

Riesgos del Trabajo - Discapacidad - Discriminación

El deber de recalificación profesional

Autor: Pérez Llano, María G.

I. Planteo del problema. II. La solución legal. III. El fraude al trabajador. IV. La experiencia en nuestra administración pública provincial. V. La recalificación y los tratados internacionales. VI. Reflexión final.

El deber de recalificación profesional

Título: El deber de recalificación profesional

Autor: Pérez Llano, María G. - [Ver más Artículos del autor](#)

Fecha: 16-abr-2018

Sumario:

I. Planteo del problema. II. La solución legal. III. El fraude al trabajador. IV. La experiencia en nuestra administración pública provincial. V. La recalificación y los tratados internacionales. VI. Reflexión final.

Doctrina:

Por María G. Pérez Llano (*)

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

En nuestra experiencia profesional, habitualmente sucede que el trabajador que es reingresado a su puesto de trabajo no es sometido a una recalificación profesional adecuada, como un deber que está a cargo de la ART contratada por el empleador y del propio empleador en el caso de que fuera auto asegurado.

Asimismo, se observa que el tratamiento que se le da a la cuestión en el sistema es marginal, y no existe interés en que el trabajador accidentado vuelva a desempeñarse en su puesto de trabajo o en otro acorde a su capacidad.

Este deber de recalificación profesional tiene como objetivo suministrar al trabajador damnificado los medios para que pueda obtener, ejercer y conservar un empleo adecuado en caso de que, luego del siniestro, no pueda retomar las tareas que desarrollaba con habitualidad. Consiste en un proceso de reeducación de las habilidades del trabajador, tanto las presentes como las potenciales, para readaptarlo a las necesidades de la empresa en la que presta servicios o para ponerlo en situación de acceder a un nuevo empleo, según su estado de incapacidad parcial.

El deber de recalificación involucra diferentes etapas tendientes a lo que podemos llamar «el camino hacia la rehabilitación del trabajador», a saber:

1. Una etapa de evaluación: donde se evalúan las capacidades y actitudes del trabajador con el fin de

establecer su posible desempeño laboral.

2. Una etapa de orientación: donde se efectúa un pronóstico con relación a las actividades que el damnificado pueda y quiera desarrollar, de acuerdo con las posibilidades de formación profesional, de empleo existente o necesidades laborales en la zona donde habita o pueda desarrollarlas.

3. El análisis ocupacional: donde se relevan los posibles puestos de trabajo valorando requerimientos y oportunidades concretas con el objeto de adecuar el medio laboral para ser ocupado por el damnificado.

4. Su capacitación mediante métodos y técnicas adecuadas al tipo de impedimento que sufre por el accidente o enfermedad.

5. Su colocación promoviéndose su reinserción al puesto de trabajo que ocupaba en el establecimiento y de no ser posible se evalúa a través de las habilidades del siniestrado y su posibilidad de reinserción laboral en otro puesto de trabajo.

6. Finalmente el seguimiento que la ART debe realizar por un período de 60 días a partir del reingreso, a fin de verificar las condiciones de trabajo.

La Res. 216/03 que establece las pautas mínimas por seguir en el proceso de recalificación profesional por parte de las aseguradoras de riesgos del trabajo o empleadores auto asegurados, está basada en la Recomendación N.º 99 del año 1955, donde la OIT contempla la adaptación y readaptación de los inválidos.

Esta resolución, en su art. 2, prescribe que las ART y empleadores auto asegurados deberán contar con un responsable de recalificación profesional, quien será el interlocutor directo ante la SRT.

Como decíamos, la realidad es que habitualmente el trabajador -al ser dado de alta- recibe el telegrama de despido bajo la invocación del art. 247 de la LCT; es decir, se lo desvincula de su empleo excusándose la patronal en una causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable, con lo cual el trabajador se ve obligado a percibir la mitad de la indemnización que le hubiere correspondido, de conformidad al art. 245 de la ley y -peor aún- pierde su puesto de trabajo al incumplirse con el proceso de reinserción, violándose el principio de continuidad del contrato de empleo del art. 10 de LCT.

Es decir que se incumple con el proceso de reincorporación del art. 212 de la LCT y la correspondiente recalificación profesional, bajo la invocación de la mera inexistencia de un puesto de trabajo acorde a su capacidad, sin que siquiera se transite el proceso que marca la Res.216 de la SRT, a los fines de la comprobación de la existencia o no de ese puesto de labor.

De esta forma, en la gran mayoría de los casos, el empleador incumple con la normativa establecida por la Res. 216/03, no se lleva a cabo el procedimiento de recalificación profesional ni por parte de las ART ni mucho menos por parte de la propia patronal.

Esta realidad, que coloca al trabajador en una situación de vulnerabilidad e hiposuficiencia, merece una intervención de tipo legal, que vincule los compartimentos aislados entre las normas que rigen la materia, acogiendo criterios jurisprudenciales que han enmendado los excesos, así como las previsiones supralegales a que nuestra norma fundamental ha adherido, de manera que resulte verdaderamente operativo el principio protectorio y de conservación del empleo, más allá de las especulaciones económicas con fines de lucro y el trato indigno con que los empleadores suelen acometer al trabajador damnificado por una enfermedad laboral o un accidente sufrido en ocasión del trabajo.

II. LA SOLUCIÓN LEGAL

Propiciamos con base en los fundamentos desarrollados, se modifique el art. 212 de la LCT, agregándose como condición en el párr. 2.º, en la parte en que la norma expresa que «si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuera imputable, "siempre que acredite haber efectuado el procedimiento de recalificación profesional", deberá abonar al trabajador un indemnización

igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley».

La necesidad de vinculación de esta norma establecida en la ley de contrato de trabajo con la que se haya prevista en la Ley 24.557, en su art. 20, donde se contemplan las prestaciones en especie que se otorgarán a los trabajadores y en cuyo inc. d se exige la prestación de la recalificación profesional, radica en que ambas previsiones legales funcionan en la realidad como compartimentos estancos. Así el empleador normalmente opta por un sistema u otro, en la mayoría de los casos opta por cumplir con la previsión del art. 247 de la LCT porque obviamente ello posibilita que -como vulgarmente se dice- se «saque el problema de encima», despidiendo al trabajador a un precio menor, ya que la indemnización disminuye en un 50% de la que habría pagado en el caso de despedirlo de conformidad al art. 245 de la LCT.

Pues bien, al no existir vinculación entre el art. 212 de la LCT y el art. 20, apdo. 1 de la Ley 24.557, la patronal tiene a su disposición esta doble opción que juega en desmedro del trabajador y de los principios protectorios que deben asistirlo. Ya se sabe que la previsión del art. 212, de que el empleador no pudiera dar cumplimiento a la obligación de reincorporación por causa de que no le fuere imputable, es constantemente usada por la patronal en su beneficio, sin que exista un procedimiento de control y con plazos perentorios definidos que permita vincular el proceder de la patronal al control de la Superintendencia, una vez reincorporado el damnificado a su puesto de trabajo.

Ello así por cuanto ni la ley de riesgo de trabajo ni la resolución referenciada emitida por la SRT, establecen la obligación del empleador de recalificar al trabajador -en un plazo legal contemplado por la norma- a contarse desde la fecha de la alta médica. Los únicos plazos que contempla la Res. 216/03 son los previstos en el art. 4 y en el art. 6 de aquella. El primero establece un plazo de 60 días desde la publicación de la norma para presentar ante la SRT, el listado que incluya al profesional responsable del área,

integrante del equipo de recalificación profesional y el segundo un plazo también de 60 días contados a partir de su publicación, para elaborar un manual de procedimientos sobre recalificación profesional. Es decir que, en ninguno de los casos, está previsto un término dentro del cual el empleador deba cumplir con el procedimiento de recalificación profesional, cumplido el cual, deba ser presentado ante las autoridades de la SRT para su supervisión, control y aprobación.

Esta falta de intervención del órgano de contralor -la SRT- en la etapa de reinserción laboral, genera un manejo discrecional por parte de la patronal que obviamente opta por el método que considera más sencillo y beneficioso a su bolsillo, el de la expulsión del trabajador siniestrado y / o damnificado, evitándose la reevaluación de su capacidad laborativa.

Lo mismo cabe observar respecto de la ART, que prefiere hacer la vista gorda a este procedimiento, para no entrar en conflicto con la empresa que le paga la cobertura de los riesgos laborales y, a la postre, perdería un cliente que le genera altos réditos económicos.

Prueba de ello es que ni siquiera la ART habitualmente le exige al empleador el cumplimiento de la operatoria de la recalificación ni menos aún coopera con él ni pone a su disposición personal calificado en llevar a cabo este procedimiento incumpliendo lisa y llanamente con las previsiones de la Res. 216/03.

Tampoco la SRT cumple con la exigencia de requerir esta prestación en especie debida al trabajador, sencillamente porque escapan de su control aquellos casos en que la patronal decide «motu proprio», desvincularlo en los términos del art. 212 de la LCT.

Si a la interrelación de las normas referenciadas, le sumamos una presunción que opere en contra del empleador para el caso de despido sin sustento en un proceso de recalificación, bajo la invocación del art. 212 de la LCT, endilgándosele así haber incurrido en una expulsión discriminatoria basada en la enfermedad o incapacidad sobreviniente del trabajador, y aplicándosele la teoría de la carga dinámica de la prueba (que ya ha tenido aceptación jurisprudencial) (1), tales previsiones operarían en bloque para salvaguardar la dignidad del damnificado que pretende legítimamente reinsertarse ocupacionalmente, a desmedro de cualquier trato discriminatorio e indigno.

Cabe remarcar, conforme lo manifestado, que la jurisprudencia ha evolucionado ya hasta admitir que bastará la prueba de indicios que permitan inferir la discriminación (2).

III. EL FRAUDE AL TRABAJADOR

Considero que la imprevisión legal posibilita el fraude en contra del trabajador siniestrado o damnificado, sea porque que no está contemplado procedimiento alguno que obligue a la patronal e incluso a la ART a llevar a cabo el proceso de recalificación, sea porque la norma no los obliga mediante plazo legal alguno y su correspondiente mecanismo de control, a cumplir con el deber de recalificación, sea porque normativamente además no opera la presunción en contra del empleador que, bajo la apariencia e invocación del art. 212, párr. 2. °, despidió a su dependiente ocultando una expulsión discriminatoria por motivos de enfermedad o incapacidad.

Incluso debería preverse normativamente que la notificación del alta al trabajador incluya la previsión legal del plazo dentro del cual su empleador o la propia ART, deberá poner en marcha el procedimiento de recalificación profesional, lo que posibilita que muchas veces el damnificado -al desconocer su derecho a la recalificación- se vea obligado a aceptar la imposición del despido en los términos del artículo 212 de la

LCT, cuestión esta que podría menoscabarse de ser puesto aquel en conocimiento del deber de ocupación -previo procedimiento de recalificación profesional- que pesa sobre el patrón. Si bien la SRT posee un deber de control y auditoría a través de un equipo multidisciplinario especializado que debería realizarse respecto de los empleadores que han recolocado o reinsertado trabajadores, este deber de auditoría no abarca el proceso inmediatamente posterior al alta dada al trabajador, sino que constituye un seguimiento de la rehabilitación o recalificación profesional, una vez que el trabajador ha sido reinsertado a un puesto de trabajo. Es decir que esta facultad de control no se ejerce en forma tempestiva, ya que, como dijimos «ut-supra», en la gran mayoría de los casos el trabajador ya fue despedido antes de que se efectivizara el proceso de reinserción.

Ergo, el mecanismo de control debiera plasmarse en la ley a los fines de evitar la evasión o el incumplimiento por parte del empleador del proceso de recalificación profesional, estableciéndose que en forma inmediata a la alta médica notificada, se ponga en marcha dicho procedimiento en un término perentorio y que -concluido el mismo- y para el caso de que se comprobara que el trabajador no pudiere continuar en su mismo puesto de labor u otro acorde a su capacidad por inexistencia del mismo, con la debida intervención de la SRT, recién allí podrá la patronal comunicarle su desvinculación, en los términos del art. 212 de la LCT.

De igual forma, el procedimiento que establezca la ley, debería contemplar la aplicación de multas a favor del trabajador, a solventarse por el empleador, en caso de incumplimiento de este -dentro del plazo legal- del proceso de recalificación profesional, o directamente la inaplicación de la indemnización prevista por el art. 212 de la LCT y su reemplazo por la del art. 245 de la misma ley, a los fines de evitar que se perpetúe un sistema perjudicial para quien reviste la posición de debilidad dentro del vínculo laboral.

IV.LA EXPERIENCIA EN NUESTRA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PROVINCIAL

La provincia de Catamarca se encuentra bajo el régimen de autoseguro y si bien constituye un mecanismo que aún debe ser revisado dadas sus múltiples falencias, funciona -comparativamente con el régimen de las ART contratadas por las empresas privadas- de una manera que se puede concluir como más beneficiosa para el trabajador que presta sus funciones como empleado público.

Dicho esto, debemos afirmar que tampoco el Estado cumple cabalmente con el procedimiento de recalificación, constituyendo esta -entre otras- una deuda pendiente dentro del mecanismo de reinserción que cumple aquel respecto de sus dependientes.

Institutos como el examen preocupacional y pos ocupacional, croquis del domicilio del trabajador (tan útil para determinar los accidentes «in itinere»), la propia oficina de autoseguro que aún no tiene una dependencia autónoma ni existe como tal, confundiéndose con la de Reconocimientos Médicos que administra el tema de licencias, cuestiones todas que -dicho sea de paso- el nuevo decreto dictado por el Poder Ejecutivo Nacional 54/2017 tampoco esclarece ni trae luz al respecto, cuando trata precisamente el régimen del autoseguro provincial, constituyen todas ellas materia pendiente en el ámbito público local y que, necesariamente, debe examinarse y readecuarse a los fines de lograr un régimen más acorde con los principios de bien público que debe perseguir el Estado.

Pues bien, pugnamos por que la recalificación como instancia necesaria para la adecuada reinserción del trabajador público, tenga acogida en el ámbito de la administración, resolviéndose así los numerosos inconvenientes que genera la reincorporación de un trabajador no evaluado en cuanto a su capacidad residual, así como la evaluación del puesto de trabajo acorde a su situación, evitándose la posible reagravación del daño, en caso de no haber sido adecuadamente recalificado.

Se vuelve entonces imperiosa la adopción de un régimen que vincule el alta médica con la implementación del inmediato mecanismo de evaluación de la capacidad laborativa, en aras de lograr la readaptación, orientación, formación y reasignación de nuevas tareas, proceso que incluso puede comenzar anticipadamente, en el período de rehabilitación del trabajador.

Como corolario, diremos que el derecho a la reinserción o reincorporación laboral conforme a la capacidad laborativa del empleado, se emparenta con el derecho a la estabilidad que ampara el empleo público del art. 14 bis de la Carta Magna, y que el Estado no debe soslayar, so pretexto de vulnerar los procedimientos de recalificación y reinserción, al producirse la exoneración de un empleado que acaso posea capacidad residual para desempeñarse, pero que -al no haber sido evaluado para su reubicación profesional- se expulsa del sistema laboral, produciendo el propio Estado el desempleo de personas que no revestían incapacidad total o al revés y lo que es más grave aún, reincorporando a quienes, sin asignación de tareas acordes, terminan reagravando su daño, tornándose imperiosa la necesidad de reformulación del sistema del autoseguro provincial.

V. LA RECALIFICACIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El Convenio de la OIT 159, en su art. 1, apdo. 2, expresa lo siguiente: «A los efectos del presente convenio todo miembro deberá considerar 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 su integración o la reintegración de esta persona en la sociedad».

A su turno, el Convenio 121, en su art. 26, apdo. 1, inc. b, dice que: «Los estados miembros deberán proporcionar servicios de readaptación profesional que, cuando sea posible, preparen a la persona

incapacitada para reanudar sus actividades anteriores o, si esto no fuere posible, para ejercer la actividad lucrativa más adecuada, en la medida posible, a su actividad anterior, habida cuenta de sus calificaciones y aptitudes».

Como puede observarse el deber de recalificación se encuentra previsto en las leyes internacionales a las cuales nuestro país adhiere después de la reforma constitucional de 1994, en su art.75 inciso 22, constituyendo estos tratados un bloque de supralegalidad que no puede desconocer ningún estado parte.

La jerarquía constitucional que adquieren los tratados desde la reforma realizada a la Carta Magna de 1994, opera en el sentido de que una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, como justificativo del incumplimiento de un tratado. En esa inteligencia, el vacío legal que genera la falta de previsión del procedimiento de recalificación del trabajador y consecuentemente, la desvinculación entre la norma prevista en la LCT -art. 212- y lo establecido por la Res. 216/03, vulnera finalmente las normas supranacionales precitadas así como los pactos que protegen contra el despido arbitrario, como por ejemplo el protocolo de San Salvador que, en su art. 7, inc. D, protege la estabilidad de los trabajadores en sus empleos.

El deber de ocupación que debe ser cumplido por el empleador ante el alta médica otorgada al trabajador se encuentra protegido por numerosos tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -también de 1948-, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales del mismo año o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966. En todos ellos, se protege el derecho al trabajo, el que es reconocido con diversas formulaciones, así como en los Pactos sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación y Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, los que captan la idea de no discriminación por razones de enfermedad, como sería el caso de un trabajador que teniendo el derecho de ser reincorporado -dada su incapacidad parcial- no lo es, constituyendo eso un acto discriminatorio reprochable que menosprecia la dignidad de la persona humana, protegida

por los convenios internacionales de cita.

Es que la discriminación por causas de enfermedad y / o incapacidad sobreviviente es quizás el caso más demostrativo de la cultura del «usar y tirar» impuesta por una tendencia materialista que endiosa el consumo y la ganancia económica a cualquier precio. «Al despedir un trabajador que enfermó o cuya capacidad se vio disminuida, las empresas se deshacen de los trabajadores que se "desgastaron con el uso" o que "se rompieron con el uso" o el transcurso del tiempo y tienen "defectos de fábrica o sobrevivientes", como si se tratara de una máquina o cualquier cosa en el mobiliario de la empresa, que debe ser desechada y / o reemplazada por una más nueva ante el menor inconveniente» (3).

Concluimos que, bajo ningún aspecto, se puede afectar la dignidad de la persona y / o producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación a quien padece una enfermedad o incapacidad.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Como es fácil advertir para cualquier organización empresarial, sobre todo las pequeñas y medianas, la obligación de reubicación constituye un costo no solo económico, sino estructural, y eso provoca la consecuente práctica habitual del despido del trabajador en la situación descrita, en forma concomitante con el momento en que debería reintegrarse a su trabajo o dentro de un lapso relativamente corto posterior a su reintegro.

A la postre, lo que ocurre en la realidad es que se re victimiza al trabajador que ha perdido por cualquier causa lo único que posee para insertarse en el sistema laboral, obtener su salario y, consecuentemente, solventar sus gastos personales y familiares, pues lo que ha perdido es su capacidad laboral activa. Si a eso se suma que la situación económica general del país de los últimos 30 o 35 años estuvo signada por el desempleo crónico, resulta difícil imaginar que el trabajador pueda reinsertarse laboralmente padeciendo una incapacidad.

Las estadísticas indican que la gran mayoría de los trabajadores que sufren una incapacidad permanente parcial y superior al 20%, pierden su puesto de labor, lo que se traduce en un efecto no deseado de la norma contenida en el art. 212 de la LCT, ante la conducta moralmente reprochable de su empleador de «desecharlo» por su inutilidad.

Por ende, si tanto empleadores como las ART ejecutaran cabalmente el procedimiento de recalificación y su control también fuera cumplido fehacientemente por la SRT, sin duda que el nivel de desempleo sobreviviente a la incapacidad disminuiría radicalmente. En consecuencia, generaría un círculo socialmente virtuoso, reinsertándose al trabajador en un puesto compatible a sus posibilidades, aún cuando la empresa deba en esa tarea ejercer los movimientos de personal necesarios para reacomodar el servicio.

No se debe soslayar, además, que el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor.

El deber de recalificación previsto en el inc. d, apdo. 1. Del art. 20 de la Ley 24.557 -bueno es remarcarlo- fue reglamentado casi siete años después de que dicha ley entró en vigencia, mediante la Res. de la SRT 216/2003. Ese retardo revela a las claras el poco interés en materia de reparación de los daños derivados

de las contingencias laborales.

Si se continúa sin vincular el art. 212 de la LCT con la Res. 216 emitida por la SRT, las empresas seguirán en la práctica de despedir a sus dependientes recurriendo a una indemnización inferior, ya que ello les resulta obviamente económicamente más ventajoso que tener que cumplir con el procedimiento de recalificación «soportando» a un trabajador que ya no se encuentra al ciento por ciento de sus capacidades laborativa.

En definitiva, el divorcio entre ambas normas propicia el desempleo en que queda sumido el trabajador incapacitado, y que -de establecerse un proceso de control pautado- reglado normativamente y claro desde el punto de vista procesal, con plazo de caducidad, así como la operatividad de la presunción de despido discriminatorio que ya ha tenido acogida jurisprudencial (4), propendería al cumplimiento del régimen recalificante que, a la postre, redundaría en un beneficio laboral y social, y en lo que es más importante aún, en la dignificación del trabajador como persona humana merecedora de un trato justo.

(1) «Schiffrer, Francisco Mariano c/ Laboratorio Temis Lostaló S. A. s/ Indemnización». Art. 212, Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 21/8/2013.

(2) CNTrab, sala VI, 24/9/2013, «G, C. N. c/ Telefónica Móviles Argentina S. A. s/ despido». DT 2014 (mayo), p. 1225.

(3) SERRANO ALOU, Sebastián: «Cuando el trabajador se vuelve una cosa desechable», en Revista Científica del FET, N.º 56, 4/1/2010.

(4) Sentencia Definitiva N.º 91.382. Causa N.º 26.734/2014/CA1 - Autos: «S. P. G. c/ Unilever de Argentina S. A. s/ Despido». Juzgado N.º 41. Sala Primera.

(*) Abogada. Directora de Coordinación del Cuerpo de Abogados del Estado (Catamarca).

Voces: DISCAPACIDAD - DISCRIMINACIÓN - DISCRIMINACIÓN LABORAL - ENFERMEDADES - OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR - DESPIDO ARBITRARIO - INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO - REINCORPORACIÓN DEL TRABAJADOR - RIESGOS DEL TRABAJO - ART - ACCIDENTE DE TRABAJO - TRATADOS INTERNACIONALES - ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - ENFERMEDAD LABORAL - EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR FALTA O DISMINUCIÓN DEL TRABAJO - PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO - EMPLEADOS PÚBLICOS - SRT

Fuente: Microjuris.com