

## Medida Autosatisfactiva Licencia Por Maternidad Empleo Publico Matrimonio Igualitario Igualdad Ante La Ley Discriminacion Madre No Gestante

### JURISPRUDENCIA

Medida autosatisfactiva. Licencia por maternidad. Empleo público.

Matrimonio igualitario. Igualdad ante la ley. Discriminación. Madre no gestante

Se hace lugar a la medida autosatisfactiva iniciada por la actora, y se ordena a la demandada que le otorgue la licencia por maternidad solicitada por el plazo de setenta (70) días, en su carácter de madre no gestante. En el presente caso, la actora había contraído matrimonio con una persona de su mismo sexo y esperaban un hijo. El tribunal explicó que el rechazo a la solicitud de licencia por maternidad de la actora, fundado en la ausencia de regulación, se presenta como una respuesta arbitraria que implica el desplazamiento de los derechos de quienes integran la categoría de "madre no gestante" que resulta prima facie discriminatorio y, por ende, inconstitucional. La Plata, 27 de junio de 2019.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 28498/2019/CA1, caratulado: "P., Y. B. c/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (INSSJP - PAMI) s/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA?", proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de esta ciudad.-

Y CONSIDERANDO QUE:

I. Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs.74/77, contra la resolución del juez de primera instancia, que hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada por Y. B. P. y en consecuencia ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), conceder setenta (70) días de licencia por maternidad, con goce de haberes. Asimismo impuso las costas del proceso en el orden causado (art. 68, 2° párrafo del CPCCN).

II. Los agravios de la recurrente INSSJP- PAMI, se refieren a las siguientes cuestiones: que lo resuelto por el a quo le causa un gravamen irreparable, en cuanto se ha hecho caso omiso al planteo efectuado sobre la inaplicabilidad subjetiva de la normativa invocada; en cuanto concede una asignación por maternidad sin respaldo legal que la habilite; ante la falta de citación como tercero necesario de Anses y ante la falta de contemplación del perjuicio que se le ocasiona al INSSJP obligarla a un pago no previsto, señalando que la Obra Social se encuentra en Emergencia Sanitaria Nacional.

III. Las presentes actuaciones se iniciaron contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), en su carácter de empleador de Y. B. P., a fin de que se le otorgue una licencia por maternidad con goce íntegro de haberes por un total que 100 (cien) días, prevista para el personal femenino en el art.60 del Convenio Colectivo de Trabajo para los trabajadores del INSSJP N° 697/05 "E?".

Relató que junto con su cónyuge, M. V. L., empleada también del PAMI, con quien contrajo matrimonio el 30/11/2018, decidieron formar una familia, por lo que acudieron al Centro Privado de Medicina Genética Reproductiva de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en donde se sometieron a prácticas de alta complejidad FIV con gametos donados, logrando el embarazo, con fecha probable de parto 27/05/2019.

Señaló que presentó ante las autoridades de la UGL VII de la Plata el 27/03/2019 una solicitud de aclaración de licencia por maternidad, en trámite bajo el expediente N° 0360-2019-0002669-9, el que fue elevado a la Secretaría General Técnico Operativa -Gerencia Operativa y Coordinación de UGL ZONA I, sin haber obtenido respuesta, por lo cual ante el silencio de la administración y la proximidad del nacimiento de su hijo/a, inició el presente reclamo.

IV. En primer lugar, corresponde analizar el planteo de la demandada respecto de la alegada ausencia de conformación del "caso" que habilite el ejercicio de la competencia en lo contencioso administrativo, dado que, según expresa no existe a la fecha decisión -contenida en un acto administrativo- de la autoridad demandada que resuelva la petición de otorgamiento de la licencia por maternidad.

Sin embargo, entiendo que en el supuesto de autos existe una petición clara y expresa de la accionante por la cual solicitó el otorgamiento de la licencia por maternidad, ello el día 27-03-2019, hecho que no se encuentra controvertido en modo alguno. Así también observo que la demandada no la ha resuelto en debido tiempo y forma, según las circunstancias que la premura del caso requiere; de modo que la propia inactividad formal de la administración demandada no puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a la justicia. Admitir esta postura sostenida por la demandada, implicaría confrontar directamente con normas de jerarquía constitucional (arts. 8 y 25 de la C.A.D.H.; y 24 de la D.A.D.H).

La urgencia está configurada por la fecha probable de parto -27/05/2019-, por lo que tampoco es posible supeditar la procedencia de la acción judicial a las vías ordinarias del ordenamiento procesal administrativo, pretendiendo el agotamiento de la vía, dado que en tal supuesto la decisión judicial sería tardía.

Es que, como reiteradamente se ha expresado, atañe a los jueces encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si la litigante tuviese que aguardar la decisión de la demandada o, peor aún, al agotamiento de la vía administrativa y, en ese lapso, quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (doctr. CSJN Fallos: 324:122 y 327:2413, por remisión al dictamen del Procurador General) [...]

(SCBA causa B.74.696 "Fiscal de Estado contra Juzgado de Faltas N° 2 de Defensa del Consumidor en autos: 'Barletta Valeria

Gisela sobre Denuncia contra IOMA', arts. 161 inc. 2; 196 Const. Prov?, Sent. del 28-XI-2018). A ello debo agregar que la pretensión autosatisfactiva consiste en un requerimiento urgente formulado ante el órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, resultando innecesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento (Conf. Gallegos Fedriani, Pablo, 'Las medidas cautelares contra la administración pública?', Ed. Ábaco, 2002, pág. 136). Respecto de las mismas se ha señalado que exigen la concurrencia de una 'fuerte probabilidad de que le asista razón al ocurrente?' y la 'urgencia?' en que sea atendido su pedido so riesgo de sufrir un 'daño inminente e irreparable?' (Conf. Vargas, Abraham Luis, 'Teoría General de los Procesos Urgentes?', en Peyrano, Jorge W., Medida autosatisfactiva, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, pág. 154. En atención a esas circunstancias, entiendo que no merece reparo alguno -desde la óptica procesal- la vía judicial impetrada por la accionante.

V. La Constitución Nacional consagra la garantía de igualdad ante la ley en su artículo 16, derecho que se encuentra además reconocido en los instrumentos internacionales receptados en el artículo 75, inciso 22, que gozan de igual jerarquía. Así, dicho principio se estatuye en el art. II la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los arts. 2.1 y 2.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 2 a 7 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los arts. 2, 3 y 5 a 16 de Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer y el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en reciente jurisprudencia que 'En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen. Así, el Máximo Tribunal de la Nación ha ido avanzado más allá del análisis generalmente utilizado para evaluar los casos de afectación al principio de igualdad y ha postulado un criterio más riguroso para determinar la justificación de distinciones entre las personas o grupos de personas. En tal sentido, ha indicado que 'cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías 'específicamente prohibidas' o 'sospechosas' corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos 327:3677, 322:433, considerando 6 y sus citas)' (CSJN in re 'Castillo, Carina Viviana y Otros c/Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/amparo', sentencia del 12 de diciembre de 2017). En lo que atañe a la consagración del principio de igualdad en el ámbito local, cabe destacar que la Constitución estipula que 'Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo?'. Asimismo, dado que el litigio planteado en autos involucra el estudio de la igualdad y su proyección frente a la llegada de un hijo/a, de especial relevancia, en cuanto al marco constitucional, es tener en cuenta que el artículo 10 de la Carta Magna local prevé que 'los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos?'. Finalmente, corresponde poner de relieve que dado que las coactoras constituyen un matrimonio integrado por personas del mismo sexo resultan plenamente aplicables las disposiciones de la Ley de Matrimonio Igualitario (26.618), norma que en conjunción con las disposiciones del Título V -Filiación- del Código Civil y Comercial de la Nación, impide efectuar distinciones basadas en tal condición y llevan a concluir que Y. B. P. resulta madre del hijo/a que su cónyuge M. V. L. se encuentra gestando (cf. arts. 402, 558, 562, 566 del CCyCN). Dicha afirmación se encuentra someramente acreditada mediante las constancias documentales aportadas con el escrito de inicio, de las que se desprende la existencia del matrimonio, el embarazo de la cónyuge M. V. L. y la manifestación de voluntad procreacional de Y. B. P..

VI. Lo que hace al punto de controversia en el caso, es el silencio o negativa del empleador a que la actora en su carácter de madre no gestante goce de una licencia por maternidad frente a la llegada de su hijo/a. Si bien la actora invoca como fundamento de su petición la licencia prevista por el artículo 60 del Convenio Colectivo de Trabajo para los trabajadores del INSSJP N° 697/05 'E?', el que establece que 'Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los treinta (30) días anteriores al nacimiento y hasta setenta (70) días corridos después del mismo. En el nacimiento pretérmino, se acumulará al descanso posterior, todo el lapso de licencia que no se hubiese gozado antes del nacimiento, de modo de completar los cien (100) días. La trabajadora agente deberá comunicar fehacientemente su embarazo con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto o requerir su comprobación por el empleador. Asimismo, conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confiere los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la

retribución que le corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas? VII. Es evidente, que el régimen jurídico aplicable no se encuentra actualizado conforme a los derechos emergentes de la nueva legislación de identidad de género (Ley 26.743), de matrimonio igualitario (Ley 26.618), de la diversidad familiar y de las técnicas de reproducción humana asistida (arts. 401 y sgtes., 509 y sgtes.; y 558 y siguientes del CCyCN); por lo que resultará necesario compatibilizar el régimen local a los estándares de protección que dimanen de las normas de la más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. El modelo de familia patriarcal que refleja la ley 10.430, donde el rol de la mujer estaba destinado al cuidado y crianza de los hijos, mientras que el varón debía trabajar para proveer los alimentos, queda en evidencia al otorgar tan disímiles días de licencia a uno y otro caso. Es imperioso en este sentido que la legislatura local avance en el dictado de una normativa que contemple esta nueva realidad de conformación familiar y de parentesco de un modo inequívoco, con la finalidad de evitar la reiteración de conflictos de esta naturaleza. Otros ordenamientos han avanzado, en mayor o menor medida, hacia la regulación de estas nuevas realidades familiares (vgr. Convenio Colectivo General de Trabajo para el Poder Judicial Res. Pres. 1259/CM/15; y S.C.B.A., Ac. 3.874/17, entre otros); en donde se observa una ampliación de los días de otorgamiento de licencias por nacimiento al progenitor no gestante, sin llegar, no obstante, a igualar la duración de dichas licencias. VIII. Frente a ello, entiendo que el vacío legislativo en la materia y la falta de una oportuna respuesta de la demandada a la petición de la actora, no pueden constituirse como un impedimento al derecho pretendido en autos. Los jueces se encuentran obligados a resolver las contiendas que las partes plantean en los procesos bajo su jurisdicción, debiendo principalmente armonizar e integrar las normas con el resto del ordenamiento jurídico, con la finalidad de obtener una decisión justa y fundada (arts. 2 y 3 del CCyCN). Debemos recordar que estamos en presencia de un caso que no sólo involucra derechos laborales o de la seguridad social, sino también aparecen incluidos los derechos del niño o niña por nacer, que como "interés superior" conduce a una mirada favorable a la pretensión bajo juzgamiento. IX. En función de ello, entiendo que la solución al caso viene dada no sólo por tratarse de "personal femenino" -tal como lo expresa la primera parte del art. 60 citado-, sino que también, por vía analógica, la situación puede ser cubierta por las normas que otorgan licencia en caso de adopción. En uno u otro supuesto la normativa aplicable contiene la misma solución, circunstancia que echa por tierra el argumento referido a que la legislación aplicable sólo otorga protección al personal gestante o al acto de gestación. Así, ante la ausencia de una regulación expresa para el otorgamiento de la licencia por co-maternidad, y ante la obligación de los magistrados de expedirse, aun ante las lagunas de la ley, corresponde evaluar la solución del caso de conformidad con situaciones semejantes, o en su defecto acudir a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso (conf. art. 171 de la Constitución Provincial, ver: Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, 1970, T.I, pág. 266 y sgtes., y Linares, J.F.: Caso Administrativo no Previsto, Ed. Astrea, Buenos Aires 1976, págs. 65 y sgtes.). La equiparación de la situación planteada en autos con la de la adopción, encuentra sustento en las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que el art. 558 establece la igualdad de efectos para la filiación, sin distinguir los diferentes supuestos (por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida o por adopción), a la par que el art. 562, establece la voluntad procreacional como fuente de filiación, independientemente de quien haya aportado los gametos. Es que en el abanico de licencias que se encuentran prevista, la adopción es la única que contempla la protección del niño por parte de quienes no son gestantes, situación en la que se encuentra la accionante y que -al mismo tiempo- coincide con la que se otorga a la persona gestante. De tal modo, la razonabilidad de la decisión también se observa desde el análisis consecuencialista que los jueces están llamados a realizar (conf. doctrina de fallos 302:1284; 307:1018 y 320:1962); teniendo presente para ello que ninguna decisión jurídica debe renunciar al compromiso de organizar la sociedad y el buen vivir de los ciudadanos, a cuyo fin, se debe efectuar un juicio práctico y sistemático, en el sentido de apreciar al Derecho como ciencia de la solución de problemas (conf. Lorenzetti, Ricardo L., "El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores", LL 1998-A, 1039). X. Por otra parte, es dable destacar la obligación de progresividad, de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento, a partir de la constitucionalización del PIDESC y de la CADH. Tanto el art. 2 del Pacto como el art. 26 de la Convención, disponen que los Estados parte, se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales. "La responsabilidad primordial de cada país es constituir un proceso integral y continuo..." (art. 33 de la Carta de la Organización de Estados Americanos). De allí la obligación de progresividad, consistente en mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales, calificado por la Corte Federal como el "principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular" (CSJN, Fallos 327:3753, "Aquino"). Resulta evidente que si el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogar los ya existentes. De manera que se configura el deber de adoptar aquellas medidas legislativas que acompañen la evolución de los derechos reconocidos en el ámbito nacional (Leyes 26.743 y 26.618, ya citadas).- XI. El rechazo a la solicitud de licencia por maternidad de la actora, fundado en la ausencia de regulación -cuando el artículo 60 la prevé,

sin perjuicio de que sólo la otorga a la persona gestante- se presenta como una respuesta arbitraria que implica el desplazamiento de los derechos de quienes integran la categoría de ?madre no gestante? que resulta prima facie discriminatorio y, por ende, inconstitucional. En función de ello y acreditada la urgencia debido a la fecha probable de parto, corresponde confirmar lo resuelto por el a quo a fs. 60/65 haciendo lugar a la medida autosatisfactiva que reconozca el derecho de la actora a la obtención de una licencia por maternidad por el plazo de setenta (70) días. Por ello SE RESUELVE: Confirmar la resolución de fs.60/65 en los términos precedentemente expuestos, con costas en el orden causado (art.68, 2° párrafo CPCCN). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fecha de firma: 27/06/2019 Firmado por: JULIO VICTOR REBOREDO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA Correlaciones: Ley 26.618

Nota al fallo por Saralegui, Natalia: ?Principio de igualdad y no discriminación. El derecho de licencia por comaternidad a la madre no gestante? - ERREIUS - Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio - febrero/2019 - Cita digital IUSDC286387A

E., B. A. y otros c/GCBA s/amparo - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 1 - 29/03/2019 - Cita digital IUSJU042198E M. M. C.  
C/GCBA S/AMPARO - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 15 - 08/08/2018 - Cita digital IUSJU030526E

042581E