



**SENTENCIA DEFINITIVA**

En la ciudad de Neuquén, a los 5 días de febrero de 2021, tengo a la vista el expediente de referencia, venido a despacho para el dictado de sentencia definitiva, que se estructura de la siguiente manera:

**I.- ANTECEDENTES**

**1.- Demanda interpuesta por L. D. (hojas 69/87)**

L. D. dedujo acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén, con la pretensión de que se anule la Resolución N° 141/18 emitida por la Presidencia de la Legislatura provincial, que denegó su recategorización. Considera al acto como arbitrario, discriminatorio y violatorio de derechos de jerarquía constitucional en su condición de mujer y madre de una niña lactante.

Solicita el reconocimiento retroactivo del ascenso que le fue denegado y el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, que estima en \$ 202.140,22 más intereses.-+-

Relata que ingresó a trabajar a la Legislatura el 02/01/2008 con una designación política para cubrir el cargo de Jefa del Departamento de Contenidos Multimediales, hasta que en marzo de 2015 concursó e ingresó a planta permanente con la categoría HL5.

Narra que en el año 2017 se presentó a su primera recategorización (las convocatorias son cada dos años) y que ésta le fue denegada, por considerar la Junta de Calificaciones que no cumplía con el mínimo de asistencia deseable para el ascenso.

Denuncia que la resolución tomada en cuenta para evaluarla se dictó diez días antes de la evaluación, que la

desconocía, y que si su desempeño para el ascenso hubiere sido juzgado en los términos de la anterior norma (Resolución 275/13) habría sido recategorizada.

Expone los criterios recogidos por la Resolución 116/17, en particular la exigencia de un 95% para el personal titular de unidad organizativa para acceder a la recategorización.

Apunta que la Junta detectó que tenía un porcentaje inferior al previsto (93,44 %) y que, por ello, pidió informes al área de Medicina Laboral para que indague los motivos de la inasistencia.

Indica que con base en el informe del Jefe del Departamento de Medicina Laboral, el 04/05/2017 la Junta emitió el Acta N° 5/27, que decidió no promocionarla y recomendarle mejorar el ítem de asistencia.

Expone el camino administrativo recorrido, en el que fue cosechando rechazos hasta la emisión de la Resolución N° 141/2018 del Presidente de la Legislatura, que agotó la vía administrativa.

Su impugnación sobre la resolución afinca en la motivación del acto y lo que considera una transgresión al derecho a la carrera administrativa y la erradicación de toda forma de discriminación contra la mujer.

Plantea que la Legislatura no consideró que sus inasistencias se justificaron en atención al cuidado de su hija menor enferma durante el período de lactancia.

Denuncia que la Legislatura tergiversó su reclamo, que no consideró la cuestión de hecho acreditada en el expediente -en particular los certificados y las prescripciones médicas que obraron en su legajo-, y que no se analizaron las causas de sus inasistencias, que se encontraban ligadas a la maternidad y a la lactancia.

Analiza el Anexo I de la Resolución N° 116/2017 y deduce que la Junta tenía amplia discrecionalidad para evaluar los porcentajes de días trabajados. Agrega que el punto 3 no contiene una enunciación taxativa de las ausencias justificadas que pueden computarse como días trabajados.

Agrega que dicho anexo brinda amplias facultades discrecionales para poner en consideración cualquier situación especial.

Manifiesta que, además, conforme a la redacción del tercer párrafo del punto 3 del Anexo I, se prevé que los valores mínimos sean "deseables", por lo que no resultan *per se* obligatorios, e incluso se especifica que los miembros pueden incorporar más criterios de evaluación, de acuerdo al punto 9 del Anexo I.

Acusa, en fin, que el acto que rechazó su reclamo es irrazonable, ilegítimo, arbitrario e inmotivado.

Insiste en que su petición no se circunscribía al cuidado de cualquier familiar enfermo, sino que se trataba del cuidado de su hija menor en período de lactancia y que la Legislatura no respondió la cuestión central planteada.

Incluso, estima que la resolución atacada no tuvo en cuenta que el porcentaje que le faltaba obtener para alcanzar el mínimo de asistencia deseable era sólo de un 1.56 % y que el grueso de las inasistencias por atención de familiar enfermo que surge del reporte individual de asistencia se debieron pura y exclusivamente al cuidado de su hija menor de edad en período de lactancia durante los días que se encontraba enferma.

Apunta a la violación al derecho a la carrera administrativa y a la estabilidad del empleo público, con cita a jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia.

No obstante, sus embates principales se centran en la afectación a deberes impuestos por normas constitucionales y

legales en materia de género a nivel internacional, nacional y provincial.

Explica que el grueso de las ausencias justificadas se encontraban directamente ligadas a la maternidad y a la lactancia, situación que la puso en un pie de desigualdad respecto de los agentes varones, práctica que considera una forma de discriminación laboral vinculada con cuestiones de género y, específicamente, de maternidad.

Cita la normativa que considera involucrada. Sostiene que la resolución atacada se limitó a verificar la igualdad entre hombres y mujeres y olvidó que dicho concepto debe traducirse en oportunidades efectivas y reales en todos los ámbitos.

Enfatiza que las mujeres trabajadoras se hallan en una posición singular, pues se enfrentan a la realidad de que dar a luz y alimentar a sus hijos se traduce en un castigo o estigma a la hora de conseguir un ascenso.

Agrega que el acto desconoció la importancia de la lactancia materna en los niños menores de dos años, aspecto promovido por la Organización Mundial de la Salud y los ministerios del ramo provincial y nacional.

Fundamenta que la promoción de la lactancia materna cuenta con base legal en la Ley Nacional N° 26.873 y que su importancia se avizora a nivel provincial en la creación de la Comisión Provincial de Lactancia Materna, entre innumerables funciones promovidas con dicho fin.

Contextualiza su situación en una situación de desigualdad por género dentro del ámbito laboral.

Reconoce que la resolución tomada en cuenta para su categorización fue posteriormente reformada por la Resolución 190/2018 del 28/06/2018, que ahora incluye expresamente la "atención de hijo lactante" lo que evidencia la ilegitimidad,

irrazonabilidad e inconstitucionalidad de la Resolución 141/2018 y sus antecedentes.

Fundamenta los daños y perjuicios peticionados.

Respecto del daño patrimonial formula planilla de liquidación desde marzo de 2017 a junio de 2018 a efectos de fundamentar la merma sufrida, que arroja un total de \$ 102.140,22 más intereses.

En cuanto al daño moral, esgrime que todo lo expuesto la expuso a una situación de maltrato por parte del Estado lo que le generó angustia y malestar.

Solicita que se de publicidad de la sentencia conforme al artículo 1740 del Código Civil y Comercial y se cumpla con las obligaciones establecidas en la *Convención Belém Do Para* exhortando a la demandada a ajustar su conducta a los términos vigentes. Cita jurisprudencia. Calcula por el rubro un total de \$ 100.000.

Ofrece y acompaña prueba y formula reserva del caso federal.

## **2.- Habilitación de instancia y ejercicio de la opción**

Admitido el proceso (hoja 123) y ejercida opción por el procedimiento ordinario (hojas 129/132) se corrió traslado de la demanda.

## **3.- Contestación de la Provincia del Neuquén (hojas 147/153)**

La Provincia del Neuquén se presentó y contestó demanda.

Luego de las negativas y desconocimientos de rigor, apunta a lo que considera la realidad de los hechos, y resalta, previo a todo, que se está frente a una cuestión de puro derecho.

Acusa que la actora intenta contaminar el proceso con cuestiones de violencia y de género.

Defiende la validez y legalidad de los actos administrativos impugnados y esgrime que el planteo de la accionante trasunta en una mera disconformidad y divergencia de criterio.

Niega violencia, discriminación o cuestión de género alguna en el caso. Ratifica la Resolución N° 141/18, que transcribe.

Rechaza los rubros solicitados. Sostiene que el reclamo es meramente salarial y basado en pretensiones absolutamente improbadas e improbables, sin sustento alguno.

Ofrece y acompaña prueba, se opone a la citación de la Sra. Z., ofrecida por la actora. Expresa desinterés en las pruebas periciales y formula petitorio solicitando el rechazo de la demanda.

**4.- Contestación del traslado del artículo 50 CPA (hojas 159/vta.)**

Corrido traslado de la contestación, la actora respondió y ratificó todos los términos consignados en la demanda.

En cuanto a la oposición de la testigo propuesta, la fundamenta en la posibilidad de contar con una experta en la materia de violencia de género.

**5.- Audiencia preliminar (hoja 164)**

En la audiencia preliminar celebrada el 19/02/2019, las partes no arribaron a acuerdo.

**6.- Prueba producida**

Abierta la causa a prueba (hojas 166/167), se produjo la siguiente:

**a.- Documental e instrumental:**

Copia certificadas del Expediente en el que se dictó la Resolución N° 141/18 del 15/05/2018 y expedientes N° 021-31182/2017, 021-33873/2017, 005-12398/2018 y 006-4789/2018 de la Legislatura Provincial (hojas 93/120).

Copia certificada del Legajo personal de la actora (hojas 299/538).

Copia certificada del Expediente 003-27493/2019 vinculados a la promoción de la actora a la categoría HL4 (respuesta parcial en hojas 265/274 y, ante un nuevo requerimiento, en hojas 286/294 acompaña Acta N° 14/19 de la Junta de Calificaciones y Evaluaciones de desempeño períodos 01/12/17 - 30/11/18 y 01/12/16 - 30/11/17).

Copia simple de informe suscripto por C- V. T-.

**b.- Informativa:**

Ministerio de Ciudadanía de la Provincia del Neuquén (hojas 235/237).

**c.- Testimonial**

Prestaron declaración en audiencia audiovisual la testigo M. M. T. (acta en hoja 193) y M. S. V. (acta en hoja 194).

**d.- Consultor técnico (ofrecido como testigo experto):**

En hojas 244/253 obra dictamen de la Sra. Ruth Zurbriggen.

Corrido traslado del informe, la Provincia contestó y lo descalificó como medio probatorio válido (hojas 259/260).

Proveído lo manifestado por la demandada (hoja 261) la actora planteó recurso de reposición y solicitó que se corra traslado a la profesional de las observaciones formuladas por la Provincia (hojas 263/264).

La revocatoria fue rechazada en hojas 276/vta.

**e.- Pericial contable (hojas 211/228)**

**7.- Hecho nuevo (hojas 240/243)**

En fecha 10/09/2019 la accionante se presenta a efectos de poner en conocimiento que Resolución 288/2019 fue promovida a la Categoría HL4.

**8.- Alegatos de las partes**

Clausurado el período probatorio se pusieron las actuaciones en estado de alegar (hojas 539) derecho del que hizo uso la actora (hojas 544/554).

**9.- Dictamen del Ministerio Público Fiscal (hojas 559/564)**

Corrida la vista del artículo 61 de la Ley 1305, el Fiscal Jefe propició el rechazo de la demanda.

**10.- Pase a sentencia (hoja 567)**

El 15 de septiembre de 2020 dispuso el pase a despacho para el dictado de la sentencia, en providencia que se encuentra firme y consentida y coloca a las presentes en condición de emitir el pronunciamiento definitivo.

**II.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

**1.- Cuestión materia de juicio**

La cuestión se circunscribe a determinar la legitimidad de la decisión de la Legislatura provincial que desestimó la recategorización de la actora a raíz de no haber alcanzado los recaudos establecidos reglamentariamente para el ascenso.

**2.- Hechos acreditados**

De los antecedentes acompañados, puede tenerse como probadas las siguientes circunstancias:

**a.- Situación laboral de la actora**

El 10/12/2011, L. D. ingresó en Planta Política Temporaria de la Legislatura de la Provincia del Neuquén en el puesto de "Jefa a cargo del Departamento de Contenidos Multimediales" con la Categoría HL5 (cf. Res. 495/2011 y 066/2012, hojas 346/347 y 348/349), categoría que detentaba al momento de la cuestionada evaluación. Por Resolución N° 101/2015 fue designada en Planta Permanente luego de atravesar la instancia de concurso (hojas 352/353).

**b.- Licencias por maternidad y lactancia**

Cuando ingresó a la Legislatura provincial, D. era madre de un niño, nacido el 25/05/2011 (hoja 405).

El 10/08/2015 dio a luz a una niña (cf. Acta y DNI en hojas 412 y 413).

Dentro del período de evaluación (01/03/2015 - 28/02/2017) usufructuó de diversas licencias para el cuidado de su hija.

**c.- Evaluación de la agente D.**

Conforme surge del Acta N° 001/2017 (cuyo extracto obra en hoja 372) D. fue evaluada en el período "marzo 2015 - marzo 2017" y se asentó "*Evaluación de desempeño: 2015: 4.38 - 2016: N/R; Capacitaciones: marzo 15-marzo 2017: convocados: 2 - Aprobado: 1; Ausencias injustificadas marzo 15 - marzo 2017: 0; Días trabajados: período 01-03-2015 al 28-02-2017: 93.44 %*".

En el acta también constó que la evaluación de desempeño correspondiente al período 2016 había sido apelada por la agente y se encontraba pendiente de resolución por Secretaría de Cámara.

Previo a resolver, se solicitó al área de medicina laboral una ampliación respecto del "porcentaje de asistencia".

El 4 de mayo de 2017, la Junta de Calificaciones volvió a reunirse y por Acta N° 005/2017 decidió no promocionar a la empleada.

En el acta, además de los criterios anteriormente expuestos (Título, Evaluación de Desempeño, Capacitaciones, ausencias injustificadas, días trabajados) agregó el ítem "*Asistencia a sesiones en jornadas extendidas más de 1 hs*" del que extrajo que en 2015 fue de un 25% y en 2016 39%.

El Jefe de Medicina Laboral "*brindó información ampliatoria respecto del legajo médico de la agente*" y "*habiendo tenido plena consideración del análisis excepcional*

de la asistencia a sesiones de la agente", la Junta consideró no cumplidos los requisitos evaluados y resolvió no promocionar a la agente, "recomendándole mejorar el ítem asistencia" (hoja 373).

**d.- Reclamaciones administrativas y respuestas de la Legislatura**

Disconforme, el 23/05/2017 la actora dedujo recurso y solicitó la revocatoria del acto, con asiento argumental en la falta de motivación de la decisión y en que el grueso de las ausencias justificadas se debía a su situación de madre lactante y al cuidado de su hija enferma.

Expuso por primera vez la presencia de un trato desigual basado en el género y denunció la existencia de discriminación (hojas 106/107).

La Junta rechazó el reclamo por Acta 010/2017 (hojas 374/375).

Para arribar a la decisión, descartó la "falta de motivación" del acto y desechó la aplicación del artículo 51 de la ley 1284 al acto cuestionado.

Explicó que la postergación del ascenso podía deberse a diferentes factores y que las inasistencias justificadas no necesariamente implicaban su cómputo a todos los efectos como días efectivamente trabajados.

Sobre la alegada "discriminación laboral", indicó que mujeres y varones tienen iguales derechos y responsabilidades y los varones deben asumir el cuidado de familiar enfermo: "No pareciera correcto aseverar que por ser madre se está en inferioridad de condiciones con los varones" expresó el acto, volcando lo dictaminado por el área jurídica del cuerpo.

El 03/10/2017 la accionante planteó recurso ante el Presidente de la Legislatura en términos similares a los originariamente propuestos (hojas 112/vta.).

Ante el silencio, en abril de 2018 dedujo pronto despacho (hoja 115) y luego, ante la persistencia en la falta de respuesta, interpuso acción de amparo por mora administrativa (hojas 110/111) que fue declarado abstracto por el dictado del acto (hojas 93 vta. /94).

En efecto, el 15/05/2018 el Presidente de la Legislatura finalmente dictó la Resolución N° 141/2018 (hojas 96/vta.) que rechazó el reclamo y agotó la vía administrativa.

Según la resolución, el cambio normativo no implicó la nulidad del resultado pues dentro de la misma no se encontraba contemplada la "licencia por atención de familiar enfermo" y aplicando una u otra resolución el resultado sería el mismo.

Sin hacer un abordaje concreto, la resolución descartó lesión o violencia laboral o afectación al derecho de defensa.

Finalmente, aseveró que en el caso no se encontraban en juego derechos constitucionales, sino que la denegación se basó en una *"evaluación conceptual e integral de carácter potestativo en pos de su función considerando estratégicamente todos los ítems contenidos en el Art. 28 de la Ley N° 1703"*. La Resolución fue notificada el 05/06/2018 (hoja 100).

#### **e.- Recategorización**

Por Resolución N° 288/2019, que aplicó los criterios establecidos en la Resolución N° 190/18 (hoja 266/vta.) L. D. fue finalmente promocionada a la categoría HL4 desde el 01/06/2019 (hojas 266/272).

La recategorización se efectuó por Acta 14/2019 de la Junta de Calificaciones (hoja 286).

#### **3.- Normativa aplicable y fundamentos de la decisión**

L. D. expone tres cuestiones centrales que concretizan su pretensión.

En primer lugar, menciona que se aplicó la norma incorrecta para su evaluación (Res. N° 166/17), pues correspondía la aplicación de su antecedente (Res. N° 275/13) bajo cuyos postulados hubiera sido recategorizada.

En segundo orden, plantea que la Junta no consideró que sus inasistencias justificadas se debieron a que se encontraba en período de lactancia y pondera las amplias facultades discrecionales del cuerpo para evaluar situaciones especiales, como considera se dieron en el caso.

Finalmente, esgrime que la decisión afectó su carrera administrativa y estabilidad al empleo público y que la Legislatura obvió la normativa en materia de género y protección de la lactancia materna. Introduce, en esa línea, un planteo de igualdad vinculado a la cuestión económico - social entre hombre y mujer.

La Provincia, por su parte, se limita a defender la legitimidad de los actos de la Legislatura y descarta la presencia de una situación de violencia laboral o de discriminación por cuestiones de género.

**a.- Normativa aplicable para la evaluación de D.**

Sobre este punto, la actora afirma que *"la junta debía evaluar mi desempeño y demás extremos bajo evaluación en los términos de la Res. 275/2013 y no bajo los preceptos de la Res. 116/2017 y su Anexo I. Ello por cuanto la Resolución que se encontraba vigente durante el período que estaba siendo evaluado mi desempeño fue entre 01/03/15 al 28/02/17 era la Res. 275/2013"*.

Al mismo tiempo, asegura que *"si la Junta hubiese aplicado dicha resolución, hoy me encontraría detentando la categoría por el cual había sido evaluada"*.

Luego detalla las fechas del período evaluado y la de la entrada en vigor de la norma aplicada y la tesis de la

Legislatura, según la cual el resultado hubiera sido el mismo de haberse aplicado la norma derogada.

La Provincia no emitió en esta sede argumentación alguna sobre este punto.

En sede administrativa, la Legislatura expuso que *"este cambio en las aplicaciones de normativas no implica la nulidad al resultado concluido para meritar su promoción, ya que es el mismo, pues en ambas, no está contemplada la licencia por atención de familiar enfermo; es decir, que se arriba al mismo resultado"* (ver Resolución 141/2019, hoja 19, las imperfecciones de estilo corresponden al original).

El Ministerio Público Fiscal estimó en su dictamen que la Resolución 116/2017 *"se encontraba plenamente vigente al momento en que la junta se reunió a analizar y resolver sobre el pedido de ascenso en cuestión y que, por tanto, resultaba plenamente aplicable al caso"* y que *"Tales parámetros operan no solo para los períodos de evaluación de desempeño futuro sino también para los anteriores que, de acuerdo a lo prescripto en la legislación anterior -Res. N° 275/13 (fs. 517)-, aún no hubieran debido ser calificados"* (ver hoja 5 vta./536).

De ingreso al punto, se impone partir de la base de que los reglamentos no pueden ser retroactivos, pues les alcanza el mismo principio de las leyes.

En cuanto a estas últimas, es principio general que a partir de su entrada en vigencia, se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pero no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario y que la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Ello así, pues si bien es cierto que el principio de irretroactividad de las leyes establecido por el [artículo 7](#)

del Código Civil y Comercial no tiene jerarquía constitucional, no lo es menos que el mismo es una norma de interpretación que debe ser tenida en cuenta por los jueces en la aplicación de las leyes y que la facultad de legislar sobre hechos pasados no es ilimitada, ya que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el [artículo 17](#) de la Constitución nacional.

Más allá de ello, la Ley 1284 establece que *“Los reglamentos no tienen efectos retroactivos, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por reglamento en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”* (artículo 91).

Dado que la norma sobre vigencia temporal de los reglamentos de la Ley 1284 es muy similar a la del CCC, podemos parafrasear a Roubier, cuya doctrina inspira el contenido de esas normas.

Este autor sostiene que una ley deviene retroactiva en la medida en que sus disposiciones se apliquen a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (*facta praeterita*), o cuando, aplicándose a situaciones en curso, se introduce en los efectos de esa situación cumplidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Ahora bien, si la ley nueva se aplica a consecuencias aún no realizadas de una situación nacida bajo la vigencia de una ley anterior, estamos frente a una aplicación de la ley que tiene efecto inmediato y no efecto retroactivo.

En suma, la ley antigua debe aplicarse a los efectos producidos con anterioridad a la vigencia de la ley nueva, en tanto que ésta debe aplicarse a los efectos posteriores a su vigencia.

Así, "todos los efectos jurídicos producidos por la situación considerada antes de la entrada en vigor de la ley nueva son parte del dominio de la ley antigua y no se los podría quitar sin retroactividad.

Si nosotros suponemos una situación jurídica produciendo sus efectos durante cierto período de duración, la ley nueva determinará los efectos jurídicos que se producen después de su entrada en vigor, sin que exista otra cosa que un efecto inmediato; pero ella no podría alcanzar los efectos jurídicos anteriores, sea que se trate de modificarlos, de acrecerlos o de disminuirlos, sin que exista retroactividad"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ROUBIER, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, p. 183.*

La aplicación inmediata de la ley a las consecuencias generadas o producidas por situaciones jurídicas existentes es el efecto propio y normal luego de su sanción.

Significa la aplicación de las nuevas normas para el futuro, para las consecuencias aún no cumplidas (hechos en curso) como consecuencia necesaria de la naturaleza irreversible del tiempo.

El efecto inmediato encuentra sus límites en el principio de irretroactividad, que impide aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas (sea su creación, modificación o extinción), o a efectos ya producidos (hechos cumplidos o consumados), pero ninguna restricción existe cuando las consecuencias son posteriores a la vigencia de la nueva ley, aun cuando hayan sido generados por una situación jurídica existente.

Cuando los hechos constitutivos o extintivos tienen un único momento o si requieren actos continuos o sucesivos y estos están cumplidos bajo el amparo de una única ley, es decir preceden a la entrada en vigencia de la nueva ley, no pueden, en principio, ser alcanzados por los efectos de la

nueva ley. En cambio, cuando durante una ley se han sucedido hechos aptos para comenzar la gestación o extinción de una situación jurídica y se modifica la ley que gobernaba la eficacia de esos hechos, corresponde sostener que al no haberse consumado íntegramente la constitución o finalización, quedará regida por la nueva ley.

2 ZAVALA, Gastón, *Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso* Revista: 928, 18/09/2017, disponible en el siguiente [link](http://www.revistanotariado.org.ar/2017/09/temporalidad-de-la-ley-incidencia-en-las-situaciones-juridicas-en-curso) <http://www.revistanotariado.org.ar/2017/09/temporalidad-de-la-ley-incidencia-en-las-situaciones-juridicas-en-curso>).

En este sentido, la Corte Suprema tiene dicho desde antaño que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones y que la derogación de una ley común por otra posterior no afecta derecho alguno emanado de la Constitución Nacional.

3 CSJN, *Fallos*: 244: 259; 267:247 y sus citas; 273:14; 307:134, 1108; 308:885; 310: 1080, 1924; 313:1007, entre muchos otros.

En fin, una norma jurídica es retroactiva cuando suprime o limita derechos adquiridos. Son "derechos adquiridos" aquellos que estaban irrevocablemente conferidos antes del hecho, acto o ley que se les quiere imponer - incorporados ya al patrimonio del individuo- en virtud del acaecimiento del hecho o acto abstractamente previsto en la norma como condición para su adquisición.

En el caso, la actora no contaba con derecho adquirido a la recategorización, ni a ser categorizada con la norma derogada, pues ello dependía de la evaluación de la Junta de Calificaciones y, luego, de la emisión de un acto administrativo, no exento de cierto margen de discrecionalidad, que adoptara su criterio.

En otros términos, la norma derogada, a la que refiere la actora, no le confería un derecho a la recategorización, sino que establecía criterios a evaluar por el órgano administrativo bajo los cuales posiblemente y de no

haber sido derogada, hubiera podido tener mejor suerte que con la nueva norma.

Sin embargo, ello no es suficiente para considerar que la norma vigente, de aplicación y efectos inmediatos sobre las situaciones y relaciones jurídicas no consolidadas bajo la vigencia de la anterior, sea retroactiva.

Es que la constitución de la relación jurídica no estaba perfeccionada al momento de la entrada en vigencia de la nueva norma, cuya inmediata aplicación está fuera de discusión porque, reitero, no estando constituida ni extinguida una situación, la ley nueva puede modificar las condiciones relativas a su formación o cesación, sin incurrir en retroactividad, teniendo solamente efecto inmediato.

Ello sella su suerte adversa, pues la pretensión de dar eficacia a la norma derogada sobre las consecuencias posteriores al perfeccionamiento de la nueva norma, lleva consigo la de la ultraactividad de aquella norma anterior y postergación de la eficacia de la nueva, y ello no ha sido establecido por el derecho aplicable al caso.

El reglamento, pues, aplicable para la evaluación de la actora, era la Resolución N° 116/2017, que dejó sin efecto la Resolución N° 275/13 y constituía la norma vigente al momento de la evaluación.

En virtud de este reglamento, la Legislatura revocó la Resolución N° 275/13 (agregada en hojas 517) que regulaba el proceso de recategorización del personal de planta permanente, pero sin precisar criterios de evaluación determinados.

Conforme al artículo 4° de esta última *"En cada reunión, la Junta de Calificación y Ascensos, a los fines de lo establecido en el artículo 1°, deberá fijar mediante acta, los criterios de evaluación para los distintos grupos definidos en el artículo 5° de la ley 170, análisis,*

*fundamentos y los resultados de cada caso en forma particular. Los criterios establecidos deberán respetar siempre y en todos los casos, los siguientes parámetros: evaluación de desempeño, ausencia injustificada, capacitación formal y no formal, sanciones disciplinarias, actitud proactiva, perfil de carrera".*

La Resolución N° 716/2017 tuvo por fin homogeneizar y parametrizar los elementos de análisis con el objeto de brindar una evaluación objetiva de los agentes, bajo requisitos que den pautas de la performance de su desempeño en el ámbito laboral y que además perduren en el tiempo para mantener un orden de igualdad entre los agentes (cf. se desprende de los considerandos).

Con dicha finalidad, a diferencia de su antecesora, la Resolución introdujo en su Anexo I "*Criterios y Parámetros establecidos para el proceso de recategorización*": 1. Evaluación de desempeño; 2. Ausentismo Injustificado; 3. Asistencia; 4. Capacitación; 5. Sanciones Disciplinarias; 6. Actitud proactiva y perfil de carrera; y 7. Culminación de carrera administrativa.

Dentro de la norma, también se incluyó la posibilidad de asignar "Tratamientos especiales" para casos de agentes con tratamiento por enfermedad (punto 8) y se facultó a los miembros de la Junta a "*incorporar, de ser necesario, más criterios de evaluación, los que deben quedar expresos en cada acta de tratamiento, no pudiendo éstos, modificar lo ya establecido en el Anexo I de la presente norma legal*" (punto 9).

**b.- Porcentaje de días trabajados conforme al reglamento. Licencias de la actora**

El punto central por el cual se desestimó la recategorización fue la "asistencia".

Ello surge del acta de evaluación y del análisis del *iter* administrativo se advierte que en momento alguno se expuso otro factor como base para denegar la categoría, sino que, por el contrario, el resto de los elementos de evaluación (capacitación, ausentismo injustificado, sanciones disciplinarias, etc.) había sido cumplido por la agente.

En cuanto a la evaluación de desempeño, antes y después de la Resolución que se impugna, aquella obtuvo muy buenas calificaciones.

Así, en el período previo surgen calificaciones que van de 4,23 para el período 01/12/2011 - 30/11/2012 (hojas 355/358), 4,34 para el período 30/11/2012 - 30/11/2013 (hojas 359/362), 4,38 para el período 01/12/2013 - 30/11/2014 (hojas 363/366) y 4,38 para el período 01/12/2014 - 30/11/2015 (hojas 367/370).

Luego de la valoración cuestionada, surge una evaluación de desempeño que contempló el período 01/12/2016 al 30/11/2017 que le otorgó la calificación máxima (5,00) (hojas 386/389).

En fin, las pruebas rendidas indican que el único motivo que condujo a denegar la recategorización fue el hecho de contemplar como días no trabajados aquellos tomados para el cuidado de su hija enferma lactante.

Del mismo modo, tampoco fue un recaudo exigido la asistencia en sesiones de la agente, criterio que se agregó a la hora de evaluarla en el Acta N° 005, pero que el reglamento sólo adicionó para el análisis al Cuerpo de Taquígrafos (cf. art. 3 *in fine*).

Ahora bien, la Resolución N° 116/2017 determinaba como criterio de asistencia a los fines de la recategorización, el *porcentaje de días trabajados* y fijó una regla: consideró como *día trabajado* los siguientes: 1) los días efectivamente trabajados; 2) aquellos con artículo por

licencia anual vacacional; 3) con artículo por licencia permiso especial invierno; 4) con licencia especial para participar de olimpiadas legislativas; 5) con licencia por maternidad/paternidad, conforme al artículo 81 y 92, inciso c); y 6) con licencia por fallecimiento de familiar (cf. art. 92, inciso d) (Anexo I, punto 3).

Asimismo, la resolución previó que la Junta de Calificación y Ascensos podía contemplar otras situaciones "con autorización especial" sobre la totalidad de días hábiles correspondientes al año bajo análisis.

Sin embargo, la norma agregó otro estándar de interpretación para la Junta, acorde a la mayor responsabilidad de los agentes sobre los sectores que gestionan: de esos días trabajados consideró como "deseable" determinados valores mínimos, a saber: a) personal auxiliar: 90 %; b) Personal a cargo de unidad organizativa: 93 %; y c) Personal Titular de unidad organizativa: 95%.

No existe controversia respecto de que la actora, en la condición de agente incluida dentro del inciso c), no cumplió con el porcentaje de días trabajados catalogados como "deseables" por la reglamentación, pues su asistencia fue del 93,44 %.

Por otra parte, surge acreditado que el grueso de esos días de ausencia, todos justificados conforme a la Ley 1703 4, se debió al cuidado de su hija enferma que se encontraba en condición de lactante y dentro del primer año de vida.

4 Cf. art. 48 "Las licencias se otorgarán atendiendo a las siguientes causales: ... g) Por asunto familiar o particular"; cf. art. 92 "El agente tendrá derecho, desde su ingreso, a usar licencia remunerada en los casos y por término de días laborales siguientes: ... g) Para consagrarse a la atención de un miembro del grupo familiar, cónyuge, padres, hermanos o hijos consanguíneos, hasta veinticinco (25) días, continuos o discontinuos, por año calendario. Esta causal deberá ser comprobada y certificada por el servicio médico de la Honorable Legislatura, por lo cual se aplicarán en esta licencia las disposiciones de los artículos 9, 70, 72, 73, 76 y 80".

Como surge del reporte individual de asistencia, durante el año 2015 hizo uso de un día de licencia para "Atención de familiar enfermo" mientras que en el año 2016 dicho rubro se elevó a 16 (hojas 377/378).

Según el certificado de la pediatra emitido el 19/11/2015, la niña "se encuentra en período de lactancia exclusiva, por lo que solicito horario de lactancia para su madre L. D. hasta el año de vida" (19/11/2015, cf. hoja 458).

Dentro del año 2016 la actora hizo uso de varias licencias para el cuidado de su hija lactante derivadas de enfermedades varias (catarro, laringitis, gastroenteritis, como surge en hojas 459, 460, 461, 462, 464, 465 y 466) dentro del año de lactancia.

También consta otro certificado específico del 14/03/2016 según el cual la menor "requiere cuidados de su madre por 48 horas" (hoja 459) y del 22/03/2016, 23/03/2016, 23/05/2016, 03/02/16.

#### **c.- Derecho a la carrera administrativa. Competencia de la Junta de Calificación y Ascensos**

La carrera administrativa es el derecho del personal al progreso dentro del ámbito de actuación, pudiendo cambiar de grupo y/o ascender de categoría, siempre que acredite título habilitante, capacitación específica o idoneidad suficiente adquirida en el ejercicio de sus funciones en tanto y en cuanto se encuentre prevista presupuestariamente la vacante (art. 24, Ley 1703, Estatuto del Personal Legislativo).

A tal efecto, la Ley previó que sea la Junta de Calificación y Ascensos quien tenga a su cargo todo lo relacionado con las prescripciones del régimen de calificación, ascensos y concursos (art. 35).

La actora en su demanda no pone en crisis la Resolución N° 116/17, sino que plantea que ésta dejaba margen

para que la Junta de Calificación contemplara la situación de lactancia en que se encontraba y que, por tanto, debía considerar como "días trabajados", a efectos de la exigencia prevista en dicha resolución, aquellos en los que se ausentó por estar al cuidado de su hija lactante enferma.

No obstante, el órgano competente no hizo más que atenerse al reglamento y a los porcentajes fijados como "deseables" en la norma.

Ahora bien, como veremos a continuación, la aplicación del reglamento en el caso concreto en el modo en que se lo hizo, deriva en un resultado que respecto de la Sra. D. es jurídicamente inválido.

La regla prevista en la Resolución 116/2017, como vimos, luce en abstracto imparcial. Sin embargo, la aplicación desprovista de un acabado examen de la situación fáctica y del plexo jurídico normativo constitucional y convencional desemboca necesariamente en la ilegitimidad de los actos administrativos que denegaron su ascenso.

No existió en la norma una distinción basada en el sexo -por eso no puede hablarse de categorías sospechosas ni de presunción de inconstitucionalidad- pero la Legislatura -en su rol de aplicador de la norma reglamentaria- omitió ponderar diferencias fácticas concretas que exigían un trato distinto para evitar que la ausencia de distinción por parte del legislador desemboque en un trato discriminatorio.

Por lo demás, la respuesta propiciada por la Legislatura a la hora de contestar el reclamo deducido por la accionante es argumentalmente deficitaria y carece de un adecuado tratamiento de la cuestión de género planteada.

Sobre estos puntos me voy a detener a continuación.

**d.- La omisión de ponderar la situación de la madre lactante por parte del aplicador de la norma**

La reforma constitucional de 1994 redefinió el principio de igualdad, que en general se ha interpretado como principio de no discriminación, en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias, para ser tratado a la luz del artículo 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados de jerarquía constitucional ("Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", art. II; "Declaración Universal de Derechos Humanos", art. 7°; "Convención Americana sobre Derechos Humanos", art. 24; "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", arts. 2.1 y 26; "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", arts. 2.2 y 3; "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", arts. 2° a 7°; "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres -en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés-)".

El artículo 75.23 menciona a las mujeres entre los colectivos cuya vulnerabilidad exige del Estado especial atención y la asunción por parte de toda autoridad estatal en el ámbito de su competencia<sup>5</sup> de medidas de acción positiva a los fines de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos.

<sup>5</sup> CSJN, Fallos: 335:452.

La CEDAW obliga en su artículo 3° a los Estados Partes a tomar, en todas las esferas y, en particular, en la política, la social, la económica y la cultural, *"todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre"* (art. 3).

Asimismo, el artículo 4° de la CEDAW puntualiza que *“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato”*; (inc. 1), *“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”* (inc. 2).

La Recomendación General N° 25, sobre el artículo 4° párrafo 1 de la CEDAW, interpreta que *“... una lectura conjunta de los artículos 1 a 5 y 24, que constituyen el marco interpretativo general de todos los artículos sustantivos de la Convención, indica que hay tres obligaciones que son fundamentales en la labor de los Estados Partes de eliminar la discriminación contra la mujer. Estas obligaciones deben cumplirse en forma integrada y trascienden la simple obligación jurídica formal de la igualdad de trato entre la mujer y el hombre. En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación -que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares- por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de sanción...”*.

A nivel local, el artículo 45 de la Constitución Provincial, titulado *“Perspectiva de género e igualdad de oportunidades”*, puntualiza que *“El Estado garantiza la igualdad entre mujeres y varones y el acceso a las*

*oportunidades y derechos en lo cultural y económico, político, social y familiar. Incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente planes tendientes a: 1. Estimular la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; 2. Promover que las responsabilidades familiares sean compartidas; 3. Fomentar la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad; 4. Facilitar a las mujeres único sostén de familia el derecho a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; 5. Facilitar a las mujeres único sostén de familia el derecho a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; 5. Prevenir la violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brindar servicios especializados para su atención; 6. Prevenir la violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brindar servicios especializados para su atención (y) 6. Desarrollar políticas respecto de las niñas y adolescentes embarazadas, ampararlas y garantizar su permanencia en el sistema educativo”.*

El artículo 46 establece en su apartado final que “*La maternidad y la infancia tendrán derecho a la protección especial del Estado*”.

En este marco, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo.

Este análisis considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.

Esta visión de igualdad, entendida como “no sometimiento”, impacta sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural<sup>6</sup>.

6 SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, pág. 80/81.

Hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras, porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia, que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad, puede ocurrir que, sin embargo, *prima facie* la norma aplicada en un contexto social, produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado<sup>7</sup>.

7 CSJN, *Fallos*: 340:1795, Considerando 20

La Resolución N° 116/2017, en apariencia neutral - porque de su letra no surge preferencia de ningún sexo respecto de otro-, produce en su aplicación al caso concreto, y en el modo en que se lo hizo, un resultado irrazonable y contrario al marco jurídico constitucional anteriormente sintetizado.

La aplicación de la norma al caso concreto profirió y fomentó un trato desigualitario en función del género respecto de la Sra. D..

La denegatoria del ascenso con base en dicha circunstancia constituyó una conducta discriminatoria indirecta, pues puso a la agente en situación de desigualdad

por razón de su condición de madre lactante, por razón de su género.

El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 234.

Incluso es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba, pues una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia del 28 de Noviembre de 2012, párrafo 286.

Sobre este punto corresponde que nos detengamos, porque aquí estriba la invalidez de los actos administrativos que denegaron la recategorización.

La Junta de Calificación y Ascensos contaba, según el tenor literal de la norma que debía aplicar, con un porcentaje deseable de asistencia y algunas causales de justificación, entre las que no se encontraba el cuidado de familiar enfermo. Sin embargo, la norma general la autorizaba a ponderar en casos concretos "toda otra situación".

Con el plexo constitucional y convencional recientemente reseñado en la mano, la Junta tenía la obligación de ponderar la especial situación planteada por D.. Sin embargo, no solo no lo hizo, sino que luego de las impugnaciones consideró que no existió discriminación, porque "*mujeres y varones tienen iguales responsabilidades en el cuidado*" de los hijos.

En este aspecto, el acto administrativo está viciado, por desatender una cuestión fáctica y jurídica relevante e insoslayable: que en período de lactancia el cuidado del lactante enfermo debe estar a cargo de la madre.

Es que si bien es cierto que el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años, orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges, entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo, se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares <sup>10</sup>, no lo es menos que el hecho de encontrarse en período de lactancia hacía que el cuidado de la niña recién nacida debiera recaer en la madre, aspecto que, incluso, fue detallado en algunos de los certificados médicos (vgr. hoja 464).

10 Ver CSJN, "Puig, Fernando Rodolfo c/Minera Santa Cruz S.A. s/despido", sentencia del 24/09/2020.

La madre debía tomar las licencias para cuidar a su hija lactante enferma por una relación exclusivamente del orden biológico.

De lo expuesto surge claramente que el si bien el texto de la Resolución N° 116/2017 -Anexo I, punto 3, asistencia- no contiene un supuesto de discriminación directa -es decir, una distinción basada en el sexo y prohibida por el artículo 1.1 de la CADH-, su aplicación pretendidamente neutral omitió ponderar las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto y tuvo decisivos efectos discriminatorios.

\_\_\_\_\_ De este modo, vulneró el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar la el pleno desarrollo y adelanto de la mujer.

Los desequilibrios fácticos descriptos afectan la legitimidad de los actos administrativos de aplicación de la

regla jurídica al caso concreto, en la medida en que han contribuido causalmente a aumentar la situación de desventaja en que se encuentran las mujeres que, como la actora, estaban al cuidado de una hija enferma lactante.

Por lo demás, La Ley 26.873, de Lactancia Materna, en particular, comprende dentro del marco de las políticas públicas de lactancia materna la "a) promoción de lactancia materna exclusiva y prácticas óptimas de alimentación en niños de hasta los seis (6) meses de edad; b) promoción de lactancia materna continuada y alimentación complementaria oportuna para niños de hasta dos (2) años de vida..." (art. 2°).

**e.- Déficit argumental en las instancias impugnativas**

Como vimos, el argumento del rechazo del planteo de la actora en sede administrativa se puede resumir así: *no existió discriminación, porque mujeres y varones tienen iguales responsabilidades en el cuidado.*

En este aspecto, como veremos, los actos administrativos están viciados, por desatender una cuestión fáctica y jurídica relevante e insoslayable: que en período de lactancia el cuidado del lactante enfermo debe estar a cargo de la madre, por lo que la conclusión a la que arriba (que varones y mujeres tienen iguales responsabilidades en el cuidado) es falaz.

El resultado del razonamiento es un acto administrativo que además de tener un vicio en el objeto, transgrede normas legales que prohíben la discriminación<sup>11</sup> y queda afectado en su razonabilidad.

<sup>11</sup> La Ley Nacional 23.592 prescribe que "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados" (art. 1°).

La Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26.485 (cuyas definiciones, tipos y modalidades de violencia recogió la Ley 2786) considera violencia contra las mujeres "toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida,

*libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal".*

Como vimos, si bien en el caso no se trató de una norma que contenía una categoría sospechosa y, por tanto, no existió una presunción de inconstitucionalidad, el planteo de la actora exigía por parte del Estado un tratamiento más serio y le imponía el deber de argumentar en forma exhaustiva y sin clichés.

En lugar de ello, la Junta de Calificaciones de la Legislatura no hizo más que transcribir el dictamen del asesor letrado, que sobre el punto expuso que *"Mujeres y varones tienen iguales derechos y responsabilidades como progenitores. Es decir también los varones deben asumir el cuidado de familiar enfermo. No pareciera correcto aseverar que por ser madre se está en inferioridad de condiciones con los varones, o que desde esta Legislatura no se la ha otorgado todas las licencias coberturas y dispensas que cercenaron su derecho a la recategorización"* (hojas 374 vta. Y 375).

Dicha respuesta, además de no haber dado tratamiento a todas las cuestiones esgrimidas, no supera el estándar argumental mínimo que exige un correcto entendimiento de la regla de igualdad en su concepción real y no meramente formal, y su resultado consiste en denegar indebidamente el ascenso de la actora.

Este argumento no solo no da un tratamiento conforme a las leyes sobre protección integral a las mujeres, sino que parte de una premisa errónea, consistente en olvidar que la menor se encontraba recién nacida y en situación de lactancia y, por tanto, la madre debía ser quien la acompañara en su enfermedad.

La consultora técnica explica que incluso D. *"pudo ausentarse para el cuidado de la niña lactante, cuando el pediatra se lo indicó. Pero por el tipo de cuidado requerido,*

*vinculado a una cuestión biológica (la capacidad de amamantar) sólo la mencionada trabajadora podía ausentarse. No tenía opción de regular con su pareja varón esta posibilidad" (hoja 249).*

Luego, y después de interponer pronto despacho e incluso amparo por mora, la Resolución que agotó la vía administrativa tampoco abordó todas las cuestiones esgrimidas en el recurso, ni cumplió con el mínimo de abordaje argumental de la cuestión de la desigualdad por razones de género.

Así, la Resolución 141/2018 solo refirió a que *"la Junta de Calificación y Ascenso ha encuadrado su análisis y conclusiones dentro del marco normativo vigente, no habiendo lesionado con su decisorio lo dispuesto en materia de violencia laboral ni ha incurrido en arbitrariedades por considerar los días de licencia por atención enfermo como días no trabajados, ni ha violado el derecho de defensa, toda vez que ha podido presentar su descargo y obtener respuesta, aunque sea denegatoria" y que "la agente yerra en reclamar derechos constitucionales, toda vez que la tarea que es llevada a cabo por la [Junta de Calificaciones] se basa en una evaluación conceptual e integral de carácter potestativo en pos de su función, considerando con criterio estratégico todos los ítems contenidos en el artículo 28 de la Ley 1703".*

Luego de ello, cita a la Corte Suprema para afirmar que el artículo 16 de la Constitución nacional garantiza la igualdad ante la Ley.

La motivación de dicho acto administrativo no contiene un verdadero fundamento de la medida y sólo posee afirmaciones dogmáticas. No explica ninguna de sus afirmaciones ni aborda el tratamiento de las cuestiones planteadas por la recurrente. Simplemente niega lo que aquella afirma.

Este acto administrativo, que no resiste un escrutinio en cuanto a su motivación, tampoco resiste el examen de razonabilidad e igualdad desde un punto de vista de la igualdad real y no meramente formal.

Los argumentos de la Provincia en esta sede judicial tampoco se hacen cargo de la cuestión. Más bien se plantea que la actora intenta introducir a la fuerza la cuestión de género en un caso meramente salarial.

En fin, ni en sede administrativa ni en sede judicial la demandante obtuvo por parte de la Provincia una respuesta acorde a la cuestión planteada.

Cabe recordar que en presencia de una acusación de trato discriminatorio, y ante la dificultad de probar este tipo de actos, es al Estado a quien le correspondía acompañar toda prueba a efectos de descartar la presencia de una situación de tal estilo.

Contrariamente a lo que ha hecho la administración tanto en sede administrativa como en esta sede, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con *"la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación"*<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> CSJN, Fallos: 334:1387 y 337:611.

Es decir que existe un deber argumental y probatorio potenciado, que en el caso el Estado no ha cumplido. Por el contrario, la parte actora produjo prueba que avala en general su pretensión.

Así, por ejemplo, la testigo M. V., Directora de Sumarios Administrativos de la Legislatura, declaró que otro agente de igual antigüedad que D. fue evaluado bajo la misma

situación y condición que ésta, pero que en cambio fue ascendido, precisamente por no ser madre y no tener que cuidar a su hijo.

La declarante hace notar, también, que la resolución contempla como días justificados (y por tanto *trabajados* para el cómputo de la asistencia) la participación de un equipo de fútbol (se entiende, el caso de participación en olimpiadas legislativas) y no la situación de una madre lactante que toma días de licencia para el cuidado de la hija enferma.

Finalmente, la testigo afirma que todas las ausencias de D. durante el año 2016 fueron por cuidado de familiar enfermo y certificados para su hija, que en ese momento era una beba lactante.

En la misma dirección, la testigo M. T. apunta que las recategorizaciones son bastante "informales" y "flexibles" de acuerdo a las trayectorias de los evaluados, que son cada dos años y que a veces se posponen como el caso de la actora.

Coincide con la versión de V., según la cual existió una persona de sexo masculino que fue evaluada en el mismo período y que obtuvo la recategorización en 2017.

Afirma que D. no tuvo ninguna inasistencia injustificada en ese período y que todas fueron justificadas por tener que permanecer al cuidado de su hija, una beba lactante.

Dichos testimonios no fueron controvertidos en la audiencia y junto con el resto de la prueba conducen al convencimiento de que el modo en que fue aplicada la resolución derivó en un resultado discriminatorio, que no fue debidamente ponderado ni abordado luego en las instancias recursivas.

En consecuencia, todo lo expuesto lleva a concluir que existió un trato desigual de la agente, plasmado en la

denegatoria de la recategorización por su condición demadre lactante y dentro del procedimiento administrativo.

Por tanto, corresponde hacer lugar a la pretensión de la actora y declarar la nulidad de la Resolución 141/18 y sus antecedentes, Actas N° 005/17 y 010/17, por padecer de vicios graves conforme al artículo 67, incisos a), b), m) y s) de la Ley 1284.

#### **4.- Cuantificación de los daños**

La actora solicita que en función del proceder de la Legislatura se la indemnice por el daño material causado a lo que agrega el daño moral sufrido como consecuencia de la discriminación laboral sufrida. Analizaremos por separado ambos rubros.

##### **a.- Daño material**

En concepto de daño emergente corresponde hacer lugar a lo solicitado y reconocer retroactivamente el derecho a la recategorización desde la fecha en que se produjo la cuestionada evaluación por la Legislatura provincial (abril de 2017).

Quien causa un daño mediante la realización de un acto ilícito tiene la obligación de repararlo, y si reparar implica volver las cosas a su estado anterior cuando esto es posible, corresponde a la Provincia del Neuquén a ordenar otorgarle a la agente la categoría HL4 a partir del 01/06/2017.

Ello incluye el pago de las diferencias salariales generadas por la diferencia de categorías, SAC, y zona desfavorable.

Dado que, como denuncia la propia actora, fue finalmente recategorizada desde el 01/06/2019 (cf. Resolución 288/2019 agregada en hojas 240/242) el período se comprende desde el 01/06/2017 hasta el día anterior a su recategorización, es decir, hasta el 31/05/2019 inclusive.

En consecuencia, la demandada deberá abonar las diferencias que resulten entre la categoría HL5 y la HL4 por el período comprendido entre el 01/06/2017 y el 31/05/2019, computando la diferencia de categoría, de SAC y adicionales.

Sobre dichas diferencias se practicarán las retenciones debidas en concepto de aportes y se abonarán las contribuciones patronales correspondientes al ISSN.

Sobre las sumas que se determinen, corresponde adicionar los intereses desde que cada una de ellas es debida y hasta su efectivo pago.

Conforme al criterio sentado, entre otras, en la causa "Alocilla"<sup>13</sup> y dado el carácter alimentario del crédito, se adicionarán intereses desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago a la tasa activa mensual establecida por el Banco de la Provincia del Neuquén.

13 TSJ, Ac. N° 1590/09, Alocilla, Luisa Del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa, Expte. N° 1701/06.

La determinación y liquidación correspondiente se diferirán para la etapa de ejecución de sentencia.

#### **b.- Daño extrapatrimonial**

En su demanda, la actora postula fue expuesta a una situación de maltrato y pisoteo ante la respuesta que recibió por parte del Estado provincial.

En tal sentido, acusa que con dicho accionar se ha convertido a la maternidad en un estigma que imposibilita el desarrollo y crecimiento en el plano laboral y/o profesional.

Agrega que la situación le generó un malestar y angustia agravado en el tiempo por los esfuerzos de obtener una respuesta de la Legislatura, sumado a las explicaciones que tuvo que dar dentro de su trabajo, viéndose afectada su intimidad y honor.

Por todo ello, solicita en carácter de daño moral la suma de \$ 100.000.

Conviene recordar que el daño moral -que comprende al psicológico- es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> TSJ Ac. N° 318/94, 23/10 entre otros.

Es preciso destacar que el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos, sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido.

Ha dicho nuestro máximo tribunal federal que aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir - dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristezas propios de la situación vivida por la actora<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> CSJN, *Fallos*: 334:1821.

Si bien la prueba rendida a efectos de acreditar el daño moral padece de cierto déficit (por ejemplo, no se ha encargado de producir la prueba pericial psicológica que hubiera sido conducente para ello), en cambio hay certeza de que la situación que vivenció la actora determinó el padecimiento extrapatrimonial.

Ello se corresponde con las circunstancias del caso, pues se trata de una mujer en estado de lactancia, que por cumplir el deber de asumir el cuidado de su hija enferma recién nacida y sólo por ello no obtuvo la recategorización.

Además, este padecimiento originario derivado de la conducta de la administración se acentúa a la hora de efectuar los reclamos, respecto de los que no encontró más que respuestas dogmáticas y desprovistas de un análisis acorde a las circunstancias del caso.

La testimonial rendida, no desvirtuada, ha destacado la actitud discriminatoria de la Legislatura provincial en el caso.

"[...]" *(por expreso requerimiento de la parte actora y en cumplimiento de la Regla 5 de las Reglas de Heredia, lo entrecomillado referido al estado de salud ha sido suprimido sólo a los fines de la publicación de la sentencia en el Observatorio de Sentencias con perspectiva de Género).*

Si bien dicho informe carece de la fuerza probatoria de una pericia psicológica producida en el proceso, valorado junto al resto de las pruebas, es un elemento más de juicio a la hora de ponderar la presencia del daño extrapatrimonial.

"[...]" *(por expreso requerimiento de la parte actora y en cumplimiento de la Regla 5 de las Reglas de Heredia, lo entrecomillado referido al estado de salud ha sido suprimido sólo a los fines de la publicación de la sentencia en el Observatorio de Sentencias con perspectiva de Género).*

En consecuencia, considero procedente la reparación por daño moral.

Respecto de la cuantificación, quien suscribe ha dejado sentado su criterio, según el cual por varias razones, ya expuestas en otros pronunciamientos, resulta no sólo viable desde el punto de vista jurídico, sino además mucho más conveniente desde el punto de vista práctico, así como más acorde con los parámetros que deben guiar una cuantificación indemnizatoria justa y plena, establecer o cristalizar la indemnización por daño moral al momento de la sentencia.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia ha sentenciado que ello soslaya la jurisprudencia de la Sala procesal Administrativa y que al momento de cuantificar el daño moral, el juez cuenta sólo con dos opciones: a) la fijación de un monto indemnizatorio a valores históricos,

*efectuando una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento. A dicha suma cabrá aplicarle una tasa de interés que contemple tanto la depreciación monetaria como la tardanza en la reparación (cfr. criterio Alocilla); o b) estimar una suma resarcitoria a valores actuales vigentes al momento de sentenciar, contemplando una tasa de interés moratorio desde el momento de producción del perjuicio que se intenta indemnizar hasta el oportuno pago.” (Ac. 47/19)”.*

Pues bien, sin perjuicio de disentir con dicha tesitura y remitir a lo ya dicho respecto de la que - considero- es la forma más justa, conveniente, transparente y adecuada de cuantificar monetariamente el daño moral, seguiré en adelante la directiva del superior y estimaré una suma por dicho rubro, adicionando intereses desde la fecha del hecho, a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

A los fines de la fijación de la cuantía, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> CSJN, *Fallos*: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros.

Teniendo todo ello en cuenta, procede la indemnización por daño extrapatrimonial por la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000).

Dicha suma devengará intereses a tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha del hecho hasta la del efectivo pago.

**c.- Sobre la pretensión de dar publicidad de la sentencia**

Con anclaje en lo dispuesto en el artículo 1740 del Código Civil y Comercial y las obligaciones impuestas a las

partes en la Convención Belem Do Para, la accionante solicita la publicación de la sentencia.

Conforme al precisado artículo, la reparación del daño debe ser "plena" y "en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

Si bien se ha sostenido que la enumeración que hace el Código no resulta taxativa, e incluye en términos generales discriminaciones arbitrarias o difusión indebida de imágenes<sup>17</sup>, lo cierto es que las características del caso y los hechos ulteriores me llevan a rechazar dicha petición.

17 GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *Código Civil y Comercial explicado* (Dir. Lorenzetti), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 122.

En tal sentido, no surge de las pruebas, tal como se ha expuesto en el punto precedente, que en el caso se haya lesionado la intimidad, el honor o la identidad personal de la actora y que, por consiguiente, la publicación de la sentencia sea necesaria para una integral reparación de sus perjuicios, que se mueven en el ámbito de lo patrimonial.

Tampoco la actitud posterior de su empleadora ha producido dicha lesión. En efecto, ésta ha transitado más bien por el camino inverso.

Así, surge que la Legislatura reconoció posteriormente el ascenso de D. y, además, derogó la resolución incluyendo en su sustituta los días no trabajados por causa de atención del hijo lactante como "días trabajados" a los fines de las recategorizaciones (Res. 190/2018). En consecuencia, no hay motivos para exhortar públicamente a la Legislatura.

Por las razones expuestas, no se advierte que la mentada publicación de la sentencia tenga entidad reparatoria,

más allá de que, en cuanto acto jurisdiccional, ésta sea de libre consulta en los portales correspondientes y pueda ser difundida.

#### **5.- Distribución de las costas**

Respecto de las costas del pleito, no hay razones para apartarse de la regla general, por lo que deberán ser soportarlas la demandada vencida (artículo 68 del CPCyC, aplicable por virtud del reenvío de artículo 78 de la Ley 1305).

#### **III.- FALLO**

En base a las consideraciones expuestas, **RESUELVO:**

**1.-** Hacer lugar a la demanda interpuesta por L. D. contra la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución N° 141/18 emitida por la Presidencia de la Legislatura provincial y sus actos administrativos antecedentes. En consecuencia, ordenar a la Legislatura que indemnice los daños ocasionados, según lo expuesto en los puntos II.4 a) y b) precedentes.

**2.-** Imponer las costas a la Provincia del Neuquén (cf. art. 68 del CPCyC aplicable por reenvío del artículo 78 de la Ley 1305).

**3.-** Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con pautas para ello.

**4.-** Registrar, **notificar electrónicamente** y, oportunamente, archivar.

**Dr. José C. Pusterla - Juez**