



El derecho a la no discriminación laboral por motivos de edad en Uruguay

por Ignacio Zubillaga Bianchi

Con ocasión de la celebración del II Congreso Mundial Cielo Laboral (Montevideo, 2018), tuve el honor de participar como panelista del Seminario “*El derecho a la no discriminación de trabajadores de edad. Alcance, reconocimiento y protección*”. En el mismo participaron también Rodrigo Palomo Vélez (Coordinador), María Soledad Jofré (ambos de Chile) y Fernando Fita Ortega (España). Este enfoque comparativo entre diferentes países permitió verificar que, sin perjuicio de las diferencias regulativas, existen notorias coincidencias en la temática que alimentan la búsqueda de soluciones comunes a los desafíos planteados. A continuación resumo brevemente los principales puntos de mi exposición.

En Uruguay la situación de los trabajadores de edad avanzada ha sido sistemáticamente obviada. A la luz de la falta de regulación existente en la materia, puede sostenerse que la problemática del trabajo de las personas de mayor edad es un tema invisibilizado¹. Este aspecto tiene gran incidencia en Uruguay –al menos en comparación con el resto de los países de América Latina– dado que su promedio de edad es de los más altos de la región². En realidad, un aspecto que no resulta menor es ¿qué debe entenderse por “trabajadores de edad”? La Recomendación 162 de la OIT define a los trabajadores de edad como aquellos que por motivos del avance de la misma están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo o formación³. Justamente en atención a esta dificultad a la que pueden estar expuestos ciertos trabajadores por motivos del avance de su edad en el presente trabajo se busca profundizar en la discriminación que pueden sufrir los mismos.

1) ¿Existe el derecho a la no discriminación por motivos de edad?

En la mayoría de instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la no discriminación como un derecho humano fundamental no se consagra específicamente la edad como un motivo ilícito de distinción entre trabajadores.

Sin perjuicio de ello, entendemos que el factor “edad avanzada” es actualmente considerado como un motivo factible de discriminación⁴, ello básicamente por dos razones: en primer lugar, porque en general las diversas normas brindan un listado abierto de motivos de diferenciación que pueden ser causa de discriminación. Este es el caso del CIT N° 111 de la OIT que en su art. 1, núm. 1, literal b) señala que la discriminación comprende cualquier otra distinción, exclusión o preferencia (además

¹ Vale aclarar que con posterioridad a la celebración del Congreso, fue recientemente aprobada una ley que contempla la posibilidad de que el Poder Ejecutivo establezca un programa de promoción del empleo que brinde incentivos para empleadores que contraten trabajadores mayores de 45 años.

² <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2177.html>

³ Recomendación de la OIT N° 162, Sobre los trabajadores de edad, 1980, art. 1.

⁴ Cfr. Durán, B. *Trabajadores de edad avanzada*, en “Derecho del trabajo” T. III, Raso, J. Director, FCU, Montevideo 2016, p. 110.

de las expresamente contempladas) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo. Un segundo motivo para entender que actualmente la edad es un motivo prohibido de discriminación es que en el año 1980 se aprobó la Recomendación 162 de la OIT, especialmente destinada a tratar la situación de los trabajadores de edad y que en su art. 3 prevé específicamente que todo miembro debería adoptar medidas para garantizar el derecho a la no discriminación de este colectivo de trabajadores.

2) Discriminación laboral por edad en Uruguay

¿Las prácticas laborales uruguayas incluyen frecuentes violaciones al derecho de las personas de no ser discriminadas por motivos de edad? Para contestar esta pregunta basta con detenerse brevemente a examinar las propuestas laborales que se publican diariamente y se podrá apreciar que uno de los requisitos más frecuentemente utilizados es exigir determinado límite de edad a los postulantes, sin que ello tenga justificativo alguno (como podrían serlo, por ejemplo, los motivos físicos). Este fenómeno no se limita al ámbito privado, sino que es incluso frecuente en llamados para oficinas públicas, habiendo una gran discrecionalidad al respecto.

Lo llamativo es que pese a que se trata de una modalidad cotidiana y flagrante de discriminación, parecería que se trata de un problema invisibilizado, porque no hay mayores debates al respecto. Se trata de una discriminación que se ha internalizado como necesaria, aun cuando pueda implicar consecuencias gravísimas para una parte importante de la población.

3) Prevención de la discriminación laboral por motivos de edad

Dadas las importantes consecuencias que tiene la discriminación de los trabajadores por motivos de edad avanzada, conviene profundizar en dos clases de medidas: preventivas y reparatorias. A nuestro juicio, el especial énfasis habría que ponerlo en las primeras, ya que el objetivo principal debe ser evitar conductas violatorias de un derecho humano fundamental, las que se enfocarían principalmente a la etapa precontractual. No obstante, también es importante pensar en la faz reparatoria, lo que sirve no sólo para compensar el daño que pueda haber sufrido el trabajador afectado, sino que –ante la eventual responsabilidad que puede tener que asumir el empleador– supone también un desestímulo para las conductas discriminatorias.

Sin ánimo de agotar todas las opciones posibles, nos limitamos a señalar algunas medidas que entendemos necesarias para dar un combate real a esta forma de discriminación:

a) Medidas de discriminación positiva

En general están destinadas a atender la etapa precontractual, adoptando criterios desiguales para intentar equilibrar las condiciones de acceso al empleo.

b) Restricciones a la discrecionalidad patronal precontractual

Sería conveniente establecer a texto expreso la prohibición para los eventuales empleadores de exigir ciertos requisitos que no tengan estricta relación con las características del cargo. En efecto, salvo que las particularidades de la posición a ocupar supongan algo en contrario, no habría por qué solicitar que el postulante cuente con determinada edad. Entendemos que una norma en este sentido otorgaría más claridad y garantías a los postulantes a un empleo, asimismo brindaría más herramientas para poder acreditar la discriminación en caso de reclamo al respecto.

c) Reforzar acción de la Inspección de Trabajo

A efectos de combatir con mayor eficacia la discriminación en el empleo y, sobre todo en relación al acceso al mismo, sería recomendable, a efectos de generar una mayor concientización en la sociedad, que la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social pusiera énfasis en la detección de situaciones que pueden dar lugar a la verificación de conductas discriminatorias precontractuales⁵.

d) Creación de una entidad específica para la tutela en casos de discriminación

⁵ Zubillaga, I., *op. cit.*, p. 101.

e) Actuación de la jurisprudencia

La alternativa más frecuentemente utilizada para pretender la reparación de la afectación de la dignidad que supone una conducta discriminatoria es la vía judicial. Ahora, ¿cuál es la forma más adecuada de reparar la violación del derecho a la no discriminación? Creemos firmemente que la única manera de garantizar eficazmente la tutela de un derecho humano fundamental es reconocer que el acto violatorio del mismo es nulo. Esto implica que se tenga por no ocurrido y las cosas deban volver al estado anterior.

Si bien esa posición ha tenido amplia recepción en diversos países de la región, no se ha logrado imponer en Uruguay. En efecto, la jurisprudencia ha sido sistemáticamente reacia a admitir la reinstalación del trabajador despedido, aún en casos de discriminación que implicaban vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, entendemos que la discriminación afecta la dignidad de las personas y supone la violación de un derecho humano fundamental, por lo que nos resulta meridianamente evidente que no basta con una indemnización monetaria para reparar el acto u omisión que la causa; por el contrario, es necesario considerarlo nulo y, por tanto, sin efectos.

f) Seguridad Social

También puede recurrirse a la seguridad social para paliar la situación de quienes han sufrido una afectación en su empleo contando con edad avanzada. A modo de ejemplo, en Uruguay se ha previsto un seguro de desempleo ampliado (1 año) para aquellos trabajadores con más de 50 años de edad⁶, y también un subsidio especial por inactividad para trabajadores que al ser despedidos se encuentran en situación muy próxima de poder acceder a la jubilación. De esta forma se les otorga el derecho a percibir una prestación hasta que puedan acceder a la jubilación⁷.

4) Reflexiones finales

La situación de los trabajadores de edad en Uruguay no ha tenido mayor atención por parte de la normativa laboral.

Una de las causas que quizás pueda explicar esto es que, a diferencia de otros colectivos vulnerables que se han agrupado para la defensa de sus intereses, este colectivo es más heterogéneo y, por tanto, de más difícil organización.

Otro factor que puede incidir en esta falta de atención que el derecho laboral tiene sobre el tema es que tradicionalmente se ha entendido que la tutela de los trabajadores de edad debe quedar supeditada a la seguridad social, básicamente a través de prestaciones de pasividad. En ese sentido, es cierto que en el sistema de seguridad social uruguayo existen diversos institutos que tienden a tutelar a este colectivo.

Sin embargo, las herramientas que brinda la seguridad social tienden, en general, a tratar la situación de quienes se ven afectados especialmente en su situación laboral por motivos de edad, es decir, se destinan a paliar el riesgo social.

No obstante, entendemos que la labor primaria debe ser trabajar en la prevención del fenómeno discriminatorio, propender a la erradicación del mismo, para lo cual es necesario adoptar otro tipo de medidas, tales como la regulación de la etapa precontractual, la implementación de programas que atiendan específicamente la problemática de los trabajadores de edad avanzada o la instauración de instituciones específicas para la tutela de este tipo de discriminación.

Por otra parte, es necesario generar un cambio en la forma en que se repara la situación de los trabajadores que han sido discriminados por motivos de edad. En particular, entendemos que sólo puede lograrse una tutela efectiva de este derecho si se considera todo acto u omisión que genera discriminación como nulo. Esto implica que debe producirse un cambio en la forma en que la jurisprudencia resuelve estos temas, pero ello no sólo supone un desafío para los jueces sino para todos los operadores del derecho.

⁶ Decreto-Ley 15.180, art. 6 (en la redacción dada por la ley 18.399).

⁷ Ley 18.395, arts. 9 y siguientes.

Ignacio Zubillaga Bianchi
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de la República, Uruguay