

N° 1106/14/7F-310/16

``S.J.A. POR INFORMACION SUMARIA .

Mendoza, 22 de Noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes autos arriba caratulados, llamados a resolver a fs. 148 y habiéndose practicado sorteo a fs. 149 y,

CONSIDERANDO:

I.- Llegan los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 121 por J.S. en contra de la resolución recaída a fs. 118/120 por la que no se hace lugar a la información sumaria solicitada por el Sr. S., tendiente a que se constate que convivía en aparente matrimonio con S.N.; se rechaza la tacha formulada por el actor respecto a la testimonial de E.V.V.; se imponen las costas al peticionante y se regulan honorarios profesionales. Para así resolver la juez a quo recuerda que quien invoca la existencia de un matrimonio aparente para que se le atribuya alguna consecuencia jurídica, debe probarlo, y que no existen en autos elementos suficientes que hagan presumir la convivencia en aparente matrimonio entre J.A.S. y S.B.N..

Se refiere expresamente a la prueba documental y testimonial colectada en la causa. Respecto a esta última estima insuficientes las declaraciones de S.N. y de su hijo P.S., dado lo acotado de las mismas y su análisis a la luz del resto de las pruebas rendidas, las instrumentales aportadas por el peticionante, las acompañadas por la Universidad de Mendoza y las testimoniales rendidas a instancia de esta última.

Resuelve la tacha que se formula al testigo V.V., por ser rector y representante legal de la citada universidad, rechazándola por entender que tratándose de acreditar la convivencia pretendida, sólo los más allegados a ambas personas pueden demostrar tal hecho y el testigo reconoce la existencia de una relación de amistad y confianza con el Ing. N., no advirtiendo parcialidad ni subjetividad en el testimonio que amerite la tacha solicitada.

II.- A fs. 126/128 funda su recurso el apelante.

Se agravia en cuanto sostiene que se habría desvirtuado la naturaleza jurídica del proceso sumarísimo tramitado en estos autos, cuyo fin es probar sumariamente la relación de convivencia con S.B.N., después de su fallecimiento, con el objeto de reclamar la indemnización laboral prevista en el art. 248 de la L.C.T. ante las autoridades de la Universidad de Mendoza, atento a la relación de dependencia que revestía el Ing. N. con esta última, por haber fallecido siendo rector de esa casa de estudios.

Destaca que a tal fin acompañó como prueba instrumental: a) certificado de convivencia expedido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas que fue suficiente prueba para el otorgamiento de la pensión por fallecimiento en expediente N° 15-56332698-0; carta documento reclamando el pago de la indemnización prevista por el art. 248 LCT; fotocopia de su documento que acredita su domicilio en el mismo que el Ing. N.; facturas de teléfono a su nombre en el mismo domicilio del fallecido e informe de la Compañía Telefónica que corrobora sus dichos; b) testimoniales de la hermana y el sobrino del Ing. N., como testigos calificados ya que conocían la vida íntima de este último. Continúa diciendo que, una vez que se sustancia el proceso y ya en estado de resolver la causa, la

juez *a quo* le da vista al Ministerio Fiscal, quien considera necesario citar a la Universidad de Mendoza. Deldictamen se le da vista y no se opone, pero expresamente manifiesta que dicha universidad no es parte en el proceso y que ya se había opuesto a reconocer su convivencia con el Ing. Na. al contestar la carta documento en la que le reclamaba la indemnización del art. 248

LCT, desconociendo la convivencia entre personas de igual sexo. Agrega que se le corre vista a la Universidad, a los fines que estime corresponder y, que no solo contesta, sino que se hace parte y ofrece pruebas, las que se admiten, no obstante su oposición manifestada por la irregularidad del proceso, en el que deponen como testigos los empleados de la misma, quienes coinciden en reconocer que S. vivía en la casa del Ing. N., pero dicen que aquél era el conviviente de su hermana y que éste último era soltero. Se agravia de la falta de merituación de las probanzas que aportó, en tanto entiende que sólo se han considerado las de la Universidad de Mendoza, que no es parte en el proceso, por lo que la sentencia carece de objetividad en el análisis de las pruebas pues no tiene en cuenta lo realmente acreditado: que durante más de cinco años vivió bajo el mismo techo que el Ing. N.a, poseyendo una línea telefónica a su nombre y que se encuentran registrados sus ingresos diarios al BD durante ese período; que el Registro Civil expidió un certificado de convivencia en aparente matrimonio de las partes, para ser presentado ante el ANSES y que se le concedió la pensión por fallecimiento del Ing. N.; que sus familiares directos, que vivían en el mismo domicilio, reconocen que vivieron juntos durante más de diez años; que ambos aportaban al mantenimiento del hogar y que vivían en aparente matrimonio; que en el terreno de propiedad de N. pisaban dos viviendas, que la hermana y el sobrino del fallecido vivían en el departamento del fondo y, lo más importante, que fue quien lo asistió en su enfermedad hasta su fallecimiento y se ocupó de los trámites que demandó tal situación, habiéndose probado la convivencia y el ostensible trato familiar.

Por el contrario -aduce-, la *a quo* estima probado que si bien S. convivía en la misma vivienda del Ing. N., lo hacía en la casa de atrás con Silvia N. y el hijo de ésta, por lo que, dice, no se asigna el mismo valor a las declaraciones de los testigos de la actora y de la Universidad de Mendoza, ya que si bien todos coinciden en que S. y el Ing. N. vivían juntos, ubican la pareja en aparente matrimonio en casas distintas, atribuyéndole una pareja a s.n., pese a que ningún testigo de estos últimos entró al departamento del fondo, ni a los dormitorios de los habitantes del inmueble.

Por último se agravia del rechazo de la tacha formulada al testigo V.V., pues sostiene que si sólo los más allegados a ambos pueden demostrar el hecho pretendido, este argumento no se refleja en la valoración que la juez efectúa de las testimoniales que él ofreció, pues las declaraciones de la hermana y de su hijo han sido descalificadas, cuando precisamente por ser los más allegados al Ing. N. y vivir con la pareja, sabían perfectamente la realidad de los hechos y así lo manifestaron en sus declaraciones.

III.- A fs. 132/138 contesta la Universidad de Mendoza el traslado conferido de la expresión de agravios y solicita, por los motivos que expresa, a los que nos remitimos ad brevitatis causa, el rechazo del recurso incoado.

IV.- A fs. 143 contesta la vista conferida la Fiscalía de Cámara, en el sentido que no tiene objeciones que formular a lo actuado en la alzada.

V.- Adelantamos que el recurso incoado no debe prosperar, correspondiendo la confirmación del decisorio recaído en la instancia precedente.

V.1.- En autos N° 2048/12/9F- 259/13, caratulados ``ANDRADA OMAR FABIAN P/ INFORMACION SUMARIA , citando a Osvaldo Gozañi (Tratado de derecho procesal civil,

Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009) caracterizamos a la información sumaria dentro del género de los llamados procesos voluntarios, en los que, por su naturaleza, no media controversia entre partes: *“Si bien tradicionalmente se habla de procesos voluntarios en contraposición a los contenciosos o contradictorios, queriendo reflejar con ello la ausencia de controversia por generarse a partir de una petición individual que no importa oponer intereses hacia otro, lo cierto es que, en rigor, debería hablarse de procesos extracontenciosos. Estos son los que no implican una controversia pero, a su vez, resultan necesarios para concretar un acto procesal determinado. La ausencia de contradictor se convirtió en la principal característica de este tipo de procesos. Ello acarrea una serie de consecuencias para la consideración de los efectos de la cosa juzgada en procesos de esta naturaleza, razón por la cual Couture destaca que “las resoluciones que se dictan en un procedimiento judicial no contencioso se emiten en cuanto proceda por derecho, sin perjuicio, en cuanto haya lugar”, denotando con ello la inexistencia de cosa juzgada, pues mediante ellas los magistrados no juzgan ni prejuzgan sino que circunscriben su tarea a fiscalizar si lo afirmado por el peticionante es prima facie cierto, con ajuste a la justificación que él mismo proporciona (Couture, Eduardo, citado por Gozaíni, Osvaldo, op.cit., p. 175). Como lo afirma De Marini es la actuación del derecho al caso concreto con el fin de tutelar un interés privado insatisfecho por el imposible ejercicio de facultades o poderes por parte de su titular, por obra de un juez imparcial, mediante pronunciamientos constitutivos discrecionales y modificables que hagan posible o constituyan tal ejercicio (De Marini, citado por Gozaíni, Osvaldo, op. cit., p. 179). Gozaíni aclara que por tales razones se ha clasificado a los procesos de jurisdicción voluntaria en actos de constitución, integración, modificación y extinción de derechos; actos de homologación; actos de constatación y actos de autorización (Gozaíni, Osvaldo, op. cit., p. 180) (04/11/2013, LA 07-119).*

En la misma línea se ha sostenido: *“La resolución no aprobando la información sumaria y negando la inscripción de nacimiento en los libros del Registro Civil de la Provincia, aún cuando esté firme y consentida, por haber recaído en un proceso de jurisdicción voluntaria, no tiene el carácter ni produce los efectos de la cosa juzgada propiamente dicha o judicial: la jurisdicción voluntaria comprende procedimientos de carácter unilateral, cumplidos ante los jueces, con el objeto de determinar ciertas situaciones jurídicas o cumplir requisitos impuestos por la ley, mediante declaraciones que no adquieren autoridad de cosa juzgada ni pueden causar perjuicio a terceros (Expte. N° 26833, “Condori Calizaya, Rosa Maribel p/Inscripción de Nacimiento”, 05/03/2002, Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LS 165-078), y que: “Partimos de la base que la información sumaria tiene como objeto acreditar ante los Tribunales hechos, o situaciones de hecho, a fin de que resolución mediante que los reconozca, puedan gozar de los beneficios y/o prerrogativas que eventualmente les pudiera corresponder. Así lo consigna correctamente la resolución apelada, a lo que correspondería agregar que en este proceso tramitado “inaudita parte”, la resolución a que se arriba es sin perjuicios del derecho de terceros (Expte. N° 21216, “Rodríguez Antonio Luis Gregorio p/Información Sumaria”, 16/06/1994, Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LA 130-474).* Para la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, la información sumaria se limita a verificar un supuesto de hecho e integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas, e importa un acto de constatación respecto de la existencia de un extremo fáctico determinado, no mediando controversia alguna a resolver, sino la verificación de ese estado para producir un determinado efecto jurídico. (*“Viva, María Alejandra”, 03/03/2010, AR/JUR/10453/2010).*

La información sumaria es un procedimiento probatorio dotado *-prima facie-* de cierto carácter de provisoriedad, y que debe agregarse a los demás hechos acreditados en la causa; constituyen probanzas unilaterales en el sentido que han sido producidas sin las garantías del contradictorio y valen como presunciones, pero no hacen plena prueba contra la parte que no ha tenido injerencia en ellas, quedando librada su apreciación al arbitrio judicial; pero al mismo tiempo se ha ponderado que cabe hacerla valer como presunción agregada a los demás hechos probados, cuando no ha sido controvertida (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, ``Quatruccio, Carmen v. Provincia de Buenos Aires-Instituto de Previsión Social , 13/05/2009, 70054438).

Con la caracterización efectuada, no caben dudas que el proceso se inició como información sumaria, sin denunciar contradictor ni terceros a quienes citar al mismo y, en ese marco, se receptaron las pruebas ofrecidas por el peticionante.

Sin embargo, durante su tramitación se dio intervención a la Universidad de Mendoza, a lo cual el Sr. S. no se opuso y por el contrario consintió.

Es que si bien fue el Ministerio Público Fiscal quien estimó pertinente la citación a la mencionada universidad, se anotició a S. quien compareció a fs. 66 afirmando expresamente que no se oponía a que se le corriera vista, sin perjuicio que no era parte en el proceso y que dicha vista era innecesaria.

Además, consintió el decreto de fs. 68 que dio vista a la Universidad de Mendoza de la información sumaria solicitada a fin de acreditar la convivencia en aparente matrimonio de J. S. y S.B.N. y la Dra. R., en su representación, denunció el domicilio y acompañó cédula confeccionada, a los efectos de la notificación ordenada (fs. 69).

Tampoco objetó el decreto de fs. 91 que tuvo a la Universidad de Mendoza por presentada y domiciliada, por contestada la vista conferida, presente lo expuesto y la prueba ofrecida para su oportunidad y, si bien a fs. 92/93 S. se opuso a las pruebas ofrecidas por aquella, consintió el auto de fs. 100 en el que se rechazó su oposición y se aceptaron las mismas.

Bajo esta óptica, sin perjuicio que el recurrente en la Alzada no ha planteado recurso de nulidad (arts. 137 primer párrafo y 141 apartado III del CPC), no puede en esta instancia agravarse de un procedimiento que aceptó, de una intervención la de la Universidad de Mendoza- que consintió, como así también de las actuaciones subsiguientes, por lo que el agravio debe ser rechazado.

V.2.- A continuación y por una razón metodológica trataremos la queja que ha sido esbozada en tercer lugar, ya que la misma gira en torno al rechazo de la tacha formulada al testigo E.R.V.V., para que, según sea el resultado de la misma, proceda o no la valoración de este testimonio (art. 199 inciso III del C.P.C.).

``En la tacha de un testigo, la eliminación de su testimonio como prueba válida, no sólo requiere de alguna presunción de amistad o connivencia con la parte que se vería beneficiada, sino de un acto positivo y palpable en las declaraciones que amerite silenciar tal prueba, bien porque el testigo admite tal interés en el resultado del proceso, bien porque sus declaraciones aparecen como manifiestamente teñidas de parcialidad o de falsedad y, como tales, no pueden ni deben ser seguidas por el juzgador a la hora de tomar su decisión (Expte. N° 10585, ``Megaluz S.R.L. c/ Provincia de Mendoza p/ D.y P. , 14/04/2008, Quinta Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LS 032-117).

En todo caso y aceptado el testimonio ``corresponde al juez determinar la credibilidad y el grado de eficacia probatoria que le merezcan [...], de acuerdo con los principios generales de la sana crítica y atendiendo a las condiciones intrínsecas y extrínsecas de cada uno (Devis Echandía,

``Compendio de la prueba Judicial , T.II, pág.90).

Compartimos con la juez de grado que no se advierten en el testimonio ofrecido rasgos de

subjetividad o parcialidad, el testigo da razón de sus dichos y expresa que, por la relación de amistad y confianza alcanzada con el Ing. N., conocía detalles de su intimidad y que ambos tenían conversaciones que se referían con precisión a sus respectivas intimidades familiares. Asimismo, el que el Dr. V.V. sea el rector de la Universidad de Mendoza, no habilita la procedencia de la tacha articulada, por cuanto en estos autos, dicha institución académica no ha sido demandada.

Por lo cual el agravio debe ser desestimado, confirmando el rechazo de la tacha y habilitando en consecuencia la ponderación del testimonio en cuestión.

V.3.- En cuanto al agravio que gira en torno a la subjetividad en la que habría incurrido la juzgadora al momento de analizar las pruebas, estimamos que tampoco puede tener andamiaje positivo.

En el decisorio impugnado se han tenido en cuenta las probanzas incorporadas tanto por el peticionante como por la Universidad de Mendoza, y el análisis efectuado no aparece parcial o subjetivo, sino que se apoya en fundamentos concretos que lo respaldan y que compartimos.

Es que no ha logrado acreditarse que hubiera existido efectivamente entre J.S. y S.N. una relación de pareja con caracteres de aparente matrimonio como pretende el peticionante. Y esto no tiene nada que ver con una cuestión de discriminación, ni se vincula con el hecho que de haber conformado una unión convivencial fueran dos personas del mismo sexo. Lejos está en el espíritu de este Tribunal efectuar alguna consideración discriminatoria hacia las uniones convivenciales o matrimonios del mismo sexo que recepta expresamente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y que, en el caso en que hubiera quedado acreditada su existencia entre el peticionante y el fallecido Ing. N., hubiéramos declarado como tal. Es que como se refiere en la obra ``Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado , bajo la dirección de Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, la regulación integral que el CCyC ha introducido como novedad, en orden a la figura de la unión convivencial, como otra forma de organización familiar, alternativa y diferencial a la figura matrimonial, se encuentra a tono con el avance legislativo en materia de igualdad y no discriminación, instaurado con la sanción de la ley 26.618 y en consonancia con el principio de no regresividad en materia de derechos humanos (Natalia De la Torre, comentario art. 509, Sistema Argentino de Información Jurídica, Infojus, Tomo II, p. 197).

Destaca la Dra. Marisa Herrera que la independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja, deriva de los principios de igualdad y de protección integral de la familia: ``por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, así como el principio de progresividad y no regresividad, las uniones convivenciales como el matrimonio, deben ser reconocidas a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual (Herrera Marisa, ``Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado , director Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, p. 293).

Lo cual compartimos ampliamente como fundamento axiológico que justificó la reforma legislativa y la incorporación de la regulación de las uniones convivenciales, con independencia de la orientación sexual de sus integrantes.

Sin embargo, de la prueba colectada en estos autos no surge acreditado que entre J.S. y S.B.N. hubiera existido una unión convivencial y en esto concordamos con la sentencia venida en revisión.

En el certificado de fs. 21, el oficial público del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas certifica que las firmas de los comparecientes, el exponente y los testigos, son auténticas por haber sido puestas en su presencia. De ninguna manera certifica o da fe que lo

declarado o su contenido sea real y verídico. De allí que aún cuando hubiera sido aceptado a los efectos de tramitar una pensión en ANSES, no significa que deba considerarse como verdadero lo allí expuesto, ni que su eficacia probatoria no dependa de su corroboración con otras pruebas.

En dicho certificado los testigos declaran que el Sr. S. convivió en aparente matrimonio con S.B.N., desde setiembre de 2002 hasta el momento de su deceso ocurrido el 18/11/2013 (once años). Sin embargo en sus agravios, el apelante se queja en cuanto dice que la juez *a quo* no considera lo realmente probado por su parte, como el hecho que, durante más de cinco años, vivió bajo el mismo techo con el Ing. N.. Esto es, vivió durante once años como se testimonia en el certificado aludido, o por más de cinco años. Es cierto que doce son más que cinco, pero como son muchos más que cinco, esta circunstancia aporta cierta inconsistencia a los testimonios.

En autos N°493/10, caratulados ``Dominguez Carmen Pilar por Información sumaria , en los que confirmamos el decisorio por el que se rechazó la información sumaria tendiente a acreditar la convivencia -entonces concubinato- del peticionante con una persona ya fallecida, para hacerla valer ante la ANSES a los fines de obtener el beneficio de pensión, tuvimos oportunidad de expedirnos sobre el valor probatorio del certificado oficial -de convivencia- del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas y allí dijimos: ``*Tampoco resulta prueba documental complementaria el certificado oficial n°5097 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que tenemos a la vista, debido a que el mismo no deja de ser en lo sustancial una declaración unilateral de la propia interesada, que si bien concurre con dos testigos, no son éstos los que deben abonar la prueba documental sino a la inversa, la testimonial es la que debe encontrarse respaldada por prueba instrumental. Va de suyo entonces que la simple manifestación de voluntad de la propia interesada, ante un organismo público que no verifica por ningún medio objetivo tal declaración, no resulta idónea a tales fines. Como principio rector en la interpretación de la prueba, aplicando las reglas de la sana crítica, no podemos olvidar que estamos en presencia de un proceso de jurisdicción voluntaria, sin control de parte contraria, por lo que la ponderación del valor probatorio debe ser más riguroso, sobre todo en materia testimonial, en la que la experiencia muestra, que en este tipo de procesos, en muchos casos, son testigos de favor ocomplacientes, pudiendo inferirse que es por este motivo que el decreto n° 1290/94, al reglamentar el art 53 de la ley 24.241, no la acepta como única prueba a fin de acreditar dichos extremos exigidos por la norma para los convivientes (11/04/2011, LA 02-376).*

Citamos en dicho fallo jurisprudencia que, en forma coincidente y en lo pertinente, resulta plenamente aplicable al *sub lite*: ``*Respecto a la prueba de la convivencia, la norma del art.5, ley 23.570, establece que ella en ningún caso podrá limitarse exclusivamente a la testimonial...salvo excepcionales circunstancias, destacándose que dicha prueba no puede ser la única que ofrezca el peticionario, debiendo ser corroborada indefectiblemente por otras de carácter documental, haciendo hincapié en que el tiempo mínimo de convivencia debe ser inmediatamente anterior al fallecimiento del causante y si antes de producirse el deceso la vida en común ya no existía, el derecho del sobreviviente carece de fundamento legal (Expte N° 27084, ``Biagetti, Silvana Natalia p/Información Sumaria , 27/08/2003, Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LA168 070).*

Ahora bien. Los testimonios de N. y S. que se reiteran en estos autos a fs. 15/16 en el mismo sentido, no pueden ser corroborados con el hecho que la línea telefónica del inmueble estuviera a nombre de S. -por más de cinco años- o que éste hubiera registrado ingresos y egresos diarios del BD durante ese período, pues estos extremos no prueban que J.S. viviera en ``aparente

matrimonio con el Ing. N.. Sólo acreditan que S. vivía, residía, habitaba en el mismo domicilio, sobre lo cual incluso acuerdan los testigos ofrecidos por la Universidad de Mendoza.

De allí que lo que se trata de establecer es si el hecho de que S. se domiciliara en el mismo lugar que el Ing. N., cuando allí también vivían su hermana y su sobrino, prueba -o no- la existencia de un vínculo de pareja entre los dos primeros. Pues, es evidente que entre Salvador N. y J.S. existía un vínculo, ya sea porque ambos fueran pareja como sostiene el peticionante- o que este último fuera la pareja de su hermana como declaran los testigos propuestos por la Universidad de Mendoza-. El nudo gordiano de la cuestión es establecer si existía entre J.S. y S.N. una unión convivencial, tal como denomina el CCyC a las uniones de hecho que previo a su recepción legislativa se identificaban como concubinarias, sean éstas entre personas del mismo o de diferente sexo.

En materia previsional el art. 53 de la ley 24.241 que consagra el derecho a pensión del conviviente, requiere que hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del beneficiario y dicho plazo se reduce a dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes. Al respecto se decía antes de la sanción del CCyC- que: *“ la convivencia que genera derecho a pensión toma la figura del “aparente matrimonio , por lo que el legislador invocó conceptos de la normativa civil, en cuanto a una unión monógama entre personas de distinto sexo [hoy debería aclararse: “o del mismo sexo], haciendo notar la doctrina que, aunque no se haya utilizado el término “concubinato , la apariencia nupcial a que se hace referencia es la de un hombre y una mujer [“o personas del mismo sexo] que se dan trato recíproco de esposos sin serlo (cfr. Jaime Raul C- Brito Peret, José, “Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones Ley 24241 , Bs.As, Ed. Astrea, 1.999, p. 369).*

A su vez, la reglamentación del artículo 53 aprobada por Decreto N° 1290/94 establece en su parte pertinente que: “1. La convivencia pública en aparente matrimonio durante los lapsos exigidos en el artículo que se reglamenta, podrá probarse por cualquiera de los medios previstos en la legislación vigente. 2. La prueba testimonial deberá ser corroborada por otras de carácter documental, salvo que las excepcionales condiciones socio-culturales y ambientales de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente. 3. Se presume la convivencia pública en aparente matrimonio, salvo prueba en contrario, si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público. 4. Si el causante hubiera optado por permanecer en el Régimen de Reparto, la prueba podrá sustanciarse ante la Administración Nacional de la Seguridad Social o mediante información sumaria judicial, con intervención necesariamente de aquélla y demás terceros interesados cuya existencia se conociere... .

Por resolución 671/2008 de la ANSES del 19/08/2008 se declara a los convivientes del mismo sexo incluídos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización, que acrediten derecho a percibir el componente público y a tal efecto, la convivencia se acreditará según los medios probatorios que establece el Decreto N° 1290/94 para los casos en que el causante se encontrare a su deceso comprendido en dicho régimen (art. 1°).

La Corte Federal había reconocido a las personas del mismo sexo el beneficio a pensión por fallecimiento de su pareja entendiendo que: “la circunstancia de que el actor haya mantenido con el causante una relación identidad de sexo- no prevista en el art. 53 de la ley 24.241 convivencia pública en aparente matrimonio- no impide la concesión del beneficio, desde que falleció el beneficiario, pues el régimen legal de pensiones no puede, válidamente, dejar de comprender

situaciones como la de la persona sobreviviente que mantenía con la beneficiaria fallecida una relación que, por sus características, revelaba lazos concretos y continuos de dependencia económica, bien de la primera respecto de la segunda, bien de índole recíproca o mutua (P.368, XLIV.REX. ``P.A. c/ANSES S/PENSIONES , 28/06/2011, CSJNación, Secretaría de Jurisprudencia).

En comentario al decreto reglamentario N° 1290/94 se ha dicho que: ``*posibilita la acreditación de la convivencia empleando términos amplios e inespecíficos: ``por cualquiera de los medios previstos en la legislación vigente , sin embargo, acota la prueba testimonial a fin de que sea obligatoriamente corroborada por otras de carácter documental. Esta limitación puede ser dejada de lado cuando ``las excepcionales condiciones socioculturales y ambientales de los interesados , lo justifique; circunstancias éstas tan ambiguas que dejan abierto un amplio espectro de posibilidades para la discreta apreciación judicial* (cfr. Guillot, María Alejandra, ``Régimen previsional vigente aplicable a las uniones de hecho , DY2007 (agosto), 871, cita online AR/DOC/2438/2007).

En tanto no se trata de acreditar en el *sub iudice* la conformación de una unión convivencial con fines previsionales, no obstante la utilidad de las normas, doctrina y jurisprudencia citadas, entendemos que para establecer si entre el peticionante y el fallecido Ing.

S.B.N. existió o no esta figura familiar, cabe acudir a las pautas que suministra el CCyC en su artículo 509 conforme al cual: ``Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo ; exigiendo el artículo 510 como requisitos para el reconocimiento de efectos jurídicos a las mismas -entre otros- que la convivencia se hubiera mantenido por un período no inferior a dos años y, admitiendo el art. 512 su acreditación por cualquier medio de prueba, siendo la inscripción en el Registro de uniones convivenciales prueba suficiente de su existencia.

Para Bueres han quedado reproducidos en la nueva norma los elementos que la doctrina requería para la unión marital de hecho y se añade que el sexo de sus integrantes será indiferente para su configuración (Bueres Alberto, ``Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado , Ed. Hammurabi, Bs. As., 2014, Tomo 1, p. 379).

De los caracteres enunciados, además de la singularidad, estabilidad y permanencia de la unión, nos interesa hacer hincapié en la publicidad y notoriedad de la misma, por cuanto el peticionante aduce en el escrito inaugural que la convivencia con el Sr. N. ha sido ``pública y notoria y que han convivido en aparente matrimonio por más de diez años (cfr. fs. 10 apartado 2. último párrafo).

En este sentido expresan Lloveras, Orlandi y Faraoni que, para ser pública, la unión familiar entre dos personas debe exteriorizarse al conocimiento de toda la comunidad, no debe ser disimulada, ocultada o de otro modo abstraída de la posibilidad de ser conocida por los terceros. Y agregan: ``la ausencia de publicidad de la relación afectiva contraría a su simbolización como unión convivencial y su exigencia se vincula al resabio de la noción tradicional de la ``aparición de estado matrimonial es decir, que en la mirada de los terceros se presente como un vínculo conocido, no ocultado, ni encubierto o reservado. La unión convivencial debe ser necesariamente pública, lo que importa su exteriorización al conocimiento de toda la sociedad (autores citados, ``Tratado de Derecho de Familia , directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo II, p. 55).

La notoriedad se liga a la circunstancia de resultar evidente e innegable, implica el conocimiento

que se tiene o puede tenerse socialmente de la existencia de la unión convivencial y no opera como elemento constitutivo de la misma, sino como dispositivo para demostrar su existencia (Lloveras, Orlandi y Faraoni, ob. cit, p. 56, con cita de la Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española: voz ``notorio : 1.adj. Público y sabido por todos. 2. adj.

Claro, evidente , [hyperlink](http://hyperlink.rae.es/drae/). rae.es/drae/; Bossert, Gustavo A, ``Régimen jurídico del concubinato , 3ºed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 21). Para este último autor la carencia del requisito de la notoriedad incidirá en el plano de los efectos que interesan a terceros; así por ejemplo, la situación de los proveedores del hogar común, que no podrán invocar la apariencia del estado matrimonial.

Para Marisa Herrera los dos elementos tipificantes de esta forma de relación afectiva son: 1) ser una unión basada en un proyecto de vida en común y 2) la convivencia como elemento fáctico del cual se derivan los otros requisitos, comprensivos de singularidad, publicidad, notoriedad y permanencia, como elementos que tienden a mostrar hacia el afuera, que no se trata de relaciones efímeras o pasajeras, sino de uniones con cierta consolidación, que merecen ser reconocidas como tales para generar determinados efectos jurídicos. (Herrera Marisa, ``Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado , Director Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, p.285 y 290).

Respecto a la forma y prueba de las uniones convivenciales se sostiene que, al contrario de lo que sucede en el matrimonio: *``no hay forma ni hay otorgamiento, pues no es un acto jurídico sino un hecho, que, como tal, puede probarse por cualquier medio (art. 512 CCyC). Al no ser acto jurídico, tampoco se le aplica la teoría de las nulidades, pero sí podrían ser nulos el acto de su reconocimiento y el acto de su inscripción en el RPLUC, nulidades que no obstan la existencia de la unión convivencial, a menos que claro está- sean declaradas por inexistencia de la misma. La constancia de reconocimiento oficial e inscripción de la UC son simplemente declarativas; prueban iuris tantum la existencia de la UC. Mientras que el acta de matrimonio se suscribe en el acto de su celebración, la UC existe con prescindencia de la suscripción de instrumento alguno (cfr. Szmuch, Mario G., ``Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación , Revista del Notariado, 919, 01/01/2015, 143, cita online: AR/DOC/2289/2016).*

Frente a la declaración unilateral formulada por J.S. con fecha 25/03/2014 en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, relativa a que convivió en aparente matrimonio con S.B.N. desde setiembre de 2002 hasta el momento de su deceso ocurrido el 18/11/2013, los testigos S.N. y P.S., manifiestan que los hechos afirmados por el solicitante son verdaderos (certificado fs. 2).

A su vez, en sede judicial, S.N., preguntada sobre si J.A.S. y S.B.N. convivían en aparente matrimonio, responde: ``sí, me consta porque yo vivía en la casa de al lado y P.S.: ``sí, podría decirse que sí (respuestas a la cuarta pregunta). Empero, los seis testigos que deponen a fs. 104/110 afirman que el vínculo de pareja de J.S. era con S.N. y no con S.B.N..

De allí que no se trata de dar prevalencia a los testimonios ofrecidos por la Universidad de Mendoza porque sean mayores en número a los propuestos por el peticionante, sino de establecer la fuerza convictiva que generan unos y otros en el juzgador.

Y en este sentido, estimamos que cabe sopesar que los testigos que deponen a fs. 104/110 son contestes en que existía una relación de pareja entre la Sra. N. y el Sr. S. y que este último era cuñado del Ing. S.B.N..

Entendemos que en la valoración de los testimonios, corresponde otorgar preeminencia a las conclusiones que se extraen de los dichos de los testigos ofrecidos por la Universidad de

Mendoza. No sólo porque los mismos resultan concordantes entre sí, sino que además carecen de contradicciones internas, son categóricos y dan razón de sus dichos. E igualmente, porque una serie de indicios permiten colegir la veracidad de sus dichos.

En primer lugar, no puede obviarse que, previo a este proceso, la Sra. N. reclamó a la Universidad de Mendoza el pago de la indemnización del art. 248 LCT por nota recepcionada el 24/07/2014 (cfr. fs. 76/79). Esto es, si le constaba que S. y el Ing. N. habían constituido una unión convivencial: ¿porqué solicitó el pago de la indemnización que le correspondía al conviviente del causante? ¿porqué adoptó una conducta que implicaba negar y/o desconocer ese derecho a S., cuando antes había concurrido a declarar ante el Registro Civil la existencia de un aparente matrimonio entre S. y su hermano? ¿porqué, después de rechazado el pedido por la universidad, sí se solidariza con S. con el objeto de que se le abone a él la indemnización que a ella se le negó, a través de la promoción de esta información sumaria con fecha 06 de octubre de 2014 en la que depone como testigo?

Circunstancias que deben ser sopesadas para valorar el testimonio de S.S., en tanto le restan eficacia probatoria del extremo pretendido a través del mismo.

Además Silvia refiere que hay dos casas en el mismo domicilio de B.D.: que en una vivían ellos (S. y el Ing. N.) y en la otra su hijo y ella (fs. 16 segunda respuesta), y J.S. que se mudó a la casa del Ing. N. ubicada en Cerro del BD: ``en donde convivíamos juntamente con la Sra. S.N. y su sobrino P.A.S.. O sea que todos convivían y no por esto ha sido acreditado que entre el Ing. N. y el Sr. . existiera una relación de pareja que bien pudo haberse conformado entre S.N. y J.S., tal como lo exponía el Ing. N. en los ámbitos profesionales y sociales, en los que presentaba a S. como su cuñado o como pareja de su hermana y en los que decía que él vivía con su sobrino P. en la casa de adelante y, al fondo, lo hacía su hermana con su cuñado.

Es por ello que el que todos residieran ``bajo un mismo techo -como aduce el apelante- no acredita la relación de pareja entre dos de las personas que habitaban en el mismo domicilio, resultando incluso contradictorios los testimonios respecto a cuál de las dos casas que integraban el inmueble, ocupaba cada cual.

En punto al hecho de que la línea telefónica estuviera a partir del año 2.008 a nombre de S., o que hubiera denunciado en el 2.011 ese domicilio al solicitar su documento nacional de identidad, sólo reafirma que vivía en el mismo inmueble en el que también residían S.N., S.N. y P.S., pero de ello no se infiere que mantuviera una unión convivencial con el primero, ni que la misma fuera pública y notoria.

Tampoco se prueba este extremo por el hecho que S. se hubiere ocupado del mantenimiento del inmueble, porque de hecho vivía allí, ni que hubiera asistido al Ing. N. en su enfermedad o que se hubiera encargado de los trámites de su entierro. En todo caso exterioriza sentimientos que incluso podrían ser de humanidad, solidaridad, cariño y afecto - aunque no es dable excluir otros móviles exentos de cuestiones sentimentales-, que también están presentes en las relaciones entre cuñados o amigos y, por ello, resultan insuficientes para acreditar que el vínculo entre quienes los profesan sea el de una pareja o unión convivencial. Otro elemento a ponderar es que S.N. testó a favor de su hermana y su sobrino el 26/07/2013.

Según S. y sus testigos, aquél era pareja del testador desde el año 2002. Sin embargo, N. no instituyó nada a su favor en el testamento. Por lo cual, de haber existido una unión convivencial con el Sr. S., que a esa fecha databa ya -según éste- de once (11) años, no parece verosímil creer que, aún cuando el Ing. N. no la diera a conocer públicamente y transcurriera entre las cuatro paredes de su casa, no le hubiera testado algo a su compañero, en un acto que aparecía como totalmente confidencial, en el que además no tenía porqué aclararse

en qué carácter o porqué lo hacía. A lo que se suma que el propio S. fue testigo del acto, que conforme reza la última parte del testamento, lo presencié, y fue quien junto a la otra testigo oyeron y vieron, tanto el testamento como al testador, siendo ésa la expresión de su última voluntad.

Todas las situaciones apuntadas restan credibilidad a los testimonios de S.N. y P.S., no en cuanto a que todos convivían en el domicilio del BD, que el teléfono fijo desde el año 2.008 estuviera a nombre de S., que aquél contribuyera al mantenimiento del inmueble, ni que hubiera asistido al Ing. N. en su enfermedad o se hubiera encargado de los trámites de su defunción, pero sí en orden a que S.N. y J.S. fueran una pareja y constituyeran en vida de aquél, una verdadera unión convivencial, un aparente matrimonio.

A lo que se suman los testimonios rendidos a fs. 104/110, a los que ya referimos, los que, a la pregunta de si sabe y cómo les consta quiénes más residían en el domicilio donde vivía el Ing. S.B.N. (3°) y, para que digan si saben y cómo les consta si el Ing. N. vivía en aparente matrimonio con alguna persona y, en caso afirmativo, con quién y si ello era público (4°), responden: ``en ese domicilio las veces que nosotros fuimos lo vimos con su sobrino y en la parte posterior había un departamento que ahí residía el Sr. S. con la hermana del Sr. N., es lo que siempre nos manifestaba(3°) ... ``no sinceramente al Sr. N. siempre lo vimos solo (4°) (testigo de fs. 104); ``por boca del Ingeniero N. en ese domicilio residía él, su sobrino su hermana y su cuñado (3°) ... ``no. Me consta de que su estado civil declarado en la universidad era soltero (4°) (testigo de fs. 105); ``residían su hermana, el hijo de su hermana y en alguna ocasión el que era la pareja de su hermana (3°) ... ``no, ni sabe ni le consta (4°) (testigo de fs. 108); ``en ese domicilio había dos viviendas, en la vivienda llamémosla principal o de entrada, era el domicilio del Ingeniero N. que vivía con su sobrino P. y en la misma propiedad pero al fondo en el jardín había un departamento en el que vivía la hermana del Ingeniero N. con su pareja que era este señor S. (3°) ... ``sé que no vivía en aparente matrimonio ni en convivencia de ninguna naturaleza con ninguna otra persona más que con su sobrino con el que compartía el mismo techo, me consta por innumerables conversaciones que al respecto tuve con el Ingeniero N. con quien a lo largo de los años habíamos generado una relación de confianza que nos habilitaba mutuamente a tener conversaciones que se referían con precisión a nuestras respectivas intimidades familiares; más de una vez y yo compartía con él algunas preocupaciones que uno tiene como padre con respecto a sus hijos y él hacía lo propio respecto a su sobrino P. a quien lo había criado, protegido y cobijado con igual carácter, es decir, como a un hijo (4°) (testigo de fs. 108); ``ese día estaba el sobrino con la novia y me presentaron a la novia del sobrino y subieron por una escalera a la parte superior y por otro lado, él [el Ing. N.] me mostró por un ventanal una piscina muy bonita nueva que tenía y un departamento que había en el fondo donde vivía la hermana con su pareja (3°) ... ``el Ingeniero no vivía en aparente matrimonio con nadie, él me comentó en una oportunidad que por la situación de su madre y de sus hermanastros había decidido quedarse soltero, volviendo a las reuniones que mencioné del año 2009 se sirvió un copetín y la persona que le ayudó al Ingeniero lo presentó como su cuñado, él iba a la cocina, habría los paquetes y los traía para servirlos, era el Sr. S., el Ingeniero N. me lo presentó como tal (4°) (testigo de fs. 109); ``su hermana Silvia, su sobrino P. y J. que sabía que era la pareja de Silvia. El otro hermano del Ingeniero sé que vive enfrente (3°) ... ``no, Salvador era soltero y no me consta de que haya vivido con nadie en aparente matrimonio (4°) (testigo de fs.110).

Todos los testimonios son concordantes entre sí en cuanto a que el Ingeniero N. no vivía en aparente matrimonio con nadie, que S. vivía en el mismo domicilio del BD aunque no en la

misma casa que el primero- y que el vínculo de pareja existía entre S.N. y J.S.. Según el testigo de fs. 104, el Ing. N. siempre decía que S. era su cuñado: ``por ejemplo, le decía, Luis dale las llaves de mi auto a mi cuñado . Agrega que el ingeniero ``siempre lo identificó como su cuñado (primera ampliación) y que el propio S. le había dicho al testigo- que vivía en el departamento ubicado en la parte posterior con la hermana del Ingeniero N. (segunda ampliación). Para el testigo de fs. 105 en el departamento de atrás vivía la hermana y el cuñado del Ingeniero N.. La testigo de fs. 106 refiere que la construcción nueva que se había hecho en la parte del patio, separada de la casa de adelante simplemente por el patio y una pileta, era habitada según el propio Ingeniero y la hermana, por la hermana del Ingeniero y la pareja, había sido construida con ese fin según sus dichos y que en las visitas que hizo a la casa del ingeniero, estaba viviendo él con su hermana y su sobrino y en unas ocasiones estaba el que él llamaba su cuñado y que el ingeniero le comentó que la vivienda era para que residieran su hermana y su cuñado, esto dicho también por su hermana, que le comentó lo mismo, que esa casa era para habitar con su pareja. La deponente de fs. 170 asevera que le consta que el Sr. S. era la pareja de Silvia, porque la hermana de S.N. trabajó en la Universidad de Mendoza y ``en todo momento ella lo presentó como su pareja y Salvador como su cuñado .

De la ponderación de la prueba colectada podemos concluir que no ha quedado acreditada la existencia de una unión convivencial entre S.B.N. y J.S., ni los caracteres de publicidad y notoriedad que -entre otros- identifica a esta figura familiar.

Asimismo resulta llamativo que S. no hubiera propuesto la declaración testimonial de otras personas, fuera de la hermana y del sobrino del Ing. N., siendo que en el escrito inaugural a fs. 10, invoca que la relación de pareja que mantenía con el fallecido era ``pública y notoria .

Por último, en orden a la valoración de la prueba, no debemos soslayar que el juzgador tiene la facultad, ejercida con prudencia y razonabilidad y dentro de los límites que le imponen las reglas de la sana crítica, de seleccionar el material probatorio, dar preeminencia a unas pruebas sobre otras e, incluso, apreciar con tal prevalencia la idoneidad de los testigos.

En sentido coincidente, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha resuelto que: ``La valoración de la prueba testimonial realizada por los jueces de grado en sus conclusiones para tener por no acreditada la relación concubinaria alegada por la peticionaria de la información sumaria, quien sostuvo haber cohabitado con el causante durante los cinco años anteriores al deceso, no puede ser revisada por vía del recurso de inaplicabilidad de la ley en el caso, la Cámara consideró interrumpida la cohabitación-, ya que no constituye un supuesto de absurdo, el ejercicio de la facultad con que cuentan los tribunales de instancias [de] mérito para seleccionar el material probatorio y dar preeminencia a unas pruebas respecto de otras, así como para apreciar la idoneidad de los testigos (``G.S. , 11/06/2008, La Ley Online AR/JUR/5157/2008).

Coincidimos con Claudio Belluscio en que cuando se judicializa una cuestión relativa a la unión convivencial, el juez o tribunal a cargo deberían verificar que se hayan cumplimentado las exigencias de los arts. 509 y 510 del CCyC, para tener por configurada esa unión convivencial (``Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Constitución y pactos de convivencia , Editorial: Errelus, junio 2015).

Por todo lo cual corresponde el rechazo del recurso articulado y la confirmación de la resolución apelada.

VI.- Las costas de la segunda instancia deberán ser soportadas por el apelante vencido (arts. 35 y 36 ap. I del CPC).

Por ello el Tribunal,

RESUELVE:

I) No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 121 en contra de la resolución recaída a fs.118/120 la que en consecuencia se confirma.

II) Imponer las costas de Alzada al apelante.

III) Regular honorarios profesionales al Dr. Alberto Lascano en la suma de pesos dos mil (\$ 2.000), Dra. Lilia Raía de Lascano en la [REDACTED]; Dres. Santiago Ruiz e Ignacio Bustos Vallone en la [REDACTED] a cada uno y Dra. Marta Rosales en la suma de [REDACTED] (arts. 3, 13, 15 y 31 ley 3641).

CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

Dra. Estela Inés Politino

Dra. Carla Zanichelli Dra. Alejandra M Orbelli
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara