

¿RETIRO TRANSITORIO POR INVALIDEZ Y CESE DEFINITIVO?

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NECESIDAD DE ARMONIZAR EL ART. 212 DE LA LCT CON EL ART.49 DE LA LEY 24.241

NADIA GARCÍA¹

1. Introducción 2. El retiro por invalidez: Requisitos. 3. El porcentaje de incapacidad exigido para el retiro por invalidez. 4. La indemnización del art. 212 de la LCT y su naturaleza jurídica. 5. El porcentaje de incapacidad en el fuero Federal de la Seguridad Social y su impacto en la Justicia Nacional del Trabajo. 6. Transitoriedad del retiro por invalidez vs. Cese definitivo laboral. 7. Conclusiones.

1. Introducción

El presente trabajo pretende mostrar la relación existente entre el art. 212 de la LCT y los arts. 49 y 50 de la ley 24.241, así como la necesidad de armonización entre dichos cuerpos normativos. Se analizarán los requisitos exigidos por la ley 24.241 para obtener el retiro dentro de los cuáles se incluye el cese laboral definitivo en la actividad dependiente para obtener, paradójicamente, un retiro transitorio. Afectando derechos de preferente tutela que incluyen el derecho al trabajo, el derecho a la información, a una vida digna, etc.

También se abordarán cuestiones atinentes al supuesto porcentaje de incapacidad exigido como puerta de acceso tanto al retiro por invalidez como a la indemnización analizada.

Por último, se evaluarán algunas posibilidades de armonización.

¹ Abogada, Doctora en Previsión Social y Derechos Humanos, Docente de grado y posgrado, publicista.

2. El Retiro por Invalidez: Requisitos

Se trata de un beneficio previsto en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) para aquellos trabajadores y trabajadoras que se incapaciten física o intelectualmente en forma total por cualquier causa. Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en su capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66 %) o más; se excluyen las invalideces sociales o de ganancias. (Art. 48, ley 24.241).

Los requisitos son:

- Incapacidad física o intelectual absoluta determinada por la una comisión Médica (art. 49). Se presume que es total si la misma supera el 66%.
- Edad menor de 65 años.
- No tener derecho a PBU
- No estar incapacitado/a a la fecha de afiliación.
- Ser aportante regular o irregular con derecho (Conforme dec. 460/99)
- No da derecho la invalidez total temporaria (1 año el trabajador autónomo).
- Resulta incompatible con la actividad en relación de dependencia, no así con aquella desempeñada en forma autónoma. Por esta razón requiere cese definitivo en la actividad dependiente.

3. El porcentaje de incapacidad exigido para el retiro por invalidez

Respecto a la apreciación del porcentaje de incapacidad y la necesidad o no de acreditar el riguroso extremo del 66% la jurisprudencia fue cambiando:

La CSJN en autos Castillo c/ANSES s/ jubilación por Invalidez² (05/02/2008) sostuvo que en materia de jubilación por invalidez no hay que atenerse exclusivamente al aspecto psicofísico para determinar los elementos que conforman el concepto de incapacidad previsional dado el carácter alimentario de los derechos en juego. La exigencia de una incapacidad del 66% no debe

² Fallos: 331:72.

ser tomada de una manera rigurosa y con prescindencia de los fines tutelares de la normativa previsional.

En igual sentido la CFSS en autos “Carletto c/ ANSES s/ retiro por invalidez”, (22/4/2019) revocó el dictamen de la Comisión Médica Central y declaró al actor incapacitado a los fines del retiro por invalidez aunque el porcentaje resulte inferior al requerido por la Ley, dado que las patologías detectadas le dificultan el desarrollo y acceso a un lugar en el mercado laboral.

El fallo considera las particulares de la causa, la edad del titular (61 años de edad), el nivel de instrucción alcanzado (escolaridad secundaria incompleta) y la índole de las patologías halladas, “que generan serias dudas en cuanto a la posibilidad de acceder a un lugar en el mercado laboral -de oprobiosa actualidad-, para una persona con los padecimientos que, al presente tolera el recurrente, resulta aconsejable dirimir la cuestión a favor del solicitante dado el carácter alimentario de los derechos en juego, por lo que corresponde revocar el dictamen de la Comisión Médica Central y declarar la incapacidad con jerarquía invalidante exigida por la Ley 24.241 para acceder al retiro por invalidez”.

En igual sentido que en el fallo “Castillo” de la Corte la Cámara hace referencia al porcentaje invalidante a los fines del retiro por invalidez, entendiendo que no debe ser aislado, entre otras cosas, del medio social dentro del cual se relaciona el actor, el nivel cultural que posee y sobre todo la posibilidad cierta de volver a ingresar al mercado laboral.

“La existencia de una incapacidad del 66% no es un requisito ineludible para que sea concedida la jubilación por invalidez y puede ser dejada de lado por los magistrados judiciales al ponderar las demás condiciones económico sociales del sujeto, tales como el tipo de tareas y la repercusión que tienen las afecciones en su desempeño laboral”.

En este análisis no podemos omitir el fallo “Sosa, Raúl c/ ANSES s/ retiro por invalidez”³, donde la CSJN revoca un fallo de la Sala II de la CFSS que había revocado el dictamen de la Comisión Médica Central y declaró acreditada la

³ Fallos: 1003:2013.

incapacidad con jerarquía invalidante en los términos exigidos por la ley 24.241, con un porcentaje menor al 66%. Es necesario resaltar que si bien es el último precedente de la Corte al respecto la jurisprudencia de la CFSS viene expidiéndose en el sentido del fallo Castillo.

La Corte entendió que el texto del art. 48 inc. a) resulta claro y no da lugar a ambigüedades. Sostiene que, como primera regla de interpretación, corresponde atenerse al texto de las disposiciones aplicables, sin que sea admisible una regla que equivalga a prescindir de ella.

En sus fundamentos menciona que todas las instancias técnicas coincidieron en un porcentaje inferior al requerido, por lo que aplicando el riguroso extremo del 66% de incapacidad revoca la resolución y no concede el beneficio de retiro por invalidez.

No se comparte la postura de la Corte. Aun con una interpretación literal del art. 48 se advierte que el mismo indica que: "Tendrán derecho al retiro por invalidez, los afiliados que se incapaciten física o intelectualmente en forma total por cualquier causa. Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en su capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66%) o más..."

Del análisis literal se advierte que existe una presunción de incapacidad total cuando la misma alcance el 66% pero que nada obsta, aun en una interpretación literal, a que la parte demuestre que aun sin alcanzar el 66% estamos frente a una incapacidad total laborativa. Nótese que el artículo no exige una incapacidad del 66%, exige una incapacidad total y luego establece una presunción. De esta forma resulta incorrecto entender que la norma establece un requisito riguroso. Comparto con la Corte que la norma es clara pero no en el sentido dado en el fallo Sosa. El art. habilita a probar una incapacidad total (este si es el requisito) y que, en nuestra interpretación, puede ser demostrado aun cuando no se alcance el 66%. Como ha sostenido la propia CSJN en el fallo Castillo o en reiterados fallos de la CFSS la incapacidad no puede ser considerada en forma aislada, sino que deben considerarse las circunstancias del caso como puede ser la edad del titular, el nivel de instrucción alcanzado, la índole de los padecimientos y muy

particularmente la posibilidad concreta y real de acceder a un lugar en el mercado laboral.

Si la norma hubiera querido exigir en todos los casos un 66% de incapacidad así lo hubiera establecido, pero no lo hizo. La Ley 24.241 exige una incapacidad total laborativa que puede ser probada por todos los medios de prueba habilitados, no siendo necesario probarlo cuando la comisión médica determinó un 66% de incapacidad, porque en tal caso se presume.

4. La indemnización del art. 212 de la LCT y su naturaleza jurídica

El art. 212 de la LCT, en lo que nos ocupa, prevé la situación del trabajador que vigente el período de reserva de puesto se le determinara una incapacidad absoluta, entendida en términos de competitividad. Conforme el art. 212, 4to párrafo el contrato se extingue con la obligación del empleador de abonar una indemnización equivalente al art. 245 de la LCT.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del instituto que pone en cabeza del empleador una indemnización sin tener participación ni culpa alguna en el hecho que ocasiona el daño. En el precedente “**Mansilla, Manuel A. c/ Compañía Azucarera Juan M. Terán – Ingenio Santa Bárbara**”, de fecha 30/03/1982, se condenó a la demandada al pago de la indemnización por incapacidad absoluta (art. 212 4º párrafo LCT), entendiendo a esta última como una prestación de la seguridad social que se encuadra formalmente en el ámbito laboral. El máximo tribunal sostuvo que ello es una carga que emana del contrato de trabajo cuyo monto debe satisfacer directamente el principal a su empleado, si se tiene en cuenta que el trabajo humano se apoya en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también amparados por los arts. 14, 14 bis, 33, 67 inc. 26 y 28 de la Constitución Nacional (actualmente art. 75 inc. 18 y 32). Conf. CSJN, Fallos, T. 258, pág. 315.

En fecha 24 de abril de 2007 el máximo tribunal nacional vuelve a pronunciarse sobre este tema al sostener que el derecho a percibir la indemnización prevista en el cuarto (4º) párrafo del art. 212 LCT no puede desconocerse so pretexto de que el dependiente haya obtenido el beneficio de retiro por invalidez, ya que

asignarle ese alcance a las disposiciones del art. 252 LCT sobre extinción del contrato laboral por jubilación del dependiente, prácticamente implica dejar sin efecto la norma primeramente mencionada, la cual contempla el supuesto — diferenciado por la ley— de extinción del contrato por incapacidad absoluta para cumplir tareas (conf. art. 254 LCT). Es por ello que, con esta interpretación, la Corte le asigna autonomía a la indemnización prevista en el 4° párrafo del art. 212 LCT, y su efectivo cobro resulta independiente de cualquier otro pago que haya percibido el trabajador por otro motivo (Vgr.: jubilación, prestaciones dinerarias por la ART de otro empleo, contratación de un seguro particular por incapacidad, etc.) (Conf. CSJN, Ramos Ernesto c/ Ingenio Ledesma S.A.A.I., 24/4/2007, DJ 2007-III, 35).

Resulta clara la postura de la CSJN en cuanto a que la norma del párrafo 4to. del art. 212 de la LCT tiene naturaleza de seguridad social, es autónoma y totalmente compatible con la percepción del retiro por invalidez.

Sin embargo, las discusiones están lejos de terminarse y han llegado hasta el extremo de declarar la inconstitucionalidad e irrazonabilidad de su monto. La Cámara Única del Trabajo de la Ciudad de Villa María, provincia de Córdoba, en los autos “Guardia Nélide Bibiana c/ Trecco Silvia Cristina – Ordinario – Otros”, expediente n° 1457331, con fecha 23 de noviembre de 2017 dictó sentencia definitiva (publicada en el Boletín Digital Judicial de la Provincia de Córdoba) en la cual hizo lugar a una demanda donde se reclamaba el pago de la indemnización del párrafo 4to. del art. 212 de la LCT, pero acotó su monto a lo previsto en el art. 247 de la misma norma, es decir, el 50% de la previsión legal original.

Al respecto, el Tribunal afirma respetar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la constitucionalidad en general de la norma del párrafo 4to. del art. 212 de la LCT pero, consideró que lo que la tornaba irrazonable era la remisión a la gravosa indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, motivo por el cual declaró la inconstitucionalidad de sólo dicha parte de la norma.

Respecto a la procedencia de la indemnización reciente jurisprudencia sostuvo que, si el trabajador se incapacita en forma absoluta durante la relación laboral,

adquiere el derecho a la indemnización, el que no se ve afectado por los actos disolutorios posteriores a la aparición de la minusvalía, como la renuncia en el caso para acceder a la jubilación o el despido.⁴

5. El porcentaje de incapacidad en el fuero Federal de la Seguridad Social y su impacto en la Justicia Nacional del Trabajo

Hemos hablado del retiro por invalidez y de sus vinculaciones con la indemnización del art. 212 de la LCT que claramente tiene naturaleza de seguridad social. También hablamos del porcentaje exigido en el ámbito previsional y la recepción jurisprudencial al respecto. Sin embargo, nos resta determinar ¿Cuál es el porcentaje de incapacidad que a los efectos del art. 212 se considera total y habilita la indemnización allí establecida? Y ¿Qué ocurre cuando dicho porcentaje es incrementado en el fuero de la seguridad social a los efectos de la obtención del retiro por invalidez?

Suele afirmarse que la indemnización del art. 212 de la LCT procede ante una incapacidad absoluta igual o superior al 66%, sin embargo, no existe tal definición en la LCT. Como analizamos en el punto anterior, en el ámbito previsional la exigencia del riguroso extremo del 66% de incapacidad es dejado de lado por los jueces considerando, para arribar al precepto legal de incapacidad absoluta, otras cuestiones como el nivel educativo, el entorno y fundamentalmente la posibilidad cierta de este trabajador/a de insertarse en el mercado laboral.

Entonces ¿en aquellos casos en que se determinó jurisprudencialmente una incapacidad absoluta con un porcentaje inferior al 66% corresponde la indemnización del art. 212 de la LCT?

Al respecto se expidió recientemente la sala V de la CNAT afirmando: “si el actor padecía una incapacidad absoluta estando vigente el período de espera previsto en el art. 211 LCT, tiene derecho a percibir la indemnización prevista

⁴ Q. R. L. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ indemnización art. 212, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, 26-abr-2018.

Cita: MJ-JU-M-112216-AR | MJJ112216 | MJJ112216

en el 4° párrafo del art.212 del mismo cuerpo legal, sin importar la forma en que se haya producido la ruptura del vínculo laboral, siempre que el dependiente pruebe que estaba absolutamente incapacitado antes de ese acto formal de rescisión” y a ese respecto explicó que el 33.75% t.o. que lo incapacitaba y que fuera determinada por la CM interviniente, debía ser evaluada en la presente causa conforme todas las circunstancias que enmarcaron la relación laboral, incluidas las conclusiones arribadas en la causa seguida ante el fuero de la Seguridad Social que determinó la existencia de incapacidad total, aclarando además que la norma del art. 212 de la LCT, no establece pautas numéricas para determinar lo que debe entenderse por incapacidad absoluta, sino que debe meritarse según el caso particular y la función especial que desempeña cada trabajador”. El resaltado me pertenece.

El fallo reconoce que parte de la doctrina y jurisprudencia ha utilizado desde antaño la aplicación analógica de aquellas normas previsionales que consideran que es incapacidad absoluta aquella disminución igual o superior al 66% de la total obrera. El fallo Comparte el criterio, pero entiende necesario tener en cuenta para el análisis de las circunstancias esgrimidas, no sólo el dictamen de la CM interviniente sino además la resolución judicial que incrementó el porcentaje incapacitante allí determinado, ante el cuestionamiento efectuado por el actor en sede judicial por considerarlo inferior al realmente padecido.

En este sentido, si bien las patologías psiquiátricas padecidas al momento en que se expidió la CM jurisdiccional ascendían al 33.75% de la t.o. en mayo del 2010, es decir un año antes de producido el cese de la relación, luego del cuestionamiento efectuado por el trabajador ante el fuero de la Seguridad Social con miras a gestionar la jubilación por invalidez y de acuerdo a los parámetros de la ley 24.241-, la Sala I de la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social, en el expediente citado “Mayorga Luis Ernesto c/ ANSES s/ Retiro por invalidez (art. 49 P.4 Ley 24.241)” (Nº 53.391/2010) de febrero de 2012 –dos años después del dictamen cuestionado de la CM- (ver fs. 133/134) revocó la decisión del poder administrador y elevó el grado incapacitante del actor al 66% t.o., considerando no sólo el informe pericial médico que obra en dicho expediente por el cual surgía que “el actor presenta hipoacusia

neurosensorial bilateral, artrosis cervical y neurosis depresiva, dichas patologías sumadas a los factores complementarios lo incapacitan en forma permanente en un 62,03% de la t.o”, sino por sobre todo –y con especial reparo- “la condición psicológica que ostenta el recurrente y su actividad profesional – bancario –, la índole de las afecciones padecidas y el carácter de las mismas, cabe considerarlo totalmente incapacitado a los fines previsionales”. Una vez revisado el dictamen de comisión médica por el ente jurisdiccional y habiéndose considerado al trabajador con una incapacidad total que habilitaba su retiro por invalidez, ello encuadra en la hipótesis prevista por la norma laboral citada.

Para la mayoría la calificación de absoluta efectuada por la CFSS resulta aplicable y da por acreditado el supuesto del 4to párrafo del art. 212 de la LCT. Además, cabe destacar que, aun extremando la hipótesis de la demandada, de existir una capacidad residual que pudiera valorarse en favor del trabajador desde el punto de vista médico, ella no puede utilizarse a instancias de la empleadora para así reubicar al trabajador y obligarlo a ejecutar tareas, porque ello implicaría desoír la obligación de adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica del trabajador, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas que ocasionen un riesgo en el trabajador, máxime si se tiene en cuenta lo dictaminado por el médico psiquiatra, *su actividad profesional –bancario–, la índole de las afecciones padecidas y el carácter de las mismas*, que incidirían en forma determinante en el agotamiento prematuro de la capacidad residual de la cual pretendió valerse la empleadora (cfr.artículos 68 y 75 LCT).

Sostiene entonces que lo que debe analizarse es la existencia de los requisitos previstos por la norma citada. Primero que exista déficit laborativo de una magnitud tal que impida al trabajador prestar tareas, aún si se tratasen de tareas livianas, y segundo que ocurra la extinción de la relación laboral, circunstancias demostradas en la presente causa, por lo que corresponde confirmar lo decidido en la anterior instancia en este aspecto⁵.

⁵ “MAYORGA, Luis Ernesto c/ BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA s/ Indemnización art. 212”, EXPTE. Nº CNT 41362/2012/CA1, CNAT, Sala V, 19/05/21.

6. Transitoriedad del retiro por invalidez vs. Cese definitivo laboral

El artículo 49 de la ley 24.241 en su parte pertinente dispone: *“En el supuesto de considerar verificados en el afiliado dichos requisitos por parte de la comisión médica, el trabajador tendrá derecho al retiro **transitorio** por invalidez a partir de la fecha en que se declare la incapacidad. En este caso el dictamen deberá indicar el tratamiento de rehabilitación psicofísica y de capacitación laboral que deberá seguir el afiliado. Dichos tratamientos serán gratuitos para el afiliado y si éste se negare a cumplirlos en forma regular percibirá el setenta por ciento (70 %) del haber de este retiro”*.

En consonancia con esto el artículo 50 de la ley 24.241 prevé el dictado el Dictamen Definitivo por Invalidez; *“Los profesionales e institutos que lleven adelante los tratamientos de rehabilitación psicofísica y capacitación laboral deberán informar, en los plazos que establezcan las normas reglamentarias, la evolución del afiliado a las comisiones médicas.*

Cuando la comisión médica conforme los informes recibidos, considere rehabilitado al afiliado procederá a citar al afiliado a través de la administradora, y emitirá un dictamen definitivo revocando el derecho a retiro transitorio por invalidez. Transcurridos tres (3) años desde la fecha del dictamen transitorio, la comisión médica deberá citar al afiliado, a través de la administradora, y procederá a la emisión del dictamen definitivo de invalidez que ratifique el derecho al retiro definitivo por invalidez o lo deje sin efecto de un todo de acuerdo con los requisitos establecidos en el inciso a) del artículo 48 y conforme las normas a que se refiere el artículo 52. Este plazo podrá prorrogarse excepcionalmente por dos (2) años más, si la comisión médica considerare que en dicho plazo se podrá rehabilitar el afiliado.

El dictamen definitivo será recurrible por las mismas personas y con las mismas modalidades y plazos que las establecidas para el dictamen transitorio”.

Como se advierte y pese a haber acreditado todos los extremos requeridos el retiro será otorgado en forma transitoria y su percepción condicionada a una nueva revisión por parte de la Comisión Médica. Sin embargo, para su

otorgamiento se requerirá un cese definitivo laboral, condición para la puesta al pago.

Es decir, no se pondrá al pago si el trabajador no acreditara dicho cese ante la ANSES. El cese laboral reviste carácter de definitivo da lugar a la indemnización y extingue completamente el contrato de trabajo.

Aquí la norma no luce razonable e incluso resulta violatorio de la preferente tutela si además se agrega que no es acompañada de la información necesaria.

El trabajador accede a un beneficio previsional que entiende definitivo, más allá de su nombre, los trabajadores y las trabajadoras no comprenden su alcance y este no es explicado al iniciar dicho trámite.

Cesados laboralmente son citados nuevamente a Comisión Médica quien en dicha reevaluación considerará aspectos que, tenidos en cuenta en aquel momento, ya no se encuentran presentes; por ejemplo, sesiones de quimio o diálisis que incrementan el porcentaje de incapacidad (transitorio). El retiro será revocado y el trabajador perderá inmediatamente su ingreso y cobertura de salud debiendo peregrinar en un fuero colapsado.

La CNAT en Sala de FERIA se expidió en un caso⁶ en que la Comisión Médica Jurisdiccional el día 02-01-20 concluyó que el porcentaje de incapacidad ascendía al 66,27%, dictamen que fue apelado por la ANSeS el día 10-01-20, interviniendo la Comisión Médica Central que lo rectificó y por ende consideró que no reunía los recaudos establecidos en el art. 48 de la ley 24.241.

El actor señala que la UDAI Liniers, con fecha que desconoce ya que omitió notificarlo y se negó a dejarle ver el expediente encontrándose en la puerta de la UDAI, resolvió rechazar el beneficio sin haberlo notificado.

Expresa que ante el dictamen favorable de la Comisión Médica Jurisdiccional del 02-01-20, del que se notificó su letrado patrocinante, siendo imperativo para permitirle finalizar el expediente contar con la baja laboral definitiva, ésta fue solicitada a su empleadora el día 03-03-20 para luego ser acreditada ante la

⁶ "Peralta Alejandro Alberto C/Anses S/Retiro Por Invalidez (ART 49 P.4 LEY 24.241)". EXPTE. Nº 13.822/2020. CNAT, Sala de FERIA, Sentencia Interlocutoria, (12/01/21).

ANSeS el día 04-03-20, demostrando que cumplió con el tiempo más que prudencial respecto de una eventual notificación en el supuesto de apelarse el dictamen de Comisión Médica (circunstancia que sucedió y que no le fue notificado), provocando la desvinculación de su empleo, el cese del cobro del sueldo y el cese de la cobertura de su obra social. Agrega que ante el dictamen aludido debió cumplir con el pedido expreso de la ANSeS en solicitar la baja laboral a su empleador y se notificó, vía portal de MI ANSeS, incluso por SMS a su teléfono móvil, esperando la liquidación final que adjunta, la que le fue informada por el mencionado portal, indicándosele que estaría disponible para el cobro el período 13-07-20 al 10-08-20 y que le había sido designado el Banco Comafi, Sucursal 14, en la que se hizo presente el día 13-07-20 a los fines de cobrar sus haberes, en donde fue informado que el pago había sido retenido por orden del ANSeS y que se trataba de una denegación del pago. Señala que nunca pudo ver el expediente, que la consulta a MI ANSES solo muestra la liquidación, sin haber sido notificado de la apelación de ANSES ni de la resolución que rechaza el beneficio.

Por estas consideraciones, sumado a la situación de ASPO y su estado de salud y encontrándose sin ingresos ni cobertura de salud solicita una medida cautelar y para ello habilitación de ferias.

El fallo admite la cautelar pretendida con un alcance distinto al solicitado y dispone que con carácter provisional, mientras se sustancia el presente proceso recursivo (conf. art. 49 de la ley n° 24.241), se le abone al actor el haber resultante del beneficio de retiro transitorio por invalidez que fuera por él requerido desde la fecha de notificación de la presente resolución, debiendo el organismo disponer la inscripción del demandante en el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI).

La res. SRT 4/23, solo una pequeña ayuda.

La res. Señala que el artículo 49 de la Ley N° 24.241 encomienda a la Comisión Médica Jurisdiccional el análisis de los antecedentes y la citación del afiliado, a su domicilio real denunciado, a los efectos de proceder con la correspondiente revisión médica, la que deberá practicarse dentro de los

QUINCE (15) días corridos de efectuada la respectiva solicitud. Asimismo, dicha norma determina que, concluido el periodo de apertura a prueba, el dictamen deberá emitirse dentro de los DIEZ (10) hábiles siguientes; caso contrario y hasta tanto se pronuncie la comisión médica nace el derecho inmediato al acceso de la prestación de manera transitoria.

La normativa vigente prevé que Comisión Médica Jurisdiccional deberá realizar una evaluación médica referida al contenido y forma de la documentación médica remitida por ANSES.

Que dicha norma ratifica asimismo que el examen médico debe practicarse dentro del plazo perentorio de QUINCE (15) días corridos de efectuada la solicitud de intervención.

Que el artículo 50 de la Ley N° 24.241 prevé que transcurridos TRES (3) años desde la fecha del dictamen transitorio, la Comisión Médica deberá citar al afiliado para evaluación, procediendo a la emisión del dictamen definitivo de invalidez que ratifique el derecho al Retiro Definitivo por Invalidez o lo deje sin efecto por incumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso a) del artículo 48 y conforme las normas a que se refiere el artículo 52 (Baremo Previsional) del mismo cuerpo legal, plazo prorrogable excepcionalmente por DOS (2) años más, si la Comisión Médica considerase que en dicho término se podrá lograr la rehabilitación del afiliado.

Que hasta tanto ello no suceda el afiliado continuará percibiendo pacíficamente el Retiro Transitorio por Invalidez.

Que, resulta claro que la norma tiene por objetivo principal la evaluación de la evolución de las patologías padecidas por el/la afiliado/a y de allí determinar si el beneficiario se encuentra rehabilitado para retornar a la vida laboral o si por el contrario continúa padeciendo el porcentaje invalidante previsto en el artículo 48 de la Ley Previsional.

Que, es destacable que los expedientes generados por revisión de artículo 50 de la Ley N° 24.241 cuentan con el antecedente documental producido en

ocasión de la tramitación del Retiro Transitorio por Invalidez y en el caso de corresponder, con los informes producidos por los profesionales e institutos que llevaron adelante los tratamientos de rehabilitación psicofísica y recapacitación laboral, conforme lo prevé la Ley N° 24.901 y, eventualmente, con los estudios ordenados por la comisión médica y/o documentación actualizada por el/la afiliado/a.

La resolución reconoce la existencia de patologías que son irreversibles y que pueden ser identificadas médicamente, resultando innecesario otra probanza que no sea documental.

Que, a tales fines, resulta acertado, en orden a la especificidad de algunas de las patologías padecidas por los peticionarios, elaborar un listado técnico que contenga aquellas afecciones en las que se pueda prescindir de un examen físico dado que este resulta sobreabundante a los efectos de establecer la existencia y grado de la dolencia.

Que la revisión médica prevista en el artículo 49 de la Ley N° 24.241 resulta prescindible para el Cuerpo Médico de Comisión Médica Jurisdiccional cuando los requisitos para acceder al beneficio resulten verificables por otros medios más simples e igualmente seguros.

La res es un gran avance y evita la citación a revisión si de la patología y la prueba documental aparece totalmente acreditada la incapacidad. Sin embargo, solo aplica a situaciones en que la patología demuestre la imposibilidad de mejora y una nueva revisión resulta meramente burocrática, revictimizante y afecta derechos fundamentales.

7. Conclusiones

El análisis efectuado nos permite advertir los diferentes puntos de contacto entre el derecho previsional y el derecho del trabajo ante la incapacidad laborativa del trabajador.

Esto nos llevó a analizar primero el porcentaje exigido para tener por configurado el supuesto de incapacidad absoluta exigido por el art. 48 de la ley

24.241 y en estos términos el supuesto extintivo del art. 212. Sin embargo, tal porcentaje no existe en la LCT y en el ámbito previsional muchas veces el porcentaje resulta incrementado ocasionando la configuración del supuesto indemnizatorio cualquiera fuera la causa de extinción del contrato si la incapacidad se manifestó de forma anterior.

Luego se analizó la contradicción existente entre el retiro transitorio y el cese laboral definitivo exigido.

La falta de armonización entre el art. 212 y el retiro por invalidez previsto en la ley 24.241 viola derechos fundamentales y genera incertidumbre debiendo, trabajadores y trabajadoras, peregrinar en dos fueros distintos y colapsados.

Buscando la forma de armonizar estos dos sistemas y partiendo del carácter subsidiario que tiene el derecho de la seguridad social únicamente aplicable cuando el trabajador debido a una contingencia vea reducido sus ingresos, podríamos aventurar la existencia de una licencia sin goce de sueldo que mantenga la vigencia del contrato de trabajo durante la transitoriedad del retiro.

El Convenio 158 de la OIT postula que, de conformidad con las condiciones, práctica y posibilidades nacionales, todo Miembro formulará, aplicará y revisará periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas con incapacidad, continúa diciendo el art. 3 que dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas incapacitadas y a promover oportunidades de empleo así como a mantenerlas. Además, estas políticas deberán garantizar el principio de igualdad.

La modificación planteada deberá realizarse con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sobre la aplicación de dicha política y, en particular, sobre las medidas que deben adoptarse para promover la cooperación y la coordinación entre los organismos públicos y privados que participan en actividades de readaptación profesional. Se consultará asimismo a las organizaciones representativas de personas con discapacidad.

Que continuando con los fundamentos de este planteo la Recomendación 168 de la OIT considera la readaptación profesional, como la posibilidad real de permitir que una persona con incapacidad 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.

Específicamente el artículo 40 recomienda que los regímenes de seguridad social aseguren programas de formación, colocación y empleo y de servicios de readaptación profesional para personas con incapacidad, con inclusión de servicios de asesoramiento en materias de readaptación, o contribuir a su organización, desarrollo y financiación, sin embargo las menciones sobre rehabilitación psicofísica y de readaptación laboral insertas en la ley 24.241 son meramente dogmáticas y nunca los dictámenes de las comisiones médicas refieren a ellas.

La propuesta aquí realizada consistente en una licencia sin goce de sueldo mientras el retiro resulta transitorio y pagado por ANSES, de características similares a la licencia gremial del art. 48 de la ley 23.551, cumpliría con los estándares nacionales e internacionales en materia de recolocación y readaptación del trabajador con incapacidad.

No existe en los hechos ninguna acción del estado tendiente a la readaptación ni recolocación, y cuando según su propio estándar considera que ahora “el trabajador posee una incapacidad menor al riguroso 66%” es lanzado a un mercado laboral en crisis que seguramente le de pocas o nulas respuestas, condenándolo a la exclusión y a la miseria.

La finalidad del derecho de la seguridad social es acompañar a la persona cuando una contingencia le impide trabajar o disminuye de alguna forma sus ingresos, pero luego cuando lo considera apto lo deja inmerso en la soledad del mercado laboral al que deberá enfrentarse nuevamente sin siquiera saberlo, luego de tres años y con incapacidad.

Derecho del trabajo y seguridad social deben constituirse en ramas complementarias en la importante finalidad de tutelar los derechos humanos fundamentales de la persona que trabaja, acompañándolo cuando no puede

trabajar, pero reinstalándolo y recolocándolo cuando el propio estado entiende que puede.

Algunos intercambios con empleadores y respecto a los inconvenientes organizativos que implicaría la licencia se advierte que son los mismos que afronta el empleador ante la licencia del art. 48 de la ley 23.551 y que puede durar mucho más que la que se propone en este humilde trabajo.

Y si respecto a derechos hablamos estamos ante un sujeto de preferente tutela que además de ser trabajador se encuentra protegido especialmente por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con jerarquía constitucional, que contempla específicamente el supuesto de personas que adquieran su incapacidad durante la vigencia de un empleo y obliga a los estados a asegurar el ejercicio de derechos laborales, en igualdad de condiciones.

¿Un trabajador puede volver a su empleo en iguales condiciones luego de una licencia gremial, pero aquel que estuvo incapacitado para el trabajo no puede hacerlo?

La licencia propuesta cumpliría con el convenio 158 y la recomendación 169 de la OIT en cuanto a la recolocación, recalificación y el rol subsidiario de la seguridad. Además de garantizar el derecho humano al trabajo de la persona que según el propio estado ahora pueden trabajar.

No se trata de inclusión, se trata de convivencia.