

Discapacidad y pérdida del empleo

Propuesta de articulación entre la ley laboral y previsional

Cintia Cristina Coturel

Abstract

Cuando un trabajador se incapacita durante la relación laboral, queda expuesto a una serie de situaciones que, por defecto de coordinación entre las normas laborales y previsionales, lo dejan en situación de desprotección. Puede quedar durante meses o años sin ingresos, sin obra social y sin posibilidad de reinsertarse en el mercado laboral.

La Constitución Nacional, Tratados Internacionales y Convenios de la OIT, protegen al trabajador discapacitado, estableciendo los principios de readaptación profesional y no discriminación. Las normas de rango inferior que regulan la extinción del contrato de trabajo en casos de incapacidad laboral (art. 212 LCT) y la cobertura del trabajador desde la Seguridad Social (a través de las prestaciones contributivas y no contributivas), no se adecúan a los parámetros constitucionales ni internacionales y deben ser reformadas para evitar los problemas que ocurren en su aplicación.

El objetivo de este trabajo es proponer una reforma que articule el acceso a las prestaciones por parte del trabajador, que prevenga los despidos discriminatorios y privilegie el derecho a conservar la fuente de trabajo. La extinción del vínculo no será una libre facultad del empleador, sino que las dos partes deberán acudir a una Comisión o Junta Médica, en la que se determinará la incapacidad. En caso de que esta sea total, se otorgará la prestación que corresponda, para que inmediatamente luego del cese, el trabajador comience a percibir el beneficio. Si la incapacidad es parcial, la Junta evaluará las tareas que el trabajador puede realizar y que estas existan en la empresa.

1- Introducción

Sin lugar a dudas, una de las peores formas de extinción del vínculo laboral, ocurre cuando se produce la incapacidad del trabajador. Ninguna persona quiere llegar a una situación tan grave, que implica la pérdida de la aptitud física o psíquica para trabajar.

El trabajo humano es mucho más que una forma de ganar el sustento. Es también, la manera de vincularse con el resto de la sociedad y hasta de construir la propia identidad. Un trabajador que queda discapacitado, no sólo pierde su trabajo: también pierde su grupo de pertenencia, se modifican sus relaciones familiares, pierde calidad de vida y acceso a bienes fundamentales.

El objetivo de la presente ponencia es analizar una serie de situaciones en las que el trabajador incapacitado queda desprotegido, tanto por la legislación laboral como previsional. Postulamos que existe una falta de articulación entre la Ley de Contrato de Trabajo y la Ley 24.241, así como entre los actores que intervienen cuando un trabajador se incapacita. En la práctica, existen numerosos casos en los que el trabajador pierde su empleo y pasa varios meses -o peor aún, años- hasta que percibe el retiro por invalidez. En este período, el trabajador no tiene ingresos económicos ni obra social.

2- Protección constitucional e internacional del trabajador discapacitado

Nuestra Carta Magna contiene varias normas de las que surge que el trabajador que se incapacita merece una tutela especial. Entre ellas, se encuentra el art. 14 bis, cuando consagra que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social; el art. 75 inciso 23, que incluye a las personas con discapacidad entre quienes deben ser destinatarios de medidas de acción positiva.

Entre los Tratados Internacionales, se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene jerarquía

constitucional en virtud de la ley 27.044. El artículo 27 del tratado, sienta los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y de trato, recalificación profesional y sostiene que los mismos se aplican también a las personas que se incapaciten durante el empleo. El artículo 28 establece el derecho a la protección social.

La ley 25.280 (sancionada el 6 de Junio de 2000), aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En su artículo 1, se formulan las siguientes definiciones:

“1. Discapacidad: El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad. a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”

El objetivo de la Convención es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación y propiciar la integración de las personas con discapacidad a la sociedad.

En el ámbito de la OIT, podemos mencionar el Convenio 159, sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (Personas Inválidas), en el cual se establece que “la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración

o la reintegración de esta persona en la sociedad.” La Recomendación 168, sobre Readaptación Profesional y el empleo de personas inválidas, también establece la obligación de adoptar medidas tendientes a que estos sujetos puedan conservar el empleo. Por ejemplo, mediante la introducción de una jornada parcial, exenciones impositivas, readaptación profesional, etc.

3- Prohibición de discriminación

A la normativa específica que tutela a los trabajadores que padecen de una discapacidad, debemos sumar la legislación dirigida a tutelar a cualquier trabajador de un acto discriminatorio.

El artículo 17 plasma en la Ley de Contrato de Trabajo el **principio de no discriminación**, el cual es una derivación de la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos. La LCT alude a discriminación por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Esta norma debe ser interpretada armónicamente con la Constitución Nacional, ya que es anterior a la Reforma Constitucional de 1994. Por lo tanto, se han ampliado los motivos de discriminación.

Pero primero, empecemos a definir qué es **discriminar**. Si vamos al diccionario de la Real Academia Española, podemos afirmar que es un verbo que tiene dos significados: *“Ver o percibir dos conceptos o dos realidades como diferentes.”* Y *“Dar un trato diferente a personas que merecerían recibir el mismo trato que otras de su género y que supone beneficiar a unos y perjudicar a otros sin más motivos que la diferencia de raza, sexo, ideas políticas, religión, etc.”*

La discriminación es una forma de distinción. De separación. Lo que la caracteriza y la convierte en discriminación, es que esa distinción no se orienta por una finalidad de justicia, sino por una voluntad de perjudicar a alguien o beneficiar a otro.

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el término “discriminación” debe ser entendido como *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”* (**Observación General 18** de fecha 10/11/1989, en la cual el comité interpreta los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha expedido sobre qué es discriminar y sobre cuándo una distinción se torna ilícita y puede considerarse discriminación. En los párrafos 90, 91 y 92 de la Opinión Consultiva OC18/03 de fecha 17/09/2003, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, se ha referido a la diferencia entre distinción y discriminación:

“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción para de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”

Si bien los Tratados de Derechos Humanos establecen obligaciones dirigidas a los Estados, ya que el Estado es el garante de los mismos, los particulares también tienen el deber de adecuar sus conductas hacia los estándares convencionales. El Estado debe, por un lado cumplir con

el respecto de los Derechos, en este caso el Derecho a la Igualdad de Trato, pero también sancionar a las personas físicas y jurídicas que violen este derecho.

Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico, existen diversas normas dirigidas a los particulares, a fin de que adecúen su conducta. En la Ley de Contrato de Trabajo, encontramos el artículo 63. También el artículo 17 de la LCT, dispone la prohibición de hacer discriminaciones. Este artículo es una derivación del artículo 16 de la Constitución Nacional, que establece el principio de igualdad: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.”*

La Ley 23.592, conocida como Ley Antidiscriminatoria, dispone en su artículo 1º: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”*

A partir de la Reforma Constitucional de 1994, han adquirido jerarquía constitucional los Tratados de Derechos Humanos, que también se refieren al principio de igualdad y no discriminación.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en su artículo II el Derecho a la Igualdad ante la Ley: *“Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”*

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 7: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”* El artículo 23 inc. 1 dispone: *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra el mismo derecho en su artículo 24: ***“Igualdad ante la Ley.*** *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”* Asimismo, el artículo 32 establece entre los deberes de las personas, el respeto de los derechos del prójimo: ***“Correlación entre Deberes y Derechos.*** *1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 26: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

4- Aplicación de los Derechos Humanos en el contrato de trabajo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se expidió sobre la aplicación y respecto de los derechos humanos en el contrato de trabajo. Como se explica, no tendría sentido que la obligación de respetar el principio de igualdad fuera sólo una obligación del Estado, ya

que ello implicaría aceptar que las empresas privadas pudieran ejercer actos discriminatorios contra sus dependientes.

La Corte Interamericana, en la OC 18/03 ya citada, ha dicho: *“En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes) (...) El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”* (párrafos 140, 141,146,147)

5- Extinción del contrato por incapacidad y retiro por invalidez. Leyes 20.744 y 24.241.

La incapacidad sobreviniente del trabajador puede producirse por varios supuestos, relacionados o no con el trabajo. Puede ser por accidente o enfermedad inculpable -regulados en la LCT- o de carácter laboral o profesional -comprendidos en la LRT-. En el caso de las enfermedades o accidentes inculpables, se establecen los plazos de licencias médicas pagas por el empleador y, a partir de su vencimiento, un plazo de conservación del empleo (art. 211 LCT) por el plazo de un año. Durante este período, el trabajador no percibe salario, pero el empleador realiza la contribución a la obra social.

Pueden ocurrir varios supuestos: 1- que durante el plazo de conservación del empleo el trabajador se encuentre en condiciones de volver a sus tareas habituales; 2- que regrese con una incapacidad parcial; 3- que quede totalmente incapacitado para trabajar.

6- Incapacidad parcial o total del trabajador. Supuestos de Extinción. Cobertura de la seguridad social.

En los casos de incapacidad parcial, la Ley de Contrato de Trabajo impone al empleador la dación de tareas acordes a la nueva situación del trabajador. En caso de que el empleador no pueda otorgar dichas

tareas, se produce la extinción del contrato y el empleador debe abonar la indemnización del art. 247 LCT. Si posee dichas tareas pero no quiere otorgarlas, puede extinguir el vínculo abonando la indemnización del art. 245. Específicamente en este caso, consideramos que se trata de un despido discriminatorio, por lo que el trabajador podría exigir la reinstalación o el pago de una indemnización extra de la tarifa legal.

En caso de incapacidad absoluta del trabajador, el empleador debe abonar la indemnización del art. 245 LCT. Estas prestaciones no revisten carácter indemnizatorio -excepto en caso de incapacidad parcial y que el empleador posea tareas-, puesto que el empleador no ha generado un daño al dependiente. Según la doctrina, se trata prestaciones de la seguridad social que la ley pone en cabeza de la empresa privada.

El Derecho de la Seguridad Social cubre la contingencia de invalidez mediante prestaciones contributivas y no contributivas. En el ámbito del SIPA, la prestación es el Retiro Transitorio por Invalidez (RTI), para el cual se debe acreditar una incapacidad mínima del 66%. También existe una pensión no contributiva por invalidez (PNC), cuyo requisito es un 76% de incapacidad. Por lo tanto, el trabajador con incapacidad parcial queda totalmente desprotegido, ya que es muy poco probable que pueda reinsertarse en el mercado laboral. Existe jurisprudencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social que establece que se puede acceder al Retiro por Invalidez aún con un porcentaje inferior, siempre que se acredite que no existen posibilidades de reinserción laboral. Por ejemplo, la Sala II de la Excma. CFASS en la causa “Carletto, Pedro Guillermo” (22/4/2019, publicada en MJJ118286), hizo lugar al recurso interpuesto y declaró que el recurrente tenía incapacidad con jerarquía invalidante, pese a que el Cuerpo Médico Forense había otorgado un 52,03% de incapacidad. Se estableció que *“el porcentaje invalidante no debe ser aislado, entre otras cosas, respecto del medio social dentro del cual se relaciona el actor, el nivel cultural que posee y sobre todo la posibilidad cierta de volver a integrar el mercado laboral.”* Pero para

lograr un fallo de la Justicia, el trabajador deberá iniciar un juicio de varios años de duración.

Sumado a ello, en el caso de la incapacidad parcial, teniendo en cuenta las directivas de la OIT sobre readaptación laboral, la extinción del contrato debería ser la *ultima ratio*. Si el empleador no realiza esfuerzos por brindar tareas acordes al trabajador o adaptar los espacios para que pueda continuar laborando, pese a su incapacidad, sino que directamente opta por el despido, estaríamos frente a un caso de discriminación.

En caso de incapacidad total, se puede proceder a la desvinculación inmediata del trabajador y abonar la indemnización del art. 245 LCT. El trabajador deberá iniciar el trámite de Retiro por Invalidez, siempre que cumpla con todos los requisitos. En caso de no cumplirlos, tendrá que accionar judicialmente contra la ANSeS o solicitar una pensión no contributiva.

7- Prestaciones por invalidez contributivas y no contributivas

Como ya dijimos, la contingencia de invalidez encuentra protección en la faz contributiva, mediante el Retiro Transitorio por Invalidez, legislado en el art. 17 inciso c de la ley 24.241. Los requisitos para acceder a la prestación son: 1) incapacidad igual o mayor al 66%; 2) carácter de aportante regular o irregular con derecho. Este último, fue reglamentado por el Decreto 460/99, que modificó sustancialmente la ley 24.241, imponiendo, en los hechos, un “plazo” para acceder al beneficio, tomando en cuenta la fecha del último aporte y no la fecha de incapacidad.

Los supuestos establecidos por el Decreto son:

- **Aportante regular con derecho:** “afiliado en relación de dependencia al que se le hubieran efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante TREINTA (30) meses como mínimo dentro de los TREINTA Y SEIS (36) meses anteriores a la fecha de la solicitud del

retiro por invalidez” “Cuando los afiliados en relación de dependencia o autónomos acrediten el mínimo de años de servicio exigido en el régimen común o diferencial en que se encuentren incluidos para acceder a la jubilación ordinaria, serán considerados en todos los casos como aportantes regulares siempre que acrediten el ingreso de las cotizaciones correspondientes.” (es decir, 30 años de aportes).

“En el caso de trabajadores que realicen tareas discontinuas, en las que la discontinuidad derive de la naturaleza de las mismas, al que se le hubieren efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante DIEZ (10) meses, como mínimo, dentro de los TREINTA Y SEIS (36) meses anteriores a los acontecimientos descritos, siempre que dichas retenciones se hubieran efectuado sobre remuneraciones que representen, como mínimo el valor de TREINTA (30) MODULOS PREVISIONALES (MOPRE).”

- **Aportante irregular con derecho:** “aquel afiliado en relación de dependencia al que se le hubieran efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante DIECIOCHO (18) meses como mínimo dentro de los TREINTA Y SEIS (36) meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez (...) Cuando se trate de trabajadores que realicen tareas discontinuas, en las que la discontinuidad derive de la naturaleza de las mismas, al que se le hubieren efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante SEIS (6) meses, como mínimo, dentro de los TREINTA Y SEIS (36) meses anteriores a los acontecimientos descritos, siempre que dichas retenciones se hubieran efectuado sobre remuneraciones que representen, como mínimo, el valor de DIECIOCHO (18) MODULOS PREVISIONALES (MOPRE).”

-“Los períodos exigidos en los apartados precedentes se reducirán a DOCE (12) meses dentro de los SESENTA (60) meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento del afiliado en actividad, cuando el afiliado en relación de dependencia o autónomo no alcanzare el mínimo de años de servicio exigido en el

régimen común o diferencial en que se encuentre incluido para acceder a la jubilación ordinaria, siempre que acredite al menos un CINCUENTA POR CIENTO (50%) de dicho mínimo y el ingreso de las cotizaciones correspondientes.” (es decir, 15 años de aportes, con 12 meses dentro de los últimos cinco años previos a la solicitud del beneficio)

5. Si el período de afiliación fuera inferior a TREINTA Y SEIS (36) meses se considerará, a los fines enunciados a los apartados 1 y 2 de la presente reglamentación, el total de meses de afiliación respetando las proporciones de meses aportados allí establecidas a los fines de la calificación del aportante.

“6. En el caso de los trabajadores en relación de dependencia y a los fines de la calificación de la regularidad de los aportes, se considerarán como meses aportados aquellos durante los cuales se devengaron las remuneraciones, aunque no hubieran sido percibidas por causas no imputables al afiliado. Asimismo, tendrán igual tratamiento aquellos meses durante los cuales el afiliado estuviere percibiendo la prestación por desempleo prevista en la Ley N° 24.013”.

La distinción entre ser considerado aportante regular o irregular con derecho no es irrisoria, ya que el haber que percibirá el primero será el 70% del ingreso base y el segundo, el 50% del ingreso base (art. 97 de la ley 24.241).

Respecto del plazo para iniciar el RTI, la jurisprudencia ha declarado su inconstitucionalidad y/o inaplicabilidad, en reiterados precedentes, desde hace casi veinte años (Fallo “Pinto” de CSJN). Sin perjuicio de ello, la ni el PEN ni la ANSeS hicieron eco del criterio de la jurisprudencia, por lo tanto el plazo se continúa aplicando. El afiliado que quiera impugnarlo, debe iniciar primero el trámite de RTI -que ya de por sí demora varios meses- y luego impugnar la resolución denegatoria ante la Justicia Federal de la Seguridad Social. En el caso “Chiesa, Humberto Juan c/ ANSeS s/ retiro por invalidez (art. 49 P. 4 Ley 24.241)”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre el fondo de la

cuestión en el caso de un trabajador de imprenta que sufrió una incapacidad durante el atentado a la AMIA pero inició el trámite de RTI en Julio de 2007. Por un lado, la Corte consideró que la incapacidad se produjo durante los meses posteriores al atentado, por lo tanto el afiliado tenía carácter de aportante regular. Además se tuvo en cuenta que el trámite de RTI es muy extenso, ya que se obligaba al recurrente a apelar primero la resolución de la Comisión Médica Central -lo que tardó 7 años- y luego a iniciar otro expediente impugnando la resolución de la ANSeS que lo declaró aportante irregular sin derecho. Por ello, la Corte se expidió sobre el fondo del asunto y resolvió calificar al recurrente como aportante regular.

Para las personas que no tienen aportes en relación de dependencia o autónomos, queda la pensión no contributiva, regulada en la ley 13.478, reglamentada por el Decreto 432/97. Cabe destacar que, pese a las críticas que suelen esbozarse en los medios de comunicación contra los beneficios de la seguridad social “no contributivos”, en nuestro país existe un alto grado de informalidad laboral. Tenemos casi cinco millones de trabajadores no registrados que, en caso de incapacitarse, sólo pueden acceder a una pensión no contributiva, porque quedan excluidos del acceso al RTI.

Cabe destacar que la PNC otorga un haber inferior al del retiro por invalidez y sus requisitos son más estrictos. Existe un grado de discrecionalidad, que obedece a cuestiones políticas, que llevó a dar de baja miles de pensiones. Este hecho motivó varias acciones de amparo que se encuentran en trámite (por ej: “Asociación REDI y otros c/ EN-Min. de Desarrollo Social s/ Amparos y sumarísimos”).

Los requisitos que impone la reglamentación, por ejemplo, son:

“- No tener parientes que estén obligados legalmente a proporcionarle alimentos o que teniéndolos, se encuentren impedidos para poder hacerlo; ni vivir con otros familiares bajo el amparo de entidades públicas o privadas en condiciones de asistirlo.

-No poseer bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia.”

Estos dos incisos, en la práctica, llevan a que una persona que tiene una casa propia, aunque sea en un barrio carenciado y que se incapacita en forma total, no pueda acceder al beneficio. O si tiene un cónyuge, padre o madre con obra social, tampoco puede acceder. Esto lleva a soluciones injustas, porque pese a que el discapacitado tenga una casa, ¿cómo hace para subsistir mes a mes sin ingresos? Pese a que tenga familiares, quizás el ingreso de estos tampoco alcanza para mantenerlo. Por ejemplo, si el solicitante del beneficio tiene un padre que percibe una jubilación mínima, ya queda excluido del acceso a la pensión no contributiva. Además, el porcentaje de incapacidad exigido por el Decreto 432/97 es del 76%, cuando para los casos de RTI se exige un 66%.

Por ello, decimos que este es el peor escenario, ya que los requisitos de la reglamentación llevan a soluciones totalmente injustas, que no se condicen con el nivel de protección que el Bloque de Constitucionalidad Federal crea para las personas con discapacidad.

8- Problemas prácticos que dejan desprotegido al trabajador

a- Determinación del porcentaje de incapacidad e indemnización.

Teniendo en cuenta la diferencia sustancial entre el monto resarcitorio en los casos de incapacidad parcial o total, este será un punto que seguramente, generará un pleito entre las partes. En consecuencia, pasarán años hasta que exista una definición judicial y, mientras tanto, el trabajador no tiene trabajo, ingresos ni obra social.

Salvo que las partes se sometan a una junta médica en forma voluntaria, al trabajador le quedan dos opciones: aceptar un acuerdo -si es que existe voluntad de pago de parte de la empresa- o iniciar un juicio. En la práctica, el trabajador que queda incapacitado, ante la necesidad económica termina aceptando un acuerdo ante el SECLO o Ministerio de Trabajo.

No está reglamentado un mecanismo para la determinación de la incapacidad dentro de la relación laboral, en los casos de accidente o enfermedad inculpable. La determinación del porcentaje será efectuada por los médicos que ofrezcan las partes y, en caso de divergencia, deberán acudir a la Justicia.

b- Incapacidad parcial-Falta de tareas para el dependiente

En los casos de incapacidad parcial, el monto indemnizatorio depende de si la empresa tiene o no tareas adecuadas para el trabajador. Por lo tanto, si las partes no llegan a un acuerdo, deberá sustanciarse un juicio en el cual se deberá probar si había o no tareas en la empresa. Esto demorará durante años el cobro de la única prestación de la seguridad social destinada a tutelar al trabajador frente a su incapacidad parcial.

La jurisprudencia sostiene que *“si la empleadora no tiene vacantes en su plantel normal para ocupar al trabajador afectado por una incapacidad (art.212, 2º parte LCT), no se le puede exigir que acredite la realización de diligencias anormales para ampliar sus puestos de trabajo.”* (CNAT, Sala I, “Almiron, Carlos Alberto c/ Celulosa Campana S.A. s/ Despido”, 28/08/2008, MJJ38316).

Consideramos que es inconstitucional que el art. 212 permita la desvinculación de un trabajador discapacitado, en el caso de que la empresa posea tareas adecuadas para él. El hecho de establecer la indemnización del art. 245 LCT, le pone un “precio” a la decisión de despedir a un trabajador discapacitado. En estos casos, el despido debería estar prohibido, puesto que se trata de un acto discriminatorio.

Como ya dijimos, el trabajador que queda sin empleo y con una incapacidad parcial, tiene muy pocas posibilidades de conseguir un nuevo trabajo y encima, queda sin protección de la seguridad social - salvo el seguro de desempleo que, por su bajo monto, carece de utilidad alguna-. Aún en caso de que perciba rápidamente la indemnización, ¿qué hará luego de que la gaste? ¿Qué proyecto de vida puede tener?

El trabajador con una incapacidad parcial, se encuentra en peores condiciones para competir por un puesto de trabajo con otros trabajadores, por lo tanto queda con mayores posibilidades de desocupación o empleo precario o informal.

c- Falta de cumplimiento de los requisitos para el Retiro Transitorio por Invalidez o Prestación no Contributiva por Invalidez

En caso de que el trabajador no cumpla con el requisito de aportante regular o irregular con derecho, puede optar por la PNC o promover una acción ordinaria contra la ANSeS para obtener el RTI. En caso de no alcanzar el porcentaje del 66%, se pueden impugnar los dictámenes de la Comisión Médica Central ante la CFASS.

El acceso a la justicia en estos casos, no resuelve en el corto plazo la situación del trabajador, ya que el fuero previsional se encuentra colapsado. Los juicios por retiro por invalidez pueden demorar varios años.

Cabe destacar que la existencia del plazo de conservación del empleo, ya genera la pérdida del carácter de aportante regular, debido a que el trabajador queda sin aportes previsionales durante ese plazo. En muchos casos, el trabajador no sabe a ciencia cierta si la enfermedad lo incapacitará en forma definitiva o no, y espera a su evolución. El sólo hecho de dejar pasar unos meses, puede generar la pérdida de la regularidad de aportes.

En los casos de la PNC, el trámite fue transferido a la ANSeS en forma reciente, mediante Decreto 746/17. Los trámites antiguos tramitaban ante la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y el peticionante no tenía derecho a ser defendido por un abogado. Esto le quitaba transparencia al trámite, que duraba varios años. Esperamos que con el traspaso a la ANSeS, se garantice mejor el derecho de defensa del peticionante del beneficio.

d- Lentitud del trámite ante la Comisión Médica

El trámite de Retiro por Invalidez se inicia ante la ANSeS. Allí se forman dos expedientes: uno que queda en ANSeS, para analizar la regularidad de aportes y otro en la Comisión Médica. Por ejemplo, la demora para otorgar la audiencia médica en la Comisión Médica Jurisdiccional de Lanús, es de cuatro meses. A ese plazo, hay que adicionarle el tiempo que demore el dictamen y luego, la eventual apelación a la Comisión Médica Central.

Los trámites previsionales tienen más demora que los de ART, por lo que debería revisarse la asignación de prioridades dentro de la Comisión Médica.

e- Falta de obra social e ingresos durante la tramitación del beneficio previsional

En caso de que se haya producido la extinción del vínculo, el trabajador queda sin ingresos ni obra social durante todo el trámite. Si se encuentra en plazo de conservación del empleo, tiene sólo la obra social.

Una vez que el beneficio previsional resulta aprobado, la ANSeS abonará un retroactivo desde la fecha de solicitud del beneficio. Desde que se emite la resolución, como mínimo se debe esperar dos meses para comenzar a percibir el primer haber. Esto, sumado a las demoras de la Comisión Médica, arroja como resultado que el trabajador no tendrá ingresos durante unos ocho meses o un año.

9- Propuesta de articulación entre la ley laboral y la ley previsional

Consideramos que la protección del trabajador que se incapacita no puede quedar en manos de los particulares -en este caso, empleador o familiares-. El sistema de protección fundado en las indemnizaciones del art. 212, por un lado impone una gran carga a las empresas, que intentarán sacarse de encima a cualquier trabajador incapacitado y por el otro, discutirán judicialmente la cuantía de la indemnización. Mientras tanto, el trabajador queda desamparado, iniciando un procedimiento de RTI o pensión no contributiva que puede durar años.

Sería apropiado modificar el sistema, estableciendo primero que la desvinculación del trabajador no puede ser inmediata. Como dijimos en párrafos anteriores, rige en este ámbito la prohibición de discriminación. La apropiado sería que la extinción del vínculo requiera que, previamente, se realice una junta médica en algún organismo oficial, con plazos breves. Luego de la evaluación, se determinará si realmente debe extinguirse el vínculo laboral por incapacidad total y, directamente, se formará el expediente previsional, tomando ya el porcentaje de incapacidad establecido por la Junta Médica.

También deberían derogarse los Decretos 460/99, 432/97 y toda norma vigente que no se adapte al nivel de protección de las personas discapacitadas que manda nuestra Carta Magna.

Como dijimos en párrafos precedentes, la extinción del contrato en caso de incapacidad parcial, si el empleador tiene tareas para otorgar, resulta contraria a los compromisos internacionales que asumió el Estado Argentino, al ratificar el Convenio 159. El hecho de que exista esta posibilidad, convalida la discriminación y le pone un precio, que en casos de trabajadores con bajo sueldo o poca antigüedad, puede ser tentador para la empresa. En estos casos, la extinción del contrato debería prohibirse y ordenarse la reinstalación del trabajador.

La correcta articulación entre la ley laboral y la previsional, debería concluir en que, en forma inmediata al cese laboral, el trabajador comience a percibir una prestación de la seguridad social. Resulta inconcebible que una persona discapacitada deba transitar un procedimiento administrativo y/o judicial durante siete años, dependiendo durante ese lapso de tiempo de la caridad. ¿De qué sirve que luego cobre un gran retroactivo, si durante el trámite no podrá siquiera realizar cuatro comidas dignas diarias?

También consideramos necesario un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos, que en general vemos las soluciones a los casos cuando ya se produjo la extinción del contrato, buscando la

indemnización que corresponde al cliente. En los casos de discapacidad, cuando hablamos de un resarcimiento, es porque el daño ya se produjo. El trabajador con incapacidad que perdió su trabajo, sufre la vulneración de sus derechos fundamentales, el derecho alimentario, derecho a la salud, derecho a la vivienda. Tenemos que poner el foco en la prevención de este tipo de situaciones, para evitar que ocurran en la práctica.

10- Conclusión

Del análisis de nuestra legislación laboral y previsional, se evidencia que la mayoría de las prestaciones a favor de los discapacitados quedan en cabeza de particulares, ya sea la empresa o los familiares del trabajador. El Estado se desliga de dar una solución al tema. Directamente, en los casos de incapacidad parcial, el trabajador queda sin cobertura, dejando a la suerte si consigue o no un nuevo empleo y si cobra la indemnización.

En los casos de incapacidad total, la LCT y la ley 24.241 parecen funcionar como dos compartimentos estancos, sin vinculación entre sí. Inclusive, el plazo de conservación del empleo puede llevar a la pérdida de la regularidad de aportes para obtener el RTI. El sistema de pensiones no contributivas es sumamente estricto y excluye del acceso a muchas personas, que quedan desamparadas.

Proponemos una reforma legislativa que tenga en miras la adecuación de las normas laborales y previsionales, a fin de cumplir con los objetivos de protección de los trabajadores discapacitados y reinserción laboral.

La extinción del contrato no puede ser una libre facultad del empleador, ya que estamos en el límite del despido discriminatorio contra un sujeto doblemente vulnerable: por ser trabajador y por estar incapacitado.

En el esquema actual, un trabajador con incapacidad total debe acudir a la Comisión Médica para determinar su incapacidad previsional y, en caso de litigio con el empleador, acudir a un perito médico judicial.

Proponemos que el trámite se inicie en conjunto con el empleador y cuando la Comisión Médica dictamine, recién en ese momento, se extinga el contrato. Mientras tanto, el trabajador continuará percibiendo sus salarios. En caso de una incapacidad parcial, la Comisión Médica podrá determinar qué tareas puede realizar el trabajador y analizar si la empresa las posee, para evitar casos de despido discriminatorio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

Badalassi, Elías N., “La discapacidad y el trabajo. Un cierre de propuestas superadoras en términos generales”, publicado en MJD15021, 28/08/2019.

Chirinos, Bernabé Lino, “Tratado de la Seguridad Social”, La Ley, 2009, Tomo II.

Grisolía, Julio A., “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Abeledo Perrot, 2011, Tomo II.

Santanoceto, Javier “La necesidad de un juicio especial dentro del proceso laboral”, publicado en “Catorce Bis” Revista Socio-Laboral, Año XXIII N° 57, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social- Córdoba, 2019.

JURISPRUDENCIA CITADA Y CONSULTADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC18/03 de fecha 17/09/2003, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Pinto, Amanda Ángela c/ ANSeS s/ Pensiones”, 6/04/2010, Id SAIJ:
FA10985360

“Chiesa, Humberto Juan c/ ANSeS s/ Retiro por Invalidez (art. 49 P. 4
Ley 24.241), 30/06/2015, MJJ93435.

CNAT

Sala I, “Almiron, Carlos Alberto c/ Celulosa Campana S.A. s/ Despido”,
28/08/2008, MJJ38316.

Sala II, “Pla, Julio Enrique c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Despido”,
8/11/2007, MJJ33469.

CFASS

Sala II, Exp. 1135/2001, "Torres, Juan Manuel c/ ANSeS", 21/11/02,
sent. def. 94168

Sala II, “Carletto, Pedro Guillermo”, 22/4/2019, publicada en
MJJ118286.

Sala III, expte. 41035/2006, "Juárez de Caloso, María Cristina c/ ANSeS
s/ Jubilación y retiro por invalidez", 9/04/07, sent. def. 116367.

Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8, “Asociación REDI y otros
c/ EN-Min. de Desarrollo Social”, 18/09/2019, publicado en MJJ114937.