

**La omisión administrativa de reglamentar Leyes de la Nación y el Decreto 144/2022. Los espacios de cuidado en establecimientos del empleador.**

*Por Juan Pablo Capón Filas[[1]](#footnote-1)(\*)*

El Poder Judicial de la Nación, con la intervención de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, quién confirmara la sentencia de Cámara, en el precedente “Etcheverry”[[2]](#footnote-2), le ordenó al Poder Ejecutivo Nacional, por Sentencia definitiva firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT). Este dispone que *“…En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan"*.

Rodolfo Capón Filas, en sus votos judiciales, en libros, clases y conferencias, reiteradamente sostuvo, planteando la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las leyes y decretos, que la Constitución Nacional deberá resguardarse en todos los casos judiciales y que la principal obligación del Juzgador es hacer cumplir la Constitución Nacional, aún con independencia de las alegaciones formales de las partes.[[3]](#footnote-3)

El Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto PEN 144/2022 dio cumplimiento inicial a lo ordenado por el Poder Judicial de la Nación. A tal efecto, dictó una norma que ha merecido algunas objeciones en cuanto a su instrumentación práctica por parte de representantes de empleadores [[4]](#footnote-4). Ello motivó un acuerdo de implementación celebrado entre la Confederación General del Trabajo, la Unión Industrial Argentina, con la adhesión de la Cámara Argentina de la Construcción, con la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y del Ministerio de las Mujeres, Genero y Diversidad [[5]](#footnote-5).

El Decreto PEN 144/2022 fue publicado en el Boletín Oficial de la Nación el 23 de marzo de 2022, dejando sin efecto el silencio reglamentario y, por ende, la inconstitucionalidad por omisión, que duró varias décadas ya que la norma legal fue promulgada el 20 de septiembre de 1974.

En el primero de sus considerandos se hace referencia al fallo “Etcheverry”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, para confirmar el fallo de Cámara dijo, en el segundo considerando de su sentencia:

*“Que el artículo 179 de la ley 20.744, en lo pertinente, dispone que "En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan".*

*Como puede verse, el propio texto de la norma condiciona la exigibilidad de la habilitación de las salas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determine el número de trabajadores por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. A pesar de ello, desde que la ley fue promulgada el 20 de setiembre de 1974, la norma en cuestión no fue reglamentada.*

*La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo conduce en la práctica, tal como sostiene el dictamen del señor Procurador Fiscal, a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar. Se configura entonces, en los términos de la doctrina de esta Corte, una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional (“Villarreal”, Fallos: 337:1564, considerando 11).*

*No obsta a dicha conclusión lo dispuesto en el artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744. Esta norma dispone que cuentan como beneficios sociales “los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones”. Esta norma no es incompatible con el artículo 179 y ciertamente no suple la omisión de reglamentar dicho artículo. Tampoco suple la omisión la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas. Como acertadamente señala el dictamen del señor Procurador Fiscal, al tratarse de un derecho derivado de la propia ley de contrato de trabajo no puede quedar condicionado al ejercicio de la autonomía colectiva.*

*En definitiva, frente a la injustificable omisión de reglamentar una ley que expresamente impone el deber de reglamentar, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable”*.

El Poder Ejecutivo dio principio de cumplimiento al fallo judicial, con el Decreto 144 del año 2022, publicado en el Boletín Oficial de la Nación el día 23 de marzo de 2022 y que comenzará su exigibilidad el 23 de marzo de 2023.

En su artículo primero, el Decreto establece que la norma legal solo será operativa en aquellos establecimientos de trabajo donde presten tareas CIEN (100) personas o más, independientemente de las modalidades de contratación.

Desde el inicio de interpretación del decreto, advertimos una manifiesta restricción al derecho de los trabajadores y de las trabajadoras de que sus hijos menores gocen de espacios de cuidados, en función del número de personas que trabajan en los establecimientos. Este requisito numérico restringe la aplicación de la norma beneficiando solo a los dependientes de grandes empresas, lo cual merece un reproche axiológico ya que lesiona el principio constitucional de igualdad, tendiendo a una mayor fragmentación del colectivo de trabajadores.

Las estadísticas de empleo indican que la mayoría de los trabajadores privados de nuestro país trabajan en pequeñas y medianas empresas que tienen un número de dependientes inferior a cien. Por lo tanto, la norma tal como ha sido dictada restringe el derecho legal del art. 179 LCT, respecto de la mayoría de las trabajadoras del sector privado, es decir tiene una aplicación reducida en relación al universo laboral considerado.

Los Convenios Colectivos de Trabajo podrán ampliar el beneficio reduciendo el número de trabajadores a considerar, a los efectos que los espacios de cuidado beneficien y alcancen a un colectivo mayor que el indicado en la norma reglamentaria.

El Decreto establece que cuando el número de trabajadores del establecimiento sea igual o supere los cien, los empleadores “deberán ofrecer espacios de cuidado para niños y niñas de entre CUARENTA Y CINCO (45) días y TRES (3) años de edad, que estén a cargo de los trabajadores y las trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo” y “a los efectos del cómputo de la cantidad de personas que trabajan en el establecimiento, se tendrán en cuenta tanto las y los dependientes del establecimiento principal, como aquellas y aquellos dependientes de otras empresas, en tanto presten servicios en el establecimiento principal”.

La norma, con acierto, al menos en su artículo primero, ha modificado la terminología legal histórica del artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo, norma dictada en otro contexto histórico y social.

El Decreto con adecuado criterio ha quitado en el artículo primero la palabra “guarderías”, que hoy es interpretada como una “cosificación” de las niñas y niños. En su lugar, ha optado por una expresión más adecuada a los contextos sociales e ideológicos de nuestros tiempos como es “espacios de cuidado”.

Las palabras, como lo expresaba Pablo Neruda en su magnífica autobiografía “Confieso que he vivido”, son importantes y no son meros artilugios formales, por cuanto las mismas revelan la intención última y final del legislador y del administrador. Lo que se procura con la normativa comentada es cuidar a las niñas y niños menores de las y los trabajadores, permitiéndoles una mayor cercanía física con sus padres, propósito humanitario inobjetable.

El acuerdo CGT/UIA, en el apartado cuarto, aclara que el Decreto se aplicará para las niñas y niños hasta que alcancen los cuatro años de edad.

El artículo segundo del Decreto, correctamente, por ser competencia legislativa y administrativa provincial, según añeja jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece que *“la habilitación y las condiciones de los espacios de cuidado deberá ajustarse a la legislación específica que rija en cada jurisdicción”*.

El artículo tercero del Decreto establece que “los empleadores y las empleadoras cuyos establecimientos de encuentren dentro de un mismo parque industrial, o bien a una distancia menor a DOS (2) kilómetros entre sí, podrán disponer la implementación de los espacios de cuidado de manera consorcial dentro del radio mencionado” y que “los empleadores y las empleadoras podrán subcontratar la implementación de los espacios de cuidado, en tanto los mismos cumplan con las condiciones indicadas en la presente medida”.

Las dos cláusulas anteriores, netamente operativas, lucen razonables ya que tienden a concentrar recursos y a permitir a las empresas empleadoras, de distintas actividades industriales y comerciales, contratar servicios específicos de educación y de cuidado. Estos últimos podrán ser prestados por empresas educativas que tienen por objeto y actividad principal otorgar dicho servicio público educativo.

El artículo cuarto del Decreto habilita a los Convenios Colectivos de Trabajo a reemplazar la obligación de establecer espacios de cuidado mediante “el pago de una suma dineraria no remunerativa, en concepto de reintegro de gastos de guardería o trabajo de cuidado de personas, debidamente documentados” y que “se considerará que los gastos están debidamente documentados cuando emanen de una institución habilitada por la autoridad nacional o autoridad local, según correspondiere, o cuando estén originados en el trabajo de asistencia, acompañamiento y cuidado de personas registrado bajo el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, previsto en la Ley N° 26.844”.

La expresión “guardería” del Decreto, prevista en el artículo mencionado en el párrafo anterior, debe interpretarse como una referencia a la ley, que así las designa.

La norma, además, establece que “el monto a reintegrar en concepto de pago por guardería o trabajo de asistencia y cuidado no terapéutico de personas no podrá ser inferior a una suma equivalente al CUARENTA POR CIENTO (40 %) del salario mensual correspondiente a la categoría “Asistencia y Cuidados de Personas” del Personal con retiro del régimen previsto en la Ley N° 26.844, o al monto efectivamente gastado en caso de que este sea menor”.

Como se advierte, la norma se encuentra mal redactada, por cuanto el “monto efectivamente gastado” debería ser “mayor” al mínimo indicado en la primera parte del párrafo y no el “menor”.

Para evitar conflictos interpretativos debería aclararse dicha cuestión mediante la emisión de una norma modificatoria.

Además, dispone el Decreto que “en los Contratos de Trabajo a Tiempo Parcial, el monto a reintegrar será proporcional al que le corresponda a un trabajador o una trabajadora a tiempo completo”.

La norma reglamentaria establece en su artículo quinto que en el caso de los trabajadores que realizan teletrabajo “y la persona que trabaja estuviera anexada al establecimiento, la obligación establecida en el artículo 1° de la presente podrá cumplirse a través del pago de una suma dineraria no remunerativa, en las condiciones indicadas en el artículo anterior”. Es decir, nuevamente remplaza el espacio de cuidado por el reintegro de los gastos.

El artículo sexto del Decreto determina que la obligación de establecer los espacios de cuidado será exigible “transcurrido el plazo de UN (1) año a partir de su entrada en vigencia” y que “la falta de cumplimiento de dicha obligación se considerará en el ámbito de la Jurisdicción Nacional una infracción laboral muy grave en los términos del artículo 4º del Anexo II de la Ley Nº 25.212 que ratifica el PACTO FEDERAL DEL TRABAJO”.

El artículo séptimo de la norma invita “a las jurisdicciones locales a establecer una calificación similar a la determinada en el segundo párrafo del artículo anterior”.

Como se advierte, el Decreto presenta algunas objeciones, por cuanto parece como excesivo el número de trabajadores (100) para, a partir de dicho número, originar la obligación de establecer espacios de cuidado. Se debe tener en cuenta el contexto de un empleo privado como el de nuestro país, cuya mayoría de establecimientos del sector tiene un número menor de trabajadoras y trabajadores.

Además, debería aclararse que el monto a reintegrar al trabajador deberá ser todo el dinero gastado, cuando se acredite haber erogado por gastos un monto superior al mínimo indicado en la norma.

El acuerdo CGT/UIA establece un plazo máximo y transitorio de aplicación de la norma, indicando en el apartado primero del acuerdo que cuando no existiere una norma convencional que establezca una regulación de los espacios de cuidado, desde el 23 de marzo y hasta el día 31 de julio de 2023, el empleador podrá reemplazar su obligación con la modalidad de reintegro de gastos, abonando transitoriamente a los trabajadores el mínimo indicado en el Decreto, esto es el 40 % del salario mensual correspondiente a la categoría “Asistencia y Cuidados de Personas” del Personal con retiro del régimen previsto en la Ley N° 26.844.

Debe destacarse que el artículo 179 LCT tiene como propósito que se establezcan efectivamente los espacios de cuidado en la realidad edilicia de los establecimientos.

Es decir, la modalidad de reintegro de gastos solo deberá interpretarse como una transición temporal y restrictiva, hasta tanto se concreten efectivamente y físicamente los espacios de cuidado, siendo relevante que los Convenios y acuerdos Colectivos de Trabajo procuren la efectiva concreción de los mismos. Lo trascendental y lo querido por la normativa es la cercanía física de las madres y padres con sus hijos menores en una etapa tan crucial para el bienestar de los seres humanos como la primera infancia, donde se establecen características estructurales de la personalidad que durarán toda la vida.

No obstante las objeciones técnicas antes expresadas, que sugieren la necesidad de mejorar la norma a través de una modificación ulterior y a través de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo, interpretamos como valioso que el sistema constitucional argentino haya podido dar al menos una mínima respuesta a la omisión administrativa de reglamentar, durante décadas, un derecho sustancial de las y los trabajadores establecido en la Ley de Contrato de Trabajo. De esta manera, al menos inicialmente, se superan varias décadas de silencio frente a un derecho tan esencial como el de todo niña y niño de encontrarse físicamente cerca de su madre y padre.

Citar: elDial DC319C

copyright © 1997 - 2021 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

1. (\*) Juan Pablo Capón Filas, abogado (1994), Universidad del Salvador, Diploma de Honor y Premio Vélez Sarsfield, autor de obras jurídicas, miembro del Equipo Federal del Trabajo. El artículo ha sido publicado asimismo en el Blog del Equipo Federal del Trabajo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 21 de octubre de 2021, de autos “Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986”, publicado en el elDial.com, Citar: ([elDial.com - AAC7C8](https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo4.asp?id=55150&base=14&referencia=1&Total_registros2_1=1&buscar=aac7c8&resaltar=aac7c8)). [↑](#footnote-ref-2)
3. Para conocer la obra del Profesor Rodolfo Capón Filas recomendamos la consulta del Blog del Equipo Federal del Trabajo y en particular, el enlace: https://equipofederaldeltrabajo.blogspot.com/2022/05/publicaciones-del-doctor-rodolfo-capon.html [↑](#footnote-ref-3)
4. Al respecto ver la nota publicada en https://www.ambito.com/politica/por-presion-uia-flexibilizaran-norma-que-obliga-las-empresas-tener-guarderias-n5657778 [↑](#footnote-ref-4)
5. https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-estado-nacional-la-cgt-la-uia-y-la-camara-de-la-construccion-firman-convenio-para [↑](#footnote-ref-5)