

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
COMISIÓN N° 8 –DERECHO DE FAMILIA
Alimentos y Compensación económica

Autor: Nahuel Bay¹.

Avalado por miembro Titular: Dra. Ma. Magdalena GalliFiant.

Título: Impedimento de ligamen y su incidencia temporal en la prestación compensatoria.

CONCLUSIONES:

1. La relación entre la compensación económica y la ausencia de impedimento de ligamen como requisito de la unión convivencial (art. 510 inc. d CCC) es instrumental, sin embargo, como elemento de la relación jurídica, debe ser evaluada de acuerdo a dos momentos históricamente determinables: su constitución y extinción.

2. Vigente el nuevo Código Civil y Comercial, no pueden constituirse ni cumplirse tramos de una unión convivencial, si subsiste el impedimento de ligamen invalidante, aún si su constitución fuera anterior al nuevo digesto sustancial.

3. Las uniones convivenciales que atraviesen inter-temporalmente la legislación derogada y el Código Civil y Comercial, deben interpretarse de la siguiente forma:

- **3.1.** A los fines de establecer su constitución, de acuerdo a la normativa vigente al comienzo de la unión convivencial; y su existencia, de acuerdo a la normativa vigente al momento del cese de la convivencia.
- **3.2.** A partir de la constitución, su vigencia (duración) en el tiempo se determina de acuerdo a parámetros diarios (día a día), conforme a la existencia de una continua e ininterrumpida comunidad de vida, que se mantiene siempre que la voluntad de convivir de los integrantes de la pareja se renueve de manera constante.
- **3.3.** Para establecer los efectos derivados de su duración así como para la fijación de la prestación compensatoria, no puede aplicarse retroactivamente la norma del inc. d) del artículo 510 al caso, de acuerdo a un requisito o deber jurídico no establecido y menos aún a un deber nuevo creado después del hecho.

¹ Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Civil V Familia (UNL), Abogado Especialista en derecho de familia (UNL), colaborador académico en la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UNL), Miembro del Instituto de Derecho de Familia - Colegio de Abogados de Santa Fe, Miembro de proyectos de investigación y extensión universitaria (UNL), Doctorando por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL).

I. Resumen e introducción al tema:

En el presente trabajo me propongo analizar un aspecto de la compensación económica derivada de la unión convivencial. Estudiando particularmente el sistema de derecho inter-temporal en una cuestión específica: *el impedimento de ligamen y la incidencia del derecho transitorio*.

En este sentido, proyecto desarrollar brevemente este aspecto conforme a nociones básicas y generales relativas al derecho transitorio surgidas del artículo 7 del Código, que establece: *A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La 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*.

Mi tesis se sostiene en que la relación entre la compensación económica y la ausencia de impedimento de ligamen del inc. d) del artículo 510 resulta formal e instrumental en aquellas uniones convivenciales que existan conforme el Código Civil y Comercial de la Nación, pero que al atravesar históricamente la legislación derogada y el digesto sustancial vigente se impone flexibilizar su interpretación.

II: La problemática:

En orden a encuadrar el marco conceptual de esta ponencia, entenderá el lector que evito la conceptualización de la Unión Convivencial así como el de la Compensación Económica, a los fines de concretar directamente el objeto de mi propuesta. En cambio y al efecto, cito la norma del artículo 510 inc. d) que en su parte sustantiva establece que *[e]l reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: (...) d) No tengan impedimento de ligamen (...)*.

La ausencia de vínculo matrimonial, así como los requisitos descriptos en la norma, deben cumplirse para el reconocimiento jurídico de la figura (UC). “El resto de las relaciones de pareja que no cumplen con alguno o todos los requisitos que prevé la disposición en análisis, no significa que no van a generar consecuencias jurídica alguna, sino que no serán los expresamente regulados en este Título. Por ejemplo, en un accidente de tránsito fallece una persona que estuvo en pareja con otra por el lapso de 1

año y medio. Esa persona podrá reclamar el daño no patrimonial que prevé el artículo 1741 si prueba el “trato familiar ostensible” que obliga esta normativa, pero no así los derechos y deberes que prevé este Código para las “uniones convivenciales”².

En este sentido, la Comisión Redactora, en sus fundamentos explica que “[e]l anteproyecto sigue la postura de varias legislaciones extranjeras y de leyes nacionales que otorgan determinados efectos a las uniones convivenciales (p.ej., el derecho a pensión, la continuación de la locación ante el fallecimiento del locatario) que exigen un plazo de permanencia y estabilidad mínima de la unión”³. Haciendo hincapié -como nota destacada-en *el plazo* como elemento fundamental dentro de la enumeración. Lo que entiendo, si bien no desmerece a los demás requisitos, al menos los retrae de una mención especial.

Ahora bien, esta primera aproximación podría llevar a especular que la tesis sostenida, y más aún mis conclusiones, que relacionan la compensación económica con la constitución de la unión convivencial, naufragará en una retórica de los principios o en anclajes internacionales. Lo que pretendo evitar, más allá de su posible pertinencia⁴, de la que no me ocuparé por cuestiones de espacio y especialidad de la propuesta.

Así las cosas, la posición tiene ariete en el derecho transitorio (art. 7) y las posibles problemáticas surgidas tras el establecimiento del impedimento de ligamen (art. 510 inc. d) y su incidencia sobre los efectos de la figura, como unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo⁵.

En particularme interesa la influencia del tiempo y los distintos regímenes legales sobre la prestación (única o periódica) de la compensación económica en las uniones convivenciales. Siendo que el artículo 524 claramente establece que cesada la convivencia, *el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto..., tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una **renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión***

²HERRERA, Marisa (autora) en LORENZETTI, Ricardo (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. T.III. Arts. 446 a 593. Argentina, 2014. Pág. 298.

³FUNDAMENTOS. *Código Civil y Comercial: concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN*. ED. Astrea. Buenos Aires. Pág. 172

⁴En caso de estar involucrados derechos -por ej.- de los vulnerables.

⁵Elementos de configuración de la UC que deben estar presentes indefectiblemente.

convivencial. Lo que necesariamente relaciona monto y prestaciones de la compensación con la duración del instituto convivencial. Ello lleva a que encontremos, en la profundización del derecho transitorio, posibles respuestas a las controversias temporales de incidencia económica.

III. La prestación compensatoria y los momentos:

Nadie discute la importancia del reconocimiento a esta figura moderadora de desequilibrios económicos en las parejas, pero preocupa que su regulación específica acarree interpretaciones que apliquen soluciones injustas. Nos preguntamos: (i) ¿qué sucede con aquellas uniones de hecho que, conforme a las leyes de su época, nacieron sin restricciones ni elementos configurativos?, (ii) ¿puede considerarse su duración de acuerdo a la norma temporal?, (iii) ¿de qué manera incide en el monto o prestación compensatoria?

Mi tesis estima que tanto la constitución, como la duración y la continuidad de la unión convivencial se rigen por la ley del momento histórico desarrollado por los convivientes, mientras que la existencia actual y el derecho a solicitar compensación económica, se rigen por la ley vigente al momento del cese de la convivencia. Desde este cardinal las demás conclusiones se explican por precipitación.

En este orden de ideas, el primer paso se ciñe hacia delimitar el sistema de derecho transitorio o inter-temporal asentado en tres reglas fundamentales: (i) efecto inmediato; (ii) efecto no retroactivo; (iii) supuestos específicos de efecto diferido.

“Estas tres reglas imponen distinguir la *constitución* y la *extinción* de la situación o relación jurídica involucrada [comienzo de la unión convivencial y el cese de la convivencia], de sus efectos o consecuencias (por ejemplo, obligación alimentaria, atribución de la vivienda, etc.). *El cambio normativo no puede recaer sobre la constitución* o la extinción de la situación jurídica *acaecida al amparo de la ley anterior*. En cambio, sí impregna los efectos y las consecuencias de esas situaciones o relaciones jurídicas todavía no agotados. Veamos”⁶.

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – MOLINA de Juan, Mariel. *La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. Cuando las piezas se van acomodando*. Publicado en: LA LEY 30/05/2016, 30/05/2016, 4. Cita Online: AR/DOC/1550/2016. El agregado en corchetes y la bastardilla me pertenecen.

Bajo esta perspectiva, el Código y por consiguiente sus requisitos, se aplican a las relaciones y situaciones constituidas de acuerdo a la ley histórica de su configuración. En otras palabras: si la unión convivencial se inició temporalmente con anterioridad a la vigencia de la Ley 26.994 (agosto de 2015), en los tramos de su desarrollo -que sea incidida por el código velezano y normas especialmente vinculadas- los requisitos no previstos resultan inaplicables, mientras que las consecuencias (derecho a reclamar compensación económica) se rigen por la ley del momento del cese. Así observada la duración de la UC, en vinculación con el tiempo de su constitución y su desarrollo, puede aplicarse distributivamente con el derecho a reclamar los efectos derivados de la misma (CE), lo que realza un valor instrumental entre ellos.

IV. El ligamen y su incidencia:

La arista referida nos lleva a una conclusión y a una pregunta:

(i) vigente el nuevo código civil y comercial no puede constituirse, ni cumplirse tramos de una unión convivencial si subsiste el impedimento de ligamen invalidante, aún si su constitución fuera anterior al nuevo digesto sustancial;

(ii) ¿si el vínculo matrimonial se extinguió⁷ durante el régimen derogado, puede considerarse la continuidad de una convivencia iniciada con estas características?

Como todo galimatías práctico, siempre es bueno un caso concreto: considerando que A casado con B en el año 1990, posteriormente se separa e inicia una convivencia⁸ con C en el año 1995 que dura hasta nuestros días, donde A y C cesan definitivamente su convivencia luego de 22 años de relación. Tras la ruptura C comprende que le asiste la posibilidad de reclamar compensación económica e indaga que A y B se divorciaron en el año 2010. Lo que nos enfrenta a que la prestación compensatoria necesite ajustar el plazo de duración de la figura para calibrar el monto de su prestación (art. 524 y ss.), por cuanto si consideramos como fecha inicial⁹ el divorcio (7 años), a diferencia del inicio de la convivencia (22 años), los resultados podrían devenir en injustos o inequitativos.

⁷ Por muerte, divorcio, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento.

⁸ Para no complejizar: basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

⁹ Constitución de la UC.

La nueva ley no es retroactiva: la regla impide volver sobre la constitución o la extinción de una situación jurídica producida al amparo de la ley derogada, así como modificar los efectos concluidos antes de su entrada en vigencia o las condiciones de su validez. Por eso, los hechos pasados consumidos bajo el amparo de la vieja ley no deben ser alcanzados por la nueva. A diferencia de lo que sucede en sede penal, la irretroactividad no tiene base constitucional, por lo que el art. 7 admite que el legislador disponga la retroactividad; sin embargo, tal facultad encuentra su límite en el amparo de las garantías constitucionales¹⁰.

Al respecto vale aclarar -más abajo volveré sobre el tópico- que en realidad también la unión convivencial (entendida como continuidad dinámica) se renueva día a día¹¹, con la voluntad de convivir bajo un proyecto de vida en común (con elemento subjetivo y objetivo), a diferencia del matrimonio que, al constituir un estado de familia, posee un *título de estado* que lo acredita como instrumento público. Por el contrario, la unión convivencial se extingue con el cese de la convivencia, lo que complejiza a la figura, pero a su vez imprime mayor flexibilidad para su protección, dado que es la voluntad de los convivientes (que se renueva día a día) la que hace a su existencia y desarrollo temporal.

Volviendo a la irretroactividad de la ley sobre la constitución de la figura, esta se explica si observamos el caso de una modificación legislativa hipotética, que considere que solo hay unión convivencial si la misma se formaliza frente a un oficial público o registralmente para su constitución y eficacia. Este elemento formal no podría (cfr. el art. 7) incidir en la *constitución* de la figura anterior a la nueva norma. Así como tampoco un giro copernicano podría incidir en la institución matrimonial constituida con anterioridad, respecto de un nuevo requisito de existencia o el establecimiento de un nuevo impedimento legal, como fuente de inexistencia o posible anulación sobreviniente del vínculo. Allí reposa la garantía constitucional del dispositivo legal temporal¹².

Clarificando a *contrario sensu* y continuando con el ejemplo iniciado: la regla del efecto inmediato se aplica a las situaciones no agotadas a la época de la entrada en

¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op. Cit.

¹¹ Lo que no implica que su existencia se renueva día a día, sino que la misma se desarrolla dinámicamente desde el comienzo mismo de su constitución como figura hasta su cese.

¹² El mismo temperamento se aplicaría en derecho privado si por ejemplo la ley exigiera para la existencia del contrato de locación, que el mismo sea confeccionado por escritura pública, pues ello no implicaría que el contrato de alquiler celebrado por instrumento privado debidamente reconocido y/o certificado anterior a la reforma no sea existente, sino que estas nuevas vicisitudes se aplican hacia el futuro.

vigencia de la nueva legislación. Por ello, una vez ya divorciados el Sr. A y la Sra. B (2010), habiendo continuado la convivencia de manera ininterrumpida, singular, pública, notoria, con un proyecto de vida en común entre A y C durante la vigencia del nuevo Código, cumpliéndose al día de la ruptura (2017) todos los requisitos de la UC, no existen inconvenientes ni incompatibilidades para requerir una Prestación Compensatoria que evalúe su monto de acuerdo a todo el plazo de convivencia (1995-2017).

Maguer, reiteramos para evitar ambages, que en caso de subsistir el impedimento de ligamen, no podríamos obtener una compensación económica, derivada de la unión convivencial, desde que el nacimiento del derecho a solicitarla (CE) se encuentra unido a la existencia misma de la figura (UC), de acuerdo a la normativa vigente al momento del cese de la convivencia, pues la regla del efecto inmediato de la ley impone que las consecuencias aún no ocurridas a la época de dictarse la nueva ley se rigen por ésta. Y esta derivación resultaría clara, por cuanto allí nunca se configuró una unión convivencial, desde que la vigencia de la nueva ley (agosto de 2015) nos exige: 1) observar que los dos integrantes sean mayores de edad; 2) no estén unidos por parentescos prohibidos; 3) no tengan impedimento de ligamen ni otra UC registrada; 4) y su convivencia sea mayor a los dos años. Por lo tanto, no tendría incidencia si hubo unión convivencial durante el tiempo inmediato anterior a la entrada en vigencia del Código, porque más allá de haber existido como tal (por la postura abstencionista de nuestro código civil), teniendo una existencia continua en el tiempo, la misma requirió de nuevos elementos legales -derivados del artículo 510- para su subsistencia.

V. Otros fundamentos conclusivos:

Otro argumento contrario a sostener que el matrimonio podría tener incidencia temporal sobre el plazo de duración de la unión convivencial, lo encontramos si examinamos que la extinción del vínculo (por muerte, divorcio o ausencia) agota no sólo la situación jurídica (matrimonio – impedimento), sino también las consecuencias que de esa relación se derivaron, así como la afectación de la figura convivencial, por lo que mal podríamos entender que el ligamen tenga aplicación ultractiva respecto de su existencia, ni retroactiva respecto de un impedimento de ligamen, que no podía ser considerado tal por la inexistencia de normativa expresa al respecto (principio de legalidad).

Todas estas circunstancias, como expresara, llevan a concluir que la duración de la unión convivencial se agota y renueva día a día, período por período, lo que implica que la regla o dispositivo legal se imbrica diariamente, en cuanto a su continuación o continuidad y de acuerdo a la ley del momento.

Esto se revela acabadamente si observamos la problemática surgida al momento de establecer el plazo de caducidad de la acción compensatoria¹³ tras la separación. Situación que genera una exploración día por día del momento en que la unión convivencial -como figura jurídica- fue despojada de su virtualidad, tras el agotamiento de su elemento subjetivo (intención de continuar el proyecto de vida en común) y objetivo (convivencia). Todo ello se mide diariamente.

Esto se fundamenta en lo que Ferrer señala como elemento subjetivo o voluntad común de los convivientes. Donde este tópico resulta esencial, “pues de él depende no sólo la formación de la unión extramatrimonial, sino también su continuidad. La comunidad de vida se mantiene siempre que la voluntad de convivir de los integrantes de la pareja se renueve constantemente”¹⁴.

V. Jurisprudencial del Tribunal Español:

Fundar la posición propuesta puede impulsar alguna resistencia, por lo que me afincó asimismo en la solución brindada por el Tribunal Superior Español (TS 16-12 2015, Sentencia Nro. 713/2015), donde la Corte ibérica -en un caso análogo pero de compensación económica matrimonial con convivencia anterior- consideró que lo relevante, más allá de los elementos constitutivos de la figura, es la convivencia continua e ininterrumpida hasta la ruptura. *Debiendo computarse todo el plazo de duración de la misma.*

El Tribunal Superior evaluó así la situación anterior para poder determinar si éstaprodujo un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas... “una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) Cuál es la cuantía de la pensión

¹³Más aun considerando lo escaso de su plazo (6 meses), conforme el art. 525 *in fine* CCC.

¹⁴ FERRER, Francisco. En MÉNDEZ COSTA, J. (dir). *Derecho de Familia*. T. III-B. RubinzalCulzoni. 2009. Pág. 482.

una vez determinada su existencia; y c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal. Se aprecia, en el marco de la tesis subjetivista sobre el... Código Civil, integradora de los dos párrafos del precepto, que las sentencias de la Sala que se han citado incluyen entre otras circunstancias a considerar [...] incluso su situación anterior... para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación" (sic).

VI. Comentario final:

Este trabajo se propuso analizar un aspecto de la compensación económica derivada de la unión convivencial, explorando el sistema de derecho inter-temporal respecto al impedimento de ligamen y la incidencia del derecho transitorio.

Como es sabido, mientras no hubo regla y menos aún norma o derecho restrictivo durante el régimen anterior a la nueva codificación, “[1]o que importa para que exista la unión de hecho y se deriven los efectos jurídicos que se le reconocen, es la comunidad de vida... y su permanencia y la existencia de este hecho es independiente que los miembros de la pareja estén afectados o no por impedimentos matrimoniales... La mayoría de las normas que atribuyen efectos jurídicos a la unión de hecho no exigen que los convivientes tengan aptitud nupcial por lo que la existencia de impedimentos matrimoniales pierde toda trascendencia jurídica”¹⁵.

Así huelga expresar y concluir sin ambages, que el hecho continuo e ininterrumpido a valorar, para estimar el monto de la prestación compensatoria, es el de vivir unido en convivencia, que se renueva (a diario) con la intención de continuar un proyecto de vida en común, considerando su vigencia y secuencia conforme al juego inter-temporal propuesto, sin ningún tipo de cortapisas, de acuerdo a la postura abstencionista del digesto citado (para el tramo previo) y a las consecuencias del nuevo Código (en lo sucesivo).

¹⁵FERRER, Francisco. Op. cit. Pág. 484/485. Al efecto podemos citar normativa que reconocía efectos jurídicos a las uniones convivenciales independientemente de su aptitud nupcial: art. 257 Código Civil (presunción de paternidad del concubino de la madre); art. 9 de Ley 23.091 (permitía la locación al conviviente del arrendatario); art. 269 de Ley 20.744 (trabajo y seguridad social); Ley 24.417 (habilita recurrir a los procedimientos de violencia familiar a los integrantes de una unión de hecho); art. 15 de Ley 24.193 (de trasplantes de órganos), Leyes nacionales 23.226 y 24.241 y provincial 6915 art. 25 inc. 4º bis (de jubilaciones y pensiones), entre otras normas.

Estimo que la solución arquitectural del diálogo de fuentes del Código (arts. 1, 2 y 3) y la propuesta inter-temporal (art. 7) esgrimida colaborarán modestamente en esta tarea de encontrar soluciones a los problemas particulares, impulsando evitar que vean disminuidas sus posibilidades de equilibrio patrimonial (CE) aquellos convivientes a los que, de acuerdo a un requisito jurídico no establecido o a un deber nuevo creado después del hecho, se pretenda recortar sus derechos.