



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

El otorgamiento de la licencia laboral a
madres adoptivas

N° 968

Natalia Rómbola

Tutor: Dr. Martín Barbaría

Departamento de Investigaciones
Fecha defensa de tesina: 22 de junio de 2016

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

ÍNDICE.

INTRODUCCION	4
LICENCIAS REGULADAS POR LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO	5
LICENCIA LABORAL A MADRES ADOPTIVAS	7
• GUARDA JUDICIAL	9
• REMUNERACIÓN.....	10
• ASIGNACIONES FAMILIARES	10
• CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO.....	11
JURISPRUDENCIA.....	12
• Autos: “ Del Pino Florencia c/ Galeno Previsión Médica SAC s/ Despido”. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: III.....	12
• Autos: “M.V.M.C Y OTRO S/AMPARO. Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche. Sala/ juzgado: III	14
• Autos: “Solano Mónica Inés c/ Liderar Compañía General de Seguros y otros s/despido”. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VII	17
PROYECTO DE LEY.....	23
DIVERSOS INTERROGANTES QUE SURGIERON SOBRE EL TEMA EN CUESTIÓN	25
CONCLUSIÓN	26
BIBLIOGRAFÍA	28

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, tiene como finalidad desarrollar e investigar sobre un vacío legal que se encuentra dentro del derecho privado, específicamente en el derecho laboral, sobre el régimen de licencias para el caso de una trabajadora adoptiva.

Luego de realizar un exhaustivo análisis de la Ley de Contrato de Trabajo –Ley número 20.744– se pudo observar la inexistencia de normas sobre licencias en caso de que a una mujer se le otorgue la guarda o adoptare a un niño.

Por lo tanto en el presente trabajo, se tratará de determinar las deficiencias existentes en la ley, sobre la maternidad adoptiva en relación al ámbito laboral y cual es la postura de la jurisprudencia y doctrina, ante la necesidad de que una trabajadora tenga que solicitar o un empleador otorgar a una madre adoptiva una licencia equivalente a la de maternidad biológica, pero por adopción.

Como se dijo con anterioridad hay un importante vacío legal ya que este tipo de licencia no se encuentra regulada en la presente ley, la cual es la norma básica y principal de todas las relaciones laborales que se rigen por el derecho argentino. Esto hace que dicho ordenamiento jurídico sea un conjunto de principios de orden público inderogables por ambas partes. Es decir que es una base que se debe respetar sin que ninguna de las partes de la relación laboral la pueda modificar en perjuicio de la otra, aunque si se puede modificar en beneficio de la parte trabajadora. Por lo tanto, “se produce una limitación de la autonomía de la voluntad y se establece un mínimo de garantía social con carácter necesario e imperativo”¹.

Sin embargo, se debe destacar que este vacío legal no impide a que dicha licencia si se encuentre regulada en los Convenios Colectivos de Trabajo o Estatutos Especiales. Que son aquellos acuerdos celebrados entre una asociación sindical con personería gremial y una empresa, grupo de empresas o la representación de los empleadores que debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo y que se ocupan del personal de determinada actividad, arte, oficio o profesión. De esta manera, se desarrollarán algunos convenios en los que si se encuentran regulados, pero esto no hace que sea de aplicación obligatoria para todas las trabajadoras que en su relación laboral se aplica el derecho argentino. Incluso estos Convenios o Estatutos pueden considerar cualquier otra causal para otorgar licencias, u otorgarles más tiempo a aquellas que están reguladas en la ley general. Todos estos, son de aplicación obligatoria para aquellas trabajadoras que se encuentran reguladas por ellos, ya que mejoran las condiciones de trabajo pactadas y prevalecen sobre la Ley de Contrato de Trabajo.

¹ “Manual de Derecho Laboral” Julio Armando Grisóla. Ed, Abeledo Perrot. Octava edición ampliada y actualizada – 2012. Página 24.

LICENCIAS REGULADAS POR LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Las licencias otorgadas por la Ley de Contrato de Trabajo, son breves períodos de tiempo que debe abonar el empleador y que el trabajador dispondrá para beneficio propio, sin tener que poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

Los días que son otorgados en consecuencia de ellas, son días corridos y remunerados. Es decir que hay una interrupción en el tiempo de la prestación de tareas pero no en el cobro de la remuneración, que es “la principal contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo y constituye la principal obligación del empleador”². Es decir que se produce una interrupción en el tiempo sobre la prestación de tareas pero no en el cobro del sueldo, salvo en casos especiales que son sin goce de sueldo como en el período de excedencia de la mujer.

La Ley de Contrato de Trabajo, regula específicamente determinadas licencias:

- **Licencias Especiales:**

Art. 158: “El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

1. Por nacimiento de hijo 2 días corridos.
2. Por matrimonio 10 días corridos.
3. Por fallecimiento del cónyuge o de la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio, en las condiciones establecidas en la presente ley; de hijo o de padres 3 días corridos.
4. Por fallecimiento de hermano 1 día.
5. Para rendir examen, en la enseñanza media o universitaria, 2 días corridos por examen con un máxima de 10 días por año calendario.

- **Protección de la Maternidad:**

En este caso la Ley de Contrato de Trabajo, está referida exclusivamente a la maternidad biológica, concediéndole determinados beneficios a aquellas mujeres que se encuentran próximas a ser madres. Estos beneficios se otorgan con el “fin de facilitar, permitir, (o bien, no entorpecer) la inauguración de un período de tiempo que se caracterizará por un pleno desarrollo de la función de crianza inherente a la madre de un niño recién nacido, hijo biológico”³.

Además se debe tener en consideración que cuando la ley habla de “madre como sujeto del derecho de la licencia, los períodos de inicio o de finalización están directamente relacionados con el parto, siendo por lo general la autoridad otorgante de la licencia, algún Departamento Médico con la intervención de algún agente médico”⁴. De esta manera queda aún más explícita la existencia del vacío legal, respecto a una madre adoptiva. Sin embargo, se debe tener en cuenta la época (año 1976) en que fue sancionada la ley, ya que era menos frecuente que los matrimonios adoptaren y hagan pública su decisión y que las mujeres se encuentren trabajando bajo relación de dependencia. Esto no justifica la inexistencia de normas sobre el tema, ya que sería el momento en que se produzca un cambio en la normativa laboral, adaptándola al contexto social en que nos encontramos que las mujeres al igual que los hombres se encuentran trabajando en relación de dependencia y que cada vez es más frecuente que los matrimonios, concubinos o personas de manera unilateral decidan adoptar.

El artículo 177, es la principal norma que regula sobre la licencia por maternidad, estableciendo: “Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los 45 días anteriores al parto y hasta

²“Manual de Derecho Laboral” Julio Armando Grisolia. Ed. Abeledo Perrot. Octava edición ampliada y actualizada – 2012. Página 407

³ www.laleyonline.com.ar – Artículo de La Ley Online “Licencia Laboral Administrativa por maternidad y paternidad biológica” Pérez del Viso, Adela Garro, María Fabiana Puebla, Edgardo Marturano, Liliana Bona, María Eugenia. Publicado en: DJ 06/09/2006.

⁴ Idem ref. 3

45 días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a 30 días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto de modo de completar los 90 días.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo, al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantizase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el art. 208 de esta ley”.

El artículo 183, establece cuales son las opciones que tiene la trabajadora al momento de reincorporarse al trabajo luego del nacimiento de su hijo, entre las cuales deberá elegir por una. Dicha norma, establece lo siguiente: “La mujer trabajadora que, vigente la relación laboral, tuviere un hijo y continuara residiendo en el país podrá optar entre las siguientes situaciones:

- a. Continuar su trabajo en la empresa, en las mismas condiciones en que lo venía haciendo.
- b. Rescindir su contrato de trabajo, percibiendo la compensación por tiempo de servicio que le asigna por este inc., o los mayores beneficios que surjan de los estatutos profesionales o convenios colectivos de trabajo. En tal caso la compensación será equivalente al 25% de la remuneración de la trabajadora, calculada en base al promedio fijado en el art. 245 por cada año de servicio, la que no podrá exceder de un salario mínimo vital y móvil por año de servicio o fracción mayor de 3 meses.
- c. Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a 3 meses ni superior a 6 meses. Se considera situación de excedencia a la que asuma voluntariamente la mujer trabajadora que le permite reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la empresa a la época del alumbramiento, dentro de los plazos fijados. La mujer trabajadora que hallándose en situación de excedencia formalizara nuevo contrato de trabajo con otro empleador quedará privada de pleno derecho de la facultad de reintegrarse.

Lo normado en los inc. b y c del presente artículo es de aplicación para la madre en el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo, con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación”.

En el caso que la mujer optare por el período de excedencia, el artículo 184, regula su reincorporación al empleo, estableciendo: “El reintegro de la mujer trabajadora en situación de excedencia deberá producirse al término del período por el que optara. El empleador podrá disponerlo:

- a. En cargo de la misma categoría que tenía al momento de alumbramiento o de la enfermedad del hijo.
- b. En cargo o empleo superior o inferior al indicado, de común acuerdo con la mujer trabajadora”.
- c. En caso de que la trabajadora, no fuese reincorporada, se tratará de un despido injustificado, siendo acreedora así de la indemnización correspondiente.

El artículo 185, establece que para gozar de los derechos del artículo 183, apartado b y c, de esta ley, la trabajadora deberá tener 1 año de antigüedad como mínimo en la empresa.

También, en el artículo 186, se establece la opción tácita, "si la mujer no se reincorpora a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia previstos por el artículo 177, y no se comunicara a su empleador dentro de las 48 hs. anteriores a la finalización de los mismos, que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que opta por la percepción de la compensación establecida en el artículo 183 inc. b párrafo final. El derecho que se reconoce a la mujer trabajadora en mérito a lo antes dispuesto no enerva los derechos que le corresponden a la misma por aplicación de otras normas".

LICENCIA LABORAL A MADRES ADOPTIVAS.

Luego de realizar un análisis del tema en cuestión, pude determinar la importancia de que debe estar regulado el mismo en la Ley de Contrato de Trabajo. Porque no solo se ve involucrado el derecho laboral, sino también involucra al derecho de familia y dos disciplinas distintas como la jurídica y la psicológica.

Cabe destacar que no se cuestiona el otorgamiento de la licencia por maternidad, la cual es indiscutible su existencia y legitimidad. Sino que quiero demostrar la existencia de una discriminación contra la mujer trabajadora que por motivos personales e íntimos, decide ser madre adoptiva. En sí quiero manifestar cuál es la importancia de las licencias por maternidad ya que es de suma importancia para la vida de las personas el momento del nacimiento de un nuevo ser por el cual sus padres van a continuar si son biológicos o a iniciar si son adoptivos un proceso de vinculación que necesita de un espacio y de un tiempo despojado, en lo posible, de otras actividades o preocupaciones que insuman o resten a ese espacio y a ese tiempo necesario para el proceso de vinculación que representa la filiación ("La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores"⁵ – Artículo 558 Código Civil y Comercial de la Nación "La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.") como es, en el caso que nos ocupa, la actividad laboral.

Hay que tener especial consideración que la Ley de Contrato de Trabajo, otorga tutela a la maternidad y a la familia, como se desarrolló anteriormente. Por lo tanto tendrían que encontrarse equiparados los efectos jurídicos entre filiación biológica y adoptiva; porque ante el no otorgamiento de una licencia a la trabajadora adoptiva constituiría una violación al derecho de protección de la familia, sería un trato discriminatorio y la ley laboral, tiene como principio general la no discriminación entre trabajadores que se encuentran en igual situación. En consecuencia de ello, no se respetarían principios constitucionales y tratados internacionales con jerarquía constitucional consagrados en el artículo 75 inc 22 de la CN y se declararía inconstitucional si el empleador le da un trato diferente a la trabajadora que recibe la guarda de un niño con fines adoptivos; además hay que tener en consideración que no hay una norma dentro del régimen básico laboral que impida la aplicación analógica de la licencia por maternidad biológica para casos de adopción.

Como se mencionó anteriormente se violarían principios constitucionales y como fundamento a esta postura, me refiero a:

- **PRINCIPIO DE IGUALDAD:** Artículo 16 Constitución Nacional "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. **Todos sus habitantes son iguales ante la ley**, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".
- **PROTECCION DEL TRABAJO:** Artículo 14 bis Constitución Nacional "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas

⁵ "Manual de Derecho de Familia" Augusto César Belluscio Ed. Abeledo Perrot. Décima edición actualizada, 2013. Página 729.

y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagado; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial...”

- *TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL*: Artículo. 75 inc 22 Constitución Nacional: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.
- *“DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS”*: Artículo 5 “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño, por personas distintas de sus propios padres, el interés superior del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deber ser la consideración primordial”.
- *“CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”*: El preámbulo de esta convención, establece que “la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Artículo 3 “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Artículo 21 “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”
- *“CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER”*: Artículo 11 “...A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los estados partes tomarán medidas adecuadas 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 de estado civil...”.
- *CONVENIO N° 156 sobre la “IGUALDAD DE OPORTUNIDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES”*: Artículo 3 “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”. Artículo 7 establece que “Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesional, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ellas tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”.

Por lo tanto con este primer fundamento ante la violación de varios tratados internacionales con jerarquía constitucional, opino que se debe equiparar el vínculo biológico con el adoptivo y en ambos casos otorgar las mismas licencias sin discriminación alguna y sin importar el modo por el que la mujer fue madre.

La mujer que se encuentra por adoptar a un hijo y que se encuentra trabajando bajo relación de dependencia, debe gozar de la estabilidad laboral e iguales condiciones de trabajo en los mismos términos que la trabajadora que biológicamente se encuentra en la situación de ser madre, a partir de su notificación y acreditación ante el empleador. La estabilidad del empleo, se encuentra establecida en el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, el cual establece “ se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de 7 y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento”. En caso de despido de la trabajadora que se encuentre dentro de esta situación, el mismo generará la obligación del empleador de pagar, además de las indemnizaciones por despido dispuestas por la ley, una indemnización especial establecida en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, que establece “en caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador, abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo. 245”.

La trabajadora entonces, debe gozar de una licencia por un período de 90 días al igual que la trabajadora biológicamente madre. Porque en este tiempo facilitará que se produzca una convivencia más intensa, sin importar cual fuera la edad del menor, que facilita a un mejor conocimiento mutuo con una integración del niño en la nueva vida familiar, creándose y desarrollándose una relación vincular madre e hijo deseable. También tiene que tener el derecho de poder ejercer el “estado de excedencia” que es otorgado en el capítulo IV de la ley.

Es evidente que la solución de este conflicto, no puede estar sujeta a la intervención de un tribunal que resuelva un conflicto entre partes pues generalmente esa solución, si no transita por la vía rápida de un amparo, será tardía para preservar los valores que se quiere resguardar. Por lo tanto, se tendría que recurrir a la acción de amparo, regulada en el artículo 43 de la Constitución Nacional, estableciendo *“ Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”*.

GUARDA JUDICIAL:

La guarda judicial, es un período de tiempo, fijado por el juez, en el que consiste en una especie de evaluación para poder analizar si el adoptante está capacitado o no para poder llevar a cabo de manera definitiva la adopción. Es por ello que el juez al dictar la resolución concediendo la guarda dispone controles periódicos sobre el desenvolvimiento de la misma. Esto sirve para brindarle protección al niño, que recibirá los cuidados y la atención suficiente de quien será el adoptante, que ayudará para consolidar un vínculo que lo colocará en una posición similar a la de un hijo biológico.

El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso de tiempo que no podrá exceder de los 6 meses conforme al artículo 614 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual establece “cumplidas las medidas dispuestas en el artículo 613, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses”. Esta misma, precede al juicio de adopción, conforme al artículo 616 del mismo ordenamiento jurídico, estableciendo que “una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción”. Por lo tanto el adoptante para poder iniciar el juicio de adopción, tiene que haber tenido bajo su guarda al menor por el período de tiempo que fue fijado por el juez.

Se debe tener siempre en consideración que en el momento en que es otorgada la guarda judicial, la primacía de ella, siempre será el interés superior del niño, debido a que el niño no se encuentra por su condición física y psicológica con la capacidad de poder defenderse por sí mismo. Además, en la primera etapa de la transición de la guarda, es fundamental el vínculo materno filial que se forma. En consecuencia de ello, se considera que la licencia no sería otorgada por y para un interés exclusivo de la mujer, sino también por un interés primordial del niño. Porque en esta etapa los cuidados del menor deben ser intensos para lograr una buena y feliz incorporación a la familia adoptiva.

Por ello, el empleador debe contribuir en otorgar la licencia correspondiente, pero en la práctica ante la negativa de estos y la necesidad de las trabajadoras de tener que recurrir a la justicia, es mejor que el Estado, por medio de la legislación debería suplir el vacío legal que venimos analizando para facilitar a la madre de tiempo para la dedicación exclusiva de su hijo y que pueda lograr el objetivo de la guarda otorgada.

En conclusión, luego de analizar que es la guarda judicial y más específicamente cuál es su función, es más importante aún que a la mujer trabajadora que se le concedió la guarda o la adopción, se le otorgue la licencia por maternidad, y continúe percibiendo sus ingresos por el plazo que indica la ley, ya que será una licencia con goce de sueldo, lo que le permitirá sin problema alguno poder afrontar los gastos que le conlleve la guarda del menor. Por lo tanto la situación de vulnerabilidad de la trabajadora a la que se le otorga la guarda de un menor, no es significativamente diversa de la que enfrentaría si fuera la madre biológica, ya que todo niño sufre las mismas necesidades sin tener importancia en su condición de hijo biológico o adoptivo. Incluso es muy probable que surjan las mismas prevenciones del empleador que podrían afectar la continuidad de su empleo.

REMUNERACIÓN:

Durante el goce de la licencia por maternidad, la trabajadora no percibe la remuneración del empleador como lo hace habitualmente cuando presta su servicio, pero si recibirá del sistema de seguridad social (ANSES) una asignación por maternidad de monto equivalente al salario que habría devengado si hubiera prestado servicio pero sin deducción alguna.

De la misma forma y plazo deberá cobrarlo la madre que se encuentra adoptando a un niño.

ASIGNACIONES FAMILIARES:

“Las asignaciones familiares son prestaciones no remunerativas que contempla el sistema de seguridad social para compensar al trabajador de los gastos que le pudieran ocasionar sus cargas de familia, como un derecho frente a las contingencias económicas que tiene el individuo, la composición de su grupo familiar. No integran el salario, ya que son asignaciones no remunerativas y por ende, no están sujetas a aportes ni a descuentos previsionales ni tienen incidencia en el SAC, en las indemnizaciones, ni en las licencias, y, además, son inembargables”⁶.

Es decir que las asignaciones familiares, tienden a cubrir necesidades que no logran verse satisfechas mediante la remuneración obtenida en consecuencia de la relación laboral.

En este caso, nos vamos a dedicar a las asignaciones de pago único, ya que se pagan únicamente cuando se produce la causa que origina su pago y se paga una sola vez durante la relación laboral. Estas son el típico caso de la asignación por nacimiento de hijo o adopción.

De esta forma, se puede observar como la ley 24.714, Régimen de Asignaciones Familiares, contempla las contingencias que se producen por la maternidad biológica y no biológica, con la asignación prenatal, asignación por nacimiento y asignación por adopción.

El artículo 6 de dicha ley, menciona, cuáles son las asignaciones otorgadas: “a) Asignación por hijo. b) Asignación por hijo con discapacidad. c) Asignación prenatal. d) Asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal. e) Asignación por maternidad. f) Asignación por nacimiento. g) Asignación por adopción. h) Asignación por matrimonio. i) Asignación Universal por Hijo para Protección Social. j) Asignación por Embarazo para Protección Social”.

Dicha ley, otorga este beneficio económico para la mujer que adoptare, establecido en el art. 13 “la asignación por adopción consistirá en el pago de una suma dinero, que se abonará al trabajador en el mes en que acredite dicho acto ante el empleador. Para el goce de esta asignación se requerirá una

⁶ “Manual de Derecho Laboral” Julio Armando Grisolia. Ed, Abeledo Perrot. Octava edición ampliada y actualizada – 2012. Página 1211

antigüedad mínima y continuada en el empleo de seis meses”, de esta forma el Estado ya reconoce la situación en la que la mujer se encuentra y lo equipara a la asignación por nacimiento, que se encuentra establecida en el artículo 12 “la asignación por nacimiento de hijo consistirá en el pago de una suma de dinero que se abonará en el mes que se acredite tal hecho ante el empleador. Para el goce de esta asignación se requerirá una antigüedad mínima y continuada de seis meses a la fecha del nacimiento”.

Por lo tanto, también debería intervenir el Estado para lograr que sea regulado por la Ley de Contrato de Trabajo y así las madres no tendrían conflictos con sus empleadores al momento de solicitar la licencia por maternidad no biológica. Ya que se ocasionan situaciones confusas porque en algunas leyes no se producen vacíos legales, equiparando a ambas situaciones y en otros ordenamientos si hay vacíos legales sin poder saber o determinar cuál es su solución para poder suplirlo.

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO:

Se desarrollarán algunos Convenios Colectivos de Trabajo (CCT) que en mayor o menor medida han establecido una licencia especial para las trabajadoras que se le ha otorgado la guarda o adopción de un niño.

Hay que aclarar como fue mencionado en un principio en la investigación, que si bien los Convenios Colectivos brindan una solución a las trabajadoras adoptantes, esta es parcial, ya que solo es aplicable para algunos sectores de determinadas actividades porque no es una regla generalizada en todos los CCT sino que sólo fue adoptada por algunos. Por lo que no son de aplicación obligatoria para todas las trabajadoras que se encuentran bajo relación de dependencia.

- CCT 660/2013 Regula la actividad de los empleados de la industria de la construcción, estableciendo en su artículo 15 “La empresa concederá a la trabajadora mujer que acredite el otorgamiento de la guarda/tenencia de uno o más niños, con fines de adopción, una licencia especial con goce de haberes, por un término de 45 días corridos a partir del día hábil siguiente al haberse dispuesto la guarda judicial. Cuando esta adopción contemple la guarda/tenencia de uno o más niños con capacidades físicas o mentales diferentes, la trabajadora tendrá derecho además a una licencia adicional con goce de haberes por el término de 30 días corridos desde la fecha del vencimiento indicada en el párrafo anterior”.
- CCT 581/2010 Regula a los trabajadores ocupados en la actividad de los clubes de campo, barrios cerrados y urbanizaciones, estableciendo en su artículo 14 “Considerando la necesidad de adaptación mutua entre adoptante y menor cuya guarda es entregada, lo esencial es que la trabajadora adoptiva reciba una protección similar a la que la Ley de Contrato de Trabajo otorga a la trabajadora que es madre biológica. En la firme creencia que corresponde otorgar a la mujer trabajadora que adopta un estatus similar al de la madre biológica, asimilando la adopción con el nacimiento, también se deberá otorgar una licencia similar al trabajador adoptante, manteniéndose la misma analogía en relación con la licencia por maternidad acordada a la madre biológica Trabajadora. De esta manera, la familia como núcleo básico de la sociedad moderna estará resguardada en debida forma. Esta licencia se ajustará a las disposiciones legales en vigencia salvo en las situaciones que se mencionan a continuación: En el supuesto de entrega de la guarda de un menor, en el marco de un proceso de adopción, la trabajadora mujer gozará de una licencia especial, remunerada de treinta días con goce de haberes y sesenta días sin goce de haberes. Asimismo, en el último supuesto, la trabajadora tendrá derecho a solicitar la licencia por excedencia por igual término y condiciones que el establecido para el supuesto de licencia por maternidad”.
- CCT 700/2014, Regula a los trabajadores de instituciones deportivas y asociaciones civiles que pertenezcan a las ramas administrativas, de maestranza o cualquier otro servicio, estableciendo en su artículo 15 “(...) En caso de adopción, se otorgará a la trabajadora adoptante licencia por maternidad adaptándola a las siguientes modalidades: a) En el supuesto de entrega de la guarda de un menor de 18 años en el curso de un proceso de adopción, la trabajadora mujer gozará de una licencia especial remunerada de treinta días corridos y, a su opción, de sesenta días corridos sin goce de haberes (...)”.

- CCT 619/2011 y CCT 635/2011, Regulan a los médicos de la actividad privada, estableciendo en el artículo 14 y 15 respectivamente, que se otorgarán a los médicos las licencias con goce de sueldo por adopción 3 días hábiles y, en el caso de la mujer, 30 días corridos adicionales.
- CCT 614/2010, Regula a los trabajadores de corte de la industria de la confección de la indumentaria, estableciendo en el artículo 21, “la mujer trabajadora que reciba la guarda judicial de un menor, en el marco de un expediente judicial de adopción, tendrá derecho a treinta días de licencia paga”.
- CCT 360/2000 (Estatuto del docente de CABA), Regula a los docentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estableciendo en el artículo 70 inc. D, en caso de adopción, se otorgarán ciento veinte (120) días corridos, con percepción íntegra de haberes, a partir del momento en que la autoridad judicial o administrativa competente notifique a la docente la concesión de la guarda con vistas a la adopción.

JURISPRUDENCIA

La falta de normas expresas en nuestra legislación laboral, más precisamente en la Ley de Contrato de Trabajo, sobre la protección de la trabajadora adoptante, han hecho que los jueces en varios casos apliquen por analogía las normas referidas a la protección de la maternidad biológica de la trabajadora ya mencionadas, aunque también existen aquellos casos que consideran que no se deben aplicar, por considerar que los magistrados no pueden otorgar derechos que no se encuentran regulados en la ley, como fue en los autos “ Del Pino Florencia c/ Galeno Previsión Médica SAC s/ Despido”.

La jurisprudencia existente, no es numerosa pero si significativa y muchas extendieron las normas existentes en la LCT sobre la protección de la maternidad a la trabajadora adoptante, sobre la base de entender que no hay razones para diferenciar ambas situaciones. Por lo tanto han extendido la protección normativa de la madre biológica a la mujer trabajadora que adopta, al aplicar a ese supuesto la presunción del despido por razones de maternidad y el consecuente agravamiento indemnizatorio en ese caso. Se puede registrar en algunos casos la aplicación de la analogía con la situación de la maternidad biológica y se postula el otorgamiento de una licencia similar a la licencia posterior al parto que se concede a la madre biológica, solución basada en aspectos significativamente comunes de ambas situaciones.

A continuación se desarrollaran determinados fallos, que han sido considerados los de mayor relevancia:

1) Autos: “ Del Pino Florencia c/ Galeno Previsión Médica SAC s/ Despido”. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: III.

Se trata de una demanda interpuesta por una mujer trabajadora que recibió la guarda de un menor y en consecuencia de ello solicitó el otorgamiento de la licencia por maternidad. Sin embargo le fue negada por su empleador justificándose que la misma no se encontraba regulada en la Ley de Contrato de Trabajo. Ante esta situación, la mujer luego solicitó una licencia sin goce de sueldo aproximadamente por un mes, que si le fue otorgada. Pero luego intimó para el pago de los haberes devengados por todo este tiempo. El empleador se negó a su pago y ante esta situación la trabajadora se consideró por despedida.

En dichos autos, se rechazó la demanda, siendo la actora la parte vencida, fundamentándose en que dicha licencia no se encuentra regulada por la Ley de Contrato de Trabajo y que los jueces no pueden otorgar más derechos que los que se encuentran establecidos por la ley; y que además hay que destacar que el hecho concreto de la adopción no se concretó, lo que hace que sea más fuerte la negativa de su otorgamiento y el pago de los haberes adeudados.

Fallo:

2a. INSTANCIA. - Buenos Aires, agosto 31 de 1993.

El Dr. Lasarte dijo: Vienen estos autos a la alzada a propósito de los agravios que, contra la sentencia de fs. 93/95, formula la parte actora a fs. 97/101, mereciendo réplica de su contraria a fs. 108/110.

1. La actora se queja porque el sentenciante rechazó la demanda por entender que no había acreditado la procedencia de las causas alegadas para darse por despedida. Cuestiona que el juez de grado haya entendido que no le correspondía la licencia prevista por el art. 177 LCT y rechazado el reclamo por el pago de la misma. La actora había obtenido la entrega en guarda de un menor, con fines de adopción, el 26/6/91, por lo que solicitó con fecha 16/7/91 la licencia prevista por el citado artículo, que le fue negada por el empleador. Solicitó entonces, licencia sin goce de sueldo desde el 29/7/91 al 31/8/91, que le fue otorgada. El 22/10/91 intimó el pago de los haberes caídos durante la licencia y ante la negativa de la empresa, que entendió no le correspondía la licencia por maternidad, se dio por despedida el 29/10/91. El juzgador rechazó la pretensión de percibir los haberes porque el supuesto de adopción no está contemplado en la normativa vigente y porque en el caso ni siquiera se trató de tal supuesto, que se concretó muy posteriormente (octubre de 1992), sino solamente de la entrega en "guarda" del menor. Frente a esta conclusión se agravia la accionante, pero creo no le asiste razón. La apelante reconoce que no existe norma que le acuerde el derecho reclamado, diciendo que se trata de una "laguna del derecho", la que pretende sea llenada por el juez, otorgándole un derecho que la ley no le acuerda. Omite considerar la actora que el empleador no debe la remuneración por dicha licencia, sino que durante ella la trabajadora goza de las asignaciones de la seguridad social (conf. Justo López, Centeno y Fernández Madrid, "ley de Contrato de Trabajo comentada", t. 2, p. 649). La ley 18017, como se reconoce en el agravio, no prevé la situación de la actora, lo que impediría al empleador en caso de abonar la licencia, obtener el reintegro previsto por el art. 20 de la ley mencionada. Así las cosas, no siendo obligación del empleador, ni de la seguridad social, por los motivos arriba mencionados, el pago de la licencia reclamada, la pretensión carece de causa (art. 499 CC.) y debe ser desestimada.

2. Se agravia también por el rechazo del reclamo por aplicación del Memorándum 167, que rebajaba sustancialmente sus remuneraciones. El sentenciante tuvo en cuenta que la demandada contestó el telegrama indicando que dicho memorándum no se le aplicaba a Del Pino y que el peritaje contable y los testigos, tanto los ofrecidos por la actora como por la accionada, confirman tal afirmación, por lo que la apelante no acreditó que se le hubieran cambiado las condiciones de su remuneración y no había existido injuria que justificara el despido indirecto en los términos del art. 242 LCT. En la queja no se controvierte ninguno de estos fundamentos, por lo que la decisión se encuentra firme. El argumento de que la injuria consistió en publicar en la cartelera el citado memorándum, además de su parquedad, no puede tratarse porque al no haberse mencionado en el telegrama que instrumentó el distracto no fue causa del despido en los términos de la LCT. art. 243.

Es por lo expuesto que, de prosperar mi voto, propicio: 1. Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios. 2. Declarar las costas de la alzada a cargo de la actora vencida y fijar en el 3,5% del monto de la demanda los honorarios del firmante de f. 110.

El Dr. Guibourg adhirió, por análogos fundamentos, al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve: 1. Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios. 2. Declarar las costas de la alzada a cargo de la actora vencida y fijar en el 3,5% del monto de demanda los honorarios del firmante de f. 110. - Bernardo Lasarte. - Ricardo A. Guibourg.

Comentario Personal al Fallo:

En mi opinión, fue injusta la resolución otorgada, rechazando el no otorgamiento de la licencia, ya que no se respetó la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional y ni tampoco se tuvo en ningún momento la consideración del interés del niño.

Sin embargo, considero que son válidos los argumentos que utilizaron los sentenciantes ya que se obligaría al empleador a otorgar un derecho que no se encuentra regulado por la ley; y también se debe tener en cuenta que en el año 1993 no se encontraban con jerarquía constitucional los tratados internacionales contra la protección del niño y toda forma de discriminación contra la mujer.

2) Autos: “M.V...M.C Y OTRO S/AMPARO. Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche. Sala/juzgado: III.

Se resolvió una acción de amparo, llevada a cabo por una trabajadora a la que le fue otorgada la guarda de un niño recién nacido, con fines adoptivos.

En consecuencia de ello, la trabajadora solicitó a su empleadora la licencia por maternidad, pero esta última le manifestó la imposibilidad de su otorgamiento con el fundamento de que no existe norma vigente al respecto y que no puede otorgarle derechos que la ley no le concede

La sentencia se basó en diversas normas de tratados internacionales, en el derecho a la vida familiar, en la no discriminación contra la mujer y en la igualdad de trato ante la ley.

La resolución del mismo fue en hacer lugar a la acción de amparo y manifestó que la trabajadora tenía derecho a gozar de la licencia por maternidad con motivo del otorgamiento en guarda del menor para adopción y que debían percibir las asignaciones que confieren los sistemas de seguridad social respecto de los hijos biológicos, con el fin de que pueda ejercer libremente el derecho y deber de ser madre siendo secundario el medio por el que fue madre. Porque la adopción, coloca al hijo adoptivo en un estado de filiación como si fuera un hijo biológico.

Fallo:

San Carlos de Bariloche, mayo 11 de 2006.-

VISTOS: Estos autos caratulados “M. V., M. C. Y OTRO S/AMPARO”, Expte. n° 18462/06; y

CONSIDERANDO:

1) Que a fs. 5 comparecen al Tribunal la señora M. C. M. V. junto al señor J. A. R., promoviendo acción de amparo con la finalidad de que se le otorgue licencia por maternidad en el establecimiento donde trabaja, “Hotelería Lago Sur S.R.L.”. Ello, a raíz de haberseles otorgado un niño recién nacido en guarda para adopción, como se desprende de la documentación acompañada a fs. 1/2. Señala que habiendo solicitado dicha licencia a la empleadora, se le informó sobre la imposibilidad de su otorgamiento por cuanto no existe norma vigente que contemple la misma para el caso de adopción.

2) Impuesto a la acción el trámite de estilo, se requirió informe a la accionada y al ANSES, recibándose únicamente respuesta de este Organismo (fs. 12), el cual se remite a las disposiciones legales vigentes que no contemplan la licencia por maternidad en el supuesto de adopción. Agrega que únicamente se encuentra contemplada la Asignación Familiar por adopción, que se abona una vez que se presenta la sentencia definitiva de adopción.

Así planteada la cuestión, quedaron los autos en estado de resolver.

3) -Una de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico es la igualdad de los habitantes ante la ley, prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, siendo también un valor consagrado en su art. 14 bis, en los tratados de Derechos Humanos incorporados a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y en la Constitución Provincial (arts. 31 a 33) la protección del trabajo en sus diversas formas, el amparo de la familia y el cuidado de los hijos, tomado esto no solo como obligación de los padres sino con el carácter de responsabilidad social, debiendo entenderse que el ámbito de dicho ordenamiento no se limita a la familia biológica sino que se extiende a los vínculos adoptivos.

Cabe recordar que es un deber del Estado receptor los compromisos internacionales asumidos en los Tratados con jerarquía superior a las leyes reconocidos en el artículo 75º, inc. 22 de nuestra Carta Magna.-

4) Relativo a la cuestión, tenemos que:

a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere que los Estados partes reconocen la necesidad de conceder a las familias la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución (artículo 10°).

b) Además la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece en su artículo 11° que los Estados partes tomarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, para asegurar bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad.

c) La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 18° que, los Estados partes deben poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en referencia a la crianza y el desarrollo del niño/a, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones.

d) Asimismo, la Argentina ha aprobado el Convenio N° 156 sobre la "Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares" (OIT) que en su artículo 3° establece que "las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales". Esto se ve ratificado por lo dispuesto en el artículo 7° cuando refiere que deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, por último agrega que las responsabilidades familiares no deben constituir de por sí una causa justificada para poner fin a una relación de trabajo (artículo 8°).

e) También debe citarse a la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer -celebrada en Beijing en 1995, donde se recepta la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, que exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. Luego, señala que es necesario que los Estados Partes adopten medidas especiales (artículo 4°, inc. 2); como garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de los hombres y las mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos (artículo 5, inc. b) y alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo (artículo 11, inc. 2°, c). En igual sentido en el artículo 16 (inc. b y f) establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con las relaciones familiares y en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores y como adoptantes, en materias relacionadas con sus hijos.

Contempla también (en congruencia con lo mencionado la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer) "la armonización de las responsabilidades de las mujeres y los hombres respecto del trabajo y la amplia, para lo cual los gobiernos deberán adoptar medidas para asegurar, a sea mediante leyes, incentivos o estímulos que se den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias por maternidad o paternidad; promoviendo que las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia sean en pie de igualdad".

f) La República Argentina ha aprobado en 1986 el "Convenio 156 sobre la Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares" que en su artículo 3° establece que "las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales" (ratificado por lo dispuesto en los artículos 4°, 5° y 10°).

Lo mencionado hasta aquí es consecuente, con la Convención sobre los Derechos del Niño - la cual establece en su artículo 18° que "los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar el

reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en referencia a la crianza y el desarrollo del niño/a, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones”.

g) Y se ha expedido especialmente sobre la cuestión la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000 (88ª. Reunión, vigente desde el año 2002).

Se sostuvo en el mismo “la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño”, tomando nota de los distintos convenios internacionales y declaraciones relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras.

En particular, se contempló un “Proyecto de ley de licencias indistintas para maternidad/paternidad, adopción y enfermedad de los hijos y las hijas”, equiparando el vínculo biológico con el adoptivo.

5) Debe concluirse que las normas reseñadas tienen un objetivo común que apunta a la adopción de medidas que permitan a los trabajadores satisfacer adecuadamente las funciones y obligaciones concernientes a su vida familiar, protegiendo especialmente a la mujer de las prácticas discriminatorias por su condición de madres, previendo a tales efectos la licencia por maternidad que les garantice la estabilidad en el empleo cuando tengan hijos.

Y es indudable, como ya se advirtiera en la resolución cautelar dictada a fs. 6 que las normas de protección de la maternidad no pueden ser consideradas únicamente como tuitivas de la madre, sino que apuntan también a tutelar al niño en la cobertura de las necesidades propias de todo recién nacido, constituyendo un deber ineludible de los Jueces tutelar tales derechos esenciales -consagrados por la Constitución Nacional, Provincial y Tratados Internacionales- .

En el supuesto que nos ocupa se encuentran afectados seriamente los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merecen la madre biológica y la que asume ese mismo rol al recibir un niño en guarda para adopción. En efecto, aparece como absolutamente injusta y discriminatoria la distinción entre ambas que hace la autoridad de aplicación, con fundamento en las leyes vigentes (fs.12).

Si bien es cierto que nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia que surge de la legislación vigente en la materia -como vimos precedentemente-.

Por consiguiente, no se puede ignorar la existencia del derecho reclamado por los amparistas a que se aplique el mismo régimen de licencias y asignaciones familiares contempladas para el caso de maternidad biológica.

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.

La equiparación de la maternidad biológica y maternidad adoptiva no admite punto de discusión alguno desde la lógica de la razón y el sentido común y la ausencia de una norma expresa en tal sentido dentro de nuestra legislación no impide que se aplique en ambos casos el mismo régimen laboral, correspondiendo al órgano judicial cubrir el vacío legal en la materia.

Ello, por otro lado, aparece como una consecuencia necesaria teniendo en cuenta que la adopción confiere al adoptado la posición de hijo biológico, con los mismos derechos y obligaciones -de acuerdo a lo previsto por los arts. 323y 329del Código Civil-

Se debe, entonces, conceder el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento que se le otorga la guarda del niño, resguardando así el vínculo materno filial desde su origen.

De esa forma se le permite ejercer en plenitud y en condiciones de igualdad su derecho-deber de madre y se respeta el derecho esencial del recién nacido a tener la posibilidad de recibir los mismos cuidados y atención que un hijo biológico. Es que, en definitiva, la vía por la cual se llega a ser padre o madre es algo secundario al momento de analizar los derechos derivados del vínculo filial, debiendo garantizarse su goce en un plano de igualdad.

6) Finalmente, es necesario advertir -por razones prácticas y de economía procesal y más allá de que no integrara puntualmente el objeto de la pretensión- que también corresponde reconocerse a los amparistas el derecho a percibir las asignaciones que el sistema de seguridad social contempla para los trabajadores que tienen hijos.

Por lo expuesto, la CAMARA DEL TRABAJO de la IIIa. Circunscripción Judicial de la Provincia de Rio Negro, RESUELVE:

I) Hacer lugar a la acción de amparo promovida en autos.

II) En consecuencia, declarar que la señora M. C. M. Villarroel tiene derecho a gozar de licencia de maternidad con motivo del otorgamiento en guarda para adopción del menor individualizado en la sentencia acompañada a fs. 1/2.

III) Señalar, asimismo, que a los amparistas les corresponde el derecho a percibir las asignaciones que confieren los sistemas de seguridad social respecto de los hijos biológicos.

IV) Regístrese, protocolícese, notifíquese.

JUAN A. LAGOMARSINO (Juez de Cámara Presidente)

CARLOS M. SALABERRY ARIEL ASUAD (Juez de Cámara)

Comentario Personal al Fallo:

En mi opinión, la resolución otorgada en autos por los sentenciantes fue justa ya que equiparon la maternidad adoptiva con la biológica. Le otorgaron a la trabajadora la licencia por adopción sin importar porque medio fue madre y así respetaron varios Tratados Internacionales con jerarquía constitucional que fueron incorporados al artículo 75 inc 22 de la Constitución Nacional con la reforma de 1994; siendo de esta forma coherente y válidos cada uno de los fundamentos en que se basaron.

No importó que la licencia no se encuentre específicamente regulada, sino que los jueces suplieron un vacío legal conforme a derecho, sin incurrir en ningún acto discriminatorio contra la mujer, ni contrario a derecho.

3) Autos: “Solano Mónica Inés c/ Liderar Compañía General de Seguros y otros s/despido”. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VII.

Una mujer trabajadora, obtuvo la guarda de cuatro menores con fines adoptivos y luego fue despedida de su empleo. En consecuencia de ello, la accionante manifestó que el despido fue por el otorgamiento de la guarda de los menores y así poder obtener la liquidación correspondiente y la indemnización especial que la Ley de Contrato de Trabajo establece cuando el despido fuera por razones de maternidad.

Sin embargo en primera instancia la demanda fue rechazada porque la accionante no pudo acreditar debidamente que la causal del despido fuera la guarda. Esta misma apeló y la Cámara resolvió revocar la sentencia manifestando que se afectaron los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato entre una madre biológica y una adoptiva y que sería un acto discriminatorio no otorgar la indemnización especial entre madres biológicas y adoptivas.

Fallo:

2ª Instancia. — Buenos Aires, 21 de setiembre de 2011.

El doctor Rodríguez Brunengo dijo:

I.- A fs. 5/40 se presenta la actora e inicia demanda contra “Liderar Compañía General de Seguros S.A.”, Oscar Eduardo Nieves y José Buccioni en procura del cobro de las indemnizaciones y multas a las que se considera acreedora con invocación de las disposiciones de la ley 20.744.

La Sra. Solano refiere haber trabajado bajo relación de dependencia laboral desde el 1/12/05 para “Liderar Cía. General de Seguros S.A.” realizando tareas en la categoría “Grupo I Administrativo”.

Afirma que el 27/6/06 el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de la ciudad de El Dorado (Prcia. de Misiones) dispuso la entrega en guarda de los cuatro menores cuya adopción peticionara, por lo cual solicitó licencia a la accionada.

Relata que efectivizada la entrega de los menores, regresaron a Buenos Aires el 31/7/06 y se presentó en la oficina de la demandada a fin de consultar acerca de una licencia por maternidad, la cual fue otorgada por 45 días a partir del 26/6 hasta el 10/9.

Esgrime que al presentarse a retomar tareas el 11/9 es citada a la oficina de personal donde le proponen que renuncie y se quede en su casa a cuidar a sus cuatro hijos, e incluso le recriminan haber pensado en ella y no en la empresa.

Arguye, que como la accionada no consiguió que aceptara renunciar la despide intentando encubrir un despido discriminatorio bajo la apariencia de un despido sin causa.

Describe el intercambio telegráfico.

Viene a reclamar las indemnizaciones correspondientes.

A fs. 53/59 responden los Sres. Nieves y Buccioni.

Oponen excepción de transacción y pago.

Asimismo contestan demanda negando la existencia del despido discriminatorio invocado e invocando, arguyendo que la desvinculación de la actora obedeció a razones operativas de la actividad.

Afirma que la licencia que gozara la actora no puede asimilarse a la licencia que en protección de la maternidad establece la LCT.

Además sostiene que el otorgamiento de la misma fue una liberalidad de la accionada, basada en razones humanitarias, debido a que no existía obligación legal de acceder a la licencia otorgada.

Impugna la liquidación practicada y solicita el rechazo de la demanda con costas.

Liderar Compañía General de Seguro contesta a fs. 67/72.

Opone excepción de transacción y pago.

Manifiesta que el despido de la Sra. Solano obedeció a razones operativas y no a que la accionante adoptó a cuatro menores.

Impugna la liquidación practicada y solicita el rechazo de la demanda con costas.

En el fallo en cuestión (fs. 527/534) la “a quo” rechazó la demanda impetrada, ya que entendió que la accionante no logró acreditar que la empleadora tuviera una especial animadversión hacia las madres adoptivas.

El recurso a tratar llega interpuesto por la parte actora a fs. 543/563, mereciendo la réplica de la contraria.

También apela el perito contador por considerar reducidos los honorarios que le han sido regulados (fs. 536).

Asimismo los codemandados Nieves y Buccioni apelan la forma en que han sido impuestas las costas.

II.- Se agravia la accionante porque la sentenciante habría incurrido en una serie de contradicciones y omitido la valoración de la prueba obrante en la causa.

Además habría incurrido en errores en la valoración de los elementos probatorios.

Manifiesta que la “a quo” no consideró la normativa de la ley de contrato de trabajo a la que habría aludido la accionante en su escrito de inicio.

También sostiene que se hizo una equívoca aplicación de los principios que rigen la carga de la prueba.

Respecto a la falta de análisis de la normativa de la ley 20.744 invocada por la accionante en su escrito de inicio considero que le asiste razón toda vez que la judicante no se expresó sobre este punto a pesar de que la actora a fs. 32 solicitó la condena de la accionada en base a lo previsto por el art. 182 LCT e indicó que la situación de la madre adoptiva debe asimilarse a la de la biológica ya que de lo contrario se cometería una discriminación.

Sentado lo expuesto, me abocaré a analizar la procedencia de la asimilación petitionada y he de adelantar que, en el supuesto de autos, considero que se encuentran afectados los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merecen la madre biológica y la que asume ese mismo rol al recibir un niño en guarda para adopción.

Sostengo ello, debido a que si bien es cierto que nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia y al de igualdad que surgen de la legislación vigente.

Nótese que una de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico es la igualdad de los habitantes ante la ley, prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, siendo también un valor consagrado en su art. 14 bis, en los tratados de Derechos Humanos incorporados a partir de la reforma constitucional de 1994 la protección del trabajo en sus diversas formas, el amparo de la familia y el cuidado de los hijos, tomando esto no sólo como obligación de los padres sino con el carácter de responsabilidad social, debiendo entenderse que el ámbito de dicho ordenamiento no se limita a la familia biológica sino que se extiende a los vínculos adoptivos.

Asimismo, 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.

También deben citarse los arts. 3 y 7 del Convenio N° 156 sobre la “Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares”.

Por consiguiente no se puede ignorar la existencia del derecho reclamado a que se aplique el mismo régimen indemnizatorio contemplado para el caso de maternidad biológica.

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.

La equiparación de la maternidad biológica y la adoptiva -a mi entender- no admite punto de discusión alguna desde la lógica de la razón y el sentido común.

Ello, por otro lado, aparece como una consecuencia necesaria teniendo en cuenta que la adopción confiere al adoptado la posición de hijo biológico, con los mismos derechos y obligaciones -de acuerdo a lo previsto por los arts. 323 y 329 del Código Civil- (en similar sentido ver de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche "M.V., M.C. y otro s/ Amparo" del 11/5/2006).

La equiparación propuesta, lleva a aplicar las disposiciones de la ley 20.744 que regulan la protección de la maternidad (arts. 177/179) entre las que se encuentra el art. 178 que expresamente establece que debe presumirse que el despido se debió a la maternidad de la trabajadora cuando la desvinculación se produce dentro del plazo de siete y medio (7 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha -en este caso- en que fue otorgada la guarda de los menores.

Así, habiéndose producido el distracto dentro del plazo mencionado correspondía a la accionada acreditar que el despido obedeció a otra causal, lo cual -adelanto- no ha hecho.

Nótese que la única deponente ofrecida por ésta que se refirió a la causa del distracto, esgrimió que el mismo se debió a una reestructuración -Cabalero fs.227/228- cuando la accionada en su contestación adujo razones operativas de la actividad.

Además, advierto que Cabalero es empleada de la accionada, lo que habilitaría que su declaración sea tomada con mayor estrictez y rigor crítico (en similar sentido ver de esta Sala, "Insaurralde, Wilfrido Manuel c/ Wal Mart Argentina S.A. s/ despido" S.D. N° 36.600 del 15/4/03), máxime cuando no obra en la causa elemento alguno que convalide sus afirmaciones.

A lo expuesto cabe agregar que resulta imposible considerar acreditada la existencia de razones operativas cuando inmediatamente después del despido de la Sra. Solano se contrata a una persona -la desvinculación se produjo el 2/10/06 y la contratación de Suárez el 1/12/06- para realizar las mismas tareas que realizaba la actora -de acuerdo a lo declarado por Urtasun (fs.366/368)-.

Lo expuesto, torna innecesario que me expida en torno a la valoración de la prueba, las omisiones y contradicciones en que habría incurrido la sentenciante.

Consecuentemente, propicio revocar este aspecto del decisorio cuestionado y condenar al pago de la indemnización agravada prevista por el art. 182 LCT por la suma de \$16.250 (1.250 -cfrme. lo denunciado en el escrito de inicio y lo informado por el experto contable a fs. 140- X13) que devengara intereses, desde que cada suma fue debida y hasta el momento de su efectivo pago, a la tasa de interés prevista en el Acta N° 2.357, conf. Resolución de Cámara N° 8 del 30 de mayo de 2.002.

Cabe aclarar, que resultan condenados por el despido "Liderar Compañía General de Seguros S.A.", Oscar Eduardo Nieves y José Buccioni, debido a que las personas físicas demandadas participaron en el fraude.

En tal sentido, es indudable que tuvieron (cuando menos, debieron haber tenido) conocimiento acerca de las maniobras de fraude cometidas para con la actora, circunstancia que justifica la condena solidaria y a título personal por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas -e incumplidas- en nombre del ente social (arg. arts. 59 y 274 L.S.C. y 14 L.C.T.; en similar sentido, esta Sala in re "Ghigliani, Fabiana Graciela C/ Palma, Alejandro y otros S/ Despido", S.D. nro.: 34.880 del 19/04/01; "Maineri..." ya cit.).

Por aplicación de las normas de la Ley de Sociedades referidas, es justo que la condena se haga extensiva sobre quienes resultaron responsables de lo que, en definitiva, puede calificarse como una conducción irregular del ente de existencia ideal al discriminar a la dependiente contrariando la legislación vigente.

Esto significó, sin más, la configuración voluntaria y directa de conductas tendientes a desbaratar los derechos laborales de una trabajadora que sin dudas se tradujeron en un mero recurso para violar la ley (arts. 182 LCT y ley 23.592), el orden público laboral (arts. 7, 12, 13, y 14 L.C.T.), la buena fe (que obliga al empresario a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador, art. 63 L.C.T.; en igual sentido, v. esta Sala in re "Núñez, Gabriela Susana C/ Racing Ravel S.R.L. y o. S/Despido", S.D. nro.:

37.272 del 16.02.04; "Castillo, Ruben Omar y otros C/ Tomasevich, Ricardo Alberto y o. S/ Despido", S.D. nro.: 41.326 del 31/10/08).

III.- Cuestiona la falta de consideración del daño causado a la actora y solicita se haga lugar al pago de los años que le restan a aquella para acceder al beneficio jubilatorio teniendo en cuenta la asignación familiar y de la obra social.

En primer lugar respecto al daño moral reclamado, cabe recordar que "el daño moral consiste en una pretensión autónoma e independiente del despido, vale decir, tiene su causa fuente en un ilícito ajeno al contrato de trabajo que desborda los límites tarifarios y que debe ser resuelta en consecuencia, acudiendo a los principios generales del Derecho de Daños." (Isidoro H. Goldenberg: "El Daño Moral en las Relaciones de Trabajo", en "Daño Moral", pág. 265 "Revista de Derecho de Daños", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999).

"En efecto, las conductas lesivas a la dignidad, honor o reputación del dependiente por aseveraciones temerarias, descalificantes, ofensivas, de mala fe, divulgación de datos íntimos o situaciones penosas, no pueden quedar desguarnecidas de tutela legal por el sólo hecho de que las partes se encontraban ligadas por un contrato de trabajo" (Goldenberg, loc. Cit.).

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, el 31 de julio de 1979, en fallo donde llevó la voz el doctor Ricardo A. Guibourg, expresó: "Cuando -en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella- el empleador incurre en conductas que causan perjuicio al trabajador desde el punto de vista extracontractual, es decir, cuando se causa un daño que resultaría indemnizable -aún en ausencia de una relación laboral responsable no puede verse condenada mediante el simple pago de la indemnización tarifada. Encontrándose la conducta genéricamente comprendida en los artículos 1072, 1078 y 1109 del Código Civil aún con total prescindencia del contrato de trabajo que le ha servido de contexto, compromete a su autor a la responsabilidad prevista por daño moral sin perjuicio del pago de la indemnización tarifada que corresponde al ámbito de los incumplimientos contractuales" (El Derecho, 29-07-80).

"La valoración del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, correspondiendo a los jueces de la causa establecer su procedencia y el quantum indemnizatorio, tomando en consideración para ello la gravedad de la lesión sufrida y el hecho generador de la responsabilidad" (Cám. Nac. Cont. Adm. Federal, Sala I, 17-VIII-97:"Sandez, Marta Susana C/ Consejo Federal de Inversiones s/ Empleo Público").

Carlos A. Ghersi, en el libro primeramente citado, pág. 58, destaca la reformulación del daño moral en la Reforma de 1968, a partir del riesgo creado (Art. 1.113, segunda parte, párrafo segundo), la equidad (Art. 907, párrafo segundo), la buena fe (Art. 1.198, párrafo primero), y el ejercicio abusivo de los derechos (Art. 1.071), entre otras disposiciones, enfatizando que "esta corriente renovadora del derecho, con hondo contenido social, se acerca más al hombre en sí mismo y se aleja del economicismo como meta central de protección, que imperaba en Alberdi y Vélez".

Por otra parte, Jorge Mosset Iturraspe propone la sustitución del concepto de "daño moral" por el "daño a la persona", de mucha mayor amplitud y mayor compatibilidad con las orientaciones modernas del derecho (conf.: su trabajo: "Daño Moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona", en loc. Cit. pág. 7 y ss).

La irrupción de los Derechos Humanos a partir de la posguerra de 1945 hizo sentir su creciente influencia en el Derecho Universal, comprendido nuestro país, que en la Reforma Constitucional de 1994 incorpora a la Ley Suprema "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", cuyo Art. V dispone que "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar"; "la Declaración Universal de Derechos Humanos", cuyo artículo 2º - 1 reza: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición", y otras normas de específica aplicación al sub lite (Art. 75, inc. 22, C.N.).

La propia Corte Suprema expresó, aún antes de la Reforma Constitucional que: "El daño moral tiene carácter resarcitorio y no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se

trata de un accesorio de éste” (Autos: “Forni C/ Ferrocarriles Argentinos, 7/IX/89. ID:”Bonadero Alberdi de Inaudi C/ Ferrocarriles Argentinos” 16/VI/88).

Ya la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada en 1948, destaca que los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, y en su artículo V impera que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida familiar”.

Sentado lo expuesto, he de indicar que en el caso de autos se vislumbra que el perjuicio provocado por el despido por maternidad debe repararse con la indemnización agravada cuya condena he dejado propuesta.

Ello, debido a que la equiparación de la madre adoptiva con la biológica conlleva a la aplicación de la indemnización prevista en el art. 182 LCT que repara los perjuicios ocasionadas por la desvinculación de una trabajadora como consecuencia de su maternidad.

Advierto que ninguna normativa impone la obligación del empleador de abonar a los trabajadores despedidos -cualquiera sea la causa de la extinción- los años que restan para que éstos accedieran a los beneficios previsionales, ni al pago de la obra social.

En consecuencia propongo confirmar este aspecto del decisorio de grado.

I

V.- La nueva solución que dejo propuesta impone realizar algunas modificaciones en lo que respecta a los honorarios y las costas del juicio.

En esta tesitura, la totalidad de las costas de ambas instancias se impondrán a cargo de la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal).

Por sus tareas en primera instancia, atendiendo al mérito y extensión de la labor desarrollada, sugiero regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, demandada, los del perito contador y calígrafo en el 16%, 14%, 7% y 7%, respectivamente, del monto de condena y sus intereses (arts. 6 y 7 Ley 21.839).

V.- En caso de ser compartido mi voto regular los honorarios a la representación de la parte demandada y a la de la actora en el 25% y 30%, respectivamente, de lo que en definitiva y por las tareas cumplidas en la instancia anterior en favor de sus defendidos corresponda (art. 14 de la ley 21.839).

La doctora Estela Milagros Ferreirós dijo:

Un tema extremadamente delicado y novedoso resulta ser el de autos.

En rigor de verdad, en el litigio planteado, el debate versa concretamente sobre la existencia de un tipo o dos tipos de maternidad.

Uno debe preguntarse ¿son las madres adoptivas distintas o iguales a las madres biológicas? ¿Cuál es el bien jurídico protegido a partir del art. 177 y hasta el art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Las respuestas a estos interrogantes son la piedra basal de la solución del conflicto.

No tengo dudas de que existe un solo tipo de madres, aquéllas que se comprometen con la gestación o la elección de un hijo y están dispuestas a llevarlos adelante.

La protección del bien jurídico “maternidad” es amplia, porque alcanza a la madre, al niño y, en todo caso, a todo el grupo familiar.

Es de advertir que la Ley de Contrato de Trabajo establece una protección con indemnización agravada, que encierra también el necesario respeto por el art. 16 de la Constitución Nacional, en lo atinente a la igualdad.

El despido, analizado como se presenta en autos, no sólo genera una discriminación entre madres biológicas y madres adoptivas inaceptable y, a la vez, olvida la necesaria valoración de los derechos del niño.

Se están violando derechos no sólo instalados en el Bloque Federal Constitucional, sino el marco de derechos humanos irrenunciable que afecta directamente la dignidad humana, en tiempos en que nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación viene señalando que la persona humana es sagrada.

Todo lo expuesto hace que coincida con mi distinguido colega y adhiera a la solución que propone.-

La Doctora Beatriz Inés Fontana: No vota (art. 125 de la Ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal resuelve: 1) Revocar el fallo apelado y condenar solidariamente a Liderar Compañía General de Seguros S.A., Oscar Eduardo Nieves y José Buccioni a pagar a Solano, Mónica Inés dentro del 5to. día, la suma de \$ 16.250 (dieciséis mil doscientos cincuenta pesos) más intereses establecidos en el considerando III. 2) Regular los honorarios por las tareas realizadas en primera instancia a la representación letrada de la parte actora, demandada, perito contador y perito calígrafo en 16% (dieciséis por ciento), 14% (catorce por ciento), 7% (siete por ciento) y 7% (siete por ciento), respectivamente, del monto de condena y sus intereses. 3) Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada. 4) Regular honorarios a la representación letrada de la demandada y a la de la actora en el 25% (veinticinco por ciento) y 30% (treinta por ciento), respectivamente de los determinados para la primera instancia. — Néstor Miguel Rodríguez Brunengo. — Estela Milagros Ferreirós.

Comentario Personal al Fallo:

En mi opinión, es totalmente justa, válida y razonable la resolución de la Cámara en revocar la sentencia de 1° Instancia y equiparar así la maternidad adoptiva con la biológica. Porque por lo hechos manifestados no cabe duda alguna que el despido ocurrió exclusivamente por la obtención de la guarda de los menores y no por razones de operatividad de la demandada ya que de ser así no hubieran contratado a otra persona para cubrir el mismo puesto de la actora.

Por lo tanto es justa y conforme a derecho y a la equidad que le corresponda la indemnización especial por maternidad que consagra la Ley de Contrato de Trabajo. Caso contrario sería un acto discriminatorio contra la trabajadora y no se respetarían tratados internacionales con jerarquía constitucional.

PROYECTO DE LEY

Los legisladores cumplen una función trascendental social y jurídicamente ya que a ellos les compete dictar normas que garanticen al niño poder crecer y desarrollarse dentro de una familia sana y preparada.

Por lo tanto, otorgarles a los guardadores una licencia para que en el período de guarda preadoptiva puedan afianzar el nuevo estado familiar es una manera de colaborar para que el tiempo necesario de la vinculación sea lo más exitoso posible y así poder cumplir con el derecho y deber de ser madre en plenitud.

“Según el relevamiento realizado por el CIPPEC en Noviembre de 2013, había 45 proyectos de ley sobre licencias (de maternidad, paternidad y familiares) presentados en las dos Cámaras del Congreso de la Nación por 96 legisladores (Recomendaciones para una nueva ley nacional de licencias por maternidad, paternidad y familiares, 2013). Las numerosas iniciativas presentadas demuestran un amplio consenso sobre la necesidad de avanzar en una nueva regulación de licencias por maternidad”⁷.

Dada la importancia de suplir el vacío legal de la LCT, respecto a la licencia por adopción, se transcribirán a continuación los artículos más relevantes del proyecto de ley con fecha 5/6/2015 Expediente 1874 - S- 15, presentado por el Senador Nacional Sr. Ruben Giustiniani:

⁷ “Fundamentos del Proyecto de Ley” presentado por el Senador de la Nación Rubén Giustiniani con fecha 5/6/2015, Expediente 1874 S – 15

Artículo 1: Ámbito de aplicación: Las disposiciones de la presente ley son de aplicación para los y las trabajadoras bajo el régimen de la LCT, Ley 20.744; de la Administración Pública Nacional, Ley 24.185; del Régimen de Trabajo Agrario, Ley 26.727 y del Personal de Casas Particulares, Ley 26.844.

Artículo 3: Objeto: La presente ley tiene por objeto: Garantizar:

- a. La eliminación de las desigualdades vigentes respecto a las licencias por nacimiento y adopción que persisten en la legislación laboral según el régimen de contratación del o la trabajadora.
- b. El derecho de los padres y madres trabajadoras a poder contar con un tiempo propio destinado al cuidado de sus hijas e hijos en los primeros meses de vida.
- c. El derecho de todo niño o niña a ser cuidado por sus progenitores/as durante su primera infancia.
- d. El trato igualitario entre progenitores/as cualquiera sea el origen de su vínculo filial con su hijo o hija.

Artículo 4: Tipos y duración de las licencias: Los y las trabajadoras gozarán, cuando corresponda de las siguientes licencias:

Licencia por maternidad o paternidad: Treinta (30) días a partir del nacimiento, del otorgamiento de la guarda por adopción, o de la inscripción del hijo o hija en el registro civil.

Licencia parental: a uno de las o los progenitores hasta completar ciento ochenta (180) días posteriores al nacimiento, del otorgamiento de la guarda con fines de adopción o de la inscripción del hijo o hija en el registro civil.

Artículo 7: Licencia por maternidad o paternidad: Queda prohibido el trabajo del trabajador o de la trabajadora durante los treinta (30) días posteriores al nacimiento, a la inscripción de su hijo o hija en el registro civil o al otorgamiento de la guarda con fines de adopción. La o el trabajador deberá practicar la correspondiente comunicación por cualquier medio al empleador/a. En el supuesto de más de un hijo o hija, el período de licencia se ampliará en quince (15) días por cada hijo o hija a partir del segundo inclusive.

Artículo 8: Licencia parental: Una vez completado el período de licencia por maternidad o paternidad, las y los progenitores gozarán de una licencia hasta completar ciento ochenta (180) días posteriores al nacimiento, del otorgamiento de la guarda con fines de adopción o de la inscripción en el registro civil. Dicha licencia podrá ser gozada en forma indistinta por solo uno/a de los/las progenitores/as. La opción deberá notificarse fehacientemente al empleador/a con quince (15) días de anticipación.

Artículo 10: Conservación del empleo: El trabajador y la trabajadora conservarán sus empleos durante los períodos de licencias indicados y gozarán de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que le garantizarán la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las regulaciones respectivas. El período de licencia legal será computado como tiempo de servicio y las asignaciones que perciban revestirán carácter remuneratorio.

Artículo 11: Garantizase a toda trabajadora y trabajador, durante el embarazo y hasta un (1) año después del nacimiento, de la guarda por adopción o de la inscripción en el registro civil de su hijo o hija, el derecho a la estabilidad absoluta en el empleo. La misma tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que se practique la correspondiente notificación al empleador/a.

Luego del análisis de estos artículos, se puede observar que se quieren incluir a los trabajadores adoptantes, al goce de todos los beneficios del que gozan los trabajadores que se convierten en padres biológicos, sin ocasionar así ninguna desigualdad ante la ley ni tampoco ningún perjuicio a los trabajadores.

-También se debe tener en consideración la especial importancia de este proyecto, porque con su presentación se comienzan a reconocer realidades distintas con las que la sociedad ya convive en el cambio de las composiciones de las familias pero que aún no son reguladas por el Estado y que ya deberían estarlo.

DIVERSOS INTERROGANTES QUE SURGIERON SOBRE EL TEMA EN CUESTIÓN

Luego del análisis e investigación del tema, me surgieron diversas preguntas que estaría bueno responder, ya que son situaciones que surgen en la vida cotidiana y que tampoco se encuentran reguladas en la ley, provocando nuevamente la existencia de un vacío legal.

Las preguntas que surgieron son:

- ¿Qué sucede si adoptaren dos personas del mismo sexo? ¿A quién se le otorga la licencia?

Para el caso de una adopción homoparental, la licencia por maternidad de la Ley de Contrato de Trabajo, tiene que ser otorgada a uno de los adoptantes sin distinción de sexo. De esta forma uno de los integrantes de la pareja, previa e íntima decisión de ellos, deberá solicitarla a su empleador, quien se la deberá otorgar sin oposición alguna. Porque en caso contrario iría en contra del interés superior del niño, el derecho a la familia y a la igualdad ante la ley.

- ¿Es lo mismo otorgarle la licencia a aquella trabajadora que adopta a un bebé que a un niño en edad escolar o adolescente?

Claramente son situaciones diversas ya que por la edad del adoptado, necesitan de cuidados diversos debido a las distintas actividades que por la edad tienen que realizar cada uno. Igualmente por la diferencia de edad, no quiere decir que la licencia no deba ser otorgada, sino que capaz sería posible poder reducir su plazo o bien reducir la jornada laboral, a un tiempo de horas similar al que el adoptado se encuentra en horario escolar o cumpliendo con otras actividades de esparcimiento o sociales. Pero igualmente la trabajadora, tiene que tener el tiempo necesario para crear el vínculo entre madre e hijo que se necesita sin importar cual fuera la edad del adoptado.

- ¿Qué sucede si una trabajadora adoptare a más de un niño al mismo tiempo?

Para este caso en particular, la licencia por maternidad deberá ser otorgada al igual que se otorga la licencia por maternidad de la Ley de Contrato de Trabajo, sin hacer distinción alguna. Porque en este caso, la propia ley tampoco diferencia si una trabajadora se convierte en madre de mellizos o trillizos. Siendo así para todas las trabajadoras el mismo tiempo de licencia, sin importar la cantidad de hijos.

CONCLUSIÓN

La conclusión personal a la que llego luego de haber realizado un análisis profundo y objetivo del tema en cuestión, es que se puede afirmar la existencia del vacío legal respecto del otorgamiento de la licencia por adopción. Es evidente que al momento de redactar la norma el legislador solo tuvo en cuenta a la maternidad biológica. Por lo tanto, podemos concluir en una omisión genérica sobre la falta de protección de la trabajadora adoptante.

En consecuencia de ello, no se respeta el principio de igualdad consagrado por la ley, ya que no todas las trabajadoras tendrían las mismas condiciones ante el caso de ser madres; e incluso es discriminatorio porque se encuentran en una misma situación, pero se excluye a aquellas mujeres que por motivos personales deciden adoptar a un niño y no concebirlo de manera biológica.

Por lo tanto y en mi opinión, la licencia por maternidad adoptiva debe ser otorgada de la misma manera y forma que la licencia por maternidad biológica, ya que es algo secundario y sin importancia el modo por el cual la trabajadora fue madre y siempre se le debe garantizar el pleno goce de los derechos que derivan del vínculo filial.

En primer lugar mi fundamento se basa que es un tema que en realidad no merecería discusión alguna porque se debe otorgar por el solo sentido común y lógica de la razón humana. Sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico como fue dicho oportunamente no hay una norma legal que regule dicho tema. Por lo tanto debe ser el órgano judicial quien cubra el vacío legal existente. Pero en algunos casos puede resolverlo de manera justa equiparando las situaciones y así no crear dos tipos de madres una adoptiva y otra biológica o en otros casos no otorgar la licencia, incurriendo para mí en un acto discriminatorio, absurdo y totalmente inconstitucional contra la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

En segundo lugar, ante el no otorgamiento de la licencia a la trabajadora que le es otorgada la guarda judicial o adopción de un menor se estaría violando básicamente el interés superior del niño, porque no se tendría en cuenta el estado de indefensión en el que se encuentra el menor por tener que adaptarse e incorporarse a una familia que no conoce. Por eso al otorgarla le permitiría a la trabajadora al principio desarrollar sin problema e inconveniente la adaptación del niño y cubrir todas sus necesidades básicas sin impedimento alguno, como le podría ocasionar si continúa con el desarrollo normal de sus tareas profesionales. De esta forma se respetarían los tratados internacionales con jerarquía constitucional consagrados en el artículo 75 inc 22 de la Constitución Nacional, equiparando el vínculo biológico con el adoptivo, sin ocasionar así ninguna discriminación.

En tercer lugar, a mi parecer ante el no otorgamiento, se estarían violando específicamente normas del derecho laboral, como es el ORDEN PÚBLICO LABORAL, y la BUENA FE del artículo 63 de la Ley de Contrato de Trabajo, que establece *“las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”*.

También daré mi opinión respecto de la jurisprudencia y Convenios Colectivo de Trabajo que fueron analizados. Con el análisis de la jurisprudencia, llegué a la conclusión como en un principio antes de la reforma constitucional de 1994 se negaba el otorgamiento de la licencia por maternidad adoptiva teniendo como únicos fundamentos su inexistencia en la Ley de Contrato de Trabajo y que el empleador, no puede otorgar derechos que no se encuentran regulados en la ley. Pero luego de la reforma constitucional en la que fueron incorporados numerosos tratados internacionales, de los cuales los más importantes y relevantes sobre el tema en cuestión fueron nombrados oportunamente, las resoluciones cambiaron otorgando las licencias y misma protección de la maternidad biológica a la maternidad adoptiva, basándose básicamente en el interés superior del niño, en la no discriminación entre las mujeres trabajadoras y en la igualdad ante la ley.

Luego, con los Convenios Colectivos, llegué a la conclusión que en varios casos se equiparan las situaciones de maternidad, otorgando iguales o mejores beneficios. Pero a pesar de ello, continúan habiendo discriminaciones porque las trabajadoras que no se encuentran amparadas por estos convenios no gozan de la misma, por la existencia del vacío legal en la Ley de Contrato de Trabajo.

También con el desarrollo de la investigación me surgió un interrogante de qué sucede con aquellas parejas de un mismo sexo que deciden adoptar a un niño. Llegué a la conclusión de que todo lo expuesto sobre la mujer trabajadora que adoptare debe ser aplicado también para aquellas parejas de un mismo sexo que decidan adoptar a un hijo. Por lo tanto los mismos derechos y beneficios que se le otorga a la madre tienen que ser otorgados para estas parejas. De esta forma uno de los integrantes de la pareja le solicitará el otorgamiento ante su empleador, quien no debería negar su otorgamiento para respetar así la igualdad ante la ley. Más aún mi postura se refuerza que en nuestro país está permitido el matrimonio por personas de igual sexo.

Para finalizar, considero entonces, que el no otorgamiento de una licencia por adopción vulnera numerosos derechos consagrados en nuestra Carta Magna. Por lo tanto la trabajadora adoptante debe gozar de 90 días al igual que la trabajadora que biológicamente se convierte en madre, gozando también de la estabilidad del empleo que otorga la LCT y cobrar la asignación por maternidad que abona el Anses a la trabajadora madre, de monto equivalente a la remuneración que percibe habitualmente.

De esta manera y para ser subsanado, nuestro ordenamiento jurídico laboral se encuentra ante la necesidad inminente de una reforma, para modificar los pertinentes artículos de la Ley de Contrato de Trabajo. Otorgando así los mismos beneficios y protección de una trabajadora que se convierte en madre de manera biológica a una madre adoptiva. Así se respetaría principalmente el interés superior del niño y la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley de Contrato de Trabajo (20.744).
- Ley Régimen de Asignaciones Familiares (24.714).
- “Manual de Derecho Laboral” Julio Armando Grisolfá. Ed, Abeledo Perrot. Octava edición ampliada y actualizada – 2012.
- www.laleyonline.com.ar – Artículo de La Ley Online “Licencia Laboral Administrativa por maternidad y paternidad biológica” Pérez del Viso, Adela Garro, María Fabiana Puebla, Edgardo Marturano, Liliana Bona, María Eugenia. Publicado en: DJ 06/09/2006.
- “Manual de Derecho de Familia” Augusto César Belluscio Ed. Abeledo Perrot. Décima edición actualizada, 2013
- www.elsalario.com.ar
<http://www.elsalario.com.ar/main/mujer/licencia-por-maternidad-adoptiva> Ingreso 3/8/2015
- www.iprofesional.com
<http://www.iprofesional.com/notas/206063-qu-pasa-cpm-la-licencia-por-maternidad-cuando-alguien-decide-adoptar>
Ingreso 10/02/2016
- www.intersindical.com
<http://www.intersindical.com/materias/page/contenido/02legislacion/Jurisprudencia/Adopci%BEEn%20I.htm>
Ingreso 10/02/2016