

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 31 días del mes de marzo del año dos mil veintidós, se reúnen en acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Sres Jueces Javier Darío Muchnik, Carlos Gonzalo Sagastume, María del Carmen Battaini y Ernesto Adrián Löffler, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados: **“Lepez Bernal, María Alvere c/ Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo”**-Expte. N° 2758/20-STJ-SR.

ANTECEDENTES

I. La Sala Civil de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Sur rechazó el recurso de la actora, confirmando la desestimación de la demanda destinada a extinguir el acto cancelatorio de su designación en la administración pública —v. fs. 145/150—.

Se dijo que el acto que puso fin a la relación de empleo se encuentra fundado en razones de organización administrativa y que el agravio relativo a que el despido sería discriminatorio por encontrarse transitando su licencia por maternidad en el momento de la cancelación, es tardío.

II. La demandante interpuso recurso extraordinario de casación a fs.155/162

Afirma que reclamó en la demanda por la transgresión constitucional que implica el haber concluido el vínculo, no obstante hallarse de licencia por maternidad. Se dice también que debió entenderse que el despido fue discriminatorio, al haberse producido durante el receso por maternidad. Sostiene que el principio de congruencia no puede erigirse en una valla para no adentrarse a considerar la cuestión supranacional. Critica luego las razones expresadas para dar por terminado el vínculo de empleo público por su generalidad y cita jurisprudencia de este Tribunal que entiende le asiste.

III. La demandada contestó el traslado a fs. 164/169 y la Sala concedió el recurso a fs. 172/173.

IV. El Sr. Fiscal ante esta instancia emitió dictamen a fs. 179/181. Propone reconocer a la actora la percepción de su salario por el período de licencia por maternidad.

A fs. 182 se hizo saber la intervención del Sr. Juez Ernesto Adrián Löffler, actuación que se encuentra consentida —v. fs. 183/185—.

Llamados los Autos al Acuerdo —v. fs. 186—, queda la causa en condiciones de ser resuelta de conformidad al sorteo realizado a fs. 187.

VOTO DEL JUEZ JAVIER DARÍO MUCHNIK:

I. Del alegado despido discriminatorio.

La petición de la accionante en cuanto a que se analice el alegado despido discriminatorio importa una nueva pretensión procesal. Su admisión en esta excepcional instancia trastoca ostensiblemente la plataforma fáctica y jurídica operada con la traba de la litis, por lo que su actual abordaje tiene como efecto la vulneración del derecho de defensa de la contraria.

Ello es así toda vez que en materia de discriminación, la distribución de la carga probatoria a partir de la doctrina fijada por la CSJN en “*Pellicori*”, resulta sustancialmente disímil a la que proyecta la acción contenciosa oportunamente instada por la pretensora y actualmente en trámite.

El razonamiento plasmado, proscribe escudriñar el despido discriminatorio planteado extemporáneamente aunque en modo alguno inhibe al juzgador de la efectiva ponderación que el hecho de la maternidad —efectivamente acreditado en la instancia administrativa—, debió haber tenido en el ámbito decisorio de la administración al momento de disponer la cancelación.

Dicho con otro giro, la efectiva protección de la maternidad puede canalizarse por diversas vertientes en tanto que la denegación de una vía por no ser procesalmente adecuada, no obsta la mirada protectoria desde otra perspectiva instrumental igualmente válida. Máxime, cuando el hecho ha sido expresamente invocado en la instancia administrativa —v. fs. 15/16, acápite 3.4. del recurso de reconsideración anejo al expediente administrativo n° 1930-SG/2016—, mantenido en la instancia judicial —v. fs. 6/vta. y 10— y rebatido por la contraria —v. fs. 58 vta./60—, todo lo cual deja entrever que ha formado parte

del contradictorio y su actual abordaje se ajusta a la congruencia fáctica fijada por el art. 13 CCA.

II. Empleo Público. Período de Prueba. Estabilidad. Cancelación de designación. Protección de la maternidad.

a.- Empleo Público. Período de Prueba. Estabilidad.

A nivel local, por imperio del art. 14 de la ley 23.775, la ley vigente en materia de empleo público es la 22.140 que instituye el régimen jurídico básico de la función pública – en adelante RJBFP-. El art. 10 de dicho plexo normativo establece que el personal que ingrese como permanente lo hará en los niveles escalafonarios que establezcan los respectivos regímenes, adquiriendo la estabilidad prescripta en el art 15, inc. a) luego de haber cumplido 12 meses de servicio efectivo y siempre que haya satisfecho las condiciones que establezca la reglamentación. Caso contrario se cancelará la designación.

La reglamentación de dicho artículo establece que durante el periodo en que el agente carezca de estabilidad, su designación podrá ser cancelada en cualquier momento por la autoridad que lo designó. Nótese que para el ejercicio de dicha facultad cancelatoria, la Corte Federal ha exigido la existencia de una causa que la justifique, siendo insuficiente la sola remisión a la norma habilitante –v. CSJN “Schneiderman”-.

En tanto que, el agente que cumpla los doce meses de servicio efectivo, cuente con certificado de aptitud psicofísica, y haya obtenido la calificación mínima en las evaluaciones de idoneidad previstas, adquirirá la estabilidad.

Por lo demás, como bien sostiene IVANEGA *“La jurisprudencia es uniforme al rechazar la estabilidad si no transcurrió dicho período, en la medida en que esa garantía constitucional para configurarse requiere la satisfacción de requisitos insoslayables que constituyen el presupuesto de su operatividad y consecuente adquisición del derecho, entre ellos, el plazo comentado. Por lo tanto, si el agente no se había desempeñado en las funciones durante el tiempo exigido en la norma jurídica, faltaba una de las condiciones legales que hacen operativa tal garantía”* (IVANEGA, MIRIAM MABEL, “Empleo Público”, Editorial Astrea, pág. 227).

De las constancias incorporadas a la causa emerge que la accionante ha sido designada en planta permanente en el ámbito de la Subsecretaría de Hacienda y Contrataciones dependiente del Ministerio de Economía, como agente categoría 10 P.A. y

T. mediante decreto provincial n° 295/15 de fecha 2-02-15, ingresando efectivamente a prestar tareas el día 10-02-15, cumpliéndose el año del período de prueba el día 09-02-16. El 12-07-15 inició su licencia por maternidad, la que finalizaba el 6-02-2016.

La cancelación de la designación fue dispuesta mediante decreto provincial n° 12/16 de fecha 06-01-16, siendo notificada a la agente el día 14-01-16 –v. fs. 26, expte. administrativo n° 23311 – EC/2015-.

b.- Cancelación de la designación. Fundamentos.

Precisado brevemente el marco fáctico normativo vigente y atingente a la cuestión a elucidar, cabe agregar que los motivos invocados en el decreto para fundar la cancelación de la designación de la accionante, se han circunscripto a razones de organización administrativa a partir de la nueva ley de ministerios, con sustento en el informe n° 95/15 del Sr. ministro de economía –v. fs. 2, 14/15 del expte. administrativo n° 23311-EC/2015-, como bien lo apuntara el Tribunal *a quo* a fs 146/147.

Ello indica que se han expresado razones para proceder como se hizo.

Sobre la misma cuestión el Estrado ya ha sostenido que: “... *la cancelación precisa de una explicación pero descarto que ella deba circunscribirse con exclusividad a la idoneidad del agente. En efecto, no puede sostenerse válidamente que el único motivo para cancelar el nombramiento del personal que aún no adquirió estabilidad sea el relativo a la idoneidad pues postular tal tesis, importa desconocer las potestades con que cuenta la administración para reorganizar su estructura administrativa en aras de lograr una prestación pública eficiente destinada al bien común.*” (v. autos “Mojan, Jorge Omar c/ Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo” -expediente N° 2630/18 STJ – SR.-, sentencia del 5 de junio de 2020, registrada en el T° XXVI, F° 87/91). La exigencia de una debida fundamentación del acto de cancelación, no hizo más que ratificar la doctrina sostenida con anterioridad por el Estrado (v. autos “Ruvioli, Fernanda María de Lujan c/ I.P.V. s/ Contencioso Administrativo” -expte. n° 1915/14-STJ-SR-, sentencia del 23 de septiembre de 2014- registrada en el T° XX– F°. 1056/1059).

Y que las razones de reorganización administrativa sólo pueden ser evaluadas por la propia administración (ver autos “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Contencioso Administrativo s/ Recurso de Queja”, Expediente N° 1.193/09 de la Secretaría de Recursos, sentencia del 30 de junio de 2009, registrada en el T XV, F° 324/330).

A raíz de ello, reviste importancia recalcar que la extensión revisora se ensambla con la función nomofiláctica ínsita en la casación que, como figura esencial de la instancia extraordinaria, *“...en lo atinente a la unificación de criterios jurisprudenciales y la interpretación uniforme de las normas jurídicas, proporciona un mínimo de certeza en el derecho, necesario para contribuir con la sensación de seguridad jurídica”* (cfr.: JAVIER DARÍO MUCHNIK, “El Recurso de Casación Frente a la Garantía de la Doble Instancia”, Ed. La Ley, sup. Act 23/10/2003). De tal manera, se asegura un similar tratamiento jurisdiccional en cuestiones de raíz análoga, superando jurisprudencias contradictorias. Se trata, en definitiva, de lograr la previsibilidad que da forma al principio de seguridad jurídica. –v. “Las Barrancas S.R.L c/ Ibarra Rodríguez Francisco y otros s/ incumplimiento de contrato – nulidad de convenio”, expte. N° 1726/12 STJ-SR; 19/03/2014; T XX– F° 179/190-.

Ahora bien, no cabe duda que se han expresado fundamentos atendibles ya reconocidos por el Estrado como suficientes para disponer cancelaciones empero, lo cierto, es que en tales antecedentes no se verifica la existencia de una trabajadora que se encuentre cursando licencia por maternidad otorgada por la misma administración, como acontece en las presentes actuaciones.

En tal contexto, como ya dijera en el acápite I del presente, el tema tratado en autos no pivotea solamente sobre el despido por embarazo sino, por indagar, cómo impacta la protección de la maternidad en el ejercicio de una prerrogativa propia de la administración de disponer siempre fundadamente, dentro de los doce (12) meses de labor, la cancelación del vínculo de trabajo.

c.- Protección de la maternidad.

En primer lugar, no constituye una cuestión controvertida el hecho de que la accionante se encontraba usufructuando su licencia por maternidad al momento de disponerse la cancelación de su designación y que la misma culminaba el día 06-02-16. Recuérdese que el año del periodo de prueba finalizaba el día 9-02-16.

Tal escenario obliga a ponderar que la protección de la familia y la maternidad constituye -por expreso mandato constitucional- una obligación imperiosa del Estado, que debe concretarse con el dictado de legislación y/o reglamentación específica y/o decisión jurisdiccional que materialice dicha tutela.

A nivel local, el art. 17 de la Carta Magna Provincial establece expresamente que la madre goza de adecuada protección desde su embarazo, y que las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar.

La protección de las mujeres trabajadoras embarazadas y luego en la maternidad, también ha sido reconocida en la Constitución Federal en su art. 75 inc. 23, al encomendar al Congreso la adopción de un régimen tuitivo que ampare a la madre durante el embarazo y la lactancia.

Análoga salvaguarda dimana de diversos plexos normativos internacionales, que cuentan con jerarquía constitucional –art. 75, inciso 22 CN-.

Así, la declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 25, inciso 2) que la maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su art. 10 que los Estados partes deben conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas a la seguridad social.

La CEDAW –sigla en inglés que identifica la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- obliga a los Estados partes a tomar las medidas adecuadas para implantar la licencia por maternidad con sueldo pago o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. –art. 11.2.b-.

En el específico ámbito del empleo público provincial, en el mes de diciembre del año 2012 se dictó la ley nº 911 por la que se estableció el régimen de licencia prenatal y por maternidad, paternidad, nacimiento, lactancia y adopción para agentes del Estado Provincial; que habrá de regir para la administración pública provincial. Dicha norma, implanta una licencia prenatal desde los treinta días corridos previos a la fecha estimada de parto, que podrá reducirse a quince días corridos; en tanto que prevé una licencia por nacimiento por el lapso de ciento ochenta días corridos posteriores al mismo, a ser gozada por la madre o por quien ella designe –v. art. 5-.

III. Ahora bien, a esta altura luce evidente que el accionar de la Provincia demandada que dispuso la cancelación de la designación de la trabajadora, ha hecho caso omiso del nutrido plexo protectorio que amparaba a la agente en su maternidad, coyuntura que además supo ser expresamente evidenciada por la Sra. directora general de contrataciones –v. fs. 25, expediente administrativo nº 23311/2015- en nota dirigida con copia a diferentes

ámbitos administrativos–dirección general de recursos humanos; dirección de personal; DGAF ministerio de economía, con la debida intervención de la secretaría legal y técnica- y que nadie hubo de ponderar.

Valga mencionar, que no se pierde de vista que la finalización del plazo de licencia por maternidad operaba el día hábil anterior al vencimiento del año de prueba y, en tal caso, acaecía también el finiquito de la potestad cancelatoria de la demandada.

Tampoco se omite considerar que ni el RJBFP ni la ley 911 ya mencionada, contemplan la situación de la mujer cuya licencia por maternidad inicia en el período de prueba, debiendo extenderse más allá de su vencimiento. Nada se ha establecido respecto a cómo impacta la licencia por maternidad en la exigencia legal del cumplimiento del servicio efectivo destinado a analizar la idoneidad del agente y a la postre adquirir la estabilidad –art. 10 de la ley 22140 y art. 10, decreto nº 1797/80-, pues no cabe duda que la ponderación de la idoneidad de una agente que goza de licencia por maternidad se verá obturada por el usufructo de su legítima licencia que imposibilita la prestación efectiva del servicio, posicionándose en una situación desventajosa respecto de otros trabajadores.

Desde una perspectiva de derecho público, la administración tiene la potestad de cancelar, dentro del año correspondiente al período de prueba, la designación de los agentes por razones de ausencia de idoneidad o reorganización administrativa, según ha sido receptado en la doctrina de los precedentes. En tal escenario, qué sucede con las trabajadoras embarazadas o que se encuentran cursando licencia por maternidad pues, la sola mirada protectoria de la maternidad que prescindida de la potestad cancelatoria de la administración permitiría eventualmente la adquisición de estabilidad en agentes que no acreditaron idoneidad o cuyo cargo fue suprimido por razones de reorganización administrativa, solución que tampoco armoniza con los fines de bien común que debiera guiar el accionar estatal.

Como puede apreciarse, si bien el régimen instaurado por la ley 911 resulta aplicable a todo el personal independientemente del régimen de revista, lo cierto es que el impacto que la licencia por maternidad produce en el ejercicio de la prerrogativa de la administración de disponer, dentro de los doce (12) meses de labor, la cancelación del vínculo de trabajo de manera fundada, aparece desprovisto de previsión legal alguna.

Tal vacío legal o reglamentario que se verifica particularmente en el sub júdice, en modo alguno –insisto- puede dar sustento o legitimidad a un accionar del Estado empleador que desconozca la particular situación de vulnerabilidad de la mujer trabajadora que acaba

de ser madre. Así lo exige, además del robusto plexo constitucional y convencional que efectivamente la protege, la inmanente perspectiva de género.

Ahora bien, situados en este escenario que exige compatibilizar la protección constitucional de la maternidad con la potestad del Estado empleador de discernir durante el período de prueba la integración de los cuadros de la administración, resta indagar qué solución corresponde adoptar.

A tal fin, cabe tener presente la gravitación del principio *pro homine*, en cuya virtud debe adoptarse la interpretación que ofrezca la visión más sólida y extensa de un derecho fundamental, en aras de garantizar la igualdad para personas en situaciones desventajosas.

Como bien lo postuló la Corte Federal en “Madorrán” *“Luego, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos y muy especialmente del mencionado Pacto (art. 2.1; ‘Aquino’, cit., p. 3774/3777, y ‘Milone’ cit., p. 4619), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Ya el citado precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda exégesis restrictiva de los derechos sociales, que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, ‘concordante con la doctrina universal’: el ‘principio de favorabilidad’ (cit., p. 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 4°).”*. [...] *“Todo ello explica, también, que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Luego, es tan cierto que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, como lo es que esta última está destinada a no alterarlos (Constitución Nacional, art. 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto cimero que los enunció y que manda asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar ‘el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Constitución Nacional, art. 75.23; ‘Vizzoti’, cit., p. 3688)”* (CSJN, Fallos 330:1989).

Desde tal perspectiva hermenéutica, estimo ajustado a derecho establecer que desde el momento que se inicia la licencia por maternidad y hasta su finalización, el plazo anual correspondiente al período de prueba legislado en el art. 10 de la ley 22140 y su

reglamentación, queda suspendido de pleno derecho a fin de hacer operativa la protección constitucional de la maternidad de la mujer trabajadora. Durante tal lapso, la potestad administrativa de cancelar la designación de la agente también se suspende. Finalizada la licencia por maternidad, se reinicia el plazo de prueba y la administración retoma sus potestades con toda plenitud en aras de establecer el capital humano con el que habrá de integrar definitivamente sus estructuras.

Tal solución, sin desvirtuar la naturaleza del vínculo que une a las partes, esto es personal permanente en período de prueba, mantiene incólume la intensa tutela constitucional de la maternidad protegiendo a la madre trabajadora en tal interregno, sin menoscabo de la potestad de la autoridad pública de discernir la integración de los cuadros definitivos de la administración, la que únicamente se difiere al momento de materializarse el servicio efectivo de la agente.

Es que la potestad administrativa, tiene siempre el límite de la razonabilidad. La vigencia del régimen constitucional que protege a la mujer y la maternidad exigía una ponderación del funcionario de tal coyuntura que, como dijera, si bien no podía trastocar la naturaleza por la que transitaba el vínculo de empleo, debía sopesarse e incidir en la decisión a tomar.

Como bien señala CASSAGNE “Como un principio básico de la actual concepción del Estado de Derecho, debe tenerse en cuenta que no obstante el hecho de que las potestades administrativas traducen situaciones ordinarias de ejercicio del Poder Público, ellas no pueden ser absolutas e ilimitadas sino razonables y justamente medidas y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido” (CASSAGNE, JUAN CARLOS, “El Acto Administrativo”, Teoría y Régimen Jurídico, Editorial La Ley, pág. 99).

Nótese que la exigencia de la prestación del servicio efectivo viene impuesta de manera expresa por la norma –art. 10, ley 22140 y decreto reglamentario- y constituye un requisito insoslayable para la adquisición de la estabilidad, erigiéndose además en un presupuesto fáctico ineludible destinado a analizar la performance del agente ya sea para considerar su idoneidad –cfr. art. 10 incisos 1 y 3 del decreto reglamentario del RJBFP- y/o disponer su reubicación y/o baja por cuestiones de reorganización administrativa.

En el presente caso, se invocaron razones de reorganización administrativa para cancelar la designación de la actora, con fundamento en readecuar el buen funcionamiento

de la Administración ya que los servicios que presta no revisten las necesidades operativas ni la calidad de prioritarias.

Hemos dicho que la cancelación de la designación de un agente sin estabilidad, por razones de reorganización administrativa, constituye el ejercicio de una potestad discrecional de la administración cuya justificación sólo puede ser merituada por ella (in re: “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Contencioso Administrativo”, sentencia del 30/06/2009).

Ahora bien, el hecho de que se trate de una potestad discrecional, no equivale a reconocer que su ejercicio por el organismo administrativo se encuentre fuera de todo escrutinio judicial (CSJN, Fallos: 343:990).

Por el contrario, la jurisprudencia histórica de la Corte Federal es concluyente en sostener que: “... el control de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en el respeto de la legalidad, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su razonabilidad o ausencia de arbitrariedad ...” (CSJN, Fallos, 315:1361; 319:1201; 320:2509; 331:735 y 343:990).

Esa legitimidad (integrada por la legalidad y la razonabilidad) con la que se ejercen facultades discrecionales, es el principio que confiere “... validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar su cumplimiento, sin que ello implique la violación del principio de división de poderes...” (CSJN, Fallos, 315:1361; 319:1201; 320:2509; 331:735 y 343:990).

Analizado el decreto 12/16 a la luz de la doctrina señalada, observo que la cancelación de la designación de la actora con fundamento en la reorganización administrativa no puede convalidarse.

Ello así toda vez que, en oportunidad de emitirse el acto, la administración omitió considerar que la situación de vulnerabilidad en la que se hallaba la accionante (mujer transitando el periodo de licencia por maternidad) la hacía merecedora de una tutela diferenciada con relación al resto del personal atravesado por la medida reorganizativa de carácter general decidida en aquel entonces. Y este extremo, sin dudas, debía ser merituido expresamente por el Poder Ejecutivo al momento de dictar el acto cancelatorio de su designación.

Es que, sólo cumpliendo con esta exigencia se armoniza la potestad cancelatoria señalada, de corte netamente discrecional, con el conjunto de normas protectorias de la mujer y de la maternidad, de rango constitucional y convencional, citadas al inicio del presente, cuya efectiva vigencia y aplicación no puede ser omitidas en ninguna situación.

Sin embargo, tal como anticipé, una simple lectura del decreto provincial 12/16, da cuenta de que la circunstancia de hecho referida y conocida por la demandada, no fue tomada en cuenta al tiempo de dictar el acto cancelatorio y, en consecuencia, tampoco se valoró al amparo de la regulación referida para analizar si, en el caso, la solución a adoptar podía ser diferente, es decir, más protectoria.

En este marco, no vacilo en afirmar que el acto administrativo cuyo objeto transgrede la protección constitucional y convencional de la maternidad con que cuenta la mujer, adolece de una nulidad absoluta por vicios en dicho elemento -art. 99, inciso c) y 110 inciso b) LPA-. Asimismo, la omisión de considerar tal situación de hecho de la trabajadora que la colocaba en una especial situación de vulnerabilidad, deja entrever vicios en la causa y motivación del acto -art. 99 inc. b) y e) y 110 incisos d) LPA- que robustecen la invalidez propiciada.

A consecuencia de ello, corresponde declarar respecto de la Sra. Lepez Bernal la nulidad absoluta e insanable del decreto Provincial nº 12/16 -cfme. art. 110, incisos b) y d) LPA-.

En su mérito, debe ordenarse su reincorporación en la categoría 10 PAYT en los términos del Decreto de designación nº 295/2015, a los efectos de cumplimentar el "servicio efectivo" por el transcurso de los meses en que usufructuó licencia por maternidad, con los alcances delineados en el presente.

A la luz del razonamiento esbozado, no cabe hesitar que la suspensión de pleno derecho del período anual de prueba desde que inicia hasta que finaliza la licencia por maternidad, es la solución que armoniza en mejor medida los preceptos constitucionales que tutelan a la mujer trabajadora en conjunción con las potestades públicas de seleccionar el capital humano más apto para que ejerzan la función administrativa. Asimismo, constituye una hermenéutica que, con perspectiva de género, viene a cumplimentar el mandato de acción positiva previsto en el plexo constitucional y convencional ya enunciado, arrojando un resultado superador del vacío legal existente en el caso en examen, que de manera

simultánea protege a la trabajadora en su maternidad sin mengua de las potestades de la administración ni de la finalidad pública que siempre persigue en todo su accionar.

Ello permite reafirmar la solución enarbolada en el presente, en la convicción de que resguarda sustancialmente los derechos de la madre trabajadora preservando la plenitud de las potestades de la administración.

IV. Consecuentemente, propongo admitir parcialmente el recurso extraordinario de casación de la accionante de fs. 155/162. Las costas deben ser impuestas a la vencida en todas las instancias (art. 58, segundo párrafo del CCA).

Así voto.

VOTO DEL JUEZ CARLOS GONZALO SAGASTUME:

Comparto la solución de conceder el recurso extraordinario de casación interpuesto por la accionante a fs. 155/162, con la respectiva imposición de costas en todas las instancias a la demandada vencida.

Ello, teniendo en consideración que, en primer término, nos encontramos ante una trabajadora (Decreto N° 295/15, BO N° 3425) que controvierte un acto que atenta contra sus derechos por tal condición (Decreto N° 12/16, BO N° 3567), razón por la cual se encuentra al amparo de lo prescripto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en armonía al art. 16 de la Constitución provincial.

En segundo lugar, ante su particular situación de licencia por maternidad que transcurría al momento del acto impugnado, goza de la protección regulada en el art. 17 de la Constitución provincial y art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. También luce

aplicable la preceptiva internacional, como bien lo determina el Doctor Muchnik en su voto y el propio accionado (v. fs. 58 vta. y 59).

Conforme al cuadro normativo descrito, es que considero debió regir un manto protectorio para la trabajadora que se encontraba transitando el periodo de post-gestación, el cual era hartamente conocido para la accionada (v. fs. 3/4), lo que la situaba en una situación de vulnerabilidad como bien señala en el acto procesal inicial (v. fs. 10 y vta.).

Además, el propio Decreto N° 1797/80, reglamentario de la Ley 22.140, precisa qué se entiende por el término “*servicio efectivo*” requerido en la ley durante doce meses para adquirir la estabilidad, considerándolo aquel durante el cual *el agente haya cumplido con las jornadas de labor*, razón por la cual podría haber acudido a tal instituto a los fines de brindarle el resguardo debido a la trabajadora, sin afectar sus potestades administrativas. Contrario a ello, lo invoca en el responde para respaldar la temporalidad de la decisión cesante (v. fs. 50 vta.).

Con ello se vislumbra que la postura asumida por la Administración para con la demandante, quien como expresamos se encontraba en goce de licencia, representó la más perjudicial para ella y contraria a los plexos normativos invocados, lo cual no resiste análisis. Y bien advierte la demandada que *el embarazo o la concepción imponen, por razones de estricta humanidad, un mayor grado de prudencia y consideración al tomar una medida expulsiva* (v. fs. 59 vta.), actitud que no asumió habiéndola tenido disponible y, como dijimos, sin merma de sus potestades.

Es mi voto.

VOTO DE LOS JUECES MARÍA DEL CARMEN BATTAINI Y ERNESTO ADRIÁN

LÓFFLER: por compartir los argumentos expresados y la solución propuesta por el primer votante adhieren, votando en los mismos términos.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 31 de marzo de 2022.

Vistas: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
RESUELVE**

- 1º.- ADMITIR PARCIALMENTE** el recurso extraordinario de casación de la demandante de fs. 155/162.
- 2º.- IMPONER** las costas de todas las instancias a la demandada vencida.
- 3º.- MANDAR** se registre, notifique y devuelva

Fdo: Javier Darío Muchnik –Juez-; María del Carmen Battaini –Juez-; Carlos Gonzalo Sagastume –Juez-; Ernesto Adrián Löffler – Juez-.

Secretario: Jorge P. Tenailon.

T XXVIII– Fº 194/203.