



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 3
SENTENCIA DEFINITIVA
EXPEDIENTE NRO: 1992/2022
AUTOS: T., J. c/ PEN Y OTRO s/AMPAROS Y SUMARISIMOS

Buenos Aires,

VISTO Y CONSIDERANDO

I- Que llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación deducido por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Titular del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nro. 1 que dispuso hacer lugar a la demanda, condenando a ANSES al otorgamiento de la licencia por maternidad solicitada, ello a partir del 25/4/22.

Surge de las presentes actuaciones que la Sra. T. inicia la presente acción de amparo contra ANSES y el Poder Ejecutivo Nacional a fin de que se los condene "... al pago de la prestación por maternidad contemplada en el art. 177 de la ley 20744...". Señala que petitionó la prestación aludida al organismo previsional y que se le rechazó su pedido.

Relata la parte accionante que realizó junto a su marido diversos tratamientos médicos a fin de obtener su embarazo y que luego de no lograr concretar un proyecto familiar junto a su esposo, es que decidieron la concreción de su paternidad de manera subrogada, contratándose a dichos fines a una clínica con sede en Ucrania.

A partir del contrato habido con una institución del país citado, en paralelo a dicha decisión y en el momento correspondiente, procuró ante su empleador (CONICET) y ante ANSeS la concesión de la licencia por maternidad contenida en la norma mencionada supra. A raíz de la respuesta obtenida por el organismo previsional, es que la parte resuelve incoar la presente acción contra ANSeS para que le sea concedida la licencia y abonada la asignación.

Ante dicha petición, la Sra. Jueza dispuso mediante sentencia, hacer lugar a la demanda condenando al organismo previsional a otorgar la licencia por maternidad contenida en el art. 177 de la LCT a partir del 25/4/22, lo que es objeto de apelación por la demandada.

Entre sus agravios, la accionada esgrime que la vía del amparo no es idónea para este reclamo; que se ha condenado incorrectamente a su parte a otorgar una licencia por maternidad pese a no la ser la reclamante gestante; que la protección está destinada a atender la salud y recuperación de la madre antes y después del parto, ello en atención a que el art. 177 de la LCT habla de "descanso", por lo que se presume que se está contemplando a una gestante y no un caso como el presente. Agrega asimismo que no debe confundirse asignación por maternidad, con el goce de una licencia por maternidad que establece el art. 177 de la LCT, por cuanto ambos conceptos tienen distinto sustento. Así, vuelve a señalar, que la asignación es una suma de dinero igual a la remuneración de la empleada, en tanto que la licencia es un período en procura del desarrollo y protección de la familia que la trabajadora informa a su empleador. Por último, cuestiona la imposición de costas a su cargo y el monto de los honorarios estimados en favor de la representación letrada de la actora.

II- Como primera medida, ha de efectuarse un previo análisis de la vía elegida para peticionar. Dispone de manera expresa el art. 43 de la Constitución Nacional que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, 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 manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Asimismo, el art. 1 de la ley 16986, dispone que "La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus".





Poder Judicial de la Nación

Que conforme lo dispuesto por la normativa citada, la admisibilidad del amparo está determinada por la existencia de una lesión producida o a producirse. Dicha lesión está configurada por un acto u omisión de la autoridad pública o de un particular que habría actuado en forma ilegal y arbitraria. Mientras la ilegalidad se configura cuando el acto carece de todo sustento normativo, la arbitrariedad comprende no sólo este caso sino también aquellos en los que el proceder de la autoridad pública se manifiesta a través de la aplicación de normas practicadas con error inexcusable. Debe aclararse que dicha ilegalidad y arbitrariedad deben ser manifiestas, es decir que aquellas irregularidades deben aparecer ostensibles al examen jurídico más superficial. Al respecto, la ilegalidad y arbitrariedad se generan a través de conductas contrarias a derecho, que se enfrentan con las normas positivas (en el caso de la primera) o bien, para el caso de la arbitrariedad, como nota subjetiva caracterizada por el mero voluntarismo apuntado a la violación del derecho. El carácter manifiesto implica que debe advertirse sin asomo de duda que se encuentra frente a una situación claramente ilegal o resultante de una irrazonable voluntad del sujeto demandado. Se concluye del obrar de la administración que no se procederá al reconocimiento de la licencia y asignación derivada de la misma, correspondiendo analizar entonces si se presenta alguna característica de las contempladas en el art. 43 de la CN y 1 de la ley 16986.

III- Ahora bien, el art. 177 de la LCT prohíbe a la madre trabajar y dispone la conservación del empleo durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo o bien de treinta (30) días, acumulándose el resto al de descanso posterior al parto. También establece, en su segundo párrafo, que "... La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal". Ello remite a la asignación por maternidad contemplada en el art 11 de la ley 24714.

Así las cosas, corresponde resaltar que el otorgamiento de la licencia por maternidad sin dudas busca proteger la salud de la madre gestante, pero también tiene directa vinculación con la salud y el bienestar del niño, siendo vital su atención primaria en los primeros meses de vida. En tal sentido, la licencia por maternidad y la consecuente asignación familiar se constituyen instrumentos para garantizar la integración de la familia, el cuidado del niño y la vinculación afectiva con sus padres. Por tal razón, es que a los fines de resolver, debe contemplarse, necesariamente, el interés superior del niño, que se encuentra garantizado en la "Convención sobre los Derechos del Niño", revistiendo jerarquía constitucional dicho convenio en los términos del art 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, la carencia de una licencia específica para el caso de subrogación de vientre colisiona con las normas relativas a la filiación previstas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y también con la protección de los derechos del niño por nacer, que les garantiza un cuidado integral en sus primeros meses de vida, que no puede dejarse de lado en las condiciones existentes en estos actuados.

En tal sentido, el Código Civil y Comercial incorpora la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la cual surte los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código (Art. 558 CCyCN). A tales fines, se prevé que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, cuestión que surge prima facie de la prueba aportada por la actora y que no ha sido cuestionada. Por lo tanto, habiendo voluntad procreacional, el Código establece que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. Sin embargo, esta inscripción aún no ha ocurrido, lo que plantea un vacío legal respecto del tema en tratamiento, esto es el otorgamiento de la licencia por maternidad, por lo que de no resolverse la cuestión, tornaría ilusorio el derecho tutelado.

La licencia por maternidad encuentra su fundamento en las razones arriba indicadas y una vez otorgada la trabajadora, gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de la seguridad social, garantizando a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal y, asimismo, otorgar a la madre la posibilidad de atender con mayor dedicación a su hijo durante los primeros meses de vida, protegiendo la institución familiar. Por ello, el reconocimiento expreso del empleador del estado de embarazo, adopción o subrogancia es necesario. En el caso particular no debe dejar de





Poder Judicial de la Nación

considerarse la respuesta brindada por su empleador a la reclamante, cuestión que se abordará más adelante.

Esta “protección”, conformada por las asignaciones prenatal, por maternidad y por hijo responde al mandato del art. 75, inc. 23, de la CN cuando establece que corresponde al Congreso “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. También atiende a lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. El objetivo del instituto es proteger a la mujer trabajadora frente a una contingencia tal como el embarazo y/o el posterior nacimiento de un hijo. Hay momentos trascendentes en la vida, en el que la pausa en la actividad resulta absolutamente necesaria para hacerse cargo de circunstancias especiales de índole familiar, como lo es el nacimiento de un hijo, no debiéndose distinguir si la madre es la gestante o no. Así las cosas, el objeto de la licencia es la eliminación de la obligación de prestar servicio en el tiempo inmediatamente anterior y posterior al nacimiento, a fin de que se pueda otorgar al niño los primeros cuidados necesarios, siendo importante entonces la atención de la familia y de la madre, como así también del hijo en forma particular. Para el caso de una situación que difiera de la presente en algún aspecto, pero no en todos, la Convención sobre los Derechos del niño, en su art. 21, establece que “...Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”.

Es importante no perder de vista que, sin perjuicio de las imprecisiones volcadas en el escrito de inicio, lo pretendido es el otorgamiento de las prestaciones por maternidad, que lleva ínsito el otorgamiento de la licencia con el consecuente pago de la asignación correspondiente, prevista en el art. 11 de la ley 24714.

Debe señalarse que se soslayó en la sentencia de grado la objeción de la demandada respecto de la procedencia del reconocimiento de la licencia por parte del empleador. En cuanto a ello, surge de las constancias de autos que la parte accionante habría efectuado una consulta a su empleador (CONICET), con fecha 11/11/21 para saber, atento a su situación relacionada con la subrogación de vientre en Ucrania, si tenía derecho a solicitar licencia por maternidad y cuáles serían los pasos a seguir. Ante la misma, dicha institución le habría manifestado, de acuerdo con las copias adjuntadas de los mails intercambiados, que debería trasladar su inquietud a la ANSES, completando el formulario pertinente PS2.55 DDJJ Novedades Unificadas, procediendo el empleador a indicarle expresamente la forma de completar dicho formulario. Fue entonces que la accionante requirió a ANSES información sobre si podía reclamar la asignación por maternidad y los pasos a seguir (mail enviado el 29/11/21, respondido el 30/11/21). Importante resulta destacar que toda la documental agregada con la demanda no ha sido desconocida por la accionada en su presentación del informe respectivo.

Del trámite llevado a cabo ante su empleador y ante el organismo previsional, surge que el primero no ha desconocido ni negado el otorgamiento de la licencia, supeditándolo, de acuerdo con lo que se entiende de su contestación, a la consulta a efectuarse a ANSES. En tal sentido, el accionar del empleador importa una forma de encausar el requerimiento hacia su reconocimiento, ello en la medida que no hubo un rechazo a la licencia solicitada, por lo que el derecho se frustra ante la respuesta del ente administrador de la seguridad social.

Un análisis contrario conlleva un excesivo rigorismo formal al exigir la respuesta efectiva a su petición. En este mismo sentido, la jurisprudencia de la CNAT ha sido algo flexible con el cumplimiento del requisito referente a la certificación del estado de gravidez de la trabajadora. Por lo que se ha entendido que para que la notificación prevista en el art. 177 de la LCT cumpla con las exigencias allí establecidas, no resulta indispensable que se acompañe certificado médico, sino que basta con que se haya avisado al empleador poniendo a su disposición las certificaciones respectivas, por cuanto ambos tipos de maternidades (“biológica” y “por adopción”) tienen el mismo valor y merecen la misma atención por parte de la ley, por lo que no cabe otra opción que otorgar a la trabajadora la protección prevista. No existe impedimento en extender la aplicación de esa doctrina al caso de subrogación de vientre aquí tratado.

Ahora bien, de las actuaciones surge que ANSeS señaló que carece de atribuciones para no aplicar la normativa vigente en la materia, sin posibilidad de hacer extensivo el reconocimiento de la licencia y por ende de la asignación por maternidad, salvo en los casos expresamente contenidos en la legislación. Sin perjuicio de hacer notar que la licencia debió haber sido otorgada de manera expresa por el empleador ante el requerimiento que le





Poder Judicial de la Nación

fuera formulado por la trabajadora. A fin de evitar una dilación que tornaría ilusoria la pretensión debatida en auto y atendiendo a las particulares circunstancias de la causa, es que se interpreta que el empleador no la objetó, supeditándolo a lo que ANSeS dispusiera en la materia. Por lo cual, corresponde ordenarle que proceda a reconocer la licencia por maternidad y a abonar la asignación correspondiente a la misma en los términos de la ley 24.714, art. 11, que dispone que “La asignación por maternidad consistirá en el pago de una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo, que se abonara durante el periodo de licencia legal correspondiente...”.

Por ello se ha de confirmar la sentencia dictada, sin perjuicio de señalar que, no habiendo el empleador manifestado oposición expresa al derecho al goce de la licencia por maternidad pretendida, debe la accionada otorgar la asignación derivada de la aplicación directa de los arts. 177 de la ley 20.744 y 11 de la ley 24.714, por cuanto el empleador no ha manifestado oposición al reconocimiento de la misma.

IV. Que en lo que hace a las costas del proceso seguido contra ANSES, no se encuentra motivo alguno para apartarse del principio sentado por el art. 14 de la Ley 16.986, cfr. Doctrina sentada por la CSJN el 16.3.99 in re “De la Horra c/ANSeS”, publicada en Rev. Trabajo y Previsión Social, junio de 1999, págs. 663 y ss., por lo que cabe confirmar las costas a la demandada vencida.

V. Que, el agravio de la demandada contra la regulación de honorarios no ha de prosperar por cuanto el importe fijado no resulta elevado ni desproporcionado al mérito e importancia de los trabajos cumplidos, y el resultado obtenido (conf. art. 16, 19 y conc. de la ley 27.423).

En consecuencia, por los fundamentos expuestos y disposiciones legales citadas, este Tribunal RESUELVE: 1) Declarar formalmente admisible el recurso deducido; 2) Confirmar la sentencia recurrida con el fundamento y alcances indicados en los considerandos precedentes, por lo que se ordena a la accionada otorgar la asignación por maternidad derivada de la aplicación directa de los arts. 177 de la ley 20.744 y 11 de la ley 24.714; y 3) Confirmar lo establecido sobre las costas del proceso, que serán a cargo de la demandada en ambas instancias (art. 14 de la ley 16986) y la regulación de los honorarios, fijando los de esta Alzada en el 30% de lo estipulado en la instancia inferior (art. 30, primer párrafo, de la ley 27423)..

Protocolícese, notifíquese, cúmplase con la comunicación dispuesta por la CSJN en la Acordada 15/13 (p.4 y conc.) y, oportunamente, remítase.

