

## Pension Por Fallecimiento Policia Provincial Separacion De Hecho E Inexistencia De Cuota Alimentaria

### JURISPRUDENCIA

Pensión por fallecimiento. Policía provincial. Separación de hecho e

inexistencia de cuota alimentaria Se mantiene el rechazo del beneficio de pensión y el subsidio por fallecimiento reclamados por la actora, pues se encuentran presentes los supuestos configurativos de la causal de exclusión prevista en el artículo 47, inciso b), del Decreto Ley N° 9538/80 y modificatorias -separación de hecho, ausencia de voluntad de unirse y no percepción de cuota alimentaria o contribución a su subsistencia-.

En la ciudad de La Plata, a los siete días del mes de Abril del año dos mil dieciseis, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa ?MAZURENOK ROSA C/ CAJA DE RET. JUB. Y PENS. DE LA POLICIA DE LA PCIA. DE BS AS S/ PRETENSION ANULATORIA - PREVISION?, en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 del Departamento Judicial La Plata (expte. N° -26319-), con arreglo al sorteo de ley, deberá observarse el siguiente orden de votación: Señores Jueces Dres. Gustavo Daniel Spacarotel, Gustavo Juan De Santis y Claudia Angélica Matilde Milanta. El Tribunal resolvió plantear la siguiente CUESTION ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde adoptar? VOTACION A la cuestión planteada, el Dr. Spacarotel dijo: I. Por sentencia de fecha 5-02-15, la jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata, resolvió desestimar la pretensión anulatoria deducida por la señora Rosa Mazureñok (fs. 209/214). Como corolario, impuso las costas en el orden causado, regulando los emolumentos profesionales pertinentes (fs. 214 vta.). II. Para así decidirlo sostuvo: a) La cuestión a decidir estriba en dilucidar la legitimidad de las Resoluciones N° 85397 y 86902 dictadas por la Caja de Retiros Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, mediante las cuales se deniega el reclamo de la actora por el reconocimiento del beneficio de pensión y el subsidio por fallecimiento, derivados del deceso de su esposo José Aníbal Graziano, fundado dicho rechazo en la separación de hecho existente entre los cónyuges al fallecimiento del causante y en la no percepción de cuota alimentaria debidamente documentada en su favor (fs. 211). De ese modo, corresponde analizar si las pruebas aportadas -tanto en sede administrativa como judicial- resultan idóneas para demostrar los hechos que invoca la actora en sustento de su pretensión o si se configura la causal de exclusión prevista en la normativa aplicable, teniendo en consideración a tal fin que las causales de exclusión de la vocación pensionaria deben evaluarse al tiempo del fallecimiento del causante, por ser ese el momento en el cual se produce la contingencia que el beneficio procura paliar (fs. 211 vta./212). b) Teniendo en cuenta la valoración integral que debe realizarse de las declaraciones y probanzas incorporadas en autos, tal como la declaración del propio causante, el informe ambiental agregado a fojas 65/68 y el informe expedido por el geriátrico ?Rayito de Sol?, cabe concluir que el planteo defensivo de la actora resulta improcedente, por no lograr rebatir los argumentos fácticos tomados en consideración por la Caja demandada para denegar la solicitud de pensión y subsidio por fallecimiento, ello a tenor de los presupuestos de exclusión oportunamente establecidos por los artículos 47 del Decreto Ley N° 9538/80 y del Decreto Ley N° 9507/80 (fs. 212 vta.). c) La señora Mazureñok manifiesta expresamente que se encuentra desvinculada económicamente de su esposo, tal como se expuso y que sólo se mantenía con una jubilación mínima que la obligaba a trabajar como mucama, por lo que cabe concluir que la actora no percibía alimentos del causante (fs. 212 vta.). d) El contexto señalado permite avizorar, tal como fue resuelto por la Caja Previsional demandada a través de las resoluciones citadas, que en el caso se encuentran presentes los supuestos configurativos de la causal de exclusión prevista en el artículo 47 inciso b) del Decreto Ley N° 9538/80 y modificatorias -separación de hecho, ausencia de voluntad de unirse y no percepción de cuota alimentaria-, lo cual conduce a sostener la improcedencia de la pretensión de anulación incoada (fs. 213). e) No rebate tal conclusión el argumento vertido por la actora para justificar la desvinculación acreditada, quien ha apoyado su pretensión en su falta de culpa en la separación de hecho acaecida con el señor José Aníbal Graziano, sin justificar o acreditar por medio idóneo dependencia económica alguna con el afiliado (fs. 213). En ese sentido, de las actuaciones e instrumentos adunados no se evidencia prueba alguna que acredite que la señora Mazureñok percibía del señor Graziano cuota alimentaria debidamente documentada, en los términos exigidos. Dicha condición sustitutiva del haber pensionario respecto del deber de pasar alimentos que gravitaban sobre el titular de la jubilación, ha sido reiteradamente sostenida por la Suprema Corte de Justicia local. Ergo, no habiendo probado la reclamante dependencia económica de su esposo, máxime cuando de las declaraciones realizadas en vida por el causante en sede administrativa -cuya autenticidad no ha sido cuestionada en autos- surge la voluntad expresa del señor Graziano de desvincularse de la accionante y siendo carga de la actora acreditar que a pesar de la separación de hecho acaecida con su cónyuge, tenía asistencia del mismo a fin de cubrir necesidades de manutención, procede rechazar la pretensión entablada (fs. 213). f)

Atento el carácter sustitutivo de la pensión y ante la falta de comprobación de alimentos en vida del afiliado, la actora no puede pretender -acaecido el fallecimiento de quien fuera su esposo-, posicionarse en una mejor situación de la que se encontraba y consintió durante la vida del mismo. Tanto más, cuando la cuota alimentaria viene impuesta como un requisito indispensable en el supuesto de separación que, de no concurrir, determina la ausencia del derecho, requisito que indudablemente no satisface la accionante (fs. 213 vta.). g) En cuanto a la solicitud de subsidio por fallecimiento, de acuerdo a lo estatuido por el artículo 2 del Decreto Ley N° 9507/80 y en atención a la escasa convicción que arroja la prueba aportada por la actora sobre la existencia de una supuesta convivencia, corresponde rechazar también la pretensión esgrimida por la actora (fs. 214).

III. Contra el mentado pronunciamiento se alza la parte actora, a tenor del recurso deducido a fs. 219/227. A fin de fundamentar y abastecer su crítica, alega que:

a) En el caso de autos está fuera de toda discusión que al momento de su deceso el señor Graziano no pasaba alimentos a la actora, habiendo incluso ésta reconocido que para esa época estaba desvinculada económicamente de su esposo, por lo que la concesión o denegatoria del beneficio depende exclusivamente de la prueba de la separación de hecho sin voluntad de unirse a la época del fallecimiento del causante (fs. 220).

b) El fallo incurre en error al tener por probada la falta de voluntad de unirse por la sola separación de hecho existente al momento del deceso del causante, ya que la primera no es una consecuencia de la segunda, sino que se trata de dos recaudos independientes e imprescindibles para denegar el beneficio, debiendo probarse la separación y la falta de voluntad de unión (fs. 220 vta.).

c) El art. 47 inc. c) de la Ley N° 13236, aplicable en autos, precisa con mayor claridad que el recaudo de la falta de voluntad de unirse se refiere a la del cónyuge supérstite (fs. 221).

d) Resulta justificado que durante la internación del causante en el geriátrico, gestionada por su hermano, y no obstante las trabas que este último le oponía, la actora igualmente visitó a su esposo, aunque ?extrañamente? los testigos del lugar coincidieron en que sólo lo visitó en dos oportunidades en ocho años, como si todos hubieran estado presentes allí en esas ocasiones, lo que al menos pone un manto de dudas sobre su veracidad y a la limitación de las visitas (fs. 222). Asimismo, la actora no volvió a hacer vida marital y continúa viviendo sola en el que fuera el hogar conyugal, según surge de sus declaraciones abonadas por los testimonios de las vecinas Calvo y Byrne (fs. 222).

e) De los distintos medios probatorios no surge que Mazureñok no tuviera voluntad de unirse al momento del deceso, sino que por el contrario, resulta que al margen de no haber formado nueva pareja, mientras y en la medida que pudo, visitó y asistió a su esposo, lo que demuestra que su intención era la de mantener la relación marital, máxime si se tiene en cuenta la dificultad probatoria de tal presupuesto (fs. 222 vta.).

f) Para unirse con el causante era necesario que éste regresara al hogar conyugal, ya que no resulta razonable exigir que la actora se fuera a vivir al geriátrico en que estaba alojado su esposo y menos en contra de su voluntad presunta (fs. 222 vta.).

g) La conclusión sobre la inexistencia de prueba que demuestre la falta de voluntad de unión por parte de la actora, es soslayada por la sentencia para denegar el beneficio, apoyándose en las notas del causante, el informe ambiental y del geriátrico (fs. 222 vta./223). Sin embargo, las declaraciones del causante son irrelevantes, ya que en caso contrario la suerte del beneficio quedaría librada a su voluntad. A ello cabe añadir que provienen de quien perdió lucidez y se hallaba en situación de sometimiento (le tenía miedo a Roberto Graziano), contradiciéndose con testimonios brindados por terceros (fs. 223). Asimismo, el armado de las pruebas por parte del hermano resulta claro de los informes de fs. 52 y 55, de cuyos términos surge que no fueron extraídos de archivo, registro o documentación, sino que contienen declaraciones de ?favor?, lo que tiñe de dudas la veracidad no sólo de las notas de fs. 56/57 sino también los certificados médicos de fs. 62/63 (fs. 223). En cuanto al informe ambiental, en realidad consiste en una reseña de algunas de las pruebas realizadas por funcionarios de la Caja demandada y cuyas conclusiones la sentencia toma en cuenta como si fueran un dictamen pericial, cuando lo que correspondía era el análisis directo de las pruebas referidas en el mismo (fs. 223 vta.). En consecuencia, de expediente no surge elemento probatorio con eficacia suficiente para demostrar la existencia de la falta de voluntad de unión por parte de la actora, por lo que ante la ausencia de ese recaudo necesario para denegar el beneficio, cuya prueba estaba a cargo de la demandada (ya que el derecho a pensión surge del vínculo matrimonial, salvo que la Caja justifique una causal de exclusión), el mismo debió haber sido concedido (fs. 223 vta./224).

h) En autos está probado que la actora internó a su esposo en el Hospital ante una descompensación, donde lo visitaba y atendía, manteniendo una buena relación, por lo que fue este último quien provocó la separación cuando tras la externación se alojó en el geriátrico (por su voluntad o la de su hermano), sin que surja del expediente prueba eficaz para imputar la separación a la actora y menos para endilgarle falta de voluntad de unión, máxime porque está probado, aunque con algunas limitaciones respecto a la realidad, que visitó a su esposo durante su estadía en el geriátrico (fs. 225).

i) De la misma manera que por no haber incurrido en injurias graves o vivido en concubinato Mazureñok mantenía el derecho a pedir alimentos en vida del esposo, ahora y mientras no contraiga nuevas nupcias o hiciere vida marital de hecho, tiene derecho a reclamar la pensión derivada de la muerte del causante, ya que ésta es sustitutiva de aquél (fs. 225 vta./226).

j) Así como el cónyuge inocente divorciada mantiene el derecho alimentario y a la pensión, de la misma manera el cónyuge inocente separado de hecho conserva los mismos derechos. Caso contrario, se llegaría al absurdo de que el divorciado que no tiene intención de unirse ni vínculo matrimonial estaría en mejores condiciones que el separado

de hecho que aún conserva el vínculo matrimonial, para cuyo caso planteo la inconstitucionalidad del art. 47 inc. b) de la Ley N° 9538 y su similar (art. 47 inc. c) de la Ley N° 13236), por cuanto al poner al mismo en peores condiciones que el cónyuge divorciado, viola los derechos a la seguridad social, igualdad y defensa en juicio de la actora (fs. 226/226 vta.). k) En virtud de que los supuestos de hecho de los fallos citados como fundamento del decisorio recurrido no resultan idénticos al caso de autos, devienen inaplicables (fs. 224 vta.). l) Respecto al reclamo del subsidio por fallecimiento, a fin de demostrar el desacierto del decisorio, remite a los fundamentos expuestos con anterioridad para rebatir la denegación del beneficio previsional (fs. 226 vta.). IV. Habiéndose declarado su admisibilidad (arts. 55 inc. 1, 56, 57 y 58, CCA; fs. 209/214, 219/227, 230/235, 238, 240/241 y 242/243), corresponde resolver sobre los fundamentos del recurso impetrado (fs. 244). V. Adelanto mi opinión tendiente a desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y confirmar la sentencia en crisis en todo cuanto fuera materia de agravios, pues el intento realizado en torno a demostrar una errónea o insuficiente valoración de las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas que derivaron en la denegación cuestionada, resulta carente de sustento. a) En efecto, tal como ha quedado planteada la cuestión, corresponde determinar si, en el sub examine, asiste derecho de pensión a favor de la actora a partir del fallecimiento de quien fuera su cónyuge, ocurrido el 15 de julio de 2004, de acuerdo a la normativa previsional vigente en dicho momento, en particular, el Decreto Ley N° 9538/80. En efecto, el intento aplicativo del artículo 47 inc. c) de la Ley N° 13236 (ver fs. 221), más allá de que no difiera en su letra, resulta carente de sustento por cuanto soslaya la regla que, con valor de principio general y por lo tanto aplicable a cualquier sistema que no informe norma expresa en contrario, establece el artículo 23 del Decreto Ley 9650/80 para determinar el sistema aplicable al momento del fallecimiento del causante (CCALP causas N° 11822 ?Di Profio Elena María c/Caja de Ret. Jub. Pens. Policía Pcia. Bs. As. s/Pretensión Restablecimiento o Reconoc. de Derechos?, sent. del 6-09-11; N° 15385 ?Di Marco María Cristina c/Caja de Retiros Jub. y Pen. de Pol. De Prov. s/Pretensión Restablecimiento o Reconoc. de Derechos?, res. del 12-08-14, entre otras). b) A esos fines, corresponde recordar que el artículo 47 del marco normativo aplicable establecía que: ?No tendrán derecho a pensión, las siguientes personas:...b) El cónyuge del afiliado, que al momento de su fallecimiento estuviere separado de hecho sin voluntad de unirse, siempre que no percibiere por parte del mismo, cuota alimentaria debidamente documentada?. En esas condiciones, ninguno de los argumentos expuestos por la recurrente logra desvirtuar las consideraciones efectuadas por la magistrada de instancia para denegar los beneficios en cuestión, ora por la inexistencia de voluntad de unirse, ora por la falta de acreditación de sustento económico alguno. De ese modo, existen una serie de elementos probatorios que acreditan ambos extremos, los cuales han sido íntegra, puntual y debidamente valorados en el marco de la sana crítica. Entre ellos, las declaraciones producidas (ver fs. 48/51-53 y sus ratificaciones), las manifestaciones reiteradas y concordantes del propio causante, los certificados médicos, el informe ambiental agregado a fojas 65/68 y el expedido por el geriátrico ?Rayito de Sol?. En ese sentido, del informe del geriátrico surge, entre otras consideraciones, que no existía ningún impedimento para recibir visitas (fs. 55). Asimismo, llaman la atención ciertas contradicciones, por caso, que la propia actora en su declaración de fs. 47 dice que ?nunca existió separación legal ni de hecho entre los miembros de la pareja?. También aparecen como relevantes la nota al Director de Administración de fecha 3-04-03, por el cual el causante solicita que ?se considere la posibilidad de dar de baja, el salario familiar por esposa, de mi ex señora, Rosa Mazureñok, por el motivo que me encuentro separado de hecho con ésta, ya que nunca me brindó asistencia a mi enfermedad, abandonándome y por cuyo motivo me encuentro internado en un geriátrico (...)? o la nota al Presidente de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de Policía, donde el causante pone de manifiesto que ?nunca recibí asistencia a mi enfermedad, visitas ni alimentos por parte de la mencionada señora Mazureñok, lo que considero que lo hizo de forma voluntaria y maliciosa, por lo que debí requerir la asistencia de un geriátrico?. De igual manera, es determinante ponderar que es la actora quien, durante las actuaciones administrativas y en sede judicial, ratifica que el causante no le pasaba ningún tipo de asistencia económica o alimentos, ni que se los haya reclamado en vida, valiéndose por sus propios medios. Inclusive, en el propio recurso la parte actora reconoce que ?en el caso de autos está fuera de toda discusión que al momento de su deceso el señor Graziano no pasaba alimentos a la actora, habiendo incluso ésta reconocido que para esa época estaba desvinculada económicamente de su esposo (...)? (fs. 220). Dichas circunstancias son las que permiten concluir, tal como decide la iudex de instancia, que en el caso se encuentran presentes los supuestos configurativos de la causal de exclusión prevista en el artículo 47 inciso b) del Decreto Ley N° 9538/80 y modificatorias -separación de hecho, ausencia de voluntad de unirse y no percepción de cuota alimentaria o contribución a su subsistencia-, lo cual conduce a sostener la improcedencia de la pretensión de anulación incoada. En esa inteligencia, como se expusiese en precedente análogo, la presencia de tales circunstancias -desvinculación y ausencia de reserva alimentaria- no es rebatida por la propia interesada (CCALP causas N° 11723 ?Iurousky Claudia Mabel c/Caja de Ret. Jub. y Pens. Policía Pcia. Bs. As. s/Pretensión Restablecimiento o Reconoc. de Derechos?, sent. del 13-12-11, entre otras). Al contrario, es ella misma quien afirma la inexistencia de dependencia económica. De allí que, no logre desvirtuar la legitimidad del obrar administrativo como tampoco de la sentencia apelada, pues, aún de haber sido responsable el causante de la disolución de

hecho del vínculo matrimonial, no se acredita dicho extremo. En ese orden, ha tenido oportunidad de pronunciarse este Tribunal, con las correspondientes salvedades de hecho y de derecho, en relación al carácter sustitutivo que reviste el beneficio de pensión, respecto de la percepción alimentaria, en supuestos de separación o divorcio de los cónyuges (v. en tal sent. causas N° 8836, ?Cantaluppi?, sent. del 20-10-09 y N° 9717 ?Mohando Soto?, sent. del 16-02-2010), criterio que ?sin perjuicio de las particularidades de cada régimen y situación- es regla en la materia (v. en sent. conc. CSJN causas ?Palermo?, sent. del 16-8-94; ?Auliso?, sent. del 3-6-09 y ?Melano?, sent. del 22-10-02) en tanto la reserva alimentaria, aunque no resultase exclusiva ni excluyente, es una pauta rectora de la vocación pensionaria (en tal sentido, ver entre otras: causa B. 50.586, ?Del Pino de Chielli Juana F. c/ Colegio de Escribanos de la Pcia de Buenos Aires?, sent. del 15-3-1988). Tanto más si, como sucede en el caso, la cuota alimentaria viene impuesta como un requisito indispensable en el supuesto de separación que, de no concurrir, determina la ausencia del derecho al beneficio (art. 47 cit.) y que, indudablemente, no satisface la demandante (CCALP causas N° 11723 ?Iurousky Claudia Mabel c/Caja de Ret. Jub. y Pens. Policía Pcia. Bs. As. s/Pretensión Restablecimiento o Reconoc. de Derechos?, sent. del 13-12-11, entre otras). Por lo expuesto, no habiendo acreditado la actora dependencia económica de su esposo, máxime sus propias expresiones, las realizadas en vida por el señor Graziano, el cúmulo de elementos reportados, la ausencia de refutación y/o no cuestionamiento adecuado de su autenticidad (para la cual la tacha de informes o documentos ?de favor? no alcanza, tanto por sí como por su concordancia, número y particular valoración), considero que corresponde confirmar el rechazo de las pretensiones entabladas y, más allá de las disquisiciones en torno a su temporalidad, por idénticas razones y/o su falta de precisa fundamentación, desestimar el planteo subsidiario de inconstitucionalidad introducido en su recurso. A mayor abundamiento, precisaré que la lectura amplia de los beneficios en cuestión (SCBA, B 58151, sent. del 23-4-2003; B 49766, sent. del 6-3-1990; B 59475, sent. del 31-8-2007, entre muchos otros; CCALP causas N° 15946 ?Ibalo?, sent. del 19-05-15, entre otras), no es suficiente para enervar lo actuado en autos o suplir la actividad probatoria que, a todo evento, incumbía a la actora. En ese sentido, así como a la misma le resulta ?extraño? que los testigos del geriátrico coincidieran en que sólo visitó al causante en dos oportunidades en ocho años, podría haber requerido su presencia en juicio a fin de realizar las preguntas repreguntas y/o los careos correspondientes u ofrecido los libros de visitas u otros documentos (fs. 222; CCALP causas N° 11822 ?Di Profio Elena María c/Caja de Ret. Jub. Pens. Policía Pcia. Bs. As. s/Pretensión Restablecimiento o Reconoc. de Derechos?, sent. del 6-09-11, entre otras). Como corolario, habré de mencionar que la decisión judicial recurrida que rechaza ambos beneficios resulta ajustada a derecho, toda vez que hubo formulado una correcta ponderación de los elementos fácticos y del alcance de la normativa involucrada, que pone a las claras, a través de una correcta hermenéutica, su recta interpretación. VI. En mérito de los argumentos vertidos, estimo que corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la actora, confirmando la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de la instancia por su orden (arts. 1, 12, 50, 51, 77 inc. 1 y concs., CCA; 163 y concs., CPCC). Así lo voto. A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo: Acuerdo con el primer voto. Comparto los argumentos con los que esa intervención da cuenta de la presencia en autos de la causal de exclusión de la vocación pensionaria prevista por el artículo 47 inciso b) del Decreto Ley 9538/80 ?vigente al momento del deceso del causante- y derivar así en la improcedencia del recurso de apelación que dedujera la parte actora (conf. causas CCALP n° 11.723 y CCALP n° 15.208). Así, también me expido por la negativa con relación al peticionado subsidio por fallecimiento previsto en el art. 2° del Decreto ley 9507/80. Así lo voto. A la cuestión planteada, la Dra. Milanta dijo: Adhiero a los votos anteriores, con arreglo al criterio expuesto al juzgar en el antecedente de caracteres similares referido al mismo régimen normativo, causa N° 15.208 ?Tansola?, sentencia de fecha 30-IX-2014 y restantes precedente citados que respaldan la decisión de la jueza a-quo que procede confirmar. Así lo voto. De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, dicta la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se rechaza el recurso de apelación deducido por la actora y se confirma la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de la instancia por su orden (arts. 1, 12, 50, 51, 77 inc. 1 y concs., CCA; 163 y concs., CPCC). Por su actuación profesional en segunda instancia, regúlense los honorarios del letrado, Dr. Domingo Alberto Serra, en la suma de pesos (\$) ..., cantidad a la que se deberá adicionar el ...% y el IVA en caso de corresponder (arts. 12 inc. ?a? y 16, ley 6716 y modif.; 10, 15, 31, 44, 54, 57 y concs., dec.-ley 8904/77). Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen oficiándose por Secretaría. 008334E