

El régimen previsional del personal aeronavegante y la inaplicabilidad del artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo

POR MATÍAS BARONE (*)

Sumario: I. Introducción. El régimen previsional del personal aeronavegante y su vigencia.— II. La consideración del régimen previsional del personal aeronavegante como diferencial. Aspectos particulares.— III. El contenido del art. 252 de la Ley de Contratos de Trabajo. Aspectos prácticos para su aplicabilidad.— IV. Cuestiones planteadas en la jurisprudencia en torno a la notificación del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo habiéndose cumplido las condiciones (edad y servicios) del régimen previsional diferencial del personal aeronavegante. ¿Opción del trabajador o facultad del empleador?— V. Consideraciones finales. Necesidad de una actualización.— VI. Bibliografía.

Resumen: El personal aeronavegante presta servicio a bordo de aeronaves en condiciones de trabajo que difieren del resto de los trabajadores, motivo por el cual, su régimen laboral resulta ser un estatuto especial, regulando así condiciones diferentes y especiales de trabajo teniendo en cuenta la actividad aeronáutica, con el correspondiente correlato con el régimen previsional. Atento a que este régimen previsional es un subsistema diferencial y establece requisitos de admisibilidad diferentes (menor cantidad de años de edad y de servicios) respecto del régimen previsional ordinario, se ha planteado la cuestión vinculada a la aplicabilidad de la intimación contenida en el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo —LCT— para que el trabajador inicie los trámites correspondientes para obtener el beneficio previsional sin derecho a indemnización por el empleador y ante la negativa del trabajador aeronavegante, por manifestar que desea continuar prestando servicios hasta la edad correspondiente al régimen ordinario, creando así una situación de conflicto de normas, observándose de esta manera un cambio en la jurisprudencia, determinando la inaplicabilidad de dicha norma al régimen previsional del personal aeronavegante.

Palabras clave: aeronavegante - piloto - jubilación - régimen diferencial.

The pension scheme of the airplane navigator-staff and the inapplicability of the article 252 of the labor contract law

Abstract: *The airplane navigator personnel serve on board of aircrafts in conditions that differ from the rest of the workers; this is why their labor regime turns out to be a special status, thus regulating different and special working conditions considering aviation activity, with the corresponding correlation with the pension scheme. Mindful that this pension scheme is a differential subsystem and set different eligibility requirements (fewer service years) for the regular pension scheme has raised the issue related to the applicability of the notice contained in art. 252 of the LCT for the worker to initiate the formalities relating to obtaining the benefit without compensation by the employer and given the refusal of an airplane navigator worker stating that wishes to continue serving until the age corresponding to the ordinary*

(*) Prof. Adjunto Ordinario Derecho de la Navegación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

regime thus creating a situation of a conflict of rules, thus observed a change in the law determining the inapplicability of that provision to the pension scheme of the airplane navigator-staff.

Keywords: *airplane navigator - pilot - retirement - regime differential.*

I. Introducción. El régimen previsional del personal aeronavegante y su vigencia

El tratamiento de un estatuto especial surge de la necesidad de reglamentar alguna actividad que, por sus condiciones de trabajo, ámbito de realización o lugar geográfico, personal o sujetos comprendidos, el alto grado de rotación del personal, etc., requiere una regulación específica ya sea mediante la sanción de una ley especial o por un conjunto de normas que, en forma armonizada, regulan las particularidades de aquella. De ahí que la regulación particular se aparta, en principio, del contenido de la Ley de Contrato de Trabajo —LCT— por cuanto debe contemplar situaciones particulares referidas a dicha actividad (1).

Antonio Vázquez Vialard señalaba, al referirse a la vinculación entre la ley general y los estatutos especiales, que:

“De acuerdo con la realidad, se dan relaciones en que la norma laboral común no puede trasplantarse a situaciones que, aunque respondan a las mismas características: prestación de trabajo humano dirigido, en ellas la actividad se cumple en circunstancias diferentes, ya sea en razón de lugar geográfico en que se realiza (trabajo rural, marítimo), su naturaleza, su alto grado —a veces normal— de rotación (industria de la construcción), etcétera, lo que impone un trato distinto entre las personas. Esas son las razones que justifican los llamados estatutos especiales, a fin de regular las particularidades que dentro de los elementos que contiene todo contrato (los personales: sujetos, reales: finalidad, que éstos persiguen; formales: requisitos que existen para la validez del acuerdo, objeto lícito, etc.) presenta los que corresponden al desarrollo de ciertas actividades laborales” (Vázquez Vialard, 2003: 9).

De allí que, esta normativa particular de relaciones laborales (2) tiene su correlato con un régimen previsional diferente —como se verá seguidamente, diferencial— atento a que también existían razones justificadas, al menos al momento de su dictado, de regular de manera diferente los requisitos para poder acceder al beneficio previsional respectivo.

En ese contexto, el régimen previsional del Personal Aeronavegante se encuentra regulado en el art. 3º del dec. 4.257/1968 (B.O. del 02/08/1968) denominado “Régimen de Jubilaciones y Pensiones para quienes cumplan tareas penosas, riesgosas, insalubres o determinantes de vejez o agotamiento prematuro”, norma que fuera dispuesta a tenor de las facultades que se le otorgaran oportunamente al Poder Ejecutivo Nacional, mediante el art. 9º de la ley 17.310, con la finalidad de: “establecer un régimen que adecue límites de edad y de años de servicios y de aportes y contribuciones diferenciales, en relación con la naturaleza de la actividad de que se trate, para los servicios prestados en tareas penosas, riesgosas, insalubres o determinantes de vejez o agotamiento prematuros, declaradas tales por la autoridad nacional competente” (Consid. 1). Mediante dicha norma se establecen, respecto de los trabajadores que realicen tareas de la naturaleza de las mencionadas, requisitos de años de servicios y de edad (menores y diferentes), que los exigidos por las respectivas leyes orgánicas para acceder a los beneficios denominados ordinarios o comunes.

(1) Como ejemplo de lo expuesto pueden citarse, entre otros, la situación del personal embarcado en cuanto a la adquisición de estabilidad para la cual se debe tener en cuenta la cantidad de días embarcado en un periodo anual y fundada en la simple situación en la cual no siempre se produce una navegación por un lapso superior a los plazos establecidos en la regulación general para adquirir la estabilidad (periodo de prueba), o en la misma actividad aeronáutica que veda la prestación de servicios en horas suplementarias al existir principios vinculados a la seguridad de la aeronavegación.

(2) El dec.-ley 16.130/1946 (B.O. del 27/06/1946) regula la Actividad de la Aeronavegación, reglamentando de esta manera los requisitos, retribuciones, jornada de trabajo, responsabilidades e indemnización del Régimen Laboral del Personal Aeronavegante Civil. Dicha norma fue ratificada por la ley 12.921 por tratarse de un Decreto Ley. En su art. 1º refiere que agrupa a “todas aquellas personas que presten servicios a bordo de aeronaves civiles de matrícula argentina dedicadas al transporte de pasajeros y/o de carga, al turismo o a instrucción con fines de lucro”.

Establece, en particular el art. 3º del dec. 4.257/1968, que:

“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). El total que arroje el cómputo simple de servicios del mencionado personal se bonificará: a) Con un año de servicio por cada 400 horas de vuelo efectivo, a los aeronavegantes con función aeronáutica a bordo de aeronaves, dedicados al trabajo aéreo, entendiéndose por tal el así calificado por la autoridad aeronáutica competente, y quedando excluido de este inciso el trabajo de taxi, propaganda y fotografía aéreos. b) Con un año de servicio por cada 600 horas de vuelo efectivo cumplidas en carácter de instructor o inspector. c) Con un año de servicio por cada 620 horas de vuelo efectivo, a los pilotos que actúen solos o que no estén comprendidos en el inc. a). d) Con un año de servicio por cada 1000 horas de vuelo efectivo, al personal con función auxiliar. Las horas de vuelo efectivo sólo serán tenidas en cuenta cuando sean certificadas en base a constancias fehacientes por la autoridad aeronáutica correspondiente. En ningún caso el cómputo de servicios podrá ser integrado por bonificaciones de tiempo que excedan del 50% del total computado, ni las fracciones de tiempo que excedan de 6 meses se computarán como años enteros” (3).

Por su parte, el art. 5º del mismo decreto establece que sus disposiciones comprenden únicamente al personal que se desempeñe en relación de dependencia (4).

Si bien el dec. 4.257/1968 establece que la cantidad de años de edad resultan ser 50, debe tenerse presente que la edad corresponde a los 55 años, por cuanto el segundo párrafo del art. 157 de la ley 24.241 determina que “los trabajadores comprendidos en dichos regímenes especiales tendrán derecho a percibir el beneficio ordinario cualquiera sea el régimen por el cual hayan optado, acreditando una edad y un número de años de aportes inferiores en ambos regímenes en no más de 10 años a los requeridos para acceder a la jubilación ordinaria por el régimen general”.

En cuanto a su vigencia, el propio Decreto determinó su aplicación “a partir del día 1 del mes siguiente al de su fecha”, lo que ocurrió en septiembre de 1968, conforme lo establecido en el artículo del Código Civil.

Es por demás conocido, el proceso de constante reforma que ha sufrido el régimen previsional nacional (5), ya sea mediante derogaciones —en algunos casos parciales—, remisiones o la proyección hacia el dictado de alguna reglamentación específica o particular que aún no se ha materializado, con

(3) Vinculado al régimen diferencial en estudio debe señalarse que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, en el año 2002 fue sancionada la ley 12.872, que establece condiciones de edad y años de servicio (50 años de edad y 30 de servicios) para el personal que haya prestado servicios en relación de dependencia de carácter permanente (según la ley 10.430) en la Dirección Provincial de Aeronáutica Oficial (u organismo que en el futuro la reemplacen, incluyendo también a los organismos anteriores con idénticas funciones) con tareas específicas en aeronaves como piloto, copiloto, mecánico navegante, radio operador, navegador, instructor o inspector de vuelo, auxiliar de a bordo, médicos, enfermeros, auxiliares aeronáuticos, ingenieros aeronáuticos, ingenieros en electrónica, ingenieros en telecomunicaciones, técnicos aeronáuticos, mecánicos de mantenimiento de aeronaves, mecánico de mantenimiento de equipos radioeléctricos de aeronaves y todo el personal que perciba los beneficios de las bonificaciones aeronáuticas específicas del sector, incluido el personal jerárquico. Dicha ley ha sido reglamentada por el dec. prov. 951/2004 (B.O. del 13/10/2004). En la actualidad —manteniendo vigencia la norma— se presentan numerosos casos de personal que pretende acceder a los beneficios previsionales referidos, ante el Instituto de Previsión Social (IPS) de la Provincia de Buenos Aires, pero por falta de acreditación de las bonificaciones aeronáuticas específicas —sea por falta de expedición de documentación laboral a los fines de acreditarla o prueba de realización de dichos servicios— se ven privados de obtener el beneficio en forma anticipada.

(4) Entiendo que esta referencia tiene la finalidad de diferenciarlo del trabajador autónomo —trabajador por cuenta propia, sin perjuicio de estar obligado al sistema previsional nacional conforme su actividad—, reseñando como nota de interés que el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional específicamente prescribe que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes (...)” pero tanto las normas como las reglamentaciones laborales —no así las previsionales— se han “olvidado” de dicha protección para este amplio espectro de trabajadores.

(5) La última reforma se produce mediante ley 26.425 (B.O. del 09/12/2008) que estableció un único régimen previsional público que se denomina Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

facultades para ello por el poder administrador, señalando que ante estas deficiencias en la técnica legislativa (o ausencia de una legislación actualizada) ha sido la jurisprudencia la que trató —previo al análisis de la cuestión sometida a estudio en el presente trabajo—, la vigencia del dec. 4.257/1968, como ha quedado expuesto en la causa “Argeri Iriart”, si bien tramitando ante la justicia de la Seguridad Social, por cuanto se trató del inicio de un procedimiento administrativo a los fines de obtener un “reconocimiento de servicios” de un trabajador, que había prestado servicios como empleado del Banco Nación y como comisario de a bordo en la empresa Aerolíneas Argentinas.

En dicha acción el actor había solicitado la transformación de un expediente en pedido de jubilación ordinario, pero más allá del caso particular, surge claramente del voto del Dr. Fasciolo, la vigencia del régimen en estudio, ya que oportunamente se señaló que:

“el régimen establecido por el art. 3º de la 4.257/1968 para los aeronavegantes, cuya vigencia quedó sucesivamente prorrogada por las leyes 24.017, 24.175 y 24.241”. Para sustentar lo expuesto refiere en su voto que: “por el primer párrafo del art. 157 de la ley 24.241 se declararon vigentes las disposiciones de la ley 24.175 y prorrogados los plazos establecidos hasta que el PEN propusiera 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 (...) y (...) el Congreso de la Nación haya dictado la ley respectiva. Es por ello que habiéndose cumplido en exceso el plazo de un año fijado en la norma sin que el PEN propusiera el listado al Congreso para que posteriormente dictara la ley, implica que la condición para poner fin a la vigencia de los regímenes especiales se encuentra pendiente, lo que implica su plena vigencia”.

Por otra parte y en un fallo específico del régimen previsional diferencial del Personal Aeronavegante, como es “Garabello”, siendo éste uno de los primeros procesos en los que se planteó la problemática vinculada a la aplicabilidad del art. 252 de la LCT, el Dr. Gibourg, llega a la misma conclusión —la vigencia del régimen diferencial del dec. 4257/1968—, precisando que:

“el dec. 4.257, publicado en el Boletín Oficial el 2 de agosto de 1968 y reglamentario de la ley 17.310 (art. 9º), dispuso en su artículo tercero que ‘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 (...)’. Años después, la ley 23.966, de financiamiento del régimen nacional de previsión social, dispuso, a partir del 31 de diciembre de 1991 y bajo el título ‘Derogación de regímenes de jubilaciones especiales’, la derogación de las disposiciones legales específicamente detalladas (referidas, en lo central, a retiros militares) y de ‘toda otra norma legal que modifique los requisitos y/o condiciones establecidas por la ley 18.037 (...)’. No encuentro razones para excluir el dec. 4.257/1968 de esta genérica derogación final; esta interpretación se encuentra reforzada por el contenido de la posterior ley 24.017, que prorroga por ciento ochenta días diversos regímenes diferenciales, entre los que expresamente se menciona el dec. 4.257/1968 (art. 1º). Esta última ley encomienda al Poder Ejecutivo ‘la realización de un nuevo análisis técnico sobre cada uno de los regímenes mencionados en el art. 1º, a efectos de que informe a la Comisión Bicameral ley 23.966, apelando al conocimiento científico de las áreas pertinentes, cuáles de las tareas comprendidas en los mismos determinan envejecimiento precoz o disminución de la expectativa de vida’. Como consecuencia de esta delegación técnica, se suspende la aplicación de aquellas normas de las leyes 18.037 y 18.038 que facultaban al Poder Ejecutivo para ‘establecer límites de edad y de servicios diferenciales para la obtención de la jubilación ordinaria’. Hasta aquí resulta claro que, luego de la derogación prevista por la ya referida ley 23.966, algunos de los regímenes diferenciales involucrados (entre ellos, el dec. 4.657/1968) recobraron una vigencia transitoria entre el 1 de enero de 1992 y el 28 de junio del mismo año. Meses después, la ley 24.175, publicada en el Boletín Oficial el 30 de octubre de 1992, prorrogó por un año a partir del 1 de enero de 1993 ‘la vigencia de los regímenes diferenciales de jubilaciones’ y la duración de la Comisión Bicameral creada por el art. 12 de la ley 23.966. Antes de la finalización de tal plazo, fue dictada la ley 24.241, publicada en el Boletín Oficial el 18 de octubre de 1993. Dicha ley facultó al Poder Ejecutivo para que, en el término de un año, propusiera un listado de actividades que merecieran un régimen especial; dispuso que, mientras el Poder Ejecutivo no hiciera uso de tal facultad y el Congreso no dictara

la ley respectiva, continuarían vigentes las disposiciones de la ley 24.175 y prorrogados los plazos allí establecidos. Dado que tal reglamentación no ha sido dictada todavía, podría reconstruirse la vigencia intermitente del dec. 4.657/1968 en estos términos: indiscutiblemente vigente entre el 11 de agosto de 1968 y el 30 de diciembre de 1992, recobró tal estatus entre el 1 de enero de 1992 y el 29 de junio de ese mismo año y, una vez más, a partir del 1 de enero de 1993. En este entendimiento, es indudable que, por las particulares remisiones legales descriptas y al momento de la intimación telegráfica de la demandada, el decreto 4.657/1968 se encontraba vigente”.

La claridad y precisión del voto del Dr. Guibourg en este fallo me exime de efectuar comentarios respecto de la vigencia del régimen previsional del personal Aeronavegante.

II. La consideración del régimen previsional del personal aeronavegante como diferencial. Aspectos particulares

La doctrina previonalista clasifica, dentro del sistema previsional, los diversos regímenes, señalando la existencia de un régimen general, que se lo suele definir como “común u ordinario” y, otros regímenes diferentes, a los que denominan, “particulares”, “complementarios”, “especiales” y justamente, el que aquí nos ocupa, “diferencial”. No resulta ser objeto del presente trabajo ahondar sobre la referida clasificación, sin perjuicio de la constante referencia y análisis de este régimen diferencial (6). Como claramente lo señala José I. Brito Peret:

“la composición de nuestro sistema previsional en los días que corre es, aparentemente, simple. Existe un régimen general (común u ordinario), delineado por las leyes 24.241 —con sus reformas— y 26.425 (SIPA) que abarcan, por igual, a los trabajadores dependientes y a los autónomos funcionando en paralelo con una serie abierta de diferentes regímenes previsionales los cuales, en forma paulatina, fueron instaurándose con anterioridad a dicho plexo normativo” (2009: 737).

Elo así que, dentro de la clasificación de los diversos regímenes previsionales, se define al régimen “diferencial” como el “establecido para los afiliados que realicen tareas penosas, riesgosas, insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro (...)”; situación que justifica los diferentes requisitos vinculados a la edad y años de servicios (menores y diferentes) comparándolo con el régimen general u ordinario. Sobre el régimen diferencial, Brito Peret considera la existencia de un doble fundamento que justifica su regulación específica, ya sea por “la propia naturaleza de las actividades ejercidas en cuanto involucran tareas penosas, riesgosas, determinantes de vejez o agotamiento prematuros y las especiales condiciones de aquellas al desarrollarse en lugares insalubres por la autoridad competente” (2009: 41). De tal forma que, analizadas las tareas que realizan los trabajadores y su comprobado impacto negativo en la salud de aquellos, se accede al beneficio previsional en edad más temprana y, en algunos casos con menor cantidad de años de servicios que los que se requieren para acceder al beneficio previsional común u ordinario.

Debe aclararse, además, con una finalidad meramente didáctica que el presente régimen diferencial no resulta ser insalubre como las tareas incluidas en los primeros artículos del dec. 5247/1968, por cuanto compete únicamente a la autoridad de aplicación (autoridad laboral provincial o de la CABA), constatar la realización de tareas en lugares o condiciones insalubres, pudiendo ser requerida tanto por empleador, el trabajador (mediante denuncia), por la representación sindical con personería gremial, o por inspección de oficio, produciéndose así, sólo en caso de constatación “la declaración de insalubridad del lugar, tarea o ambiente de trabajo” que se dictará respecto del “domicilio del establecimiento laboral” o lugar donde se lleve a cabo la tarea (que podría ser la aeronave), todo ello mediante el procedimiento para proceder a la “calificación del carácter de lugares, tareas o ambientes de trabajo, normales o insalubres”, regulado por la Resolución del MTEySS 212/2003.

(6) Para un análisis profundo de la clasificación y tratamiento de los diversos regímenes previsionales, puede consultarse Brito Peret, José I. (2009). “Notas sobre los regímenes previsionales diferenciales. Una indefinida situación”, En TySS, El Derecho. Buenos Aires: Universitas SRL.

Entonces, no caben dudas acerca de la consideración del régimen previsional como “diferencial”, atento a las exigencias propias de la actividad aeronáutica, vinculadas con la cantidad de horas de vuelo cumplidas, según el detalle efectuado mediante la transcripción del art. 3º del dec. 4.257/1968. Además pueden considerarse como consecuencias psicofísicas propias de dicha actividad: la fatiga de vuelo por efecto de las vibraciones, efectos en el sistema músculo-esquelético, efectos en el sistema cardiovascular, en el sistema digestivo y en otros órganos, efectos provenientes del ruido, cambio del umbral temporal —disminución transitoria de la agudeza auditiva; cambios del umbral permanente trauma acústico, efectos por el cambio de temperaturas—, entre otros factores que, se han observados se vinculan a la actividad de aeronavegación en el desarrollo de la tarea del personal aeronavegante.

Por último, y no con menos importancia, debe agregarse que a los fines del financiamiento de estos regímenes diferenciales, se mantienen vigentes las disposiciones de la ley 24.175, por cuanto el PEN no propuso el 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, que imponía el art. 157 de la ley 24.241 —como se indicara al hacer mención al voto de Gibourg en el fallo “Garabello”—. Asimismo, continúan vigentes las normas contenidas en el dec. 1.021/1974” que establece: “Los empleadores estarán obligados a efectuar un depósito adicional en la cuenta de capitalización individual del afiliado de hasta un cinco por ciento (5%) del salario, a fin de permitir una mayor acumulación de fondos en menor tiempo. Este depósito será asimilable a un depósito convenido”. Justamente la menor cantidad de años de aportes se compensa con este adicional establecido a cargo del empleador, tema sobre el cual volveremos en las conclusiones finales.

III. El contenido del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo. Aspectos prácticos para su aplicabilidad

La LCT, en su Título denominado “De la Extinción del Contrato de Trabajo, Capítulo X, “De la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador” regula esta causal de extinción del contrato de trabajo, al prescribir:

“Cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para obtener una 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 (con la modificación efectuada por la ley 24.347). 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”.

Reglamentando dicha norma, el dec. 679/1995, en su art. 5º, dispone que:

“El empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252 del Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744 t.o. dec. 390/1976 y su modificatoria 24.347) cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU), los que resultan ser: para los hombres haber cumplido los sesenta y cinco [65] años de edad y para las mujeres que hubieran cumplido sesenta [60] años de edad. En ambos casos, se debe acreditar treinta [30] años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad (art. 19, primer párrafo, de la ley 24.241). En cuanto a los requisitos, existe una excepción prevista en el segundo párrafo del art. 19 de la ley 24.241”.

Respecto de este último caso, se trata de la opción que otorga el ordenamiento a las mujeres para poder continuar con su actividad laboral hasta cumplir los 65 años de edad.

Como se indicara en el punto anterior respecto de la clasificación de regímenes dentro del sistema previsional, debe señalarse que el régimen general u ordinario resulta ser la forma normal de culminación o extinción de la principal modalidad contractual promocionada por la LCT, que es la denominada “por tiempo indeterminado”, regulada en los arts. 90 y 91. Ello es así por cuanto, es el propio art. 91 de la LCT el que establece el alcance de dicha modalidad, ya que el mismo tendría como causa natural de extinción del contrato el momento de la obtención por parte del trabajador de algún beneficio previsional conforme su actividad, las condiciones propias de edad y años de servicio, sin que dicha extinción implique alguna obligación indemnizatoria para el empleador.

En este sentido y resultando la obtención de un beneficio previsional la consecuencia lógica por la prestación de servicios durante toda una vida, Raúl Horacio Ojeda considera que “desde otra óptica, también deberíamos considerar que una persona que ha llegado a los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria ya ha contribuido durante un lapso prolongado de tiempo con el sistema productivo, razón por la cual resulta merecedora del descanso que conlleva la jubilación y de otra forma de disfrutar la vida” (2005: 528). También refiere sobre este tema, pero desde un punto de vista particular Luis E. Ramírez Bosco, quien señala que: “La extinción no es por jubilación, es por despido (o por renuncia o mutuo disenso) del trabajador en condiciones de jubilarse, despido al que —si se atiende a las exigencias normativas— la ley releva de las consecuencias indemnizatorias que son regla” (Ramírez Bosco, 2007: 582).

En cuanto a la materialización de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador y que, consecuentemente libere al empleador de las obligaciones indemnizatorias establecidas para los casos de extinción del contrato de trabajo sin justa causa, la propia norma establece un procedimiento de cumplimiento ineludible y obligatorio para este último.

En particular y sintéticamente, el procedimiento contenido en la norma determina la configuración de los siguientes requisitos: 1) La formulación de una intimación fehacientemente al trabajador por el empleador para que inicie los trámites pertinentes (cumplidas las condiciones de edad y servicios, sino no existiría esta posibilidad con una expresión suficientemente clara en ese sentido). De lo expuesto, se colige que es una obligación de empleador verificar que el trabajador reúna los requisitos para acceder al beneficio jubilatorio. Sin embargo, en cuanto a este requisito, el Dr. Miguel Ángel Maza indica que “(...) se ha señalado que si bien es una obligación del empleador investigar y probar que su dependiente reunía los requisitos, ciertas decisiones judiciales han insistido en que es el trabajador el que (...) por el principio de buena fe que debe regir en toda la relación contractual (...) debería noticiar al empleador de que no se encontraba en las condiciones que aquél pensaba” (2008: 527); 2) la efectiva entrega de la documentación necesaria al trabajador (los conocidos formularios PS 6.2 de Certificación de Servicios y Remuneraciones y el formulario PS 6.1 de Afectación de Haberes, ambos de la ANSES, documentación que se obtiene actualmente a través de la página web, conforme la Resolución de ANSES 601/2008). En cuanto a este último requisito, comúnmente se procede a la entrega de la documentación mencionada en el establecimiento laboral, con la correspondiente suscripción de copias por el trabajador indicando la fecha de la recepción de los mismos. Para el caso de negativa por parte del trabajador en recepcionar la documentación laboral, el empleador podría recurrir a la consignación judicial de dichos documentos, señalando desde ya que la “mera puesta a disposición” no cumple con los recaudos normativos exigidos por la norma.

La referencia efectuada en el párrafo anterior tiene una vital importancia práctica, por cuanto el plazo de un año establecido en el art. 252 del LCT sólo puede computarse desde dos momentos distintos, a saber: a) desde la notificación de la intimación para iniciar los trámites, efectuada por medio fehaciente cuando se hubiera entregado la documentación con anterioridad a la misma (caso de entrega con anterioridad o simultánea a la notificación) o b) desde el momento de la entrega de la documentación respectiva si ésta fuera posterior a la notificación cursada (caso de entrega posterior). Así lo resolvió la jurisprudencia en autos: “Castelan Mirko”.

Por otra parte, debe tenerse presente que la notificación cursada en los términos de este art. 252 de la LCT importa un preaviso, pero el mismo no es considerado en todos sus términos como la institución

regulada por los arts. 231 y ss. de la LCT, es decir, para que el trabajador pueda utilizar un tiempo de la jornada para conseguir otro empleo. Coincidentemente con lo expuesto, éste es el carácter que le ha dado la jurisprudencia al caso particular de personal aeronavegante:

“La finalidad inherente al preaviso, es decir que el trabajador perciba las remuneraciones correspondientes y que pueda utilizar un lapso de la jornada para procurarse un nuevo empleo, están ausentes de la disposición del art. 252 LCT. El trabajador en este último caso, sólo debe iniciar el trámite jubilatorio ante la intimación del patrono y esperar a que la agencia previsional se pronuncie o se agote el plazo de un año, por lo que *no corresponde la suspensión del plazo por enfermedad inculpable o accidente de trabajo*. Una vez que el dependiente ha iniciado el trámite, la circunstancia de que se encuentre imposibilitado para trabajar por causa de enfermedad o accidente no incide sobre el trámite de su solicitud previsional” (causa “Varela, Enrique c. Aerolíneas Argentinas SA”).

Este criterio refuerza, lo expuesto con anterioridad por la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —CNAT—, en el fallo de fecha 30/6/1998, en autos: “Minuzzi Jorge M. c. Aerolíneas Argentinas SA”. Del mencionado fallo “Varela”, también se desprende que ante el acaecimiento de alguna contingencia durante el plazo del preaviso del 252 de la LCT, como ser el padecimiento del trabajador Aeronavegante de una enfermedad de tipo inculpable durante aquel lapso, dicha situación no implica la suspensión del término del preaviso, sin perjuicio de configurarse una de las causales de suspensión del contrato de trabajo por accidente o enfermedad inculpable contenida en el art. 208 de la LCT, norma esta última que se aplica por el plazo restante del preaviso.

Por otro lado, el trabajador siempre podría cuestionar la intimación del art. 252 de la LCT si considera que no se encuentra en condiciones de jubilarse, haciéndolo saber a su empleador-explotador de aeronaves (7) en forma suficientemente clara, como así también para el caso de configurarse alguna divergencia con algún requisito vinculado a la temporalidad. Así, lo ha resuelto la jurisprudencia en la causa “Molina Campos”:

“Sólo en el supuesto que, por error o deliberada intención de perjudicar, el empleador cursara la intimación autorizada por el art. 252 de la LCT, sería susceptible de un cuestionamiento el acto extintivo de la relación laboral y susceptible su calificación como ilegítimo, pero para que ello suceda, el dependiente debe poner de manifiesto no encontrarse en la condiciones legales requeridas para obtener el porcentaje máximo de jubilación ordinaria”.

Es por ello que el empleador-explotador de aeronaves debe expedir la documentación laboral consignando claramente que se trata de servicios diferenciales, cumpliendo así, con las prescripciones requeridas por el art. 3º del dec. 4.257/1968, sumado a que las horas de vuelo a tener en cuenta para el cálculo deben ser certificadas en base a las constancias fehacientes por la autoridad aeronáutica correspondiente (Fuerza Aérea Argentina). Asimismo, la bonificación respecto de la función desempeñada, no puede ser superior al cincuenta por ciento (50%) del total computado, siendo éste el límite máximo para el caso de superar dicho porcentaje.

Por último, y sin perjuicio de lo expuesto, nada impide que el contrato de trabajo se extienda más allá del cumplimiento del plazo anual contenido en el art. 252 de la LCT, como fuera sostenido por la jurisprudencia para el caso del régimen previsional diferencial en estudio, en la causa “Mandarino” al indicar que:

“Nada empece a que las partes prolonguen la relación laboral más allá del plazo de extinción previsto por la norma y que en tanto los trabajadores consintieron la decisión de su principal y ésta no renunció tampoco a su facultad de extinguir sin obligación indemnizatoria, el cese dispuesto casi un año después de dicha comunicación se ajustó en un todo a derecho”. En el mismo sentido, se sostuvo en autos “Dupuy” que “nada impide que las partes puedan prolongar la relación laboral más allá del

(7) El art. 65 del Código Aeronáutico, señala que: “Este código denomina explotador de la aeronave, a la persona que la utiliza legítimamente por cuenta propia, aun sin fines de lucro”.

plazo fijado en el art. 252 de la LCT y hasta su efectiva denuncia por cualquiera de ellas, sin afectar la situación desde el punto de vista indemnizatorio”.

Analizada la normativa laboral en cuanto a los requisitos de configuración de la causal de extinción del contrato de trabajo por jubilación según el art. 252 de la LCT, como así también algunos aspectos prácticos para lograr la eximición indemnizatoria para el empleador-explotador de aeronaves, seguidamente se tratará la cuestión vinculada a la problemática actual del Personal Aeronavegante atento a los casos de jurisprudencia existentes en el fuero laboral en la actualidad.

IV. Cuestiones planteadas en la jurisprudencia en torno a la notificación del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo habiéndose cumplido las condiciones (edad y servicios) del régimen previsional diferencial del personal aeronavegante. ¿Opción del trabajador o facultad del empleador?

Se han observado en el fuero laboral de la Capital Federal, diversos planteos de los trabajadores aeronáuticos en torno a la aplicación del procedimiento descrito en el punto anterior conforme el art. 252 de la LCT, esto es, aquel trabajador Aeronavegante que ha recibido la notificación de su empleador-explotador de aeronaves respecto de la intimación a iniciar los trámites jubilatorios estando cumplidos (presuntamente acreditados) los requisitos establecidos en el dec. 4.257/1968 con los alcances de edad y años de servicios antes mencionados, y se produce una negativa del trabajador a aceptar la intimación cursada, manifestando explícitamente que no desea optar por el régimen previsional “diferencial”, sino que prefiere continuar prestando servicios en la empresa explotadora de aeronaves hasta tanto se reúnan las condiciones que reglamentan el régimen “general u ordinario”.

Entiendo que dos son las razones que llevan al trabajador Aeronavegante a rechazar el paso a la pasividad, sin perjuicio de considerar al mismo como un “beneficio” para aquél.

La primera razón, se encuentra vinculada a la diferencia que habría entre los montos emergentes del “haber previsional” y “el haber salarial” o salario en actividad. Esta situación, fue puesta en consideración por la jurisprudencia, como se referirá seguidamente, entendiéndose que la situación planteada deviene del cambio legislativo imperante en el régimen de la Seguridad Social operado mediante la ley 24.241, por cuanto se produce claramente una diferenciación —por disminución— de los haberes salariales y los haberes previsionales.

Al respecto, es muy interesante el comentario que formularan oportunamente Juan Carlos Fernández Madrid y Amanda Beatriz Caubet, al comentar la mencionada Ley y lo que llamaban “la derogación implícita del art. 252 de la LCT”, por cuanto haciendo referencia al texto del mencionado artículo, originado en la ley 21.659 del año 1977 en comparación con el de la ley 24.241, referían que:

“Se admitía entonces una resolución unilateral del contrato sin obligaciones indemnizatorias respecto de los trabajadores en condiciones de obtener el porcentaje máximo del haber de la jubilación ordinaria, porque el dependiente pasaba sin solución de continuidad y sin pérdida del nivel de sus ingresos de la condición de activo a la de pasivo. De ahí que podía tener alguna justificación esta potestad conferida al empleador de despedir sin pagar indemnizaciones y sin incumplir el mandato constitucional: el despido dejaba de ser arbitrario porque el salario era reemplazado por una prestación equivalente proveniente de la seguridad social, cerrándose así sin perjuicios la vida activa del trabajador. La actual ley jubilatoria cambia sustancialmente el régimen de las prestaciones, tanto en cuanto a los requisitos, ya que ahora se requieren 65 años de edad los hombres y 60 las mujeres y 30 años de servicios con aportes (arts. 20 y 47, ley 24.241) como en cuanto a la forma de cálculo del haber jubilatorio. En ningún caso se establece una relación entre el haber de pasividad y el sueldo de actividad y las bases de los distintos regímenes, público o privado, difieren totalmente para su cómputo de las disposiciones de la ley 18.037. De tal modo que para la mayoría de los trabajadores se ha dejado de lado la idea de que el haber de pasividad debe corresponder a una porción equivalente al salario. El art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, a partir del 1 de febrero de 1994, debe considerarse una norma inaplicable” (Fernández Madrid y Caubet, 1999: 20).

A los fines de resaltar aún más lo expuesto en aquel momento por esta prestigiosa doctrina, deberá tenerse presente la remuneración que percibe un piloto en la actualidad, sin perjuicio de estar alcanzado por el impuesto a las ganancias, y observar los anuncios realizados por el Poder Ejecutivo Nacional —PEN—, respecto de los aumentos que se fijan anualmente (dos veces por año en marzo y septiembre) en función de la Ley 26.417 de Movilidad de los Haberes Jubilatorios sobre los haberes jubilatorios (8), para establecer la amplia diferencia que existe entre éstos últimos y el salario en actividad.

La segunda razón, resulta ser la propia edad del personal en cuestión, recordemos que el régimen particular fue dictado en el año 1968 y, como se indicara respecto de su vigencia, dicho régimen fue prorrogado por la falta de actualización de los listados de actividades que requieran la consideración de “diferencial”, atento a las sucesivas reformas y omisiones legislativas en particular, descartando que el avance tecnológico en general y de la actividad aeronáutica en particular, requiere necesariamente, un análisis respecto del estado actual del régimen.

Teniendo en cuenta esta situación de falta de actualización de las condiciones que permiten considerar un régimen como diferencial, por medio de la Resolución 11/2011 de la Secretaría de la Seguridad Social del MTEySS, se creó la “Comisión Técnica Permanente sobre Tareas Diferenciales”, en cuyos considerandos se indica especialmente que “los Regímenes Diferenciales integrantes del Sistema de la Seguridad Social Argentino requieren un análisis y un estudio exhaustivo de las distintas ramas de actividad que componen las tareas causantes de riesgo, penosidad, insalubridad y agotamiento prematuro”, determinando como objetivo principal el de “emitir opinión sobre las 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. 1º). Más allá de la creación de la mencionada comisión, no se conocen análisis o estudios sobre la situación especial del personal Aeronavegante en concordancia con los avances de la actividad aeronáutica en general, lo que supone la necesidad de una rápida revisión de los trabajadores de esta actividad por considerar que los fundamentos objetivos que llevaron al legislador del año 68 a establecer las condiciones del régimen diferencial resultan totalmente diferentes a la situación actual, sin que lo expuesto implique una supresión del régimen diferencial.

Ante esta situación planteada se han iniciado diversas acciones, declarativas u ordinarias de inconstitucionalidad, amparos, medidas de no innovar, despidos, etc., que al parecer han cambiado la jurisprudencia de la CNAT por considerar que no resulta aplicable al régimen previsional “diferencial” del personal Aeronáutico la intimación y, concordantemente, los efectos del art. 252 de la LCT. Además, adelanto que las primeras acciones, del derrotero de fallos que se citarán, negaban en primera instancia la pretensión de los actores, situación que será revertida con los fundamentos que se expondrán.

Resulta oportuno, entonces, hacer mención a que la competencia de estas acciones corresponde a la Justicia Nacional del Trabajo (únicamente fue demandada la empresa Aerolíneas Argentinas), estando excluida la intervención de la Justicia Federal de la Seguridad Social, por cuanto se trata de un caso particular de aplicación de una norma de la LCT a un estatuto especial justamente por estar vigente la relación de trabajo. En este sentido la jurisprudencia sostuvo en la causa “Meza”:

“Encuadra dentro de las disposiciones del art. 20 de la ley 18.345 la acción declarativa interpuesta por un trabajador de Aerolíneas Argentinas, tendiente a conjurar el estado de incertidumbre concerniente a la aplicación del art. 252 de la LCT y en relación con la extinción del vínculo para acceder a la jubilación ordinaria. La pretensión ha sido dirigida contra la empleadora y se trata de un conflicto concerniente a la resolución del contrato de trabajo y a las obligaciones de las partes, que es ajeno al marco de la ley 24.463. En consecuencia no es competente la justicia Federal de la Seguridad Social, sino esta Justicia Nacional del Trabajo”.

(8) “Los haberes de todos los jubilados y pensionados que dependen de la ANSES recibirán en marzo, y por aplicación de la Ley de movilidad previsional, una recomposición de 18,26%. Según lo anunciado ayer por el gobierno nacional, el ingreso mínimo será de \$3821.73, y el máximo, de \$27.998,69 (en bruto). Fuente: Diario “La Nación”, del 31 de enero de 2015.

Aclarada dicha cuestión vinculada a la competencia, y a los fines de ilustrar las resoluciones de la jurisprudencia en la actualidad, primero debe precisarse la caracterización de la intimación efectuada por el empleador-explotador de aeronaves, esto es, si se trata de una facultad del empleador o si por el contrario, se trata de un derecho a opción para el trabajador Aeronavegante. El análisis de esta cuestión que, bien podría haberse incluido en el punto anterior, se ubica en este punto por ser —a mi entender— la cuestión principal a dilucidar no sólo para determinar la aplicación o no del art. 252 de la LCT a este régimen previsional diferencial sino también, para cualquier otro, adelantando esta circunstancia como alguno de los interrogantes que presenta esta cuestión. El otro punto de interés resulta ser si la referencia especial del art. 252 de la LCT lo es únicamente para la jubilación ordinaria o también resulta aplicable a todos los regímenes diferenciales, incluyendo el del personal aeronavegante.

Planteado el problema, se señalarán seguidamente las posturas encontradas sobre esta temática, refiriendo en particular que mediante el análisis exegético de la norma, surge claramente del texto del art. 252 de la LCT que, cuando el trabajador reuniera los requisitos para acceder el beneficio previsional: “El empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites”. Si bien la norma es lo suficientemente clara respecto a que se trata de una facultad —siguiendo la literalidad del texto—, la búsqueda de su confirmación en la doctrina laboralista nacional no es tan explícita, más allá de que varios autores así la consideran.

Sobre esta cuestión, Julio Armando Grisolia indica que “los arts. 157, ley 24.241 y 252 LCT, al reglar de modo expreso una facultad a favor del empleador para extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentra en condiciones de acceder a algún beneficio previsional, descarta la posibilidad de opción de éste” (2004: 1).

Por su parte, explica Luis E. Ramírez Bosco al comentar el dec. regl. 679/1995 que:

“el mismo dec. 679/1995 —parecería que a conciencia de la marginalidad de la facultad reglamentaria que se está ejerciendo de ese modo— lo que dice es asertiva o positivamente, que el empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252 LCT cuando el trabajador reuniera los requisitos necesarios para acceder a la PBU..., lo cual, literalmente, no quiere decir que solo en ese caso y no cuando el trabajador alcance a tener derecho a cualquier otra prestación, con lo cual no elimina —subráyese, literalmente— los supuestos de que el empleador intime cuando el trabajador llegue de tener las condiciones de acceder a las demás prestaciones vistas” (2007: 586).

Las referencias efectuadas tienen una razón de ser ya que, tanto la doctrina laboralista como así también la jurisprudencia, se han ocupado más de las consecuencias de haber cumplido o no con los requisitos que impone el “procedimiento” del art. 252 de la LCT —acreditación de requisitos, notificación, plazo anual, etc.— a los fines de determinar si el despido era o no legítimo y, con ello la procedencia o no de una indemnización, pero no tanto de su naturaleza jurídica, señalando que es considerada una facultad que tiene el empleador de extinguir el vínculo cuando el trabajador reúne los requisitos establecidos en la norma. Desde ya que no debe confundirse esta facultad con la obligación o la carga que tiene el empleador de constatar que el trabajador tenga los requisitos de edad y años de servicio, con el ejercicio de aquella. Sin perjuicio de ello, no debe obviarse que así como existe la mencionada carga para el empleador de constatar la situación del trabajador, este último —obrando de buena fe, art. 63 de la LCT— debería comunicar a su empleador luego de recibir la intimación, que no se encontraba en condiciones de acceder a algún beneficio previsional, como fuera mencionado.

Desde otra óptica Silvina C. Capece señala que “en este sentido, el art. 252 LCT constituye un derecho del empleador que le permite dar por concluida la relación laboral por tiempo indeterminado sin abonar la indemnización por despido incausado (...)” (2012: 592). Amplía su postura con fundamento en los términos de la propia norma: “Nótese que cuando el legislador ha querido marcar una opción lo ha hecho de manera expresa, por ejemplo en la opción de la mujer de trabajar hasta los 65 años” (2012: 592). La especial referencia de esta autora a la consideración de un derecho del empleador resulta de su análisis sobre las vinculaciones del art. 252 de la LCT y los regímenes diferenciales —ya identificados— poniendo de manifiesto que existen dos posturas, la que considera una facultad a la

intimación del art. 252 LCT como así también la consideración —sólo para el régimen diferencial— de una opción del trabajador.

Pero esta situación ya había sido puesta de manifiesto por Jorge G. Bermúdez, al señalar:

“Sin embargo, tal metodología en procura de reparar la generalización legal naufragará probablemente por la errónea utilización de la facultad reglamentaria (art. 99 inc. 2º, de la Constitución Nacional), porque la regla dirigida a la ley 24.241 restringe inequívocamente el alcance de la facultad del empleador, asignada por una norma de mayor jerarquía, que no alude ni directa, ni indirectamente, a su reglamentación ulterior, a lo que cabe añadir las complejidades que pudieren derivar de aquellos regímenes especiales subsistentes en virtud de la vigencia prorrogada de la ley 24.175 a su respeto, lo que es ratificado por el art. 157 de la ley 24.241” (2011: 196).

También Raúl Horacio Ojeda puso en evidencia la temática planteada, haciendo extensiva la intimación del art. 252 de la LCT no sólo a los beneficios previsionales de la ley 24.241 sino también, a los regímenes diferenciales, al afirmar que:

“Del articulado mencionado también podemos deducir que el contrato “tipo o modelo” no es en realidad por tiempo indeterminado, sino que tiene un plazo cierto de vencimiento, que las partes pueden o no activar, que se cumplirá cuando el trabajador esté en condiciones de obtener una de las prestaciones de la ley 24.241 de jubilaciones y pensiones (o de otro de los 124 sistemas previsionales que existen en Argentina: cajas provinciales, profesionales, etc.)” (2005: 530).

Posteriormente Miguel Ángel Maza con extrema claridad y contundencia resaltó que:

“En este aspecto, deberá tenerse en cuenta que si bien la ley 24.241 establece estos requisitos, existen otros regímenes especiales que exigen una menor cantidad de años de servicios con aportes e inclusive contar con una edad menor a la requerida en la ley general. Tal es el caso de los docentes, los conductores de colectivos, el personal embarcado o aeronavegación, entre otros (...). En tales supuestos, la intimación puede efectuarse cuando el trabajador esté en condiciones de jubilarse según ese régimen” (2008: 428).

Ante las diversas opiniones planteadas y teniendo en cuenta que se trata del régimen previsional diferencial del personal Aeronavegante, la jurisprudencia de la CNAT ha tratado esta difícil cuestión produciéndose así un viraje en la jurisprudencia —debe recordar el lector que mayormente los primeros fallos rechazaron la pretensión en primera instancia—, atento a que las acciones referidas anteriormente habían planteado el siguiente escenario:

— El trabajador Aeronavegante está en condiciones de jubilarse (edad y años de servicios) en el régimen diferencial, no así en el régimen general de la ley 24.241, hoy reformada por ley 26.425 que estableció el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

— Se ha producido la intimación en debido tiempo y forma por parte del empleador-explotador (todos los casos son contra Aerolíneas Argentinas no se conocen demandas contra otros empleadores-explotadores de aeronaves en la jurisprudencia) como lo exige el art. 252 de la LCT.

— Se produce el rechazo por parte del trabajador a la intimación del empleador-explotador de aeronaves de iniciar los trámites indicando que se trata de una opción que ostenta para acogerse al beneficio previsional del régimen diferencial, con los argumentos que seguidamente se indicarán. Solamente en el fallo “Lago” se omitió este rechazo, iniciando así una medida de no innovar hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

— Se descarta la situación de discriminación por parte del empleador —que en algunos fallos es mencionada particularmente, lo cual se referirá seguidamente— de intimar a algunos trabajadores continuando otros prestando servicios a pesar de contar también con los requisitos para obtener el beneficio según el régimen diferencial o de autorizar a algunas categorías (pilotos o comandante) a

continuar prestando servicios superando la edad del régimen previsional diferencial, pero rechazando el derecho a opción a otras como ser auxiliar de cabina, comisario de abordaje, etc.

Planteado este escenario, reitero que se trata de una difícil cuestión por cuanto, en los primeros fallos la petición de los actores no ha tenido acogida favorable en primera instancia, siendo revocados los fallos en la CNAT, a los fines de ilustrar bien al lector, voy a realizar una referencia cronológica de los casos de jurisprudencia reseñando cada uno de sus fundamentos.

La cuestión fue tratada primeramente en el ya mencionado fallo “Molina Campos”, donde claramente se indicó, rechazando la pretensión del actor, que:

“Si el trabajador se encuentra tutelado por un régimen especial en materia de previsión (en el caso dec. 4.257/1968 — DT 1968-447) se justifica antes de la edad ordinaria que rige para los restantes dependientes, ya que ello no importa mengua de su haber de pasividad (en el caso el régimen preferencial fijaba una edad mínima de 50 años por lo que el actor, que cesó a los 56, no podría impugnar la aplicación del art. 252, Ley de Contrato de Trabajo)”.

Sin embargo, en otro fallo (“Bogan”) en el cual el actor se desempeñaba como piloto de aeronave, se dispuso que:

“El actor, trabajador de Aerolíneas Argentinas, interpuso una pretensión de amparo, fundada en el art. 43 de la CN y en los arts. 321 y conc. del CPCCN, destinada a cuestionar la conducta de la empleadora que lo habría intimado a que iniciara los trámites jubilatorios en los términos del art. 252 LCT, pese a que cuenta sólo con 50 años de edad y con sustento en la normativa específica de la actividad (dec. 4.257/1968), que más allá de su validez, generaría un beneficio sólo invocable por los dependientes. La interpelación de la empleadora podría juzgarse cuestionable, no sólo sobre la base de lo dispuesto por el ya mencionado art. 252 LCT, sino incluso en relación al sistema previsional específico que no sería razonable interpretar como consagradorio de un beneficio opcional del dependiente, en particular si se tienen en cuenta las distintas normas que tutelan la permanencia”.

En la causa “Garabello” —citada anteriormente al referirme a la vigencia del régimen con el contundente y preciso voto de Guibourg— el actor inicia una acción de amparo solicitando: 1) Se declare la inaplicabilidad del art. 252 de la LCT por cuanto la aplicación del dec. 4.257/1968 sólo establece pautas mínimas de edad y no máximas para acceder al beneficio previsional como establece el régimen común según el art. 157 de la ley 24.241; 2) Señala que la empresa realiza una práctica discriminatoria por cuanto no intima a todos los trabajadores por igual en función de la edad, sino teniendo en cuenta su idoneidad en la tarea que realizan; 3) Sostiene, además, que por este motivo que el dec. 4.257/1968 es discriminatorio y, por lo tanto, violatorio de los arts. 14 bis y 77, inc. 22 de la CN, manifestando subsidiariamente que las normas prevén un derecho o un privilegio para su parte, esto es, obtener el beneficio previsional a una edad más temprana.

En su voto, Guibourg rechaza la acción, sosteniendo que se trata de una facultad del empleador:

“La norma reseñada (el art. 252 de la LCT), prevista en el Capítulo “De la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador”, ignora la voluntad del trabajador y faculta al empleador a extinguir el vínculo, sin necesidad de aguardar que el trabajador reúna otras condiciones que las necesarias para obtener “una de las prestaciones de la ley 24.241. Por lo hasta aquí expuesto, entiendo que, siempre que el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a alguna de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador se encuentra facultado para intimarlo en los términos del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo” (consid. III).

Como se observa, en este fallo, se considera a la intimación contenida en el art. 252 de la LCT como una facultad del empleador de extinguir el vínculo, excluyendo de esta manera la “voluntad del trabajador”. Por otro lado, entendía que el dec. 4.257/68 se encontraba subordinada a las previsiones de la ley 24.241 y que, su vigencia temporal es limitada hasta tanto se dicte una nueva reglamentación especial (consid. IV). Continúa precisando que no se trata de un derecho (de opción) para el trabajador:

“No coincido con la línea interpretativa según la cual el régimen del dec. 4.257/1968 consagra sólo un derecho (de opción) a favor del trabajador (...). La redacción de esa cláusula no formula un derecho, una prohibición o una facultad; se limita a remitir a una situación de hecho, resultante de la elección del trabajador. Si no existiera otra norma que reglara el mismo caso, podría interpretarse, quizás, que existe un derecho del trabajador en tal sentido (esto es, de optar por el régimen especial o por el régimen general). Sin embargo, la lectura armónica de este artículo de la ley 24.241 y de la redacción (posterior) del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo conduce a descartar la pretendida posibilidad de opción del trabajador, al reglar de modo expreso una facultad a favor del empleador para extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentre en las ya mencionadas condiciones de acceder a algún beneficio previsional. De modo residual, entiendo plausible considerar 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 del régimen general —siempre que con anterioridad el empleador no ejerciera su facultad extintiva en sentido contrario”.

En este sentido, termina precisando para rechazar el reclamo, que la discriminación planteada y fundada en la ley 23.592, no ha sido acreditada por el actor. Sin perjuicio de ello, la situación de discriminación es excluida del tratamiento en este trabajo, ya que, la resolución de los procesos que incluyen estas cuestiones ofrecen otras aristas ajenas a la situación objetiva de contar con los requisitos para obtener un beneficio previsional en un régimen diferencial, sin perjuicio de realizar alguna referencia en los fallos que se expondrán seguidamente.

Como se puede observar, ante la nueva redacción del art. 252 de la LCT que establece una extensión a cualquier beneficio de los contenidos en la ley 24.241, esta interpretación de supuesta subordinación del dec. 4257/1968 de régimen previsional diferencial a aquella, por su limitación temporal hasta tanto se dicte un nuevo régimen según la facultad dispuesta por el art. 157 de la ley 24.241, sumado a considerar que la intimación del art. 252 de la LCT importa una facultad del empleador y no un derecho (de opción) del trabajador, permitirían considerar el cierre del debate de esta cuestión.

Sin embargo, la jurisprudencia de la CNAT ha realizado un viraje de ciento ochenta grados en este sentido a partir del año 2011 (9), en la causa “De San Félix”. En el presente fallo, a los fundamentos referidos en la causa “Garabello” se le suma la cuestión vinculada a la categoría profesional del actor como “tripulante de cabina” (10) la que a su entender no justifica la aplicación del régimen diferencial anticipado atento a que, a todas las categorías profesionales del personal aeronavegante se le realizan periódicamente exámenes médicos psicofísicos.

Nuevamente, la pretensión es rechazada en primera instancia, sosteniendo el juez nacional del trabajo que el régimen diferencial del personal aeronavegante no es inconstitucional en sí mismo sino que se establece un régimen diferencial porque se “persigue mejorar la calidad de vida de los trabajadores y dar respuestas específicas que provocan el agotamiento prematuro de la capacidad del trabajador”, recordando que estos son los fundamentos que justifican un régimen diferencial como se indicara en el punto 2.

(9) No se han encontrado casos en la jurisprudencia en el periodo 2000 a 2010 en este sentido, debiendo señalar que en un país como la Argentina muchas cuestiones pueden variar en ese periodo decenal, en especial, en del derecho del trabajo con la nueva integración de la Corte Suprema, a partir del año 2004, con los recordados fallos “Vizzoti”, “Aquino”, “Pérez c. Disco”, “González c. Polimat” “Rossi”, “ATE”, entre otros leading case.

(10) El dec. 671/1994, define al tripulante de cabina en el art. 2º, apartado r) señalando que se trata de: “personas empleadas por el explotador para desempeñar en la cabina de pasajeros funciones de seguridad y atención de los mismos”. Con una mirada crítica que compartimos, Héctor O. García, señala respecto de este personal que: “en contraposición a las tendencias regulatorias existentes en los países desarrollados, haciendo recaer un mayor costo en la operación de los transportadores que operan en la República Argentina, al destinar contenidos curriculares y formativos que no necesariamente se compadecen con la demanda profesional para este grupo de integrantes que asisten a la cabina de pasajeros” (“Estatutos de aeronavegantes, un ejemplo de desactualización regulatoria”, Héctor O. García, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, Año 2003-2: 51).

Por otro lado —reitera— los argumentos referidos a la inexistencia de opción del trabajador de utilizar uno u otro régimen, precisando que: “entiendo que la capacidad del trabajador se encuentra limitada a optar entre jubilarse en los términos de la ley especial —independientemente de la conducta del empleador— o en los del régimen general siempre que con anterioridad el empleador no ejerciera su facultad extintiva en sentido contrario”.

Para decidir el este caso, el Dr. Corach, en el considerando 4 y coincidiendo con el dictamen del Fiscal General, precisa que:

“el art. 3º del dec. 4.257/1968 establece claramente un derecho de los trabajadores a acceder a la jubilación ordinaria con 30 años de servicios y 50 de edad y la norma es constitutiva de una opción de beneficio para los dependientes. No se trata, pues de un régimen que les limite la edad para trabajar, sino de un ordenamiento que crea una condición favorable que les permite elegir cuando cumplen los años de referencia. Repárese en que el dispositivo de marras utiliza la diáfana expresión “tendrán derecho” y no sería admisible interpretar que conceptualiza un límite invocable por la empleadora en el marco del art. 252 de la LCT (...). De acuerdo con esta interpretación normativa, que desde ya comparto, parece adecuado concluir en sentido adverso al que se ha expuesto en el pronunciamiento recurrido toda vez que, si partimos de la base de que nos encontramos en presencia de un “beneficio” para el trabajador, al que puede acceder a través del “ejercicio de una opción”, mal puede entonces interpretarse que pueda resultar obligado a aceptar este “retiro anticipado por jubilación” cuando está haciendo expresa referencia a su voluntad en sentido contrario”.

Es aquí, entonces, cuando aparecen como fundamentos del fallo —y con ello también el cambio de la jurisprudencia— la consideración de que la norma diferencial del personal Aeronavegante *es constitutiva de un beneficio para el trabajador, al que puede acceder a través del “ejercicio de una opción”, no pudiendo resultar obligado a lo que disponga su empleador* —en ese caso lo califica como un retiro anticipado por jubilación según el régimen diferencial especial—, por cuanto, del propio texto del dec. 4.257/1968 surge que el trabajador “tendrá derecho”, lo que evidentemente controvierte la facultad del empleador contenida en el art. 252 de la LCT —ya comentada—, la cual no sería admisible ya que “conceptualiza un límite invocable por la empleadora”. Al respecto recordemos que la redacción del art. 3º del dec. 4.257/1968 nunca fue modificada, pero observamos que esta interpretación efectuada a más de cuarenta de su dictado años señala que el legislador habría tenido en miras otorgarle un beneficio previsional “optativo” al personal aeronavegante, resultando llamativo que nunca se reparara en esta expresión (“tendrán derecho”) para dirimir los procesos anteriores.

Más allá de lo expuesto, el sentenciante indica en el considerando 5, cual ha sido el método de interpretación para arribar a este fallo, señalando que:

“Y, por último, más allá de considerar suficientes los argumentos expuestos hasta el momento, solo por eventualidad y a fin de otorgar aún mayor argumentación a esta decisión que sugiero adoptar, considero —en consonancia con lo dictaminado por el Dr. Eduardo Álvarez— que la interpretación de este tipo de normas en las que se establece un sistema diferenciado, debe efectuarse de modo positivo y siempre favorable a los intereses del dependiente, y no solo del dependiente sino, principalmente, a favor de la tesitura normativa que gobierna la disciplina que nos rige, que se encuentra plasmada no sólo en la favorable interpretación a la que alude el art. 9º de dicho plexo legal, sino también del principio de “continuidad” al que alude el artículo 10 de la Ley de Contrato de Trabajo que exige resolver la controversia a favor de la subsistencia del vínculo laboral dependiente”.

Del presente fallo surgen como fundamentos señeros de este viraje jurisprudencial, la consideración de “un derecho a opción” para el trabajador aeronavegante para obtener el beneficio contenido en el régimen previsional diferencial, excluyendo así la idea de una facultad del empleador para este caso concreto, indicando que la invocación de la facultad contenida en el art. 252 de la LCT, implicaría establecer un límite por parte del empleador y que, recurriendo a principios generales del derecho del trabajo, la interpretación debe ser siempre en función del trabajador (art. 9º de la LCT) y estarse además al principio de continuidad de la relación de trabajo (art. 10 de la LCT).

Además, se observa que también se requiere que el tripulante aeronáutico cumpla con los requisitos de habilitación correspondiente vinculado con su aptitud física hasta llegar a la edad que establece el régimen previsional general y ordinario. Por otro lado, dada la interpretación efectuada, se descarta el tratamiento de la declaración de inconstitucionalidad del art. 157 de la ley 24.241 por ser la misma innecesaria, atento a que, ante el conflicto en la aplicación de la norma en cuestión se ha utilizado el sistema de interpretación establecido en los arts. 11 y 9 de la LCT, prefiriendo así la solución arribada.

En resumen, el tribunal interviniente determina que la accionada (Aerolíneas Argentinas) debe abstenerse de formular intimaciones en los términos del art. 252 de la LCT con referencia a lo dispuesto por el art. 3° del dec. 4.257/1968 hasta tanto el actor alcance la edad de 65 años, por cuanto legisla una opción a favor del trabajador que lo faculta para acogerse a un beneficio jubilatorio y, por lo tanto, extintivo del vínculo con anterioridad al previsto en el régimen general, más no la prohibición de continuar desempeñándose en sus funciones siempre y cuando exista la posibilidad no sólo fáctica sino también psicofísica de seguir haciéndolo, conforme los controles médicos que anualmente realiza la Fuerza Aérea Argentina a los fines de expedir las habilitaciones pertinentes.

Siguiendo el orden cronológico planteado al inicio de este punto, en autos “Nilsson”, también con el voto del Dr. Corach, se reiteran todos los fundamentos que fueran referidos en la causa “De San”.

Asimismo, en la causa “Ruiz” y con voto del Dr. Luis A. Raffaghelli, donde nuevamente se utilizan los fundamentos vertidos en los precedentes mencionados, se acentúa aún más la cuestión vinculada al derecho de optar por el beneficio previsional anticipado —por cuanto la norma previsional diferencial no lo obliga—, como así también hace una especial referencia a la diferencia existente entre la continuidad laboral y el ingreso a la pasividad (los reseñados conceptos de “haber salarial” y “haber previsional”), utilizando como fundamento la aplicación de los principios del derecho del trabajo (conf. art. 11 de la LCT) y el “bloque constitucional federal”, instituido luego de la reforma constitucional de 1994.

Por su parte, en autos “Fiore”, por revestir el actor la categoría de tripulante de cabina (ver nota 10) se reproducen los fundamentos del fallo “De San” resaltando, conforme el voto de la Dra. García Margalejo, la situación de desigualdad entre las diversas categorías profesionales del personal Aeronavegante, sobre todo vinculado a que quien ostenta mayor responsabilidad —el piloto (11)— ha sido autorizado de hecho —por resoluciones administrativas de la autoridad de contralor— a continuar prestando servicios más allá de la edad fijada por el régimen previsional diferencial, al señalar que “considero que en este caso concreto se produce una discriminación normativa entre el personal de la misma actividad —personal aeronáutico que se desempeña a bordo de aeronaves, ver categoría invocada a fs. 5 y responde fs. 70—. En efecto, a través de la disposición 163/2006 se autorizó a las empresas de transporte aerocomercial a conformar tripulaciones de vuelo con pilotos hasta los 65 años (v. fs. 195/196) pero no ocurre lo mismo con los tripulantes de cabina. Es decir que, en virtud de dicha disposición, a los pilotos se les extendió de hecho la edad para acogerse al beneficio jubilatorio, lo que evidencia un trato desigual entre los diversos tripulantes de la aeronave sin que se vislumbren razones objetivas para concluir que las diversas actividades cumplidas a bordo de una aeronave puedan ser perjudiciales para unos y no para otros. Por el contrario, puede razonablemente afirmarse —a mi juicio— que el piloto es quien asume mayor responsabilidad y, a pesar de ello, se le autorizó expresamente a trabajar hasta los 65 años de edad, lo que modificó de hecho el régimen diferencial jubilatorio para esa categoría (...). En concreto, considero que las diferencias entre las distintas categorías de aeronavegantes no justifican a partir de las probanzas

(11) Respecto de la figura del piloto-comandante de aeronaves, se ha sostenido que “El ingente número de tareas que se deben realizar a bordo de una aeronave en una operación aérea exige la presencia de una persona capacitada que conduzca y ordene las misivas y tenga asimismo autoridad bastante para imponer las decisiones necesarias en pos de su cumplimiento. Tal persona es el comandante de la aeronave, quien viene a ser el sujeto de mayor relevancia de entre todo el personal aeronavegante. Es en definitiva el miembro de la tripulación que se encuentra al mando de la aeronave y la figura más destacada de todo el personal aeronáutico, resultado ello de hallarse al frente de una comunidad tan peculiar, asilada y efímera como lo es la comunidad de vuelo, para lo cual tiene los más amplios poderes de decisión y de juicio, tendientes al logro de la empresa aeronáutica” (“Aeronaves y Personal Aeronáutico”, Fusaro, Carlos Pablo, Abeledo Perrot - Lexis Nexis Argentina SA, Buenos Aires, 2001:301).

aquí arrimadas un trato desigual a los efectos que aquí se están tratando, ya que todos deben prestar servicios a bordo de una aeronave —aunque lo sea con distintas funciones— por lo que no me parece que se configure una pauta objetiva que habilite la distinción normativa (art. 16 CN cons. 3)”.

También se arriba a una solución análoga al caso “Ruiz”, en autos “Pesavento” vinculada a la interpretación del caso a la luz de los arts. 10, 11 y cctes. de la LCT, como así también la cuestión vinculada a reconocer el derecho del trabajador de acceder al beneficio previsional que otorga el régimen diferencial como “una opción a continuar prestando servicios”, descartando que para el caso especial se trate de una facultad del empleador, señalando que en este caso la pretensión del actor había tenido resultado favorable en primera instancia, teniendo en cuenta que se trató de un caso de despido indirecto, fundado en la falta de dación de tareas por parte de la empleadora-explotadora de aeronaves demandada, acreditadas las intimaciones correspondientes por parte del actor en ese sentido.

Por último, y para no ser redundante en los fundamentos de los fallos anteriormente referidos, existen idénticas soluciones en los casos “Baratti”, “Santos”, “Casasus”, “Islas” y “Giobbiani”, respecto de la inaplicabilidad del art. 252 de la LCT al régimen previsional del personal aeronáutico, dándole el carácter de derecho a opción para obtener el beneficio previsional en forma anticipada al trabajador aeronavegante y desechando cualquier consideración como facultad para el empleador-explotador de aeronaves, que implique un sometimiento obligatorio para aquel. Además también se equiparan las diversas categorías profesionales (pilotos y personal de cabina) respecto de la posibilidad de continuar en la prestación de servicios.

Ante el cambio jurisprudencial descripto con los fundamentos expuestos, la doctrina se ha expedido sobre esta cuestión —algunos con cuestionamientos y otros no— respecto de la solución arribada, esto es, que el personal aeronavegante opte por continuar prestando servicios —una vez intimado— hasta tanto cumpla con el requisito de edad establecido para acceder al beneficio previsional ordinario (65 años de edad), todo ello, en tanto y en cuanto, acredite en forma anual su aptitud física (examen apto psicofísico expedido por el Instituto Nacional de Medicina Aeronáutica y Espacial (I.N.M.A.E.) dependiente de la Fuerza Aérea Argentina).

En particular, el Dr. Juan José Etala (h.) refiere, en contraposición a lo dictaminado por la jurisprudencia, que la intimación contenida en el art. 252 de la LCT resulta aplicable a todos los regímenes previsionales, sean estos comunes, especiales o diferenciales —cuestionando incluso la existencia de estos últimos—, señalando que:

“Sostiene el fallo que el art. 252 de la LCT solo se refiere a las prestaciones jubilatorias de la ley 24.241 pero no a los regímenes especiales. En ese sentido no se comprende el motivo por el cual hay regímenes especiales de jubilación si no es porque el trabajador puede, y hasta es lógico, que se jubile anticipadamente atento las especiales condiciones en que se desenvuelven las tareas. Supongamos que se trata de un piloto de avión y que quiera seguir piloteando hasta los 65 años, ello no se condice con una realidad y es que no es lo mismo la edad para realizar tareas normales que para realizar tareas especiales que producen un desgaste prematuro y que generan una necesidad mayor de concentración para el desenvolvimiento de las mismas. La lógica interpretación de la ley es que quien puede obtener un beneficio jubilatorio puede ser intimado a jubilarse” (Etala, 2013: 518).

El mismo autor sostiene dicha postura al comentar el fallo “Prieto”, haciendo mención a la aplicabilidad del art. 252 de la LCT, señalando que “como puede apreciarse la ley establece como único requisito la posibilidad de obtener cualquiera de las prestaciones de la ley de jubilaciones y no únicamente la de los 65 años de edad y 30 años de servicio” (Etala, 2014: 673).

En contraposición, Amanda Lucía Pawlowsky de Pose, refiriéndose especialmente al factor económico que significa para estos trabajadores su paso a la pasividad, sostiene que:

“Lo que apoya axiológicamente la decisión adoptada es, exclusivamente un factor económico. Esto es que un sistema idóneo de previsión social deberá permitir al dependiente que entra en pasividad

proveerse de un ingreso que reemplace los créditos activos que ha perdido y ello no sucede en la realidad económica argentina dado que, en muchos casos, la entrada en pasividad no es otra cosa que la entrada en la indigencia (ver Morresi, Jorge O., “La estabilidad y la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador”, DT 2005-A-753)” (Pawlowsky de Pose, 2013: 665).

Por último, Luis E. Ramírez Bosco, realizando una aguda semblanza respecto de una u otra posición, manifiesta que:

“Si la solución correcta es una u otra, de conformidad con el derecho vigente, me parece que en principio se debería aceptar que es una cuestión de preferencia o de elegir entre dos soluciones de las cuales, en cuanto a la interpretación de la ley, no es una decididamente más convincente que la otra (...). Lo que cambia es el resultado al que se llega y la impresión es que éste es el criterio decisivo: se asume, sin decirlo pero si implicándolo con claridad, que jubilarse a los 55 años es más malo que hacerlo a los 65, porque en general jubilarse implica pérdidas económicas (aparte de otras) frente a las remuneraciones de actividad. El argumento también es comprensible y fundado en circunstancias en general ciertas y, de hecho, el voto decisivo en la sentencia anotada llega a la conclusión de que la jubilación temprana es inexigible al trabajador, porque eso es más favorable, más beneficioso y hasta —esto argumentalmente mediatizado— más protectorio para el trabajador” (2012: 172).

En mi opinión, todos los argumentos vertidos en favor o en contra resultan válidos, señalando que se ha interpretado correctamente este conflicto de normas mediante el procedimiento que establece la propia LCT (artículos 11 y 9) para arribar a la solución del mismo.

Ahora bien, demás está decir que, si no existiera esta considerable diferencia entre el “haber salarial” o en actividad y el “haber previsional”, difícilmente estaríamos tratando esta cuestión, sumado a la falta de actualización de un régimen como el que se estudia que, a la fecha de realización del presente trabajo cuenta con 47 años, periodo en el cual la actividad aeronáutica ha tenido un avance tecnológico impensado —basta con observar la cuestión actual de la utilización de los Drones y la incertidumbre de su regulación a nivel mundial, para comprender lo expuesto— para considerar que no se haya siquiera pensado en formular un serio análisis de situación actual del impacto de la actividad aeronáutica sobre la salud del personal Aeronavegante, para reformar así el régimen imperante.

V. Consideraciones finales. Necesidad de una actualización

El régimen previsional del personal aeronavegante, regulado por el dec. 4.257/1968, art. 3º, se encuentra plenamente vigente por la falta de una regulación actualizada ante las constantes modificaciones del régimen previsional en general y, además, presenta esta situación de conflicto con una norma de la LCT (el art. 252) debiendo la jurisprudencia expedirse respecto de esta situación, sobre la cual durante más de cuarenta años nunca se había reparado y ni siquiera había sido cuestionada, entendiendo que resultan ser cuestiones de coyuntura como ser la evolución del ser humano en cuanto al prolongamiento de la edad y la aptitud física del trabajo para continuar en su labor, como así también, cuestiones económicas proveniente de las diferencias existentes entre el salario en actividad y el haber previsional, cuestiones todas ellas que motivaron la negativa de este espectro de trabajadores ante la intimación de su empleador-explotador de aeronaves, conforme los reclamos arriba reseñados.

En este estado, y del contenido de la jurisprudencia citada —siendo coincidentes sus fundamentos—, se colige claramente que en estos últimos años ha variado por completo el alcance y aplicabilidad del art. 252 de la LCT respecto de este régimen previsional diferencial del personal aeronavegante y, en este orden de ideas, conviene aquí formular las siguientes consideraciones finales.

Primeramente, debo señalar que se trata de un régimen diferencial conforme los fundamentos indicados, por lo que se permite acceder al beneficio previsional en una cantidad de años de edad menor a la que se exigen en el régimen ordinario, excluyendo desde ya, cualquier consideración de trabajo insalubre o especial, por obedecer a cuestiones ajenas a la mencionada justificación.

La actividad legislativa y/o reglamentaria en materia de regímenes previsionales diferenciales no ha demostrado avances, debiendo en este caso esperar el dictado de una regulación específica o, al menos, las conclusiones a las que arribe la recientemente creada “Comisión Técnica Permanente sobre Tareas Diferenciales”, respecto de la actividad aeronáutica y su impacto en la salud del personal aeronavegante.

En función de ello y por determinación de la jurisprudencia, la posibilidad de acceder a un beneficio previsional de un régimen diferencial con cantidad de años de servicio y de edad menores al establecido para el régimen general u ordinario —por ahora únicamente referido al personal aeronavegante— resulta ser “un derecho” para el trabajador y no “una facultad” del empleador como lo establece el art. 252 de la LCT, pudiendo optar el trabajador aeronáutico entre la obtención del beneficio o, continuar prestando servicios hasta tanto se cumplan los requisitos de edad y años de servicio correspondiente al régimen ordinario todo ello, en tanto y en cuanto, se cumplan todos los requisitos referidos a la aptitud psicofísica requeridos en la actividad aeronáutica.

Además, tal precisión nos permite formular al menos una reflexión vinculada a que, si esta solución a la que arribó la jurisprudencia resulta ser aplicable únicamente al trabajador Aeronavegante, o también podría considerarse para otros regímenes diferenciales como ser el trabajador marítimo, el trabajador rural, como algunos ejemplos. Para el caso habría que tener presente si la aplicación deviene por la simple referencia normativa particular a la expresión “tendrán derecho” como fuera sostenido por la jurisprudencia, descartando desde ya que el legislación previsional haya tenido la intención de incluir o excluir actividades al momento de sancionar las normas en cuestión y de ahí precisar dichos términos. Respecto de este punto deberán esperarse a los posibles planteos judiciales y a las cuestiones coyunturales (sobre todo las económicas) que se susciten en el futuro entorno a otras actividades.

Por otro lado, y teniendo presente que se trata de un régimen previsional diferencial se establece un recargo para el explotador-empleador de aeronaves en el pago de las contribuciones con destino a la seguridad social, justamente para solventar el déficit que provoca la menor cantidad de años aportes requerida, lo que implicará un pago mayor de aportes para el caso en que el trabajador aeronáutico decida continuar hasta alcanzar la edad que establece el régimen ordinario, debiendo establecerse algún sistema de compensación por esa suma abonada en exceso, situación sobre la cual no se ha observado reparo alguno. Como contrapartida, dicha situación resultará de difícil materialización ya que, al momento de concretarse la contratación del personal y, por ende, su incorporación a la empresa explotadora de aeronaves, difícilmente se conozca cual va a ser la opción del trabajador, o si el régimen previsional diferencial seguirá vigente.

Deviene necesaria, entonces, la actualización de la normativa previsional del personal aeronavegante en forma urgente, sin que ello implique una crítica a la estructura normativa actual de facultad delegada al PEN, pero si adecuar la legislación diferencial a las nuevas condiciones tecnológicas y de impacto a la salud de los trabajadores que la actividad aeronáutica presenta actualmente.

VI. Bibliografía

BERMÚDEZ, Jorge G. (2011). “La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador”, EN: *Revista de Derecho Laboral*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, cap. 1, p. 196.

BRITO PERET, José I. (2009). “Notas sobre los regímenes previsionales diferenciales. Una indefinida situación”, EN: *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (TySS). Buenos Aires, ps. 737-767.

CAPECE, Silvina C. (2012). “Algunas reflexiones vinculadas con la intimación del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT)”, EN: *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, año 22, n. 130 (septiembre/octubre). Buenos Aires, ps. 592-598.

— (2013). “Art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo. Intimación a jubilarse (Comentario al fallo “Font Olivares”)”, EN: *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, vol. 22, (mar. 2012 / feb. 2013). Buenos Aires, ps. 692-694.

ETALA, Juan José (h.) (2013). “La intimación a jubilarse y el trabajador aeronáutico”, EN: *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, A. p. 518.

— (2014). “Comentario al fallo ‘Prieto’”, EN: *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley Online AR/DOC/356/2014, 673.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y CAUBET, Amanda Beatriz (1999). *Jubilaciones y Pensiones. Análisis Integral*. Buenos Aires: Errepar, p. 20.

FOLCHI, Mario O. (2012). “Personal Aeronáutico”, EN: *Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil*, IJ-LXVII-15, 20/12/2012.

FUSARO, Carlos Pablo (2001). *Aeronaves y Personal Aeronáutico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot Lexis Nexis Argentina SA, p. 301.

GARCÍA, Héctor O. García (2003). “Estatutos de aeronavegantes, un ejemplo de desactualización regulatoria”, en EN: *Revista de Derecho Laboral*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 2, 51.

GREGO, Rubén O. (1972). “Régimen jubilatorio complementario para pilotos aviadores”, EN: *Revista Legislación del Trabajo*. Buenos Aires: Ed. Contabilidad Moderna, vol. A, (enero / junio 1972), p. 300.

GRISOLIA, Julio Armando (2004). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 2, 1336.

LODIFE, María D. (2003). “Derecho a prestaciones previsionales. Cómputo de Servicios de Aeronavegantes. Decreto 4257/1968. Caso Práctico”, EN: *Revista Práctica y Actualidad Laboral (PAL)*. Buenos Aires: ERREPAR, agosto, p. 6, 15.

MAZA, Miguel Ángel (2008). *Ley de Contrato de trabajo. Comentada*, Buenos Aires: La Ley, ps. 527-545.

OJEDA, Horacio Raúl (2005). “Comentario al Art. 252 de la LCT”, EN: *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Concordada*, Vázquez Vialard Antonio (dir.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 528.

OROZCO, Néstor (2012). “Trabajo insalubre y regímenes jubilatorios por tareas determinativas de envejecimiento o agotamiento prematuro”, EN: *Revista Liquidación de Sueldos Práctica*. Buenos Aires: ERREPAR (LSP), enero.

PAWLOWSKY DE POSE, Amanda Lucía (2013), “Sobre la operatividad del art. 252 de la LCT en el seno de los aeronavegantes”, EN: *Revista Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, A, p. 665.

RAMÍREZ BOSCO, Luis E. (2007). “Comentario al Art. 252 de la LCT”, EN: *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, Anotada y Concordada*, Rodríguez Mancini Jorge (dir.). Buenos Aires: La Ley, p. 4, 582-600.

— (2012). “Sobre la intimación a jubilarse en un régimen diferencial”, EN: *Revista Trabajo y Seguridad Social (TySS)*. Buenos Aires, ps. 172-175.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (2003). “Ley laboral común y especial”, EN: *Revista de Derecho Laboral*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 2, 9-27.

Jurisprudencia

C. Fed. Seguridad Social, Sala III, del 13/08/1998, “Argeri Iriart, Eduardo Adrián c. ANSES s. dependientes: otras prestaciones”.

C. Nac. Trab., Sala III, del 17/11/1999 (Expte. 22462/99), “Bogan, Mario c. Aerolíneas Argentinas SA s. amparo”, en Boletín de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab., mayo 2009, p. 3.

C. Nac. Trab., Sala II, del 18/05/2000, “Garabello, Pedro Juan c. AA Aerolíneas Argentinas SA s. acción de amparo”.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 10/05/1991 (sent. 35.358), “Castelan, Mirko c. ELMA”, EN: Manual de Jurisprudencia La Ley, Ley de Contrato de Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 2002, 4ª. ed.

C. Nac. Trab., Sala VIII, del 31/10/2000 (sent. 21.649) “Varela, Enrique c. Aerolíneas Argentinas SA s. despido”, EN: Boletín de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab. (mayo 2009), p. 8.

C. Nac. Trab. Sala X, del 30/06/1998, “Minuzzi, Jorge M. c. Aerolíneas Argentinas SA”, EN: Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1998-B-2456 y EN: Revista Trabajo y Seguridad Social, El Derecho, vol. 2000-131.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 08/11/1994, “Molina Campos c. Aerolíneas Argentinas”, EN: DJ 1995-2-560 y Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1995-A-398.

C. Nac. Trab., Sala IV, del 25/10/2000 (Expte. 2408/92, sent. 86051), “Mandarino, Luis y otros c. Aerolíneas Argentinas SA s. despido”.

C. Nac. Trab., Sala VI del 26/06/2002, “Dupuy c. Aerolíneas Argentinas”, EN: TySS, El Derecho, 2003, p. 149.

C. Nac. Trab., Sala IV, del 12/06/2002 (Expte. 10.821), “Meza, Carlos c. Aerolíneas Argentinas s. acción declarativa”, EN: Boletín de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab. (mayo 2009), p. 4.

C. Nac. Trab., Sala III, del 30/09/2013, “Lago, Marcela Edith c. Aerolíneas Argentinas s. acción de amparo”.

C. Nac. Trab., Sala III, del 17/11/1999 (Expte. 22462/99), “Bogan, Mario c. Aerolíneas Argentinas SA s. amparo”, EN: Boletines de Jurisprudencia de la C. Nac. Trab., mes mayo de 2009.

C. Nac. Trab., SALA IX, del 06/06/2011, “De San, Félix Hugo c. Aerolíneas Argentinas s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala X, del 30/06/2011, “Nilsson, María Inés c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 11/11/2011, “Ruiz, Daniel Horacio c. Aerolíneas Argentinas s. restablecimiento de condiciones de trabajo”, EN: Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, Marzo 2012, n. 3, ps. 665/668.

C. Nac. Trab., Sala V, del 13/02/2012, “Fiore, Edgardo Guillermo c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala VI, del 21/09/2012, “Santos, Liliana Beatriz c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala II, del 20/11/2012, “Pesavento, Eduardo Carlos c. Aerolíneas Argentinas SA s. despido”.

C. Nac. Trab., Sala II, del 12/03/2013, “Baratti, Marcelo Aldo c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala II, del 16/10/2013, “Casasus, María del Carmen c. Aerolíneas Argentinas SA s. juicio sumarísimo”.

C. Nac. Trab., Sala IX, del 31/07/2013, “Prieto, Carlos c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”, EN: *Revista Derecho del Trabajo* Buenos Aires: La Ley, marzo, 2014, p. 673.

C. Nac. Trab., Sala VI del 30/10/2013, “Islas, Carlos Guillermo c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”.

C. Nac. Trab., Sala I, del 19/11/2013, “Giobbiani, Gabriela Amanda c. Aerolíneas Argentinas SA s. acción ordinaria de inconstitucionalidad”. ♦

Fecha de recepción: 03-05-2015

Fecha de aceptación: 15-08-2015