

El Nuevo Código Civil y Comercial y los Regímenes de Previsión Social

El nuevo Código Civil y comercial (CCyC) es concordante con la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (que se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”). En la actualidad la familia “tradicional” –matrimonio heterosexual– comparte el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como ser, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior en la que había hijos –familia ensamblada–, las que aparecen reconocidas por la ley 26.618 (comúnmente llamada ley del “matrimonio igualitario”). Estas nuevas figuras familiares deben tener su recepción en el derecho previsional, ya que se trata de un derecho esencialmente tuitivo y, por ende, permeable a los cambios en la composición de los integrantes del núcleo familiar.

El CCyC tuvo en cuenta estos cambios observados en la sociedad y en las estructuras familiares que la doctrina y jurisprudencia ya habían advertido incorporando disposiciones nuevas en algunos casos y ordenando en otros casos normativas dispersas, de manera de proteger a los vulnerables teniendo plena consideración de los derechos humanos, asegurando una igualdad real que tiene en cuenta no solo a los hombres y mujeres, sino a los niños, adolescentes, consumidores, personas con capacidades diferentes, comunidades originarias, sin discriminaciones.

En este punto se debe señalar la innegable interrelación de principios entre lo público y lo privado, y que a pesar de ser el nuevo código una norma de fondo, pertenece al derecho privado y la legislación previsional al derecho público, los cambios producidos en el CCyC en torno a la capacidad de las personas y el derecho de familia son sustanciales, y podrían tener una significativa incidencia en el derecho previsional vigente.

La organización de la Seguridad social debe mostrar una unidad y un criterio armónico legislativo, administrativo y financiero. Por ello, la normativa previsional deberá adecuarse, en la medida de las posibilidades, al contenido del nuevo Código civil y Comercial. El derecho previsional, ha sido pionero en el reconocimiento de varios aspectos incorporados por el CCyC como ser las uniones de hecho (una ordenanza municipal, la nº 18.447, del año 1961 disponía, de forma avanzada para la época, que “la mujer que hubiere vivido públicamente con el afiliado fallecido, en aparente matrimonio, durante el mínimo de cinco años anteriores al fallecimiento y que hubiera tenido un hijo reconocido por ambos o presentase prueba instrumental, siempre que no haya existido impedimento legal para el matrimonio, gozará de los mismos derechos que las viudas”. Posteriormente la sanción de la ley 23.226 –B.O. 2/10/85– marcó un momento fundamental en el derecho previsional argentino puesto que incorporó a los convivientes en aparente matrimonio, tanto varón como mujer, dentro de los causahabientes con derecho a percibir el beneficio de

pensión, al modificar el inc. 1º de los arts. 38 de la ley 18.037 (t.o. 1976) y 26 de la ley 18.038 (t.o. 1980)).

Sin duda que habrá muchos temas que puedan generar modificaciones en las normativas de los múltiples regímenes previsionales del país, y todos ellos deben ser analizados, pero algunos revisten mayor importancia ya que son altamente frecuentes y es importante definir los criterios a seguir con celeridad (uniones convivenciales, familias ensambladas, acceso a pensión, etc.).

Las modificaciones que deban ser realizadas en los regímenes previsionales obliga a repensar criterios y definiciones, algunos de ellos novedosos resultando ineludible volver a mirar y por qué no cuestionar los criterios que se utilizaron en los orígenes de los regímenes teniendo en cuenta los principios de la seguridad social¹.

Una de las principales temáticas sobre las que hay que reflexionar es el tema de las **pensiones por fallecimiento**, en particular por la alta incidencia financiera que tienen y por la gran cantidad de casos en los que se trata de matrimonios separados, divorciados, convivencias, uniones civiles con personas del mismo sexo, cambios de sexo?, etc.

El otorgamiento de las pensiones para hijos menores no resulta objeto de cuestionamiento alguno aunque algunos aspectos deben ser considerados como los límites de edad para el cobro de pensiones automáticamente sin acreditar estudios ni discapacidad. La definición de esta edad también tiene impactos en el otorgamiento de pensiones de por vida para aquellos hijos que se incapaciten entre los 18 años y la edad límite si esta fuera diferente. También deben ser analizados en detalle los derechos de pensión para los hijos afines, en particular cuando exista un estado de necesidad acreditado y evaluar el monto y el tiempo de la prestación si se decide otorgarla.

Al repensar estos temas surgen preguntas que ayudan a orientar el análisis: Cuáles fueron los motivos y fundamentos del otorgamiento de pensiones por fallecimiento? Fue la cobertura del estado de necesidad ante el fallecimiento del proveedor de ingresos? O se trata de una compensación económica ante la pérdida? Es una ayuda ante la readaptación a una nueva situación de familia y de ingresos? De estas preguntas surgen otras tales como que debe entenderse por “Estado de necesidad” – “Capacidad de generación de recursos”.

Por ejemplo, en los casos de convivencias o matrimonios en donde no hubo hijos ni se trata de personas discapacitadas es necesario que el régimen previsional se haga cargo de continuar pagando los ingresos de la persona fallecida? Cuál es el motivo por el que un viudo o una viuda deban recibir más ingresos que otra persona de las mismas características soltera o divorciada?

Otro aspecto sobre el cual hace falta un debate mayor es sobre las justificaciones de las diferencias que existen en los requisitos entre hombres y mujeres (edad y servicios en algunos casos). Estas deberán ser repensadas a la luz de la igualdad de género, no discriminación así como

¹ Principios de la seguridad social: solidaridad, universalidad, integralidad, unidad, inmediatez, subsidiariedad, igualdad.

las implicancias que puede llegar a tener los cambios de género (sexo?). Existen fallos sobre casos similares (Reino Unido) en donde la justicia obligo a pagar beneficios con varios años de anticipación en casos de cambio de sexo. Pero que ocurriría con el beneficio si se verifica que el cambio es temporario o que incluso solo fue realizado para la captación de un beneficio con anterioridad a la edad requerida por el régimen?

En estos casos surgen otras preguntas: Se justifican las jubilaciones a edades diferentes solo por el hecho de ser mujer? O en sus orígenes los diferenciales respondían en cierta medida a compensar una doble carga producto haber trabajado conjuntamente con cumplir con responsabilidades familiares que en mayor proporción cumplen las mujeres y que no generan derechos previsionales (Crianza de hijos pequeños o familiares discapacitados). Quizás los diferenciales de edad deban ser para aquellas personas que han cumplido un doble rol? El Libro Blanco de la seguridad social de Europa del 2012 concluye en que es una cuestión de discriminación por genero que las mujeres se retiren con edades menores a los varones y aconseja igualarlas (Punto 3 d), pag.10)²

El CCyC incluye también modificaciones para el caso de las personas discapacitadas, quienes pueden cambiar su estado civil sin tener que perder sus derechos previsionales.

Sobre el Matrimonio, el Divorcio y las Uniones Convivenciales, hubo modificaciones importantes con repercusiones sobre los regímenes previsionales. El CCyC se basa en que las uniones matrimoniales o convivenciales se construyen sobre los principios de igualdad y libertad, primando la autonomía de la voluntad. En ambos casos estos giran en torno al concepto de “proyecto de vida en común”.

El deber de fidelidad ha quedado solo como un mero deber moral, se suprime el deber de cohabitación, lo que permite tener domicilios diferentes no siendo necesario constituir un domicilio conyugal. Por su parte subsiste el deber de asistencia recíproca y se expresa en la obligación de aportar alimentos y contribuir a los gastos del hogar, mientras está vigente el matrimonio y la convivencia.

Se regula la “unión convivencial”, entendida como una unión basada en una relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común. La inscripción de la unión convivencial, requiere convivencia por al menos 2 años y podría resultar prueba suficiente de su existencia y la equipararía al matrimonio, debiendo acreditar al solicitar una prestación de pensión la subsistencia de tal unión convivencial. En muchos regímenes previsionales para acreditar derecho es necesario acreditar 5 años de

² En los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento de 2011 y2012 de la comisión se ofrecieron una serie de orientaciones clave para las reformas de las pensiones, que podrían contribuir a lograr una consolidaciónfiscal favorable al crecimientoy garantizar la adecuación y sostenibilidad de las pensiones. En dichos estudios se hizo hincapié enla importanciade garantizar un equilibrio adecuado entre los años de vida laboral ylos años de jubilación y de promover los planes de ahorro privados complementarios de jubilación. Mas concretamente la Comisión recomendó:....d) igualar la edad de jubilación de hombres y mujeres...

convivencia o 2 si hay descendencia, estas disposiciones deberían modificarse de manera tal de ser consistentes con las modificaciones del CCyC³ ?.

Por su parte la posibilidad de tener domicilios diferentes, puede llegar a generar un importante abanico de opciones (¿) ampliando los potenciales derechohabientes en el caso de las uniones convivenciales. La fijación de un plazo mínimo de permanencia y estabilidad de la unión procura resguardar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad que puede derivarse de la indeterminación.

En los casos de divorcio, si hay sentencia en el marco del nuevo código, se deberá requerir que se acredite el pago de alimentos a favor del solicitante, y si estos fueran fijados en un porcentual de los ingresos del causante y por un plazo determinado, se deberá analizar y definir si la pensión se abonará en forma conteste con este porcentual y plazo o se mantendrá la modalidad actual.

En relación con los alimentos establecidos a favor de los hijos hasta los 21 años en el nuevo código, parecerían entrar en colisión con el derecho a pensión reconocido a los hijos solteros hasta los 18 años, pero tal redacción podría armonizarse, toda vez que los alimentos hasta los 21 años se deben en la medida que luego de alcanzada la mayoría de edad (18 años) el joven no se pueda proporcionar el sustento y se haría extensivo hasta los 25 años si estudia.

Ello así, dado que el derecho a pensión establecido después de la mayoría de edad es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, instrumentado solo para el supuesto en que el joven que venía cursando estudios regulares, frente a la contingencia de la muerte del progenitor sustento de la familia, pueda continuar y culminar su formación en un arte, profesión u oficio para valerse por sí mismo. Podría entenderse que la intención de las normativas apunta a la protección del sujeto vulnerable porque carece de formación y experiencia hasta tanto la adquiera y pueda obtener ingresos por sus propios medios para su manutención.

El concepto de cónyuge culpable y cónyuge inocente que es determinante del derecho, y la solicitud o goce de alimentos mencionado en la norma previsional, ¿quedarían tácitamente derogados? ¿No habría derecho a pensión solo cuando hay divorcio sin alimentos?

Esto tiene directa injerencia en el derecho previsional vigente, ya que la “culpa” –elemento subjetivo- es determinante para analizar el derecho a pensión de la persona que se encuentra separada de hecho o divorciada (conf. artículo 1º de la ley 17.562 –conforme la modificación introducida por la ley 23.263- y artículo 53 de la ley 24.241); en tal sentido la normativa de la seguridad social debe adaptarse al nuevo esquema de divorcio sin culpa.

³ La inscripción de la unión convivencial tiene carácter declarativo. Probaría la existencia de 2 años de convivencia que exige la ley previsional en el supuesto de que exista descendencia. Cuando no hubiere descendencia y se requirieran 5 años , dos estarían probados por la registración de la unión convivencial y la prueba de los restantes 3 quedan librados a las normativas previsionales? Debería modificarse la ley previsional y aclarar tal circunstancia?

En el divorcio se exige la vía legal, pero se basa en que el libre desarrollo de la personalidad (derivado de la autonomía de la voluntad) justifica que el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causal alguna. Así, “basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición”.

En la normativa previsional, existen referencias a la separación personal relacionadas con la posibilidad de acceso a la pensión del cónyuge inocente o de aquel que percibía o hubiera demandado alimentos (artículo 53 de la ley 24.241), que deberían adecuarse a las nuevas pautas.

Desde el punto de vista del derecho a pensión, teniendo en cuenta el principio de substitutividad de esta prestación, en cuanto tiende a paliar las consecuencias económicas derivadas de la falta de la contribución del causante, entendemos que si existen alimentos pactados en vida, el beneficio previsional podría ser requerido por la ex esposa en la proporción pactada.

En lo que hace al derecho a pensión de los hijos, se ha señalado, que la limitación temporal del goce de pensión hasta los 18 años prescripta en el artículo 53 de la ley 24.241, ha quedado tácitamente derogada por el art. 5º de la ley 26.579⁴; y que por ello correspondería su extensión hasta los 21 años. De otro modo, no resulta equitativo un tratamiento diferenciado en cuanto a la protección económica de las personas de entre 18 y 21 años de edad, según cuenten con sus padres vivos o no. Así, si existe un deber de prestar alimentos en cabeza de ambos padres (que se mantiene hacia los hijos, aunque exista una ruptura de la pareja debida a una separación o divorcio) hasta los 21 años; parece lógico suponer que el derecho a pensión –beneficio de carácter alimentario, generado por el deceso del progenitor-, también pueda extenderse hasta ese límite temporal.

El CCyC contiene una normativa referida a los alimentos, que hay que tener en cuenta para la regulación del derecho a pensión de los hijos afines: “La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”. Deberá tenerse en cuenta la situación de fallecimiento del conyuge o conviviente separado que fallece y determinar los supuestos en los que corresponda o no el mantenimiento de la cuota asistencial.

En el caso de las prestaciones alimentarias que aspectos se deben considerar para la pensión? Se deben modificar los porcentajes de manera de tener en cuenta las cuotas acordadas?

⁴ **ARTICULO 5º** — Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los DIECIOCHO (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los VEINTIUN (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta.

Por su parte el nuevo CCyC ha incorporado la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes. En este último caso puede haber implicancias para los derechos de pensión? Cual sería el objeto del pago de una pensión en los casos en los que existe separación de bienes y los cónyuges no conviven?