

## Pension Por Fallecimiento

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Rosario, a los 11 días del mes de abril del año dos mil trece, se reunieron en acuerdo los señores Vocales de la Cámara de lo Contencioso Administrativo N°2, doctores Alejandro D. Andrada y Clara M. Rescia de de la Horra, con la presidencia de su titular doctor Marcelo R. López Marull, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados: "Capdevila, María Alejandra c/ Municipalidad de Rosario sobre Recurso Contencioso Administrativo", Expte. C.C.A. 2° Nro. 190, año 2011. A la primera cuestión -¿es admisible el recurso interpuesto?-, el doctor Andrada dijo: I.1. María Alejandra Capdevila, por apoderado, promueve recurso contencioso administrativo contra la Municipalidad de Rosario tendente a que se declare la nulidad de la Resolución Nro. 343 de fecha 3 de noviembre de año 2011, por medio de la cual el intendente municipal rechaza el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Nro. 238, Acta Nro. 2422 del Instituto Municipal de Previsión Social de Rosario, de fecha 3 de mayo del año 2011, que dispusiera no hacer lugar al recurso de reconsideración contra la Resolución Nro. 112/2011, por la cual no se hiciera lugar al pedido de otorgamiento del beneficio de pensión incoado, solicitando se ordene a la Municipalidad de Rosario que otorgue, por medio del Instituto Municipal de Previsión Social, la pensión requerida. Para así solicitarlo, relata que conforme al expediente Nro. 24589/I/11, tramitado por ante la Municipalidad de Rosario, producido el deceso del Sr. N. Hugo Di Santo, solicitó en fecha 6 de septiembre de 2010, ante el Instituto de Previsión Social, el otorgamiento del beneficio de la pensión en su carácter de concubina. Apunta que mediante Resolución Nro. 112 Acta Nro. 2415 de fecha 15 de marzo de 2011, sostuvo el Instituto Municipal de Previsión Social que tanto la doctrina como la jurisprudencia han mantenido que el rasgo que distingue una unión concubinaria es el de la cohabitación; que la unión entre hombre y mujer consiste en una comunidad de habitación y de vida y debe ser susceptible de público conocimiento, es decir no debe ser oculta por los sujetos. Explica que, recurrida la Resolución antedicha mediante el correspondiente Recurso de Apelación y tramitado el mismo, se dicta la Resolución Nro. 343 de fecha 3 de noviembre de 2011 rechazando la queja y confirmando la Resolución Nro. 112 Acta Nro. 2415 del Instituto Municipal de Previsión Social de Rosario de fecha 15 de marzo de 2011, que dispusiera no hacer lugar al pedido de pensión incoado. Asevera que las Resoluciones Nro. 343/2011 y 238, Acta Nro. 2422 del IMPSR incurren en falta de fundamentación puesto que han tomado el procedimiento administrativo previo como una mera formalidad carente de sentido y que en modo alguno cumple con los principios que fundamentan el instituto del agotamiento obligatorio y previo de la vía administrativa. Continúa diciendo que el Directorio del ente se limita a ratificar lo sostenido en la anterior Resolución al rechazar la solicitud de pensión, sin considerar los argumentos expuestos en el escrito recursivo, lo que en definitiva produce en su parte un serio menoscabo al derecho de defensa consagrado constitucionalmente. Entiende que del mismo modo, el Intendente Municipal dentro de los considerandos de la Resolución Nro. 343/2011, afirma que no se han aportado nuevos argumentos a los ya planteados que permitan enervar la resolución recurrida, por no haber podido acreditarse una relación de aparente matrimonio con el causante. Puntualiza que el Poder Ejecutivo Municipal hace referencia al recurso de reconsideración donde, como ya se expresara, no se realizó el menor análisis de los argumentos expuestos, en definitiva considera que si existe una carga del administrado de expresar puntualmente cuales son los agravios del acto recurrido, también existe para la administración la obligación de rebatir de manera fundada dichos agravios, analizando las circunstancias de hecho y derecho expuestos, lo que constituye nada menos que su fundamentación, elemento esencial de todo acto administrativo. En segundo lugar entiende que se configura una ilegitimidad del acto, impugnando de arbitraria tal calificación, alega que se torna directa la relación entre la misma y la conculcación de la garantía constitucional de propiedad, toda vez que esa calificación excluye la posibilidad de que su parte resulte susceptible de ser beneficiaria del derecho a la pensión por fallecimiento reclamada. Arguye que la arbitrariedad del acto administrativo compuesto por la Resolución Nro. 343 de fecha 3 de noviembre del año 2011 se funda en haber arribado a un dictamen sustentado en anteriores resoluciones que con metodología antojadiza y caprichosa fue otorgando preponderancia a determinados elementos de prueba aportados a estos obrados, dejando de lado la valoración de otros y de su conjunto, para con ellos, ceñirse estrictamente a conceptos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, al modo de un estándar jurídico, desechando las particularidades del caso concreto y con ello rechazar el otorgamiento del beneficio de pensión reclamado, utilizando a su vez el procedimiento previsto como una mera formalidad. Expresa que se ha definido la unión concubinaria como la unión permanente de dos personas que, sin estar unidas en matrimonio, mantienen comunidad de habitación y vida similar a la que existe entre cónyuges, susceptible de conocimiento público y dotado de las características de singularidad y aparente fidelidad que permita diferenciarlo de otro tipo de relación. Entiende que han resultado ampliamente acreditados en autos la totalidad de los requisitos allí contenidos y que el único elemento que ha generado debate y discrepancia ha sido el relativo a la relación de aparente

matrimonio y uno de sus caracteres, la comunidad de habitación y de vida de la pareja. Hace referencia al concepto que del término aparente matrimonio establecido por la Ley 23.570 (y su decreto reglamentario 166/89) ha elaborado el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de la Plata. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso. A su vez, puntualiza lo que la resolución Nro. 238 Acta 2422 de fecha 3 de mayo de 2011 caracteriza como comunidad de vida. Dice que la misma señala en su considerando cuarto y quinto que: "la cohabitación implica la comunidad de vida, lo que posibilita que la pareja en mayor o menor medida comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del Derecho...". Continúa diciendo que: "...que la comunidad de vida implica lo que atañe a ese aspecto íntimo que, en el ámbito matrimonial, es común a los cónyuges. La cohabitación debe conllevar la comunidad de lecho, es decir, la existencia entre los sujetos de relaciones o la apariencia de ellas, dado el modo íntimo y personal en que comparten la vida". Afirma que de las constancias del expediente administrativo, surge que la pareja compuesta con el Sr. Di Santo reunía todas esas características. Entiende que resultaba una unión sostenida en el tiempo de manera ininterrumpida (siete años), singular, notoria y de fidelidad mutua. Explica que esta idea de perdurabilidad del vínculo trasciende al sólo hecho de cohabitar y evidencia la aspiración coincidente de los protagonistas de encaminar una misma voluntad hacia un objetivo común cual es el de fundar y mantener entre ellos una comunidad de vida plena, lo que significa en su sentir objetivo el asumir y compartir el diario vivir en todas sus facetas, generando con tal comportamiento, en ocasiones entre si y otras respecto de terceros, hecho o actos que por condición repercutirán en el plano social. Pone de relieve que la comunidad de vida estaba dada no solo por el sinnúmero de acontecimientos sociales compartidos sino además por el hecho de haber adoptado la decisión de establecer dos domicilios en común. Aclara que esta característica propia de la relación concubinaria sostenida con el causante, resultó seguramente harto compleja y conflictiva pero necesaria y ajustada a la necesidad de contribuir a la armonía familiar si se tiene en cuenta que ambos provenían de relaciones matrimoniales con hijos, en su hora, menores de edad. Aclara también que estaban divorciados. Entiende que esta necesidad de proteger en debida forma la relación de la pareja para con los hijos de cada uno de ellos habla a las claras de la finalidad de sostener una comunidad de vida entre ellos. Sostiene que contrariamente a lo afirmado por la Resolución del Ejecutivo Municipal hoy en crisis, la totalidad de los testimonios recogidos así como la restante prueba documental existente en autos, demuestran que la pareja cohabitaba, en los dos domicilios respecto de los cuales se ha acreditado que sostenían. Explica que la adopción de dos domicilios donde cohabita una pareja, no resulta un elemento extravagante por las particularidades que suelen presentarse en muchas parejas que sostienen una creación de concubinato y del que éste, no es ajeno. Asevera que la existencia de hijos producto de relaciones anteriores, la necesidad de evitar el surgimiento de conflictos con estas relaciones de pareja anteriores correspondientes a cada uno, el reconocimiento social como "aparente matrimonio", refuerzan la idea de comunidad de vida. Concluye que la circunstancia de haberse acreditado la existencia de dos domicilios, no significa en absoluto que la pareja no convivía, sino que, todo lo contrario, habían resuelto ampliar esa comunión de lecho y de vida al domicilio que en origen, tenían cada uno, es decir a ambos domicilios. Señala que para el I.M.P.S.R. como para la Municipalidad de Rosario, la existencia de un domicilio común, se ajusta a la definición de aparente matrimonio con comunidad de vida y de lecho, tal como lo han definido de manera reiterada en las Resoluciones adoptadas. Pero la existencia de dos domicilios con igual reconocimiento de convivencia de la pareja, implica que tal requerimiento, no se cumple y con ello, determina fatalmente la suerte del reclamo de reconocimiento al otorgamiento de la pensión a su favor. Enumera la documental agregada a autos en aras de probar la relación habida con el Sr. Di Santo. Afirma que resulta lógico suponer que no todos los testimonios que se aporten resulten coincidentes en sus dichos pero resultarán todos validos en un contexto general, en tanto unos y otros no resulten contradictorios de manera que le resten eficacia al reclamo y a su vez, que aquellos no se contradigan, con la documental traída a estos obrados. Explica también que más que ceñirse o ajustarse a estándares jurídicos, en materia previsional, se asienta la idea de amplitud de criterio para analizar la concurrencia o no de los elementos que coadyuvan a formar la idea de la existencia o no de una relación de concubinato. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso, y aduce que en la misma se ha sostenido que se debe efectuar un análisis armónico de las pruebas producidas en la causa, que las constancias documentales deben ser confrontadas con las declaraciones testificales. Afirma que se puede apreciar, que se han sentado criterios amplios de evaluación a la hora de tener por acreditada la existencia de una unión de hecho como resulta ser el concubinato evitando un injustificado rigor formal y teniendo como télesis una adecuada protección de los derechos previsionales. Afirma que el dictamen Nro. 091 de fecha 24 de febrero de 2011 del Área Jurídica del I.M.P.S.R., a fs. 125 vta. hace referencia a que "relevado el expediente jubilatorio iniciado en fecha 04 de febrero de 2008 se observa que a fs. 2 el causante no declara la relación de aparente matrimonio con la peticionante sino que, refiere que está divorciado y no menciona a la Sra. Capdevila como persona con derecho a pensión". Explica que en ese punto se denota la interpretación caprichosa y tendenciosa del Ente Municipal, por cuanto no puede ligeramente esbozar una conclusión como la arriba señalada porque el causante, a la hora de requerir la jubilación, hubiera manifestado solamente que era divorciado, es decir su estado civil. Afirma que en primer lugar

habrá de decirse que el Sr. Di Santo no tenía por qué conocer cómo expresar de manera técnica, el tipo de relación habida, ni la obligación de hacerlo, por cuanto de lo que se trataba en dicha instancia es de tramitar el otorgamiento del beneficio de su jubilación luego de más de cuarenta años de servicio en la Municipalidad de Rosario. Añade que la pareja formada podía denominarse "novios" porque incluso socialmente podían llegar a identificarse como tales y así ser reconocidos por su entorno, que abarca desde las relaciones familiares o de amistad más cercanas, hasta las laborales o simplemente de vecindad y no obstante, podían reunir la totalidad de los requisitos que para las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, determinan un aparente matrimonio. Asevera que, lo que ha de adquirir relevancia es que en la conjunción de elementos aportados a estos autos, se configure la relación de aparente matrimonio tal como se ha descrito en nuestro ordenamiento jurídico, en la doctrina y recogido en los fallos, porque la concurrencia de los mismos, con las particularidades del caso, determinarán si su parte es sujeto susceptible de resultar beneficiaria del derecho a la pensión por fallecimiento reclamada. Además advierte que, la idea de mencionar a persona alguna como beneficiaria del derecho de pensión se asocia con aquella otra idea de la muerte, no resultando obligatorio para quien va a comenzar a disfrutar de los beneficios de su jubilación. Refiere a los principios constitucionales vulnerados, y en tal entendimiento explica que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional consagra el derecho a todos los ciudadanos argentinos de acceder a los beneficios de la seguridad social y contar con jubilaciones y pensiones móviles. Añade que dicha norma reconoce derechos con el fin primordial de que los mismos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando entra en debate un derecho humano, y es por ello que la Constitución le da un contenido especial, ya que de lo contrario enunciaría derechos carentes de contenido y con ausencia de aplicabilidad fáctica. Asimismo, afirma que la Corte estableció que el resultado a que se llegue debe ser tenido primordialmente en cuenta, sosteniendo por elementales razones de justicia, la solución que mejor se adecue a la Seguridad Social. En este sentido, cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso. Entiende que el derecho previsional posee como causa final, el cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad y comenta que, como la Corte Nacional lo ha expresado, el objetivo preeminente de la Constitución, según su preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta, con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Considera por tanto que, tiene categoría constitucional el principio *In dubio pro justitia socialis*. En apoyo a su postura, cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso. Seguidamente ofrece prueba instrumental. Por último, formula reserva del caso constitucional, por lo que deja preparadas la vía del Recurso de Inconstitucionalidad Provincial -ley 7055- y del Caso Federal -art. 14 ley 48-. En suma solicita, se declare la nulidad de la Resolución N° 343 de fecha 03.11.11, por medio de la cual se rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 238, Acta N° 2422 del Instituto Municipal de Previsión Social de Rosario, de fecha 03.05.11, que dispusiera no hacer lugar al recurso de reconsideración contra la Resolución N° 112/11, por la cual no se hiciera lugar al pedido de otorgamiento del beneficio de pensión incoado; y consecuentemente se ordene a la Municipalidad de Rosario a que, a través del referido Instituto, otorgue la pensión requerida. 2. Admitido el recurso por Auto de Presidencia (f. 25), comparece la demandada a estar a derecho (f. 35), efectuando el responde mediante escrito de fs. 42/48, con expreso pedido de rechazo del recurso con costas. Niega todas y cada una de las afirmaciones del escrito de interposición del recurso que no sean materia de un expreso reconocimiento por su parte, y a continuación formula una negativa especial de cada uno. En cuanto a los agravios a responder, recuerda que la peticionante nunca convivió con el causante en el mismo domicilio en el status de concubina, tal como se desprende de toda la prueba rendida en sede administrativa, afirmando que este recurso se funda en disquisiciones semánticas sobre el alcance de la convivencia en aparente matrimonio y no en la verdadera relación que existiera entre la actora y el causante, siendo una pareja de novios adultos, con convivencia en casas separadas, extremo que de ningún modo califica al concubinato que se pretende en autos. Explica que la normativa aplicable al caso, es decir la Ordenanza N° 7919, establece claramente que el/la conviviente que hubiere vivido públicamente con el mismo en aparente matrimonio durante un mínimo de 5 años anteriores al fallecimiento, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, y agrega dicha norma que, cualquiera sea la antigüedad de la relación, la/el conviviente perderá el derecho al beneficio si al momento del deceso no conviviere con el causante. Afirma que el artículo 36 de la ordenanza previsional es claro, y que la cohabitación con el Sr. Di Santo nunca existió, relatando que los testigos son claros al decir que vivían separados en sus respectivos domicilios y que algunas noches pernoctaban en uno u otro domicilio, es decir no existía una real convivencia corroborada por los visitantes sociales. Seguidamente cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso. Explica que es la actora que alega haber revestido el status de concubina en vida del jubilado, la que debe aportar la prueba suficiente de valor convictivo a los fines previsionales que acrediten no sólo la notoriedad y singularidad de la convivencia en aparente matrimonio, sino también la permanencia de la unión por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del conviviente, ocupando la situación familiar de esposa y comportándose como tal. En apoyo a su postura cita diversos precedentes jurisprudenciales. Destaca el hecho de que la propia actora manifiesta en su recurso que ella no convivía con el

causante, y agrega que pretende convencer al Tribunal que la relación que surge acreditada en los obrados administrativos, constituye un aparente matrimonio o concubinato. Continúa transcribiendo parte de un fallo de esta Cámara a fin de conceptualizar al instituto del concubinato. Reitera que en autos no hubo convivencia, sino una relación de noviazgo que se tradujo en acompañamiento en viajes, a eventos sociales, más no en cohabitar y hacerse cargo de una vida en común. Agrega que no debe olvidarse que en las actuaciones administrativas, los testigos consultados coinciden en conocer a los Sres. Capdevila y Di Santo pero no como convivientes. Comenta que, en cuanto a la jurisprudencia traída a conocimiento por la contraria, no debemos olvidar que la regulación local no debe necesariamente ser consecuente con la regulación previsional nacional, afirmando que es facultad de las provincias regular en esta materia, y en la medida que esa regulación sea consecuente con la Constitución Nacional, nada puede reprochársele a la norma. Puntualiza que el nuevo artículo 123 dispone sobre la autonomía municipal, y recuerda que en esta esfera, nada obsta a que los institutos municipales regulen las condiciones de otorgamiento de pensiones o jubilaciones, siempre que sean acordes a la Constitución y la regulación resulte razonable. En este sentido cita jurisprudencia al respecto. Pone de manifiesto que el Sr. Di Santo se jubila en el año 2008, es decir dos años antes de su fallecimiento, y que al momento de declarar su estado civil no denuncia la convivencia con la hoy actora, sino que por el contrario solo declara ser divorciado; agrega a su vez que en el año 2010, firma un poder para la percepción de sus haberes previsionales y no lo hace a favor de la Sra. Capdevila, sino a favor de su hijo, tal como surge de fs. 62 del expediente administrativo. Asimismo destaca que en ese poder el causante denunció nuevamente como domicilio real el de calle San Luis ? y como estado civil manifestó ser divorciado. Por lo que entiende que la intención del causante nunca fue que la Sra. Capdevila fuera beneficiaria de la pensión. Resalta que el Sr. Di Santo no le confió sus haberes a la supuesta conviviente, sino que lo hizo a favor de su hijo, y que tampoco se hizo información sumaria ante la Justicia para acreditar el concubinato y para que la Sra. Capdevila gozara de los beneficios de la obra social IAPOS, en su carácter de conviviente. Asimismo, destaca que aunque dicha cohabitación plena hubiera existido, fue interrumpida al menos dos años antes del fallecimiento del causante, cuando el mismo fue trasladado a la casa de uno de sus hijos, quien luego dispuso la internación en un geriátrico. Añade que las consecuencias jurídicas de esta interrupción no alcanzan a ser modificadas por el régimen de visitas que dispuso el Tribunal de familia, y que autoriza a la recurrente a visitar al causante en la clínica donde el hijo lo había internado. Expresa que la recurrente no aporta nuevos argumentos que permitan revertir la Resolución recurrida, no habiendo podido demostrar fehacientemente su plena convivencia con el causante. En suma, solicita el rechazo del recurso, confirmando la Resolución recurrida, con costas a la contraria. Seguidamente formula una conclusión de los presentes y ofrece prueba documental. Deja planteado la existencia de un caso constitucional local y federal, por la vía del recurso de inconstitucionalidad -ley 7.055- y del recurso extraordinario -ley 48-. En suma, solicita se rechace el recurso intentado, con expresa imposición de costas a la recurrente. 3. Habiendo acordado las partes no abrir la causa a prueba, y habiéndose corrido traslado por su orden a los fines de alegar (f. 53), se agregan los alegatos (fs. 61 a 72 vta. y 73 a 80 vta.), y se llaman autos para sentencia (f. 81). Firme dicha providencia, queda la causa en estado de ser resuelta. 4. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 23 inc. a) de la ley 11.330, corresponde expedirse sobre la admisibilidad del recurso. No fueron invocadas ni se advierten razones que justifiquen apartarse del auto de admisibilidad del recurso. Voto, pues por la afirmativa. A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores López Marull y Rescia de de la Horra expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Juez de Cámara doctor Andrada, y votaron en el mismo sentido. II.- A la Segunda cuestión: -¿es procedente el recurso interpuesto?-, el señor Juez de Cámara Dr. Andrada dijo: 1. Como surge del relacionado precedente, la señora Capdevilla pretende la anulación de los actos administrativos emitidos por la Municipalidad de Rosario que le denegaron su pedido de pensión y, en consecuencia, se le otorgue el mencionado beneficio (f. 5 y ss.). En su recurso contencioso administrativo afirma que se hallan reunidos los requisitos que condicionan la procedencia del beneficio al que aspira y que el único elemento que ha generado debate y discrepancia ha sido el relativo a la relación de aparente matrimonio y uno de sus caracteres, la comunidad de habitación y de vida de la pareja (f. 8 vto.). Por su parte, el Municipio recurrido niega la procedencia del recurso (fs. 42/48). Niega que la recurrente haya vivido públicamente en aparente matrimonio con el causante durante más de cinco años, previo al deceso de Di Santo. Afirma que la relación que existió fue de una pareja de novios y que, en modo alguno, puede calificarse como concubinato. Niega que la recurrente y el causante compartieran el mismo domicilio. Dice que no convivían sino que cada uno tenía su propia casa y se visitaban pernoctando esporádicamente uno en casa del otro. 2. Una adecuada decisión de la materia debatida en autos aconseja detenerse en las constancias de las actuaciones administrativas. Del expte. n° 024-I-08 del Instituto municipal de Previsión Social surge que el 4.2.2008 N. Hugo Di Santo solicita jubilación ordinaria (fs. 3, 4 y 5), la cual le es otorgada por resolución n° 205, del 24.6.2008 (f. 58). El 8 de junio de 2010 le otorga poder a su hijo F. para que cobre sus haberes jubilatorios (f. 62). Di Santo fallece el 8 de julio de 2010 a tenor del Acta de Defunción obrante a foja 68. El 12.7.2010 su hijo F. comunica el óbito de su padre al Instituto municipal de Previsión Social (f. 63). El 6 de septiembre de 2010 se presenta María Alejandra Capdevila ante el

organismo previsional y solicita pensión (f. 66). Acompaña información sumaria producida en el Juzgado de 1 ° instancia de Circuito de Rosario en la que D. N. y C. dicen que Capdevila convivió con Di Santo durante aproximadamente diez años, hasta su fallecimiento (f. 71). Acompaña también fotografías (fs. 73/77) y constancias de viajes realizados por ambos (f. 78 y ss.). A foja 98 obra el informe de la trabajadora social del Instituto municipal de Previsión Social en el que se afirma que se obtuvieron los testimonios de V. y de D. Se expresa que: "Los demás vecinos consultados en el barrio afirman que el Sr. Di Santo frecuentaba el domicilio de la Sra. Capdevilla, permanecía en este lugar, se quedaba a cenar y algunas noches a dormir, pero no vivía con la solicitante, tenían entendido que él vivía solo en su domicilio. En la zona donde viviera el causante, San Luis ?, las vecinas relevadas afirman que el Sr. Di Santo siempre vivió en este lugar, que en fojas n° 74, 75 y 76 pueden reconocer a la Sra. Capdevilla como la persona que frecuentaba el domicilio, que hace 8 o 10 años que esta relación había comenzado pero que la solicitante jamás vivió en este lugar, si venía y se quedaba, parecía una relación estable pero eran como novios' V., domiciliado en calle Anchorena ?, Depto 4, afirma que Capdevila trabaja todo el día y regresa a su domicilio a la tardecita "generalmente lo hacía acompañada con el Sr. Di Santo, él cenaba en este lugar y algunas veces se quedaba a dormir; ella sola vivía con su hijo, está al tanto que algunos días ella se iba a la casa del Sr., por lo cual tenía entendido que él vivía solo" (f. 100). En la misma línea expone D. en el sentido que Di Santo frecuentaba la casa desde hace más de 8 años (f. 101). A foja 106 declara Algozzino que: "Ellos vivían en San Luis y Avellaneda, una casa de dos pisos que era de él. El vivía solo hasta que se fue ella. Ellos iban y venían. Un poco vivían allá y otro poco vivían en calle Anchorena que Alejandra tenía el departamento allí. Vivían así porque para ellos es comodidad porque el nene era chiquito. A foja 108 depone L. que: "Mi prima vivía en su casa con su hijo porque era pequeño. N. tenía su propia casa. Hasta donde yo sé, no vivían juntos todo el tiempo porque al tener el hijo tan chico, quería que se quede en su casa. N. iba a la casa de ella y se quedaba a dormir, también ella iba a la casa de él y se quedaba allí", "había noches que no dormían juntos pero se debía al estilo de relación que tenían ya que cada uno tenía su casa y el hijo de ella quería estar en su casa". Que la relación: "Era estable, estaban juntos hará unos 8 años, compartían viajes, salidas y su vida en general, la única diferencia era que a veces no dormían en la misma casa. A foja 109 declara el hijo del causante quien dice que: "Durante esta etapa compartí los fines de semana la convivencia con ellos, aunque no en forma regular, dado que había fines de semana que ellos se iban a la casa de Alejandra. En esos días, si bien iba, no me quedaba a dormir ya que la casa de ella es más chica", "Con respecto a esta modalidad, es la que habían elegido, ropa tenían en los dos lugares, y eran dos personas divorciadas, con hijos, con su vida formada y de esa manera se sentían cómodos". A foja 110 depone J. G. que: "Ellos vivían un tiempo en la casa de ella y otro en la casa de él. El nene no quería ir a vivir a la casa de N. cuando fue creciendo...". La hermana del causante, señora N. B. D. S., dice que: "Ellos eran personas grandes. Vivían los dos en la casa de él y luego iban a la casa de ella los dos. O sea iban de una a la otra los dos juntos. Ellos tenían dos casas armadas así que así vivían. Pero juntos como una pareja". "Ella trabajaba y él también... tenían un hijo cada uno y antepusieron el chico antes que nada. No era fácil..." (f. 112). G., compañero de trabajo del causante, dice que Di Santo "siempre fue muy especial, muy metodoso con sus cosas y que la diferencia de domicilio de ambos seguramente se debe a que ella tenía un hijo menor" (f. 114). I., también compañero de trabajo dice que: "eran pareja, que él permanecía mucho tiempo en el domicilio de la Sra. Capdevilla y también iban al domicilio de él pero como la solicitante tenía un hijo menor nunca se decidieron a convivir..." (f. 115). A foja 117, Capdevilla, por apoderada, ofrece los testimonios de V. S., C. M., D. M., J. G., C. C., C. C., J. L. y B. M., en el marco de la información sumaria tramitada ante el Juzgado de Circuito n° 1 de Rosario (fs. 119, 120, 121 y 122). A foja 123 obra certificación del médico Dr. Plasenzotti quien da cuenta que: "Di Santo... estuvo internado en Sanatorio Norte en virtud del cuadro que presentaba y que desencadenó en dos intervenciones quirúrgicas con treinta días de intervalo. El diagnóstico era de un Carcinoma Gástrico con metástasis abdominales". Y agregó: "Durante todo ese periodo permaneció acompañado por su cónyuge María Alejandra Capdevila, su hijo F. D. S., y su hermana N. B. 3. Del material precedente deben ponerse de relieve determinados aspectos que asumen relevancia en orden a la solución que corresponde adoptar en autos. En primer lugar que al solicitar su jubilación ordinaria, Di Santo, entre los familiares con derecho a pensión incluye a su hijo, no a la recurrente, pese a que en la misma solicitud se transcribe la norma que establece el derecho en favor de la concubina. También a su hijo fue a quien le confirió poder para percibir sus haberes jubilatorios. La declarante del fallecimiento es Sabrina Gambacurta y quien comunica el fallecimiento al ente previsional fue su hijo, no la recurrente. En segundo lugar, en su solicitud de pensión Capdevila, en Observaciones, manifiesta que convivía con el causante en los domicilios de San Luis ? y Anchorena ? En tercer lugar, el informe de la trabajadora social y los testimonios rendidos en las actuaciones administrativas dejan serias y fundadas dudas acerca de si -pese a la existencia de dos domicilios- mediaba una comunidad de vida plena o, en cambio, sólo se frecuentaban o visitaban con más o menos periodicidad. En efecto, recuérdese que la trabajadora social dejó constancia que pese a las visitas el causante no vivía con la recurrente, vivía sólo. V. dice que Di Santo a veces se quedaba a dormir y que la recurrente vivía sola con su hijo. D. dice que Di Santo "frecuentaba la casa". L. depone que no vivían juntos todo el tiempo, que había noches que no dormían juntos. I. expone que:

"nunca se decidieron a convivir". 4. La realidad del caso habrá de confrontarse con lo que la doctrina enseña sobre el particular y con los criterios expuestos por los Tribunales -incluida esta Cámara- ante pretensiones como la de autos. El concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges (jurisprudencia de la CN Fed. Seg. Social, citada en el Digesto Práctico La Ley, Previsión Social, T. II, pág. 1006, parág. 5983, Buenos Aires, 2001). La Sala 1° de la CN Fed. Seg. Social tiene dicho que: "La sola cohabitación pública en forma aislada, sin otro elemento que genere un cuadro probatorio siquiera presuntivo, no prueba la convivencia por el plazo legal en los términos del art. 5° de la ley 23.570 y su decreto reglamentario, que precisan las características que deberá revestir aquella dirigida a acreditar la convivencia en aparente matrimonio y establece los medios de prueba para acreditar el concubinato (partidas, certificados o actas de matrimonio celebradas 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, tarjeta de crédito, facturas de servicios públicos, etc.) limitando severamente la eficacia de la prueba testimonial" (ob cit., pág. 1008, parág. 6008). En particular ha considerado el fuero especializado que: "Domiciliarse en el mismo inmueble, haber cuidado del causante hasta el momento de su fallecimiento e inclusive haber efectuado en alguna ocasión un depósito a plazo fijo a orden indistinta, no implican necesariamente que la convivencia lo haya sido 'en aparente matrimonio', debiendo en consecuencia desestimarse el beneficio de pensión solicitado, por no revestir la prueba las características necesarias para acreditar dicha circunstancia" (Ob. cit. pág. 1009, parág. 6011). En doctrina, Pawlowski de Pose, con cita de Bossert -"Régimen jurídico del concubinato", ps. 39/40, Astrea, Buenos Aires- afirma que "si los sujetos carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de un concubinato para los diversos efectos que pueden invocarse en el ámbito jurídico" y resalta más adelante que la testimonial deberá ser corroborada por otras de naturaleza documental, entre las que destaca la constancia de igual domicilio (Pawlowski de Pose, Amanda L. "Prueba del concubinato en el ámbito previsional", DT, 1990-B, 1579). Igual concepto expone recientemente Pandiella poniendo de relieve la necesidad que los sujetos tengan "un domicilio común y conviviendo en él..." (Pandiella, Juan C. "Concubinato y régimen previsional", La Ley, 8.4.2010, 6; La Ley 2010-B, 598). También esta Cámara ha tenido que analizar la procedencia de pretensiones como la de autos. Así, ha tenido oportunidad de recordar las pautas o extremos que han prestado utilidad a los jueces a fin de esclarecer si dos personas conviven o no. En esa dirección ha puntualizado: "Así: la coincidencia de domicilios; el hecho que el fallecido haya extendido la cobertura de la obra social al supérstite, la circunstancia que el causante haya instituido como beneficiario del seguro mutual al superviviente; la existencia de bienes inmuebles o muebles registrables a nombre de ambos; la circunstancia de que algunos impuestos, tasas o servicios estén a nombre de uno y consignen el domicilio del otro; pago de tarjetas de crédito y diversos servicios donde aparece el nombre de la peticionante con el apellido del causante; declaraciones testimoniales ..." ("Heredia", A. y S. T. 20, pág. 441 y ss.). 5. En el caso presente considero que las circunstancias apuntadas por la recurrente no permiten encuadrar el caso en la norma que requiere vivir en aparente matrimonio. En efecto, acontecimientos sociales compartidos, viajes e incluso haber acompañado a Di Santo mientras éste estuvo internado en el Sanatorio Norte no prueban los extremos que debían acreditarse para hacerse acreedora del beneficio de pensión. Repárese en que el propio Di Santo en su solicitud de jubilación no la incluyó entre las personas con posible derecho a pensión, dato que esta Cámara ha debido ponderar ("Heredia", citado). Tampoco le confirió poder para la percepción de sus haberes previsionales. Tampoco concurre la identidad de domicilio, como lo reconocen, en suma, todos los protagonistas de este caso. Media, todavía, otro importante dato que conspira decididamente contra la pretensión de la recurrente: no hay elementos que permitan siquiera inducir o intuir que Di Santo ayudara a la manutención de la recurrente de donde no puede afirmarse que exista una dependencia económica de Capdevila en relación a Di Santo (Ver, criterio de "Heredia", citado, con cita de jurisprudencia). Debe tenerse bien presente que el principio previsional de sustitutividad es el que domina toda esta materia y prevalece sobre otros principios o circunstancias (sobre la prevalescencia del principio de sustitutividad, ver Jaime, Raúl C- Brito Peret, J. I. "Régimen previsional", Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 371; Digesto Práctico de La Ley, citado, pág. 1005). Frente a todo el material probatorio recién sintetizado no pueden prevalecer la declaración de algunos testigos para los cuales, Capdevila y el causante eran una pareja o que estaban juntos o que eran concubinos. Es que, además de que en esta materia la jurisprudencia ha limitado severamente la eficacia de la prueba testimonial (Ver del caso "Heredia", con cita de jurisprudencia), en el caso, diversos testimonios -como se ha visto- han declarado contra la pretensión de la recurrente. Podría incluso agregarse que tampoco se configuran en autos las pautas o extremos que -como se decía- prestan utilidad a los Jueces para determinar si dos personas con viven o no, a saber: partidas, bienes en común, contratos de locación de vivienda familiar, facturas de servicios público, etc. Por todo ello, no se configuran los vicios que se esgrimen en la demanda en sustento de la pretensión anulatoria sustancial. Por ello y por las fundadas razones que mencionó la administración en los considerandos de los actos impugnados es que propicio el rechazo del presente recurso contencioso administrativo. 6. Las costas, en mi opinión, deben repartirse por su orden atento que: la recurrente

pudo creer que le asistía razón bastante para litigar (art. 24, ley 11.330); la situación fáctica suficientemente reseñada depara una marcada singularidad; y que, en suma, el Tribunal ha debido evaluar un ámbito de relaciones interpersonales de difícil acceso para un Tribunal de Justicia. Así lo voto. Sobre la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores López Marull y Rescia de de la Horra expresaron análogas razones a las vertidas por el señor Vocal preopinante y votaron en el mismo sentido. A la tercera cuestión -¿qué resolución corresponde dictar?-, el señor Juez de Cámara doctor Andrada dijo: Atento el resultado obtenido al tratar la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso interpuesto, con costas por su orden. Así voto. A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores López Marull y Rescia de de la Horra dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Juez de Cámara doctor Andrada y así votaron. En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 2, RESOLVIÓ: Declarar improcedente el recurso interpuesto. Con costas por su orden. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente y los señores Jueces de Cámara, por ante mí, doy fe. López Marull Andrada Rescia De de la Horra Casiello

Correlaciones: ?De Bonis, Ángela Ester c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción? - Cám. Cont. Adm. Córdoba - 1ª Nom. - 15/02/2010

Cita digital: