

EL “EDADUSMO” LABORAL Y PREVISIONAL

César Arese¹

“A década de 80 foi inteiramente dedicada ao romance: Memorial do Convento, 1982, O ano da Morte de Ricardo Reis, 1984, A Jangada de Pedra, 1986, Historia do Cerco de Lisboa, 1989”.

José Saramago, Autobiografía

(En 1982, cuando comenzó su más valiosa serie de libros que le hicieron merecedor del Premio Nobel de Literatura en 1998, tenía sesenta años. Era una persona mayor)

SUMARIO. I. Lo obvio invisible. II. Marcha inexorable. III. Protección general de personas de edad avanzada. IV. El derecho a trabajo decente de las personas mayores. V. La discriminación sobre personas mayores. A. Viejo nuevo derecho. B. Concepto de edadismo laboral. VI. Formas de discriminación etaria en el trabajo. A. Ingreso. B. Igualdad salarial. C. Discapacidad. D. Nuevas tecnologías. E. Jubilación. 1. ¿Es posible extinguir el contrato de trabajo unilateralmente? 2. Representación sindical y estado jubilatorio. F. Derechos previsionales e impuesto a las ganancias (CS, “García c/AFIP”). G. Personas mayores mujeres. H. Formación profesional y ascenso. I. Despido. VII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Lo obvio invisible

El reconocimiento especial de los derechos de las personas mayores transita un largo y, claro, lento camino. El objeto personal comprendido es un universo general y extendido; todas las personas con indiferencia de sexo, raza, religión, etc. Por la sencilla razón evolutiva todos la alcanzarán irremediamente, al menos que abandonen este mundo con anterioridad; sobrepasa barreras geográficas y diferencias culturales; es generalmente invisible o negado; peor aún, se exige a determinados trabajadores más jóvenes esforzarse por negar a los más antiguos y mayores; se reclama abiertamente una competencia, constante auto exigencia que deje de lado a los “menos aptos”; una maltusianismo social y laboral y, finalmente, sin agotar la cuestión, se trata de un sector de obvia multi vulnerabilidad (física, psíquica, formativa, etc.)².

La necesidad de ocuparse de este segmento, se enfrenta con también generalizados prejuicios y resistencias, a veces brutales, tratos peyorativos en el lenguaje, el ámbito sexual, cultural y, por supuesto en el laboral. La inserción en una actividad productiva y creativa implica, por supuesto, un modo esencial de integración, valoración, desarrollo e incentivo de las personas y, aunque no debería ser así, la permanencia en la condición ciudadana.

¹ Profesor de grado y post grado Derecho del Trabajo, investigador, Doctor y postdoctorado por la Universidad Nacional de Córdoba. Publicista. Ex presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba.

² LEMUS, Soledad; EXPÓSITO, Francisca *Nuevos retos para la Psicología Social: edadismo y perspectiva de género Pensamiento Psicológico*, vol. 1, núm. 4, enero-junio, 2005, pp. 33-51 Pontificia Universidad Javeriana Cali, Colombia

Por sobre todo, se está ante una obligación y deuda moral de las sociedades hacia quienes, una vez transitada la mayor parte de su vida, de haber contribuido a construir sociedades, familias, afectos, dar su tiempo por los demás, necesitan más de los demás. De tal modo, parece obvio abrir el reconocimiento de derechos y su protección positiva y negativa y, su contracara, evitar la exclusión forzada, el trato injusto, la violencia o la diferenciación arbitraria de personas mayores en el ámbito laboral.

II. Marcha inexorable

Hace poco más de un siglo apenas existían los sistemas jubilatorios y la expectativa de un hombre blanco era de alrededor de 40 años. El despliegue normativo de los derechos humanos en general y de los derechos humanos laborales en particular, a partir de mediados de siglo XX, no otorgó un lugar especial y prominente a los mayores. En principio, sólo puede considerarse comprendido dentro del trato igualitario general, pero son excepcionales las referencias especiales a la condición de las personas mayores. Es más, a nivel global, aun no las posee.

A pesar de colocarse muchas veces al margen del movimiento global en materia de derechos humanos, EEUU constituyó una cierta excepción. Su Ley de Derechos Civiles de 1964 prohibió otras formas de discriminación pero ordenó que se ocupara del tema y se constató que la mitad de los empleadores de ese país imponía límites de edad al contratar personas. Ley de Discriminación por Edad en el Empleo en 1967 (Age Discrimination in Employment Act) protege a los trabajadores y solicitantes de trabajo de más de 40 años de la discriminación por edad en todos los aspectos del empleo³. Sus reglas y sistemas de prevención y control han dado un tangible resultado y es posible advertir a simple vista que la gente mayor tiene un lugar importante en las relaciones laborales⁴.

De todos modos, como se da cuenta más adelante, el avance en la materia es tangible especialmente, en los últimos años. Y además, es un proceso irreversible en términos numéricos, si los fundamentos morales y éticos son insuficientes, salvo claro está que se adhiera a un *maltusianismo* social y laboral. En 2015, Japón registró un 32,8% de su población con más de sesenta años, mientras que Italia y Alemania alcanzaron un 28,6% y 27,3% respectivamente. En tanto Argentina, con un 15,1%, ocupó el puesto 69 de los cerca de 200 países relevados por las Naciones Unidas. Según la Encuesta sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores del INDEC de 2012, hacia 1970 las personas mayores de 65 años constituían el 7% de la población, mientras que en 2010, superaban el 10%. Pero para 2025, se espera que el 25% de los argentinos tenga 60 años o más.

El mundo, igualmente, se está preparando para afrontar este aspecto del futuro laboral. Según ONU, en 2050, la tasa de dependencia total (porcentaje de la población con edades por debajo de los 15 años y por encima de 65 años con respecto a cada 100 habitantes con edades comprendidas entre 15 y 64 años) aumentará considerablemente en Europa (24,8 puntos porcentuales) y América del Norte (14,4 puntos porcentuales), y moderadamente en Asia (8,5 puntos porcentuales), Oceanía (6,8 puntos porcentuales) y América Latina y el Caribe (7,6 puntos porcentuales)⁵.

III. Protección general de personas de edad avanzada

³ La ADEA no se aplica a funcionarios electos, contratistas independientes o personal militar. La ley sí se aplica a: empleadores con, al menos, 20 empleados; agencias de empleo; el gobierno federal; gobiernos estatales y locales (aunque los recursos a menudo sean limitados); organizaciones laborales que tengan, al menos, 25 integrantes.

⁴ MIHM, Stephen, *La Discriminación por edad en el ámbito laboral sigue reinando*, Bloomberg-Perfil, 5-2-19.

⁵ OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019, p. 20.

Los arts. 75 incs. 22 y 23 de la CN incorporan al derecho interno un conjunto completo y complejo de principios y normas de derechos humanos en materia de igualdad de trato, incluyendo la mención específica a los “ancianos”⁶. De tal modo, quedan plenamente aplicables los derechos y garantías de la Carta Derechos Humanos de Naciones Unidas y otros instrumentos sobre derechos humanos⁷, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁸, Organización Internacional del Trabajo⁹ y mercosureño¹⁰ generales y especiales consagradas en forma general y especial vigente respecto de la igualdad de trato y no discriminación. También en los ámbitos regionales europeo¹¹

Pero a la vez, es un tema de creciente interés mundial la protección específica de las personas de la tercera edad como lo dan cuenta los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002). Asimismo, en 2010 se constituyó el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento de Naciones Unidas y en 2012 la Asamblea aprobó la elaboración de una convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad.

⁶ En su artículo 75, inciso 23, establece la necesidad de “legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. El art. 1, 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales., art. 2; Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁸ Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), la Carta Social de las Américas y la Carta Democrática Interamericana; Convención Americana sobre Derechos Humanos. El art. 1; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (6/7/99); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (1988), Art. 3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer; b) Convención Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 2013; c) Convención contra el Racismo, la Discriminación racial y formas Conexas de Intolerancia de 2013 y Convención Interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores de 2015.

⁹ Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, conv. 100 y 111 O.I.T, Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6) y Recomendación Nro. 162 sobre los trabajadores de edad.

¹⁰ La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR (2015). El art. 4: No discriminación. 1. Los Estados Partes se comprometen a garantizar, conforme a la legislación vigente y las prácticas nacionales, la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y la ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de sexo, etnia, raza, color, ascendencia nacional, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, edad, credo, opinión y actividad política y sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social, familiar o personal. 2. Todo trabajador percibirá igual salario por trabajo de igual valor, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en cada Estado Parte. 3. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular, se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación en lo que respecta a los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo”.

¹¹ Las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE del Consejo de Europa consideran que el acoso motivado en características que están amparadas por las normativas (origen racial o étnico, religión, creencias, discapacidad, edad y orientación sexual) es una forma prohibida de discriminación en el empleo y la ocupación.

El gran avance se verificó con la aprobación en 2015 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) por su carácter específico y la importancia y dimensión de la región comprendida. Aparte de los precedentes mundiales, su fuente regional se encuentra en la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe de 2012. Ha sido ratificada por Argentina (Ley 27360 de 2017), Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Chile, Uruguay (a febrero de 2019) y se encuentra vigente desde 2017.

Pero lo que es muy importante, la CIPDHPM ha comenzado a ser receptada por tribunales nacionales como es el caso de la Corte Suprema de Argentina en “García, María Isabel c/ AFIP”, CS 26-3-19, sobre la condición de vulnerabilidad del sector de trabajadores pasivos y sus derechos a la igualdad y protección económica. Se vuelve sobre el tema más abajo.

Es de memorar, a vuelo de pájaro, que la legislación interna nacional posee una ley general de protección antidiscriminatoria, la Ley 23592 y normas especiales de igual carácter para distintos contingente vulnerables de personas (muer, niños, discapacitados, etc.). Se exime al lector de tan vasta referencia. En cada una de las posibles hipótesis de protección de sectores vulnerables, confluye la aplicación y ejecución en su caso de normas que procurar la igualdad de trabajo y, consecuentemente, la supresión de las políticas y conductas antidiscriminatorias. Inclusive, es posible detectar la existencia de la aplicación conjunta de derechos y a la vez, de discriminación por multiplicidad de factores simultáneos.

IV. El derecho a trabajo decente de las personas mayores

En las últimas décadas ha ido ganando terreno como sujetos de protección especial, el contingente de “adultos y adultas mayores”, adoptada por organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de Naciones Unidas (ONU). De igual forma, se impuso la denominación “personas de edad” luego de que el 14 de diciembre de 1990 la Asamblea General de las Naciones Unidas designara el 1° de octubre como el Día Internacional de las Personas de Edad, en concordancia con el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, aprobado por la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en 1982.

En la Observación Nro. 23 (2016) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ONU sobre derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7 PIDESC), se incluye como tema de amplia aplicación a los trabajadores de edad garantizándole salario justo e igual remuneración por trabajo de igual valor, oportunidades laborales de promoción programas de pre jubilación voluntarios. El Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe “Efectividad en el derecho del trabajo” (2015), señaló, en el marco del derecho a la igualdad y no discriminación, la necesidad de adoptar medidas especiales respecto de los trabajadores de edad.

La OIT, no adoptó una convención referida a este grupo, en tanto su Convenio 111, de 1958, sobre discriminación en el empleo y educación, no menciona el término “edad” como motivo de discriminación y enumera siete motivos de discriminación, a saber, raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social. Pero, a su vez abarca cualquier distinción, exclusión o preferencia en el empleo y la ocupación que esté basada en los motivos mencionados expresamente en el artículo 1, 1), a), y en cualquier otro motivo determinado con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1), b), del mismo artículo. De ahí que con arreglo a la interpretación de ese instrumento y la Recomendación 162 sobre los trabajadores de edad (1980) “la edad se considera una

condición física con necesidades particulares y para la cual pueden ser necesarias medidas especiales de protección y asistencia”¹².

La Recomendación 162 sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162), establece en su art. 5, el principio de “Igualdad de Oportunidades y de Trato”, “sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores” particularizando en aspectos formativos, ingreso, condiciones de trabajo, licencias, estabilidad, en remuneración por un trabajo de igual valor seguridad social, etc.¹³.

En tanto, la CIPDHPM entiende como “Persona mayor”, aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Establece el derecho de igualdad y no discriminación por razones de edad como punto de partida, pero se extiende ampliamente a los derechos a la vida y dignidad, independencia y autonomía, participación e integración comunitaria; seguridad y no violencia incluida los tratos crueles, inhumanos o degradantes; a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud; la privacidad y a la intimidad y a la salud y medio ambiente sano; la recreación, al esparcimiento y el deporte; la cultura y educación. Además, la norma reconoce los derechos políticos, de reunión, asociación y libertad de expresión, así como derechos sociales de acceso a la vivienda, salud, la propiedad y, obviamente, la seguridad social.

Una garantía esencial en la existencia de toda persona, es el “**Derecho al Trabajo**” de las personas mayores establecido en el art. 18 de la convención. Consagra el derecho de los mayores “al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad”; la igualdad de trato laboral salvo que la distinción “se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo” y que el empleo o la ocupación deba contar “con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades”, según su artículo art. 18.

Asimismo, y tal como lo remarcó la CS de Argentina, en “García, María Isabel c/ AFIP” del 26-3-19, la protección se proyecta en la vida pasiva de los trabajadores al garantizárseles el “derecho que tiene toda persona mayor a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna (arts. 40, incs. c y d, y 17)”.

V. La discriminación sobre personas mayores

¹² OIT, *Dar un rostro humano a la globalización, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, Ginebra, 2012. P. 339 y p. 362

¹³ “5. Los trabajadores de edad deberían disfrutar, sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, en particular en relación con las cuestiones siguientes:

- (a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;
- (b) habida cuenta de sus aptitudes profesionales, experiencia y calificaciones, acceso:
 - (i) a un empleo de su elección, tanto en el sector público como en el privado, a reserva de los casos en que excepcionalmente se fijen límites de edad a causa de las exigencias, condiciones o reglamentaciones particulares de ciertos tipos de empleo;
 - (ii) a los medios de formación profesional, en particular los de perfeccionamiento y actualización de la formación;
 - (iii) a la licencia pagada de estudios, en particular con fines de formación y de educación sindicales;
 - (iv) a la promoción y a una justa distribución de tareas;
- (c) a la seguridad en el empleo, a reserva de la legislación y práctica nacionales relativas a la terminación de la relación de trabajo y de los resultados del examen a que se hace referencia en el párrafo 22 de la presente Recomendación;
- (d) a la remuneración por un trabajo de igual valor;
- (e) a las medidas de seguridad social y a las prestaciones sociales;
- (f) a condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene;
- (g) a la vivienda, a los servicios sociales y a las instituciones sanitarias, en particular cuando este acceso esté vinculado a la actividad profesional o al empleo”.

A. Viejo nuevo derecho

En primer lugar, ya va para medio siglo, la vigencia de la prohibición de hacer discriminaciones por edad en el contrato de trabajo a través de la Ley de Contrato de Trabajo 20744 (texto original): “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad” (Art. 17). Pero lo que es cierto y constatable a través de un rápido repaso de normas, doctrina y, jurisprudencia es que ese mandato legal ha tenido una poco intensa andadura práctica.

En según término, en las definiciones de discriminación vigentes en normas supranacionales se suelen enunciar los motivos de discriminación con un concepto abierto como “cualquier otro motivo”. Vale decir, que aun sin norma o referencia expresa a esta causa de discriminación, este motivo de discriminación se encuentra plenamente vigente.

En tercer sitio, los instrumentos sobre trato discriminatorio vienen adoptando un carácter expansivo y más explícito respecto de los motivos de discriminación o intolerancia.

Cuarta nota, es que en los últimos los últimos instrumentos regionales sobre la materia, se hace alusión especial y se viene a reglamentar la discriminación por razones de edad.

Otro aspecto importante es que muchas veces, las prácticas discriminatorias no son percibidas como tales, lo cual dificulta ponerlas en cuestión. Hay prácticas invisibilizadas: aquellas que no se detectan como tales, y otras naturalizadas; las que se aceptan como “normales” y esperables tanto por parte de quien discrimina como de quien es discriminado/a¹⁴.

La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2015) es sumamente amplia ya la define como “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes” (art. 1). Y agrega que en ese se incluyen los motivos de discriminación que se vienen enunciando de manera creciente: nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra. Más sintética pero contundentemente se prescribe en el art. 4 de la Declaración Socio Laboral del Mercosur de 2015¹⁵.

B. Concepto de edadismo laboral

¹⁴ INADI, Discriminación por edad, vejez, estereotipos y prejuicios, <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales>. pdf. 2017

¹⁵ La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR (2015). Art. 4: No discriminación. 1. Los Estados Partes se comprometen a garantizar, conforme a la legislación vigente y las prácticas nacionales, la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y la ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de sexo, etnia, raza, color, ascendencia nacional, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, edad, credo, opinión y actividad política y sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social, familiar o personal. 2. Todo trabajador percibirá igual salario por trabajo de igual valor, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en cada Estado Parte. 3. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular, se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación en lo que respecta a los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la discriminación por motivos de edad abarca los estereotipos y la discriminación contra personas o grupos de personas debido a su edad. Puede tomar muchas formas, por ejemplo actitudes prejuiciosas, prácticas discriminatorias o políticas y prácticas institucionales que perpetúan las creencias estereotipadas e inclusive supera, algunas sociedades, a la discriminación que el sexismo o el racismo¹⁶.

La conducta discriminatoria, abusiva, agresiva o desconocedora de derechos de la persona de edad avanzada se conoce como *edadismo*, *el viejismo*, *ancianismo*, *etarismo* o *gerontofobia*. El edadismo alude, etimológicamente, al rechazo o agresión por motivo de edad en general, como el racismo involucra a cualquier raza. Sin el edadismo deviene, según se tiene entendido, del término inglés “ageism” y fue utilizado por el psiquiatra inglés Robert Butler para aludir a la discriminación contra personas mayores. Más simplemente, se dice el edadismo o discriminación por edad es todo trato injusto fundado en la edad; la discriminación por edad o los comportamientos inadecuados y prejuiciosos hacia personas de edad avanzada. Se define al viejismo como el conjunto de miradas negativas que tiene la sociedad con respecto a los adultos y adultas mayores e implica rechazo, temor, desagrado, negación, marginalización, agresión: todas actitudes ligadas entre sí que operan discriminando a la persona que envejece¹⁷.

La discriminación hacia las personas mayores se manifiesta en todos los ámbitos de la vida, y a través de distintos comportamientos, que van desde la “infantilización” en el trato hacia este grupo de edad, a la expulsión del mercado de trabajo, y en los casos más graves, negligencia, abuso y maltrato. Y estos comportamientos, se llevan a cabo tanto por individuos, como por grupos sociales, o instituciones¹⁸.

Para OIT la “discriminación por motivos de edad está relacionada principalmente con los límites de edad impuestos para acceder a ocupaciones particulares, a la edad de jubilación obligatoria y a restricciones injustificadas entre los hombres y las mujeres relacionadas con el derecho a percibir prestaciones de seguridad social”¹⁹.

La Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015) define este tipo de discriminación como “cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada” (art. 2).

El trabajador mayor porta este derecho humano y su protección ante cualquier práctica discriminatoria o intolerante también en su condición de trabajador dependiente. Por lo tanto, el *edadismo laboral* sólo se diferencia de estos conceptos o se particulariza en cuanto se vincula con la posibilidad o la relación de trabajo y su extinción y el ámbito propio en que puede desatarse. El trabajador dependiente adulto mayor posee derechos y garantías en su condición de persona, en cualquier ámbito de la vida y también, obviamente en la vida laboral.

Pero en lo laboral dependiente, aparece el edadismo con especial vigor, con diversidad de manifestaciones, en el ingreso o reingreso, condiciones de trabajo, ascensos, formación profesional, retiros obligatorios, despido, etc. Esto vale también, para personas que no han llegado a una edad avanzada, pero es más agudo cuando esto ocurre.

¹⁶ OMS, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Ginebra, 2015, p. 11.

¹⁷ INADI, *Derecho de las personas adultas mayores*, Inadi, Bs. As. <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales.pdf>

¹⁸ PEÑA GARCIA, M^a Valvanuz, *Edadismo. Nueva forma de discriminación*, Ponencia, Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del Trabajo, 07-02-2019, Organizado por la Facultad de Ciencias del Trabajo. Universidad de Sevilla, España.

¹⁹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, Ginebra, 2012. P. 339 y p. 362

De otro lado, en el interior de una relación continua se despliegan en la relación de dependencia, un poder desigual entre las partes y, a la debilidad o la vulnerabilidad obvia del trabajador, se agrega una condición o plus relativo a su edad avanzada. Las manifestaciones del rechazo, persecución, desconocimiento de derechos para con los mayores, constituye una manifestación de la violencia y el acoso laboral. Según se da cuenta OIT en su informe “*Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*”, de 2017 que se orienta a elaborar un convenio específico sobre el tema, en la reunión de expertos sobre la cuestión de 2016 se redefinió a la “violencia y acoso” laboral como “un continuo de comportamientos y prácticas inaceptables que probablemente se traduzcan en sufrimiento o daños físicos, psicológicos o sexuales” y se apuntó que unas relaciones de poder desequilibradas, también por motivos de género, raza y origen étnico, origen social, educación y pobreza, pueden conducir a la violencia y acoso. La discriminación basada en estos y otros motivos, incluyendo la discapacidad, la situación con respecto al VIH, la orientación sexual y la identidad de género, la condición de migrante y la edad, también son factores importantes”²⁰.

VI. Formas de discriminación etaria en el trabajo

A. Ingreso

Una de las formas de discriminación más extendidas es la imposición de límites máximos de edad en las ofertas de empleos privados y públicos. No se ignoran las razones económicas que motivan la fijación de esos límites, concretamente, la mayor perspectiva de “vida útil” del “recurso humano” en relación de dependencia. Es decir, la ecuación entre la inversión en la selección, formación profesional y prolongación en el tiempo de la carrera ocupacional de los seleccionados, frente a la menor permanencia en el cargo y posible disminución psicofísica del trabajador de mayor edad. Sin embargo, aquí se interpone, frente a la variante económica de la política de toma de personal, la necesidad de otorgar un rostro humano e igualitario a la política de ingreso de personal.

En la jurisprudencia comparada, se encuentra que el Tribunal Constitucional español, Sala Contencioso administrativa, en sentencia 3 del 22-1-2018 acogió el recurso de la Asociación Jueces para la Democracia por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicado mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de fecha 25 de enero de 2017, en el Boletín Oficial del Estado de 31 de enero de 2017 y se declaró nulo en el requisito referido a no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de las candidaturas.

En este sentido, el Tribunal Supremo español en decisorio 627 de 2017 sostuvo que fijar en 30 años el límite de edad para acceder a los centros docentes de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil no vulnera el principio de igualdad ya que cuenta con una justificación objetiva y razonable. Asimismo, por sentencia 63 del 16-5-2011, anuló la norma del ordenamiento del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha por entender que impide participar en los procedimientos de instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años.

Es de aclarar que, cuando se establecen justificativos suficientes para fijar el parámetro máximo etario de ingreso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta la Directiva 2000/78 sobre discriminación en lo atinente a la validez de los

²⁰ OIT, “*Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*”, de 2017, Ginebra, 2017, p. 8 y 39

límites máximos de edad la obligación de obedezcan a un objetivo legítimo, resulten adecuados y sean proporcionados atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso.

B. Igualdad salarial

El art. 18 de la CIPDHPM señala: “El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades”. Este precepto debería complementarse y compararse con la directriz de igual remuneración por un trabajo de igual valor, receptado ampliamente en la normativa laboral supra nacional y legal interna²¹. Si bien se trata de una directriz general que recalca especialmente en la condición de la mujer como tradicionalmente relegada salarialmente, también se remarcan como factores de discriminación²².

La CEACR de OIT recuerda que la insistencia en factores como “condiciones iguales de trabajo, de calificaciones y de rendimiento” puede servir como pretexto para pagar salarios inferiores a las trabajadoras. Agrega: “Si bien factores como las calificaciones, la responsabilidad, el esfuerzo y las condiciones de trabajo son claramente pertinentes para determinar el valor de un trabajo, cuando se comparan dos trabajos no es necesario que el valor sea idéntico respecto de cada uno de los factores ya que la determinación del valor ha de contemplar el valor global del trabajo cuando se tienen en cuenta todos los factores”²³

Entre los factores de discriminación figuran, según un conocido estudio especializado, “la experiencia profesional en el mercado de trabajo y la antigüedad en la empresa o el puesto ocupado”, cuando los sistemas de evaluación en el trabajo a los fines de fijar niveles remuneratorios, deberían tener en cuenta, las capacidades y calificaciones; el esfuerzo; las responsabilidades y las condiciones de trabajo²⁴.

En fin, el tema está planteado porque los trabajadores de mayores de edad, son también un sector vulnerable proclive a la discriminación también en este plano. Pero seguramente, se requiere de un mayor estudio y precisión para arribar a conclusiones.

C. Discapacidad

La edad avanzada o la condición de persona de mayor edad, no es una discapacidad. Pero si genera capacidades diferentes que pueden interpretarse como una discapacidad. La mayor edad significa el decrecimiento de la capacidad física y puede ser

²¹ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su art. 23 inc. 2: “toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), establece, por su art. 7 inc. i), que obliga a asegurar en especial, “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”; Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, 1951 y 111, sobre Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (OEA, 1948), por su art. 2º inc. d), reconoce como derecho social básico, que a trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador; Protocolo de San Salvador (OEA, 1988), reconoce como integrante de las condiciones justas y equitativas de trabajo, en su art. 7 inc. a), el derecho a “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción” y la Declaración Socio laboral del Mercosur de 2015, art. 4, se indica: “Todo trabajador percibirá igual salario por trabajo de igual valor, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en cada Estado Parte”, arts. 17, 17bis y 81 LCT bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

²² ARESE, Cesar, “La efectividad del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor”, *Revista Doctrina Laboral*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. “Remuneraciones III”, 2017.1, p. 11.

²³ CEACR, Observación, adopción: 2015, Publicación: 105ª reunión CIT (2016), Panamá; Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales, párrafos 673 y siguientes y Observación general, Convenio núm. 100, 2007, párr. 3.

²⁴ CHICHA, Marie-Thérèse, *Promoción de la Igualdad Salarial por medio de una evaluación no sexista de los empleos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra: OIT, pdf, 2008.

acompañada de enfermedades, dificultades psicofísicas y disminución de la capacidad propias de la edad.

Es que, conforme la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, otorga a esta condición un significado amplio: “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (art. 1). A su vez, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad alude a los derechos de este grupo en el trabajo y empleo, en su art. 27 obliga a los estados a proporcionar igualdad de trato y salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo (...).”

Es de recordar que la CSJN que toda restricción o limitación del derecho del trabajo cuando las consecuencias de la infección del virus del HIV no afecten concretamente las aptitudes laborales o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente, ni comprometan la salud de terceros, constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos (“BRE C/ Policía Federal Argentina s/ amparo”, Resolución del 17/12/1996, Fallos 319:3040). *Mutatis mutandi*, la protección se extiende a las personas con discapacidad provocada por la edad avanzada. De lo que se trata, en suma, es de advertir que la posible discriminación por edad, puede estar acompañada o centrarse no sólo en la cuestión meramente etaria, sino fundarse en la discriminación por discapacidad concomitante.

D. Nuevas tecnologías

Las nuevas tecnologías significan un motivo de desplazamiento de mano de obra de personas mayores. El desplazamiento tecnológico de este grupo, resulta más que evidente por la incesante renovación en los insumos informáticos. En el informe 2019 de OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019, al describir ese desafío se apresura a reclamar la formación y asegurarles contratos de trabajo flexible e inclusive teletrabajos.

En los últimos años empleados de grandes empresas informáticas, han presentado demandas por discriminación por edad, indicando que las desvinculaciones se producen regularmente por este motivo aunque las empresas aducen razones de productividad o adaptación a los planes empresarios²⁵.

Pero de otro lado, en el informe mundial de OIT sobre el futuro del trabajo afirma que “la tecnología ofrece medios nuevos e innovadores de adaptación a los trabajos y los lugares de trabajo para facilitar la continuidad en el empleo de los trabajadores de edad avanzada y de aquellos que tienen o desarrollan discapacidades en el curso de su vida profesional.

Esta una parte de la cuestión. También OIT, en su informe, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Ginebra, 2017, contiene el concepto de intimidación a través de la tecnología electrónica (ciberacoso) como una nueva expresión de violencia y acoso psicológicos y sexuales. Una de los escenarios del acoso es el ámbito laboral y anotó como un avance y novedad que la Ley de Enmienda de la Legislación sobre la Discriminación por Motivo de Sexo y de Edad de Australia (2011) contemple como a este grupo como posible víctima de ciberacoso.

E. Jubilación

1. ¿Es posible extinguir el contrato de trabajo unilateralmente?

²⁵ MIHM, Stephen, *La Discriminación...* op. Cit.

El art. 252 de LCT (texto ley 28/12/2017.), extendió el horizonte de edad laboral a los 70 años, momento a partir del cual el empleador puede intimarlo para que inicie los trámites previsionales²⁶. El art. 18 de la CIDHPM establece la prohibición de “cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales” y que, además, los “Estados Parte promoverán programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación, para lo cual podrán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados”. En grado de recomendación el referido informe de OIT sobre el futuro del trabajo prescribe que “se debe ofrecer asistencia a aquellos que quieran seguir siendo económicamente activos, por ejemplo, a través de contratos de trabajo flexibles que prevean horas de trabajo reducidas y eletrabajo³⁰. Los gobiernos podrían incrementar los supuestos de jubilación parcial, o subir la edad de jubilación con carácter facultativo, protegiendo así a las personas de edad avanzada de tener que trabajar más allá de sus límites”.

No existe en nuestro país un sistema de este tipo y que sería obligatorio para el derecho interno. En opinión de Rolando Gialdino, “Las condiciones de validez del ejercicio de la facultad que el citado art. 252, LCT, confiere al empleador, han sumado una nueva, de carácter antidiscriminatorio, proveniente de la Convención (art. 18). Por ende, la mentada facultad sólo podría ser ejercida válidamente cuando el empleado, además de reunir los requisitos necesarios para obtener la jubilación ordinaria, no satisficiera las exigencias propias de la naturaleza del cargo. Este supuesto, desde luego, debería ser invocado por el empleador, circunstanciadamente, en oportunidad de cursar la intimación requerida por el citado precepto. Caso contrario, vale decir, ante la inobservancia de este último recaudo, trabajador podría rechazar el emplazamiento”.²⁷

De cualquier modo, en los casos en que la legislación establece la facultad del empleador para extinguir el vínculo laboral por razones de edad relacionadas con el acceso al beneficio previsional, es necesario verificar si su aplicación se ejercita en forma igualitaria y no discriminatoria²⁸.

²⁶ Art. 252. Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación.

A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

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

La 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”.

²⁷ GIALDINO, Rolando, “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo”, *Derecho del Trabajo*, La ley, 2016, LXXVI, p. 813.

²⁸ CNAT, S. V, “Font Olivares Cristina c. Aerolíneas Argentinas S.A.”, 27/04/12: “La empleadora no se hallaba facultada para cursar la comunicación prevista en el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo si se verificó una discriminación entre el personal de similar actividad –personal aeronáutico que se

2. Representación sindical y estado jubilatorio.

De hace muchos años, se discute la indudable tensión que se genera entre el ejercicio de la libertad sindical consagrando y sostenido de representantes sindicales aun cuando se encuentren en edad jubilatoria, por una parte, y la facultad empresaria de extinguir el vínculo laboral según el art. 252 LCT. Es que coloca en emergencia el derecho sindical a elegir y sostener determinado dirigente más allá del límite etario porque, se supone, sirve convenientemente a los objetivos gremiales y así lo sostienen eligiendo y reeligiendo a dirigentes una vez superado ese límite. La amplia protección vigente al respecto²⁹, incluye, según el Comité de Libertad Sindical de OIT, que “la determinación de las condiciones para la afiliación o la elegibilidad para cargos directivos es una cuestión que debería dejarse a la discreción de los estatutos de los sindicatos o de las organizaciones de empleadores y las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que podría obstaculizar el ejercicio de este derecho”³⁰. Asimismo, afirma que los requisitos relativos a la pertenencia a la profesión o a la empresa para poder ser dirigente sindical son contrarios al derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes” y acepta la reelección sin límites³¹.

Se encuentran enfrentadas la habilitación del art. 252 LCT y la posible inexistencia de conducta antisindical porque se acude a una causal objetiva de conclusión del nexo laboral y la cuestión de la existencia de una causal también objetiva de continuidad en el cargo, la decisión sindical. Se admite la necesidad de que el empleador concrete la acción de exclusión de tutela sindical del art. 52 de la LCT a los fines de extinción del contrato de trabajo, aunque en algunos casos, los empleadores se apresuran a intentar eludirlo³². Pero a su vez, con un marco normativo distinto al actual pero sustancialmente idéntico al actual en materia de estabilidad sindical frente a la posibilidad empresaria de extinción del vínculo jubilatorio en virtud del estado jubilatorio, la CSJN se definió en

desempeña a bordo de aeronaves incluido en el decreto 4257/68-, pues, la accionada no aplicó un criterio uniforme al intimar en los términos del mencionado artículo, en tanto permitió que los pilotos continúen en actividad hasta los 65 años.(...) Las diferencias entre las distintas categorías de aeronavegantes no justifican un trato desigual a los efectos del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que lo concreto y determinante reside en que ya sea pilotos o tripulantes de cabina de pasajeros deben prestar servicios a bordo de una aeronave aunque lo sea con distintas funciones” (La Ley Online; AR/JUR/15198/2012).

²⁹ Art. 14 bis, Constitución Nacional; conv. 87, 98 y 135 OIT, arts. 22, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 23, inc. 4, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 16, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 8, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 22, del Pacto Internación de Derechos Civiles y Políticos; y 5, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

³⁰ CLS, La libertad sindical, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, 2018, p. 606.

³¹ CLS, ibid ídem par. 609 y 630.

³² En “Daniele Osvaldo y otro c/ Municipalidad de Córdoba” del 4-12-17 del Juzgado de Conciliación de 1ra. Nom. confirmado por la Sala VII, de la Cra. del Trabajo de Córdoba, se hizo lugar al amparo del secretario general del Sindicato de Municipales (SUOEM) reinstalándolo en su cargo, luego que la empleadora, la Municipalidad de Córdoba, lo declarara en estado jubilatorio y lo diera de baja. También: “Melidoni, Carlos A y otro v. Empresa Ferrocarril General Belgrano SA”, CNAT, sala 3ª, 9-9-2009: “Vale decir que salvo el caso previsto por el art. 51, en todos los demás supuestos el empleador que desee adoptar una medida respecto de un trabajador amparado por la ley 23551 debe promover la acción de exclusión, incluso cuando se trata de decisiones que intenten ampararse en lo dispuesto en el art. 252 de la LCT, a fin de despejar –como ya lo señalara- motivaciones antisindicales (Scotti, Jorge Héctor “La Protección a la Estabilidad Gremial” en Derecho Colectivo del Trabajo, ed. La Ley; SD N° 83340 del 20.3.2002 en autos “Finadiet SA c/ Canal, Pedro s/ Juicio Sumarísimo”, del registro de esta Sala; sentencia interlocutoria N° 49087 del 16.6.2000, in re “Ayala, Marta Angélica c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa”, del registro de la Sala I y Sala II, sentencia del 26.4.2000, in re “Tejo, Roberto C. C/ Red Celeste y Blanca SA”, pub. en TySS 01-571”). También, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Sotomayor Bernarda s/ juicio sumarísimo”, CNTRAB – SALA VI – 09/10/2012³² y CNAT, S, V.: “P.A.M.I. C/ Sosa Luis A. s/Juicio Sumarísimo”, 18/11/11.

“González, Avelino c/ Frigorífico La Blanca SA” (4-9-68) a favor de la preeminencia de las normas constitucionales y legales sobre asociaciones sindicales frente a las de carácter “que explican y justifican la permanencia y estabilidad en el empleo del delegado durante el plazo fijado en la citada disposición”.

En tribunales inferiores, los pronunciamientos abundan. Por ejemplo, en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Thiagodimitris Roberto Darío s/ juicio sumarísimo”, la CNAT, Sala VII, 23-may-2014, indicó: “Debe revocarse el fallo recurrido y, en consecuencia, rechazar la demanda de exclusión de tutela sindical por encontrarse el actor en condición de jubilarse, pues lo dispuesto en el art. 252 LCT, no puede ser opuesto a lo establecido en la CN. en su art. 14 bis, al Convenio 87 de la OIT y por el Convenio 135 de la OIT, en tanto brindan garantías que pretende resguardar a las personas que ocupan cargos de representación sindical, como consecuencia de un legítimo ejercicio de los derechos derivados de la libertad sindical.2.-El trabajador, por ser titular de un cargo sindical electivo, goza de estabilidad y mal puede aceptarse que se intente quebrar una estabilidad que fue adquirida conforme un acto eleccionario, lo que importaría desconocer la voluntad de las bases que la eligieron para desempeñar tal cargo y la libertad sindical amparada tanto en el art. 14 bis de la CN, como en el convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo”.

Por la procedencia de la extinción del contrato de trabajo del representante sindical sobre la base del art. 252, se registra también precedentes de la CNAT³³.

F. Personas mayores mujeres

La edad avanzada torna a las mujeres más proclives a ser discriminadas por motivos conocidos de discriminación. Son conocidos los estereotipos sociales relativos a las mujeres. Se las suele percibir como mayores antes que a los hombres y evaluar negativamente también antes que a los trabajadores de sexo masculino. Los prejuicios y convenciones respecto de la belleza física afectan a las trabajadoras en sus puestos, especialmente en ramas u ocupaciones que “requieren de buena presencia” (eufemismo que discrimina también a las propias mujeres entre sí).

Si bien existe una redefinición de la belleza en general y de la mujer en particular, su consideración se encuentra muy retrasada. El color de piel y de ojos, la estatura, ciertos atributos físicos, es un asunto vendible para muchos empleadores, en tanto que la condición de mujer de edad madura, está alejada de esos cánones; su segregación laboral es obvia. Por ejemplo, en las mujeres, las canas equivalen a un estigma etario que se oculta como una enfermedad por razones culturales, pero también para evitar perder el puesto de trabajo.

De tal forma la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, obliga a los estados a tener en cuenta la vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras “cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad” (art.9).

Además la Ley de Protección integral de las mujeres Nro. 26485 define en su art. 6, inc. c) como violencia laboral contra las mujeres “aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo (...).”.

³³ CNAT, S. IV, “G.C.B.A. c/Ramírez Marta Irene s/juicio sumarísimo, C.N.A.T., Sala IX, 19/9/13; “Gobierno de la ciudad de Buenos Aires c/Marcos Carlos Julio s/juicio sumarísimo”, del 21 de diciembre de 2012, “Largui Humberto Emilio c/Aerolíneas Argentinas S.A. s/despido”, 23 de setiembre de 2011; “Administración Federal de Ingresos Públicos c/Mirant Borde Miguel Alfredo s/juicio sumarísimo”, del 28 de junio de 2012.

G. Formación profesional y ascenso

Si bien la expectativa de vida laboral, como todo en la vida, tiene un horizonte, no por ello, debe apartarse adelantadamente a un trabajador mayor de las posibilidades de formación, carrera o ascenso profesional. Es muy interesante un fallo a respecto dictado por la CNAT S. VII, del 9/08/07: “Toda vez que la empleadora negara al actor, técnico de vuelo, el entrenamiento en el simulador de vuelo ante el vencimiento de su licencia alegando que contaba con cincuenta y nueve años y que por encontrarse pronto a su jubilación los costos de dicho entrenamiento serían estériles, y dejando de lado su carácter de delegado gremial lo intimó a que iniciara los trámites jubilatorios en los términos del art. 252 de la LCT, estamos en presencia de actos discriminatorios, ilícitos, hostiles e injuriantes (ley 23.592 y art. 1072 del Código Civil). En el caso, tenemos una doble discriminación: por edad y por ejercicio de la actividad gremial, ya que el último supuesto el art. 252 no le puede ser aplicado”, “Méndez, Raúl Emilio c/Aerolíneas Argentinas S.A. s/despido”.

En similar dirección: “...la demandada incurrió en una actitud discriminatoria contraria al art. 16 CN, al exigir a los pilotos que quisieran optar por una vacante en una categoría superior, un mínimo de edad –en el caso, 57 o 58 años...” (“CNAT, S. IX, 31/05/05, “Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas c/ Aerolíneas Argentina SA).

H. Despido

El despido de personas mayores por esta simple condición posee variada recepción jurisprudencial. Obviamente que no se despide explícitamente por razones de edad avanzada. Lo usual es que se despida sin causa o que se invoquen motivos que no se relacionan con la que puede llegar a ser la real causa de despido, la condición etaria del trabajador. De tal forma, se debe advertir la aplicación de la doctrina “Pellicori” (2011) y “Varela” (2018) de la Corte Suprema según la cual el trabajador debe demostrar *prima facie* o verosímilmente el motivo discriminatorio y el empleador debe demostrar a su vez, que el despido no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. En cambio, cuando se trata de despido con causa, el empleador debe demostrar que dicha causa se ha razonablemente configurado.

En materia de edad, es usual la existencia de “sistemas de retiros” de personas de edad avanzada como política empresarial, cuando no se apela directamente al despido sin expresión de causa o con la usual fórmula de reorganización empresarial. En estas conductas se evidencia la discriminación por edad o edadismo. Tan sólo las presiones que se ejercen sobre trabajadores mayores para que acepten sistemas de “retiros voluntarios”, se constituye discriminación, cuando no violencia laboral o acoso laboral destinado al alejamiento del trabajador. Sin embargo, sobre esta posición, no existe unanimidad de criterios. Algún fallo, desestime que estos sistemas contengan el elemento discriminatorio³⁴. Empero, aun en casos en que existen motivos vinculados a

³⁴ CNAT Sala I, 31/03/2014 “Mordasini, Carlos Enrique c/Instituto Argentino de Normalización y Certificación s/despido”: “Dado que del conjunto de los elementos probatorios adunados en la causa no se observa que se haya incurrido en actitudes de hostigamiento hacia el reclamante durante su permanencia en la demandada ni que su desvinculación obedezca a razones de edad y, toda vez que en organismos como el demandado, existen dependientes que acumulan experiencia y años en el cargo y cuando se hallan cercanas a cumplirse algunas de las condiciones previstas por ley para acceder al beneficio jubilatorio (en este caso no alcanzaba la edad pero si la antigüedad en el servicio) resulta usual el ofrecimiento de retiros anticipados, consensuados entre las partes, donde se mantienen beneficios y gratificaciones hasta la oportunidad de obtener la jubilación, resulta evidente que estas ofertas no resultan vinculantes ni pueden interpretarse como “hostigamientos” tal como se pretende, razón por la cual no puede considerarse su despido como discriminatorio”.

reestructuración empresaria se debe justificar plenamente para habilitar la posibilidad de un motivo de despido distinto al de tipo discriminatorio por edad³⁵.

Se ha considerado trato discriminatorio el procedimiento preventivo de crisis empresaria en el marco de la política empresaria de despedir a trabajadores en función de su edad teniendo en cuenta su proximidad a jubilarse (los trabajadores superaban los 55 años al momento de la cesantía)³⁶. Es que “la edad se encuentra entre las causas que no se admiten como válidas para efectuar distinciones en materia de empleo y ocupación, puesto que ella no lleva necesariamente implícita la falta o la pérdida de capacitación para un puesto de trabajo, y así debe entenderse a la luz de la normativa vigente al respecto (arts. 14 bis, 16 y 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Nacional; Declaración Universal de los Derechos Humanos –artículos 1, 2 y 7-; Convención Americana sobre Derechos Humanos –art. 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –arts. 2.2 y 6-; Convenio 111 OIT; Declaración Socio Laboral del Mercosur; art. 1 de la ley 23.592; art. 17 LCT; art. 4 del Anexo II de la ley 25.212)³⁷”

También se pueden encontrar precedentes en derecho comparado, como la sentencia del 13-9-11, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la violación del artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y cuanto se fija en 60 años la edad máxima a partir de la cual los pilotos ya no pueden ejercer su actividad profesional, pese a que las normativas nacional e internacional fijan dicha edad en 65 años, no es una medida necesaria para la seguridad pública y la protección de la salud³⁸.

VII. Derechos previsionales e impuesto a las ganancias (CS, “García c/AFIP”)

Pero los derechos de los trabajadores mayores no quedan en la puerta de salida de vida laboral. Como los derechos humanos generales también continúan y con igual o mayor fuerza, en la etapa “pasiva” de los trabajadores. En esta etapa que llega hasta el fin de la existencia, la vulnerabilidad propia de la edad queda fortificada por la débil representación colectiva (muchos sindicatos no asumen su defensa o lo hacen formalmente).

En el precedente “García, María Isabel c/ AFIP” la CS apeló –por vía de los arts. 75 incs. 22 y 23 de la CN-- a los instrumentos de sobre derechos humanos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para declarar la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430, relativas a imposición del impuesto a las ganancias comprendiendo a la actora en su condición de jubilada y ordenando el reintegro de lo retenido por tal concepto y, asimismo, puso en “conocimiento del Congreso de la

³⁵ CNAT, S. VII, 30/08/2013 “De Freitas, Antonio José c/ BBVA Banco Francés SA s/despido”: “Más allá de que la demandada haya sostenido que en dicha entidad bancaria hubo una reestructuración empresaria por la cual, entre otras cosas, se fusionó el cargo que ocupaba el actor con otro, lo cierto es que no alegó ninguna razón por la cual no podía ser el accionante quien ocupara dicho supuesto cargo resultante. Por ende, dado que de la lectura de la contestación de demanda no se explicitó causa alguna, motivo o razón por la cual la accionada debía encarar la supuesta reestructuración empresaria alegada como tampoco las causas por las que supuestamente el cargo del actor se habría fundido con otro ni razón alguna por la que el accionante no pudiera desempeñarse en el nuevo supuesto cargo, omisiones todas ellas que hacen a la traba de *litis* y principio de congruencia, circunstancias que se proyectan en el análisis de la prueba producida dado que no puede suplirse por ésta última lo que se ha omitido en el responde”.

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), Sala III, 30/05/08, “Privitera, Héctor Eduardo y otros c/Peugeot Citroën Argentina S.A. s/despido” (BJ OJ CNAT).

³⁷ CNAT Sala II, 17/09/2009 “Cartolano, Antonio y otros c/Peugeot Citroën Argentina SA”.

³⁸ Procedimiento entre Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach y Deutsche Lufthansa AG.

Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencia”.

En su considerando 13) el voto de la mayoría dijo: “Que el envejecimiento y la discapacidad –los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales”.

En tal sentido y luego de recordar la labor de Naciones Unidas para el sector y que fueron reseñados más arriba, se detiene en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales disponiendo que toda persona debe gozar de "la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa..." (art. 9 del Protocolo Adicional; el énfasis es agregado) y la CIPDHPM.

Sobre este instrumento, reafirma su vigencia interna y recuerda el compromiso de los Estados Partes para adoptar y fortalecer "todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos".

En esa parte del fallo, retoma la aplicación del *principio de progresividad* en materia de derechos sociales ya que sostiene la necesidad de adoptar “las medidas necesarias a fin de lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos económicos”.

VIII. Conclusiones

Luego del avance del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la CIPDHPM y el comienzo de su recepción jurisprudencial como ocurrió en Argentina con “García, María Isabel c/AFIP” de la CS, la cuestión de los derechos de las personas de la tercera edad debería ocupar a la asamblea de las Naciones Unidas para la aprobación de una convención especial sobre esta cuestión. En el caso de OIT a casi cuatro décadas de la aprobación de Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162), bien podría también avanzar hacia un convenio específico sobre trabajadores de la tercera edad.

De hecho en el informe de OIT *Trabajar para un futuro más prometedor* de 2019, se indica que es necesario “incrementar las inversiones en las instituciones, las políticas y las estrategias que presten apoyo a las personas a lo largo de las transiciones que entraña el futuro del trabajo”. Agrega: “Los jóvenes necesitarán ayuda para navegar por las cada vez mayores dificultades que entraña la transición de la escuela al trabajo. Habrá que aumentar las posibilidades de los trabajadores de edad avanzada para que puedan seguir siendo económicamente activos mientras lo deseen, lo que a su vez generará una sociedad activa a lo largo de toda la vida. Será preciso ayudar a todos los trabajadores en las transiciones cada vez más frecuentes del mercado de trabajo que afrontarán en el curso de sus vidas”.

Propone además “incrementar los supuestos de jubilación parcial, o subir la edad de jubilación con carácter facultativo, protegiendo así a las personas de edad avanzada de tener que trabajar más allá de sus límites. La tecnología ofrece medios nuevos e innovadores de adaptación a los trabajos y los lugares de trabajo para facilitar la continuidad en el empleo de los trabajadores de edad avanzada y de aquellos que tienen o desarrollan discapacidades en el curso de su vida profesional”.

Pero por sobre todo, primero, es imperativa la protección u efectividad concreta de los derechos ya reconocidos a los trabajadores mayores de edad. En segundo lugar, pero para nada en menor medida, cambiar la cultura de ponderación del trabajador mayor de

edad. También es urgente, porque los trabajadores mayores tienen más urgencia que nadie, su tiempo se agota, políticas laborales que aborden el tema de un modo integral, según se puede leer en variadas normas y en especial en la Recomendación 162 de OIT.

Después de todo, la construcción del mundo actual, ha sido tarea de los mayores y la de los más jóvenes, trabajar para construir un futuro más prometedor sobre la base de la justicia y la igualdad, sin edadismos o viejismos injustos y violentos.

En “Ensayo sobre la ceguera”, el ya “viejo” escritor José Saramago nos alerta sobre “la responsabilidad de tener ojos cuando otros los perdieron”. Un buen argumento para el bueno y nuevo Derecho del Trabajo.

BIBLIOGRAFIA

ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales*, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2014.

- “Gran avance en Derechos Humanos Laborales de las personas mayores”, *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, ISSN, 2445-0472, N°. 1, 2016, págs. 25-30, Ed. Cinca, Madrid;

- “La aprobación de tres convenciones americanas, Nuevos instrumentos en materia de Derechos Humanos Laborales”, *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Tomo: 2016 2 Año 2016 – 2;

- “La efectividad del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor”, *Revista Derecho Laboral, Remuneraciones III*, 2017.

CNAT, Oficina de Jurisprudencia, Boletín Temático de Jurisprudencia, *Despido discriminatorio. Nulidad. Actos discriminatorios*, Actualización 2017.

FANJUL, Aurelio José, *Discriminación por enfermedad en el derecho laboral*, Astrea, Bs. As. 2013.

GARCIA VIOR, Andrea, “La edad como factor “sensible” de discriminación”, *Colección temas de Derecho Laboral, Violencia Laboral I*, Bs. As. 2012, p.249 y *Discriminación por razones de edad, Derecho Laboral, Discriminación y violencia laboral II*, 2009, 1. P. 297.

GIALDINO, Rolando, “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo”, *Derecho del Trabajo*, La ley, 2016, LXXVI.

INADI, *Derecho de las personas adultas mayores*, Inadi, Bs. As. <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales.pdf>

INADI, *Discriminación por edad, vejez, estereotipos y prejuicios*, <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales.pdf>. 2017

LEMUS, Soledad; EXPÓSITO, Francisca *Nuevos retos para la Psicología Social: edadismo y perspectiva de género Pensamiento Psicológico*, vol. 1, núm. 4, enero-junio, 2005, pp. 33-51 Pontificia Universidad Javeriana Cali, Colombia (pdf)

MIHM, Stephen, *La Discriminación por edad en el ámbito laboral sigue reinando*, Bloomberg-Perfil, 5-2-19.

OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019.

OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008, Ginebra, 2012.

OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Informe, Ginebra, 2017

OMS, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Ginebra, 2015.

PEÑA GARCIA, M^a Valvanuz, *Edadismo. Nueva forma de discriminación*, Ponencia, Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del Trabajo, 07-02-2019, Organizado por la Facultad de Ciencias del Trabajo. Universidad de Sevilla, España

SAMUEL, Mario O. *Discriminación Laboral*, Astrea, Bs. As. 2012, p. 147

TOSELLI, C., GRASSIS, P., y FERRER, J.; ARESE, C. (pról. y col.), *Violencia en las Relaciones Laborales*, Alveroni, Córdoba, 2007.

UNIDAD FISCAL PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS COMETIDOS EN EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS, *Aportes para la aplicación de la nueva Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores por el Ministerio Público Fiscal*, Ministerio Público Fiscal, Bs. As. 2017.