ACUERDO Nº 129. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores OSCAR E. MASSEI** y **EVALDO DARIO MOYA**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez,** para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"BODART EDGARDO HUGO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 6011/14**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** A fs. 6/9 se presenta el Señor Edgardo Hugo Bodart, con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra el I.S.S.N. Solicita se revoque la Disposición N° 2559, de fecha 31 de octubre de 2013, y se declare la nulidad del Decreto Provincial N° 2242, de fecha 7 de octubre de 2014.

Pretende, en consecuencia, se le otorgue el beneficio de pensión por el fallecimiento de quien afirma fue su concubina, Sra. Mirta Raquel Olivera F.

Expone que vivió en unión de hecho con la Sra. Olivera F. y bajo el mismo techo, en el domicilio de calle ... de Neuquén, durante ocho años aproximadamente antes de la fecha de su fallecimiento. Asimismo, resalta que la causante se desempeñó como agente del Consejo Provincial de Educación hasta el mes de mayo de 2008, cuando accedió al beneficio jubilatorio.

Cita la Disposición N° 2559/2013 que deniega el beneficio solicitado en el marco de la Ley 611. Transcribe que el rechazo se sustenta en cuanto que "… *de los antecedentes descriptos … se desprende que … no ha acompañado documental que permita alcanzar un grado de certeza considerable respecto de su convivencia con la causante de manera ininterrumpida por*

dos años inmediatamente anteriores al fallecimiento de la misma …".

Sostiene que las conclusiones administrativas no reflejan, en el caso concreto, una correcta valoración de los hechos y circunstancias que generaron el pedido efectuado cuando de la prueba aportada, especialmente la documental acompañada y testimonial, justificaba acoger la pretensión.

Manifiesta que se siente agraviado cuando se califica al vínculo de una mera "unión accidental", valorándose testimonios de personas ajenas al entorno inmediato y desconociendo la importancia de aquellas que recrean lo ostensible del vínculo jurídico que amerita la norma legal invocada (art. 44 de la Ley 611), con notas de notoriedad, singularidad y permanencia de la unión por el tiempo necesario para que se produzcan los efectos patrimoniales que implica la protección social reclamada.

Insiste que los dictámenes que originaron la Disposición se apartaron de la verdad real, careciendo de fundamentos jurídicos, lo que hace que su estructura sea arbitraria, particularmente en lo que respecta al concepto del beneficio solicitado en los términos de la reglamentación vigente (arts. 44°, 52° y ccdtes. de la Ley 611).

Señala que si bien acepta no haber sido designado beneficiario en el orden jubilatorio, ni incorporado a la obra social y hasta reconoce cierta autonomía económica, no puede admitir que se considere acreditado "… *que la pareja no convivía en aparente matrimonio*" y peor aún, que "*su hermana y una cuidadora fueron las personas que asumieron la responsabilidad de los cuidados, contención emocional y la asistencia necesaria que la paciente requería*" en su estado de enfermedad terminal.

Afirma que el hecho de disponer de la vivienda de calle Rioja no excluía el vínculo de convivencia esencialmente en calle ..., situación que era indiferente para la pareja,

máxime cuando la primera se encontraba en venta y menciona que desde enero hasta abril la pareja se trasladaba a vivir a Pinamar, Buenos Aires, conviviendo en otra propiedad del suscripto.

Insiste, que el acto administrativo cuya revocación se persigue configura una flagrante violación de derechos subjetivos contenidos en el sistema previsional y las garantías constitucionales invocadas.

Funda en el derecho constitucional de propiedad (arts. 14° y 17° de la Constitución Nacional) y en la debida protección social del peticionante art. 14 bis de la Constitución Nacional y arts. 51 y 54 de la Constitución Provincial y arts. 44°, 52°, 59°, 62° y cc. de la Ley 611. Asimismo, cita jurisprudencia.

II.- A fs. 18/18 vta., por medio de la R.I. Nº 130/15, se declara la admisibilidad de la acción.

III.- A fs. 19/19 vta. la parte actora opta por el trámite ordinario y ofrece prueba. Luego, se corre traslado de la demanda.

IV.- A fs. 23 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

A fs. 25/27 vta. obra la contestación del Instituto demandado.

Luego de afirmar el carácter de jubilada de la Sra. Mirta Raquel Olivera, niega los hechos alegados por el actor que no sean de su expreso reconocimiento y solicita el rechazo de la pretensión.

Afirma que el actor no ha podido probar el concubinato con la Sra. Olivera, y por ello no se le concedió la pensión solicitada, con fundamento en la Ley 611.

Manifiesta que ha corroborado que ambos (el actor y la Sra. Olivera) residían en domicilios distintos.

Destaca que al iniciar el trámite jubilatorio la causante no denunció al Sr. Bodart como posible beneficiario

de pensión. Indica que fue la causante quien lo excluyó al peticionante como posible beneficiario.

Resalta que se realizó una entrevista socio ambiental y que no surge de los testimonios prestados que haya existido convivencia. Asimismo, que la documentación sobre pagos de servicios, tampoco acredita la unión de hecho al figurar sólo en nombre de la Sra. Olivera.

Cita los arts. 44° inc. 1) y 52° de la Ley 611.

Reitera que el actor no dependía económicamente de la causante ni se registra como carga de familia, posee ingresos propios y es titular adherente a la Obra Social.

Ofrece prueba, hace reserva del caso federal y formula petitorio.

V.- A fs. 30/30 vta. la parte actora contesta el traslado y solicita apertura a prueba.

VI.- A fs. 31 se abrió la causa a prueba. A fs. 92 se clausuró dicho periodo y a fs. 101/102 vta. se agregó el alegato de la parte actora y a fs. 104/106 el correspondiente a la demandada.

VII.- A fs. 110/115 obra el dictamen Fiscal, por medio del cual se propicia hacer lugar a la demanda promovida.

A fs. 117 se dicta la providencia de autos para sentencia.

A fs. 119 la Dra. María Soledad Gennari plantea su excusación la que es aceptada mediante R.I. N° 66/17 (a fs. 124/124 vta.).

Se reanuda el llamado de autos, encontrándose firme y consentido, coloca a los presentes en condiciones para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Ahora bien, la idea de seguridad social gira alrededor de un número determinado de contingencias sociales y las medidas dispuestas para su cobertura (Carlos Alberto Etala, “Derecho de la Seguridad Social”, 3° edición actualizada y ampliada, ED Astrea, págs. 9 y 10).

La extinción de la vida humana es un acontecimiento natural. Sin embargo, es considerada una contingencia social (Carlos Alberto Etala, “Derecho de la Seguridad Social”, 3° edición actualizada y ampliada, ED Astrea, pág. 88).

Asimismo, los fines de la seguridad social se complementan -a los efectos del reconocimiento del derecho de pensión- con el efectivo cumplimiento de los presupuestos establecidos por la ley.

En dicho contexto, la Ley 611, en el ámbito provincial, prevé la pensión por fallecimiento para quienes asumen el carácter de derechohabientes, dentro de los cuales se incluye al viudo o concubino (cfr. arts. 44 y 52 de la Ley 611).

Puntualmente, el artículo 44 de la Ley 611 establece que: “En caso de muerte del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación, gozarán de pensión las siguientes personas: 1) La viuda o el viudo; la conviviente o *el conviviente*, en este último supuesto se requerirá que él o la causante se hallase separado de hecho y *hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes o el causante haya sido soltero, viudo, o divorciado*”.

Por otro lado, el Artículo 52 de la Ley 611 dice: “La convivencia en aparente matrimonio con los requisitos establecidos en el artículo 44 podrá probarse por cualquiera de los medios previstos en la legislación vigente, salvo que las excepcionales condiciones socioculturales y el lugar de residencia de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente. La prueba podrá sustanciarse administrativamente o en sede judicial; en este último caso se

dará intervención -necesariamente- al organismo de aplicación…”.

Desde esta perspectiva, los recaudos que cabe exigir a quien pretende el derecho a pensión, son: a) el carácter del vínculo que lo une con la causante –concubinato- y b) prueba de la convivencia en aparente matrimonio durante el lapso de cinco años, que se veía reducido a dos –atento que al momento del fallecimiento la causante se encontraba “soltera”-.

IX.- Frente a los requisitos señalados (prueba del vínculo –concubinato-, es decir convivencia en aparente matrimonio durante dos años inmediatamente anteriores al fallecimiento), cobra relevancia la actividad probatoria desarrollada.

En la etapa administrativa, surge del expediente N° 4469-111369/0 -sobre solicitud de pensión- a fs. 39 un certificado de depósito a plazo fijo (a nombre del Sr. Bodart y la Sra. Olivera), con fecha de vencimiento 6/5/2010, distintas facturas de servicios (originales y copias, adjuntadas a fs. 42, 44, 45, 47, 70/86) todas a nombre de la causante y referentes al domicilio de calle Amancay 450 de la ciudad de Neuquén. A fs. 60/68 obran los recibos de alquiler a nombre de la Sra. Olivera Raquel y a fs. 51/52 la póliza de seguro de vida cuya beneficiaria es la sobrina de la Sra. Olivera (Apis, María Noel).

Por otro lado, el expediente administrativo contiene un informe socio ambiental (véase fs. 22/32). Allí consigna que el domicilio informado por el Sr. Bodart (...) no coincide con el domicilio declarado por la causante al iniciar su trámite jubilatorio (...). Asimismo, surgen testimonios que afirmaban el concubinato (a fs. 30, 31 y 32) mientras otros testigos negaban la convivencia de la pareja (a fs. 27, 28, 29).

El organismo demandado denegó el beneficio de pensión, solicitado por el actor, por considerar que no acreditaba los presupuestos establecidos por el art. 44° de la Ley 611. La Disposición N° 2559/13 referencia la documental, el informe social y señala que *"atento la contradicción existente entre los testimonios recabados y la falta de prueba documental que acredite de manera fehaciente la convivencia aludida …no surge del expediente de referencia evidencia suficiente que indique que se dan en el caso los extremos exigidos…"*.

Posteriormente, la falta de prueba fehaciente sobre la convivencia en aparente matrimonio entre la causante (Sra. Mirta Raquel Olivera F.) es revertida con la incorporación de nuevos elementos de prueba, introducidos a través de la prueba testimonial producida en ésta instancia judicial, que nos conducen a afirmar la existencia del concubinato en el marco del art. 44° y concordantes de la Ley 611.

En efecto, las declaraciones (véase fs. 64/65 vta. y 67/67 vta.) de las Sras. Graciela Olivera (hermana de la causante) y Jaqueline Lara Gonzalez (enfermera) aclaran los dichos brindados en la vía administrativa, coincidiendo con los demás testigos.

Ambas testigos –propuestas por la parte demandada- confirman la existencia del concubinato entre el Sr. Bodart y la Sra. Olivera. Puntualmente la convivencia en aparente matrimonio surge en el caso de la testigo Olivera de la respuesta dada a la pregunta 1°, 2°, 3°, 4° y 11° (fs. 64 y 65), y la respuesta 2°, 4°, 5°, 7° y 9° respecto de la Sra. Lara Gonzalez.

Asimismo, como bien aclara el Sr. Fiscal en su dictamen (fs. 110/115), respecto de los testimonios ofrecidos en las presentes actuaciones judiciales por la hermana (Sra. Olivera) y enfermera de la causante (Lara Gonzalez) –si bien no coinciden con las declaraciones testimoniales brindadas en

el marco del informe socio ambiental realizado en sede administrativa- el organismo previsional demandado no realizó tacha, cuestionamiento o impugnación conforme lo prevé el Código ritual.

No obstante, las declaraciones testimoniales señaladas coinciden con lo declarado por los demás testigos en esta acción procesal administrativa, Carolina Malcotti (a fs. 56/57), Irma Alicia Parada (fs. 59/60) y María Esther Ortiz (fs. 61), como también con la declaraciones efectuadas por la Sra. Irma Aurora Gutierrez y el Sr. Jorge Andrés Neme en la etapa administrativa. Y, la situación no varía respecto de las declaraciones prestadas por la Sra. Amiliano (fs. 27 del expediente administrativo y a fs. 66/66 vta. del expediente judicial) atento desconocer el concubinato –no niega su existencia- referencia que pasó mucho tiempo sin ver a la causante.

El tiempo de duración del concubinato –dos años, conforme art. 44 in fine de la Ley 611- se encuentra cumplido (del testimonio de la Sra. Malcotti surge un mínimo de tres años y de las testigos Parada y Ortiz sería de una duración mayor a los cinco años).

Por último, los testimonios judiciales mencionados, incluyéndose a la Sra. Sassi (ver fs. 58) manifiestan que la pareja tenía un proyecto en común para irse a vivir a la localidad de Merlo (Provincia de San Luis) para lo cual habían adquirido un terreno, que el Sr. Bodart asistió a la causante en su enfermedad, que utilizaban ambos domicilios y que el domicilio de calle Rioja era utilizado mayormente para eventos sociales y se encontraba en venta (ver respuestas de las testigos Malcotti y Sassi).

Recapitulando la prueba producida, considero que es suficiente a los efectos de acreditar los requisitos legales para acceder al beneficio de pensión (convivencia en aparente matrimonio durante un plazo inmediato de dos años).

En consecuencia, puede afirmarse, entonces, que el accionante ha logrado acreditar acabadamente en sede judicial la convivencia en aparente matrimonio –concubinato- con la Sra. Olivera. Y, en tanto ello, cabe reconocer el derecho a pensión.

X.- Respecto a las costas, cabe imponer las mismas a la demandada vencida(cfr. artículo 68 del C.P.C. y C., de aplicación supletoria por aplicación del art. 78 de la Ley Nº 1305). **TAL MI VOTO**.

El Señor Vocal **Doctor EVALDO DARIO MOYA, dijo:** adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que me precede en el orden de votación, por lo que emito mi voto en igual sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE**: **1°)** Hacer lugar a la demanda instaurada por el Señor Edgardo Hugo BODART contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén y, en consecuencia, condenar al ISSN a otorgar el beneficio de pensión al actor desde el fallecimiento de la Sra. Mirta Raquel Olivera –a partir del 23/10/2011-; **2°)** Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C. de aplicación supletoria, por aplicación del art. 78° de la Ley Nº 1305); **3°)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuenten con pautas para ello; **4°)** 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 Actuaria que certifica.

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO MOYA