

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUBILACIÓN EN EL MARCO DEL AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (ASPO)

NADIA GARCÍA

- **INTRODUCCIÓN:**

La infelizmente famosa reforma previsional dispuesta por la Ley 27.426, no sólo modificó la fórmula de movilidad sino también introdujo cambios en relación al contrato de trabajo y su extinción por jubilación, en este trabajo abordaremos la situación del artículo 252 antes de la reforma; la compensación de servicios faltantes por exceso de edad, la intimación en regímenes diferenciales, y los casos de tutela sindical. Luego analizaremos las implicancias de la reforma, para por último introducir la problemática de la intimación formulada en el marco del ASPO.

- **LA SITUACIÓN GENERAL PREVIA A LA REFORMA.**

En la Argentina y por imperativo del artículo 90 de la LCT la modalidad contractual que, comúnmente une al trabajador y empleador, es el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, cuya duración teórica se prolonga hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilarse (artículo 91 LCT).

El artículo 252 de la LCT antes de la reforma mencionada establecía *“Cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener alguna de las prestaciones de la Ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año.*

Concedido el beneficio, o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de indemnizaciones por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo”.

Atento la ambigüedad de la norma, el artículo 5 del Decreto 679/95 aclaró que el empleador podía hacer uso de la facultad otorgada por el artículo 252 de la LCT cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) salvo el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley 24.241. La norma reglamentaria, al precisar que solo podrá intimar en el caso de que se obtuvieran los requisitos para la PBU, excluyó la posibilidad del empleador de intimar al trabajador que esté en condiciones de obtener otro beneficio, por ejemplo: La Prestación por Edad Avanzada. Claramente la norma reglamentaria excedió el poder reglamentario al

limitar lo dispuesto en el artículo 252. Asimismo, aclaró que el empleador no podía intimar a la trabajadora a jubilarse a los 60 años.

Con relación a las mujeres, la Ley 24.241 las habilita a jubilarse a los 60 años, pero les confiere la opción de continuar hasta los 65 años. No existía norma que obligue a notificar al empleador de la opción, por lo que si la trabajadora continúa trabajando superada esa edad sin iniciar el trámite jubilatorio parecería indicarla. Sin embargo, el empleador podía requerir a la trabajadora que ha cumplido los 60 años que manifieste si ejercería dicha opción, como trámite previo a la intimación. Si el empleador intimaba a la trabajadora a jubilarse al cumplir los 60 años que cuenta con 30 años de servicios, ésta podía rechazar dicha intimación manifestando que se acoge a la opción del artículo 19 de la Ley 24.241 y recién al cumplir los 65 años el empleador podía intimar nuevamente. (CNTrab, Sala VIII, 8/5/2001, "*Furgado, Haydée c/ Cía. de Transporte de Energía Eléctrica de Alta Tensión Transener SA s/ cobro de salarios*". DT 2002-A, P.104, sumario).

- El exceso de edad por servicios faltantes:

El 3er. párrafo del artículo 19 de la Ley 24.241 dispone al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesario para el logro de la Prestación Básica Universal (PBU) que se podrá compensar el exceso de edad con la falta de servicios, en la proporción de dos (2) años de edad excedentes por uno (1) de servicios faltantes.

Al respecto, y en igual sentido que los restantes supuestos, se trata de un beneficio que la ley prevé para el trabajador que pretende obtener un beneficio de jubilación sin tener los servicios necesarios. Se trata de una situación que no puede ser opuesta por el empleador a fin de extinguir el contrato de trabajo.

En autos "*Ballejos Horacio A. c/ Caja de Previsión Social de los Agentes civiles del Estado s/apelación*", la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe consideró que la Caja de Previsión Social no puede compensar oficiosamente el exceso de edad del agente con la falta de servicios mínimos requeridos, para luego intimarlo a que inicie los trámites jubilatorios.

- Respecto a la intimación cuando se trata de trabajadores comprendidos en regímenes diferenciales.

Se entiende por régimen diferencial aquellos que se conforman a partir de la existencia de ciertas actividades que inciden directamente en la salud del trabajador, y por ende disminuyen su capacidad física, se trata de labores determinantes de vejez y agotamiento prematuro, por lo que el legislador le otorgó un régimen jubilatorio distinto al resto de los trabajadores. Este tratamiento diferenciado consiste en atenuar los requisitos exigidos para acceder a la jubilación.

Esta situación ha planteado el interrogante sobre si el empleador comprendido en un régimen previsional diferencial, puede ejercer la facultad que confiere al empleador el artículo 252 de la LCT, e intimar al trabajador a iniciar el trámite jubilatorio cuando reúna precisamente los requisitos determinados por el régimen diferencial, o por el contrario, la iniciación del trámite en ese caso es optativo para el trabajador, quien podría aguardar a cumplir los requisitos indicados por el régimen

general, para iniciar el trámite mencionado y obtener la prestación previsional, esto, teniendo en cuenta que al no armonizarse estos regímenes con el cálculo del haber dispuesto por la Ley 24.241 la menor cantidad de años de servicio exigidos por el régimen diferencial impactan negativamente en el cálculo de la Prestación Compensatoria (PC) y Prestación Adicional por Permanencia (PAP).

En diversas causas se discutió el tema ante acciones iniciadas por trabajadores contra la intimación de la empleadora que les requería la iniciación del trámite jubilatorio.

En autos *“Burda, Alejandro Luis c. Aerolíneas Argentinas SA s/ despido”* la Cámara coincidió con el criterio seguido por el fallo de grado en el sentido que el beneficio comprendido en la norma mencionada es un derecho o una opción en favor del trabajador (en cuanto le interese acceder al beneficio jubilatorio cumpliendo con sus requisitos), y no es una facultad que la norma le atribuye al empleador con el fin de poder obligar a sus dependientes a jubilarse en los términos de la aludida disposición.

El Decreto 4257/68 aplicable a la actividad dispone: *“Tendrá derecho a jubilación ordinaria con 30 años de servicios y 50 de edad, el personal que habitualmente realice tareas de aeronavegación con función específica a bordo de aeronaves, como piloto, copiloto, mecánico, navegante, radio operador, navegador, instructor o inspector de vuelo, o auxiliares (comisario, auxiliar de a bordo o similar) ...”*. Los camaristas entendieron que al utilizar la locución *“...Tendrá derecho a jubilación ordinaria...el personal que...”* lo que sugiere que la norma está redactada en sentido de reconocer una opción o un derecho al *“personal”* (que desea acceder al beneficio jubilatorio), y no se advierte que se reconozca una facultad al empleador de disponer u obligar a jubilar a los trabajadores que se encuentran en la situación allí prevista. Si la intención del legislador hubiera sido otorgar al empleador una facultad privativa de disponer en torno a la jubilación de sus empleados, la norma debería haber sido redactada en sentido similar a la prevista en el art. 252 de la LCT, en cuanto dispone que *“... cuando el trabajador reuniere los requisitos...el empleador podrá intimarlo a que inicie...”*, situación que no se verifica en el caso conforme a la expresión utilizada en la redacción del citado decreto.

Por ello, el fallo entiende que la demandada no está legitimada para intimar al actor en los términos del artículo 252 de la LCT, toda vez que esta facultad puede ser ejercida cuando el trabajador está en condiciones de acceder al beneficio previsto en la Ley 24.241 (ver 1er. párr. de la mentada norma) y, en la especie, no se encuentra acreditado que Burda (el trabajador) al momento de la intimación estuviera en condiciones de acceder a tales beneficios. Este fallo se condice con fallos anteriores de la Cámara, por ejemplo: *“De San Félix, Hugo c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ acción ordinaria de inconstitucionalidad”*, donde consideró que la norma es constitutiva de una opción de beneficio para los dependientes. Dispuso que la interpretación de las normas que establecen un régimen diferenciado debe efectuarse de modo positivo y siempre favorable a los intereses del dependiente, en virtud de la tesitura

normativa de la disciplina del derecho del trabajo, plasmada no solo en la favorable interpretación a que alude el artículo 9 de la LCT, sino también en el principio de continuidad referido en el artículo 10 de la misma ley, que exige resolver la cuestión a favor de la subsistencia del vínculo. La resolución ordenó a la empresa a abstenerse de formular intimaciones en los términos del artículo 252 de la LCT, fundándose en el artículo 3 del Decreto 4.257/68, hasta tanto el trabajador no alcance la edad de 65 años prevista por el régimen general de jubilaciones de la Ley 24.241. En otros pronunciamientos, para decidir en igual sentido, la Cámara puso hincapié en que el trabajador es el sujeto que goza de preferente tutela y que el principio protectorio del artículo 14 *bis*, contiene reglas de aplicación entre ellas, por lo que ante el confronto de normas la regla de la selección de la norma más favorable.

Sin embargo existe un precedente anterior a los citados que expuso un criterio diferente al entender que el artículo 252 de la LCT regla de modo expreso una facultad del empleador de extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a un beneficio previsional, y consideró que la capacidad del trabajador se encuentra limitada a optar entre jubilarse en los términos del régimen especial -independientemente de la conducta del empleador- o en los términos del régimen general, siempre que con anterioridad el empleador no ejerciera su facultad extintiva en sentido contrario.

- **LA REFORMA DEL ARTÍCULO 252 DE LA LCT.**

La reforma Previsional sin modificar los términos del artículo 19 de la Ley 24.241 modifica la facultad del empleador de intimar al trabajador a iniciar el trámite de jubilación.

El nuevo texto eleva significativamente la edad que debe tener el trabajador para la eficacia de la intimación. Este desplazamiento de la edad está acompañado con el requerimiento de los años de servicios con aportes que permitan al trabajador obtener la PBU.

El nuevo texto del artículo 252 de la LCT expresa:

“A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la Ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año.

Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad.

Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o

disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo”.

La reforma implica una modificación al criterio de duración teórica del contrato de trabajo por tiempo indeterminado. El artículo 91 de la LCT establece que el contrato dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignen los regímenes de seguridad social, en armonía con este criterio la ley autorizaba al empleador a extinguir el contrato ante dicha situación, es decir cuando el trabajador se encuentre en condiciones de obtener una de las prestaciones de la Ley 24.241, vimos que el decreto reglamentario restringió esa facultad únicamente al supuesto de la PBU. En este orden de ideas el nuevo artículo 252 restringe la facultad del empleador, que solo podrá intimar cuando el trabajador cumpla 70 años de edad y reúna 30 años de servicios. La edad es aplicable a hombres y mujeres.

Al elevar la edad a 70 años, el requisito relativo a años de servicios con aportes se ve atenuada, pues al haber un exceso de edad respecto de la edad requerida para jubilarse serán exigidos menos años de servicios con aportes. Serán 27 años y medio en el caso de los hombres y 25 años en el caso de mujeres, pues como señalamos el artículo 19 contempla la posibilidad de compensar el exceso de edad con servicios faltantes a razón de 2 años de exceso por uno de servicios faltantes, sin embargo, esta situación no puede ser opuesta por el empleador al menos, en nuestra opinión.

- Ejercicio de la facultad prevista el artículo 252.

El Decreto 110/2018 reglamenta las disposiciones de la Ley 27.426 y dispone que el empleador que pretenda hacer uso de la facultad establecida por el artículo 252 de la LCT requerirá la información necesaria de la ANSES a fin de constatar el derecho que le asiste al trabajador para obtener la PBU, conforme lo establecido por la Ley 24.241.

El decreto deja claro que no se trata de una facultad conferida al empleador sin restricciones, por el contrario, pone en cabeza del empleador constatar el derecho que le asiste al trabajador en forma previa a la intimación.

La citada administración deberá instrumentar un mecanismo expedito para brindar la información mencionada a los empleadores. La duda al respecto radica sobre si la información que brindará la ANSES se limitará a indicar la cantidad de años de servicios con aportes o indicará en los términos de la reglamentación acerca de la posibilidad del trabajador de acceder a la PBU haciendo, para ello, uso de la compensación de servicios por exceso de edad en flagrante perjuicio del trabajador que verá disminuida su jubilación debido al cómputo de menor cantidad de años para la PC y la PAP.

La reforma en análisis mantiene los efectos de la intimación, pues al respecto no varía la redacción de la norma anterior: *“Concedido el beneficio o vencido dicho plazo (se refiere al plazo de un año), el contrato quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos*

profesionales”, agrega que la intimación referida “...implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo”.

b) Exención parcial de contribuciones:

El artículo 8 de la Ley 27.426, dispone una exención parcial de contribuciones del empleador a partir de que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la PBU. En este supuesto el empleador deberá ingresar los aportes del trabajador y respecto de las contribuciones patronales, solamente las destinadas al Régimen Nacional de Obras Sociales y las cuotas del Régimen de Riesgos del Trabajo. Como consecuencia el empleador no ingresará por ese trabajador, las restantes contribuciones de seguridad social.

La norma requiere que haya alguna forma de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la PBU. El empleador conoce la edad del trabajador, pero, salvo que haya trabajado 30 años para un mismo empleador, desconoce la cantidad de servicios con aportes que posee. Ante esta necesidad, el decreto faculta a la Secretaría de la Seguridad Social a establecer normas aclaratorias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 27.426. También faculta a la ANSES y a la AFIP a establecer, en el ámbito de sus competencias, las normas operativas para efectivizar el acceso del empleador al beneficio previsto por la norma.

La exención bajo análisis plantea algunos interrogantes: el primero, relativo al objetivo de la exención en un sistema desfinanciado; y el segundo respecto del momento en que dicha exención resulta operativa. Es necesario que las normas reglamentarias aclaren que el derecho a la PBU se considerará cuando el trabajador/trabajadora tenga 65 años de edad y reúna 30 años de servicios. También es necesario que se resuelva el derecho a las asignaciones de los trabajadores en esta situación.

c) La intimación a jubilarse en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio.

En el marco del Decreto 110/18 queda claro que la intimación a jubilarse por parte del empleador no puede ser realizada sin requerir previamente a la ANSES la información que constata el derecho del trabajador a la PBU.

Suponiendo que el empleador efectuó dicho requerimiento y le consta el derecho que le asiste al trabajador conforme el artículo 252 de la LCT, debió remitir al trabajador toda la documentación necesaria y entonces, el plazo previsto en el artículo 252 de la LCT comenzará a regir recién -en el supuesto que el trabajador no obtenga el beneficio antes de su vencimiento- desde la fecha en que la empleadora del actor entregó a este la documentación hábil y completa exigida por la ley para la tramitación del beneficio.

Es decir, que la intimación es correcta y comienza a computar el plazo previsto en el artículo cuando el empleador efectuó las dos actividades mencionadas.

No obstante, el Decreto 297/20 dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) y provocó que la Administración Nacional de la Seguridad Social permanezca cerrada.

La Decisión Administrativa 810/20 amplía el listado de actividades y servicios exceptuados del ASPO a los trabajadores de la ANSES, mediante Resolución ANSES 99/20 se declararon algunos servicios como críticos, esenciales e indispensables para su funcionamiento y la Resolución ANSES 192/20 amplía los trámites con atención virtual, entre ellos, de jubilaciones.

Sin embargo, lo cierto es que desde el 20 de marzo de 2020 las oficinas de la ANSES permanecen cerradas en casi todo el país y los trámites virtuales no permiten el inicio de jubilaciones, sino solo un asesoramiento previsional.

Por esta razón las intimaciones a jubilarse enviadas desde el 20 de marzo del 2020, ¿cuándo resultan operativas, y por consiguiente, inician el cómputo de los plazos previstos en el artículo 252 de la LCT? Entendemos que lo primero que hay que analizar es si la intimación cursada cumple con los requisitos impuestos al empleador para el ejercicio de la facultad conferida.

Es necesario determinar si el empleador requirió a la ANSES la información relativa al trabajador y a su derecho a la PBU. Luego determinar si efectivamente el trabajador reúne los requisitos y por último si el empleador entregó la documentación hábil y suficiente para iniciar los trámites.

Si todas las cuestiones tienen respuesta afirmativa, nos queda resolver si cumple el deber de buena fe previsto en el artículo 63 de la LCT una intimación cursada en el marco del ASPO, cuando resulta una realidad fáctica la imposibilidad de iniciar los trámites mencionados. Se trata, de una intimación de cumplimiento imposible cuyas consecuencias negativas no pueden, y no deben, ser soportadas por el trabajador.

Como resultado consideramos que la intimación no puede comenzar su plazo sino hasta culminadas las medidas de aislamiento que afectan el funcionamiento normal del organismo previsional.

IV. CONCLUSIONES FINALES.

Evaluando la reforma desde distintos puntos de vista, la posibilidad de continuar el contrato de trabajo en un sistema previsional cuya tasa de sustitución ronda el 50 %, podría ser considerado un aspecto positivo para el trabajador, sin embargo, en el marco del Decreto 110/2018, la exención impositiva parcial dispuesta a favor del empleador, podría determinar, como hemos visto, la falta de acceso del trabajador al régimen de asignaciones familiares. Si evaluamos la reforma desde el punto de vista del empleador retrasar la facultad de extinguir por jubilación no parece beneficiarlos, pero esto fue acompañado de la posibilidad de acceder a una exención impositiva parcial de las contribuciones a su cargo, e incluso de la posibilidad de extinguir el contrato si el trabajador hubiera accedido a la Pensión Universal al Adulto Mayor (PUAM), si a esto sumamos al derecho a la información que pormenorizadamente establece el Decreto 110/18 a su favor, nos

lleva a pensar que el sujeto de preferente tutela resulta ser el empleador y no el trabajador.

En cuanto al Sistema Previsional, claramente no resultó beneficiado, toda vez que la exención impositiva de cualquier tipo termina siempre por afectar las arcas de un sistema cada vez más castigado y con menos recursos.

Por último, queda evaluar el impacto que provoca en el mercado de laboral. Mantener trabajadores en condiciones de jubilarse con una tasa de desempleo en ascenso, donde los más perjudicados son los jóvenes, no se muestra como una buena política pública. El retraso en la liberación de puestos de trabajo, afecta a aquel sector excluido, sin trabajo y sin posibilidades de acceder a los beneficios de la seguridad social.

Como consecuencia, al primer interrogante planteado, la respuesta es solo una. La reforma no benefició a nadie.