



ACUERDO N° 43. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los diez días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada con los Señores Vocales **Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias **Doctora Luisa A. Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"COSENTINO NOEMI SUSANA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. 2623/09**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el **Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.-** Que a fs. 1/4 se presenta la Sra. Noemí Susana Cosentino, por derecho propio, con patrocinio letrado e inicia acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén.

Solicita la nulidad del Decreto 2037/08 y de la Disposición 294/08 dictada por la Dirección de Prestaciones y Jubilaciones del I.S.S.N.

Pretende que se otorgue, en forma compartida con la Sra. Susana Esther Galera, la pensión derivada del fallecimiento del Sr. Roberto Edgardo Natali.

Relata que así lo solicitaron el 24 de octubre de 2007, en virtud de lo que establecen los artículos 32 inciso e), 44 y concordantes de la Ley 611: la Sra. Susana Esther Galera, en su condición de conviviente del Sr. Natali y ella en su carácter de ex cónyuge/alimentada.

Informa que, sin perjuicio de tal presentación, mediante la Disposición 294/08, el I.S.S.N. otorgó la pensión a la Sra. Galera en un 100%.

Alude a la desaparición del expediente que comenzó con la presentación conjunta y el inicio de uno nuevo con los formularios suscriptos sólo por la Sra. Galera. Frente a este



hecho, dice que se omitió considerar la voluntad de la beneficiaria y fue concedido más allá de lo peticionado.

Afirma que ella se encontraba económicamente a cargo del Sr. Natali a la fecha del deceso, como surge de la sentencia de divorcio que homologó su derecho a percibir alimentos de por vida o hasta que se pudiera proveer a su sustento.

Sostiene que la distribución de la pensión se ajusta a la finalidad tuitiva del sistema previsional. Cita jurisprudencia.

II.- A fs. 15 se requiere a la actora aclare contra quien dirige la acción. Manifiesta que dirige la acción contra la Provincia del Neuquén y el I.S.S.N.

III.- A fs. 23, por medio de la R.I. N° 6885/09 se declara la admisión de la acción.

La accionante a fs. 28 opta por el trámite ordinario, ofrece prueba y se corre traslado de la demanda.

IV.- A fs. 39/42 se presenta la Provincia del Neuquén, mediante apoderado, con el patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado e interpone defensa de falta de legitimación pasiva y, subsidiariamente, contesta la demanda.

Expresa que, el juicio debe dirigirse sólo contra el I.S.S.N. por ser un ente autárquico con personería jurídica, diferente a la Provincia. Además los actos cuya nulidad se persiguen fueron dictados por el I.S.S.N. y sería el único que, de hacerse lugar, tendría que otorgar la pensión compartida y, en su caso, abonarle los haberes.

Dice que la intervención que le corresponde al Poder Ejecutivo provincial, ante el cuestionamiento de resoluciones del I.S.S.N. es al sólo efecto de agotar la vía administrativa y obtener un acto definitivo que cause estado para iniciar la acción procesal administrativa.



Alega que la Sra. Cosentino no cuenta con la razón jurídica de la situación expuesta en los presentes; niega y rechaza todos y cada uno de los hechos esgrimidos.

Sostiene que no existe prueba conducente para hacer valer el derecho de la accionante. Cita jurisprudencia.

V.- A fs. 51/58 se presenta el Instituto de Seguridad Social del Neuquén mediante apoderado y contesta la acción. Postula el rechazo de la demanda, con costas.

En ese contexto, reconoce la solicitud, en conjunto, del beneficio de pensión presentado por la actora y la Sra. Galera, como también el otorgamiento a la conviviente del causante.

Informa que la actora nunca se presentó cuando fue citada para asesorarla sobre el trámite de pensión del Sr. Natali.

Destaca que la presentación del 24 de octubre de 2007 fue respondida mediante la Disposición 294/08.

En esta línea, manifiesta que se encuentra acreditado que el causante estaba divorciado, de sus primeras nupcias, con la Sra. Noemí Susana Cosentino -sentencia de divorcio de 1/7/91- y convivió hasta su fallecimiento, en aparente matrimonio, con la Sra. Susana Esther Galera.

Aclara sobre la supuesta irregularidad denunciada respecto al inicio del expediente. Expresa que se acordó el beneficio de pensión a favor de la Sra. Susana Esther Galera, en el carácter de concubina del Sr. Natali porque acreditó los requisitos prescriptos en el art. 52 de la Ley 611.

Describe las impugnaciones efectuadas y resoluciones adoptadas.

Expresa que la Sra. Cosentino no reúne los requisitos exigidos para acceder al beneficio de pensión. Dice que la Ley 859, como el art. 44 de la Ley 611 reconocen como sujetos beneficiarios a la "viuda o el viudo", condición que la actora no reviste desde que el vínculo matrimonial con el



causante se extinguió por la sentencia de divorcio vincular en el año 1991.

Cita jurisprudencia.

Repasa la naturaleza jurídica del estado civil de las personas físicas y los efectos jurídicos.

Advierte que, con posterioridad al fallecimiento del Sr. Roberto Natali y, previo al dictado del Decreto 2037/08 del Poder Ejecutivo, la Ley 611 fue modificada por la Ley 2599 que cambió los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho de pensión.

Explica que la Ley 611 condicionaba el acceso al beneficio de pensión de la concubina/o cuando no existía cónyuge supérstite o hijos con derecho a pensión. Luego, la Ley 2599 fijó un régimen de características inversas, ahora la concubina excluye al cónyuge supérstite y sólo concurren en determinadas situaciones expresamente contempladas.

Dice que, a pesar de los cambios de la Ley 2599 a la Ley 611 no varió la situación de la Sra. Cosentino.

Resalta que la accionante no se encuentra comprendida, dentro de las tres excepciones previstas por la norma, para compartir con la conviviente el beneficio de la pensión.

Indica que, un requisito determinante para establecer el derecho a pensión del cónyuge separado es que se demuestre una real prestación alimentaria.

Afirma que, por el contrario, la actora no acredita la percepción de alimentos por parte del causante sin perjuicio del convenio homologado.

Concluye que la Sra. Cosentino no se encuentra alcanzada por la normativa previsional en atención a su calidad de ex cónyuge divorciada del causante y, subsidiariamente, tampoco se encuentra comprendida en los supuestos de excepción, para admitir su concurrencia con la conviviente.



Subraya que las leyes de previsión social son de orden público; priman sobre la autonomía de la voluntad de las partes y nacen de la potestad que el Estado ejercita con derecho de imperio y fines de justicia.

Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal.

VI.- A fs. 62/67 se presenta la Sra. Susana Esther Galera, por derecho propio, con patrocinio letrado, contesta la demanda y solicita su rechazo, con costas.

Reconoce las actuaciones administrativas que derivaron en el dictado del Decreto 2037/08 y la Disposición 294/08.

Admite que inició ante el I.S.S.N., de manera conjunta con la Sra. Cosentino, el trámite para que el beneficio de la pensión sea otorgado por partes iguales, a favor de cada una, porque entendía que la ley previsional establecía, para casos como el que se pretende resolver, el otorgamiento concurrente de la pensión; sin embargo, al tomar conocimiento que con motivo del divorcio vincular, no le correspondía a la actora el beneficio de pensión, hizo una presentación en forma unilateral ante el I.S.S.N.

Formula las negativas de rigor.

Plantea que la actora no tiene derecho a participar de la pensión originada por el fallecimiento del Sr. Roberto Edgardo Natali, toda vez que se encuentra divorciada legalmente desde el 1 de julio de 1991.

Sostiene que, por el contrario, ella es la única beneficiaria de la pensión, por revestir la condición de conviviente, en aparente matrimonio, con el causante, por más de cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Dice que, fue concubina del Sr. Natali desde el año 1988, es decir 19 años inmediatos anteriores a su fallecimiento.

Analiza la normativa aplicable.



Considera los efectos del divorcio vincular en cuanto a la vocación hereditaria y los alimentos.

Afirma que la resolución que la reconoce como beneficiaria es ajustada a derecho.

Expresa que la actora no se encuentra incluida - como beneficiaria de pensión- por la normativa vigente al momento del fallecimiento del Sr. Natali y corresponde que no se haga lugar a su pretensión.

Plantea que de lo contrario se vulneraría no sólo el principio de legalidad -por acordarse un beneficio por fuera de las disposiciones legales- sino también, el derecho a la propiedad, porque en su condición de conviviente, tiene un derecho adquirido respecto de la pensión generada por el fallecimiento. Cita jurisprudencia.

Dice que el legislador provincial no previó la concurrencia entre el cónyuge supérstite y el ex/cónyuge; ni entre el conviviente y el ex cónyuge; sino que condicionó la procedencia del beneficio a favor del o la conviviente siempre que no existiera cónyuge supérstite, ni hijos con derecho a pensión.

Cuestiona, que se ubique a la actora como comprendida en la primera excepción, toda vez que no percibía alimentos del causante y, por ende, no podrá acreditar tal circunstancia.

Resalta que las normas previsionales son de orden público y, por ello, no pueden ser alteradas por la mera voluntad de las partes, son imperativas, no se pueden modificar por una convención particular.

Alude a la situación de los bienes gananciales durante el período de indivisión post comunitaria y, dice que, la Sra. Cosentino recibía la renta resultante de la administración sin que represente una cuota alimentaria.

Funda en derecho. Ofrece prueba. Plantea caso federal.



VII.- La causa se abre a prueba a fs. 82 y se clausura el período probatorio, a fs. 118.

Mediante R.I. 113/12 se acepta la excusación del Dr. Evaldo Dario Moya.

A fs. 132/134 se agrega alegato de la parte actora, a fs. 135/136 de la Sra. Galera, a fs. 137/139 del I.S.S.N. y a fs. 140/141 de la Provincia de Neuquén.

VIII.- A fs. 143/149 dictaminó el Fiscal General quien propicia que se haga lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia y el rechazo de la demanda.

IX.- Dictado el proveído de autos para sentencia a fs. 151 las actuaciones se encuentran en situación para el dictado del fallo definitivo.

X.- En primer término, se impone resolver la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Provincia demandada.

En ese orden, corresponde señalar que mediante la excepción de falta de legitimación para obrar lo que se controvierte es que, quien demanda o aquél contra quien se demanda, no reviste la condición de persona idónea o habilitada por la ley para discutir el objeto sobre el que versa el litigio.

La legitimación se presenta, entonces, como un presupuesto procesal: el proceso debe desarrollarse respecto de sujetos, los cuales, con relación a la pretensión, deben ser útilmente los destinatarios de la tutela jurisdiccional.

Por lo tanto, para que el pronunciamiento sea válido debe surgir latente la calidad de obligado del demandado.

Ahora bien, de los términos de la demanda surge que la Sra. Cosentino pretende que se anule la Disposición 294/08 del Consejo de Administración del I.S.S.N., que concede el beneficio de pensión a favor de la Sra. Galera.



Desde esta perspectiva, se advierte que la actividad administrativa que se impugna es propia del ente autárquico -I.S.S.N.- de conformidad con la norma de su creación.

En efecto, la Ley 611 dispone en su artículo 1º, segundo párrafo:

"El Instituto actuará con personería jurídica e individualidad financiera propia, como ente autárquico de la Administración Pública, conforme a las disposiciones de esta ley y sus decretos reglamentarios. Sus relaciones con el Poder Ejecutivo se ejercerán por intermedio del Ministerio de Bienestar Social."

Desde este vértice, sólo el Instituto de Seguridad Social del Neuquén se encuentra pasivamente legitimado para ser demandado en autos porque es quien ha dictado el acto cuya nulidad se pretende.

En este aspecto, debe tenerse presente que el artículo 155 de la Constitución Provincial establece que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (art. 214 inc. 1º y 17º) no es obstáculo para ello, en tanto tal actividad no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. art. 28, 29 y 190 de la Ley 1284).

De esta forma, la intervención en sede administrativa, que le cupo al Gobernador provincial fue sólo a los fines de agotar la vía administrativa y dictar un acto definitivo que causa estado, para iniciar la acción.

Por ello, frente a la pretensión esbozada en la demanda, la Provincia del Neuquén carece de legitimación pasiva para ser demandada y, en consecuencia, corresponde admitir la defensa opuesta en tal sentido.



XI.- Determinada las posiciones de las partes, la cuestión central que se debate en autos es la petición de la actora a concurrir con la Sra. Galera en la percepción de la pensión del causante Sr. Natali.

Así, la Sra. Cosentino pretende que se distribuya el beneficio jubilatorio con la Sra. Galera, quien convivía con el causante al momento del fallecimiento.

Funda su pretensión en la circunstancia de estar económicamente a cargo del Sr. Natali, tal como surge de la sentencia de divorcio dictada en los autos: "Cosentino Noemí Susana y otro s/divorcio vincular" Expte. 115516 del Juzgado de 1º Instancia en lo Civil Nº 1, con fecha 1/7/91, donde se acordó: *"...que el esposo pasaría alimentos, como ha venido haciendo en forma ininterrumpida desde la separación, al hijo y a la esposa, hasta tanto ambos puedan proveer con propios recursos a su subsistencia..."*

Por su parte, el demandado reedita la postura anticipada en sede administrativa donde el Director de Jubilaciones y Pensiones del I.S.S.N. dispuso que en virtud del desplazamiento que la conviviente provoca no corresponde otorgar el beneficio de pensión a la actora.

XI.1.- Ahora bien, conforme la normativa legal que resulta aplicable -Ley 611 que regula el sistema previsional neuquino- la situación expuesta debe ser analizada a tenor del artículo 44 que establece los beneficiarios en caso de muerte del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación.

En ese marco, se encuentra prevista la situación del o la conviviente del causante, reconociendo su derecho al beneficio cuando aquél/aquella se hallase separado/a de hecho y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento.



Así la regulación fija como premisa para el otorgamiento del beneficio en cuestión a la conviviente del causante para el supuesto de que no existiera cónyuge supérstite o hijos con derecho a pensión.

Desde allí, se anticipa que la situación de la actora no se encuentra prevista como beneficiaria para compartir la pensión pretendida.

XII.- Entonces, la norma aplicable al momento del fallecimiento determina la exclusión de la Sra. Cosentino, por efecto del divorcio vincular, al no revestir la condición de cónyuge supérstite del Sr. Natali.

Esto porque la disolución del vínculo matrimonial conlleva la pérdida del derecho de pensión.

Pero, una interpretación acorde a la temática en cuestión y, en atención a los planteos efectuados por las partes, exige considerar si la actora podría encontrarse comprendida, como excepción, a tenor de lo expresado en punto a su condición de alimentada del causante.

Ello, siguiendo las pautas de interpretación y análisis para casos como el presente, donde la Corte Suprema de Justicia Nacional marca como pauta que *"...dada la naturaleza alimentaria, por sustitución, de los beneficios previsionales, se debe actuar con suma cautela para evitar un posible desconocimiento de derechos; proporcionando la solución que mejor se adecue a la seguridad social y, sea razonable con relación al caso concreto..."* (Confr. Fallos 267:336; 310:2212.)

Para ello, será considerado lo dispuesto en el artículo 45 de la normativa aplicable, que a los fines de determinar quienes son los derecho habientes, alude a quien *"estuvo a cargo del causante en estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular"*.



Y también se tendrá en cuenta la modificación que la Ley 2599 provocó en dicha regulación.

XII.1.- Entonces, en la línea de interpretación trazada, resta considerar si la Sra. Cosentino se encontraría incluida en las excepciones previstas.

Esto es, que: *"el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos"* extremo que la actora pretende hacer valer para fundar su pretensión.

Así, en el régimen previsional actual, la efectiva prestación alimentaria aparece como una cuestión esencial, ya que constituye un requisito dirimente para establecer la existencia del derecho de pensión del cónyuge divorciado.

Nos encontramos frente a una cuestión de orden fáctico, toda vez que la actora le atribuye al acuerdo homologado en la sentencia de divorcio vincular los efectos de la prestación alimentaria establecida en la ley.

Tal extremo es rebatido por la Sra. Galera, quien alude al tiempo transcurrido desde que se produjo el divorcio -16 años- y menciona que, lejos de percibir alimentos la Sra. Cosentino, en atención a la indivisión poscomunitaria, percibía una renta resultante de la administración de los bienes gananciales.

Agrega que dicha indivisión fue resuelta antes del fallecimiento, donando los bienes a favor de los hijos del causante.

Frente a ello, se constata que la actora ni siquiera ofreció medios de prueba para acreditar tal hecho - determinante del beneficio pretendido- y, en consecuencia, de esta causa.

Adviértase que la actividad probatoria de la Sra. Cosentino se limitó a requerir el expediente de divorcio y, en lo demás: la prueba informativa sobre la Sra. Galera fue desestimada (R.I. 238 fs. 72/74).



En definitiva no existe prueba que avale que el causante proveía de alimentos a la actora, tal como ella afirma.

Así, en autos no se encuentra probada la ayuda económica que dice haber percibido, en vida, del Sr. Natali y la sola manifestación sobre este aspecto, carece de idoneidad para modificar el beneficio en debate. Más aún, cuando es rebatido por la Sra. Galera en su condición de beneficiaria de la pensión pretendida.

En consecuencia, ante la ausencia de elementos probatorios de los cuales pudiera inferirse la prestación alimentaria a cargo del causante, este requisito no puede considerarse satisfecho.

Debe considerarse que la acreditación de tal circunstancia constituye un dato dirimente para la concesión del beneficio, por cuanto si se considera el carácter alimentario y sustitutivo de la pensión, resulta equitativo que dicho beneficio se otorgue sólo a quien gozaba de una prestación de esa naturaleza; lo contrario importaría la concesión de un derecho del que tampoco gozaba en vida del causante.

A la luz de las consideraciones expuestas, emerge que la actora carece de vocación pensionaria y desde allí la pretensión no puede ser aceptada, teniendo sustento legal y fáctico suficiente los actos que denegaron el beneficio previsional.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar la demanda instaurada, con costas a la actora vencida (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria en la materia). **MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. **MI VOTO.**



De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1º) Rechazar la demanda interpuesta por la Sra. NOEMI SUSANA COSENTINO contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y la PROVINCIA DEL NEUQUEN. 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 CPCC de aplicación supletoria por reenvío del artículo 78 de la ley 1305). 3º) Regular los honorarios profesionales por todas las actuaciones de autos: a los patrocinantes de la actora, Dra. ... en la suma de \$2.340,00 y al Dr. ... en la suma de \$2.000,00; al Dr. ..., apoderado de la Provincia de Neuquén, en la suma de \$2.480,00 y al Dr. ..., patrocinante, en la suma de \$6.200,00; al Dr. ..., en el doble carácter por el I.S.S.N., en la suma de pesos \$4.350,00; a los patrocinantes del I.S.S.N. Dres. ..., ... y ..., en la suma de \$1.600,00, en conjunto; al Dr. ..., en el doble carácter por el I.S.S.N., en la suma de \$5.800,00 y al Dr. ..., patrocinante de la Sra. Galera, en la suma de \$6.200,00. 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI
DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria