



2490

Ministerio Público de la Nación

EXPTE. 49.220/2015. "ETCHEVERRY, JUAN BAUTISTA Y OTROS
C/ EN S/ AMPARO LEY 16.986".

SALA CONT. ADM. FED. I.

Excma. Sala:

1. A fs. 120/122, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°7 rechazó la acción de amparo interpuesta contra el Poder Ejecutivo Nacional, tendiente a que se declarara la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del artículo 179 de la Ley N° 20.744 y se ordenara su reglamentación (fs. 1/8vta.). Dicho artículo prevé que "... [e]n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan".

En la sentencia se recordó que "...la acción de amparo es un proceso excepcional, sólo utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas que configuren, ante la ineficiencia de los procesos ordinarios, la existencia de un daño concreto y grave sólo eventualmente reparable por esa acción urgente y expedita" (fs. 121 vta.).

Por otra parte, se señaló que "... es doctrina del Máximo Tribunal que: 'En los juicios de amparo debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes...' (fs. 121 vta.). En ese marco, el pronunciamiento de primera instancia entendió que el perjuicio alegado no había sido probado y sostuvo, por remisión a lo dictaminado por la Fiscal Federal, que "... más allá de la falta de legitimación para obrar invocada por la accionada [...] el amparo deducido debe ser desestimado..." (fs. 117).

Argumentó que, dado que los actores señalaron que la omisión de reglamentar el artículo 179 de la Ley N° 20.744 se ha perpetuado durante más de cuarenta años, "... –en principio–, en el *sub lite* no se encuentran acreditadas las condiciones de urgencia necesarias para la procedencia de una acción como la de amparo que por su naturaleza resulta expedita y rápida" (fs. 118). Sostuvo que el "... tiempo transcurrido [...] permite arribar a la conclusión de que la pretensión no reviste la urgencia que requiere la vía del amparo, y en consecuencia el derecho que en su caso le asista puede ser satisfecho por otros medios sin que ello importe inferi[r] un perjuicio grave e irreparable" (fs. 118/vta.).

El tribunal de grado agregó que "...de las constancias obrantes en autos no surgiría que las partes hubieran requerido, que los gastos en concepto de sala maternal o guardería que se hubieran visto obligados a sufragar, les hubieran sido negados por las empresas para las cuales prestan servicios por la falta de reglamentación del artículo 179 de la LCT", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 *bis*, inciso f, de esa ley (fs. 118 vta.). Dicha norma incluye entre los beneficios sociales "[l]os reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones". Al respecto, la jueza recordó que "... para que proceda la acción se requiere que 'la inactividad produzca una lesión cierta sobre un derecho o garantía...'" (fs. 119).

2. Contra esa sentencia, los amparistas interpusieron recurso de apelación (fs. 124/128). En cuanto a la admisibilidad de la vía escogida, sostuvieron que "[n]o existe otro medio judicial más idóneo, toda vez que, de incoar una acción ordinaria, y teniendo en cuenta los plazos procesales a los que ésta se encontraría sujeta, la cuestión correría riesgo de tornarse abstracta, en razón de que al superar los hijos de los accionantes la edad de pre escolaridad, la eventual resolución carecería [de] utilidad" (fs. 125).



Ministerio Público de la Nación

Agregaron que “[l]a omisión es manifiestamente inconstitucional pues ya han transcurrido más de 40 años desde que se promulgó la Ley de Contrato de Trabajo y, a la par de ser contraria al art. 99, inc. 2º, CN, vulnera los derechos de los aquí actores” (fs. 125).

Asimismo, destacaron que “[e]l agravio de los actores personas humanas se centra, en concreto, en que ambos accionantes tienen, al momento, hijos pequeños que requieren de las guarderías que exige el artículo 179 de la ley recién aludida, y a las que no tienen acceso por la falta de reglamentación de la ley” (fs. 125/vta.).

Por otra parte, los actores sostuvieron que “... admitida la legitimación del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos –que no ha sido negada ni por la Sra. Fiscal ni la Sra. Jueza, aspecto que ha quedado firme y sobre el que no es posible volver– no puede luego rechazarse la acción argumentando que no probó haber reclamado y que le fuera negado el reintegro de los gastos en concepto de sala material y guardería de unos hijos que [...] por su naturaleza jurídica no puede tener” (fs. 125 vta./126).

Sin perjuicio de ello, manifestaron que “... es también inadmisibile que la *a quo* pretenda rechazar la demanda con base en el incumplimiento de una carga que los actores indudablemente no tenían” ya que en el caso “... no se discute si los actores reclamaron a las empresas en la[s] que prestan servicios los gastos en los que incurrieron en concepto de salas maternas o guarderías y si el reintegro les fue negado. Por el contrario, lo que está en debate es si el Poder Ejecutivo cumplió su obligación constitucional (art. 99, inc. 2º CN) y legal (art. 179, Ley Nº 20.744) de reglamentar la ley laboral en un aspecto fundamental para los derechos de las madres y/o padres de sus hijos” (fs. 126).

Precisaron que, “... por lo demás, tampoco puede ignorarse que los eventuales reintegros que, hipotéticamente, en el mejor de los casos, las empresas les podrían haber otorgado a las personas humanas aquí actoras, si se los hubiesen exigido, en modo alguno subsanan la inconstitucionalidad por omisión de reglamentar las leyes, en este caso, [e]l

artículo 179 de la Ley N° 20.744, en la que claramente ha incurrido el Poder Ejecutivo” (fs. 126/vta.).

Precisaron que “... aun de haberse reclamado los reintegros y éstos haberse otorgado –que, por cierto, no es el caso de ninguno de los actores–, la obligación que impone la ley es la de habilitar salas maternas y guarderías en los establecimientos de las empresas, permitiendo a los padres asistir al establecimiento laboral con sus hijos, extremo que en modo alguno se subsana o compensa con la hipotética devolución del importe abonado por una sala material o guardería que, por definición, no estará ubicada en el establecimiento del empleador” (fs. 126 vta., destacado en el original). Expresaron que “... no es lo mismo que los hijos vayan a una sala o guardería en el establecimiento laboral, a que concurren a otra ubicada fuera de las instalaciones; la ley, en claro rol tuitivo de los derechos de los trabajadores, reconoce lo primero” (fs. 126 vta.).

3. Al contestar el traslado del memorial de agravios (fs. 136/140 vta.), la demandada argumentó que el recurso no estaba adecuadamente fundamentado ya que los actores se habrían limitado a expresar su disconformidad con lo decidido, sin formular una crítica concreta y razonada.

Indicó que “... la recurrente ni siquiera cita dónde se habría materializado agravio constitucional alguno sin –tampoco– citar, sino genérica y ambiguamente, cláusula alguna de nuestra Constitución que habría sido vulnerada” (fs. 137).

Por otra parte, expresó que la parte actora “... intenta eludir su carga procesal de acreditar sus unilaterales afirmaciones carentes de toda probanza...” (fs. 138 vta.).

Asimismo, consideró que, tal como entendió el pronunciamiento de grado, la acción de amparo no resultaba admisible en el caso dado su acotado margen cognoscitivo.



Ministerio Público de la Nación

4. El recurso fue deducido dentro del plazo previsto en el artículo 15 de la Ley N° 16.986 (fs. 122 vta. y 128 vta.).

5. En primer lugar, respecto de la procedencia de la vía intentada, cabe señalar que lo que se encuentra en debate es la omisión por parte del Poder Ejecutivo Nacional de reglamentar el artículo 179 de la Ley N° 20.744, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional. Basta con comprobar la no reglamentación de la norma en cuestión para concluir que dicha omisión es manifiesta.

En ese contexto, considero que el argumento expuesto en la sentencia de grado en el sentido de que el tiempo transcurrido entre el dictado de la ley y la interposición de la acción —más de cuarenta años— impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría esta vía es inadmisibile y resulta contrario a la propia naturaleza del amparo por omisión. Ello así, puesto que en la medida en que lo constitucionalmente reprochable es una omisión inconstitucional, el transcurso del tiempo, lejos de tornar improcedente la acción, agrava la lesión constitucional.

Al soslayar esto, la sentencia apelada agregó un requisito para la procedencia del amparo —la urgencia— que, así definido, no ha sido previsto en la Constitución Nacional ni en la Ley N° 16.986. En efecto, la “urgencia” propia de la acción de amparo no se refiere a una supuesta carga en cabeza de los litigantes relativa al momento en el que debe ser interpuesta la acción, sino que se trata, en todo caso, de un mandato dirigido a los jueces respecto de la celeridad que deben imprimir al proceso.

A ello cabe agregar que el pronunciamiento recurrido se limitó a remitir el debate a la vía ordinaria, sin indicar cuál era el fundamento de tal decisión ni, en particular, qué extremos requerirían un mayor debate, cuya amplitud excedería el ámbito del amparo.

6. Sentado ello, corresponde señalar que, en autos, la legitimación activa de los amparistas no se halla controvertida. En este

sentido, la sentencia de grado, al analizar y desestimar el fondo del asunto, no desconoció la aptitud procesal de los actores para iniciar la acción y estos, al interponer el recurso de apelación, relataron que la legitimación activa había sido admitida por la jueza de grado, sin que la demandada formulara cuestionamiento alguno al respecto en la oportunidad de responder el traslado del memorial de agravios (v., entre otros, Fallos: 311:1181; 327:4295, 4317).

7. Para ingresar al fondo de la cuestión es oportuno recordar que las presentes actuaciones fueron iniciadas por Juan Bautista Etcheverry y Ximena Liggerini —ambos, de acuerdo con lo manifestado, contratados por empleadores que cuentan con más de mil trabajadores, y padres de un hijo de dos años y una hija de un año y seis meses, respectivamente (fs. 1 vta./2, 20/21 y 28/29)—, y la organización no gubernamental “Centro Latinoamericano de Derechos Humanos” —cuyo estatuto incluye entre sus fines el de “[p]romover la defensa integral de los derechos humanos de todas las personas” (fs. 16)—.

En su escrito inicial, los amparistas petitionaron que se “... conden[ara] al Estado Nacional-Poder Ejecutivo a reglamentar el art. 179 de la LCT...” ya que “[e]ste artículo no ha sido reglamentado por [aquel] hasta el día de hoy, configurando este supuesto una clara inconstitucionalidad por omisión” (fs. 1 vta.).

8. Tal como señalé al dictaminar en el caso “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ EN – Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16986” (Expte. 1.774/2015, dictamen del 9 de junio de 2016, cuyos argumentos fueron compartidos por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en su sentencia del 18 de agosto de 2016), la inconstitucionalidad por omisión ha sido objeto de tratamiento favorable por parte de la Corte Suprema en numerosas oportunidades.



Ministerio Público de la Nación

Entre otros casos, la Corte estableció los alcances del derecho de rectificación y respuesta consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos frente a la omisión del Poder Legislativo de reglamentario (Fallos: 315:1492); reglamentó la acción de hábeas data en el ámbito federal ante la inacción del Poder Ejecutivo (Fallos: 327:2767); dispuso medidas para revertir las omisiones legislativas y administrativas de la Nación, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires en la adopción, implementación y gestión de políticas públicas para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo (v., por todos, Fallos: 331:1622); e implementó un sistema para regular las acciones colectivas ante la omisión del legislador (Fallos: 332:111).

Dichos pronunciamientos tuvieron por objetivo preservar la integridad y la supremacía de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, a cuyo fin el Poder Judicial se encuentra facultado a tratar estas cuestiones, sin que ello importe desvirtuar el sistema de división de poderes y asumir funciones que le son ajenas. Ello es así dado que lo que se juzga, en el marco de un caso concreto y frente a un agravio constitucional entre partes legitimadas, es el incumplimiento de un mandato normativo explícito, cuya satisfacción los jueces han de exigir a los otros poderes, que ejercerán libremente su arbitrio en lo atinente a la oportunidad, mérito y conveniencia.

En este marco, la configuración de la omisión constitucional requiere comprobar, por un lado, que exista un mandato normativo expreso, exigible e incumplido, y; por el otro, que la omisión vulnere derechos o garantías, es decir que exista un "caso" en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

Respecto del primer extremo, cabe recordar que el artículo 179 de la Ley N° 20.744 dispone que "... [e]n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se

establezcan". A su vez, el artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional establece, al enumerar las atribuciones del Poder Ejecutivo, que "[e]l Presidente de la Nación [...] [e]xpide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...".

A pesar de ello, es un hecho público y reconocido por la demandada que, al día de hoy, el citado artículo 179 aún no ha sido reglamentado. En consecuencia, la omisión reglamentaria, manifiestamente ilegítima, se ha perpetuado desde la promulgación de la ley en 1974 (v. art. 195, segundo párr., del texto original) hasta el día de hoy.

Tal circunstancia ha importado, en la práctica, anular la operatividad del derecho legalmente consagrado, a pesar de que ese derecho protege un interés internacionalmente reconocido. En este sentido, el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "... los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños" (párr. 2) y que "... adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas" (párr. 3).

En sentido similar el artículo 11, párrafo segundo, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer —que también goza de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional— dispone que "[a] fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños...".



Ministerio Público de la Nación

Además de la omisión reglamentaria y manifiestamente ilegítima ya mencionada, en las presentes actuaciones está fuera de controversia que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías con las que, sin embargo, no cuentan en su lugar de trabajo, lo que configura un “caso” en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y torna admisible la acción intentada.

9. Tal como fue reseñado, el pronunciamiento de grado, al resolver rechazar la pretensión, tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 103 *bis*, inciso f, de la Ley N° 20.744 —referido a los reintegros de gastos de guardería y/o sala maternal cuando las empresas empleadoras no contaran con esas instalaciones—, sumado a la circunstancia de que los amparistas no acreditaron haber requerido los reintegros allí previstos y la negativa de sus empleadores de efectuar el pago.

Sin embargo, esa interpretación del tribunal *a quo* no sólo soslaya el alcance de la pretensión de los actores —vinculada con su derecho legalmente reconocido de contar con salas maternas y guarderías para sus hijos que estén ubicadas dentro del lugar en el que trabajan—, sino que importa prescindir de la fuerza normativa del artículo 179 de la Ley N° 20.744.

Una lectura armónica de dicha ley que preserve ambos preceptos conduce a sostener que el artículo 103 *bis*, inciso f, es aplicable a aquellos casos en los que los empleadores no tengan la obligación, de acuerdo con el artículo 179 y el decreto reglamentario inconstitucionalmente omitido, de contar con salas maternas y guarderías dentro del espacio de trabajo por no superar el número de trabajadores el mínimo que debiera establecerse reglamentariamente. De este modo, las conductas enunciadas en esos artículos no deben entenderse como alternativas, sino como prescripciones complementarias.

Lo contrario importaría sostener que el artículo 179 de la ley establece un deber cuya violación es legitimada por el artículo 103 *bis*, el

cual, al prever una conducta alternativa a la indicada como obligatoria por el artículo 179, privaría a este último de valor vinculante.

Cabe recordar que es doctrina de la Corte Suprema que las normas contenidas en las leyes "...deben ser interpretadas armónicamente, para evitar hacer prevalecer una sobre otra, con el propósito de resguardar el sentido que el legislador ha entendido asignarles" ("Vaggi, Orestes Juan c/ Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado TAMSE s/ cobro de pesos", V.600.XL., sentencia del 13 de mayo de 2008, del voto del juez Maqueda en el caso "D.N.R.P. c/ Vidal de Docampo Clara Aurora s/ ejecución fiscal, D.163.XXXVII, sentencia del 14 de febrero de 2006, al que la Corte remitió).

10. Para más, es oportuno señalar que el argumento expuesto por la demandada al presentar el informe del artículo 8° de la Ley N° 16.986 en el sentido de que en muchos "... Convenios Colectivos de Trabajo (CCT) [...] se encuentran contemplados los derechos que los [...] actores consideran conculcados" (fs. 80 vta.), lejos de constituir una defensa, precisamente comprueba la omisión inconstitucional denunciada.

En efecto, la demandada reconoce el derecho que los actores invocan, así como el hecho de que este no se encuentra satisfecho por la normativa general. Su afirmación según la cual determinados Convenios Colectivos de Trabajo remediarían esa circunstancia importa dejar sujeta a la voluntad negocial de las partes de dichos convenios la operatividad del derecho que confiere el artículo 179 de la Ley N° 20.744. Ello, en definitiva, condiciona el goce efectivo del derecho en cuestión al poder negocial de cada una de las partes en tales convenios y, por tal motivo, no garantiza directamente el ejercicio del derecho cuya tutela se persigue en autos.

11. Por lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por los actores, revocando la sentencia apelada y declarando la inconstitucionalidad de la omisión del Poder Ejecutivo



Ministerio Público de la Nación

Nacional al no reglamentar el artículo 179 de la Ley N° 20.744, ordenándole subsanar dicha omisión en el plazo que la Sala considere razonable.

En estos términos, dejo contestada la vista y solicito ser notificado de la resolución que se dicte.

Fiscalía, 19 de diciembre de 2016.-

RODRIGO CUESTA
Fiscal General
en lo Civil y Comercial Federal y en lo
Contencioso Administrativo Federal