



**Expte. N°542-D-2015 "XICCATO
NORMA ELISA P/ PENSIÓN ESPOSO
FALLECIDO".**

Señor
Coordinador Ejecutivo de la
Oficina Técnica Previsional
S_____//_____D

Vuelven las actuaciones de referencia a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado para su intervención y dictamen en relación a la solicitud de pensión, a cuyos términos y lectura me remito en honor a la brevedad.

I.- De las constancias de estos obrados surge que a fs. 46/48 se presenta la Sra. Norma Elisa Xiccatto, solicitando pensión por el fallecimiento (con fecha 02-08-2015) de su esposo Sr. Zuchetti Armando, habiendo contraído matrimonio en fecha 18-07-2008.

A fs. 75 obra exposición policial de la Sra. Xiccatto, en donde se expresa el retiro del hogar del Sr. Zuchetti con fecha 10-07-2009.

Por otra parte, a fs. 97 se presenta la Sra. Teresa Acosta solicitando, de la misma forma, su derecho a pensión, alegando la existencia de convivencia con el causante hasta la fecha de su muerte, para lo cual aporta y acredita prueba (ver fs. 98/128).

II.- Rolan dictámenes favorables de esta Dirección a fs. 73 y 211, así como también dictámenes favorables de la O.T.P. a fs. 70, 180, 210 y 220.

Sin embargo, la Gerencia de O.T.P., a fs. 221/223, emite dictamen rechazando ambas peticiones por las razones que esgrime en el mismo y que refieren esencialmente a consideraciones que



hacen a la valoración de la prueba producida para acreditar las calidades exigidas para acceder al beneficio.

III.- Sin desconocer que corresponde a la autoridad de la Administración activa valorar el material probatorio existente en autos, esta Dirección de Asuntos Administrativos ratifica los dictámenes antecedentes emitidos, y a tales efectos (en tanto la materialización de los respectivos supuestos deriva de considerar probadas las situaciones fácticas tipificadas por la norma aplicable) se permite disentir respetuosamente con la que se ha efectuado en el referido informe de la O.T.P. a fs. 221/223.

Al efecto, cabe recordar que el art 38 de la Ley 18.037 dispone: *"En caso de muerte del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: 1º - La viuda o el viudo: Tendrá derecho a la pensión la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo, en el supuesto que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.*

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite en el goce de la pensión, salvo que el causante hubiera estado contribuyendo al pago de los alimentos, que éstos hubieran sido reclamados fehacientemente en vida o que el causante fuera culpable de la separación; en estos tres casos el beneficio se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales".

En este marco normativo deberán analizarse las situaciones en que se encuentran las peticionantes a la luz de las pruebas rendidas en el expediente.



III.- 1) Situación de la Sra. Norma Elisa

Xiccato:

No se encuentra controvertido que la Sra. Xiccato es viuda y se encontraba separada de hecho del Sr. Zuchetti, siendo necesario precisar si el mismo contribuía o no con alimentos a favor de la misma, en los términos que requiere el art. precitado, hecho que la colocaría como beneficiaria de la pensión (o de un porcentaje de la misma).

De las constancias de autos surge que:

- A fs. 48 obra certificado de defunción del Sr. Zuchetti, de fecha 3 de Agosto de 2015, y pedido de pensión de la Sra. Xiccato Norma Elisa, de fecha 18 de Septiembre de 2015, por lo que la cercanía de las fechas, haría presumir la existencia de una necesidad por parte de la Sra. Xiccato con el causante. Cabe destacar que el Organismo Previsional, ANSES, mediante Dictamen GAJ N° 5700, de fecha 6/7/2014, referido al pedido de Pensión por Fallecimiento de la Sra. Torres, Blanca Mabel, quien se encontraba separada de hecho al momento del fallecimiento de su cónyuge, ponderó el tiempo transcurrido entre el deceso del causante y el pedido de Pensión por Fallecimiento, entendiéndolo compatible con la naturaleza jurídica de la Pensión.

- A fs. 58 rola carnet de OSEP a nombre de la Sra. Xiccato Norma Elisa, lo que corrobora que la misma contaba con dicho servicio de salud, merced al pago del Sr. Zuchetti (en tanto era beneficiaria por estar casada con él).

- A fs. 62, los testigos Castro y Montaña, ante la pregunta de si el sr. Zuchetti contribuía económicamente con la Sra. Xiccato, responden: "*Si a veces le pasaba algo , no era mucho, pero la ayudaba, porque ella vende ollas...*". Así también a fs. 195, el testigo Sr. Estella, expresa que los Sres. Xiccato y Zuchetti compraban en su negocio,



como así también que sabe que después de la separación le pagaba por mes y que le daba dinero para pagar sus cuentas.

- A fs. 70 rola dictamen de O.T.P. considerando que existen razones para otorgar pensión a la Sra. Xiccato, por no encontrarse incurso en ninguna restricción, consideraciones que fueron repetidas a fs. 77 y 96, y compartidas por esta Dirección a fs. 73, entendiéndose en definitiva que se encuentra probado que el Sr. Zuchetti "contribuía"¹ al pago de alimentos.

Nótese, que la norma en tratamiento no exige convenio de alimentos, montos fijos o estipulados, ni resolución judicial al respecto, sino la existencia de una situación de hecho: 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.

Para cualquier operador del derecho previsional esta "situación de hecho" descrita, muestra lo que para la seguridad social representa una "Contingencia", entendida como aquella situación que produce un desequilibrio económico familiar como consecuencia de la falta de ingresos (pérdida del empleo, muerte del trabajador, muerte del jubilado, etc...). Esa condición pone en juego la **dignidad humana**. De ahí que tenga tratamiento y protección tanto en nuestra C.N. (Arts. 14 bis y 75 inc. 23) como en Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Así, la D.U.D.H. (Declaración Universal de los Derechos Humanos) art. 22 y el P.I.D.E.S.C. (Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales) arts. 9 y 11. También recibe tratamiento en el Convenio 102 de la O.I.T.

En definitiva, tanto las pruebas producidas en el expediente como los principios que orientan la seguridad social (universalidad, igualdad, uniformidad y equidad en el trato, solidaridad) me

¹ Que según la RAE significa "Ayudar, junto con otros, a la consecución de un fin' y 'dar algo, especialmente una cantidad de dinero, junto con otros, para un fin".



convencen de que la Sra. Xiccatto cumple los requisitos que exige el art. 38 de la Ley N° 18.037 para percibir la pensión solicitada (o un porcentaje de la misma, conforme se explicará seguidamente).

III.- 2) Situación de la Sra. Teresa

Dolores Acosta:

La peticionante aduce tener también derecho a percibir la pensión en virtud de haber sido "conviviente" por el lapso establecido en la ley (5 años).

A los efectos de verificar si se encuentra acreditado el mencionado recaudo se han agregado como constancias en autos:

- A fs. 105 certificado de convivencia solicitado por el causante, donde se lee que el Sr. Zuchetti convive en "*...aparente matrimonio con Acosta Teresa Dolores... desde hace 2 años a la fecha*" (23-11-2011). Dicho certificado de convivencia tiene como domicilio el de calle Barrio Plumerillo Norte M"D"; C "6"; El Plumerillo Norte, Las Heras, Mendoza.

- A fs. 106 rola certificado de convivencia solicitado por la Sra. Acosta con el causante, donde se lee: "*que convivió en aparente matrimonio desde el 2009 hasta la fecha de su fallecimiento... (19-08-2015)*". Dicho certificado de convivencia tiene como domicilio el de calle Molinero Tejeda Nro. 1498 Las Heras, Mendoza.

- La encuesta ambiental de la O.T.P., a fs. 116/119, realizada en el domicilio de calle Molinero Tejeda, deduce que convivió el causante y la Sra. Acosta durante 5 años o más. A la misma conclusión llega la encuesta ambiental realizada por ANSES a fs. 120/132 de autos.

- A fs.166 rola certificado que expresa: "Por el presente certifico haber asistido al Sr. Armando Zuchetti DNI 6.894.616 fallecido hace dos años...deja constancia que el siempre acompañados por



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Teresa Dolores Acosta DNI 12.584.849. 05-10-17", Fdo. Por Dr. Martin Visciglia.

- A fs. 179 obra acta de declaración testimonial del Sr. Domingo Rosello afirmando que *"vivían en las dos casas, en la de ella y en la de el..."*. Así también el testimonio de fs. 194 (Sra. Ramírez-domiciliada en Molinero Tejeda 1748 Las Heras) manifiesta: *"Se comportan como un matrimonio, ellos vivían cerca de mi casa a dos casitas, me consta que vivieron ahí, durante 6 años...Yo lo vi salir todos los días salir del domicilio que estaba al lado de mi casa, para mi vivía ahí...los cuidados paliativos se hacían creo en el Barrio El Plumerillo que fue solo un mes, ella estaba con la Sra. Acosta, ella iba para allá..."*. Que el causante la presentaba como: *"...mi Sra. o mi esposa..."*.

- A fs. 199 obra informe de OSEP del que se lee: *"El Sr. Zuchetti es cuidado por su hijo Alberto y su núcleo familiar, domicilio de asistencia es Bº El Plumerillo Norte..."*.

Entiendo que el concubinato resulta ser una sucesión de hechos continuados, a los que la legislación ha provisto de efectos jurídicos, condicionados a la demostración en un orden lógico y concatenado, con suficiente aptitud de esas evidencias para recrear sucesos o comportamientos que, si bien carecen de la formalidad sacra del vínculo matrimonial consagrado conforme las disposiciones legales, no amenguarían la esencialidad de hechos o circunstancias que son específicos de una comunidad familiar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "AtalaRiffo y niñas vs. Chile" del 24/02/2012, ha expresado: *"El Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio"*.

El Código Civil y Comercial – Ley N° 26994, en el capítulo I del título III – reconoce la unión estable, pública, notoria y



permanente de dos personas de igual o distinto sexo que comparte un proyecto de vida en común basado en el afecto (art. 509) como una forma de vivir en familia, alternativa al matrimonio, y exige una serie de requisitos a ser cumplidos para que proceda el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos previstos en los capítulos III y IV del título II. Entre ellos, se establece que se debe mantener la convivencia por un mínimo de dos años (art.510) aunque no exige la registración de la unión como modo de constitución.

Es decir, la registración es posible y se prevé pero solo a los fines de facilitar la prueba de la unión. En el Artículo 511 se establece lo referente a la registración de las uniones convivenciales, cuya inscripción resulta imperante "solo a los fines de facilitar la prueba de la unión".

En tal inteligencia, deben tenerse en cuenta toda clases de pruebas, pudiendo ponderarse elementos aislados en algún caso, de indicios en otros, o hechos en que por su objetividad y fuerza gravitante en el criterio del intérprete, no permiten arribar a distintas conclusiones que la contundencia que la lógica y sana crítica imponen.

Así las cosas, valoradas razonablemente las principales pruebas aportadas según las reglas de la sana crítica - dos encuestas ambientales realizadas tanto por la O.T.P. como por ANSES que concluyen con la existencia de convivencia entre los Sres. Zuchetti y Acosta (ver fs. 116/119/120/132), a lo que se suman fotografías (fs. 108/109), certificados de convivencia (fs. 105/106) y declaraciones testimoniales (fs.179/194)-, es dable entender que se encuentra suficientemente probada la existencia de convivencia por el plazo exigido por la ley para el supuesto concreto (5 años).

Ello, aun cuando existieran distintos domicilios entre el causante y la beneficiaria, ya que no impide llegar a la conclusión de que entre ambas partes existió convivencia.



La Jurisprudencia tiene dicho al respecto (Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala/Juzgado: B) : *"... no se puede valorar exclusivamente la falta de domicilio común en los documentos de identidades de la actora y el fallecido para probar la convivencia de los mismos en aparente matrimonio por el plazo legalmente requerido, por resultar excesivo a la base de perfilar el concubinato alegado, más aún cuando las restantes pruebas producidas en las actuaciones resultan suficientes para demostrar la convivencia denunciada."* (Acuerdo N° 256/2008 Civil/Def.).

En el mismo sentido se ha expresado la C.N.A.S.S., en cuanto sostuvo que: *"La falta de coincidencia entre el domicilio que figura en el documento de identidad de la peticionante incapacitada y el lugar en que afirma haber residido con su madre, a cargo de quien se encontraba al momento de su fallecimiento, no es argumento suficiente para denegar la pensión derivada, ya que es por todos conocido que el valor del registro domiciliario es meramente indiciario porque no siempre se efectúan los cambios dentro de los plazos que establece el art. 13 de la ley 17.671."* ("BATTOCLETTI, Olinda c/ Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos", C.N.A.S.S., Sala II, Sentencia N° 13057 del 2/10/91).

A contrario sensu también se ha dicho: *"En primer lugar, cuadra señalar que la sola cohabitación pública, sin otro elemento que genere un cuadro probatorio si quiera presuntivo, no prueban la convivencia por el plazo legal en los términos del art. 53 de la ley 24.241, que precisan las características que deberá revestir aquella dirigida a acreditar la convivencia en aparente matrimonio y establecen los medios de prueba para acreditar el concubinato (partidas, certificados o actas de matrimonio celebrados en el extranjero, pólizas de seguro, contratos de locación de vivienda familiar, constancia de igual domicilio del causante y la conviviente consignados en documentos de identidad, pasaporte, escritura*



pública, tarjetas de crédito, facturas de servicios públicos, etc.), limitando severamente la eficacia de la prueba testimonial” (“Ferreiro Esther Elsa c/ ANSES s/ pensiones”, Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social -Sala/Juzgado: III-13-dic-2013. Cita: MJ-JU-M-84032-AR | MJJ84032 | MJJ84032).

La Administración Nacional de la Seguridad (ANSES) reconoce la existencia de la convivencia aun cuando esta se encontraba interrumpida por razones de salud, es decir, cuando obedeció a una causa ajena a la voluntad de las partes (Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala 3, Sentencia N° 75339 de fecha 02/08/2000, en los autos GALLINO BEATRIZ A vs ANSES), cuestión que también se ha producido en estos obrados, ya que algunas de las declaraciones testimoniales vertidas así lo han expresado (ver fs 179).

Asimismo, cabe recordar que en la materia debe buscarse - de las pruebas rendidas y la legislación aplicable- una interpretación que lleve a concluir en un resultado lo más tuitivo posible atendiendo a la situación en que se encuentran las reclamantes.

La C.S.J.N., en relación a la interpretación de las leyes previsionales, ha sostenido que: *“resulta digno de tutela todo interés que concretamente se sustenta en el criterio valorativo que preeminentemente inspira el otorgamiento de los beneficios perseguidos, cual es el subvenir a situaciones de indigencia y desamparo económico que tornan exigible una oportuna y eficaz asistencia de la comunidad.”*, añadiendo en el fallo recaído *“in re”*: *“Lobos, Juana Audelina”* (Fallos 293:735, del 29/12/75) que *“... en el campo de la previsión los requisitos formales del derecho común no son exigibles con el mismo rigor extremado, en tanto aquí lo esencial es cubrir riesgos de asistencia y ancianidad que acontecen a todas las personas.”* (Fallos 239:429) y que: *“lo esencial, (Fallos 291:527, 312:2250, entre otros), es cubrir los riesgos de subsistencia y ancianidad que acontecen a todas las personas pues los fines*



de justicia y previsión social constituyen valores jurídicos que dan fisonomía propia a las leyes de la materia (Fallos 242:483)".

Conforme lo antedicho, y atento a las especiales circunstancias de hecho y de derecho que se plantean en el caso de autos, corresponde analizar los reclamos de ambas peticionantes ponderando especialmente el derecho constitucional involucrado, reflejado en el resguardo de los derechos derivados de la seguridad social, así como la naturaleza alimentaria del reclamo, que ameritan toda interpretación en favor del beneficiario (conf. CSJN doctrina de la causa "Jara, Mario Alberto c/Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/ acción procesal administrativa" del 30/03/04).

En este sentido, cabe tener presente también la amplia cobertura legal que recibe el "derecho a la seguridad social" en diversos instrumentos internacionales que poseen jerarquía constitucional, vgr.: artículos 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; XVI y XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 5 punto 'iv' de la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; 11 'e' y 14 'c' de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y sus respectivos status conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En orden a la naturaleza de la cuestión traída a mi conocimiento, es dable poner de resalto que la causa final de todo régimen de la seguridad social, es cubrir los riesgos de la ancianidad y subsistencia (conf. CSJN in re "Galvalisi, Giancarla c/ANSeS" del 23/10/07, entre muchos otros), por lo que todas las autoridades competentes –ya sean administrativas o judiciales- deben extremar los recaudos a fin de que su actuación no recaiga en interpretaciones que impliquen el desconocimiento de derechos de tal naturaleza.



Finalmente, pero siguiendo análogos lineamientos, es oportuno señalar que esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado se ha inclinado, ante situaciones dudosas (y teniendo en especial consideración la materia involucrada), por aquella que favorezca la pretensión del reclamante, toda vez que la misma debe analizarse también y en forma complementaria, a la luz de los principios receptados del artículo 1 de la ley N° 9003, en el que se exponen, entre otros, los principios *pro homine*, *instrucción de oficio*, *juridicidad*, *buena administración* y especial protección de las *personas en situación de vulnerabilidad*.

En efecto, se ha afirmado que:² *...En el Artículo 1º Ap. II inc. a) de la L.P.A N°9003 se encuentra receptado el "principio pro homine" que expresa:...El intérprete debe preferir el resultado jurídico que proteja en mayor medida a la persona humana, su dignidad y el respeto de los demás derechos que le son debidos... Este principio es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre... Tal pauta se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, estableciendo que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional*

²Dictamen N° 0334/19 del 16/04/19 EXPEDIENTE N°79129-M-2006-01029" MIGONI OSVALDO P/PENSIÓN ESPOSA FALLECIDA".



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos...”.

Por último, se destacó también, en el mismo dictamen, el principio de vulnerabilidad como un principio protectorio especial referido a los derechos de personas en esas condiciones, *“...incorporando entre ellas a las personas de “edad” como sujetos destinatarios del mismo y de sus consecuencias (los que deberían ser especialmente tenidos presente por ese organismo al tramitar y resolver materia de su competencia)...”.*

Con lo expuesto es que se considera que la Sra. Teresa Acosta reúne los requisitos para ser beneficiaria como conviviente que exige el Art. 38 de la Ley 18038.

V.- CONCLUSIONES:

Se ha otorgado debidamente el derecho de defensa o cumplido con el principio de debido proceso adjetivo en los términos del art 1 inc c), 144 y 163 de la Ley Nro.9003 (ver fs.133 y ss.).

Es por ello que comparto el criterio sostenido a fs. 210, que aconseja que las pensiones sean compartidas por las Sras. **NORMA ELISA XICCATO y TERESA DOLORES ACOSTA**, derivadas del fallecimiento del Sr. **ARMANDO ZUCHETTI** (fs. 48), todo ello de conformidad a lo establecido en los Art. 1 y 10 Ley Nro.23.570, art. 38 Ley Nro. 18.037, y art. 102 inc. a) de la Ley Nro.21.965.

El presente dictamen lo emito en el marco de la delegación efectuada por Resolución Nro. 96/2015 del Sr. Fiscal de Estado.

Sirva el presente de atenta nota de remisión.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS-FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 02/05/2019.

Dictamen N° 112/19. MZ. AA.