

Administración Nacional de la Seguridad Social

RESOLUCION 671/2008

Bs. As., 19/8/2008

Fecha de Publicación: B.O. 27/08/2008.

VISTO el expediente N° 024-99-81147375-4-790 del Registro de la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), el artículo 53 de la Ley N° 24.241 y el Decreto N° 1290 del 29 de julio de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 53 de la Ley N° 24.241, determinó en su parte pertinente que: “En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: ...c) La conviviente; d) El conviviente... En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatos anteriores al fallecimiento... El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.”.

Que a su vez, la reglamentación del artículo 53 aprobada por el Decreto N° 1290/94, estableció 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 ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL o mediante información sumaria judicial, con intervención necesariamente de aquella y demás terceros interesados cuya existencia se conociere...”.

Que sentado lo expuesto, corresponde determinar si a la luz de la legislación mencionada en los considerandos precedentes, le cabe la pensión a los convivientes del mismo sexo.

Que en esta materia, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de La Plata, se expidió a través del fallo de fecha 9 de marzo de 2005 en la causa “Y.E.A. c. Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires” reconociendo el derecho a pensión de un conviviente del mismo sexo que el causante, dejando sin efecto las resoluciones administrativas por las cuales se había denegado la petición de pensión, ordenando a la Caja de Previsión para que se lo incluya como beneficiario del derecho a pensión por viudez.

Que en el Fuero Civil, la jurisprudencia también entendió que las uniones de hecho comprendían tanto a las uniones heterosexuales como a las uniones homosexuales. En efecto,

se dijo que la unión de hecho es la unidad de convivencia alternativa al matrimonio, dentro de lo que se puede distinguir la unión heterosexual y la homosexual, teniendo ambas como caracteres comunes la estabilidad, la publicidad, la comunidad de vida o cohabitación y la singularidad (Civil y Comercial. San Isidro. Sala I, 8/6/1999, "D., J. A c V. V.E y otro", LLBA, 1999-1071, en E.D, 184-555).

Que el Juzgado Civil y Comercial y Minas N° 10 de Mendoza, en el fallo dictado con fecha 20 de octubre de 1998 en la causa "A. A. s/información sumaria", entendió que "no hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los homosexuales, ya que cualquier diferenciación originada en la igualdad de sexo de los convivientes significaría una discriminación prohibida respecto de la misma caracterización otorgada a compañeros de parejas heterosexuales, toda vez que la ley de obras sociales no ha pensado otorgar el beneficio a convivientes por razón de los hijos, sino por la clara abstracción de la existencia de éstos..." (J. A. 1999-II-646 y en D.E., 180-246).

Que la reforma constitucional del año 1994, ha incorporado tratados internacionales a sus disposiciones, otorgándole jerarquía constitucional, generando la modificación de muchas normas de orden interno, dado que éstas deben ser compatibles con los principios consagrados en dichos documentos internacionales.

Que sobre la base del principio de la no discriminación en razón de la orientación sexual en el reconocimiento de los derechos, lo cual lleva a que se deba prestar particular atención en la aplicación de las normas internas que importen, literalmente, una inadmisble discriminación en razón de dicha orientación sexual.

Que en ese contexto, en la República Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, y dada la jerarquía constitucional de los tratados internacionales enumerados en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna, en especial, el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos

y Deberes del Hombre, los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el artículo 2º, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 2º, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige replantear en el ámbito de esta Administración Nacional, el criterio adoptado hasta la fecha para determinar quiénes son los causahabientes con derecho a pensión y, en particular, interpretar las normas vigentes acorde con esa igualdad de trato para el otorgamiento de derechos humanos fundamentales, como son los derivados de la Seguridad Social.

Que al respecto, el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, emitió Dictamen haciendo notar que no existiría óbice en considerar la mencionada convivencia incluida en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241 para establecer el derecho a pensión por fallecimiento.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por los artículos 36 y 167 de la Ley N° 24.241.

Por ello,

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
RESUELVE:

Artículo 1º — Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos 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.

A tal efecto, la convivencia mencionada se acreditará según los medios probatorios que es establece el Decreto N° 1290/94 para los casos en que el causante se encontrare a su deceso comprendido en dicho régimen.

Art. 2° — Facúltese a la Gerencia Normatización de Prestaciones y Servicios para dictar la normas complementarias que fueren menester a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente resolución.

Art. 3° — Regístrese, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Amado Boudou