



Expediente Número: CSS - XXXXX/2023 **Autos:**

B. V. J. c/ ANSES s/AMPAROS Y SUMARISIMOS Tribunal:
JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10 / SECRETARIA
Nº1

Señor Juez:

I- Por Resolución de fecha 14 de marzo de 2023 notificada de “forma virtual” el mismo día, V.S. solicita la opinión de este Ministerio Público Fiscal a fin de que me expida respecto de la competencia, la procedencia de la acción y la medida cautelar interpuesta.

II- La atenta y detenida lectura del Sistema Web de Gestión Judicial - Lex 100 -, revela que la Sra. J. B. V. con el patrocinio letrado del Dr. Guillermo Mario Farrell Mele , inicia en los términos del art. 43 de la C.N. y Ley 16.986 la presente acción expedita y rápida de amparo en contra de la Administración Nacional de la Seguridad Social y el Poder Ejecutivo Nacional , en procura de obtener un pronunciamiento judicial mediante el cual se condene a las accionadas proceder al pago de la Asignación por Maternidad contemplada en el artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) y art 11 de la Ley N° 24.714, en su condición de madre no gestante.

A tal fin, refiere que se encuentra en pareja con la Sra. S. A. V., con quién convive desde el mes de marzo del año 2020, y que al momento de decidir conformar una familia en conjunto, comenzaron un tratamiento de fertilidad. En tal sentido señala que la Sra. A. V. fue elegida como la madre gestante de la pareja.

Agrega que, habiendo resultado exitoso el procedimiento de fertilización, y ya en una etapa avanzada del embarazo de su pareja, la actora comienza a realizar los trámites que fueran requeridos por el Departamento de Recursos Humanos para obtener la correspondiente Licencia por Maternidad, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 177 de la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo. Y a tales fines acompaña el certificado médico correspondiente, en el cual consta la fecha probable de parto de la niña S. B. V. A. en fecha 29 de mayo próximo.

En este contexto , menciona que su empleadora, la empresa XXXXXXXX XX XXXXXXXXXXXX S.R.L. procedió a otorgarle la licencia por maternidad a la mujer no gestante por el plazo de tres meses, pero que no obstante ello, luego de presentar el “Formulario PS.2.55” firmado y sellado por su empleadora ante la ANSeS para dar de alta el beneficio, el ente previsional,





en día 28 de febrero de 2023, procede a notificarle el rechazo del otorgamiento de la asignación por maternidad, en la inteligencia de que la persona solicitante debe encontrarse embarazada, con invocación de la normativa legal prevista en el art. 177 de la Ley N° 20.744.

La actora considera que dicha respuesta es a todas luces discriminatoria y establece diferentes estándares de maternidad, ya que hace una expresa diferencia en cuanto a que sólo otorga las licencias por maternidad a quien pueda gestar un hijo, tildando la limitación impuesta por el organismo demandado como inconstitucional, a la par de poner énfasis en la necesidad de proteger los derechos del “niño por gestar” y teniendo en cuenta su “interés superior”, determinando que las personas que realmente quisieron asumir el papel de madres puedan serlo.

Señala que el rol de la maternidad hace referencia al deseo del nacimiento, crianza, educación y responsabilidad de ese hijo/a dejando de lado su carga genética, y que la filiación se determina a través de la voluntad de ser madres con total independencia de la existencia o no del vínculo biológico.

Expone los hechos que hacen a su derecho, los funda y solicita que se haga lugar a la demanda con costas.

Por último, solicita a VS el dictado de una medida cautelar mediante el cual se ordene el otorgamiento de la asignación por maternidad a partir del nacimiento de la niña en los términos del artículo 177 de la LCT, y 11 de la Ley 24.714, sin que se formulen distinciones y/o diferenciaciones en cuanto a su capacidad de gestar o no.

Delineadas las circunstancias fácticas en las que se enmarca la presente causa, corresponde me expida al respecto.

III- En cumplimiento de lo normado por el art.39 de la ley 24.946, en cuanto inviste a la Suscripta como parte necesaria en las acciones de amparos, paso a contestar la vista conferida en orden al fondo de la cuestión.

IV- En orden a la aptitud jurisdiccional, cabe tener presente -en primer lugar- que el Señor Magistrado resulta competente para entender en el planteo de autos en virtud de lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: “Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino c/M.T.y S.S. y Otros” (Sent. del 4 de abril del 2000) en cuanto sostuvo que.....“Es competente la justicia federal de la Seguridad Social por razón de la materia para conocer en la demanda por la





constitucionalidad de varios artículos de la ley 24714 de asignaciones familiares y el consiguiente pago de las mismas a los actores..." (del dictamen del Procurador General que la corte hizo suyo).

V- Respecto de la procedencia de la acción cabe resaltar que el art. 43 de la CN dispone 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".

El amparo es un proceso utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligre la salvaguarda de derechos fundamentales y es por esa razón que su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces (Conf. Ripalda Maria Cristina c/Dirección de Administración Financiera del Consejo de la Magistratura s/Amparos y Sumarísimos", Sent. Inter. N° 94363, Sala I, CFSS, 23/10/14).

Con similar criterio se ha afirmado que corresponde el ejercicio de la acción de amparo a tenor del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, destacando que tal remedio procesal no puede tener ya un carácter residual sino que debe considerársele la vía principal y excluyente de otras carentes de celeridad cuando se advierte la existencia de una accionar arbitrario o ilegítimo (Conf. cita en Borsalino Nely Anita c/PEN y Otro s/Amparos y Sumarísimos", Sent. Def. N° 127662, Sala II, CFSS, 18/11/08).

Sobre ello, el Máximo Tribunal ha expresado que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias (Fallos: 300:1033), su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358, 305:307; 307:444, entre otros).

En torno a la viabilidad de la acción intentada, débase considerar que el artículo 43 de la Constitución Nacional dispone que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...", la reforma constitucional si bien produce una trascendente innovación en favor del acceso a la justicia por parte de los administrados, ello no implica que el trámite del amparo se ha ordinarizado,





y ha dejado de ser un instituto de excepción. Por el contrario, en el nuevo ordenamiento constitucional que quedado establecido el criterio mantenido en forma permanente por el Alto Tribunal para la procedencia de la acción de amparo la inexistencia de otro medio judicial más idóneo como lo señala Quiroga Lavié al analizar las discusiones de la Comisión Redactora manifestando sobre el particular que “la regla constitucional no ha cambiado en absoluto, las prácticas judiciales que han regido en nuestro país hasta el presente” (la reforma de la Constitución, Humberto Quiroga Lavié y otros, págs. 114/115).

Desde esta perspectiva, nuestro Más Alto Tribunal ha sostenido reiteradamente que “para la admisión del remedio excepcional y sumarísimo del amparo, resulta menester que quien solicita la protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio que se invoca (Fallo 274:13; 283:335;300:1231)...” y que es un proceso excepcional sólo utilizable en delicadas como extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas, peligre la salvaguarda de derechos fundamentales requiriendo por lo tanto, para su apertura, circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad o ilegalidad manifiesta que configuren, ante la ineficacia de los procesos ordinarios, la existencia de un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta acción urgente y expeditiva (Doct. Fallo 301:1061).

Más allá del análisis de los restantes presupuestos de la normativa constitucional la procedencia de la acción impone examinar con carácter previo, la cualidad exigida respecto a la arbitrariedad y/o ilegalidad, que deben ser “manifiestas”.

Por ilegal debe entenderse todo aquello que se opone a la ley (en sentido material) y por arbitrario lo que responde a un criterio de falta de razonabilidad y de justicia (entre otros calificativos que pueden denotar su configuración).

La Constitución Nacional para la procedencia de la acción expedita y rápida de amparo, exige que ambas actitudes (actos y omisiones ilegales o arbitrarias) resulten manifiestas.

La jurisprudencia y doctrina especializada han indicado que debe tratarse de algo “descubierto, patente, claro”, requiriéndose que los vicios citados sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles, palmarios, notorios e indudables.





Además predicen que la turbación al derecho constitucional sea grosera, quedando fuera del amparo las cuestiones opinables (CSJN, Fallos 306:1253; CNCiv, Sala E, 7-11-86 ED, 125-143; íd, CNCiv, Sala C, 4-12-85 ED, 118-248; CNTrab, Sala V, 29-12-89, LL, 1990-C-88) y Sagües, Néstor Pedro “Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo” 4ta.Ed. ampliada T°3, pág 122-23, Ed. Astrea, Bs As. 1995).

Vale recordar que estas exigencias ya se encontraban legisladas en la Ley Nacional de Acción de Amparo N°16.986.

El primer artículo legisla que, para la procedencia de la acción de amparo, basta una de estas razones para la viabilidad de la acción (aparte, claro está, de los demás recaudos exigidos por la ley).

Puesto que la norma emplea la disyuntiva “o”, no es necesario que la conducta impugnada sea simultáneamente, ilegal y arbitraria. Es suficiente, entonces, la existencia de uno solo de esos motivos (Sagües, Néstor Pedro “Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo” 4ta.Ed. ampliada T°3, pág. 117, Ed. Astrea, Bs As. 1995).

La norma constitucional permite el ejercicio de esta acción no sólo para garantizar el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino también de aquellos contemplados en tratados internacionales y leyes. Dado el nuevo orden de prelación de las leyes, surgido de las modificaciones introducidas en el artículo 75 inc. 22 y 24, esta ampliación del ámbito de actuación del amparo resulta trascendente y le otorga una amplitud compatible con la protección que intenta otorgar a los derechos humanos la comunidad internacional.

Debe destacarse que “el procedimiento debe ser sumarísimo para que logre la finalidad para la cual es concebido el mecanismo, pues de lo contrario, no tendría justificación su instauración” (Conf. Daniel Alberto Sabsay y José Miguel Onaindia, “La Constitución de los Argentinos”, Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, 7ª edición, Ed. Errepar, 2009).

VI- En relación con el particular supuesto de autos, dispone el art. 177 de la LCT que durante el período de licencia, la trabajadora conserva su puesto de trabajo y tiene derecho a percibir una suma equivalente a su remuneración bruta, que se denomina “asignación por maternidad”. Esta asignación no posee carácter remunerativo, sino que es una prestación de la Seguridad Social que atiende precisamente la contingencia de la maternidad.





Por su parte, el art 11 de la ley 24714, 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 abonará durante el período de licencia legal correspondiente...”.

Desde esta óptica, el rechazo de la ANSES a otorgar la asignación por maternidad, manifestando que la persona solicitante debe encontrarse embarazada, con fundamento en lo normado por el art 177 de la ley 20.744, excluyéndola del beneficio en cuestión, resulta a todas luces discriminatorio. Frente a estas situaciones planteadas cabe señalar que la Sala II de la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social en el caso "Reynoso, Alicia Mabel" puso de manifiesto la importancia de la perspectiva de género en el otorgamiento de las prestaciones.

Así en el seno de la Organización de los Estados Americanos se ha reconocido en su artículo 4to. que "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden entre otros; (...) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; (...).

En tal sentido, basta con remitirse a la evolución que ha tenido la legislación en materia de asignaciones familiares para apreciar que la norma ha ido recogiendo las nuevas necesidades de la sociedad y se ha adaptado para poder cubrir de manera eficaz las mismas. Sin embargo, dicho proceso es paulatino y se encuentra en constante evolución, lo que ocasiona que, en casos como el presente, nos encontramos frente a situaciones que aún no han sido efectivamente receptadas por la normativa vigente, y colocan a los afectados en una situación de desamparo en la cual sus derechos se encuentran vulnerados.

No obstante ello, si bien la legislación aún no ha dado cabal respuesta a las necesidades de este sector de la población, si se pueden enumerar precedentes en los cuales se ha resuelto favorablemente sobre la materia en análisis.

Así, en la causa "V. S. A. c/ANSeS s/Amparos y Sumarísimos", Expte. N° 1240/22, en trámite por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N°7, la Sra. Jueza interviniente resolvió hacer lugar al reclamo de la parte actora, quien solicitó el otorgamiento de una asignación por maternidad para madre no gestante al haber realizado junto a su pareja un tratamiento de subrogación de vientre.





Dicho pronunciamiento fue posteriormente confirmado por la Sala III de la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social mediante sentencia de fecha 12 de mayo de 2022.

Por otro lado, en los autos "P., Y. B. c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI) s/medida autosatisfactiva", en trámite por ante la Justicia Federal de La Plata, se hizo lugar a la medida autosatisfactiva iniciada por la actora, ordenándose a la demandada que otorgue la licencia por maternidad solicitada por el plazo de setenta días, en su carácter de madre no gestante.

En dicha causa, 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.

En este contexto, no resulta ocioso destacar que la Suscripta como Fiscal titular de la Fiscalía Nro.2 se ha expedido en un caso que guardaba aristas similares al presente (véase Expediente CAF Nro. 1992/2022, Dictamen nro. 11.881/2022 del 7/12/2022 recaído in re: "Trinks, Julieta c/ PEN y otro s/ Amparos y Sumarísimos" del registro del Juzgado Nro. 1 del fuero.

Consecuentemente con todo lo expuesto, y ante la configuración en autos de arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta, que provocarían la vulneración de los derechos de la interesada, las que a falta de otras vías judiciales más idóneas y en función de la naturaleza de la pretensión, V.S. podría habilitar la vía prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y 1ero. de la Ley 16.986.

En razón de ello, respecto a la cuestión de fondo, con la premura y urgencia que se requiere dada la temática que en autos se plantea - si VS compartiera mi opinión debería recabar informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la petición dentro de las previsiones del art. 8º de la ley 16.986. Todo ello en virtud de que la sentencia a dictarse no devenga inoficiosa y frustrante para la litigante.

VI- Finalmente, en relación a la medida cautelar solicitada, este Ministerio Público Fiscal entiende que su tratamiento es ajeno a su órbita por encontrarse comprendida dentro de las aristas jurisdiccionales que le





son propias al Magistrado interviniente. Sin perjuicio de lo cual V.S. debería ceñirse a los términos dispuestos en la Ley 26.854.

En los términos que anteceden, téngase por contestada la vista conferida.

