

Datos del Expediente

Carátula: DIAZ RECK M C/ A.R.B.A S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.

Fecha inicio: 23/11/2018 **Nº de Receptoría:** LP - 77859 - 2018 **Nº de Expediente:** 50832

Estado: En Letra

REFERENCIAS

Folio FOLIO

Honorarios - Incluye Regulación? SI

Número de Registro NÚMERO DE REGISTRO

Sentido de la Sentencia: Hace lugar

27/12/2018 - SENTENCIA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

50832-"DIAZ RECK M C/ A.R.B.A S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA."

La Plata, 27 de diciembre de 2018.-

AUTOS Y VISTOS: Estos autos caratulados: “**DIAZ RECK, M C/ ARBA S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**”, causa Nº 50.832, en trámite por ante este Juzgado en lo Contencioso Administrativo Nº 1 de La Plata, de los que:-

RESULTA:-

1. En autos se presenta la Srta. **M Díaz Reck**, con patrocinio letrado de la Dra. María Luz Santos Morón, y solicita –en su condición de madre no gestante- el dictado de una medida autosatisfactiva contra la Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires, con el objeto de obtener el otorgamiento de la licencia por maternidad con goce íntegro de haberes, por un total de noventa (90) días, conforme lo establece el art. 43 de la Ley 10.430, para el personal femenino, a fin de garantizar su derecho a la igualdad, a la no discriminación y el interés superior del niño.-

Explica que habiendo celebrado una unión convivencial con una persona del mismo sexo, y luego de distintos tratamientos de fertilización *in vitro* (técnica ICSI) realizados alternativamente entre ellas, su pareja quedó embarazada, con fecha de parto presunta para el día 16 de enero de 2019.-

Alega que el día 7-VIII-2018 presentó ante su empleadora -ARBA- un formal pedido de licencia por maternidad, que tramita bajo el Exped. Nº 22.70020163/2018. Que no obstante el tiempo transcurrido, afirma que aún no ha obtenido respuesta definitiva, sin perjuicio de haber tomado conocimiento del dictamen de la Dirección de Asuntos Laborales donde se aconseja “el otorgamiento de licencia por paternidad” -de 3 días- según el régimen de la Ley 10.430 y no la correspondiente al personal femenino que es de 90 días. Por ello, sostiene la existencia de un acto discriminatorio contra su condición de madre.-

Afirma que el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce la diversidad familiar y los principios de no discriminación e interés superior del niño.-

Manifiesta que el artículo 43 de la Ley 10.430, que establece la licencia por maternidad, no realiza distinción alguna entre gestante y no gestante, dado que sólo menciona al personal femenino, por lo que sostiene que una interpretación restrictiva de la licencia por maternidad – reconociéndosela sólo a madres gestantes- entra en contradicción con el ordenamiento jurídico que reconoce la identidad de género, el matrimonio igualitario y la diversidad familiar como derechos. Asimismo, sostiene que igual solución (licencia por 90 días) reglamenta el art. 47 de la ley para el caso de la adopción.-

Cita jurisprudencia favorable a su pretensión, ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda, ordenando el otorgamiento de la licencia por maternidad en los términos peticionados.-

2. Se dio curso a la pretensión por la vía del juicio sumarísimo (arts. 321 y 498 del CPCC) ordenando conferir traslado a la demandada de la presentación efectuada en autos y la documental acompañada, por el término de cinco (5) días.-

3. Por presentación electrónica del día 12-XII-2018, se presenta el Dr. Fermín Martiarena, apoderado de la Fiscalía de Estado y contesta demanda, solicitando el rechazo de la acción incoada en todos sus términos.-

En primer lugar, afirma que la demanda deducida deviene improcedente, dado que resulta prematura y superpuesta con una vía administrativa pendiente de resolución, la que no se encuentra agotada, pero que, además, denota la inexistencia de la configuración del “caso” requerido para la apertura de la competencia contencioso administrativa.-

Respecto del fondo de la cuestión planteada, alega que la administración debe sujetar su accionar al principio de legalidad, encontrándose impedida de adoptar decisiones ajenas al marco jurídico vigente. Sostiene que no desconocen los principios, derechos y garantías que surgen del nuevo plexo jurídico que reconoce la identidad de género, el matrimonio igualitario y la diversidad familiar, pero que para evitar soluciones injustas la interpretación de las normas jurídicas debe realizarse de modo de no contemplar la literalidad de la norma, es decir con abstracción de las nociones de masculino y femenino.

De este modo, entiende que el art. 43 de la Ley 10.430 debe ser interpretado en el sentido de proteger a la persona gestante, dado que el bien jurídico tutelado es la gestación, sin importar el sexo o la conformación familiar.-

Finalmente, ofrece prueba, plantea la existencia de caso federal, y solicita el rechazo de la acción en todos sus términos.-

4. A fs. 39/47, se presentan como *amicus curiae* las Dras. Cecilia Lopes, Cecilia Aguirre y Jaqueline Denisse Petricca, en calidad de Coordinadora e Integrantes, respectivamente, del “Programa de Diversidad Familiar y Derecho de Familias” dependiente de la Secretaría de

Extensión Universitaria, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P, quienes aportan diferentes argumentos respecto de la procedencia de la acción incoada.-

5. Atento al estado de autos, se ordenó la emisión de oficio para la incorporación de la prueba instrumental (expediente administrativo), dada la petición expresa de las partes. Cumplido, se llaman autos para dictar sentencia, y-

CONSIDERANDO:-

1. 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 la representación fiscal, 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. También sostiene que no se encuentra agotada debidamente la vía administrativa, ni configurado el silencio administrativo que habilite la procedencia de la acción.-

1.1. 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 7-VIII-2018, 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). -

1.2. La urgencia está configurada por la fecha probable de parto -mediados del mes enero de 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, o bien la configuración del silencio administrativo, dado que en tal supuesto la decisión judicial sería tardía y muy alejada del modelo de una justicia “continua y efectiva” (art. 15 de la CPBA).-

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 administración 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).-

1.3. En atención a esas circunstancias, entiendo que no merece reparo alguno –desde la óptica procesal- la vía judicial impetrada por la accionante.

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). -

2 En cuanto al fondo de la cuestión planteada, corresponde recordar las normas que resultan de interés en la solución del pleito.-

La Ley 10.430, en su art. 43, dispone, en su parte pertinente, que: *“El personal femenino gozará de licencia por maternidad con goce íntegro de haberes. Previa presentación del correspondiente certificado médico, tendrá la agente derecho a una licencia total de NOVENTA (90) días, pudiendo comenzar ésta CUARENTA Y CINCO (45) días antes de la fecha probable de parto, este plazo no podrá ser inferior a TREINTA (30) días. El resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pretérmino se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiese gozado antes del parto, de modo de completar los NOVENTA (90) días...”*.-

Con idéntico plazo de licencia, en caso de adopción, el art. 47 establece: *“En caso de guarda o tenencia con fines de adopción debidamente acreditadas de un menor de siete años, el agente adoptante gozará de una licencia de NOVENTA (90) días corridos”*.-

En cambio, para el personal masculino, el art. 44, dispone: *“El personal masculino, por nacimiento de hijo gozará de una licencia de TRES (3) días”*.-

2.1. Es evidente, tal como lo sostienen la accionante y las *“amicus curiae”*, que el régimen jurídico local 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 dimanan 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 de C.A.B.A. 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.-

La representación fiscal también reconoce la insuficiencia de la legislación aplicable para abordar la solución al caso. En ese aspecto, sostiene que una interpretación literal del texto legal “el personal femenino”, podría conducir a situaciones injustas o que terminen consagrando un trato desigual respecto de otras conformaciones familiares. No obstante ello, concluye en que deberá desestimarse la demanda, dejando de este modo sin solución al pedido de licencia por maternidad efectuado oportunamente por la accionante.-

2.2. Frente a ello, entiendo que el vacío legislativo en la materia y la falta de una oportuna respuesta de la provincia demandada a la petición de la actora, no pueden constituirse como un impedimento al derecho pretendido en autos. Es que 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 (arts. 36 y 39 de la C.P.B.A.; y art. 3 de la C.D.N.).-

En este sentido, coincido con el criterio adoptado por los Magistrados del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A., en los precedentes judiciales invocados por la accionante, en tanto el vacío legislativo en la materia no puede perjudicar los derechos involucrados en este tipo de contiendas (J.C.T. N° 12, “*N, G.N c/GCBAs/Medida Autónoma*”, del 1-X-2018; y J.C.T. N° 15, “*M.M.C. c/GCBAs/amparo*”, del 08-VIII-2018).-

2.3. 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. 43 de la Ley 10.430-, 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 –licencia por 90 días-, circunstancia que echa por tierra el argumento referido a que la legislación aplicable sólo otorga protección al personal gestante o al acto de gestación.-

Y no puede pretenderse que se otorgue a la accionante una “licencia por paternidad”, como aconsejan los organismos preopinantes de la administración (fs. 62), puesto que no se trata en el caso de autos de una situación de esa naturaleza e implicaría forzar el texto normativo de un modo que no resulta razonable.

Así, ante la ausencia de una regulación expresa para el otorgamiento de la licencia por comaternidad, y ante la obligación de los magistrados de expedirse, aún 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 previstas en la ley 10.430, 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).-

2.4. 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).-

3. En función de ello, existiendo una alta probabilidad de que le asista razón a la accionante -dada la ausencia de previsión legal expresa- y acreditada la urgencia debido a la cercanía de la fecha probable de parto, corresponde hacer lugar a la medida autosatisfactiva que reconozca el derecho de la actora a la obtención de una licencia por maternidad por el plazo de noventa (90) días.-

4. Finalmente, corresponde señalar que resulta de toda necesidad una actividad rápida y diligente del Poder Legislativo para el mejor cumplimiento de las obligaciones referidas. Ello así, por cuanto la aplicación de las normas vigentes, que en modo alguno previeron la situación de la accionante, tal como fuera expuesto en la presente sentencia, podrían conducir a una diferenciación cuantitativa en el otorgamiento de licencias por nacimiento de hijos -según se trate de progenitor no gestante femenino o masculino, dado que en este último caso la norma establece sólo 3 días de licencia-, lo cual aparece como de dificultosa justificación.

Por ende, atento a las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado (conf. Fallos 328:1146, "*Verbitsky, Horacio*", sent. del 3-V-2005; 329:3089, "*Badaro I*", sent. del 8-VIII-2006; y 330:4866, "*Badaro II*", sent. del 26-XI-2007), corresponde poner en conocimiento de lo dispuesto en la presente sentencia a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, exhortándola para que arbitre las medidas que son de su resorte, conforme a lo antes expuesto. -

Por ello, de conformidad a los fundamentos expuestos y las normas citadas,-

RESUELVO:

1) Hacer lugar a la acción instaurada por **M Díaz Reck** contra la **Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires**, reconociendo el derecho de la actora a la licencia por maternidad por el plazo de noventa (90) días contados desde el nacimiento, con percepción íntegra de haberes.-

2) Imponer las costas a la demandada en su calidad de vencida (art. 51 del C.C.A. texto según Ley 14.437); y regular los honorarios de la Dra. **María Luz Santos Morón** (CUIT 27-32172464-2) en **TREINTA (30) IUS Ley 14.967**, ello con más el 10% de aporte previsional (arts. 44 de la Ley 14.967; y arts. 12 y 21 de la Ley 6.716).-

3) Exhortar a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires a dictar una normativa respecto del régimen de licencias para el sector público provincial, que contemple las diversas conformaciones familiares, a cuyo fin **librese oficio**.-

Regístrese. Notifíquese con carácter de urgente y habilitación de días.-

FRANCISCO JOSE TERRIER

Juez

Juz. Cont. Adm. N° 3

Dto. Jud. La Plata

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^