

## **REGÍMENES PREVISIONALES DIFERENCIALES; INTIMACIÓN A JUBILARSE Y NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN**

**NADIA GARCÍA<sup>1</sup>**

### **I. ANTECEDENTES**

Se conocen como regímenes diferenciales aquellas actividades penosas, insalubres o determinantes de envejecimiento prematuro. En sus orígenes el Sistema Previsional Argentino era el resultado de la acumulación de sistemas organizados por actividad u ocupación, con reglas y requisitos heterogéneos. Por esta razón, hay quienes afirman que originariamente el sistema previsional era un conglomerado de regímenes diferenciales sin que existiera uno general. A finales de 1.960, se consolida un sistema unificado y la primera norma que prevé explícitamente regímenes diferenciales es la ley 17.310, de 1.967, que establece requisitos generales de jubilación y encomienda al Poder Ejecutivo Nacional la creación de un régimen que adecue los requisitos del sistema para contemplar aquellos prestados en tareas penosas, riesgosas, insalubres o determinantes de envejecimiento prematuro. Así, con esta idea, en 1.968 se sancionaron dos decretos que contemplan gran cantidad de regímenes diferenciales. Al sancionarse las leyes 18.037 y 18.038 que regulaban el sistema nacional, se incluyeron artículos que autorizaban al Poder Ejecutivo Nacional a establecer excepciones para tareas consideradas riesgosas, insalubres o determinantes de envejecimiento precoz. Así siguió la creación de regímenes diferenciales.

En la década del 90 hubo intentos de derogar estos regímenes, así, la ley 23.966 derogó la totalidad de los regímenes diferenciales, pero antes de su implementación la ley 24.017 prorrogó la vigencia de los mismos. Así fue sucesivamente prorrogado hasta 1.993, cuando se sancionó la ley 24.241. Esta

---

<sup>1</sup> Abogada, Doctora, Investigadora INSOD por la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), publicista.

ley facultó al Poder Ejecutivo Nacional a proponer un régimen diferencial sobre la base de un listado de actividades que “por implicar riesgos para el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral, o por configurar situaciones especiales merezcan ser objeto de tratamientos legislativos particulares” (art. 157). Como se advierte del artículo existen dos tipos de trabajadores por un lado los que realizan **actividades penosas, riesgosas o insalubres** y por otro, trabajadores con **situaciones especiales** que merecen ser objeto de tratamientos legislativo particular.

El mismo artículo disponía una contribución del 5% adicional sobre el salario a cargo de los empleadores. Hasta que no se aprobara esta ley, los regímenes existentes mantendrían su vigencia. Este artículo implicó que el Poder Ejecutivo Nacional perdiese la facultad de crear nuevos regímenes diferenciales por decreto, dado que pasó a requerirse la sanción de una ley. A partir del año 2.003 se avanzó sobre estos regímenes ampliando los grupos de trabajadores y trabajadoras alcanzados, sin crear nuevos regímenes.

Existe una gran dispersión normativa y más de 30 regímenes diferenciales que alcanzan a trabajadores y trabajadoras muy diversos. Para tales actividades, la ley 24.241 en el artículo 157 determinó que debía crearse una comisión legislativa especial para darles tratamiento (aún no se conformó) y que hasta tanto no se hiciese se debían respetar los decretos y leyes vigentes. Sobre esta base se deberá respetar la normativa de cada régimen, las cuales imponen en algunos casos una disminución en la edad requerida para acceder a las prestaciones previsionales, y en otros, además, una cantidad menor de años de servicios o bonificaciones. Finalmente, la ley 26.222 sustituyó el último párrafo del artículo 157 y dispuso que el Poder Ejecutivo Nacional deberá contar con un informe de la Secretaría de Seguridad Social (SSS), del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS), con carácter previo, para cualquier aplicación de las facultades previstas en este artículo y en las leyes citadas. Dicho informe deberá proveer los elementos necesarios para el cálculo de los requisitos de edad, servicios prestados, aportes diferenciales y contribuciones patronales o subsidios requeridos para el adecuado financiamiento. Suelen confundirse, incluso legislativamente, los regímenes diferenciales con los regímenes especiales. Sin embargo, estos últimos se encuentran justificados en

otras razones como el mérito o especificidad de la actividad. Al igual que los regímenes diferenciales, refieren condiciones más ventajosas para obtener la jubilación, pero se diferencian de estos en que el cálculo del haber supone una referencia al salario (82%, 85%, etc.), mientras que en los diferenciales el cálculo del haber se efectúa conforme el régimen general.

## II. LOS EFECTOS DE LA LEY 24241 EN EL CÁLCULO DEL HABER

Los regímenes analizados establecen que para los supuestos no contemplados en la ley serán de aplicación supletoria las disposiciones de la ley 24241, sus complementarias y modificatorias o las que en el futuro las reemplacen. El cálculo del haber se remite a la ley 24241 y esto será la parte menos beneficiosa del régimen, en donde la menor cantidad de años requerida impactará negativamente en el cálculo del haber, toda vez que la prestación compensatoria y la prestación adicional por permanencia tienen como uno de sus parámetros la cantidad de años de servicios con aportes. Entonces nos preguntamos: si el legislador consideró que la menor cantidad de años exigidos para algunos regímenes, en virtud de ser determinantes de envejecimiento prematuro, equivalen a los 30 años del régimen común, ¿no deberían considerarse de igual forma para el cálculo? La respuesta es claramente afirmativa, sin embargo, esto no ocurre en ningún caso.

Por esta razón, la menor cantidad de servicios exigidos impactará negativamente en el cálculo de la PC y PAP. Veamos un ejemplo: Si consideramos un trabajador dependiente con 30 años de servicios con aportes comunes, imaginemos que trabajó 15 años antes de 7/94 y 15 años después de 7/94 y tuvo un promedio de remuneración actualizada de los últimos 10 años de \$ 1.500.000, obtendrá a octubre de 2024:

PBU: \$ 111.765,50.

PC:  $0,015 \times \$ 1500.000 \times 15 = \$337.500$

PAP:  $0,015 \times \$ 1500.000 \times 15 = \$ 337.500.$

Total:  $\$ 107.291,45 + \$ 337.500 + \$ 337.500 = \$ 786.765,50.$

Ahora, analicemos la situación de un trabajador de cualquier régimen diferencial que requiera 25 años de servicios con aportes. Consideremos

también que se trata de un trabajador dependiente con los 25 años de servicios exigidos por el régimen diferencial, imaginemos que los trabajó 10 años antes y 15 años después de 7/94 y con igual remuneración actualizada de 1.500.000 para poder comprender la afectación, este trabajador obtendrá a octubre de 2024:

PBU: \$ 111.765,50.

PC:  $0,015 \times \$ 1500.000 \times 10 = \$225.000$

PAP:  $0,015 \times \$ 1500.000 \times 15 = \$ 337.500.$

Total:  $\$ 107.291,45 + \$ 225.000 + \$ 337.500 = \$ 674.265,5$

Para el trabajador del régimen diferencial de nuestro ejemplo, que accedió a la jubilación al cumplimiento de los años de aportes que el legislador determinó (entendiendo que equivalen a los 30 años del régimen común), no serán considerados así en el cálculo del haber y obtendrá \$112.500 menos que un trabajador del régimen común con igual promedio de remuneraciones. ¿Por qué sucede esto? Porque nunca se armonizaron los regímenes diferenciales con el cálculo del haber dispuesto por la ley 24241. Esto constituye una gran deuda del sistema previsional, que en la actualidad sigue perjudicando a aquellos trabajadores a los que se pretende proteger.

El tema fue abordado por la CFSS que determinó: "Por la especialidad de las tareas desempeñadas por el actor, la ley exige 25 años de servicios para obtener la jubilación ordinaria, y como ellos equivaldrían a 30 años de servicios comunes, corresponder considerar que cada año de tareas diferenciales equivalen a 1,2 años de las comunes, a los efectos del cálculo de la PC y de la PAP. De sostener lo contrario se estaría perjudicando a quien realizó este tipo de actividad otorgándole un haber menor que si se hubiere desempeñado en tareas comunes, quedando así desvirtuado el espíritu de la ley; en consecuencia, corresponde ordenar el recálculo de la PC y de la PAP. Los regímenes especiales se caracterizan por establecer menores requisitos de edad para acceder al

beneficio, teniendo en cuenta que por la característica de la actividad desempeñada provocan vejez o agotamiento prematuro”<sup>2</sup>.

En esta armonización jurisprudencial donde cada año de trabajo en un régimen diferencial que exige 25 años de servicios con aportes vale 1,2. En igual lógica cada año de servicio diferencial en un régimen que exige 20 años de servicios equivaldría 1,5.

Esta equivalencia es necesario realizarla en todos los casos aún en aquellos en que el trabajador reúna más de 30 años de servicios en el régimen diferencial de que se trate. Esto considerando que cada año aportado tuvo aporte diferencial y por ello debe mejorar el haber de jubilación de lo contrario se transformaría en un impuesto inútil estéril e inconstitucional.

## II. LA INTIMACIÓN A JUBILARSE EN RÉGIMENES DIFERENCIALES

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 PC y 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.

---

<sup>2</sup> CFSS, Sala II, “Moya Jorge Antonio c/ ANSES | reajustes varios”, 29/08/2019.

En autos *“Burda, Alejandro Luis c. Aerolíneas Argentinas SA s/ despido”*<sup>3</sup> 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, radiooperador, 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 reuniera 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 al momento de la intimación estuviera en condiciones de acceder a tales beneficios. Este fallo se condice con

---

<sup>3</sup> *“Burda, Alejandro Luis C. Aerolíneas Argentinas SA s/ despido”*. CNTrab, Sala VIII, 26/4/2016. AR/JUR/25543/2019.

fallos anteriores de la cámara, por ejemplo: “*De San Félix, Hugo c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ acción ordinaria de inconstitucionalidad*”<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup>.

En igual sentido, la Cámara entendió injustificado el despido del actor y procedente la indemnización prevista en el art. 245 L.C.T., en la medida en que éste no reunía los requisitos necesarios para obtener los beneficios de la **jubilación** ordinaria (contaba a ese momento con sólo 61 años de edad al momento de ser **intimado** a iniciar los trámites respectivos). El empleador no estaba habilitado para utilizar una facultad del régimen general (art. 252 LCT), pretendiendo aplicarla al régimen previsional especial del actor (dec. 4257/68), que no lo obliga, sino que lo habilita a **jubilarse** anticipadamente<sup>6</sup>.

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

---

<sup>4</sup> “*De San Félix, Hugo c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ acción ordinaria de inconstitucionalidad*”. CNTrab, Sala IX, 6/6/11. DT 2011, p. 2408.

<sup>5</sup> Ruiz, Daniel Horacio c/ Aerolíneas Argentinas s/ restablecimiento de condiciones laborales”. CNTrab, Sala VI, 11/11/11.

<sup>6</sup> Expte. n° 28.785/2013 – “*Alegre, Ramón Rosendo c/Consultores Asociados Ecotrans SA s/despido*” – CNTrab – Sala VII, 10/02/2017.

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<sup>7</sup>.

Otra circunstancia se plantea cuando el Convenio colectivo de trabajo dispone la obligación del trabajador de acogerse al beneficio cuando estén en condiciones de obtener la jubilación ordinaria en los términos del régimen diferencial. Así, por ejemplo, el CCT 36/75 aplicable a los trabajadores de luz y Fuerza dispone: “Las partes convienen que los trabajadores que estén en condiciones de obtener la jubilación ordinaria están obligados a acogerse a ese beneficio dentro de un plazo de 180 días...”

“Caso contrario, vencido dicho plazo sin acreditar el inicio de los trámites para obtener el beneficio de jubilación ordinaria, se procederá sin más a dictar resolución de cese de servicios dando por extinguida la relación laboral con el consiguiente cese en el pago haberes, emitiendo la certificación de servicios y demás documentación necesaria...”

Al respecto es necesario resaltar que se trata de un derecho individual que excede el marco de la negociación colectiva. El inicio del trámite jubilatorio y las consecuencias económicas que de él derivan no pueden ser materia de negociación colectiva, sin contar con autorización expresa del trabajador.

### III.CONCLUSIONES

La falta de armonización convierte a las normas que regulan regímenes diferenciales en irrazonables.

---

<sup>7</sup> “Garabello, Pedro c/ Aerolíneas Argentinas SA”. CNTrab, Sala III, 23/5/2000. DT 2000-B, p. 2351.



La razonabilidad se despliega en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto<sup>8</sup>.

El primer subprincipio es el de adecuación, el cual establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado. Es decir, establecido el fin que busca el legislador y el medio que emplea, debe verificarse que este último resulta apto para el logro del primero. Este test claramente fue originariamente alcanzado pero desvirtuado con el cambio de la normativa general y el cálculo del haber.

Presupuesto el test de adecuación, el subprincipio de necesidad prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Tiene lugar, como se ve, un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. La idoneidad del medio elegido, a nuestro criterio, no debe retrotraerse al origen, sino que debemos posicionarnos al tiempo de la producción de los efectos de la medida. Esto porque, como ocurre en el caso en análisis, una medida que resultaba previsiblemente idónea cuando fue dictada se vuelva luego inidónea (podría también ocurrir al revés). Por esto y haciendo un juicio de comparación resultaría necesario una equiparación que le de más valor a los años trabajados en regímenes diferenciales al efectuar el cálculo del haber. Este juicio es discutido en la doctrina y la jurisprudencia.

Una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida legislativa, se debe determinar si es razonable stricto sensu. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Aquí podríamos afirmar que no. El régimen claramente pretende proteger a los

---

<sup>8</sup> SORIANO, Verónica, "La razonabilidad del accionar estatal y los modelos de control de constitucionalidad", Sistema jurídico Argentino y derecho comparado. 24/10/2018. SAJ. Recuperado: <http://www.sajj.gob.ar/veronica-paola-soriano-zothner-razonabilidad-accionar-estatal-modelos-control-constitucionalidad-sistema-juridico-argentino-derecho-comparado-dacf180228-2018-10-24/123456789-0abc-defg8220-81fcanirtcod?&o=4&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%5B50%2C1%5D%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema/Derecho%20administrativo/poder%20de%20polic%EDa%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=64> (14/10/2024)

trabajadores que en función de la actividad realizada experimentan un deterioro o envejecimiento mayor que cualquier otra actividad, sin embargo, en sus efectos perjudica el cálculo del haber. Por esta razón, es que sostenemos que de ninguna manera el empleador podría obligarlo a jubilarse y por ello a obtener un beneficio menor en clara violación a los principios constitucionales de integralidad e irrenunciabilidad.

Sintetizando, en primer lugar, cualquier medida legislativa debe tener un fin. En este caso la finalidad es claramente protectora. En segundo lugar, debe ser adecuada para el logro de ese fin, en este segundo aspecto pareciera que con el tiempo y la falta de armonización ya no consigue mediante esa herramienta legislativa seleccionada la tutela pretendida.

Ante la falta de armonización y las consecuencias disvaliosas que la norma ocasiona, la cuestión sobre la que debemos detenernos es si corresponde a los jueces examinar la idoneidad de la medida, o, por el contrario, se trata de una competencia exclusiva del legislador. Existe una clara razón para responder afirmativamente a este interrogante. La exigencia de adecuación viene inserta en el control de constitucionalidad lato sensu. Si los jueces deben controlar la constitucionalidad, pueden y deben asimismo examinar la adecuación de las leyes a los fines constitucionales que se proponen.

Por esta razón y mientras el poder ejecutivo no proponga un listado de actividades diferenciales, sus condiciones y determinación del haber (en los términos del art. 157, ley 24.241) corresponde a los jueces corregir aun de oficio, errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión en la que hubiera incurrido la norma.

La norma no debe ser razonable únicamente en si misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, solo así podrá considerarse que es “derecho” y así, justa.