, se establecía que en caso de ausencia de uno de los esposos durante el término de cinco años sin que existieran noticias sobre si estaba o no vivo, el otro cónyuge podía contraer un nuevo matrimonio.

(7) Desconocimiento que no puede resultar de un error de derecho, ni tampoco de un error de hecho no excusable, salvo que el error hubiera sido provocado por dolo.

(8) Conf., BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de De-

recho de Familia”, ob. cit., 8ª ed., t. I, p. 366, parágr. 163.

(9) “Derecho Civil. Derecho de Familia”, 5ª ed., cit., t. I, p. 398, parágr. 302.

(10) Véase, ARIANNA, Carlos A., “La extinción de los regímenes patrimoniales en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, RDF 64, 54.

(11) Con respecto a la petición conjunta, recuerdo que el art. 437 establece que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

(12) “Manual de Derecho de Familia”, ob. cit., 8ª ed., t. II, p. 161, parágr. 396, a). Conf., ARIANNA, Carlos Alber-

to, “Disolución de la sociedad conyugal”, ob. cit., p. 875.

(13) SC Buenos Aires, LA LEY, 1987-C, 344.

(14) Esa es, por otra parte, la solución actualmente admitida por los jueces en lo relacionado con el momento desde el cual debe comenzar a devengarse la cuota de alimentos fijada en la sentencia con efecto retroactivo (art. 644 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). La misma solución debería a nuestro juicio aplicarse en la provincia de Buenos Aires, en que la ley 11.453 establece la obligatoriedad en los divorcios contenciosos, de una etapa conciliatoria previa ante un funcionario judicial —el llamado *Consejero de Fam-*



volver al régimen de comunidad. Lo que es así, sin perjuicio de respetarse los actos practicados y los derechos adquiridos por los terceros.

#### VI.2. Cuándo se puede considerar que ha habido mala administración

No es enteramente sencillo determinar con precisión cuándo puede afirmarse que uno de los cónyuges ha incurrido en la causal de mala administración. Sin embargo, se pueden señalar ciertas pautas, tales como la existencia de importantes resultados negativos en la administración de los bienes, o un endeudamiento elevado y sin un motivo razonable que lo pudiera justificar, o gastos excesivos, o causas similares que puedan llevar en forma vertiginosa o paulatina a la pérdida por parte del esposo al que se le imputa una conducta de esa naturaleza —que no necesariamente tiene por qué ser dolosa, pero sí, imputable al mismo (16)—, de los bienes gananciales administrados por él.

Entre otros autores, Méndez Costa afirma que “la mala administración consiste en la gestión ineficiente de los bienes, causada por la falta de aptitudes o de diligencia del administrador por su actitud dispendiosa o por su ánimo de perjudicar al cónyuge, exteriorizados en actos determinados que, aun sin causar la ruina del patrimonio, comporten un peligro serio y efectivo para el derecho del otro cónyuge a compartir los gananciales del mal administrador al extinguirse la sociedad conyugal” (17).

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvo que la mala administración se integra con un elemento objetivo, constituido por una gestión inepta, gastos excesivos, disipación, insolvencia, y uno subjetivo, consistente en la falta de aptitud, negligencia o dolo; y que la administración debía valorarse en su conjunto, y no de acuerdo con un acto aislado, salvo que este, por su magnitud o entidad, aparejare el peligro que la ley tiende a evitar.

Según ha sido resuelto con relación al tema, “hay mala administración de la sociedad conyugal cuando el marido administra su masa de gananciales en forma desordenada, inepta, dispendiosa, de tal manera que haya perjudicado a la mujer respecto de sus bienes propios, o entrañe peligro de que la perjudique en esos bienes o en los gananciales de su administración”, y que “la mala administración que autoriza a pedir la separación de bienes no se configura por una pérdida o quebranto accidental, por el mayor o menor acierto en los negocios, sino que esa causal requiere una conducta de contornos definidos, que se exteriorice

en una serie de actos y que en el contexto de una administración, evidencien un obrar desaprensivo, temerario o de franca ineptitud” (18). Como también que “la mala administración del marido existe cuando el proceder de este acarrea, o bien su insolvencia o bien un desacierto o desorden en los negocios que se traduzca en pérdidas o quebrantos aptos para provocar el peligro que el artículo 1294 del Código Civil ha tenido en vista” (19).

#### VI.3. Sobre qué bienes debe recaer la mala administración

Si bien en principio la mala administración que da lugar a la posibilidad de requerir la separación de bienes debe recaer sobre los bienes gananciales —como dispone el inciso a) del art. 477—, ello también puede ocurrir con respecto a los bienes propios cuando esa mala administración impidiere o limitare la percepción de rentas —que, como es sabido, son de carácter ganancial (20)— o, en el supuesto de que los bienes propios fueran necesarios para cubrir los derechos del otro esposo al tiempo de la disolución de la comunidad, o cuando pudiera redundar en la contracción de deudas que absorberían tanto una como otra categoría de bienes (21). En tal sentido, Méndez Costa coincide en que la mala administración también puede recaer sobre los bienes propios, dado que, agrega, “serán necesarios para saldar las recompensas destinadas a recomponer los gananciales y porque la mala gestión de estos bienes puede repercutir en el endeudamiento apto para absorberlos” (22).

Mazzinghi, en cambio, sostiene que la mala administración debe practicarse únicamente sobre los bienes gananciales (23), en tanto que Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda afirman que para que se configure el presupuesto que contemplaba el anterior art. 1294 del Código Civil, “se deberá comprobar un manejo de su masa ganancial desordenado, inepto o dispendioso, perjudicando al consorte en su derecho a participar en los bienes gananciales existentes al momento de la disolución”, así como también, que la gestión torpe y ruinosa de uno de los cónyuges, debe “poner en un peligro cierto y efectivo el patrimonio del otro cónyuge, frustrando así el derecho a compartir los gananciales” (24).

Recuerdo, asimismo, que en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *de lege lata* se aprobó por mayoría que la mala administración a que se refiere el artículo 1294, debía producirse sobre bienes ya sea propios o gananciales.

#### VI.4. La mala administración deberá ser acreditada

Distintamente al supuesto del concurso o quiebra, en que debe existir una declaración

judicial de la que resulte haberse producido una de esas situaciones, en el caso de la mala administración, esta debe ser debidamente acreditada, lo que, por tratarse de una situación de hecho, en principio puede serlo en forma amplia, inclusive por testigos y presunciones.

No obstante, dicha prueba no puede producirse por la sola confesión o reconocimiento del esposo al que se le imputa una conducta de esa naturaleza, por cuanto, si así pudiera ser, los cónyuges podrían llegar a ponerse de acuerdo en obtener una separación de los bienes gananciales por su sola voluntad, violando de tal manera el régimen imperativo de bienes que la ley ha establecido con relación al régimen de comunidad, que solo permite que se practique la separación de los bienes en los casos en que taxativamente es admitida (25).

### VII. Concurso o quiebra del otro cónyuge

#### VII.1. Nociones generales

De acuerdo con lo normado en el art. 477 inc. b) del Código, uno de los esposos puede pedir la separación judicial de bienes, *si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge*.

Como para que se produzca la causal de concurso o quiebra de uno de los esposos resulta necesaria una declaración judicial, producida la misma, no se requiere ninguna otra prueba o requisito adicional a fin de acreditar el hecho de haber ocurrido la causa que puede dar lugar a la petición de separación judicial de los bienes gananciales de los esposos. Es innecesaria, por tanto, la prueba del peligro de perder el derecho sobre los gananciales.

#### VII.2. En la práctica, la disposición carece en buena medida de relevancia

En efecto, la posibilidad de poder el esposo *in bonis* en caso de concurso o quiebra del otro cónyuge requerir la separación judicial de los bienes de la comunidad carece en parte de relevancia práctica, desde que, por aplicación de la segunda parte del art. 461 y de la primera del art. 467 del Código Civil y Comercial —y sin perjuicio de las excepciones establecidas en el resto de dichas normas—, cada uno de los esposos responde ante los terceros acreedores únicamente con sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.

Lo que hace que, aparte de sus bienes propios, son únicamente los gananciales que administra el esposo concursado los que forman parte del activo del concurso; o, en el caso de quiebra, de los bienes que deben liquidarse y repartirse entre los acreedores.

Pero no los gananciales del otro esposo, los que, por lo tanto, no corren riesgo en el supuesto de darse cualquiera de esas situaciones (26). Aunque esto es así solo en principio, debido a que los acreedores del concursado o fallido podrían cuestionar, con fundamento en la existencia de un eventual fraude, el hecho de que determinados bienes adquiridos en realidad por este último se hubieran puesto a nombre del esposo no concursado, con la finalidad de evitar la afectación de los mismos al pago de las deudas de aquel.

#### VII.3. El esposo no concursado no puede retirar del activo del concurso o quiebra la mitad de los gananciales de titularidad de su consorte

En efecto, el hecho de que el esposo no concursado tenga un derecho eventual sobre el 50% de los gananciales adquiridos por su cónyuge no significa que en virtud de la separación de bienes lograda con fundamento en el art. 477 inc. b), pueda requerir el retiro del concurso de la mitad de esos bienes (27). Lo que es así, ya que, como recién recordé, cada uno de los esposos responde frente a sus acreedores con la totalidad de sus bienes propios y de los gananciales que hubiera adquirido.

Quiero recordar una sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza, en la que se resolvió que “el derecho de los cónyuges del concurso a la partición del acervo respecto de los bienes gananciales del causante está supeditado a que sea desinteresada la masa del concurso, ya que se trata de gananciales administrados por el marido y que responden por las deudas contraídas por este; pues los gananciales del marido al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal continúan haciendo frente a las obligaciones por él contraídas” (28).

Con fundamento en las análogas disposiciones contenidas en el Código Civil y en la ley 11.357, se ha decidido que “el carácter ganancial de los bienes solo tiene virtualidad en las relaciones entre cónyuges, pero resulta irrelevante para los terceros acreedores, cuya prenda común se halla conformada por el patrimonio del deudor, sin distinguir entre bienes propios y gananciales; por ende, esta calificación solamente dará lugar a la aplicación de recompensas entre los cónyuges en oportunidad de la liquidación de la sociedad conyugal. Consecuentemente, en caso de solicitarse la separación de bienes por aplicación del artículo 1294 del Código Civil durante el trámite de concurso preventivo de uno de los esposos, la respectiva liquidación no podrá tener lugar hasta tanto no queden satisfechos los acreedores; sobrevinida la quiebra, el cónyuge podrá hacer efectivo su crédito si hubiese remanente, pues no puede

(16) Conf., ARIANNA, Carlos A. y BERTINI, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. In-división poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 36.

(17) “Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial”, ob. cit., p. 239. Véase, asimismo, ARIANNA, Carlos A., “Disolución de la sociedad conyugal”, ob. cit., p. 897, y “La extinción de los regímenes patrimoniales en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, ob. cit., RDF 64, 55, b.1); AZPIRI, Jorge, “Régimen de bienes en el matrimonio”, ob. cit., p. 202; PERRINO, Jorge O., “Derecho de Familia”, ob. cit., t. I, p. 901; CAPPARELLI, Julio César, “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el artículo 1294 del Código civil”, LA LEY, 1988-B, 913; BELLUSCIO, Augusto C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, RDF 4, 77; HERRERA, Marisa, “Manual de Derecho de las Familias”, Buenos Aires, 2016, p. 225, 4.2.2., a).

(18) CNCiv., sala B, LA LEY, 1988-D, 493. con nota aprobatoria de UGARTE, Luis Alejandro, “La separación de bienes por mala administración y las garantías legales otorgadas al cónyuge no administrador”. Conf., BELLUSCIO, Augusto César, “Derecho de Familia”, ob. cit., p. 367,

parágr. 270, a).

(19) CNCiv., sala C, LA LEY 127-259, con nota cit. de ZANNONI, Eduardo A., “Reflexiones en torno a la separación judicial de bienes de la sociedad conyugal por mala administración o concurso del marido”.

(20) Conf., ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, ob. cit., 5ª ed., t. I, p. 699, parágr. 549; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., “Manual de derecho de familia”, Buenos Aires, 2016, 7ª ed., p. 223, parágr. 276, a); BELLUSCIO, Augusto C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, ob. cit., RDF 4, 78 y sig., e); SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, Buenos Aires, 2015, p. 172, ii); Conf., ARIANNA, Carlos A. y BERTINI, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. In-división poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 36.

(21) BELLUSCIO, Augusto C., “Derecho de Familia”, ob. cit., p. 367, parágr. 270, a).

(22) “Código Civil Comentado. Derecho de familia patrimonial”, ob. cit., p. 238. Conf., ARIANNA, Carlos Alberto, “Disolución de la sociedad conyugal”, ob. cit., p. 898.

(23) MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de Derecho de

Familia”, ob. cit., 4ª ed., t. II, p. 390, parágr. 405. Cabe recordar que estando vigente la anterior redacción del art. 1294 (antes de su reforma por la ley 23.515), en que la mala administración del marido debía traerla a la mujer peligro de perder sus bienes propios, la Cámara Civil 2ª de la Capital, en un fallo citado por Mazzinghi, resolvió hacer lugar a la separación de bienes por la causal apuntada, no obstante que el marido no había administrado bienes dotales (o sea, propios de la mujer), habiéndose sostenido al respecto que cabía presumir que no habría de tener mejor éxito ante la administración de dichos bienes, dado su mala disposición para los negocios.

(24) “Régimen de Bienes del Matrimonio”, ob. cit., p. 144.

(25) Conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo, “Régimen de Bienes del Matrimonio”, ob. cit., p. 146; AZPIRI, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, ob. cit., p. 205; BELLUSCIO, Augusto C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, ob. cit., Véase, asimismo, MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de Derecho de Familia”, ob. cit., 4ª ed., t. II, p. 391, parágr. 405, c).

(26) Conf., CAPPARELLI, Julio César, “La mutación del

régimen patrimonial matrimonial en el artículo 1294 del Código Civil”, LA LEY, 1988-B, 913; ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, ob. cit., 5ª ed., t. I, p. 701, parágr. 552; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, cit., t. I, p. 902, 2); ARIANNA, Carlos Alberto e ILUNDAIN, Mirta, “Los bienes gananciales ante la insolvencia del cónyuge”, RDF 13, 172; ROVEDA, Eduardo Guillermo, “El concurso o la quiebra como causal de separación judicial de bienes (art. 1294, Código Civil)”, TR LALEY AR/DOC/7054/2012; VIDAL TAQUINI, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª ed., 6ª reimpr., Bs.As., 2005, p. 393, parágr. 321; SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, ob. cit., p. 173; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., “Manual de derecho de familia”, ob. cit., p. 224, parágr. 276.

(27) Conf., entre muchos otros, JUNYENT BAS, Francisco A., JUNYENT, Patricia y PERETTI, M. Victoria, “El régimen patrimonial del matrimonio en el CCCN, con especial referencia al concurso o quiebra de alguno de los cónyuges”, DFyP 2018 (mayo), 14.

(28) ED, 160-70, con nota de GUASTAVINO, Elías P., “Los gananciales del fallido y el enigma del artículo 1294 del Código Civil”.

pretender preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor” (29).

VII.4. Aunque no siempre, la separación de bienes en caso de concurso o quiebra podría resultar inconveniente para el esposo *in bonis*

Lo que afirmo en razón de que además de no poder sustraer gananciales de la masa del concurso con preferencia a los acreedores del concursado, sino únicamente después de ser pagados estos, de exigir la separación el esposo *in bonis* debería a su vez entregar la mitad de los bienes gananciales que hasta ese momento administraba, que de ahí en más pasarán a formar parte de los bienes que administra el concursado y, en consecuencia, de la masa del concurso (30).

Gowland afirma al respecto que “invocar la protección del artículo 1294 Código Civil para quedar a la expectativa de dividir un hipotético remanente del concurso o quiebra, y tener a cambio que dividir los gananciales de la propia administración, parece, ciertamente, mal negocio” (31). Capparelli a su vez pone de relieve que la división de los bienes solo será beneficiosa para el esposo que requiere la disolución, en el caso de que el no concursado no tuviera en su patrimonio bienes gananciales que partir con su consorte, y que lo que busca es hacer cesar la ganancialidad para el futuro (32).

En efecto, no obstante lo dicho al comienzo de este inciso, lo cierto es que si el cónyuge *in bonis* careciera de bienes de carácter ganancial y tuviera ingresos, ya sea por su trabajo o por rentas de bienes propios (u otros ingresos que, de no estar casado bajo el régimen de comunidad, serían propios), podría convenirle la extinción de la comunidad conyugal, por cuanto en ese supuesto esos ingresos pasarían, a partir de

la extinción, a ser de carácter propio de ese esposo.

#### VII.5. Modificación del régimen

Al igual que en el supuesto de la separación judicial de los bienes por mala administración, también en el caso de la separación por concurso o quiebra ambos esposos pueden, de común acuerdo, en cumplimiento del plazo establecida en el art. 449 y mediante el otorgamiento de la escritura requerida en dicha norma, volver al régimen de comunidad. Lo que es así, sin perjuicio de respetarse los actos practicados y los derechos adquiridos por los terceros.

#### VIII. Extinción de la comunidad por la separación de hecho sin voluntad de unirse

Tal como más arriba he señalado, el art. 477 del Código establece que la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges... c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse.

Cualquiera de los esposos puede iniciar la acción, no importando cuál de ellos tuvo la iniciativa de la separación. La reanudación de la convivencia luego de decretada la separación judicial de bienes por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse no hace reanudar la comunidad ya disuelta, no obstante lo cual los esposos pueden modificar el régimen de separación por el de comunidad, lo que deben hacer por escritura pública, luego del transcurso del plazo de un año expresado en el art. 449 del Código.

#### IX. Designación de curador de otra persona distinta al cónyuge

De acuerdo con el inc. d) del art. 477, la separación judicial de bienes puede ser

solicitada por uno de los cónyuges... si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.

Queda en claro que del art. 477 no resulta que la declaración de incapacidad de uno de los esposos tenga como una consecuencia inmediata y necesaria la extinción de la comunidad y, por tanto, la separación de los bienes gananciales, ya que, de decretarse la incapacidad, la separación podrá —o sea, que es facultativo— ser pedida por el esposo sano, pero ello, únicamente si se designare curador a un tercero.

El interés del esposo sano en la separación de los bienes resulta de la circunstancia de no querer que un tercero —la persona designada curador de su cónyuge— administre en ese carácter los bienes gananciales existentes a nombre del declarado incapaz, sobre los cuales aquel tiene una legítima expectativa sobre el cincuenta por ciento. Por lo que, en la situación descrita, es entendible que se le haya conferido al esposo sano el derecho de pedir la separación de los bienes del matrimonio, siendo tanto mayor su interés cuanto mayor sea la cantidad e importancia económica de los bienes gananciales que administraba el cónyuge con incapacidad.

En el supuesto de que con motivo de la revisión de la sentencia declarativa de incapacidad, a que alude el art. 40 del Código, el juez dejara sin efecto la declaración de incapacidad, la comunidad conyugal que hubiera sido disuelta podrá reanudarse siempre que hubiera transcurrido el término de un año establecido en el art. 449 y la comunidad se reanudare por escritura pública, debiendo siempre respetarse los derechos adquiridos por los terceros.

#### X. Extinción de la comunidad por la modificación del régimen vigente de comunidad

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 449 del Código, después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3359/2021

#### Más información

[Sambrizzi, Eduardo A.](#), “Calidad propia o ganancial de bienes en el régimen de comunidad”, LA LEY 15/10/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2883/2021

[Pellegrini, María Victoria](#), “Revisión contractual de convenios de liquidación de la comunidad y pactos de distribución de bienes en las uniones convivenciales”, RDF 100, 147, TR LALEY AR/DOC/1568/2021

#### Libro recomendado

[Tratado de Derecho de Familia](#)

Autor: Sambrizzi, Eduardo Antonio

Edición: 3ª 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(29) CNCom., sala E, ED 153-468, con nota de GOWLAND, Alberto Jorge, “El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)”; CNCom., sala A, LA LEY, 1981-D, 361; CNCom., sala B, ED., 166-576, con nota de GUASTAVINO, Elías P., “La quiebra y el cónyuge del fallido”; CNCiv., sala C, LA LEY, 1976-D, 376; ídem id., LA LEY, 1993-C, 241, con nota de HIGHTON, Federico R., “Bienes gananciales ante la quiebra del cónyuge”; SC Bueno Aires, ED 138-485; CNCom., sala E, ED 131-236, con nota de MAZZINGHI, Jorge A., “El concurso como causa de separación de bienes”; ídem,

sala A, LA LEY, 2007-F, 733, con nota aprobatoria de SOLARI, Néstor E., “Subasta de un bien ganancial del fallido”; C2aCiv. y Com. Córdoba, RDF, 2003-II-169.

(30) Conf., MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, “Derecho de Familia”, ob. cit., p. 390, VII; BELLUSCIO, Augusto César, “Derecho de Familia”, ob. cit., ps. 367 y ss., parágr. 270, c); SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, ob. cit., p. 173; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., “Manual de derecho de familia”, ob. cit., p. 224, parágr. 276; JUNYENT BAS, Francisco A.; JUNYENT, Patricia y PERETTI, M. Victoria, “El régimen patrimonial del matrimonio en el CCCN, con especial

referencia al concurso o quiebra de alguno de los cónyuges”, ob. cit.

(31) “El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)”, ED 153-468. Conf., MAZZINGHI, Jorge A., “El concurso como causa de la separación de bienes”, ob. cit.; ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, ob. cit., p. 702, parágr. 552; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado, “Derecho de familia patrimonial”, ob. cit., p. 241; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, ob. cit., t. I, p. 902, 2); BELLUSCIO, Augusto C., “La separa-

ción de bienes sin separación de cuerpos. Segunda Parte. Separación judicial de bienes por concurso”, RDF 19, 12, IV, b); VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El régimen de bienes en el matrimonio”, ob. cit., p. 393, parágr. 321.

(32) CAPPARELLI, Julio César, “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el artículo 1294 del Código Civil”, LA LEY, 1988-B, 914. Conf., ARIANNA, Carlos A. y BERTINI, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. División poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 38.

## Jurisprudencia

### Régimen de información de planificaciones fiscales

**Suspensión de los efectos de la res. gral. 4838/2020 (AFIP). Entrega de datos que integran el ámbito de intimidad. Exceso reglamentario. Caución juratoria. Procedencia de la medida cautelar.**

1. - La medida cautelar requerida por el Colegio Profesional de Ciencias Económicas de la ciudad de Neuquén tendiente a ordenar a la AFIP suspender los efectos de la res. gral. 4838/2020 debe ser confirmada, pues se encuentra por acreditado el “humo de buen derecho”, atento al exceso —presunto— en que habría incurrido el organismo recaudador al disponer, por medio de una resolución general, la entrega de datos que integran el ámbito de intimidad resguardado por el art. 19 de la Constitución nacional, al que solo puede in-

gresarse —en principio— por medio de una ley en sentido formal. En efecto, el art. 3º de la norma cuestionada al caracterizar el concepto de “planificación fiscal nacional” hace referencia a cualquier “esquema, plan, y cualquier otra acción de la que resulte una ventaja fiscal o cualquier otro tipo de beneficio”, lo que demuestra la amplitud con la que fue regulada la materia a ser informada y, con ello, la latente posibilidad del obligado de quedar en la difícil posición de: primero, identificar todas las acciones que pueden ser encuadradas en esa vaga definición; y, luego, en entregar información íntima que —sensible o no— puede igualmente integrar aquel ámbito de resguardo (según la doctrina sentada por la Cámara en “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia del Neuquén” —28/07/2021, TR LALEY AR/JUR/112526/2021—, a la cual remite). [1]

2. - La imposición de una caución de tipo juratorio resulta suficiente, ya que el Colegio actor encauza reclamos de un colectivo de profesionales que ven

frustrado de alguna manera su derecho a trabajar, lo que dispara la excepción del art. 10 inc. 2 —en función del art. 2, inc. 2— de la ley 26.854, al tratarse de un derecho de naturaleza alimentaria.

**CFed. General Roca, 06/08/2021. - Consejo Profesional Ciencias Económicas Río Negro c. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ impugnación de acto administrativo.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/124254/2021]

#### Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia del Neuquén c. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ inc. apelación s/impugnación de acto administrativo”, 28/07/2021, TR LALEY AR/JUR/112526/2021

#### Costas

A cargo de la demandada.

**2ª Instancia.-** General Roca, agosto 6 de 2021.

*Considerando:*

Que de acuerdo con lo establecido en el art. 26 del decreto-ley 1285/1958, es facultad de las cámaras de apelaciones dictar sus resoluciones por voto de los magistrados que las integran, por lo que en esta ocasión cada uno de los miembros de este tribunal emitirá su opinión en la forma que sigue.

El doctor *Lozano* dijo:

1. La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 76/83, desestimó el planteo de falta de legitimación interpuesto por el demandado y rechazó la medida cautelar requerida por el actor por la que pretendía la suspensión de los efectos de la Resolución General de AFIP N° 4838/2020 en los



términos del art. 24 inc. a) LPA, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Para así decidir, y luego de reseñar los fundamentos de la resolución cuestionada, el *a quo* entendió que no se daban los requisitos exigidos en el art. 13 de la ley 26.854 para suspender los efectos de un acto estatal. En este sentido, dijo respecto del primer recaudo —acreditación sumaria de que el acto o norma ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior— que la postulación del actor en cuanto a que ello castigaría “a aquellos profesionales a los que se llama “asesores fiscales” a pesar de existir normas de jerarquía superior... que protegen el accionar de los mismos” importaba reconocer que el riesgo consistía en las hipotéticas consecuencias sancionatorias previstas en el art. 14 de la resolución para los asesores fiscales en caso de incumplimiento, lo que demostraba lo conjetural del planteo. Añadió a ello que desde octubre de 2020 —momento de entrada en vigencia de la normativa— no se han registrado sanciones sobre los matriculados, lo que tornaba aún más remota la posibilidad de considerar acreditado el recaudo del peligro en la demora.

Luego analizó lo atinente a la verosimilitud del derecho, respondiendo una a una las objeciones a la norma que el requirente entendió relevantes para la configuración del requisito.

En primer lugar, sobre la retroactividad ilegal del precepto, dijo que el propio artículo 18 de la resolución reconocía que las disposiciones entrarían en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial. A eso agregó que existía una confusión entre dos conceptos, “uno la obligación de informar, la carga de que se trata, y otro es aquello que se informa”, concluyendo de ello que el deber creado regía desde el momento de la publicación de la norma y que, en cambio, el art. 10 solo determinaba temporalmente, hacia “atrás en el tiempo”, el contenido del informe. Agregó que según ese catálogo serían objeto de informe las planificaciones fiscales en curso a la fecha de su emisión, criterio que concordaba con las previsiones del art. 7 del Cód. Civ. y Comercial.

En cuanto a la violación al principio de legalidad, remarcó nuevamente la confusión en la que, a su juicio, caía el actor al equiparar la carga de informar de los profesionales y la de crear tributos, pues solo a esta última, dijo basándose en un precedente de la CSJN, le cabía plenamente aquel principio.

Destacó, además, que la facultad general de crear nuevos agentes de información estaba dada por la Resolución N° 618/1997 de la AFIP, cuya constitucionalidad —señaló— no fue cuestionada en el caso, lo que habilitaba, entonces, a reconocer nuevos sujetos obligados. Dijo que la propia CSJN reiteradamente validó las facultades comprendidas por el decreto.

Agregó que el planteo del requirente relativo a que las facultades de los arts. 35 y 107 de la resolución solo podían ser ejercidas en un concreto procedimiento de fiscalización y no mediante un régimen de información general como el fijado por la norma, ya había sido desestimado por la CSJN en Fallos: 319:71.

Seguidamente se refirió a la dificultad alegada por el actor de interpretar ciertos términos elementales de su obligación informativa, más precisamente el concepto de “planificación fiscal” que, según lo postulado, remitía a lugares ajenos al texto de la norma —un “micrositio” web—. Sobre el punto dijo que tales caracterizaciones no eran institutos tributarios, para los que sí

era necesario un marco normativo y conceptual riguroso, sino “instrumentos conceptuales que sirven a la hora de identificar posibles comportamientos de contribuyentes que podrían derivar en evasiones, objetivo en definitiva de la resolución de la AFIP”. Agregó que el sitio web no había sido a la fecha creado y que la propia AFIP había relevado de las obligaciones a los asesores fiscales hasta tanto se lo pusiese en funcionamiento. Destacó que las definiciones incluidas allí solo alcanzaban los términos “planificaciones fiscales nacionales” y “planificaciones fiscales internacionales” y que “su acepción principal sí en cambio queda contenida en los incisos a) hasta e) sin remisión a ningún micrositio, y sobre su redacción nada ha sido objetado en términos de dificultar su sentido a la hora de su aplicación por parte de los asesores fiscales”.

En cuanto al planteo relativo a la presunta violación del secreto profesional y privado señaló, luego de detallar los datos que según la norma debían informarse (residencias fiscales, estatus de establecimientos y “derechos inherentes al carácter de beneficiario, fiduciante, fiduciario, fideicomisario (o similar), de fideicomisos —trusts o similares— de cualquier tipo constituidos en el exterior, o en fundaciones de interés privado del exterior o en cualquier otro tipo de patrimonio de afectación similar situado, radicado, domiciliado y/o constituido en el exterior”) que por naturaleza ellos no podían ser considerados íntimos o sensibles.

Tampoco entendió afectado el secreto profesional en tanto, dijo, la propia Corte Suprema “ha descartado su invocación en el marco de regímenes de información generales como el de marras, por cuanto “resulta evidente que dicha normativa importa una dispensa establecida con motivos justificados y razonables respecto del deber de reserva o secreto” (Fallos: 320:2725), en este caso de los contadores”.

Agregó a ello que el artículo 8 de la resolución expresamente reconocía que si el profesional decidía ampararse en la prerrogativa allí contemplada debía notificar al contribuyente —titular de los datos—, con lo que se abría la chance de que este lo relevase del secreto.

Por otro lado abordó lo atinente a la ilegalidad e inconstitucionalidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento. Para descartar tal alegación refirió que el art. 14 remitía, en caso de verificarse alguna causal, a las sanciones previstas en la ley 11.683, por lo que nada decidía la resolución del organismo recaudador en este aspecto. En igual sentido destacó que en caso de que se produjesen sanciones los afectados contaban con las vías recursivas previstas por el art. 38 de ese cuerpo normativo.

Por último, en relación a los efectos que produciría el incumplimiento de la carga de información, previstos en el artículo 13, el *a quo* sostuvo que no se observaban razones para desconocer jurisdicción a la AFIP para “condicionar la tramitación de ciertas solicitudes como la incorporación y/o permanencia en los distintos registros implementados por el organismo, o constancias de situación impositiva o previsual, pues los objetos mismos de esas solicitudes caen por dentro de sus funciones (según el art. 7° del decreto 618/1997 ya considerado), quien los ha creado y así podría a su vez modificar los requisitos para obtenerlos, y lo mismo cabe predicar de las consecuencias en el encuadramiento de categoría según Sistema de Percepción de Riesgo (SIPER)”.

En función de todo ello entendió que no se encontraban cumplidos los recaudos

cautelares y por tanto debía desestimarse la petición de la accionante.

2. Contra esa decisión se alzó el actor a fs. 84/87 expresando agravios a fs. 95/111, los que merecieron el responde de su contraria de fs. 113/122.

El recurrente, en primer lugar, cuestionó la interpretación del *a quo* sobre la acreditación del peligro en la demora. Sostuvo que lo alegado por el magistrado en relación a que ese recaudo no se encontraba configurado por cuanto no existían sanciones a la fecha ni luego de cuatro meses de la entrada en vigencia de la norma, resultaba “absurdo” debido a que, precisamente, lo que pretendía evitarse con el dictado de la cautelar era el proceso sancionatorio previsto para el caso de no informar en los términos de la resolución. Destacó que si se hubiesen sancionado matriculados la “medida cautelar nada evitaría y la petición judicial debería ser otra”.

Señaló que la norma amenazaba con sancionar gravemente a quienes incumpliesen con ella resaltando que la urgencia estaba dada por la “posibilidad de activar la fuerza punitiva estatal”.

Luego debatió las desestimaciones realizadas por el *a quo* de las alegaciones con las que pretendió acreditar la verosimilitud del derecho.

Sobre la retroactividad de la norma, dijo que el *a quo* había omitido considerar que la resolución obligaba al asesor a realizar nuevamente la planificación fiscal ya formalizada en el pasado, lo que, dijo, demostraba la inconstitucionalidad de la disposición debido a que “el acto, asesoramiento, planificación que en ese momento pretérito no tenía connotación jurídica alguna, que no era denunciante, que el asesor en su momento no pudo advertir o contemplar disvalor alguno, ahora se le cambió el status jurídico, modificándose la connotación de hechos sucedidos e incorporados al patrimonio de los particulares y ello está prohibido por la Constitución Nacional”.

Añadió que ello se agravaba por el hecho de que el carácter de esa planificación dependía de un micrositio web que no existía y que, además, podía variar en el tiempo.

Destacó también que el art. 7 del Cód. Civ. y Comercial solo permitía la aplicación retroactiva de la ley en caso de que expresamente lo contemplase la norma y cuando no se afectasen derechos constitucionales, lo que no ocurría en el caso debido a que estaba en juego el derecho a la propiedad.

A continuación se abocó a cuestionar los argumentos por los que el magistrado rechazó, liminarmente, la afectación del principio de legalidad. Para ello transcribió, en extenso, las disposiciones del art. 35 de la ley 11.683 por medio del cual se regulan los poderes y facultades de los funcionarios y empleados de la AFIP, para luego concluir que “en ninguna parte de la ley se dice que el Poder ejecutivo podrá obligar a “profesionales asesores” a denunciar la planificación fiscal...pasada y futura so pena de sancionarlos”.

Adujo, además, que la facultad del organismo recaudador de requerir información, y la obligación de los contribuyentes de aportarla, dista de la situación prevista en el decreto por el que se obliga a un asesor contable, tercero en la relación del contribuyente con el fisco, a informar “no actuaciones efectuadas, sino “evaluaciones, planificaciones o estrategias” aun cuando estas no hayan sido concretadas”. Culminó este apartado señalando que con ello se afectaba el art. 17 de la Constitución nacio-

nal, lo que determinaba la nulidad absoluta de la resolución en cuestión.

Seguidamente se quejó del rechazo de la postulada violación al secreto profesional. Dijo que lo que la norma pretende que se informe son “deseos, expectativas, aspiraciones, intereses (que finalmente son personales) que el cliente transmite al asesor y este interpreta profesionalmente” por lo cual, al ser circunstancias personales que integran el ámbito de la privacidad, se encuentran —sostuvo— protegidas por el art. 19 de la CN.

Enfatizó que ello se veía agravado por el hecho de que la Resolución 4838/2020 no se refería a planificaciones fiscales agresivas sino a “cualquier otra planificación”.

Destacó que otorgarle a la AFIP la facultad de regular, mediante un acto administrativo, la forma en que debe utilizarse el secreto profesional violaba las disposiciones del art. 19 de la Constitución nacional y los principios de legalidad y de razonabilidad ya que la previsión de la norma, por la cual reconoce la facultad de notificar el pedido de eximición de la garantía de guardar secreto, implicaba corroer la confianza entre el cliente y el profesional.

Por último reafirmó que la remisión a un micrositio web para determinar el alcance de una obligación también contrariaba el principio de legalidad. Dijo que el artículo tercero de la norma, último párrafo, expresamente reconocía que debían informarse las planificaciones fiscales que se encontrasen allí contempladas, agregando que, aun cuando pudiera aceptarse una “delegación “delegada” (del Legislativo al Ejecutivo y de este a la AFIP)” la determinación en tal caso debió ser más precisa.

Hizo reserva de caso federal.

3. El recurso debería prosperar.

Ello debido a que la cuestión fue recientemente resuelta por el tribunal en el precedente “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia del Neuquén c. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ inc. de apelación s/ impugnación de acto administrativo” (FGR994/2021/1/CA1), sent. int. C532/2021, del 28 de julio de 2021, en el que, en lo que aquí interesa, se dijo: “[e]xiste un argumento, de los varios expuestos por la a quo en su decisión, que por su contundencia entiendo suficiente para tener por acreditado el “humo de buen derecho”; me refiero al exceso —presunto, por la provisionalidad del análisis— en que habría incurrido el organismo recaudador al disponer, por medio de una resolución general, la entrega de datos que integran el ámbito de intimidad resguardado por el art. 19 de la Constitución Nacional al que solo puede ingresarse —en principio— por medio de una ley en sentido formal. En efecto, el art. 3, al caracterizar el concepto de “planificación fiscal nacional” hace referencia a cualquier “esquema, plan, y cualquier otra acción de la que resulte una ventaja fiscal o cualquier otro tipo de beneficio” lo que demuestra la amplitud con la que fue regulada la materia a ser informada y, con ello, la latente posibilidad del obligado de quedar en la difícil posición de, primero, identificar todas las acciones que pueden ser encuadradas en esa vaga definición y, luego, en entregar información íntima que —sensible o no— puede igualmente integrar aquel ámbito de resguardo.

“Entonces, dado que el DNU 618/1997, señalado por la demandada como base normativa para el dictado de aquella resolución, no le otorga, *a priori*, facultades que permitan inferir que la Administración se

encuentra autorizada a imponer que se le brinden datos que exceden sus facultades de fiscalización —se exigen “planes”, “acciones”, etc. mediante los que se obtienen beneficios fiscales legítimos—, se observa un exceso en la reglamentación que pone en juego derechos constitucionalmente reconocidos —en el caso la intimidad—, lo que configura, a mi entender, la verosimilitud del derecho exigida para la concesión de la precautoria.

“Por otro lado, también entiendo acreditado el peligro en la demora pues el incumplimiento de la normativa no solo podría acarrear sanciones administrativas y/o penales para los profesionales y contribuyentes —las que, visto lo anterior, estarían sustentadas en una reglamentación que luce, en principio, ilegítima— sino también, tal lo establecido en el art. 13 *in fine* de la resolución, la consecuencia de ser encuadrados los infractores en categorías de fiscalización más severas. En este sentido sostuve en “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia del Neuquén c. Estado Nacional y otro s/ ordinario s/ incidente de apelación” (FGR71000273/2012), del 29 de julio de 2014, que “la sola posibilidad de hallarse en situación de antijuridicidad representa un riesgo para el ente actor. Máxime cuando el grado en que lo está el de *fumus boni juris*, permite morigerar este otro presupuesto para el dictado de la medida”.

“En relación a esto último es prudente recordar la pauta sentada por este cuerpo según la cual en materia de medidas cautelares rige la regla de “proporcionalidad inversa”, que implica que a mayor verosimilitud del derecho menor exigencia cabe requerir sobre el *periculum in mora*, y viceversa (“Bejares, Francisco A. c. Universidad Nacional del Comahue, Servicio de Obra Social (Sosunc)”, sent. int. 85/93; “O. R. S. N. A. c. Municipalidad de S.C. de Bariloche s/ medida cautelar”, sent. int. 376/07, “Palu Lacoste, José O. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) s/ acción de amparo s/ incidente de apelación”, sent. int. 30/12, entre muchísimos otros). En el caso, la entidad del derecho potencialmente afectado —la intimidad— y las graves consecuencias que podrían producirse por el incumplimiento de las disposiciones de la reglamentación que parece haber excedido sus facultades, me llevan a razonar que efectivamente se encuentran cubiertos los requisitos esenciales para el despacho cautelar requerido (...).

“Por lo demás, no se advierte de qué manera la suspensión temporal de la norma puede afectar seriamente el “interés público”, pues este sistema de información no tiene fines recaudatorios (por lo menos no directos) y, además, la AFIP posee métodos de control y fiscalización variados y suficientes como para llevar adelante sus tareas.”

En función de ello, y en consonancia con lo que se resolvió en el fallo citado, entiendo suficiente la imposición de una caución de tipo juratoria —prestada en el escrito de inicio— ya que el Colegio encauza reclamos de un colectivo de profesionales que ven frustrado de alguna manera su derecho a trabajar, lo que dispara la excepción del art. 10 inc. 2 —en función del art. 2, inc. 2— de la ley 26.854 al tratarse de un derecho de naturaleza alimentaria.

Por último, corresponde traer las consideraciones realizadas en el precedente de referencia en cuanto a la imposición de costas, se dijo allí:

“...es necesario reconocer que este tribunal sostuvo en diversas oportunidades el criterio propuesto por el accionado (la

imposición de costas en el orden causado). Así, en “Martínez, Gustavo F. y otro c. AFIP-DGI s/ ley 18.345” (FGR133/2015), sent. int. C 170/2016, del 29 de abril de 2016, se dijo que:

“Esta norma [en referencia al art. 4 de la ley 26.854] prescribe que “Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud”, agregando que “Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes” (art. 4º inc. 1º).

“...lo relevante es que la mera presentación de un informe que está previsto, sustancialmente, para que el Estado se expida sobre el “interés público” involucrado en la cuestión no puede, de ningún modo, generar costas que deban ser afrontadas por el pretensor de la medida, si es que esta no es otorgada.

“Tampoco puede generarlas la decisión unilateral del informante de manifestarse sobre “las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada”. Así lo veo, porque al no ser esta siquiera una carga procesal —desde que si no emplea la facultad de hacerlo ninguna consecuencia en términos de pérdida de derechos le acarrea, pues nada impide que lo haga luego de otorgada la medida si es que decide alzarse contra ella— la decisión voluntaria de bilateralizar el trámite de la pretensión cautelar previo a su dictado —anticipando un contradictorio que en el Código de forma está previsto para suscitarse en el ámbito recursivo— los costos que esa intervención acarree deben quedar a cargo de quien eligió tenerla.”

“Ahora bien, a fines de 2017 se promulgó la nueva ley de honorarios, N° 27.423, que en su art. 37 establece una regulación autónoma para los incidentes cautelares, reconociendo un aumento de la base para el caso de “controversia u oposición”. Esta nueva circunstancia obliga a repensar el carácter de la intervención del Estado Nacional al ser convocado a evacuar la vista, pues no advierto de qué otro modo puede darse la situación de oposición a una medida cautelar previo a su dictado —por imperio del art. 198 del Cód. Proc. Civ. y Comercial deben tramitar “inaudita parte” para evitar su obstaculización, conf. art. 197, última parte, del Cód. Proc. Civ. y Comercial—.

“Este escenario exige revisar aquel criterio, para lo cual propongo la distinción de dos situaciones:

- Si el Estado, en la oportunidad prevista por el informe del art. 4 ya citado, guarda silencio o se limita a indicar cuál es el interés público involucrado en el asunto, pero sin oponerse al dictado de la medida, las costas deberían correr en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Ello así pues en tal caso no luce razonable cargarle la totalidad de los costos generados en la incidencia cuando no ha hecho más que responder asépticamente a un requerimiento judicial;

- Si, en cambio, se opone de alguna manera a la concesión del despacho cautelar y no obstante esa resistencia ella es otorgada, correspondería —aquí sí— aplicar el principio general de la derrota (art. 68, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial) imponiéndole las costas del incidente, pues en este supuesto se estaría ante quien pierde una controversia en la que postuló,

sin éxito, cuál debió ser el sentido de un pronunciamiento jurisdiccional.

“La distinción, a mi entender, se relaciona mejor con el nuevo régimen de honorarios profesionales, lo que me lleva a proponerla al Acuerdo junto con la desestimación total del recurso de la demandada, con costas”.

En función del criterio señalado allí, y en lo particular del asunto, entiendo que las costas de ambas instancias deberían ser soportadas por la demandada (conf. art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Los honorarios de los letrados del actor y de la demandada deberían regularse en un 40% y 30%, respectivamente, de los que se fijen por sus labores en la primera instancia (art. 30 de la ley 27.423).

El doctor *Gallego* dijo:

Comparto las conclusiones efectuadas en el voto que antecede y, en consecuencia, me pronuncio de igual forma.

Por lo expuesto, el tribunal *resuelve*: I. Hacer lugar al recurso interpuesto por el actor, con costas a cargo de la demandada; II. Regular los honorarios conforme lo prescripto en el párrafo final del primer voto; III. Registrar, notificar, publicar y, oportunamente, devolver. — *Mariano R. Lozano — Richar F. Gallego*.

## Asignación Universal por Hijo

**Suspensión por incompatibilidades. Error del ente administrativo. Acción de amparo. Admisibilidad de la vía intentada. Procedencia. Disidencia.**

1. - La suspensión de la AUH se debe a un problema de registración del ente administrativo —AFIP— que genera un grave perjuicio al beneficiario final del reclamo materia de amparo, por lo que, conforme la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, corresponde al Estado a través de los organismos pertinentes arbitrar los mecanismos necesarios a fin sortear tal situación y así poder restablecer la asignación suspendida.

2. - La razón de ser de la AUH radica en mejorar la situación de menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social, como así también de los grupos familiares que se encuentren desocupados o que se desempeñen en la economía informal, de manera tal que, acreditados los extremos para su adquisición, se garantice la universalidad, como así también la transparencia.

3. - La acción de amparo aparece en el caso como la vía idónea para el reconocimiento del derecho que pretende resguardarse, dado que el objeto de este litigio radica en la afectación de derechos constitucionales de carácter netamente alimentario de un menor de edad, siendo este uno de los grupos más vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección —art. 75 incs. 22 y 23 de la CN y art. 3º de la CDN— (del voto de la Dra. Fariña).

4. - La acción de amparo debe ser rechazada, atento a que no se configura la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta con la que ha de afectarse el derecho de la amparista, ya que la ANSeS obró como consecuencia de los datos que se encuentran cargados ante la AFIP en sus registros —los que, de no ser exactos,

deberían haber sido objeto de modificación a instancias de la interesada, máxime cuando estos constituyen la causa de la suspensión del pago de la AUH y esta última la consecuencia—, y a que tampoco concurre el requisito de inexistencia de otra vía apta para canalizar la pretensión impetrada, dado que estos datos registrales, de ser erróneos, son susceptibles de ser rectificadas en la instancia administrativa o, en todo caso, y dependiendo del éxito que pueda obtenerse ante el ente estatal, a través de otro proceso distinto al generado a raíz de la interposición de esta acción (del voto en disidencia del Dr. Picado).

**CFed. Bahía Blanca, sala II, 06/08/2021. - Pucheta, María Elizabet c. ANSeS s/ amparo ley 16.986.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/139226/2021]

### Costas

Se imponen al vencido.

**2ª Instancia.** - Bahía Blanca, agosto 6 de 2021.

El doctor *Larriera* dijo:

1. El Juez de grado hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y en consecuencia ordenó a la ANSeS que, verificados que sean los demás requisitos que dispone la normativa legal aplicable, otorgue a la accionante los beneficios de la ley 24.714 en forma retroactiva al 14/07/2020.

2. La demandada interpuso recurso de apelación a fs. 58/63, siendo en síntesis sus agravios: que la resolución en crisis otorga el beneficio de la ley 24.714 a la accionante en forma retroactiva al 14/07/2020 y que no resulta ser beneficiaria de la Asignación Universal por Hijo, toda vez que registra una situación de revista en AFIP como empleadora, lo que resulta incompatible con la percepción del beneficio; que la situación de revista puede ser modificada a través de una clave fiscal que es personal, única e intransferible; y por último, de la imposición de costas a su parte.

3. Por su parte, la parte actora planteó aclaratoria y apelación en subsidio, rechazando la primera se concedió la segunda el 14/06/2021 (fs. 65).

4. Las partes, actora y demandada no contestaron los traslados conferidos a fs. 65, dándose por decaído el derecho a fs. 66.

A fs. 67 se dio intervención al Ministerio Público Fiscal y a fs. 69/71 dictaminó por el rechazo del recurso impetrado.

5. En primer lugar cabe señalar que la apelación en subsidio se corresponde con el recurso de reposición previsto en el art. 238 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y no con la aclaratoria dispuesta en el art. 166 inc. 2 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por lo que el recurso deducido por la actora se encuentra mal concedido.

6. En las presentes actuaciones, la amparista solicitó por esta vía, que se ordene a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) el pago de la asignación universal por hijo (AUH), que fuera suspendido, con más sus retroactivos adeudados desde enero de 2018.

Señaló que percibió el beneficio hasta fines de 2017, que se encontraba en una relación dependiente (en negro) con los Sres.



Marcelo Fabián Olivera y Nelson Gastón Esquivel, propietarios de la distribuidora "Sry Lanka" de la localidad de Ituzaingó.

Le suspendieron la asignación, por lo cual concurrió a la ANSeS, donde le manifestaron que el cese se correspondía con su calidad de empleadora.

Por su parte en la Agencia Morón de AFIP, le confirmaron su inscripción como empleadora y que a su vez los empleadores eran sus empleados, y que la situación se resolvía desde la página de la institución con su clave fiscal, manifestando que no solo la desconocía, sino que jamás la había tramitado, por lo que no podía entrar a su perfil.

Formuló la denuncia penal, ante la UFIJ 3 de Morón, causa N° 1000-42139-1900 como así también reclamó a sus empleadores, mediante telegrama CD 029111215 AR del 08/10/2019.

Por su parte la representante de la demandada, tanto en el informe previsto en el art. 8 de la ley 16.986 como en la carta documento (obrante a fs. 13 de la documental 1) reconoció que la actora no resulta beneficiaria de la Asignación Universal por Hijo desde el 08/2018, dado que por el cruzamiento de datos entre la ANSeS y la AFIP, se advirtió que la Sra. Pucheta revisaba como empleadora activa, pese a estar dada de baja definitiva como autónoma desde 07/09/2019 y no se encontraba inscrita como monotributista.

7. La ley 24.714 creó el Régimen de Asignaciones Familiares, y en su art. 1, instituyó con alcance nacional y obligatorio, y sujeto a las disposiciones de la presente ley, un régimen de asignaciones familiares basado en "...c) un subsistema no contributivo compuesto por la Asignación por Embarazo para Protección Social y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, destinado, respectivamente, a las mujeres embarazadas, y a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina; que pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal" (inciso sustituido por el art. 1 del Decreto N° 446/2011, BO del 19/04/2011).

El art. 14 bis de dicha norma, dispuso, "La Asignación Universal por Hijo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo o una sola de los padres o de las madres, tutor o tutora, curador o curadora o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada niña o niño y/o adolescente menor de dieciocho (18) años que se encuentre a su cargo, siempre que no estuviere empleado o empleada, emancipado o emancipada o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la presente ley".

El art. 14 ter enumera los requisitos para acceder a la AUH, a saber: "...a. que la niña, el niño, adolescente y/o persona con discapacidad sea argentino o argentina nativo o nativa, naturalizado o naturalizada o por opción... b. Acreditar la identidad del o de la titular del beneficio y de la niña o niño, adolescente... mediante Documento Nacional de Identidad. c. Acreditar que la persona que percibirá el beneficio tiene a su cargo a la niña, al niño o adolescente y/o persona con discapacidad, en función de las disposiciones del Cód. Civ. y Com. de la Nación y de conformidad con la documentación que la ANSeS disponga a estos fines... e. Hasta los cuatro (4) años de edad —inclusive—, deberá acreditarse el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio. Desde los cinco (5) años de edad y hasta los dieciocho (18) años, deberá acreditarse

además la concurrencia de las niñas, los niños y adolescentes obligatoriamente a establecimientos educativos públicos. f. Acreditar que el o la titular del beneficio y la niña, niño, adolescente... residen en el país..."

Tal como se desprende de las normas que abordan la materia, la razón de ser de esta asignación radica en mejorar la situación de menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social como así también de los grupos familiares que se encuentren desocupados o que se desempeñen en la economía informal de manera tal que acreditados los extremos para su adquisición se garantice la universalidad, como así también, la transparencia (considerandos decreto 1602/2009).

Además, por decreto 593/2016 se delegó en la ANSeS la elaboración de una Resolución complementaria que definiera el régimen de compatibilidades de las asignaciones universales contempladas en el art. 1 inc. c de la ley 24.714.

En virtud de ello, la ANSeS dictó la resolución 203/2019, mediante el cual se creó el CUNA (Cobertura Universal de Niños y Adolescentes) como un procedimiento de control, validación y pago de las prestaciones.

8. Sentado el marco normativo, y examinadas las actuaciones se señala que del informe de la AFIP, obrante a fs. 9 de la causa penal acompañada como documental 4, suscripto por la CP Silvia G. Huici, Jefe de Div. Investigación de la Dirección Regional Bahía Blanca se desprende respecto de la Sra. Pucheta, que: "...2. Segmento: Inactivos sin indicios de actividad; 4 - Posee baja definitiva de todos los impuestos: Impuesto a las Ganancias e Impuesto al Valor Agregado desde 09/2011; en aportes a la seguridad social (autónomos) dese el 03/2007; solo se encuentra activa en aportes de la seguridad social, ley 24.241; 5. Relaciones de un contribuyente: solo se informan relaciones familiares (hijos); 6. Participaciones societarias: no existe información registrada en sistema como informado ni informante; 7. Facturación electrónica emitida: no existe información registrada en sistema por el período enero 2008 a noviembre 2019; 8. Consultas de casi de un contribuyente: no surge información respecto a solicitudes de comprobantes; 9. Consulta de puntos de venta: no surge información; 10. RG 3685: no informa compras ni ventas bajo la presente resolución tampoco es informada por terceros como vendedora; 11. Nómina salarial: nunca declaró empleados en relación de dependencia... de la consulta de nómina salarial no son informadas las personas mencionadas en la denuncia: Nelson Gastón Esquivel, Marcelo Fabián Olivera, como empleadores.

En virtud de ello resulta que no se ha demostrado la situación que da lugar a la incompatibilidad, es decir el carácter de empleadora de la Sra. Pucheta, pero sí se acreditó su desempeño en la economía informal en los términos del art. 1 de la ley 24.714

No escapa a la judicatura, que el objeto de la prestación materia de autos es mejorar la situación de los menores en situación de vulnerabilidad, y en el presente quien se encuentra privado de la percepción de la prestación es un menor de 4 años, y siguiendo lo sostenido por el Máximo Tribunal en este sentido, "atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional" (Fallos: 324:122, "Lifshitz").

Por ende resulta que a fin de regularizar la situación es el Estado a través de sus organismos —AFIP y ANSeS— quien se encuentra en una posición más ventajosa para regularizar la situación de la amparista.

Así, ha sostenido la CSJN en los autos 'Internas de la Unidad N° 21 SPF y otros s/ habeas corpus' del 11/02/2020, que... "El art. 6 de la ley 26.485, de Protección Integral a las Mujeres, define como violencia institucional a aquella realizada por las/ los funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en dicha ley..."

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño reclama que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas se atiendan, como consideración primordial, el interés superior del niño y se les asegure la protección y el cuidado necesario para su bienestar, adoptando todas las medidas legislativas y/o administrativas que sean necesarias (art. 3 inc. 1).

Por último, la ley 26.061 tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte; el art. 3 dispone, que se entiende por interés superior de aquellos a quienes protege la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que a ellos se les reconoce, entre los que se encuentran el derecho a la obtención de una buena calidad de vida, a la educación y a obtener los beneficios de la Seguridad Social; y el art. 26 dispone que los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas para la inclusión de las niñas, niños y adolescentes, que consideren la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento.

Con esto en vista, cabe concluir que la suspensión de la AUH, se debe a un problema de registración del ente administrativo —AFIP— que genera un grave perjuicio al beneficiario final del reclamo materia de amparo, por lo que en virtud de las normas señaladas corresponde al Estado a través de los organismos pertinentes arbitrar los mecanismos necesarios a fin sortear tal situación y así poder restablecer la asignación suspendida, por lo que corresponde confirmar la resolución en crisis en lo que fue materia de agravios.

9. Por último en cuanto a la imposición de costas cabe señalar que la actora se vio obligada a judicializar su reclamo toda vez que pese a haber realizado los reclamos y denuncias pertinentes, no hubo respuesta ajustada a su situación, por lo que la reticencia de la demandada, como así también la necesidad de accionar judicialmente para lograr el objeto del amparo, se aprecia a simple vista.

En mérito a las consideraciones expuestas, entiendo que la imposición de costas ha sido resuelta correctamente por el *a quo*, no correspondiendo entonces hacer excepción al principio objetivo de la derrota dispuesto por el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Por lo expuesto, propicio y voto: 1) Declarar mal concedido el recurso interpuesto en subsidio a fs. 64. 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 59/63 y confirmar la resolución apelada. Con costas al

perdidoso (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

El doctor *Picado* dijo:

1. Me adhiero en cuanto a lo expuesto en el voto que antecede, en su considerando 5º, respecto del recurso de la parte actora, el cual, en efecto, se encuentra mal concedido.

Ello así por cuanto, exceptuando el caso de la reposición (supuesto expresamente contemplado en los arts. 241 y 248 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), el recurso de apelación es inadmisibles cuando se lo interpone en forma subsidiaria; razón por la cual aquel no cabe en subsidio de un pedido de aclaratoria o de un incidente de nulidad (Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil"; T. V, p. 96, año 1975)".

2. No obstante, disiento en relación a la solución propuesta para el fondo del asunto.

a.- El acto invocado por la amparista como lesivo de sus derechos radica en la suspensión del pago, por parte de la ANSeS, de la Asignación Universal por Hijo (AUH), beneficio instituido por la ley 24.714, tal como se relata en el considerando 7º del voto que encabeza el acuerdo.

El motivo de esta suspensión radicó en que la accionante se encuentra inscrita como empleadora en la base de datos de AFIP, circunstancia que, según alega, no sería fiel reflejo de la realidad ya que quienes fueron consignados como sus empleados habrían sido, en realidad, sus empleadores, mientras ella prestaba servicios "en negro", es decir, en el marco de una relación de trabajo que no cumplía con los recaudos de registración exigidos por nuestra legislación.

Por ende, la interrupción en la percepción del beneficio tiene como causa un "error" de registración ante AFIP, error que, tal como le informó el ente recaudatorio a la accionante, podía solucionarse a través de la plataforma online, ingresando la reclamante a esta con su clave fiscal.

b.- La ley 16.986 que regula la acción de amparo establece, en su art. 2, inc. "a", que esta acción no será admisible cuando "[e]xistan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate".

Asimismo, en su art. 1, la norma en cuestión establece que "la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional".

Al respecto, debe tenerse presente que "el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva" (Fallos: 327:5246, 328:1708, 328:4640 y 330:1279, entre muchos otros).

c.- Expuesto cuanto antecede, estimo que la acción intentada debe ser rechazada.

da atento a que no encuentro configurada ni la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas con la que ha de afectarse el derecho de la amparista, ya que la ANSeS obró a consecuencia de los datos que se encuentran cargados ante la AFIP en sus registros —los que, de no ser exactos, deberían haber sido objeto de modificación a instancias de la interesada, máxime cuando estos constituyen la causa de la suspensión del pago de la AUH y esta última la consecuencia—, y a que tampoco concurre el requisito de inexistencia de otra vía apta para canalizar la pretensión impetrada, dado que estos datos registrales, de ser erróneos, son susceptibles de ser rectificadas en la instancia administrativa o, en todo caso, y dependiendo del éxito que pueda obtenerse ante el ente estatal, a través de otro proceso distinto al generado a raíz de la interposición de esta acción.

En este sentido se encuentra orientada la jurisprudencia de nuestra CSJN, la que ha sostenido que “la razón de ser de la institución del amparo no es someter a la supervisión judicial el desempeño de los organismos administrativos sino la de proveer un remedio contra la arbitrariedad de sus actos que puedan lesionar derechos constitucionales; constituye una vía excepcional que no tiene por finalidad obviar los trámites legales aptos ni la de urgirlos” (Fallos: 307:98), siendo “necesario acreditar la ineficacia de los procedimientos ordinarios y un agravio irreparable derivado de su utilización, para que la vía excepcional del amparo sea admisible” (Fallos: 311:1357).

Así, “el carácter excepcional de la vía de amparo obliga a admitirla únicamente en aquellas situaciones que revelen la imprescindible necesidad de ejercerla para la salvaguarda de derechos fundamentales en tanto ella no altera las instituciones vigentes ni faculta a los jueces para sustituir los trámites pertinentes por otros que consideren más convenientes y expeditivos” (Disidencia de los Dres. Augusto César

Belluscio, Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda en Fallos: 326:417).

3. Por consiguiente, siendo pasible la amparista de modificar sus datos registrales por otras vías más idóneas a tales fines —siendo que el error en la consignación de estos datos sería el que desencadenó la interrupción en el cobro del beneficio asistencial reclamado—, y por no hallar tampoco arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el accionar de la ANSeS —única demandada en estos autos—, considero que corresponde hacer lugar al recurso de la demandada y rechazar la acción de amparo interpuesta (cf. arts. 1 y 2, inc. “a”, de la ley 16.986).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) Se declare mal concedido el recurso interpuesto en subsidio a fs. 64. 2) Se haga lugar al recurso interpuesto por la demandada y, en consecuencia, se revoque la resolución apelada y se rechace la presente acción de amparo, con costas (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 14, ley 16.986). 3) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

La doctora *Fariña* dijo:

Al efectuar el análisis del presente recurso de apelación interpuesto por la demandada, observo en primer lugar, que el escrito presentado por la apoderada de ANSeS roza la deserción, ya que se limita a discutir lo resuelto por el señor juez *a quo*, sin realizar una crítica concreta y razonada de los fundamentos expuestos en la sentencia, expresando solo su disconformidad con la manera en que se resolvió.

No obstante, ponderando la naturaleza de los derechos en juego, considero que la acción de amparo aparece en el caso como la vía idónea —en el marco de las circunstancias que configuran la situación de hecho— para el reconocimiento

del derecho que pretende resguardarse, dado que el objeto de este litigio radica en la afectación de derechos constitucionales de carácter netamente alimentarios de un menor de edad, como lo es D. P. R., siendo este uno de los grupos más vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección (art. 75 incs. 22 y 23 de la CN y art. 3 de la CDN). Cabe señalar que la acción de amparo, es un modo normal de garantizar en forma rápida y eficaz, los derechos de raigambre constitucional lesionados, restringidos, alterados o amenazados, en forma actual o inminente, bajo la sola condición de que el acto u omisión causante de la infracción exteriorice arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (art. 43 CN y art. 1 de la ley 16.986).

Por su parte, y en punto al fondo de la decisión, encuentro que tal como bien lo meritó el juez de la anterior instancia, del análisis exhaustivo de la causa penal IPP —10-00-042139-19/00 y del informe —requerido en el marco de la medida para mejor proveer— elaborado por la seccional local de AFIP (contestado a través del DEO 2387907), se tuvo por acreditado el requisito del art. 1 inc. c) de la ley 24.714 s/t ordenado por Decreto 446/2011, en punto a que la señora Pucheta se desempeña en la economía informal y en los hechos no reviste la calidad de empleadora que AFIP le atribuye, y que ocasionó la suspensión del beneficio cuya restitución se persigue en autos. Esto no ha sido desvirtuado por la apelante.

Así las cosas, y con la convicción de que le corresponde al Estado Nacional, en el supuesto de autos, a través del organismo respectivo —ANSeS—, subsanar este tipo de errores, porque se encuentra en mejores condiciones que la accionante, de llevarlo a cabo de forma oportuna y célere. Por lo expuesto entiendo que la sentencia de grado debe ser confirmada. No puede cargarse a la parte actora con el error administrativo que se generó en los registros de AFIP.

En este sentido, tiene dicho la CSJN que son los jueces quienes tienen el deber del restablecimiento de los derechos vulnerados “...Siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto, sino que depende —en cada caso concreto— de la situación concreta a examinar...” (M.2648. XLI. RHE; 30/10/2007, Fallos: 330:4647).

Por último, en relación a la imposición de costas a la demandada, el art. 14 de la ley 16.986 expresa que “se impondrán al vencido”, haciendo aplicación del principio de la derrota consagrado por el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. En el caso, el sustento de dicha imposición es un corolario del vencimiento que tiende a resarcir al vencedor de los gastos en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional la satisfacción de su derecho, por lo que no habrá de prosperar el agravio expuesto por la demandada al respecto.

En el marco de estos fundamentos, me adhiero a la solución propuesta en su voto por el doctor *Larriera*.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, se resuelve: 1) Declarar mal concedido el recurso interpuesto en subsidio a fs. 64. 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 59/63 y confirmar la resolución apelada. Con costas al perdedor (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423). Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/2013 y 24/2013) y devuélvase. — *Silvia M. Fariña*. — *Pablo E. Larriera*. — *Leandro S. Picado*.

## Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaría N° 15, sito en Libertad 731 7° Piso de esta ciudad, informa que GEORMARLING CAROLINA LEON SALAZAR de nacionalidad venezolana con DNI 95.674.289 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 1 de diciembre de 2021  
Felipe J. Cortés Funes, sec.  
LA LEY: I. 16/12/21 V. 17/12/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, a cargo del Dr. Patrio Maraniello, Secretaría N° 9 a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 10° de Capital Federal, hace saber que VANESSA ALEXANDRA PARRA GONZÁLEZ, DNI N° 95.814.884 de nacionalidad venezolana y de ocupación estudiante, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2021  
N. Javier Salituri, sec.  
LA LEY: I. 16/12/21 V. 17/12/21

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7° piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. ANNAKARINA DE JESÚS RIVAS cuyo DNI es el N°: 95.918.517, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2021  
Laura Gabriela Sendon, sec.  
LA LEY: I. 16/12/21 V. 16/12/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. MARISABEL OROZCO GUERRERO con DNI N° 95.801.361, nacida el 22 de enero de 1994 en San Cristóbal, Táchira, República Bolivariana de Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2021  
Carlos Mallo, sec.  
LA LEY: I. 16/12/21 V. 16/12/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. MARÍA FERNANDA FILIPPI REYES de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.554.110 según el expediente “FILIPPI REYES, MARÍA FERNANDA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 10505/2019. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 3 de febrero de 2020  
Matías M. Abraham, sec. int.  
LA LEY: I. 15/12/21 V. 16/12/21

