

Suprema Corte:

–I–

La Sala A de la Cámara Federal de Rosario revocó la decisión del juez de primera instancia, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 del decreto 1602/09, ordenó a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) otorgarle a la señora Valeria Fernanda Tejera, en representación de su hijo menor con discapacidad, la prestación correspondiente a la Asignación Universal por Hijo para la Protección Social (AUH) y abonarle las prestaciones adeudadas desde mayo de 2010 (fs. 165/168).

La cámara entendió que la acción de amparo era inadmisibles puesto que fue iniciada una vez transcurrido el plazo de caducidad de quince días previsto en el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986.

Puntualizó que se arriba a esa conclusión tanto si se toma como punto de partida el momento en que se dejó de abonar la AUH —noviembre de 2009— o el rechazo del primer reclamo administrativo —junio de 2011—. Señaló que el hecho de que la actora hubiera presentado dos reclamos administrativos idénticos ante la misma autoridad, que además fueron respondidos en la misma forma, impedía que se tomara en cuenta la fecha del segundo reclamo, razón por la cual correspondía hacer mérito solo del primero y rechazar la acción de amparo.

–II–

Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso extraordinario (fs. 171/181), que fue concedido por la cuestión federal y rechazado por la arbitrariedad planteada (fs. 190/192 vta.).

La recurrente alega que existe cuestión federal ya que la sentencia apelada desatendió el derecho de acceso a la justicia y, en particular, a interponer una acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por un lado, cuestiona la interpretación que realizó el *a quo* del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986. Al respecto, argumenta que la conducta lesiva de la ANSES es de carácter continuado, por lo que la interposición de la acción no fue extemporánea.

Por otro lado, aduce que el tribunal otorgó preeminencia a una cuestión formal por sobre los derechos sociales del niño con discapacidad contemplados en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales de derechos humanos. En especial, esgrime que el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional ha sido desconocido por una interpretación del plazo de caducidad de excesivo rigor formal.

Por último, añade que la sentencia recurrida desconoció el orden de prelación normativa establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional puesto que privilegió la aplicación del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 en detrimento de la normativa con jerarquía constitucional que protege a la niñez y a las personas con discapacidad.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible.

En primer lugar, si bien la sentencia dictada en el marco de la acción de amparo no es de carácter definitivo, la Corte Suprema ha hecho excepción de esa doctrina cuando lo decidido produce un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos: 339:201, "Martínez" y sus citas). Esas circunstancias excepcionales acontecen en el caso puesto que, luego del tiempo que insumió la tramitación de la presente acción, la promoción de un nuevo reclamo a través de las vías ordinarias podría comprometer de modo irreparable la subsistencia de un niño con discapacidad.

En segundo lugar, los agravios de la apelante suscitan cuestión federal toda vez que controvierten la validez de la interpretación que efectuó el *a quo* respecto al artículo 2, inciso e, de la ley 16.986, objetándola como

violatoria de garantías reconocidas en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 329:5266, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti" y dictamen de la Procuración General de la Nación, CSJ 1255/2013 (49-A)/CS1, "Arregui, Diego M. c/ Estado Nacional - PFA y otros s/ daños y perjuicios", 27 de marzo de 2015).

-IV-

Ante todo, corresponde destacar que la presente acción de amparo fue iniciada por Valeria Fernanda Tejera, madre de J.N.T., contra la ANSES y el Estado Nacional a fin de obtener la prestación de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH) en los términos del decreto 1602/09.

No se encuentra aquí controvertido que el niño padece una seria discapacidad, que la madre se encuentra en una situación de precariedad laboral y que el sustento estable del que dispone el núcleo familiar proviene de la percepción de una pensión por discapacidad otorgada al niño en virtud de la ley provincial 10.205 (modificada por leyes 11.427, 11.698 y 13.248), que asciende actualmente a la suma de setecientos cincuenta pesos (\$750) (decreto 486/16) (fs.5).

En esas circunstancias, la señora Tejera petitionó a la ANSES la prestación de la AUH, que fue concedida por el término de un mes y discontinuada a fines del año 2009. El organismo previsional revocó la prestación pues entendió que, de conformidad con el artículo 9 del decreto 1602/09, existía una incompatibilidad entre la AUH y la pensión por discapacidad otorgada en los términos de la ley provincial. El 24 de junio de 2011, la señora Tejera presentó un reclamo administrativo, que fue rechazado el 27 de junio de ese año. El 9 de agosto presentó un nuevo reclamo, que también fue desestimado por el organismo previsional el 31 de agosto. Finalmente, el 7 de septiembre fue iniciada la presente acción de amparo. Como fue señalado, el juez de primera instancia hizo lugar al

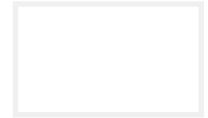
reclamo del amparista y esa decisión fue revocada por el *a quo*, quien consideró que el amparo fue deducido en forma extemporánea.

—V—

En estas circunstancias, entiendo que el tribunal apelado interpretó y aplicó el plazo previsto en el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986, soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, la Procuración General de la Nación en el caso “Etchart”, registrado en Fallos: 338:1092, dijo que “resulta conveniente recordar la doctrina del Tribunal en orden a que el requisito exigido por el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 no puede constituir un obstáculo insalvable cuando el actor no enjuicia un acto único de la autoridad sino una infracción continuada, extremo al que se suma la índole de los derechos que se dicen comprometidos”. Esa doctrina, desarrollada en el marco del reclamo de una prestación previsional periódica, fue compartida por la Corte Suprema (considerando 6º) y remite a la expuesta en el dictamen de la Procuración General registrado en Fallos: 307:2174, “Bonorino Perú”, y en los precedentes de la Corte Suprema de Fallos: 324:3074, “Tartaroglu de Neto”; 329:4918 “Mosqueda” y 335:44, “Koch”.

En el caso citado en último lugar, la Corte enfatizó que “el plazo establecido por el art. 2º, inciso e, de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando — como ha sido invocado y *prima facie* acreditado en el caso— se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, comprometen la salud, y la supervivencia misma de los reclamantes (cf. doctrina de Fallos: 324:3074 y el allí citado r. 68 XXXVI “Imbrogno, Ricardo el IOS s/ amparo” del 25



de septiembre de 2001)" (Fallos: 335:44, considerando 6°).

En el presente caso, la señora Tejera no controvierte un acto único, sino una omisión arbitraria e ilegal de carácter continuado. En efecto, la AUH ha sido instituida como una prestación dineraria periódica para el sostenimiento de las necesidades generales básicas de niñas y niños, cuyos padres se encuentren desempleados o se desempeñen en la economía informal (arts. 1 y 5, decreto 1602/09). La ANSES ha omitido otorgar la prestación social periódica reclamada y, de este modo, se ha configurado un estado de cosas potencialmente violatorio de derechos, que se inició con el primer rechazo de la ANSES y persiste en el tiempo.

Además, en el *sub lite* se encuentra en juego la protección de derechos sociales fundamentales de un niño con discapacidad que está en una situación de precariedad económica.

En particular, están comprometidos el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 *bis*, Constitución Nacional y art. 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el acceso a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el disfrute del más alto nivel posible de la salud (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

A ello cabe agregar la especial protección que los instrumentos internacionales y las leyes prevén a favor de los niños con discapacidad a fin de garantizar su acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional; arts. 6, 23, 24 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 8 y 26 de la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y

Adolescentes).

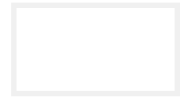
En este marco, la decisión apelada realizó una interpretación del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 que conduce a la frustración de derechos fundamentales y que soslaya la doctrina elaborada por la Corte Suprema a fin de garantizar que la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional sea una vía idónea y efectiva contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos y garantías.

Por lo tanto, entiendo que la acción de amparo fue interpuesta en tiempo oportuno puesto que a través de esa vía se impugna una arbitrariedad o ilegalidad de la ANSES, que es de carácter continuado y que impacta sobre derechos fundamentales de un niño con discapacidad en situación de vulnerabilidad social extrema.

–VI–

Dicho lo anterior, estimo que las particulares circunstancias del caso, la naturaleza de los derechos discutidos, y el tiempo transcurrido desde su inicio habilitan que, por razones de economía y celeridad procesal y de un buen servicio de justicia, esa Corte Suprema se expida sobre el fondo del asunto, con arreglo al artículo 16 de la ley 48 (CSJ 880/2012(48-C)/CS1, “Chiesa Humberto Juan c/ ANSES s/ retiro por invalidez (art. 49 P.4 LEY 24.241)”, sentencia del 30 de junio de 2015 y sus citas), de conformidad con lo peticionado por el Defensor General Adjunto de la Nación ante la Corte Suprema (fs. 198/201).

En el caso bajo examen la actora peticiona la AUH creada por el decreto 1602/09, que dispuso el pago de una asignación no contributiva destinada a los niños, niñas y adolescentes, que no tengan otra asignación familiar prevista por la ley 24.714 y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Esa prestación dineraria está destinada al sostenimiento de necesidades generales básicas de esos grupos



familiares que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica y social. Así se ha pretendido equiparar la situación de las familias amparadas por el régimen de asignaciones familiares de la ley 24.174 con las que no reciben una prestación similar.

La cuestión aquí debatida es el alcance y la constitucionalidad del citado artículo 9 y, en particular, determinar si esa norma impide brindar la AUH petitionada por la señora Tejera en representación de su hijo.

El artículo 9 del decreto 1602/09 dispone que "La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes Nros. 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias". El 15 de abril de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 593/2016, que prevé la derogación del artículo 9 del decreto 1602/09 a partir del dictado de un nuevo régimen de compatibilidades por parte de la ANSES (art. 13). No obstante, hasta el momento, no se ha establecido un nuevo régimen de compatibilidades en relación a las pensiones no contributivas por discapacidad de la provincia de Buenos Aires, por lo que el artículo 9 del decreto 1602/09 es aplicable al presente caso.

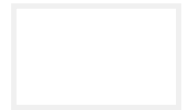
A mi modo de ver, la regla de incompatibilidad contemplada en el artículo 9 del decreto 1602/09 persigue un fin legítimo, esto es, evitar que se superpongan prestaciones que puedan brindar diferentes sistemas públicos, incluso de diferentes jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles. Sin embargo, y en función de esta finalidad, el alcance de la incompatibilidad para acceder a la AUH debe limitarse, como principio, a la percepción de otras

prestaciones contributivas o no contributivas, que tengan propósitos similares a la AUH, y cubran las mismas o análogas contingencias y necesidades, pero sin alcanzar a aquellas otras que responden a fines diversos y resguarden otros riesgos sociales.

Esta última circunstancia es la que se verifica en el presente caso, puesto que no existe identidad entre la AUH y la pensión provincial por discapacidad instituida a favor de la niñez. La prestación nacional y la local están dirigidas a satisfacer finalidades diferentes y, por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales.

En efecto, como señalé, la AUH forma parte del sistema de seguridad social y consiste en una prestación periódica dirigida al sostenimiento del ingreso de los grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Por su parte, las pensiones por discapacidad de la provincia de Buenos Aires tienen por objeto contribuir a solventar las prestaciones específicas vinculadas con la condición de discapacidad, incluyendo la cobertura médica del Instituto de Obra Médico Asistencial. De los fundamentos de la ley provincial 11.427, modificatoria de la ley 10.205, surge que el régimen de protección a los niños con discapacidad y sus familiares “está altamente justificada, dado que las características de estas afecciones además de generar gastos extraordinarios por los altos costos de su tratamiento, generalmente afectan el desarrollo de las actividades no solo de los menores que padecen la enfermedad sino también la de sus responsables que deben dedicar mayor tiempo al cuidado de estas personas”.

Además, el propio decreto 1602/09 reconoce que la AUH tiene una finalidad diversa a la de cubrir los gastos específicos que se derivan de la discapacidad. En efecto, este decreto ha instituido, junto con la modalidad genérica de la AUH, la Asignación Universal por Hijo con Discapacidad (cfr. art. 5). Esa asignación está dirigida a atender la situación de los niños o niñas con



discapacidad —incluso con posterioridad a los 18 años— para posibilitar que puedan afrontar las necesidades particulares referidas a su situación de discapacidad.

Si bien en el caso la accionante expresó que no desea solicitar esta asignación, a fin de mantener la pensión provincial que prevé, además, una cobertura médica (fs. 5), el hecho de que se haya previsto una AUH por discapacidad es un reconocimiento de que el piso mínimo de ingreso provisto por la AUH no alcanza para cubrir las prestaciones accesorias que requiere un niño con discapacidad. De hecho, esta asignación por discapacidad tiene un valor que casi triplica el de la prestación genérica (la prestación de la AUH asciende actualmente a \$966 y la AUH por discapacidad es de \$3150; cfr. anexo de la Resolución ANSES N° 32/2016).

En conclusión, la AUH apunta al sostenimiento de un ingreso básico de subsistencia, y la prestación local a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad, por lo que, a la luz de la interpretación expuesta del artículo 9 del decreto 1602/09, opino que son compatibles.

Finalmente, la inteligencia de la regla de incompatibilidad que propongo resulta la más adecuada para la realización de la finalidad tuitiva del decreto 1602/09, y se ajusta también al deber de juzgar con especial cautela las peticiones vinculadas con la seguridad social en tanto revisten carácter alimentario y su cometido es la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por los riesgos sociales de subsistencia (Fallos: 338:613, "Ortega", considerando 4° y 338:1092, "Etchart"). Cabe ponderar, que aun percibiendo el monto total que surge de adicionar la pensión provincial con la AUH genérica, el núcleo familiar se encontraría por debajo de la línea de indigencia, de acuerdo a las últimas cifras publicadas por el INDEC (cfr. Informe "Valorización mensual de la Canasta Básica Alimentaria y de la Canasta Básica Total - Gran Buenos Aires Abril a Agosto de 2016", 22 de septiembre de 2016).

Por lo tanto, concluyo que la percepción de la AUH en su modalidad genérica no resulta incompatible con la pensión provincial instituida a favor de los niños con discapacidad y debe otorgársele a J.N.T.


-VII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde admitir el recurso, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda.

Buenos Aires, 3 de febrero de 2017.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación