

PONENCIA
FLEXIBILIZACION
Art. 212, 4º párrafo de la
Ley de Contrato de
Trabajo

DR. MARCELO CLAUDIO CARLOS SCARPA

Abogado-Derecho Empresario y Laboral.-

Delegado del Coleg. De Abogados de San Isidro.

Secretario de la Federación Argentina de Colegios
de Abogados.-

Fecha de envío: 26-06-2023

INTRODUCCIÓN

Esta ponencia tiene por objeto evaluar y alentar una reforma para flexibilizar el alcance del art. 212 cuarto párrafo de la LCT, en la cual se le impone al empleador la obligación de indemnizar al trabajador con un monto igual al expresado en el art. 245 de dicha ley, en caso de que, a raíz de un accidente o enfermedad **inculpable**, se derive una **incapacidad absoluta**.

En la jerga profana y/o periodística y/o política, “flexibilizar” es sinónimo de restringir los derechos de los trabajadores, pero nosotros los abogados, debemos darle el significado que corresponde, más allá que el diccionario es claro:

Flexibilizar:

Susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades.

Ese cambio debe respetar la base fundamental de esta rama del derecho: el **ORDEN PUBLICO LABORAL**.-

Esta inquietud propone cambios, pero no restricciones.-

1) La norma: Art. 212

Para hacer aplicable la indemnización prevista en la Ley, es preciso que el trabajador se vea impedido física o psíquicamente de continuar prestando regularmente tareas dentro de la empresa o reinsertarse en el mercado de trabajo en condiciones competitivas. Es decir, que el fundamento de la indemnización está dado por la extinción de contrato de trabajo y la imposibilidad del trabajador conseguir otro empleo.-

En estos supuestos, el legislador ha previsto que el empleador deba indemnizar al empleado con un monto equivalente a la indemnización por despido sin justa causa.

2) **Cuestionamientos-Declaraciones de Inconstitucionalidad.-**

La norma ha generado una serie de cuestionamientos de parte de los empleadores, que consideran excesivamente onerosa la carga impuesta al ser comparada con otras causales de extinción del contrato de trabajo por causa no imputables al empleador, e incluso se ha cuestionado que se les imponga dicha carga y que la misma no sea soportada por el Estado.

Existen fallos que declaraban la inconstitucionalidad del precepto en cuestión, mientras otros confirmaban su aplicabilidad.

Asimismo, al abordar el estudio de la temática en cuestión se puede observar como en otros países, la cobertura dada a los trabajadores en los supuestos de incapacidad absoluta, es colocada en cabeza del Estado a través de los organismos de la seguridad social.-

Por ello consideramos que resulta oportuno abordar las posturas doctrinarias y jurisprudenciales, como así también las soluciones brindadas por el derecho comparado a esta contingencia.-

3) **MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA TEMÁTICA ABORDADA**

En primer lugar el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto en el mismo se dispone: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes... El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el carácter de integral e irrenunciable...”*

Junto a esta previsión y con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, conforme lo normado en el art. 75 inc. 22 de nuestra norma fundamental, también resultan aplicables los tratados sobre Derechos Humanos allí enumerados y los que en el futuro se aprueben, tales como: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.-

Artículo 212 4° párrafo L.C.T, que se encuentra incluido en el capítulo I de los Accidentes y Enfermedades Inculpables, del título X de la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo. –

4) NATURALEZA JURÍDICA.-

En cuanto a las posiciones asumidas por la doctrina, sobre la naturaleza jurídica de la prestación impuesta al empleador en el cuarto párrafo del art. 212 LCT, el Dr. Mario Ackerman identifica cinco posturas:

1) En la primera se enrolan Bidart Campos, Guillermo López, Ricardo Guibourg y Julio A. Grisolia: Se trata de una prestación de la seguridad social.-

2) Otros autores, como Antonio Vázquez Vialard y Moreno, consideran que se trata de la capitalización o patrimonialización de la antigüedad o compensación por tiempo de servicio.

3) Entre los que son partidarios de la independencia de cada párrafo del art. 212 LCT, en el 4° párrafo se establece una prestación previsional o de seguridad social o asistencial.

4) Para otros en el cuarto párrafo se norma una indemnización por extinción del contrato de trabajo por imposibilidad de cumplimiento de su objeto.

5) Finalmente, Akerman, en una quinta postura se sostiene que en el supuesto bajo estudio se trataría de una indemnización autónoma impuesta por decisión del legislador al empleador, por razones de política social, ante la imposibilidad física o de cumplimiento.

5) ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.-

En los autos, “Guardia, Nélica Bibiana c/Trecco, Silvia Cristina s/ordinario. Otros laboral”, la Cámara del Trabajo de Villa María, provincia de

Córdoba en fecha 23/11/2017, declara la inconstitucionalidad del art. 212 4° párr. a pedido de parte, fundando su decisorio en que se impone al empleador **una obligación que corresponde a la Seguridad Social**, que debería ser soportada por el Estado conforme lo normado por el art. 14 bis de la C.N. También argumenta que se establece la máxima indemnización (art. 245 LCT), cuando en el resto de los supuestos de ajenidad en la causa de extinción del vínculo, se prevé una indemnización reducida (art.247 LCT) y que ello afecta patrimonialmente de manera injustificada a la patronal. –

La resolución de la Cámara referenciada precedentemente fue apelada ante el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, el cual decidió anular dicho pronunciamiento realizando múltiples consideraciones. Lo primero que destaca fue que el tribunal al sentenciar indicó que declaraba la inconstitucionalidad de la referida norma a pedido de parte, vulnerado el principio de congruencia porque sólo valoró los fundamentos que esgrimió la parte demandada, sin analizar los argumentos defensivos alegados por el actor. Sobre la cuestión de fondo, refiere que la instancia inferior efectuó un análisis sesgado de la norma pues tuvo en cuenta la afectación patrimonial del empleador, perdiendo de vista la finalidad del referido dispositivo legal, que es proteger al trabajador quien no sólo pierde el trabajo, sino que también su capacidad laborativa.-

Desde otro punto de vista, comparte el tribunal que entiende que el art. 14 bis CN en cuanto impone al Estado el deber de otorgar tales beneficios, es una norma programática que no cuenta con ninguna reglamentación específica del supuesto bajo análisis, con lo cual declarar su inconstitucionalidad implica despojarlo de la única protección con la que cuenta ante tal contingencia. -

Lla Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minas, de Familia y Menores de III Nominación, por mayoría en los autos “N ° 193/18 Coronel, César Aníbal c/ La Espiga de Oro SRL s/ Beneficios Laborales” en Sentencia Definitiva N ° 44 de fecha 25/09/2020 resolvió en idéntico sentido a

la Cámara del Trabajo de Villa María, en la causa ya citada a la que se hace expresa mención. Inicia su fundamentación resaltando la naturaleza jurídica de la obligación impuesta en el artículo de análisis, concluyendo categóricamente que se trata de una obligación de la seguridad social. Además, señala que el dispositivo legal en cuestión resulta irrazonable porque sin fundamento impone al empleador la obligación de pagar igual monto del previsto en el art. 245 LCT, cuando en supuestos semejantes de ajenidad en la extinción del contrato de trabajo le impone pagar una indemnización menguada (art. 247 LCT).

Asimismo, considera que se afecta la igualdad ante la ley (art. 16 CN) y los derechos patrimoniales del empleador sin brindar ninguna razón y/o explicación para imponer el máximo monto indemnizatorio que se prevé para los despidos incausados.-

El máximo tribunal de nuestro país, también se expidió con relación al tema. Su primera intervención fue en la causa "Mansilla, Manuel Antonio c./ Cia. Azucarera Juan M. Terán -Ingenio Santa Bárbara en fecha 30/03/82, Fallo 304.415. En el referido expediente, la demandada argumentó que la norma bajo análisis no resultaba constitucionalmente válida por dos cuestiones:

- 1) Que la indemnización impuesta al empleador es un beneficio de la seguridad social, por lo cual conforme lo prevé el art. 14bis de la CN está a cargo del Estado y no de un empleador.
- 2) Se sostuvo que esa obligación impuesta en la normativa laboral vulnera la disposición constitucional que establece la prohibición de la superposición de aportes, que en el supuesto se genera por la obligación de abonar la indemnización por incapacidad y contribuir al régimen jubilatorio. -

Ante ello, la Corte rechazó tales argumentaciones afirmando que la indemnización que emana de la norma laboral podría considerarse desde el punto de vista material como una prestación de la seguridad social, pero

formalmente se encuadra en el ámbito laboral, pues es consecuencia del contrato de trabajo.

Sobre el planteo de incompatibilidad entre la norma laboral y el art. 14 bis CN, afirmó que la norma laboral no vulnera el mandato constitucional que dispone que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, porque ello no significa que la cobertura de las contingencias sociales deba estar exclusivamente a cargo del Estado.-

En cuanto a la alegada superposición de aportes, la Corte aclaró que se trata de una carga derivada del contrato de trabajo, cuyo monto debe satisfacer directamente el principal a su empleado.

En fallos posteriores la Corte mantuvo lo resuelto “Mansilla” en casos análogos, como ser: en fecha 07/06/82 Reynoso, Miguel O. c. Fidensa SRL; en fecha 11/11/82 Rivarola, J. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos; en fecha 29/11/83 Murialdo, Eduardo c. Somisa, Fallos 305:2048; en fecha 19/11//1985 Arrieta de Reynoso, Julia Argentina c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, Fallos 307:2200. En fecha 18/09/1986, en la causa Iglesias, Julio c/ Corporación Argentina de Productores de Carne, con otra integración, el máximo tribunal reiteró que el beneficio en cuestión podría considerarse desde el punto de vista material como una prestación de la seguridad social, sin enfatizar en el aspecto formal de ésta indemnización, dejando en claro que para el rechazo debía procederse con suma cautela, manteniendo en cabeza del empleador tal obligación.

También en septiembre del año 1986, en idéntico sentido se expide en la causa Mejías, Oscar c. YPF s/ demanda laboral. -

Luego, en mayo del año 1989 en autos Andrade, Romualdo Inocencia c/ Siderca SA., la Corte hizo suyo los fundamentos y conclusiones esgrimidos por el Procurador Fiscal quien sostuvo que la indemnización en estudio puede considerarse una prestación de la seguridad social, naturaleza disímil de la que cabe atribuir a la del resarcimiento por antigüedad en el supuesto de despido incausado. Finalmente, en fecha 10/09/1991 en autos Piersante,

Carlos S. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscal, la Corte si bien, no califica a la indemnización del art. 212 4° párr. LCT como prestación de la seguridad social, hace hincapié en los fines tuitivos de la misma.-

De los lineamientos impartidos por la Corte de Justicia de la Nación, surge claramente que si bien los jueces pueden ejercer oficiosamente el control de constitucionalidad, esa facultad no resulta ilimitada y mucho menos debe ser ejercida de manera arbitraria y apartándose de las argumentaciones y plataforma fáctica de cada caso en particular. Una actitud judicial contraria a ello podría implicar la violación del principio de congruencia y, en consecuencia, el menoscabo del derecho de defensa en juicio, lo que sin dudas resulta inaceptable para un adecuado servicio de justicia.

Cabe advertir que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, a los jueces se les ha reconocido expresamente función preventiva en el ejercicio de la jurisdicción, la que se deriva de los arts. 1711, 1712 y 1713 del Código Civil y Comercial, en los que se plasmaron posturas doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la prevención del daño.

Es indudable que en la prevención adquiere relevancia el compromiso del juez a través de una justicia creativa, innovadora y sobre todo sensible a la realidad, actuando con razonabilidad y prudencia en un rol activista para lograr la efectividad de la tutela que prometen y garantizan la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) y los tratados internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 y 25, entre otros).

Sin embargo, y no obstante la magnitud de los derechos a tutelar, los jueces deben obrar con suma cautela, evitando vulnerar el derecho de defensa de los litigantes, procurando que no se produzcan emboscadas procesales que sorprendan a las partes y las coloquen en situaciones de indefensión.-

5) **BREVE RESEÑA DERECHO COMPARADO.-**

En Paraguay la prestación por enfermedad no profesional, entre otras, se encuentra regulada por el Decreto Ley N° 1860/50 que modifica el decreto Ley N° 17.071/43 que creó el Instituto de Previsión Social ampliando los sujetos amparados por el seguro social, incluyendo en el mismo a todos los trabajadores asalariados que prestan servicios o ejecutan una obra en virtud contrato de trabajo, cualquiera sea su edad o el monto que perciban.-

En cuanto a la financiación, prevé la creación de un fondo de enfermedad el cual se financia con aportes tanto de los trabajadores como de la patronal y del estado. Así se establece que se compone por ejemplo de la cuota mensual de los trabajadores que será del 9% de sus salarios, la de los empleadores del 14% calculado sobre los salarios de sus trabajadores, el aporte del estado que será del 1,5% calculado sobre el monto de los salarios sobre los cuales imponen los empleadores.

Es dable resaltar que la Constitución Nacional de Paraguay establece, en su artículo 95: el sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por ley, y se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado.

Asimismo, la propia normativa laboral remite a la normativa de la seguridad social para el abordaje de estas contingencias. No obstante, ello se prevé como causa de extinción del contrato de trabajo la **muerte y la incapacidad física o mental del trabajador** que haga imposible el cumplimiento del contrato, **sin derecho a indemnización ni responsabilidad de ninguna de las partes conforme Ley N° 213/93 de Contrato de trabajo, art. 78 y 79.**

En Uruguay también la cobertura de las Enfermedades y Accidentes se encuentran a cargo de la seguridad social, ya sea que las mismas se originen en el trabajo como que sean ajenas al mismo. En efecto, la ley vigente N°

14.407 crea la Administración de los Seguros Sociales por Enfermedad (ASSE) cuyo objetivo es subsidiar económicamente durante el periodo de invalidez o enfermedad temporal a los trabajadores remunerados afiliados. Se establece que durante el plazo que el trabajador está percibiendo el subsidio igual continúa aportando como si estuviera trabajando. Respecto del subsidio, éste será el equivalente al 70% (setenta por ciento) de su sueldo.

En España se garantiza las Prestaciones de la Seguridad Social en su Constitución Nacional. Respecto de las prestaciones accidentes o enfermedades ajenas al trabajo se encuentran reguladas por el Decreto Real Legislativo 8/2015 en su artículo 42. El mismo establece que el trabajador percibirá una suma dineraria de la Seguridad Social por el período que dure su baja médica, y como máximo por 545 días, denominándose esta situación IT (incapacidad temporal).

Es una situación temporal por el plazo máximo de un año y prorrogable por otros seis meses más. Luego se deriva en una incapacidad permanente (IP). El valor a percibir surgirá de un 60% de una base reguladora (que es el salario percibido por el trabajador en el último período trabajado) desde el cuarto día y hasta el día 20. A partir del día 21 percibirá un 75% de la base reguladora. La cotización general al sistema de Seguridad Social es de 28,30% del salario, correspondiendo un 23,60% a la Contribución Patronal, mientras que el Trabajador aporta un 4,7%. Esto incluye la cobertura por accidentes y enfermedades inculpables, y el resto de los Subsistemas de la Seguridad Social.

El reconocimiento de una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez está recogido en la ley como motivo de extinción del contrato de trabajo. En consecuencia, si no hay posibilidad de mejoría según el INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social) o si no se estipula la obligación de un cambio de puesto de trabajo a través de convenios colectivos o pactos individuales, el contrato se extingue conforme lo estipula el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores sin ningún tipo de indemnización.-

En la mayoría de los casos las indemnizaciones suelen enfocarse exclusivamente a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales o para pensionistas de incapacidad absoluta.

6) A modo de CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales en relación con la constitucionalidad de la normativa objeto de análisis, se visualiza la situación del empleador tanto en lo que se refiere a la ajenidad de la causa en la extinción del vínculo, como en la repercusión perjudicial en su patrimonio. -

La correcta interpretación y valoración de este dispositivo debe necesariamente realizarse, conforme el **principio protectorio** que gobierna el derecho laboral y que se encuentra consagrado en el art. 14 bis de la C.N., cuando reza: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”*.

Asimismo, debe seguirse el principio **pro homine**, pro persona o a favor del hombre con fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe estarse a la interpretación de la norma que más favorezca a los derechos humanos.

Tales principios han sido destacados por nuestra Corte Nacional en profusa jurisprudencia, como de obligatorio respeto. Así en la sentencia “Madorran” (3/5/2007) la CSJN sumó al principio de progresividad, el principio pro homine, con fuente en el DIDH igualmente referido en “Aquino” y “Milone” y al que entiende como connatural con los documentos normativos supranacionales incorporados al Derecho interno por vía del art. 75 inc. 22 de la CN. Ambos principios, según la CS, *“determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana.”*

Entonces, desde esta perspectiva y teniendo presente que la declaración de inconstitucionalidad debe ser la última *ratio*, la previsión

contenida en el art. 212 4° L.C.T. se encuentra plenamente justificada, pues brinda una mayor protección a aquel trabajador que ha quedado imposibilitado definitivamente de obtener lo necesario para su subsistencia, es decir, en una situación de hiposuficiencia.

Esta finalidad tuitiva de la norma la dota de plena constitucionalidad e incluso convencionalidad, a la luz de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, incorporados por el art. 75 inc. 22, haciendo especial mención a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26378 B.O 09/06/2008). Una interpretación contraria implica la vulneración de los referidos principios protectorios, propersona y de progresividad, dejando, regresiva e injustificadamente, desamparado al trabajador, quien ante tan grave contingencia se vería privado de recibir la prestación prevista en la norma, derecho ganado con las conquistas legislativas y del cual sería arbitrariamente despojado.

Otro aspecto que no podemos pasar por alto, es el planteo de inconstitucionalidad basado en el art. 14 bis C.N., en el que se afirma que la indemnización impuesta en la normativa laboral es una prestación de la seguridad social que debe ser afrontada por el Estado. No obstante coincidir en lo referido a la naturaleza previsional de la indemnización, ello no es suficiente para tacharla de inconstitucional, atento que la carta magna, si bien proclama el deber del Estado de otorgar tales beneficios, no dispone que lo deba efectivizar directamente. Tal precepto establece un objetivo a cumplir, el cual es reglamentado por el Estado para lograr su concreción. –

Tampoco se debe ignorar la posibilidad de variación de criterio de la Jurisprudencia del más alto tribunal y declare la inconstitucionalidad del precepto y deje al trabajador desprotegido.-

7) Flexibilización-Reforma Legislativa.-

Sin perjuicio de lo concluido precedentemente sobre la validez constitucional de la norma, considero que desde el punto de vista legislativo

podrían efectuarse modificaciones a la misma, **a fin de morigerar su impacto en el patrimonio de los empleadores,** que ante la ajenidad del origen de la ruptura abone una indemnización equivalente a la prevista en el art. 247 L.C.T. como prevé para esos supuestos.

No obstante ello, siguiendo mi postura centrada en la protección del trabajador y a fin de mantener incólume su derecho, propongo la vigencia de la remisión a la tabula del art. 245 L.C.T., la que deberá ser completada por el Estado a través del Sistema de la Seguridad Social, para cuya financiación se deberá prever la contribución de las partes. -

Es decir, el trabajador percibirá del empleador el 50% del art.245 y el otro 50% a cargo del estado por intermedio de ANSES.-

Pero para no seguir recargando el presupuesto nacional, se generará una contribución a cargo de ambas partes, cuya alícuota deberá ser calculada por especialistas, pero a cargo del trabajador no debe ser mayor al 2% de la remuneración.-

Ese fondo beneficia a las dos partes, toda vez que del lado de la parte trabajadora, para el caso de que se niegue el empleador o no pueda por circunstancias económicas, cualquiera sea la situación patrimonial de la empresa, aquel se asegura el cobro inmediato del 50% y en el peor escenario deberá litigar por el saldo.

Por otra parte el empleador, con un mínimo aporte, evita abonar una importante suma.-

A fin de concretar la solución propuesta, además de la reforma del art. 212 4° L.C.T., **deberá concretarse la reglamentación de tal precepto en la que se indique el trámite administrativo *express*, a cumplir por el trabajador y/o sus derechohabientes, ante la A.N.S.E.S.-**

En caso de trabajadores deficientemente registrados o sin registro alguno, la obligación caerá en cabeza del empleador en el 100% con más las multas legales vigentes.-

8) **Soluciones excepcionales:**

Otro aspecto que merece especial atención para una reforma de la ley, es que deberían contemplarse situaciones excepcionales en las que podría encontrarse el empleador, tales como: establecimientos comerciales de mínima envergadura económica y financiera (despensas, kioscos, verdulerías, peluquerías, gomerías, talleres mecánicos, etc.), que incluso muchos de ellos llegan a tener un único empleado, supuestos que se agravarían en casos en los que el empleado presente alguna discapacidad, (de naturaleza inculpable), situaciones en las que brego que el Estado debería cubrir plenamente la indemnización prevista en el dispositivo laboral, con la necesaria reglamentación.-

Auguro que esta ponencia sea de interés para la XX Conferencia Nacional de la Abogacia, que sea considerada para eventual reforma legislativa y agradezco vuestra atención.-

Marcelo Scarpa.-