

En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de La Pampa, a los 26 días de agosto de dos mil veintiuno, se reúne la sala C del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los Dres. José Roberto Sappa y Elena Victoria Fresco, como presidente y vocal, respectivamente, para dictar sentencia en los autos caratulados: "B.A. contra Ministerio de Cultura y Educación sobre Medida Cautelar" (Expte. n° 151146) del que:

RESULTA:

I. A.B., por su propio, promueve una medida autosatisfactiva contra el Provincia de La Pampa - Ministerio de Educación, para que se le conceda la licencia por maternidad en su carácter de madre.

Expresa que la medida promovida es la vía jurídica eficaz pues el transcurso del tiempo amenaza con convertir en irreparable un hecho injusto.

Afirma que se está ante una situación excepcional que requiere una respuesta también excepcional.

Narra que hace once años está en pareja con B.N.C.B, y que desde el 28 de enero de 2020 tienen registrada su unión convivencial ante el Registro Civil y de Capacidad de las Personas.

Refiere que ambas son docentes y que ejercen su profesión en escuelas y colegios públicos de esta Provincia.

Expone que, con el deseo de proyectar una vida en familia, se informaron acerca de las técnicas de reproducción humana asistida, hecho que se concretó cuando recibieron la noticia que B. cursaba un embarazo de 11 semanas de gestación.

Dice que, paralelamente, habían iniciado los trámites ante la obra social SEMPRE la que cubrió el 100 % del costo del tratamiento.

Informa que la fecha probable de parto es el 3 de septiembre y que el estatuto para el personal docente no dispone una licencia para la madre no gestante.

Relata que el 27 de abril del año en curso, presentó un pedido de licencia ante la Dirección General de Personal Docente, a fin de obtener una respuesta con la debida antelación.

Con ese pedido se inició el expediente administrativo "B.A. sobre licencia por maternidad", Expediente n° 5937/2021, sin que a la fecha hubiera obtenida respuesta formal.

Dice que la única información que obtuvo, de manera verbal, es que el expediente ha realizado un recorrido laberíntico ante el Ministerio de Educación, la Dirección General de Personal Docente, la Asesoría Letrada, el Servicio Médico Oficial y la Secretaría de la Mujer, Género y Diversidad.

Expresa que ante la falta de respuesta, el pasado 17 de agosto, solicitó con urgencia una respuesta mediante la presentación de un pronto despacho a resolverse en 48 horas.

Dice que ante el silencio se ve obligada a presentar esta medida judicial.

Manifiesta que se verá perjudicada tanto en lo emocional como en lo patrimonial, perjuicio que se extenderá a su familia, si la licencia que solicita sigue sin concedérsele.

También dice que no 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 su derecho devendrían abstracto.

Finalmente, funda en derecho su pretensión, ofrece la prueba que hace a su derecho y solicita que se haga lugar a la demanda con costas.

II. El Tribunal, previamente habilitar día y horas inhábiles, en razón de la urgencia del caso y en salvaguarda del debido proceso legal, dispuso sustanciar la medida autosatisfactiva (art. 305, 3.er párrafo, última parte, CPCC) y, a tal efecto, ordenó correr el traslado al Estado provincial por el término de 48 horas (Actuación nº 1071345).

Fiscalía de Estado, en representación del Estado provincial, comparece al proceso y contesta la demanda.

Por imperativo procesal, niega los hechos expuestos en la demanda.

Como cuestión preliminar, expresa que el caso no reúne los recaudos que se solicitan para su admisión.

Dice que los presupuestos de admisibilidad de las medidas autosatisfactivas, en el campo del derecho público resultan más exigentes que en el proceso civil.

Afirma que esa mayor estrictez tiene su fundamento en la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Recuerda que las medidas autosatisfactivas tienen carácter residual por tratarse de la última alternativa posible frente a la inoperancia de otras vías procesales.

Entiende que en el caso en examen no hay afectación con el grado de certidumbre que se requiere para la concesión de una medida de esta naturaleza.

Dice que, según el ordenamiento jurídico aplicable, quien no es gestante no tiene la prerrogativa de gozar de lo que se denomina "licencia por maternidad" pues para ello debe tratarse de una trabajadora que cursa su embarazo.

Agrega que al progenitor no gestante, sea varón o mujer, se le reconoce la denominada "licencia por nacimiento de hijo".

Más adelante, expresa que la medida autosatisfactiva no constituye la vía idónea para obtener la protección que la actora pretende, pues a la fecha no ha agotado la vía administrativa.

También dice que no ha sido planteada la inconstitucionalidad de la norma jurídica que establece el régimen de licencias.

Afirma que no existe actuación ni omisión ni amenaza provocada por la Administración provincial que en forma arbitraria o ilegítima restinga, lesione o altere derechos, más aún cuando la vía administrativa no ha sido agotada.

Expresa que la Sra. Belmonte pretende evadir la tramitación natural y procedente por carriles que no son los constitucionalmente atribuidos desde que la discusión debe ser abordada en su ámbito propio, esto es, ante la Administración y cuestionar la decisión por las vías recursivas en caso de afectación.

Señala que la idoneidad o falta de idoneidad de la vía de la medida autosatisfactiva no debe ser analizada solamente desde la óptica de la parte reclamante.

Concluye que la medida autosatisfactiva carece de los elementos que expresamente requiere el artículo 305 del Código Procesal Civil y Comercial motivo por el cual debe ser rechazada sin más trámite.

En el capítulo V, con fundamento en los dictámenes que conforman el expediente administrativo 5937/2021, expresa que el requerimiento de la actora no tiene cabida en las previsiones normativas de las leyes 1124 y 643.

Precisa que el Estatuto para el Trabajador de la Educación, ley 1124, en su artículo 137 establece las licencias por maternidad, y en el artículo 152 regula la licencia por nacimiento o adopción para el agente varón.

Explica que no obstante que en la ley expresamente se indique el “agente varón”, la finalidad es clara y es el otorgamiento de la licencia para el progenitor que no gestó.

Con base en lo que antecede, concluye que no existe un vacío legal, pues la legislación regula las licencias tanto para el progenitor gestante como para el no gestante.

Seguidamente, expone que la situación planteada por la señora Belmonte no debe circunscribirse solamente a su esfera personal que amerite una excepción.

Expresa que si bien el marco jurídico debe ser actualizado terminológicamente, no implica que exista un vacío legal.

Afirma que el punto clave de la cuestión es que A.B. no requiere una licencia por su calidad de no gestante, sino que requiere una licencia por maternidad, la que solamente es otorgada a quien es gestante, es decir, que requiere idéntica licencia que la de maternidad.

Destaca que el régimen de licencia por paternidad –que por analogía es el que le corresponde a la actora– no ha sido impugnado.

Agrega que el bien protegido con la licencia por maternidad es, precisamente, la maternidad, no el acompañamiento.

Entiende que pretender un trato igualitario para una mujer embarazada y una mujer no embarazada, aunque ambas vayan a ser madres de la niña en gestación, no resulta atendible y sería hasta incluso discriminatorio para los demás tipos de organizaciones familiares.

Manifiesta que la licencia por maternidad tiene su fundamento legal no solo en el cuidado del recién nacido, sino también en la necesidad de recuperación de la mujer puerpera (madre gestante).

Expresa que no hay dudas que la protección legal está destinada a la mujer durante el embarazo y posterior lactancia existiendo una real diferenciación entre la madre gestante y la madre no gestante.

Concluye que, sin perjuicio de compartir la necesidad de adecuar terminológicamente la legislación a la actualidad familiar, no existe un vacío legal, pues el caso puede subsumirse a las normas legales existentes.

Expresa que una decisión que vaya más allá de lo legislado afectaría la división de poderes de la organización constitucional republicana.

Finalmente, expresa que la invocación del interés superior del niño resulta insuficiente para fundar lo solicitado pues los derechos de las niñas o niños están garantizados al quedar al cuidado de una de sus progenitoras. Que una de sus progenitoras cumpla con sus obligaciones laborales no implica que la niña quede desprotegida o que se afecte su vínculo.

Expresa que el otorgamiento de una medida como la requerida abriría un abanico de pedidos de carácter excepcional pues la licencia a la progenitora no gestante no depende del género –hombre o mujer– sino de la condición quien reviste el carácter de gestante durante el embarazo.

Funda en derecho su defensa, ofrece la prueba, deducen el caso federal y solicitan el rechazo de la medida autosatisfactiva en todas sus partes.

III. Remitidas las actuaciones en vista, la Procuración General emite su dictamen pronunciándose por admisibilidad de la medida autosatisfactiva. Para ello, considera que la falta de respuesta y silencio de la administración le ocasionaría a la parte actora un daño que puede ser irreparable, por lo que es urgente que se tutelen sus derechos.

La tutela, añade la Procuración General, debe ser inmediata para evitar la frustración del derecho invocado, no teniendo la presentante otra vía legal eficaz (conf.: Dictamen C-nº 33/21).

Finalmente, se llama autos para sentencia (Actuación nº 1077129).

## CONSIDERANDO:

1º) El Estado provincial, como cuestión preliminar, plantea la inadmisibilidad de la medida autosatisfactiva.

Sus motivos, resumidamente, consisten en: que en el campo del derecho público los presupuestos de admisibilidad resultan más exigentes que en el proceso civil en razón de la presunción de legitimidad de los actos administrativos; que no hay afectación con el grado de incertidumbre que se requiere para la concesión de una medida de esta naturaleza; que no ha habido agotamiento de la vía administrativa; que no existe actuación ni omisión, ni amenaza provocada por la Administración provincial que en forma arbitraria o ilegítima restinga, lesione o altere derechos; que la Sra. Belmonte pretende evadir la tramitación natural y procedente por carriles que no son los constitucionalmente atribuidos.

2º) De las constancias del expediente administrativo adjuntado con la contestación de la demanda, surge que A.B., el 27 de abril último, solicitó expresamente una respuesta en cuanto a qué artículo garantizará su futura licencia por maternidad que contemplará su situación como madre no gestante, teniendo como fecha posible de parto el 3 de septiembre del corriente año (Expte. Administrativo nº 5937/2021).

De esa presentación puede advertirse que la señora Belmonte con razonable antelación requirió una respuesta del Estado provincial que a la fecha de la presentación de esta acción judicial.

Consecuentemente, resulta improcedente resistir la admisibilidad de una medida autosatisfactiva con fundamento en la falta de agotamiento de la vía administrativa o alegar la intención por parte de la Sra. Belmonte de evadir el procedimiento natural cuando ha sido la propia falta de respuesta de la autoridad administrativa la que motivó la promoción de una acción en sede judicial.

Admitir la postura sostenida por Fiscalía de Estado, implicaría confrontar directamente con normas de jerarquía constitucional (arts. 8 y 25 de la CADH; y 24 de la DADH, art. 75, inc. 22, CN).

Ya en aquella presentación, la Sra. Belmonte daba razones suficientes para que la cuestión fuera respondida oportunamente.

En efecto, en la referida oportunidad adjuntó un certificado médico que daba cuenta de la fecha probable de parto: 3 de septiembre de 2021.

Esa información, no controvertida en sede administrativa ni en sede judicial, evidenciaba la urgencia del caso por lo que no es posible condicionar la admisibilidad de la medida autosatisfactiva a las vías ordinarias del ordenamiento procesal administrativo, pretendiendo el agotamiento de la vía, dado que en tal supuesto la decisión judicial sería tardía.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que 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 (doctrina que surge de Fallos: 324:122 y 327:2413).

Con base las circunstancias particulares del caso en examen, y en consonancia con lo dictaminado por la Procuración General, se concluye que la medida autosatisfactiva, desde la perspectiva procesal, resulta admisible.

3º) Ingresando en el examen de la cuestión sustancial, cabe destacar que el Estado provincial informó que el 23 de agosto de 2021 la Dirección de Personal Docente –en el marco del expediente administrativo nº 5937/2021– ha dispuesto otorgarle a la Sra. A.B. la licencia prevista en el artículo 152, inciso a) de la ley 1124 (Actuación nº 1076114).

De la documentación adjuntada a la referida presentación se advierte que A.B. ha sido notificada.

De ese modo, lo allí resuelto da respuesta a la petición administrativa inicial de la señora A.B..

En su consecuencia, la cuestión traída a consideración ha devenido abstracta.

En efecto, sabido es que el requisito del interés personal que debe existir al comienzo del proceso, debe subsistir a lo largo de toda su existencia. -

Lo doctrina especializada señala que luego de entablada la demanda, originariamente justificable, pueden suceder determinados hechos o situaciones que lo convierten en abstracto y como tal carente del interés judicial. El caso tuvo actualidad, pero la ha perdido por la ocurrencia de hechos sobrevivientes a la promoción de la acción (conf.: Alberto B. BIANCHI, Control de Constitucionalidad, editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002, tomo 1, pág. 303).

El artículo 155, inciso 6, 2.do párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto dispone que la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos, habilita a este Superior Tribunal de Justicia a considerar de oficio la insubsistencia del interés jurídico suficiente por tratarse de un requisito jurisdiccional.

Consecuentemente, habiendo sido satisfecho el interés de la parte interesada, esto es, la comunicación del encuadre normativo que le corresponderá a A.B. con motivo del futuro nacimiento de su hija, ha agotado la jurisdicción de este Superior Tribunal.

En mérito de lo considerado corresponde declarar que la cuestión ha devenido abstracta.

4º) Igualmente, es válido indicar que la respuesta dada por la autoridad administra asegura la realización práctica del principio de igualdad del hombre y de la mujer consagrado en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de raigambre constitucional (art. 75, inciso 22, CN).

Asimismo, no se puede concluir esta resolución sin dejar de expresar la necesidad de actualizar el régimen jurídico aplicable conforme a los derechos emergentes de la legislación de identidad de género (Ley 26.743), de matrimonio igualitario (Ley 26.618) con la finalidad de evitar la reiteración de conflictos de esta naturaleza.

5º) Las costas se imponen a la demandada (art. 70, CPCA).

Lo resuelto se fundamenta en que la Sra. Belmonte debió acudir a esta sede judicial ante la falta de respuesta de la Administración.

Las circunstancias especiales del caso requerían que su actuación se desarrollara con arreglo al criterio de celeridad, como lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo (conf. art. 7, LPA).

Asimismo, ha quedado justificada la petición de la Sra. Belmonte para obtener finalmente un encuadre normativo a su situación, pues organismos administrativos del mismo Estado provincial emitieron opiniones en forma disímiles –dictamen nº 24/21 de la Secretaría de la Mujer, Género y Diversidad, y dictamen nº 265/21 de la Asesoría Letrada de Gobierno – como puede advertirse en el expediente administrativo antes referido.

A los efectos de la regulación de los honorarios profesionales, el Tribunal tendrá en consideración la naturaleza y complejidad del asunto, el resultado obtenido; el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia, extensión del trabajo; la actuación profesional con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal; y la trascendencia jurídica tanto moral como económica del proceso para las partes (arts. 6, 9, 10, 39 y concordantes de la Ley de Aranceles).

Por ello, el Superior Tribunal de Justicia, sala C;

RESUELVE:

1º) Declarar abstracta la medida autosatisfactiva.

2º) Imponer las costas del proceso a la demandada (conf.: art. 70, CPCA).

3º) Por su actuación profesional, regular los honorarios de las Dras. Lucía Heredia, María Sol Rodríguez y Figueira Huergo y María Eugenia Pages, en forma conjunta, en la cantidad de cuarenta y ocho mil quinientos pesos (\$ 48500). A la cantidad indicada se le adicionará el IVA, en caso de así corresponder.

4º) Por Secretaría, regístrese y notifíquese mediante cédulas electrónicas.

(Firmantes: Dr. SAPPA JOSE ROBERTO, Presidente Sala C, Superior Tribunal de Justicia; Dra. FRESCO ELENA VICTORIA, Vocal Sala C, Superior Tribunal de Justicia; DIAZ SERGIO JAVIER, Secretario de Sala, Superior Tribunal de Justicia)