

Miércoles 10 de Mayo de 2023

## **La presunción del art. 181 LCT y su armonización con el Derecho de Familia**

Por Ricardo I. Kennedy

DIAZ BOBILLO, VITTONI & ASOCIADOS

### La unión convivencial y el matrimonio

Hemos asistido a un sinnúmero de modificaciones a nuestra legislación según se alteran o mutan también las costumbres y las realidades sociales.

Ciertos derechos que antes no existían o se negaban, hoy se protegen.

En efecto, originalmente se defendía el matrimonio como fundamento de la familia, célula básica de la sociedad. Este era indisoluble, entre un hombre y una mujer. Los hijos que nacían dentro del matrimonio eran "legítimos" y los que nacían fuera "ilegítimos".

No había familia fuera del matrimonio, como requisito esencial de toda sociedad.

La indisolubilidad del matrimonio, el trato diferente a los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio no eran otra cosa que la defensa de la institución. Así estas cuestiones eran consideradas de Orden Público tanto interno (como límite a la autonomía de la voluntad de las partes) como internacional (como valla al reconocimiento y aplicación del derecho extranjero).

La ley se arroga un fin pedagógico, desalentando conductas con el fin de proteger instituciones. Así al modificarse ciertos criterios sociales, tenemos como consecuencia directa la modificación normativa. Así, por ejemplo, en el año 1954, con la sanción de la ley N° 14.367, se suprimieron las discriminaciones entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Asimismo, con la sanción de la ley 23.515 en el año 1987 se introduce definitivamente la figura del divorcio vincular, recuperando los ex cónyuges su aptitud nupcial y en el año 2010 la sanción de la ley 26.618 habilita el matrimonio igualitario. Pasamos de un matrimonio de personas de distinto "sexo" a uno que permite el matrimonio entre personas del mismo "genero".

Todos estos hitos, y otros también que no se mencionan aquí, buscan describir la evolución de una institución social y su correlato normativo. Y generalmente basados en no discriminar a las personas, sean hijos matrimoniales, extramatrimoniales, sean cónyuges de primeras o segundas nupcias, sean del género que sean.

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en 2014, se introduce la figura de la Unión Convivencial, cuya similitud de trato con el matrimonio es importante, ya que en ambos casos hay una unión de dos personas, contribuyen a los gastos, responden por las deudas, se protege la vivienda y el proyecto de vida en común.

"La unión convivencial: El nuevo Código Civil y Comercial argentino, en vigencia desde agosto de 2015, reguló a la unión convivencial a partir del art. 509. En lo específico el nuevo código no genera incidencias en lo referido a los alcances del art 208 por cuanto la Ley de Obras Sociales N° 23.660 en el art.9 ya incluía como beneficiarios a «las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine

la regla». La unión convivencial permite gozar del derecho de incorporar a la pareja a la obra social, así como también entendemos a licencias en caso de enfermedad del concubino (art 158 LCT) u obtener el derecho a la indemnización del art 248 LCT frente a la extinción del contrato debido a la muerte del trabajador, aunque requiriendo el plazo de convivencia mínimo de 2 años a la luz del art 510 inc e) del CCC para el reconocimiento de efectos jurídicos. En consecuencia para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios establecidos en toda la normativa de la ley de contrato de trabajo los integrantes de la unión convivencial tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges." –el resaltado es mío-<sup>1</sup>

Y ello, como se viene diciendo, es a fin de incorporar una realidad consolidada socialmente: "De lo expuesto hasta acá, y de las conclusiones del X Congreso Internacional del Derecho de Familia (1998), que por cierto pone en evidencia un consenso ya generalizado, afirma que "a los efectos de asegurar el cumplimiento de elementales principios de solidaridad y cooperación familiar, corresponde regular los efectos de estas uniones", señalándose como uno de tales efectos "establecer la prestación alimentaria en caso de necesidad" ("X Congreso Internacional del Derecho de Familia". Mendoza, Argentina.1998)."<sup>2</sup>

Tenemos entonces una clara evolución de la institución del matrimonio y la aparición de la figura de la unión convivencial ocupando un lugar paralelo o similar a ella.

### La protección o tutela del matrimonio

El Título VII, Trabajo de Mujeres, en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), consagra los derechos de las mujeres, que fueran objeto de menosprecio legislativo (y social).

Ya desde principios del siglo XX se observaron normas en este sentido como la Ley de Trabajo de Mujeres y Niños<sup>3</sup>, la Ley de Trabajo Femenino<sup>4</sup>. Posteriormente, a partir de la prohibición de establecer diferencias de salario entre hombres y mujeres<sup>5</sup>, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer<sup>6</sup>, hasta la Ley contra actos discriminatorios<sup>7</sup>.

Volviendo a la LCT, en el capítulo III, se establece la prohibición del despido por causa de matrimonio. Y en el art. 181 la presunción de despido por dicha causa<sup>8</sup>.

Ahora bien, esta protección dentro del Trabajo de Mujeres, dirigido a proteger evidentemente a las trabajadoras, fue ampliándose paulatinamente. Es así que en año 1990, con

---

<sup>1</sup> Las cargas de familia del doscientos ocho - Autor: Severo, Matias - Faravelli, Sebastián - Fecha: 12-02-2020 - Colección: Doctrina - Cita: MJ-DOC-15184-AR | MJD15184

<sup>2</sup> "Acerca de la equiparación de las familias y la compensación económica, en el Código Civil y Comercial de la Nación" por FLORENCIA P. GALEAZZO GOFFREDO, 21 de Abril de 2015, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id SAJ: DACF150308.

<sup>3</sup> Ley 5.291 (1907)

<sup>4</sup> Ley 11.933 (1934)

<sup>5</sup> Ley 20.392 (1973)

<sup>6</sup> Ley 23.179 (1985)

<sup>7</sup> Ley 23.592 (1988)

<sup>8</sup> Art. 181. —Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados.

el Plenario "Drewes"<sup>9</sup> pero, al menos en el ámbito de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sin la presunción que se otorga a la mujer.

Así, mientras el artículo citado señala que el despido ocurrido sin expresión de causa tres meses antes y hasta seis meses después del matrimonio, se presume por matrimonio, haciendo acreedora a la empleada a una indemnización agravada prevista en el art. 182 LCT<sup>10</sup>.

Sin embargo al Corte Suprema en el caso "Puig"<sup>11</sup> Dijo la Corte que "Si bien la impugnación traída conduce a la interpretación de una norma de derecho común -el art. 181 de la LCT- y tal cuestión sería, en principio, ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a esa regla en la medida en que la cámara ha dado a tal precepto un alcance irrazonable, que no solo prescinde de sus propios términos sino que, además, colisiona abiertamente con las directivas que fluyen de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de no discriminación y protección integral de la familia". De este modo se extiende esta presunción también al varón en consonancia con el art. 42 de ya citada ley 26.618<sup>12</sup>.

Tenemos entonces:

- a. La protección de la mujer al contraer matrimonio y protección de la institución.
- b. La aparición de las uniones convivenciales como figura jurídica equiparable al matrimonio.
- c. La prohibición de discriminación como guía de las constantes modificaciones.

#### Lo que falta o sobra

Claramente no hay una misma vara para medir al matrimonio y a la unión convivencial. El primero cuidado celosamente. El segundo, aparentemente, ignorado.

Del fallo Puig, ya mencionado, tenemos un comentario del Dr. Sergio Omar Rodríguez:

"Es claro que la protección tutelada por la LCT en el marco del matrimonio es uno de los supuestos por los cuales se intenta inhibir o desincentivar a los empleadores en que incurran en ciertas

---

<sup>9</sup> Fallo Plenario N° 272 "Drewes, Luis Alberto c/Coselec SSCS s/cobro de pesos": 23/3/1990. En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182 LCT.

<sup>10</sup> Art. 182. —Indemnización especial. 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.

<sup>11</sup>Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido - SENTENCIA 24 de Septiembre de 2020 - CSJN - Magistrados: Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto) - Id SAIJ: FA20000114

<sup>12</sup> ARTICULO 42. — Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

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

prácticas que tienen que ver con represalias por motivos personales o motivos de diversa índole referidos a la situación por la cual el trabajador contrae nupcias en su vida personal.

¿Qué derecho es el que se está protegiendo?

Lo que se protege en estos casos es la manda constitucional que obliga a las distintas normas del derecho a la protección integral de la familia.”

Pero vimos que el matrimonio no es más para el derecho actual el fundamento único de la familia.

Familia para Bossert y Zannoni, puede ser “una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco” y también “la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”<sup>13</sup>

Incluimos entonces al matrimonio como origen de la familia y a dos personas de distinto sexo.

Más cerca de la fecha actual, Aída Kemelmajer de Carlucci, sostiene: “Sin embargo, el derecho a vivir en pareja sin contraer matrimonio no implica que esas uniones no configuren “vida familiar” y no tengan efecto jurídico alguno. Resulta autocontradictorio que los integrantes de una pareja exijan solidaridad al Estado (en el régimen de la seguridad social, al pretender cobertura por pensiones, por ej.) y a los demás (al reclamar legitimación para ser sucesores en los vínculos contractuales locativos) pero, al mismo tiempo, pretendan vivir sin ningún tipo de responsabilidad interna.

d) Dado que hay un derecho a la vida familiar y a no casarse, el legislador no puede aplicar a la unión convivencial todos los efectos del matrimonio, porque esa solución implica eliminar la opción, la autonomía, la elección de no casarse, desde que de una u otra manera se aplicarán los mismos efectos”<sup>14</sup>.

Queda entonces clara la contemporaneidad de dos institutos, el matrimonio y la unión convivencial. Pero ambas como origen de la “familia” o “vida familiar”.

Nadie dice que sean lo mismo, pero sí que tengan un pie de igualdad.

También: “La familia puede ser definida desde el punto de vista jurídico, en un sentido estricto, como: el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones”<sup>15</sup>.

Es decir que ciertamente lo que intenta protegerse es la familia y no el matrimonio específicamente. Tampoco podemos seguir considerando al matrimonio como único origen de la familia.

Entonces tenemos una situación que aparentemente se va dirigiendo hacia un lugar distinto de dónde nació. Desde un derecho de la mujer, a un derecho del varón, pasando por una equiparación de presunciones, llegamos a hoy.

Pero efectivamente dejamos de lado a las uniones convivenciales, conformándose así otro foco de discriminación, que a esta altura del partido, exige una clarificación en la ley, en la doctrina y jurisprudencia.

---

<sup>13</sup> Bossert, Gustavo; Zannoni, Eduardo. “Manual de derecho de familia” 5ª. Ed. Astrea. 1999.

<sup>14</sup> “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014” - Aída Kemelmajer de Carlucci - Publicado en Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014.

<sup>15</sup> <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/3.pdf>

El despido por causa de matrimonio requiere el mismo tratamiento que la unión convivencial. Dos institutos distintos pero iguales en jerarquía legal. Matices que señalan diferencias en cuanto a estado civil o derechos hereditarios que nada modifican aspectos del derecho laboral.

Todo lo contrario. Se reconoce al concubino derechos de la seguridad social en un pie de igualdad con los cónyuges.

Así lo señala Etala de la -hoy derogada- ley 23.226:

"La ley 23.226 reconoce derecho a pensión en el régimen nacional de jubilaciones a la concubina y al concubino.

También otorga este derecho a la viuda, que ya lo poseía, cuando esté incapacitada y a cargo del causante, y al viudo.

Se ve reducido por esta oscura redacción el derecho de la esposa, que en la legislación anterior, era beneficiaria incondicionada, salvo que existiese separación de hecho, o divorcio por culpa de la esposa o culpa conjunta.

El viudo mantiene su derecho en las mismas condiciones que en la legislación anterior.

Paradójicamente, los concubinos se hacen acreedores de este derecho, sin necesidad de probar la incapacidad de algunos de ellos o el estar a cargo del otro al momento del fallecimiento.

El derecho a pensión fue otorgado anteriormente a la concubina en el régimen jubilatorio municipal y en la ley laboral.

También fue otorgado por la Corte Nacional en el caso Lobos.

La concubina o el concubino para acceder a este derecho deberán acreditar haber convivido en aparente matrimonio con el causante los cinco últimos años anteriores al fallecimiento, o dos si hubieren hijos reconocidos."<sup>16</sup>

También jurisprudencia fue solidificando estos principios: "Si bien es cierto que la actora no fue declarada, en sede civil, como heredera del causante, no es menos cierto que este hecho no obsta sea acreedora de las indemnizaciones laborales reclamadas en la presente causa, máxime, teniendo en cuenta que llega firme su carácter de concubina del "de cujus", es que, los arts. 248 de la LCT, 53 de la Ley 24.241 y 38 de la Ley 18.037 -modificado por la Ley 23.570- establecen que la persona conviviente se encuentra legitimada para reclamar los créditos específicos que surgen con el deceso del trabajador (carácter "iure proprio"), mientras que en los supuestos en que se pretenden acreencias "iure successionis" que forman parte del patrimonio del causante a la fecha de su muerte, la concubina carecería de la mentada legitimación"<sup>17</sup>.

Entonces no se advierte el por qué esta diferencia de trato al matrimonio por un lado y a las uniones convivenciales. Por tal motivo, es que entendemos que hace falta una modificación en la ley que los equipare.

Ahora bien, ¿cómo? Es difícil dar una respuesta, ya que la unión convivencial no tiene una fecha exacta si no es registrada como tal. Por lo tanto tampoco podemos darle el tratamiento temporal que requiere el art. 181 de la LCT.

---

<sup>16</sup> "Derecho a pensión del conviviente concubino o concubina y del viudo o viuda" por JUAN JOSÉ ETALA – 1986 - TOMO DERECHO DEL TRABAJO pág. 453 - LA LEY S.A.E. e I. - Id SAIJ: DACN870195

<sup>17</sup> Alvarez, Elena Eufrasia c/ Di Loreto Juan Carlos Alfred s/ Despido - 29 de Noviembre de 2011 - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - Magistrados: RODRIGUEZ BRUNENGO – FONTANA - Id SAIJ: FA11040442

Pero adentrándonos más en el análisis, es posible determinar cuál es el peligro actual y concreto que produce a un empleador que su empleado o empleada se case o decida iniciar una unión convivencial.

Creo que las circunstancias actuales son bien distintas que las originaron tal redacción, pensando, básicamente en la defensa de los derechos de la mujer, tal como vimos. No se percibe que hoy en día haya una cuestión diferente. Muchas parejas luego de una convivencia deciden casarse, otras no, pero la realidad que no produce ello un cambio fáctico en la relación laboral de cada uno de ellos.

En efecto, suponiendo que una pareja en unión convivencial decidiera casarse, qué diferencia traería ello para generar una presunción de una indemnización agravada.

Efectivamente, el cambio no es más que un status jurídico distinto, pero no superior. Entonces ¿por qué proteger ello ahora?

Hay veces que tenemos protecciones que no contribuyen o no se corresponden a la situación real. Generan diferencias donde no las hay y consecuencias no buscadas. El hecho del matrimonio no afecta, como dijimos la relación laboral en ningún sentido. No altera nada para ninguna de las partes, por lo tanto, cual es el sentido de esta prohibición.

La discriminación, la maternidad sí pueden ser una causal, pero no el matrimonio tal como lo vemos hoy.

Reiteramos que el texto que analizamos no se ha modificado pese a que, como vimos, se han producido numerosas modificaciones en el mismo.

Y ello no ha devenido una conquista sino más bien una situación que no tiene asiento real lógico.

En definitiva, este y otros cambios están reclamando una adecuación y modernización en la LCT. Máxime cuando ha habido cambios profundos en la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, reflejando un mundo que varía.

Es necesario entonces una armonización entre la LCT y el Código Civil y Comercial de la Nación. Para ello es imprescindible una actualización de la ley laboral, ya que de otro modo, las modificaciones de un lado producen inconsistencias en otro. Y estas inconsistencias, soluciones particulares que no siempre apuntalan principios generales, sociales e históricos que deben reflejarse en el plexo normativo.

Ahora bien, si por alguna razón desde el punto de vista del derecho del trabajo, quiere darse una mayor tutela al matrimonio que a la unión convivencial, entonces es bueno también establecerlo claramente en la legislación y hacerlo extensivo a todo el cuerpo normativo laboral.

Pero tal como está hoy en día no se advierte el sentido de una tutela que ya ha quedado desfasada en el tiempo y su correlato con las costumbres y la legislación general.

Los derechos están siendo tutelados por distintas normas y la presunción del art. 181 de la LCT cae en el vicio de una norma rígida y extemporánea que no produce efectos a la tutela de la cual su ufanaba ejercer. Si bien estamos frente a una norma para defender a la parte débil en este reparto de "potencias e impotencias"<sup>18</sup>.

En este caso parecería vacía la tutela buscada, en innecesaria más que para generar una dura sanción que queda desproporcionada al supuesto daño que podría producirse.

---

<sup>18</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, "Introducción Filosófica al Derecho", Ed. Sexta, Bs. As., Edit. Depalma, 1996