

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo ordenando al Poder Ejecutivo Nacional reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (fs. 149).

Por remisión a lo dictaminado por el Fiscal General, la cámara consideró admisible la acción de amparo. Destacó que, en los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 179 de la ley 20.744 es manifiesta. Expresó que el tiempo transcurrido entre la sanción de la ley y la interposición de la demanda no resulta óbice para tornar procedente la acción en la medida que lo constitucionalmente reprochable es una omisión de los órganos estatales. Puntualizó que, en el caso, la legitimación activa de los amparistas no se encuentra controvertida.

Luego, refirió que la omisión inconstitucional requiere que se compruebe, por un lado, la existencia de un mandato normativo expreso, exigible e incumplido, y por otro lado, que se vulneren derechos o garantías, es decir, que exista un caso en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

En relación con el primer recaudo, señaló que es un hecho público y notorio que no ha sido reglamentado el artículo 179 de la ley 20.744, que obliga a habilitar salas maternales y guarderías a los empleadores en cuyos establecimientos presten servicios el número mínimo de trabajadoras que establezca la reglamentación. Aseveró que ello configura una omisión manifiestamente ilegítima, perpetuada desde la promulgación de la ley en 1974 hasta nuestros días. Expresó que tal omisión importó, en la práctica, anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que, además, protege intereses consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, en

particular, en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En relación con el segundo extremo, afirmó que existe un caso puesto que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías y sus lugares de trabajo no cuentan con ellas.

Finalmente, entendió que no modifica la procedencia de la acción el hecho de que los actores no hayan acreditado haber solicitado el reintegro de gastos de guardería o sala maternal consagrado en el artículo 103 *bis*, inciso *f*, de la ley 20.744. Argumentó que una lectura armónica de la ley citada conduce a sostener que el artículo 103 *bis*, inciso *f*, ha sido previsto para los casos en que los empleadores no se encuentren obligados, en los términos del artículo 179, a contar con guarderías o salas maternas, por no superar el número mínimo de trabajadores que debiera determinarse reglamentariamente. En consecuencia, consideró que esas disposiciones tienen carácter complementario y no alternativo. Opinó que sostener otra interpretación privaría de valor vinculante al artículo 179 de la ley 20.744.

—II—

Disconforme con ese pronunciamiento, el Estado Nacional — Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social— interpuso recurso extraordinario federal (fs. 152/163), que denegado (fs. 181), originó la presente queja (fs. 36/41 del cuaderno respectivo).

Invoca la existencia de cuestión federal y de gravedad institucional. Enfatiza que la sentencia apelada vulnera la supremacía constitucional, la supremacía federal y el principio de división de poderes (fs. 10 y 13). Afirma que el pronunciamiento, por el que se condena al Poder Ejecutivo a reglamentar, en los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, el artículo 179 de la ley 20.744, transgrede las normas de derecho positivo (fs. 10

vta.). Concluye que el fallo afecta seriamente la división de poderes, constituyendo al juzgador en legislador, así como cercena los derechos constitucionales a la inviolabilidad de la defensa en juicio y al debido proceso, y los principios de legalidad y razonabilidad (fs. 13 vta. y 16 vta.).

Alega que la acción de amparo es un remedio excepcional, inidóneo para abordar y resolver el caso planteado. Manifiesta que no se encuentran acreditadas las circunstancias necesarias para recurrir a esa vía procesal sumarísima, en particular, la ausencia de otros procedimientos ordinarios y la existencia de un daño concreto y grave que justifique este tipo de intervención jurisdiccional rápida y expedita.

Sostiene que los actores podrían haber optado por el reintegro de gastos del artículo 103 *bis*, inciso *f*, de la ley 20.744 y que eso hubiera satisfecho su pretensión.

–III–

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible en la medida que el recurrente sostiene que el fallo que condenó al Poder Ejecutivo a ejercer su facultad reglamentaria prevista en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional lesiona la división de poderes (art. 1, Constitución Nacional) y excede las facultades jurisdiccionales de los jueces (art. 116, Constitución Nacional). De este modo, se encuentra en juego la determinación del alcance de esas cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48).

Por otro lado, entiendo que los agravios relativos a la admisibilidad de la acción de amparo remiten, en este caso concreto, al estudio de cuestiones procesales de hecho y prueba que, por principio, no habilitan la instancia extraordinaria y que, además, no fueron resueltas con arbitrariedad. Tal como explicaré más adelante, la omisión de reglamentar el artículo 179 de la ley 20.744 vulneró en forma arbitraria y manifiesta derechos constitucionales.

En el presente caso, corresponder determinar si la condena al Poder Ejecutivo a reglamentar, en los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, el artículo 179 de la ley 20.744 es consistente con el principio republicano de división de poderes y se encuentra dentro de las facultades jurisdiccionales.

El artículo 179 de la ley 20.744, en lo pertinente, dispone que “En 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”.

La finalidad de la norma es facilitar a los trabajadores la asistencia en las tareas de cuidado a fin de alcanzar una adecuada conciliación de los deberes laborales con las responsabilidades familiares.

La ley laboral fue promulgada el 20 de septiembre de 1974, sin que el artículo 179 fuera hasta la fecha reglamentado. Sin embargo, el propio texto del artículo 179 condiciona la exigibilidad de la habilitación de las salas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determine el número de trabajadores por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. De este modo, la falta de reglamentación del Poder Ejecutivo conduce, en la práctica, a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar.

Tiene dicho esa Corte Suprema que la omisión de la autoridad pública se configura cuando existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley (Fallos: 337:1564, “Villarreal”, considerando 11°).

En este sentido, corresponde recordar que el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional establece que "el Presidente de la Nación (...) [e]xpide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...". Esta cláusula no solo atribuye una facultad al Poder Ejecutivo, sino que también le impone un deber de reglamentar cuando ello es necesario para que la ley se haga cumplir integralmente. Esta circunstancia, tal como se ha señalado, surge de la misma ley laboral que indica los recaudos que deben ser definidos por la autoridad reglamentaria a fin de que la obligación pueda ser plenamente exigida.

De modo que, en este caso, se verifica una omisión de ese mandato constitucional, pues el Poder Ejecutivo no ha expedido la reglamentación necesaria para la efectiva implementación de la ley y han transcurrido más de cuatro décadas desde su sanción.

En el *sub lite*, la falta de reglamentación tiene especial gravedad pues no solo afecta la operatividad del artículo 179 de la ley 20.744 sino los derechos constitucionales garantizados por esa norma.

En efecto, diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional contienen reglas y principios referidos a las responsabilidades de cuidado familiar, su correlación con el derecho de los niños y niñas y la función del Estado en este ámbito.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y el desarrollo del niño. También establece que los Estados deben prestar 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 velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para su cuidado. Asimismo, prevé que se deben adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres

trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños (art. 18; además, Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 40º período de sesiones, 2005, CRC/C/GC/7, párr. 21).

A su vez, en la medida en que las tareas de cuidado se distribuyen asimétricamente en las familias y suelen recaer sobre las mujeres, pueden constituir una seria restricción en el acceso a los empleos y en el desarrollo de las trayectorias laborales y profesionales (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, informe “Tiempo total de trabajo”, disponible en <http://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo-total-trabajo>). Por ese motivo, la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada específicamente como una vía dirigida a la equiparación de responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional).

En ese sentido, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que los Estados deben tomar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, deben asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y como progenitores en materias relacionadas con sus hijos (art. 16, incs. *c* y *d*). Específicamente, determina que los Estados, a fin de asegurar la efectividad del derecho de la mujer a trabajar, deben adoptar todas las medidas apropiadas para 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 (art. 11, párr. segundo, inc. *c*; además, Declaración y

Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, en especial, párr. 180).

En esa línea, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado por ley 23.451, ratificado el 17 de marzo de 1988) tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo. Estipula que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, los Estados deben incluir, entre los objetivos de su política nacional, permitir que las personas con hijos a su cargo, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (arts. 1, inc. 1, y 3, inc. 1). Para lograrlo, impone la obligación de adoptar medidas para desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (art. 4, inc. b).

Lo dispuesto en las mencionadas convenciones internacionales se inscribe, a su vez, en el marco general del derecho a la protección de la vida familiar reconocido en los artículos 14 *bis* de la Constitución Nacional, 11, inciso 2, y 17, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la citada Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esos instrumentos se impone a los Estados la obligación de generar condiciones paritarias entre los cónyuges en las tareas de cuidado y en las responsabilidades familiares, y evitar que esas tareas y responsabilidades constituyan un factor discriminatorio en perjuicio de las mujeres en diferentes ámbitos, en especial, en la esfera laboral (en sentido similar, dictamen de esta Procuración General de la Nación en autos CNT 57589/201211/RH1, "Puig,

Fernando Rodolfo el Minera Santa Cruz SA s/despido”, del 13 de noviembre de 2017).

En ese marco constitucional y convencional, en mi entender, la única forma idónea de reparar la omisión lesiva de derechos consiste en imponer al Poder Ejecutivo que cumpla con la reglamentación necesaria para la ejecución de la ley, de acuerdo con esas pautas, y que, en particular, defina en esa reglamentación los extremos previstos en la norma, como el número mínimo de trabajadores de cada establecimiento, la edad de los niños que podrán acceder al servicio de cuidado y las características básicas que deben reunir esas instalaciones y servicios.

De ninguna manera ello puede entenderse como una injerencia en las potestades reglamentarias que le confiere la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, o como una transgresión de la división de poderes (art. 1, Constitución Nacional). El control judicial realizado en el marco de una causa concreta y frente a un agravio constitucional entre partes legitimadas apunta únicamente a dar cumplimiento a un mandato constitucional explícito, como única vía para hacer cesar la lesión de los derechos conculcados.

En esa tarea, corresponde al Poder Judicial exigir a los otros poderes la realización de las medidas adecuadas, quedando al arbitrio de estos la determinación de esas medidas en cuanto a su mérito y conveniencia. Esta función jurisdiccional, lejos de ir en desmedro del orden constitucional, asegura su integridad y supremacía.

En esa línea, la Corte Suprema ha señalado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (Fallos: 335:452, “Q.C.S.Y.”; 339:1077, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad”).

Resta señalar que el reembolso de gastos consagrado en el artículo 103 *bis*, inciso *f*, de la ley 20.744 no justifica la omisión de reglamentar el artículo 179, puesto que se trata de dos prestaciones diferentes y complementarias, cuya compatibilización debe ser materia de la misma reglamentación. Cabe recordar que, según la doctrina de la Corte Suprema, en la tarea interpretativa no corresponde suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar las leyes, sino que estas deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto (Fallos: 330:1910, "Ramos", considerando 2º y sus citas).

Tampoco suple la omisión de dictar la reglamentación la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas pues, al tratarse de un derecho derivado de la propia ley de contrato de trabajo, no puede quedar condicionado a la autonomía colectiva, en función del poder de negociación de sindicatos y empleadores. Por el contrario, el orden público laboral que deriva del principio protectorio del trabajo (art. 14 *bis*, Constitución Nacional) impone que sea precisamente la ley laboral el piso mínimo para la negociación colectiva.

En suma, en el presente caso, en que el goce y ejercicio del derecho reconocido por ley y sustentado en normas de jerarquía constitucional carece de plena operatividad debido a una injustificable ausencia de reglamentación, compete a las autoridades judiciales ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 3 de septiembre de 2018.

ES COPIA


MARIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

VÍCTOR ABRAMOVICH