

# Indemnización por despido versus fondo de capitalización individual: apuntes contra una eventual reforma inadmisibles

*Héctor Omar García\**

## **Resumen**

La Ley de Contrato de Trabajo establece un sistema de protección contra el despido sin causa que reglamenta el mandato tuitivo del trabajador conferido al legislador por el primer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional. El modo de proteger al sujeto hiposuficiente contra la extinción contractual dispuesta potestativamente por el empleador consiste en la imposición de una indemnización tarifada a cargo de este, al que la ley por otra parte asegura la eficacia del distracto. Este sistema se encuentra, una vez más, sometido a crítica por opiniones que, tras el objetivo de evitar la litigiosidad, postulan su reemplazo por un fondo de capitalización individual similar al establecido en la Ley 22.250 para el personal de la industria de la construcción o al previsto en la legislación austríaca. El presente trabajo, luego de repasar la doctrina iuslaboral y constitucional, y las normas internacionales integradas al ordenamiento jurídico argentino, junto a las interpretaciones de sus respectivos organismos de control (conforme lo establecido en el art. 75.22 de la norma fundamental), concluye en la inadmisibilidad de una reforma legal como la propuesta por su incompatibilidad con las fuentes de mayor jerarquía.

\* Abogado (UBA); Especialista en relaciones laborales (Universidades de Bolonia y de Castilla-La Mancha); Titular de cátedra regular de la Facultad de Derecho (UBA); profesor y miembro de la Comisión Académica, de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho (UBA); expresidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; hgarciaomar@gmail.com.

Palabras clave: Principio protectorio, protección contra el despido arbitrario, indemnización por despido, derecho al trabajo, fondo de cese laboral, mochila austríaca.

## **Severance Indemnity Versus Individual Capitalization Fund: Notes Against a Possible Inadmissible Reform**

### **Abstract**

The Employment Contract Law establishes a system of protection against dismissal without cause that regulates the worker's protection mandate conferred to the legislator by the first paragraph of Article 14 bis of the Constitution. The way to protect the weaker party against contractual termination at will by the employer consists in the imposition of a fixed indemnity to be paid by the employer, to whom the law, at the same time, ensures the effectiveness of the dismissal. This system is, once again, subject to criticism by those who, with the aim of avoiding litigation, postulate its replacement by an individual capitalization fund similar to the one established in Law 22.250 for construction industry personnel or to the one provided for in Austrian legislation. This paper, after reviewing the labor and constitutional legal doctrine, and the international norms integrated into the Argentine legal system, together with the interpretations of their respective control agencies (pursuant to the provisions of article 75.22 of the Fundamental Law), concludes that a legal reform such as the one proposed is inadmissible due to its incompatibility with the higher-ranking norms.

Keywords: Protective Principle, Protection Against Arbitrary Dismissal, Redundancy Payment, Right to Work, Termination Fund, Austrian Backpack.

## I. Introducción

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), mediante diversas normas –principalmente sus artículos 90,<sup>1</sup> 91,<sup>2</sup> 242,<sup>3</sup> 245<sup>4</sup> y 252–,<sup>5</sup> establece un sistema

1. “Art. 90. – Indeterminación del plazo.

El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias:

- a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración.
- b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen.

La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apartado b) de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado.”

2. “Art. 91. – Alcance.

El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley.”

3. “Art. 242. – Justa causa.

Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación...”

4. “Art. 245. – Indemnización por antigüedad o despido.

En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo. [...]

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.”

5. “Art. 252. –Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación.

A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17,

de protección contra el despido arbitrario, o inmotivado, que reglamenta el mandato conferido al legislador por el primer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional. El modo de proteger al trabajador contra la extinción contractual dispuesta discrecionalmente por el empleador consiste en el pago de una indemnización tarifada que toma como base de cálculo la remuneración y la antigüedad del dependiente en la empresa (art. 245 LCT).

Ese sistema, en la actualidad, ha vuelto a encontrarse inmerso en la polémica. Una vez más, es sometido a crítica por opiniones que, tras el objetivo de evitar la litigiosidad –supuestamente desmesurada a escala industrial–,<sup>6</sup> postulan su reemplazo por un fondo de capitalización individual similar al establecido en la Ley 22.250 para el personal de la industria de la construcción, esgrimiendo argumentos estrictamente económicos, entre los cuales se destaca la preferencia por el sistema establecido en la legislación austríaca, asiduamente denominado “mochila”.

El presente trabajo tiene por modesta finalidad la de intentar una breve incursión en ese debate, con fundamentos excluyentemente jurídicos, orientados a poner en cuestión la hipótesis de integración de tales regímenes, enarbolados como referentes o modelos, al ordenamiento argentino, por su incompatibilidad con la normativa constitucional y suprallegal.

## **II. Despido inmotivado y protección legal contra el despido arbitrario**

La doctrina jurídica argentina más eminente en el derecho del trabajo y el derecho constitucional, aun con desacuerdos teóricos entre sus

---

inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales...”.

6. Véase: Ackerman, Mario E., “Propuesta novedosa, imaginativa y audaz, para terminar con la diabólica industria del juicio”, en *Rubinzal Culzoni On Line* (RC D 235/2023).

principales autores, no plantea dudas acerca de la compatibilidad de la indemnización por despido sin causa con la protección legal contra el despido arbitrario que demanda el art. 14 bis, primer párrafo, de la Constitución Nacional. Por un imperativo de brevedad, nos limitamos a traer a colación aquí las opiniones de solo dos autores representativos de nuestra mejor doctrina en sendas disciplinas, Justo López y Germán Bidart Campos, a cuya relectura en relación con el tema arriba enunciado nos abocamos en este apartado introductorio.

En uno de sus enjundiosos ensayos dedicados al despido y la estabilidad en el empleo, Justo López reparó en la “fundamental conexión” que existe entre el “derecho a la estabilidad” y la invalidez del despido arbitrario. En el desarrollo de su trabajo, el recordado maestro caracterizó el despido –y de igual modo la renuncia– como un *acto normativo derogatorio*, en la inteligencia de que la extinción de la relación de trabajo se produce por derogación de su *f fuente normativa*, esto es, el contrato de trabajo. En el negocio jurídico bilateral –profundizaba Justo López–, el ordenamiento jurídico admite que la norma igualmente bilateral que origina la relación de trabajo sea derogable en forma unilateral, ya sea por un acto del empleador (despido) o del trabajador (renuncia), que opera como “fuente de *contra-norma*”.<sup>7</sup> Adentrado en especulaciones en torno al despido adjetivado por la constitución como *arbitrario*, Justo López aplica este concepto a todo despido desprovisto de causa o de motivación –es decir, sin motivo invocable como fundamento de su validez y licitud–, o “desnudo” (*ad nutum*), que contrasta con el despido *motivado* por alguna “justa causa invocable como fundamento de su validez y licitud”. Ambas subespecies de despido injustificado, según el jurista citado, se encuentran indistintamente comprendidas en la garantía contenida en el artículo 14 bis de la Constitución.<sup>8</sup>

Con la opinión de Justo López –que concita mi adhesión– coincide parcialmente la del eximio constitucionalista Germán Bidart Campos. En su insoslayable examen del artículo 14 bis,<sup>9</sup> este jurista interpreta los sentidos

7. López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *LT*, t. XXI, pp. 290-291 (destacado en el texto original).

8. *Ibidem*.

9. Bidart Campos, Germán J., “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, en *TySS*, 1981, pp. 481-560.

diferentes que tienen las fórmulas “protección contra el despido arbitrario” y “estabilidad del empleado público”. Luego de repasar los distintos efectos de la estabilidad “propia o absoluta” –unificando así, sin matizaciones, estos subtipos de permanencia del dependiente en la relación de trabajo– y la relativa o impropia, Bidart Campos no duda en afirmar que, para el empleo privado, lo que consagra la norma constitucional a través de la locución “protección contra el despido arbitrario” es la estabilidad en sentido impropio,<sup>10</sup> a pesar de que la voz “estabilidad” no aparece mencionada en ella, como sí, en cambio, figura en la garantía concedida al empleo público<sup>11</sup> y –agregamos– también en la que el segundo párrafo *in fine* de la norma constitucional dispensa a los representantes gremiales sin distinciones entre empleo público y privado.

El mencionado constitucionalista se pregunta, en el estudio citado, si todo despido sin causa es “arbitrario” y si el amparo jurídico que la Constitución obliga a proveer frente a esa especie de despido excluye la tutela del “no arbitrario”. En el pensamiento de Bidart Campos, en cuanto se diferencia del de Justo López, no toda ruptura injustificada del vínculo laboral puede reputarse arbitraria. El mismo autor argumenta que el término *arbitrario*, en el derecho constitucional, ha adquirido suficiente precisión como opuesto a *razonable* y “siempre denota inconstitucionalidad”, por lo cual “un despido arbitrario no es lo mismo que un despido injustificado”. Bidart Campos distingue el despido objeto de expresa protección constitucional al trabajador mediante adjetivaciones que hiperbolizan sus características y efectos; ese despido vendría a ser, así, “agravante, injurioso, ofensivo e irrazonable”<sup>12</sup> y, por lo tanto, merecedor de un amparo

10. Para una visión actual y crítica del sistema de estabilidad laboral en la normativa argentina, véase Di Giorgio, Federico, *La extinción de la relación laboral de los trabajadores en condiciones de jubilarse. La cláusula guillotina*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2023, pp. 9-35.

11. *Ibidem*, p. 502.

12. Bidart Campos pone como ejemplos los casos “de la empleada durante el embarazo o por causa de maternidad; el del trabajador que participa en una huelga legal, o por causa de su afiliación o desafiliación a un sindicato; el del trabajador al que su patrón imputa conductas graves o delictivas no probadas; el del trabajador en período de enfermedad, o (despedido) por razones éticas, religiosas, raciales, etc.”. Estos supuestos de despido enunciados ejemplificativamente por el autor mencionado, actualmente, de acuerdo con

más intenso que el que carece de motivación (por ej., una mayor indemnización). Este autor separa los conceptos de despido arbitrario y “no arbitrario”, entendido este como aquel que se dispone simplemente porque el empleador quiere prescindir del empleado, o porque cierra su establecimiento o reduce su personal. Esa distinción, sin embargo, no conduce a Bidart Campos a apartar al despido inmotivado de la protección constitucional. En la opinión del destacado constitucionalista, la ley es constitucional incluso cuando protege al trabajador contra el despido “no arbitrario”, porque –afirma Bidart Campos– si bien la Constitución no obliga al legislador a otorgar protección contra esta subespecie de desvinculación de un trabajador, tampoco se lo impide; empero, para Bidart Campos la ley sería inconstitucional si, al proteger contra el despido sin causa, “valorase a este en pie de igualdad con el despido arbitrario, al que la Constitución califica diferenciadamente”.<sup>13</sup>

Por nuestra parte, entendemos que ese plus de tutela requerido por Bidart Campos frente a un despido reputado arbitrario es susceptible de interpretarse en términos tanto cuantitativos (es decir, a través de un resarcimiento integral de todo daño y perjuicio o un importe indemnizatorio proporcionalmente mayor al otorgado en supuestos de simple despido inmotivado) como cualitativos (es decir, una tutela de mayor intensidad como, por ejemplo, un refuerzo en la exigencia de causalidad o el sometimiento de la decisión patronal a un procedimiento previo a la eficacia extintiva del acto, o mediante la reparación *in natura*, esto es, la declaración de nulidad del despido con la consecuente readmisión del trabajador despedido). Está claro que, sometido a la mirada crítica de Bidart Campos, el art. 245 LCT no cumpliría cabalmente con el art. 14 bis en la medida en que protege al trabajador que pierde su empleo por decisión de su patrono con una tarifa indemnizatoria uniforme, que se desentiende de la mayor o menor gravedad del perjuicio provocado al dependiente por el distracto.

---

la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y varios tribunales superiores provinciales, serían reputados discriminatorios o pasibles de un agravamiento en su indemnización por sumar un agravio moral no resarcible por la sola aplicación de la ley laboral. Véase Bidart Campos, *op. cit.*, p. 505.

13. *Ibidem*, p. 502.

No obstante, el señalamiento precedente, en la medida en que participamos de la corriente doctrinal representada aquí por Justo López, entendemos que la indemnización tarifada establecida en el art. 245 LCT constituye una reglamentación válida, en términos del art. 28 de la Constitución Nacional, de la garantía contra el despido arbitrario plasmada en el art. 14 bis, primer párrafo, de la propia norma fundamental. Consideramos, asimismo, que la constitucionalidad de la norma legal ha sido convalidada –aunque con la aplicación de un correctivo sobre el tope máximo de la tarifa– por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.<sup>14</sup>

Arribados a este punto, surgen algunos interrogantes, particularmente relacionados con las propuestas de reforma laboral que circulan en tiempos actuales. El primero: si el régimen de estabilidad impropia en las relaciones de trabajo del sector privado armoniza también con otras normas de jerarquía superlativa –constitucional o superior a la ley– que integran el ordenamiento jurídico federal a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75.22). El segundo: si la metodología de indemnización tarifada a cargo del empleador puede ser reemplazada por otras formas de protección sin infringir la normativa superior; concretamente, si la obligación de indemnizar el despido inmotivado es válidamente sustituible por un fondo de capitalización individual igual o semejante al que establece la Ley 22.250 para el personal que se desempeña en la industria de la construcción. Por razones metodológicas y especialmente de limitación del espacio concedido para esta contribución, dejaremos al margen los casos de despidos que tienen como causa una motivación discriminatoria, que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema,<sup>15</sup> la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y diversos tribunales superiores provinciales pueden dar lugar a la reinstalación de la persona despedida sobre la base de la aplicación de la Ley 23.592. Intentaremos esbozar algunas respuestas en los apartados subsiguientes.

14. Véase: CSJN, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos c. AMSA s/despido” (Fallos: 327:3677).

15. Véase las sentencias de la CSJN: “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 7/12/2006 (Fallos: 333:2306); “Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A.”, 23/06/2011 (A. 530. XLIII), “Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A. s/ acción de amparo” (P. 1508. XLII); y “Cejás, Adrián Enrique c. FATE S.A. s/juicio sumarísimo”, 26/03/2013 (C. 823. XLVI).

### III. La protección contra el despido incausado en el derecho internacional de los derechos humanos

Las limitaciones del espacio concedido para esta contribución no nos permiten un tratamiento extenso de las fuentes de jerarquía constitucional o superior a la ley que contienen prescripciones destinadas a proteger al trabajador contra el despido incausado. Por ello, nos centraremos en referencias breves a las normas que nos resultan imprescindibles.

El art. 6.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, declara que los Estados Partes en dicho tratado “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. El derecho a trabajar que el PIDESC convoca a ser garantizado adecuadamente por los Estados miembros de las Naciones Unidas ha sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), en la *Observación General N°18*, del 24/11/2005, en relación con el *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo* (1982), n.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este convenio –no ratificado por la Argentina–, en su art. 4, prioriza la necesidad de causalidad para poner fin a una relación de trabajo por iniciativa del empleador<sup>16</sup> y, en el art. 10, llega a contemplar la hipótesis de readmisión del trabajador despedido. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su *estudio general* dedicado al referido convenio, enfatizó la importancia de la necesidad de que la extinción del vínculo laboral se fundamente en una causa justificada,<sup>17</sup> y, con respecto

16. “1. No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

17. “La necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización...” Cfr. OIT, *Protección contra el despido injustificado. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm.*

a la readmisión contemplada en el art. 10 del convenio 158, el organismo de control internacional matizó que, si bien “el artículo 10, tal como está redactado, da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada”, se mantiene flexible, en tanto “prevé otras vías de reparación” en función de los poderes de tribunal u organismo neutral que tuviere intervención y “de la aplicabilidad en la práctica de una decisión que anulase la terminación y propusiera la readmisión”. El CDESC, en la citada *Observación General N°18*, se refirió también a la readmisión (“restitución”) del trabajador, entre otras formas de “reparación adecuada”.<sup>18</sup>

El derecho al trabajo también se encuentra reconocido en el art. 45, literal b), de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (OEA), reformada por el *Protocolo de Buenos Aires*, del 27 de febrero de 1967, como “un derecho y un deber social”.<sup>19</sup> A su vez, el *Protocolo de San Salvador* –al que, en interpretación de Arese, basada en el art. 77 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cabría atribuir la “jerarquía constitucional, por tratarse de un documento ampliatorio de la propia convención, o, al menos, indudablemente de rango superior a las leyes”–, en su artículo 7, literal b), compromete a los Estados Partes a garantizar en su legislación “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”, y agrega que, “(e)n casos de

---

166) *sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 37, párr. 75.

18. “Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. [...] Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que pueden adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición.”

19. “45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, conviene en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...]

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”.

despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. Estas cláusulas, según advierte el jurista citado, dan lugar a extraer varias interpretaciones, entre ellas, que, ante el despido injustificado, la legislación de los Estados debe otorgar al trabajador alguna de estas tres soluciones: *a)* derecho de este a elegir entre las tres posibilidades de reparación enunciadas en la norma internacional (readmisión, indemnización u otra prestación); *b)* previsión de las tres alternativas y, luego, indicación de solo una de ellas según el caso (*v.gr.*, readmisión en supuestos de despidos discriminatorios y de representantes sindicales e indemnización análoga a la del art. 245 LCT en los restantes); y *c)* otorgamiento de prestaciones por desempleo, descartándose la reparación resarcitoria o la readmisión.<sup>20</sup>

#### **IV. Sobre la constitucionalidad de la indemnización prevista en el art. 245 LCT y de su eventual sustitución por un sistema de fondo de capitalización**

Vamos ahora a la búsqueda de respuestas al segundo interrogante planteado más arriba, esto es, si el pago de una indemnización impuesta legalmente al empleador puede ser reemplazada por otras formas de protección contra el despido incausado sin infringir la normativa superior, y, en especial, si la obligación legal de indemnizar el despido inmotivado es válidamente sustituible por la liquidación de una suma acumulada en un fondo de capitalización individual igual o semejante al que establece la Ley 22.250 para los trabajadores de la industria de la construcción. A modo de marco general de la cuestión, recordaremos preliminarmente el análisis de Mario Ackerman al sistema legal de *duración indefinida del contrato de trabajo, causalidad de la extinción e indemnización* que tiene como eje los arts. 90, 91, 242, 245 y 252 LCT, y luego efectuaremos algunas remisiones comparativas a la Ley 22.250 y los sistemas normativos brasileño y austríaco, que compensan el despido por voluntad del empleador, además de otras formas de extinción de contrato de trabajo, mediante fondos reunidos por cotizaciones del empleador.

20. Arese, César, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 457-458 y 460-461.

Ackerman concluye su examen del sistema legal de tutela contra el despido injustificado señalando que, mediante la técnica de la *estabilidad relativa impropia*,<sup>21</sup> el legislador procuró compatibilizar una doble protección: la que la Constitución sintetiza en la tutela del trabajador contra el despido arbitrario (art. 14 bis) y la garantía constitucional del derecho de propiedad del empleador (art. 17). En cuanto a la primera, el profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, sobre la base de su visión del despido sin causa como un acto ilícito contractual que genera la imposición legal del pago de una indemnización,<sup>22</sup> revela que con la imposición legal de una indemnización a favor del trabajador *despedido arbitrariamente* se persigue una *triple* finalidad: *a) punitiva* del comportamiento antisocial del empleador que priva al trabajador de su empleo; *b) reparadora* de los daños y perjuicios causados por el comportamiento antijurídico, en la que la indemnización tarifada del art. 245 LCT funciona como una suerte de cláusula penal de fuente legal, análoga a la prevista en el art. 656 del Código Civil (derogado por la Ley 26.994, que a su vez aprobó el Código Civil y Comercial); y *c) disuasiva* de la tentación del empleador de abusar de la supremacía en el vínculo laboral que le reconoce el ordenamiento jurídico, en cuanto, dada la subordinación en la que se encuentra el trabajador dependiente, aquella

21. En la clasificación –o tipología– de Horacio de la Fuente, la estabilidad *relativa* es la que se configura cuando, una vez “violado el derecho a conservar el empleo, no se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador”. La *relativa impropia* se configura “cuando el derecho a conservar el empleo no ocasione la ineficacia del despido, si bien la norma de protección sanciona de diferentes formas el incumplimiento contractual (indemnizaciones, sanciones administrativas, etc.)”. Acerca de la estabilidad absoluta y relativa, propia e impropia, véase: De la Fuente, Horacio Héctor, *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976, especialmente pp. 23-32.

22. “(D)el diseño legal de los artículos 90, 91 y 252 de la LCT se desprende que el llamado contrato de trabajo por tiempo indeterminado es, en rigor, un *contrato a plazo incierto*. Plazo este establecido a favor del trabajador que puede *renunciar* a él (art. 240, LCT) preavisando a su empleador por los plazos que le impone la ley (arts. 231, LCT, y 6º, ley 25.013). El empleador, en cambio, está obligado a respetar el plazo legal y, frente a la violación de esta obligación, el ordenamiento jurídico reacciona imponiéndole el pago de una indemnización tarifada.” Cfr. Ackerman, Mario E., “Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Laboral*, T. 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 152-155 (destacado conforme al texto original).

supone una relación de poder; en tal situación, el costo económico que implica el pago de la indemnización opera como un factor que desalienta tanto la ruptura directa e incausada del contrato de trabajo como el eventual ejercicio abusivo de los poderes de dirección y disciplinario del empleador y la consecuente provocación del despido indirecto.<sup>23</sup>

Si revisamos el fondo de cese estatuido en la Ley 22.250, encontramos que la liquidación y pago de la suma acumulada en la cuenta del trabajador no persigue los fines punitivos ni disuasivos, propios de la indemnización por despido inmotivado, puestos a la luz por Ackerman; fines que permitirían al sistema establecido en el estatuto especial entablar una relación de compatibilidad con el art. 14 bis de la Constitución Nacional y la normativa internacional de jerarquía superior a la ley. Como es sabido, el denominado *Fondo de Cese Laboral* característico del mencionado estatuto profesional de la industria de la construcción redundaba en el pago de una suma de dinero que recibe el trabajador que se desempeña en esa actividad cuando se extingue su relación de trabajo por cualquier causa. Generalmente, la extinción vincular coincide con la finalización de la obra, lo cual proporciona al régimen un dato objetivo justificante de la terminación de la relación de trabajo que diferencia a las relaciones jurídicas reguladas por el estatuto profesional de las sujetas a la estabilidad o conservación del contrato previstas en los arts. 91, 92 y concordantes de la LCT. Con todo, no es posible pasar por alto que el derecho al cobro es idéntico aun cuando el trabajador sea despedido *ante tempus*, es decir, en forma inmotivada con antelación a la finalización de la obra, e incluso si es este quien decide poner fin a la relación de empleo.

El fondo se integra con un aporte obligatorio a cargo del empleador, que –de acuerdo con el art. 15 de la Ley 22.250, modificado por art. 14 de la Ley 25.371– es equivalente al doce por ciento (12%) de la remuneración mensual del trabajador, que aquel debe depositar con la misma periodicidad durante el primer año de relación, y pasa a ser del ocho por ciento (8%) de la misma base salarial a partir del año de antigüedad.<sup>24</sup>

23. *Ibidem*.

24. La base de cálculo de la cotización empresarial incluye los salarios básicos derivados del convenio colectivo 76/75 y los adicionales establecidos por convenio colectivo (el aplicable a la actividad es el n.º 76/75), con más los incrementos que hubiera dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional en forma general, o los concedidos por el empleador en forma voluntaria, sobre los referidos básicos, con exclusión del aguinaldo. Los aportes al fondo

Teniendo en cuenta la opinión citada al comienzo de este apartado y en aras de determinar la compatibilidad, o incompatibilidad, del fondo de cese laboral establecido en la Ley 22.250 con el art. 14 bis de la Constitución Nacional, apuntamos, junto a autores muy avezados en el conocimiento del mencionado estatuto especial, que la naturaleza jurídica de la prestación derivada del fondo de cese no es la de una indemnización, sino se asimila a la de un *salario diferido* (Pujadas y Taddei), o a una *compensación por tiempo de servicio* (Sappia), puesto que, por un lado, la suma capitalizada es percibida por el trabajador cualquiera sea la parte que haya dispuesto la extinción del vínculo laboral y aunque el mismo día de la finalización del contrato aquel consiga una nueva ocupación<sup>25</sup> y, por otro, porque el estatuto no plantea la estabilidad del trabajador como una condición exigible en el contrato de trabajo específico, con lo que no da lugar a expectativa de mantenimiento del vínculo.<sup>26</sup> De tal manera, el abono del capital acumulado en el fondo de cese carece de la triple finalidad –punitiva, reparadora y disuasiva– desvelada por Ackerman, que permitiría calificar a la prestación establecida en el art. 15 del estatuto profesional como una forma válida de cumplimiento legal del mandato impartido por el artículo 14 bis. Asimismo, la inmutabilidad de la suma que percibe el trabajador –que no se modifica si el trabajador es despedido arbitrariamente ni si el contrato se extingue por renuncia o cualquier otra causa– nos dirige al pensamiento de Bidart Campos, sintetizado en el apartado introductorio del presente trabajo, según el cual el despido *arbitrario*, por ser el supuesto protegido por la norma constitucional, debe ser acreedor de una protección de mayor intensidad que la que se otorgue en caso de simple despido sin causa.

Si desplazamos nuestra mirada hacia otros sistemas jurídicos que procuran enfrentar las consecuencias del despido, con o sin causa, mediante

---

no pueden ser modificados por convenciones colectivas y, para el cálculo de la cotización, no se tienen en cuenta el sueldo anual complementario ni los eventuales recargos legales sobre horas suplementarias e indemnizaciones de cualquier naturaleza.

25. Pujadas, Marta y Taddei, Pedro, “Estatuto de la industria de la construcción”, en García, Héctor O. (dir.) y Virgili, Claudio S. (coord.), *Relación de trabajo*, Ediar, Buenos Aires, 2013, T. V, p. 399.

26. Sappia, Jorge J., “Régimen laboral de la industria de la construcción”, en Sappia, J. J. y Pécora, Rosalía A., *Estatutos particulares en el derecho del trabajo argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 38.

mecanismos semejantes al fondo de cese laboral previsto en la Ley 22.250, encontramos dos casos que merecen atención, uno en Sudamérica y el otro en Europa: se trata del *Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio* brasileño y la *Indemnización acumulativa* del ordenamiento austríaco, coloquialmente denominada *mochila*. Adelantamos desde ya que ninguno de estos sistemas podría ser trasladado a la legislación argentina sin entrar en colisión con la normativa constitucional y supralegal, según se puede constatar a través de las descripciones que prosiguen. En todo caso, no recibiría las mismas objeciones un mecanismo semejante que fuera establecido por medio de la negociación colectiva, siempre que el resarcimiento que esta proveyera al trabajador fuese más favorable que el que surge de la aplicación del art. 245 LCT.

a) *Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS)*

Conforme reseña Godinho Delgado,<sup>27</sup> este sistema fue instaurado en 1967 por el régimen dictatorial que asumió el gobierno del Brasil en 1964 en reemplazo del modelo de la *Consolidación de las Leyes de Trabajo*, que restringía las posibilidades de despido puramente potestativo para el empleador aplicando una doble metodología: de indemnización en función de la antigüedad del trabajador (cuando esta era inferior a diez años) y de estabilidad en el empleo (a partir de los diez años de servicio; plazo que la jurisprudencia redujo a nueve años). Actualmente, el FGTS se encuentra regulado por la Ley n.º 8.036, de 1990, luego de que la Constitución Federal, sancionada el 5 de octubre de 1988 y aún vigente, lo incluyera expresamente en su art. 7, apartado III.<sup>28</sup>

Este fondo, al igual que el de la Ley 22.250, consiste en un sistema de capitalización individual basado en cotizaciones obligatorias del empleador, equivalentes al 8% de la remuneración del trabajador, que el empleador debe depositar mensualmente en una cuenta a nombre de aquel, con destino

27. Godinho Delgado, Mauricio, *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª edición, LTr, São Paulo, 2009, pp. 1026-1029.

28. Aunque el apartado I del artículo 7 de la Constitución de 1988 enuncia también el derecho “al trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin causa, como provisto en la ley complementaria que establece indemnización compensatoria”.

a sustituir las indemnizaciones por despido sin causa y por acuerdo extintivo bilateral, cierre del establecimiento o fallecimiento del dependiente.

*b) Sistema austríaco: la denominada “mochila”*

A partir de la reforma legal que tuvo lugar en 2002, cuando la *Ley de Asistencia a los Autónomos y a los Trabajadores de las Empresas* (BMSVG) reemplazó a la *Ley de Indemnización Cumulativa de los Obreros*, de 1979 (ArbAbfG), se produjo un cambio estructural en el sistema, dado que el pago de la *indemnización* derivada de la extinción de la relación de trabajo dejó de corresponder al empleador para pasar a ser responsabilidad de un ente de asistencia empresarial, aunque su denominación es *Caja de Asistencia a los Trabajadores*.<sup>29</sup>

En este sistema, que se considera enmarcado en el concepto de flexi-seguridad (*flexicurity*), el trabajador que es parte en una relación laboral iniciada con posterioridad al 31 de diciembre de 2002 cobra de la referida *caja* el monto acumulado durante el período de cotizaciones que debe tener, como mínimo, tres años contados desde el comienzo de la cotización. El aporte del empleador, que es significativamente más bajo que el que se exige en los sistemas argentino y brasileño –equivalente al 1,53% del salario del empleado– debe depositarse mensualmente (con excepción del primer mes de relación de trabajo) en la *caja* de asistencia. Si los aportes provienen de uno o más empleadores, el período de cotización se computa de manera conjunta. El cobro de la denominada “indemnización acumulativa” queda habilitado a partir de la extinción de la relación laboral, y el pago de la suma acumulada no lo hace el empleador sino la *caja*. De este modo, el derecho tradicionalmente jurídico laboral se aproxima a una forma de prestación de la seguridad social. El trabajador no pierde los derechos adquiridos con respecto al capital ni en caso de renuncia,<sup>30</sup> pero sin embargo no puede reclamar su pago si ha renunciado o ha sido despedido por su culpa.

29. La información sobre el sistema de capitalización austríaco ha sido tomada de Löschnigg, Günther, *Derecho austríaco del trabajo desde una óptica europea del derecho del trabajo*, estudio preliminar y traducción de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2016, pp. 256-263.

30. La denominación extraoficial de “mochila” entendemos que alude a que el capital que se acumula en el fondo acompaña al trabajador a lo largo de toda su trayectoria en el mercado de trabajo.

## V. Conclusiones

De acuerdo con la doctrina científica iuslaboral –tradicional y actual– e igualmente con la jurisprudencial, la cláusula constitucional que ordena al legislador proteger al trabajador contra el despido arbitrario se encuentra cumplida, en condiciones de suficiencia y validez, en el art. 245 LCT.

Ello, sin perjuicio de que –como se observa en las normas internacionales aplicables en Argentina que amparan el derecho *al trabajo* (PIDESC, Carta de la OEA y Protocolo de San Salvador), acompañadas por las interpretaciones de los organismos de control (CDESC y CEACR)– el pago de una indemnización no es el único modo admisible de otorgar la protección requerida al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico (conf. art. 75.22 CN).

No dejamos de lado la opinión de un insigne constitucionalista como Bidart Campos, sino, al contrario, relacionamos su interpretación de la referencia a la *arbitrariedad* del despido, contenida en el art. 14 bis, como la exigencia constitucional de un plus de protección legal, que a nuestro juicio podría manifestarse tanto en términos cuantitativos (agravamientos indemnizatorios) como cualitativos (énfasis en la causalidad o en la estabilidad).

No consideramos admisible, por imposible armonización con el mandato constitucional de otorgar protección al trabajador contra el despido arbitrario, la sustitución del sistema de estabilidad *impropia* o de indemnización tarifada, instituido en el régimen laboral general que regula el contrato y la relación de trabajo, por un sistema de fondo de capitalización análogo al que contempla el estatuto profesional de la industria de la construcción o las legislaciones brasileña y austríaca.

Por último, dado que la obligatoriedad de proteger contra el despido arbitrario tiene por destinatario al legislador, no nos merecería objeciones el establecimiento de un fondo de cese, o mecanismo semejante, que fuese establecido en una convención colectiva (conf. art. 8º LCT y 7º de la Ley 14.250, t.o. por decreto 1135/04), siempre que el resarcimiento resultante en beneficio del trabajador fuese más favorable que el derivado del art. 245 de la LCT.

## Bibliografía

- Ackerman, Mario E., “Propuesta novedosa, imaginativa y audaz, para terminar con la diabólica industria del juicio”, en *Rubinzal on line* (RC D 235/2023).
- “Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Laboral*, T. 2000-1, *Extinción del contrato de trabajo - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 149-179.
- Arese, César, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, 1ra edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.
- Bidart Campos, Germán J., “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, en *Trabajo y Seguridad Social*, 1981, pp. 481-560.
- Di Giorgio, Federico, *La extinción de la relación laboral de los trabajadores en condiciones de jubilarse. La cláusula guillotina*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2023.
- García, Héctor Omar (dir.) y Virgili, Claudio S. (coord.), *Relación de trabajo*, Ediar, Buenos Aires, 2013.
- Godinho Delgado, Mauricio, *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª edición, LTr, São Paulo, 2009.
- López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, en *Legislación del Trabajo*, T. XXI, pp. 289-321.
- Löschning, Günther, *Derecho austríaco del trabajo desde una óptica europea del derecho del trabajo*, estudio preliminar y traducción de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2016.
- Pujadas, Marta y Taddei, Pedro, “Estatuto de la industria de la construcción”, en García, H. O. (dir.) y Virgili, C. S. (coord.), *Relación de trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, T. V, 2013, pp. 263-415.
- Sappia, Jorge J. y Pécora, Rosalía A., *Estatutos particulares en el derecho del trabajo argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

# La imprescindible reforma de las licencias familiares en el empleo privado

*Liliana Hebe Litterio\**

## **Resumen**

En este breve trabajo se trata la temática relativa a la necesidad de una reforma legislativa que reconozca las licencias familiares indispensables y razonables con motivo de los hijos –solventadas por el sistema de Seguridad Social–, a fin de que las responsabilidades familiares compartidas puedan compatibilizarse con las obligaciones propias del empleo privado.

Palabras clave: reforma legislativa, responsabilidades familiares compartidas, conciliación con el trabajo, licencias familiares, maternidad, paternidad, adopción parental, enfermedad de hijo.

\* Argentina; Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA); Doctora en Derecho (UBA); Profesora Titular Consulta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA); Profesora de Posgrado en Derecho del Trabajo y Derecho de Familia (UBA y UCA) y en Derecho del Trabajo en otras universidades del país. Fue profesora, por concurso público de la UBA, en el Posgrado de Doctorado de la Universidad de Castilla-La Mancha; fue Profesora en los Cursos Intensivos de Doctorado (UBA); Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Directora del Curso Anual de Posgrado de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica de Salta, sede Buenos Aires; consultora externa de la OIT sobre trabajo infantil y adolescente; integrante de la Comisión que elaboró el anteproyecto de la ley 26.390 sobre Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente; autora de numerosos libros y artículos en la especialidad; [lilianalitterio@derecho.uba.ar](mailto:lilianalitterio@derecho.uba.ar).

## **The Essential Reform of Family Leaves in Private Employment**

### **Abstract**

This brief work addresses the need for a legislative reform that recognizes essential and reasonable family leave due to children (paid for by the Social Security system) so that shared family responsibilities can be made compatible with the obligations of private employment.

Keywords: Legislative Reform, Shared Family Responsibilities, Work-Life Balance, Family Leave, Maternity, Paternity, Adoption, Parental, Illness of Child.

### **I. Pensar responsablemente en ejercer las responsabilidades**

Aunque el título del presente acápite pareciera un juego de palabras, no lo es. Solamente intenta poner sobre el tapete un tema esencial como es el del ejercicio compartido de las responsabilidades familiares –no solo de las tareas de cuidado– en forma compatible con las laborales. En nuestro país, como consecuencia de cierta “pereza legislativa”, alcanzar ese objetivo primordial resulta una proeza para la mayoría de las personas que trabajan en relación de dependencia en el ámbito privado del empleo.

Señalamos de entrada que en el presente trabajo nos ocuparemos de las responsabilidades atinentes a los hijos, amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño, sin perjuicio de reconocer las que se ejercitan a diario con relación a otros familiares. Asimismo, aclaramos que nos referiremos únicamente al empleo privado porque es el objeto de la disciplina laboral y que utilizaremos el masculino genérico con ánimo de incluir a todas las personas.

Sabido es que además de la cláusula programática de la Constitución Nacional que dispone la protección integral de la familia (introducida en la reforma de 1957), unos cuantos de los instrumentos internacionales que ostentan jerarquía constitucional sientan el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras y consagran la responsabilidad familiar compartida por hombres y mujeres.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a la hora de adoptar el antiguo Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) en 1958, tuvo en cuenta la posible aparición de nuevos criterios de discriminación que no están explícitamente previstos en ese tratado, lo que demuestra la necesidad de normas complementarias. Así fue que la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 156 sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares (1981),<sup>1</sup> ratificado por nuestro país. A este tratado lo complementa la Recomendación 165 con igual denominación. En razón de la importancia del tema, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT adoptó una Observación General sobre la aplicación del Convenio 156, que publicó en 2020.

En el contexto de estos instrumentos internacionales, hace tiempo Ackerman advertía que la tutela, reforzada en torno de la maternidad, pero reconociendo que también la paternidad impone responsabilidades y otorga derechos irrenunciables, permitiría afianzar la garantía del trato igual y de la igualdad de oportunidades y, al mismo tiempo, concretaría aquella protección integral de la familia que prevé el art. 14 bis de nuestra Carta Magna.<sup>2</sup> Esas responsabilidades familiares desde antaño fueron naturalmente asumidas por la mujer, pero a partir de su incorporación masiva al mercado de trabajo los varones hicieron gala de su “nueva paternidad” y comenzaron a compartirlas cada vez con mayor intensidad.<sup>3</sup> También lo hacen las personas con diversidades sexogenéricas que forman parte de las nuevas organizaciones familiares.

La herramienta idónea, por excelencia, que permite el ejercicio compartido de las responsabilidades familiares y profesionales, aunque no es la única,<sup>4</sup> la constituyen las licencias o permisos en el trabajo. Estas consisten

1. OIT, “Estudio Especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111”, Conferencia Internacional del Trabajo 83.<sup>a</sup> reunión 1996, Informe III (parte 4B), pp. 19-20.

2. Ackerman, M. E., “La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades”, en *LT*, XXXI, A, p. 289.

3. En torno a la necesidad de padre o paterna que tienen los hijos ver, Pruet, K. D., *El rol del padre. La función irremplazable*, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 2001.

4. La Recomendación núm. 165 también sugiere otras medidas, tales como la de introducir más flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los períodos de

en la suspensión de ciertos efectos de la relación laboral con motivo del nacimiento, la adopción o el cuidado de los hijos.

## II. Nuevas estructuras familiares

Consideramos imprescindible formular una muy ligera referencia a las nuevas formas de familia porque en su contexto se generan y desarrollan las responsabilidades de las que hablamos.

Con el devenir de los tiempos el modelo tradicional de familia ha ido cambiando y la estructura familiar se fue diversificando.

Es que, como apunta Lloveras, la conformación, las funciones y las modalidades de la organización familiar resultan en su mayoría de circunstancias previas o ajenas a su regulación por el ordenamiento jurídico, de carácter cultural, económico-productivo, ético y religioso, antes que legal.<sup>5</sup> A su vez, el Dr. Lorenzetti explica que en el modelo social receptado por el Código Civil y Comercial cada persona decide cómo quiere vivir de acuerdo a sus creencias y a su propio estilo. Intenta ser un sistema que incluya a todos, sin expulsar a quienes piensan distinto.<sup>6</sup>

Como consecuencia de la aparición de formas familiares que coexisten con la tradicional, el ordenamiento civil reconoce nuevas relaciones de familia y procreación. Así, las familias co-maternales y co-paternales, a las que se agregan las uniones convivenciales que el ordenamiento introduce de modo expreso (sin limitaciones de sexo ni género). También incorpora, por ejemplo, la figura del progenitor afín o cónyuge conviviente dando entrada a otro tipo de familias muy comunes en nuestra época, las ensambladas. De cualquier modo, más allá de las normas, la realidad se encarga de exhibirnos a cada paso las nuevas modalidades familiares.

---

descanso y de las vacaciones. Del análisis de tales medidas se ocupan Rodríguez Piñero, M. y Bravo Ferrer, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)”, en *Revista de Relaciones Laborales*, España, II, 1999, p. 26.

5. Lloveras, N., “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, en *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., *La Ley*, diciembre 2014, p. 99.

6. Lorenzetti, R., “Presentación del Programa de Actualización acerca del Código Civil y Comercial unificado”, Conferencia Magistral, UBA, Facultad de Derecho, 26/11/2014.

A propósito del tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos observó que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege solo un modelo “tradicional” de ella. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho. El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.<sup>7</sup>

### **III. Responsabilidades familiares y tareas de cuidado compartidas**

La participación activa del trabajo en el hogar corresponde a todos los integrantes de las familias. Implica que las responsabilidades y compromisos se distribuyan equitativamente entre las personas involucradas y de acuerdo a sus capacidades y posibilidades. Los roles de género están cambiando. Las personas están tomando conciencia de la necesidad de asumir la responsabilidad compartida para desarrollar un ambiente cercano, afectivo y comprometido con sus hijos.<sup>8</sup>

En ese contexto, Rico y Robles expresan que el trabajo de cuidado puede ser definido como una función social que integra la serie de actividades, bienes y relaciones destinadas al bienestar cotidiano de las personas y que se desenvuelven en diversos planos, incluyendo los planos material, económico, moral y emocional. Comprende la provisión de bienes esenciales para la vida, así como el apoyo y la transmisión de conocimientos, valores sociales y prácticas a través de los procesos de crianza. Se funda en relaciones –cara a

7. Corte IDH, 24/2/2012, *Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs. Chile*.

8. Comisión Nacional de Derechos Humanos - México, “Responsabilidades familiares compartidas”, disponible en: [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez\\_familia/Material/trip-responsabilidades-compartidas.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/trip-responsabilidades-compartidas.pdf), fecha de consulta: 21/9/2023.

cara— entre las personas que lo proveen y quienes lo reciben. En ese esquema el cuidado es considerado fundamental para proporcionar el conjunto de elementos físicos y simbólicos esenciales para sobrevivir en sociedad.<sup>9</sup>

Las responsabilidades familiares van más allá de las importantes obligaciones de cuidado y requieren de licencias para poder ser ejercidas plenamente. En la Argentina, sin perjuicio de que algunos convenios colectivos de trabajo reconocen en la materia mejores derechos que la ley, y de que ciertas organizaciones empresariales también lo hacen, la mayor parte de los trabajadores del sector privado solo tienen el derecho a los permisos legales que reclaman urgente consideración.

A continuación, encararemos el tema desde la perspectiva del Derecho del Trabajo a la luz del concepto amplio que le imprime el Código Civil y Comercial a la familia, cuyos inspiradores han recalcado que se optó por el modelo de sociedad multicultural. A ese modelo deben responder las licencias familiares.

#### **IV. Las fuentes de filiación y las licencias necesarias**

En el ordenamiento civil y comercial las fuentes de filiación son tres: por naturaleza, por adopción (en sus tres variantes) y mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), cualquiera sea el sexo y género de los progenitores o adoptantes (art. 558 y ss.).

Ligeramente recordamos que las licencias familiares previstas en nuestra Ley de Contrato de Trabajo (LCT) solo reconocen la filiación biológica. Su art. 177 prevé noventa días de licencia por maternidad (conforme al Convenio 3 de la OIT ratificado por el país), la cual según la Ley 24.716 se extiende seis meses más si el nacimiento se produce con Síndrome de Down. Ambas son solventadas por una asignación familiar. La LCT también le reconoce a la trabajadora el derecho a una excedencia durante un lapso de entre tres y seis meses, sin ingreso económico alguno. En el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo, la mujer tiene derecho a una excedencia “con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación” (art. 183), la cual jamás fue dictada, convirtiéndolo así en un derecho

9. Rico, M. N. y Robles, C., *Políticas de cuidado en América Latina: forjando la igualdad*, CEPAL, septiembre 2016, p. 11.

inexistente que debería regularse. Aclaremos que esta licencia se asimila a la parental, que en otros países es extensa y corresponde a ambos progenitores para el cuidado de los hijos una vez superados los permisos por maternidad/paternidad.

Al varón, la LCT le otorga una licencia por paternidad de insignificantes dos días de extensión (que pueden llegar a ser tres cuando ambos son inhábiles), cuyo costo injustificadamente afronta el empleador (arts. 158 y ss.).<sup>10</sup>

Está a la vista la necesidad imperiosa de extender la licencia por paternidad biológica prácticamente inexistente, así como también el reconocimiento de una licencia por adopción; por guarda con fines de adopción y por enfermedad de hijo, para ambos progenitores,<sup>11</sup> así como la consideración especial de los nacimientos y adopciones múltiples y de personas con anomalías físicas y psíquicas, y los nacimientos prematuros. También es preciso atender la situación de las diversidades que recurren a las técnicas de fertilización médicamente asistida. Por ejemplo, el caso de dos mujeres una de las cuales gesta a través de esa técnica y la otra exterioriza su voluntad procreacional en los términos legales,<sup>12</sup> o de dos varones que recurren a un vientre femenino a través de la gestación por sustitución.<sup>13</sup>

De similar manera, estimamos imprescindible el reconocimiento al cónyuge o la pareja no gestante (de cualquier sexo o género), de la licencia por maternidad correspondiente a quien gesta, cuando se produce su hospitalización o fallecimiento al momento del parto o con inmediata posterioridad. También debería pensarse en un permiso breve para la mujer que se

10. El régimen de trabajo agrario llamativamente introduce una licencia de treinta días por paternidad (a la que erróneamente en el título del art. 52 se denomina “parental”) para el personal permanente de prestación continua, con goce de haberes.

11. Para progenitores y responsables de personas menores con cáncer existe una licencia en el empleo privado y público (ley 27.674; decreto 68/2023; resolución del Ministerio de Trabajo 918/2023). Ver, Litterio, L. H., “Licencia laboral con motivo de hijos menores con cáncer. Nuevas previsiones normativas”, en *La Ley* 13/09/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/2223/2023.

12. Algunas acuden a la técnica de “inseminación casera” (TIC) o autoinseminación, que carece de regulación expresa.

13. Técnica de fertilización humana asistida no regulada, pero tampoco prohibida por nuestro derecho, con opiniones en contra y a favor.

somete al procedimiento de fertilización médicamente asistida para poder procrear. En cambio, nos parece que la incorporación de una licencia parental para ambos progenitores podría encararse más adelante pues todavía sería prematura (excepto en lo que se refiere a la reglamentación de la excedencia femenina prevista por la LCT).<sup>14</sup> Los trabajadores autónomos y monotributistas también deberían recibir una adecuada protección familiar.

## V. Breve reflexión final

La introducción de un nuevo sistema de licencias familiares debería ser progresiva y los lapsos moderados, no excesivos. El Sistema de Seguridad Social debe solventar su costo, motivo por el cual resulta conveniente evaluar previamente los recursos con los que cuenta a esos fines. Como dice Fernández Prol, es preciso compaginar el régimen laboral de las licencias con el tratamiento que la seguridad social debe conferirles. Cuando este necesario equilibrio no es atendido por el legislador, se vacía a la figura laboral de gran parte de su contenido.<sup>15</sup>

Desde la reinstalación de la democracia han transitado por el Congreso de la Nación múltiples y variados proyectos sobre el tema que nos ocupa. Actualmente, entre otros se encuentra en tratamiento el que crea un sistema integral de políticas de cuidados, presentado por el Poder Ejecutivo Nacional.

La regulación de los distintos tipos de licencias familiares con motivo de los hijos de los trabajadores es una necesidad. Lo deseable sería que

14. Con relación a todas estas licencias puede verse, Litterio, L. H., *Las licencias paternas en el empleo privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; *El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 139-246; Capítulo “Familia”, en *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, dirigido por Rodríguez Mancini, Jorge, *La Ley*, 2015, p. 759; Capítulo “Responsabilidades familiares y licencias paternas”, en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia, Derecho del Trabajo*, dirigido por Herrera, Marisa, De la Torre, Natalia y Fernández, Silvia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 185; “Despido por fertilización humana asistida. Una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, en *La Ley*, 2/6/2021, p. 6, TR LALEY AR/DOC/1562/2021; “Aproximación a algunas licencias familiares en el proyecto de ley sobre políticas de cuidados”, Rubinzal-Culzoni, RC D 200/2022.

15. Fernández Prol, F., “Excedencia por cuidado de familiares y seguridad social”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, España, N°21, 2003, 97.

los parlamentarios pudieran abocarse responsablemente al tema. Nunca se sabe, tal vez prontamente alguna de las propuestas sobre permisos familiares se convierta en ley.

## **Bibliografía**

- Ackerman, M. E., “La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades”, en *LT*, tomo XXXI-A, p. 289.
- Fernández Prol, F., “Excedencia por cuidado de familiares y seguridad social”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, España, N° 21, 2003, 97.
- Litterio, L. H., *Las licencias paternas en el empleo privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- *El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 139-246.
  - Capítulo “Familia”, en Rodríguez Mancini, Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, *La Ley*, 2015, p. 759.
  - Capítulo “Responsabilidades familiares y licencias paternas”, en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia, Derecho del Trabajo*, Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia y Fernández, Silvia (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 185.
  - “Despido por fertilización humana asistida. Una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, en *La Ley*, 2 de junio de 2021, p. 6, TR LALEY AR/DOC/1562/2021.
  - “Aproximación a algunas licencias familiares en el proyecto de ley sobre políticas de cuidados”, Rubinzal-Culzoni, RC D 200/2022.
  - “Licencia laboral con motivo de hijos menores con cáncer. Nuevas previsiones normativas”, *La Ley* 13/09/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/2223/2023.
- Lloveras, N., “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, en el *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*, Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M. (dirs.), *La Ley*, diciembre 2014, p. 99.
- OIT, “Estudio Especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111”, Conferencia Internacional del Trabajo 83.<sup>a</sup> reunión 1996, Informe III (parte 4B), pp. 19-20.
- Pruett, K. D., *El rol del padre. La función irremplazable*, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 2001.

Rico, M. N. y Robles, C., *Políticas de cuidado en América Latina: forjando la igualdad*, CEPAL, septiembre 2016, p. 11.

Rodríguez Piñero, M. y Bravo Ferrer, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)”, *Revista de Relaciones Laborales*, España, II/1999, p. 26.