

Capacitate



Resumen Imprimible

Curso Indemnizaciones laborales

Módulo 6

Contenidos:

- Despido por causa del matrimonio
- Notificación fehaciente y conocimiento
- Base de cálculo
- Despido por embarazo
- Notificación y conocimiento del estado de embarazo
- El embarazo y las modalidades contractuales
- El derecho de la mujer y el embarazo en las normas internacionales
- Fórmula de cálculo de la indemnización especial

El matrimonio igualitario en la ley de contrato de trabajo

La ley 26.618 extendió y amplió el concepto del matrimonio -reconocido hasta esa fecha para personas de diferente sexo- a las personas del mismo sexo, introduciendo profundas modificaciones al instituto.

Esta modificación ha tenido por objeto equiparar los derechos y obligaciones concedidos a las parejas heterosexuales integrantes de un matrimonio y hacerlos extensivos a las parejas homosexuales sin ningún tipo de discriminación; se ha reconocido una nueva situación jurídica que permite la celebración del matrimonio entre personas de igual sexo que tendrá efectos no solo en cuestiones patrimoniales, civiles y fiscales, sino también laborales y de la seguridad social.(17) Lo hace a través de dos ejes centrales: el primero se encuentra en su art. 2º, modificatorio del art. 172 CC y el segundo en la cláusula complementaria del artículo 42, el cual a su vez, establece: Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo como al constituido por dos (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos (2) personas de distinto sexo tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto el matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo.

De la lectura de estos dos artículos puede extraerse el espíritu de la ley, que si bien introduce modificaciones al régimen civil, determina en su cláusula complementaria su aplicación para la totalidad del régimen jurídico argentino.

Desde el punto de vista terminológico, en general, la LCT utiliza en gran medida los términos “cónyuge” y “conviviente” -de connotación neutra- por lo cual, salvo algunas excepciones (por ejemplo, cuando emplea el término “mujer” para referirse exclusivamente a derechos que concede de manera exclusiva a las

mujeres, a quienes otorga un tratamiento especial), no existe duda posible respecto a quien es el titular del derecho. En lo que hace a cada instituto en particular, para una correcta interpretación, ha de tenerse en cuenta que será de aplicación -en todos los casos- la cláusula complementaria contenida en el art. 42 de la ley 26.618, que establece que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas de igual sexo como al formado por personas de distinto sexo.

Ello incluye el régimen de asignaciones familiares establecido por la ley 24.714 y sus sucesivas modificatorias (siempre y cuando reúnan las condiciones objetivas que el régimen de asignaciones familiares requiere para su percepción), adicionales y licencias establecidos en los convenios colectivos de trabajo, beneficios y prestaciones complementarias no remuneratorias, licencias especiales y por adopción, derechos que surgen del concubinato, vacaciones, estabilidad en caso de matrimonio y maternidad, fallecimiento, etc.

Por su parte, el 09/05/2012 fue sancionada la Ley de Identidad de Género 26.743, promulgada por decreto 773/2012, una norma pionera no solo en Latinoamérica, sino en el mundo, que le otorga a toda persona el derecho a adecuar toda su documentación al género autopercebido, sin necesidad de recurrir a la justicia ni a la adecuación quirúrgica al sexo autopercebido. Ello aplica a las personas trabajadoras y a los derechos laborales y de la seguridad social que se derivan del género, no pudiendo cercenarse por motivo alguno.

Algunos supuestos de licencia por maternidad no contemplados en la ley de contrato de trabajo

Existen algunos supuestos que no están previstos en el art. 177 LCT, como la licencia por maternidad en caso de nacimiento de un hijo con síndrome de Down regulada en una ley especial, y la adopción, que fue abordada jurisprudencialmente.

La ley 24.716 dispuso que en el caso del nacimiento de un hijo con síndrome de Down se otorgará a la madre trabajadora en relación de dependencia el derecho a seis meses de licencia sin goce de sueldo desde la fecha del vencimiento del período de prohibición de trabajo por maternidad.

Para poder ejercer este derecho, la norma establece que la trabajadora deberá comunicar fehacientemente el diagnóstico del recién nacido al empleador mediante certificado médico expedido por autoridad sanitaria oficial con, por lo menos, quince días de anticipación al vencimiento del período de prohibición del trabajo por maternidad (art. 2°).

Durante el período de esta licencia, la trabajadora percibirá una asignación familiar cuyo monto será igual a la remuneración que ella habría percibido si hubiera prestado servicios (art. 3°).

Asimismo, esta prestación será percibida en idénticas condiciones y con los mismos requisitos que corresponden a la asignación por maternidad.

Finalmente, la norma afirma que su texto no deroga mayores derechos que acuerdan disposiciones legales o convencionales vigentes, por lo que en caso de existir algún convenio colectivo de trabajo que prevea un beneficio superior a la trabajadora, es obvio que deberá aplicarse la norma más favorable a su situación de maternidad (art. 4°).

En el caso de la adopción, la jurisprudencia sostuvo que si bien la ley sólo hace referencia a “parto”, “embarazo” y “gestación”, no puede inferirse que las normas contenidas en el capítulo II del Título VII de la LCT-“De la protección de la maternidad”-, excluyan o marginen a la mujer adoptante de las garantías allí contenidas, por lo que ambos tipos de maternidades (“biológica” y “por adopción”) tienen el mismo valor moral y merecen la misma atención por parte de la ley: no cabe otra opción que otorgar a la trabajadora adoptante la protección prevista en el art. 178 LCT.

También se destacó que “existen numerosos tratados con jerarquía superior a las leyes reconocidos en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna relativos a esta cuestión, a saber: art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales; art. 11 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 18 Convención sobre los Derechos del Niño” y se citaron los arts. 3° y 7° del Convenio 156 sobre la Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. Por lo tanto, se estableció que no podía ignorarse la existencia del derecho reclamado a que se aplicara el mismo régimen indemnizatorio contemplado para el caso de maternidad biológica, ello por cuanto una decisión distinta significaría convalidar un acto de discriminación contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces. De esta manera, se equiparó la maternidad biológica con la adoptiva, teniendo en cuenta que la protección del bien jurídico “maternidad” es amplia, al alcanzar a la madre, al niño y al grupo familiar.

En otro caso también se analizó si correspondía o no el pago de la indemnización por maternidad (art. 182 LCT) en el caso de guarda de un niño con fines de adopción, y allí se recordó lo establecido en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento de jerarquía constitucional, que establece que: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: El mismo derecho para contraer matrimonio; El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos; Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción

de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (art. 16, inc. 1).

Además se resaltó que la “Convención sobre los Derechos del Niño”, también de jerarquía constitucional, establece: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario (art. 21). Por ende, en atención a los tratados mencionados y a lo dispuesto en la ley 24.714 de Asignaciones Familiares, se consideró que la adopción se encontraba equiparada jurídicamente con la maternidad.

Existen otras disposiciones que regulan la licencia por maternidad en caso de nacimiento de un hijo con discapacidad, sin importar qué tipo ni gravedad, como la ley 465 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y, en otro ámbito, el Reglamento del Ministerio de la Defensa, que establece licencias parentales-para madre y/o padre, según cómo decidan organizarse familiarmente-, y licencias en el supuesto de nacimientos múltiples, algo muy común desde fines del siglo XX en razón de los tratamientos de fertilidad que, si bien en esa época eran realizados por las parejas bajo su propio costo, hoy, con la nueva legislación, son más accesibles y pueden generar más nacimientos numerosos, cuestiones que necesitan de una legislación protectoria que los incluya.

Normas internacionales sobre maternidad

La Declaración Universal de Derechos Humanos destaca que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (art. 16, inc. 3), y que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales” (art. 25, inc. 2). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también protege la maternidad y la infancia, y establece que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia como así también todo niño tienen derecho a protección, cuidados y ayudas especiales (art. 7°).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que se debe conceder a la familia -elemento natural y fundamental de la sociedad- la más amplia protección y asistencia posible (art. 10). Agrega además que se debe conceder una protección especial a las madres durante un período de tiempo razonable tanto antes como después del parto, y que durante ese lapso, a las madres que trabajen, se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de la seguridad social. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) sólo se limita a garantizar a todo niño el derecho a los medios La necesidad de reforma del art. 177 LCT.

Doctrina de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 19). Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre las disposiciones referidas a la mujer trabajadora, señala que deberán tomarse medidas para Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. Implementar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de

servicios destinados al cuidado de los niños. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado pueden resultar perjudiciales para ella (art. 11, inc. 2). Asimismo, al tiempo que dispone que los Estados Partes “garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación al embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia” (art. 12, inc. 2), recomienda la eliminación de la discriminación contra la mujer en zonas rurales con el objeto de asegurar su participación en el desarrollo rural y los beneficios de acceso a oportunidades económicas a través del empleo por cuenta propia o ajena (art. 14), mientras que garantiza que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como “función social” y el “reconocimiento de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos”, teniendo en cuenta que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos (art. 5°). Por otra parte, si bien la Convención sobre los Derechos del Niño trata en forma primordial los diversos derechos de los niños, establece que el Estado debe asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada de las madres (art. 24 inc. d).