

Resol.Reg.: Resol.Folio:

"B. L. P. S/ ABRIGO"

Exp.Nº LZ-55633-2022

BANFIELD, 7 de Junio de 2023.mp

.....AUTOS Y VISTOS: Atento a la petición efectuada por la Asesoría interviniente, mediante la cual solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso j) del art. 23 del Convenio Colectivo de Trabajo de la Unión Ferroviaria por resultar su contenido perjudicial para los intereses de la menor de autos y se confiera a la Sra. B.F.M. una licencia por maternidad de 90 días desde el otorgamiento de la guarda de la niña.

.....CONVENIO COLECTIVO VIGENTE EN MATERIA DE LICENCIA POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

...La licencia por adopción correspondiente a los Trabajadores Ferroviarios se rige por inciso j) del art. 23 del Convenio Colectivo de Trabajo de la Unión Ferroviaria, el cual reza "... El Empleador otorgara treinta (30) días corridos de licencia por adopción la trabajadora que le fuera dado en tenencia provisoria un niño/a o mas, a partir del momento en que la autoridad administrativa o judicial le confiera la tenencia del mismo y en tanto medie un tramite regular de adopción, el que deberá ser notificado fehacientemente a la empresa..".

...Por su parte el inc I de la mentado convenio dice: "Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los 45 (cuarenta y cinco) días anteriores al parto y hasta 45 (cuarenta y cinco) días después del mismo. Sin embargo, podrá optar porque se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a 30 (treinta) días, al resto del periodo total de licencias se acumulara el periodo de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-termino se acumulara al descanso posterior todo el lapso de licencia que no hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los 90 (noventa) días.

...Si bien el convenio mencionado hace un reconocimiento a la Licencia por guardas con fines adoptivos, la regula en forma discriminatoria en relación a la maternidad biológica.

...En otros convenios como por ejemplo el acuerdo 2300 en su Art46 que regula el régimen de licencias de los empleados judiciales de la Provincia de Buenos Aires, el art. 70 inc. 2º del Estatuto Docente; el art.15 del CCT 660/2013 (Empleados de

la Industria de la Construcción); la Acordada N° 27/2017 del Poder Judicial de Nación, entre otras, se equiparán las licencias por guardas con fines adoptivos con las correspondientes a la maternidad biológica con posterioridad al parto.

...Entiende quien suscribe que la licencia por maternidad con anterioridad al parto corresponde a una cuestión de salud tanto de la progenitora como del niño/a por nacer y de su imposibilidad de desarrollar la actividad laboral, en cambio, la licencia con posterioridad al parto se relaciona con el proceso de integración de esa nueva persona, la modificación de los tiempos familiares y la profundización del vínculo entre el hijo/a y sus progenitores.

....IMPORTANCIA DE LA VINCULACIÓN

...Para la fundamentación de lo expuesto consideró pertinente transcribir lo expuesto por la Dra. Marisa Snaider en la presentación a despacho : *"Todo lo que ofrece la figura de apego la constituye en una base segura para el niño desde donde se anima a abrirse al entorno, conectarse con otros, crecer, aprender, divertirse, incluso alejarse sabiendo que puede volver cuando lo necesite."*

"Estar presentes y disponibles para permitir que se establezca el vínculo de apego seguro en el modo en que nos acercamos al bebé y al niño y la confianza, seguridad, estabilidad que le brindamos" (Maritchu Seitún, psicóloga especializada en crianza, en Clarín 14/08/2019).

"El nacimiento de un hijo así como el otorgamiento del niño para la adopción, más allá de las diferencias en cuanto a las consecuencias físicas del parto para la madre, implican el inicio de una nueva convivencia y el forjamiento del vínculo parento-filial. Este período de adaptación es fundamental ya que sienta las bases para el posterior desarrollo del menor y, puntualmente, resulta indiferente la forma en que el hijo llega a la vida de los padres, pues en cualquier caso, se requerirá de tiempo para que el vínculo entre padres e hijo se consolide y para que la nueva familia pueda organizarse. En este escenario, la licencia laboral puede considerarse una herramienta (además de ser un derecho) destinada a acompañar a los padres y a los hijos para que ese proceso resulte exitoso. Debe recalcarse que en este sentido, no existe una diferencia real entre la situación de los padres adoptivos y los padres biológicos que justifique una reducción del tiempo de la licencia. Por el contrario, dependiendo de las circunstancias de la adopción, se requerirá de mayor atención, tiempo y cuidados específicos, y demandará la

atención completa de ambos padres con el objetivo de garantizar a los niños una estabilidad emocional acorde a sus necesidades" (Dr. Gustavo Hornos, Juez de la Cámara Federal de Casación Penal, "Igualdad y razonabilidad).

...Siguiendo la presente sintonía se han presentado diversos proyectos ante la Cámara de Diputados de la Nación Argentina en miras de modificar el Artículo 177 de la LCT buscando equiparar los derechos de los progenitores biológicos y de los guardadores con fines adoptivos.

.....PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD : La reforma Constitucional de 1994 incorpora una norma expresa que admite el control judicial de constitucionalidad, al autorizar en las acciones de protección, que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de una norma que vulnere derechos fundamentales. Esta herramienta será de aplicación al caso concreto, y sólo será utilizada a pedido de parte, demostrando el perjuicio generado y la violación de un derecho constitucional. Así, este control de constitucionalidad de las leyes forma parte de la función institucional del Poder Judicial de resolver los casos concretos aplicando las normas jurídicas. Para ello, los jueces hemos de buscar interpretar de manera armónica la constitución.

.....La tarea del juez no debe limitarse a descifrar lo que ha querido decir el legislador a través de la expresión empleada, sino también a determinar si el legislador hubiese querido proteger la situación que no pudo prever, en el caso de haberla efectivamente previsto.

....El derecho debe contener un fuerte contenido de realidad para resolver los problemas concretos de las personas, siendo la responsabilidad de los distintos agentes judiciales la búsqueda de respuesta jurisdiccional más adecuada a la situación de autos, por lo cual, considero acertada la pretensión formulada por la Sra. Asesora, por cuanto resolver en contrario, importaría desde el estado vulnerar los derechos de L.P.B. obligándose a los pretesos adoptantes a litigar en otro Fuero o al inicio de nuevas de acciones para exigir el ejercicio de derechos ante un juez laboral, atenta contra todo principio de razonabilidad y afecta la garantía de remedio judicial, breve, expedito y en plazo razonable impuesto por los Tratados

Internacionales de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. MARCO NORMATIVO.

En la Nación Argentina, los niños/as y adolescentes son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios con jerarquía constitucional conforme al Art. 75 inciso 22, el cual determina que el Congreso debe legislar y promover medidas con el fin de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la carta magna y por los tratados internacionales.

.....La cuestión traída a análisis , debe ser analizada dentro del derecho de familia, derecho laboral y de la seguridad social, analizándose las diversas normativas.

....El Código Civil y Comercial de la Nación, reguló la adopción como un instituto equiparable al que surge del vínculo biológico de padres e hijos. En este sentido el art. 620 del CCCN dispone en su última parte que " El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo " y los padres adoptivos cuenta con los mismos deberes y derechos que le corresponden a los progenitores biológicos (arts. 638 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación). El nacimiento de un hijo, así como el otorgamiento del niño para la adopción, implican el inicio de una nueva convivencia y requiere del fortalecimiento del vínculo parento-filial.

....Por el contrario, en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social existe una omisión legislativa respecto de la licencia por maternidad y paternidad durante las etapas de vinculación y de guarda con fines de adopción que se sostiene argumentalmente a través de una distinción entre la filiación biológica y por adopción que el propio CCCN ha resuelto equiparar y no distinguir, afectando la legislación laboral y de la seguridad social el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional)

....Asimismo, la Recomendación General N°21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer referida a La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares en su Art.16 inc F establece "Los derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación

nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial...", por lo cual se deben garantizar los mismos derechos a aquella mujer que decide formar una familia mediante el instituto de la adopción que a una madre biológica, como así también a un hijo biológico como a un hijo adoptivo siendo la finalidad primordial proteger el Interés Superior del Niño tal como surge de la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3.1, que dispone que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

...En virtud de lo anteriormente expuesto, la reducción del tiempo de licencia en el convenio colectivo de trabajo, afectan directamente el Interés del menor que precisamente la legislación constitucional intenta proteger y resulta discriminatorio .

....Siendo que la Sra.B.F.M. desempeña funciones bajo relación de dependencia y en virtud a la Sentencia dictada en autos en fecha 9 de Mayo de Mayo de 2023, mediante la cual se la constituye como guardadora de la niña de autos, considero que debiera poder gozar de una licencia idéntica que una trabajadora que sea biológicamente madre , es decir por el período de 60 días conforme lo establece el Inc I del art. 23 del Convenio Colectivo de Trabajo de la Unión Ferroviaria y en consecuencia el correspondiente pago de una asignación familiar por maternidad por dicho periodo por parte de la ANSES, por razones de equidad, justicia, principio de igualdad ante la ley, principio de no discriminación e Interés Superior del Niño.

...En consecuencia, habiendo examinando las circunstancias precedentemente expuestas, con fundamento en los ART. 16 de la Constitución Nacional, arts. 2, 3, 5, 9, 12, 20 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño
RESUELVO:

1.- Declarar para el caso de autos la inconstitucionalidad del inciso j) del art. 23 del Convenio Colectivo de Trabajo de la Unión Ferroviaria por considerarla discriminatoria en cuanto a la diferencia de tiempo de licencia por maternidad y por adopción.

2.- Disponer con carácter de medida autosatisfactiva que ANSES y Trenes Argentinos otorguen en forma urgente e inmediata a la Sra. B.F.M. DNI

N°XXXXXXXX una licencia por maternidad durante la etapa de guarda preadoptiva de 60 días y proceda al pago de la asignación correspondiente a la Licencia por Maternidad establecida en el inc I del art. 23 del Convenio Colectivo de Trabajo de la Unión Ferroviaria.REGISTRESE.NOTIFIQUESE

Dr. Carlos Alberto Dupont

Juez