

HONORABLE DIRECTORIO:

En el contexto de la Resolución del Honorable Directorio de este Instituto de Previsión Social N° 10/15, que crea la "Comisión de análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", es que se elabora el presente informe que plasma las conclusiones a las que se han arribado en los sucesivos debates.

INTRODUCCION:

Previo al estudio y análisis de la nueva legislación en función del derecho previsional, corresponde ponderar que el nuevo código recoge paradigmas y principios que responden a las prácticas sociales y culturales vigentes, expresados en un lenguaje generosamente claro.

Marca una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado, conectando la Constitución y el Derecho Privado, como lo refiere en sus primeros artículos.

La tutela de la persona humana, marca uno de los principales cambios, en adelante "la capacidad de la persona", es la regla y "su restricción", es una excepción que debe fundarse. Promueve la autonomía y favorece las decisiones de las personas protegidas, receptando los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Concibe la familia en una sociedad multicultural, ofreciendo una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista que el legislador no puede ignorar, por ende, reconoce el matrimonio igualitario, las

uniones convivenciales, la filiación por naturaleza, por reproducción humana asistida y por adopción, posibilidad de optar por un régimen patrimonial de comunidad o división de bienes en el matrimonio.

El paradigma protectorio, que tutela a los débiles con fundamento en la igualdad, derecho de raigambre constitucional, considera a la persona concreta en contraposición a la idea de un sujeto abstracto, lo toma como "el paciente", "el consumidor", "la persona con capacidad restringida", pondera la igualdad real y desarrolla una serie de normas tendientes a proteger a los más vulnerables.

El paradigma no discriminatorio, que respalda el anterior, fundado en la igualdad, elimina las distinciones que resultan discriminatorias.

Consigna importantes modificaciones en el régimen de las obligaciones (define la obligación como deuda y responsabilidad, siendo su objeto la prestación), en materia de prescripción, reduce los plazos, etc.

Los mencionados constituyen algunos de los cambios, que en el entendimiento de esta Comisión resultarían de relevancia para el derecho previsional.

En resumen, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al incorporar el contenido de los diferentes tratados internacionales en función del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, ha receptado los cambios sociales, culturales y económicos que han impactado en las relaciones humanas modificando el derecho privado. Así se hace realidad la tutela de los vulnerables al conectar con los derechos humanos, asegura una igualdad real que tienen cuenta no solo a los hombres y mujeres, sino a los niños, adolescentes, consumidores, personas con capacidades diferentes, comunidades originarias, sin discriminaciones.

INCIDENCIA EN LA MATERIA PREVISIONAL:

Como se adelantara, en virtud de la comunicabilidad

de principios entre lo público y lo privado, y sin perder de vista 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 en torno a la capacidad de las personas y el derecho de familia son sustanciales, y su incidencia en el derecho previsional vigente, notable, siendo tarea de esta Comisión compatibilizar ambos cuerpos legislativos sin violentar los derechos de los particulares y protegiendo los principios rectores del régimen solidario y de reparto sobre el que se apuntala el régimen previsional de la Provincia de Buenos Aires, asegurando su sustentabilidad y evitando la judicialización de las solicitudes de prestaciones previsionales.

Para ordenar el estudio de la problemática planteada, se han dividido diferentes temas a resolver:

1.- Vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 1 de agosto del corriente año y la pauta contenida en el artículo 7 del mismo para su aplicación.

Art. 7- *"Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales..."

Conclusión:

a).- Resulta irrelevante el hecho generador del derecho a efectos de aplicar los principios consignados en el nuevo código en mérito al primer párrafo del artículo 7.-: *"Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes..."*

b).- Las peticiones en curso al 1 de agosto, que se encuentren en la etapa del trámite correspondiente al dictado del acto administrativo que resuelva la petición (esto es: se hubiere acompañado la documentación tendiente a acreditar el derecho, aportado la prueba pertinente de corresponder, hubieren tomado intervención los Organismos Asesores así como el Departamento Relatoría de

corresponder) se resolverán conforme el sentido en que fue orientada la misma, vale decir con el criterio de evaluación en función del cual se encauzó el trámite.

Esta modalidad de trabajo, "prima facie", no lesionaría ningún derecho habida cuenta que el titular puede ejercer el derecho de defensa por medio de la vía recursiva, manifestando fundadamente y en el plazo legal previsto, los motivos por los cuales considera que tal decisorio le causa agravio.

c).- Las peticiones que se encuentren en la etapa inicial de la gestión tendiente a obtener una prestación previsional o ingresen a partir del 1 de agosto, se deberán ajustar en todo aquello vinculado a los temas tratados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a los principios allí consignados.

En este sentido, se deberá adecuar el procedimiento de solicitud de la prestación, desde la documentación solicitada en las cartillas informativas, los formularios de inicio de ser necesario, capacitar al personal que brinda información al respecto y a todos aquellos sectores que intervienen en el circuito de trámite, a fin de encaminar correctamente las actuaciones.

d).- Un análisis aparte merecen aquellas actuaciones en las que mediare un alta de pago, por considerarse el derecho indubitado en función del criterio imperante al momento del alta, y no encuadraren en el supuesto descrito en el ítem b).-

2.- Persona Humana - Capacidad

a).- La regla general es la "capacidad" tanto de derecho como de ejercicio, salvo las limitaciones dadas por el mismo código.

Son incapaces de ejercicio los mencionados en el artículo 24.

Art. 24.- *"Personas incapaces de ejercicio. Son personas incapaces de ejercicio:*

a) La persona por nacer;

b) La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2da de este Capítulo;

c) La persona declara incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión."

- b).- Las restricciones a la capacidad de ejercicio de los derechos, se impone en beneficio de la persona, designando el Juez los apoyos necesarios para las funciones específicas que estime, y éstos deben promover la autonomía y favorecer las preferencias de la persona protegida. Es decir, más allá de estar internado en un establecimiento asistencial, la capacidad de ejercicio se presume.
- c).- Por excepción el Juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.
- d).- Inhabilitados, se les asigna un apoyo.

Conclusión:

La ley previsional para conceder una prestación requiere una "incapacidad laboral", la Junta Médica que analice este tópico solo debe manifestarse en este aspecto, no resultando materia de su competencia sugerir la asignación de un sistema de apoyo o curador, quedando reservada aquella a las personas señaladas en el Código y conforme el procedimiento que establece a tal fin.

En el entendimiento, de que los sistemas de apoyo se deben inscribir en la partida de nacimiento, se deberá ajustar la iniciación del trámite requiriendo como parte de la documentación partida de nacimiento actualizada con la anotación marginal respectiva, y en su caso copia debidamente certificada de la decisión judicial para determinar los alcances y duración del sistema de apoyo/s asignado. En ningún caso se deberá rechazar la iniciación del trámite con fundamento en la falta de capacidad de ejercicio del derecho.

En cuanto a los menores de edad (hasta los 18 años), con las salvedades mencionadas por el mismo Código, se presumen incapaces de ejercicio, correspondiendo tal ejercicio a sus representantes legales: quienes detentan la responsabilidad parental o el tutor que se designe.

La responsabilidad parental la ejercen los padres, sin perjuicio de ello, se encuentra prevista su delegación por un plazo.

La designación de un tutor puede ser realizada por los padres o por el Juez.

En consecuencia, ante la iniciación del trámite correspondiente al derecho que le asiste a un menor se deberá tener en cuenta que está legitimado para solicitar la

prestación quien ejerza la responsabilidad parental o este designado como tutor, debiendo acreditar tal circunstancia con la documentación respectiva.

También se deberá tener presente que un menor puede estar habilitado judicialmente a ejercer determinados derechos si hay una decisión judicial en tal sentido fundada en que el menor posee edad y madurez suficiente.

3.- Matrimonio. Divorcio. Uniones Convivenciales

a).- Se construyen sobre los principios de igualdad y libertad, primando la autonomía de la voluntad

b).- Tanto matrimonio como unión convivencial, giran en torno al concepto de "proyecto de vida en común", se elimina el deber de fidelidad, quedando solo como un mero deber moral, se suprime el deber de cohabitación, lo que permite tener domicilios diferentes y no es necesario constituir un domicilio conyugal.

c).- Solo 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.

d).- Frente al divorcio, solo se deben alimentos cuando estos se han pactado en el acuerdo y en la modalidad convenida, o en los casos específicos previstos por el Código.

e).- No se debe confundir la compensación económica con los alimentos.

f).- Se recepta un régimen incausado de divorcio como consecuencia de reconocer solo un valor axiológico a los deberes de cohabitación y fidelidad y su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas, se elimina la atribución de culpa.

g).- Se elimina el régimen de separación personal.-

h).- 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, generando efectos jurídicos expresamente regulados dados los requisitos allí establecidos.

i).- Se contempla la posibilidad de registrar la unión convivencial y la misma es prueba suficiente de su existencia.

Conclusiones:

Frente al texto vigente de los artículos 34 y 39 del decreto ley 9650/80, el criterio de aplicación del mismo, que requiere entre otras cosas, identidad domiciliaria de ambos cónyuges para demostrar que convivían al momento del deceso de uno de ambos, presumiéndose la separación de hecho cuando no existe tal coincidencia de domicilios, y el derecho a pensión que se reconoce al cónyuge supérstite cuando media separación legal o divorcio supeditado a la acreditación de la culpa del causante en la separación o divorcio al cónyuge fallecido o bien que el solicitante percibía alimentos, se hace necesaria la definición de un nuevo criterio de aplicación de la norma que armonice con los conceptos dados en el nuevo código unificado.

Así, en torno al matrimonio, conjuntamente con la partida respectiva para acreditar el vínculo se deberá solicitar prueba para demostrar la subsistencia del proyecto de vida en común y el cumplimiento del deber de asistencia hasta el momento del fallecimiento.

Si hay sentencia de divorcio 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 al derecho que se reconoce al conviviente en aparente matrimonio en el citado artículo 34, se deberá definir si el registro de la unión convivencial resulta prueba suficiente para acreditar la convivencia en los términos de la ley previsional. Ello teniendo presente, que el nuevo código, requiere para la inscripción que se cumplan los requisitos allí descriptos y se hubiere convivido por dos años como mínimo, cuando el plazo de convivencia en la ley previsional es de cinco años y se reduce a dos solo cuando hay descendencia, el causante es soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.

En opinión de esta Comisión, la inscripción de la unión convivencial, resultaría

prueba suficiente de su existencia y la equipararía al matrimonio, debiendo acreditar al solicitar la prestación pensionaria la subsistencia de tal unión convivencial.

Si la unión convivencial no se ha inscripto, la prueba de su existencia se deberá realizar ante el IPS con elementos probatorios idóneos para demostrar la misma por el plazo mínimo de dos años, independientemente del estado civil del causante y de si hay descendencia o no, pudiendo constituir la descendencia un elemento de prueba. El plazo de cinco años se dejaría de lado, ya que por remisión del artículo 7 del nuevo código se debería aplicar el plazo de dos años consignado en el mismo.

Por otro lado, el artículo 34 en el inciso c) refiere al derecho a pensión de "las hijas viudas, separadas de hecho o divorciadas por culpa exclusiva del marido que no percibieran prestación alimentaria.....", se contempla nuevamente la culpa, requisito que quedaría tácitamente sin efecto.

4.- Alimentos a favor de los hijos

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 en opinión de esta Comisión, tal redacción se puede armonizar, 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 ambos plexos normativos apunta en la misma dirección, 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.

COMISION DE ANALISIS DE INCIDENCIA DEL NUEVO
CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

EN EL SISTEMA PREVISIONAL DE LA PCIA. DE BS. AS. (IPS)

Dr. Sergio Aguilar

Dra. Evangelina Fortier

Dra. Gabriela Martínez

Dra. Pamela Garabedian

Dra. Mariana Fontana Marini

Dra. Griselda Bastiano