

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE PROFESORES ORDINARIOS EN UNIVERSIDADES PRIVADAS POR MOTIVOS DE EDAD POR JUBILACIÓN¹

Ricardo Francisco Seco²

Sumario: I.-El tema. Su alcance. II.- El marco normativo. Breve referencia histórica. La casuística. 1.-El marco constitucional y legal. 2.-Breve referencia histórica de una norma similar a la comentada. 3.-La casuística conflictiva en las universidades privadas. III.-Respuesta a los interrogantes. A) El primer interrogante es si la autonomía proveniente de la Ley de Educación Superior a las universidades privadas argentinas les da facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT. 1.- Jurisprudencia consolidada de prestigiosos tribunales 2.- Doctrina laboralista conteste. B) ¿La norma bajo comentario se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad? C.-La discriminación por razones de edad no es admitida en la propia LCT. La causa de extinción del art.252 de la LCT debe ser revista. El art.91 de esa ley no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege. IV.-Conclusiones.

Resumen: Algunos estatutos universitarios de universidades privadas argentinas prevén que los profesores ordinarios cesen en sus cargos el último día de febrero siguiente a la fecha en que cumplan sesenta y cinco años, o, anteriormente, cuando se hubieren acogido a los beneficios de la jubilación. Las universidades privadas argentinas carecen de facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT. La norma estatutaria comentada no se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad. Tampoco se adecua a la LCT.

¹ *Luego de la exposición en la Sala de DL y DPL, su contenido esencial fue publicado en *Práctica Integral Córdoba, Errepar*, Buenos Aires, Año XII N°150, agosto 2019, p.949.

² Abogado y notario (UCC), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), profesor de DTySS en la UCC y en la UBP y de posgrado en DT en varias universidades argentinas y una extranjera, publicista, Presidente de la Sala de Derecho Laboral y Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal e investigador de dicha universidad, exvocal de la Cám.Civ.,Com.,Trab. y Flia., Cruz del Eje. E.mail de contacto: ricardoseco58@gmail.com.

Palabras clave: Autonomía. Sujeción. Despido. Discriminación. Edadismo.

I.- El tema. Su alcance

Conocemos que en algunos estatutos universitarios de universidades privadas argentinas se prevé que los profesores ordinarios cesen en sus cargos el último día de febrero siguiente a la fecha en que cumplan sesenta y cinco años, o, anteriormente, cuando se hubieren acogido a los beneficios de la jubilación.

Además que basándose en dichas normas algunas universidades pretenden ejercer actualmente el supuesto derecho allí contenido.

Haremos una breve referencia al marco normativo específico universitario y al contexto histórico en que se dio; precisaremos la casuística del problema.

Luego examinaremos si la autonomía proveniente de la Ley de Educación Superior de las universidades privadas argentinas les da a éstas facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral con sus profesores dependientes al margen de la LCT.

Estudiaremos si la norma bajo comentario se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad.

Veremos si es posible proceder en el caso como prevé el art.252 de la LCT según la modificación hecha por la ley 27.426 (B.O., 28/12/17). Finalmente vertteremos algunas conclusiones.

II.- El marco normativo. Breve referencia histórica. La casuística

1.-El marco constitucional y legal

a) La Constitución Nacional, según la reforma constitucional de 1994, en el art.75 establece las atribuciones del Congreso de la Nación, mantiene algunas que venían del antiguo art.67 de la CN 1853-1860 y agrega otras nuevas.

El art.75 inc.19 dice que es facultad del Congreso:

"...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y de la sociedad; la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y *la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...*".(Inciso nuevo).

El art.75 inc.19, CN, según la reforma de 1994, faculta al Estado Federal a que mediante ley del Congreso, dicte "una 'ley marco' (o varias, porque el inc.19 se refiere a 'leyes')" a tenor de las pautas que ese inciso menciona. ³

³ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, EDIAR, Buenos Aires, 1997, Tomo II, p.43.

b) De ese modo se ha dictado la Ley de Educación Nacional 26.206 (B.O., 28/12/2006).

La Ley de Educación Superior 24.521 (B.O.10/8/1995) es posterior a la Constitución reformada pero anterior a la LEN. En su interpretación debemos adecuarnos a la pirámide constitucional argentina vigente luego de dicha reforma y a la LEN.

La última parte del art.75 inc.19 de la CN se refiere a la "autonomía y autarquía de las universidades nacionales". De su lectura literal se excluye de la norma y de los derechos que ella garantiza a las universidades provinciales, municipales y a las privadas.⁴

La *autonomía de las universidades estatales nacionales* "tiene, automática y directamente por imperio de la cláusula constitucional, el efecto de erigirlas y reconocerlas como personas jurídicas de derecho público no estatales lo que, entre otras consecuencias, surte la de colocarlas al margen de toda clase de intervención y subordinación respecto del Estado, como no sea en lo que pueda tener vinculación con los recursos que el Estado les debe deparar a través del presupuesto."⁵

Dicha autonomía consiste en que "cada universidad nacional establezca su propio estatuto, es decir, sus propias instituciones internas o locales y se rija por ellas, elija sus autoridades, designe a los profesores y fije el sistema de nombramientos y disciplina interna, sin interferencia alguna de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y con independencia de la facultad del Poder Judicial, pues no escapa a su jurisdicción ninguno de los problemas jurídico- institucionales que se puedan suscitar en el ámbito universitario(...). La autonomía universitaria implica libertad académica y de cátedra en las altas casas de estudio, así como la facultad que se les concede de redactar por sí mismos sus estatutos, la designación de su claustro docente y autoridades(...). La universidad se encuentra protegida- dado su carácter de entidad de cultura y enseñanza- por un doble orden de libertades. El primer lugar, por una libertad académica referente a la organización y gobierno de los claustros que represente una independencia tal que le permita alcanzar los objetivos para los que fueron creadas. Segundo, por una libertad doctrinal o de cátedra, que posibilite a los docentes poner en cuestión la ciencia recibida, para investigar nuevas fronteras de lo cognoscible, para transmitir versiones propias de la ciencia, no reproductivas de versiones establecidas", como expuso la CSJN, voto de la mayoría, 27/5/1999, en el caso "Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad de Luján".⁶

Sin embargo "*la autonomía universitaria no convierte a estas instituciones en un poder soberano dentro del Estado*. La finalidad de aquélla consiste en independizar y desvincular a las universidades de las injerencias del Poder Ejecutivo, pero quedan sujetas a la reglamentación del Poder Legislativo, dentro de los límites que la Constitución Nacional le impone al Congreso, y sometidas al eventual control jurisdiccional."⁷

c)La Recomendación de la UNESCO de 1997- aplicable a toda clase de instituciones educativas de nivel superior- en su art.5º, refiriéndose expresamente a la autonomía de las instituciones de enseñanza superior, menciona:

4 Ídem nota anterior, p.45.

5 Íbidem, p.46.

6 Citado por PALACIO DE CAEIRO, Silvia, "Autonomía y autarquía universitaria en la interpretación constitucional", Suplemento de La Ley Constitucional, miércoles 22 de octubre de 2008, p.1.

7 GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, p.698.

"A. Autonomía de las instituciones...

20. *Las instituciones de enseñanza superior no deben utilizar la autonomía como pretexto para limitar los derechos del personal docente de la enseñanza superior mencionados en esta Recomendación o en los demás instrumentos internacionales que se enumeran en el Apéndice."*

d) La autonomía, propia de toda universidad, es destacada por la enseñanza de la Iglesia Católica cuando expresa que la universidad "goza de aquella autonomía institucional que es necesaria para cumplir con sus funciones eficazmente y garantiza a sus miembros la libertad académica, salvaguardando los derechos de la persona y de la comunidad dentro de las exigencias de la verdad y del bien común."⁸

e) Las personas privadas en Argentina tienen derecho de crear y sostener universidades privadas de acuerdo al art.14 CN, que garantiza el derecho de enseñar y aprender, y organizarlas como crean conveniente, según las leyes que reglamenten su ejercicio.

El reconocimiento legal de este derecho de los particulares en la Argentina fue sumamente tardío. Fue recién en el decreto-ley 6403/55 del 23 de diciembre de ese año, de ordenamiento de las universidades nacionales, en su art.28.

La ley 14.447- llamada "Ley Domingorena" por el protagonismo del diputado frondizista Horacio Domingorena que redactó el texto definitivo- "fue la primera norma sobre las universidades privadas en Argentina", en especial el art.28.⁹

El segundo régimen fue la ley 17.604 dictada en 1967 para las universidades privadas, reglamentada por el decreto 8472/69.

El decreto 2330/93 derogó a aquél y fijó un nuevo marco.¹⁰

f) Finalmente la ley 24.521, Ley de Educación Superior (B. O., 10/8/1995), estableció un nuevo marco general común para instituciones universitarias estatales y privadas.¹¹

Su interpretación debe adecuarse- a pesar de ser aquélla posterior en el tiempo- al marco mayor que brinda hoy la Ley de Educación Nacional 26.206 (B. O., 28/12/2006).

La LES "*amplía como nunca antes la autonomía académica e institucional de los establecimientos universitarios, tanto de gestión estatal como privada*".¹²

El art.29 de la LES literalmente reza:

"Las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones:

- a) Dictar y reformar sus estatutos, lo que será comunicado al Ministerio de Cultura y Educación a los fines establecidos por el artículo 34 de la presente ley;
- b) Definir sus órganos de gobierno, establecer sus funciones, decidir su integra-

8 JUAN PABLO II, Constitución Apostólica sobre las universidades católicas, Ex Corde Ecclesia, 1990, N°12.

9 DEL BELLO, Juan Carlos- BARSKY, Osvaldo, GIMÉNEZ, Graciela, La Universidad privada Argentina, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2007, p.83.

10 DEL BELLO - BARSKY - GIMÉNEZ, ob.cit., p.96.

11 Ídem nota anterior.

12 DEL BELLO - BARSKY - GIMÉNEZ, ob.cit., p.103.

ción y elegir sus autoridades de acuerdo a lo que establezcan los estatutos y lo que prescribe la presente ley;...

h) *Establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente;*

i) *Designar y remover al personal;...".*

g) Empero la relación laboral existente entre docentes y universidades privadas en la Argentina, al no existir un régimen especial que instituya un estatuto laboral particular de los docentes de las universidades de gestión privada, *éstos quedan sujetos al régimen general establecido por la Ley de Contrato de Trabajo.*

Media entre las partes una relación laboral en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo, más allá del contralor que ejerce el Estado sobre tales instituciones.

Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia en la causa "*Carrieri, María T v. Instituto Nuestra Señora del Carmen*" (Fallos 272:326)[...]", además con citas de fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, según la definición del tribunal cimero local, coincidente con doctrina y jurisprudencia consolidada.¹³

2.-Breve referencia histórica de una norma similar a la comentada¹⁴

El art.51 del Estatuto de la Universidad de Buenos Aires- la que, obviamente, no es privada pero que sirve de antecedente para el estudio del tema- dice que todo profesor reglamenta en las funciones para las que ha sido designado el 1º de marzo del año siguiente a aquel en que cumple 65 años. Puede ser designado profesor consulto o emérito. Si no es designado de ese modo y no está en condiciones de jubilarse será indemnizado en la forma en que reglamente el Consejo Superior.

A su vez el art.123 de ese Estatuto prevé que las jubilaciones del personal docente comprendido en él se regirán por las disposiciones de las leyes vigentes sobre la materia para el personal civil del Estado con las excepciones que señala.

La ley 26.508 (B.O.,4/9/2009), art.1º inc. a) 1, posibilita que los docentes universitarios nacionales en ella comprendidos- *que no son los universitarios privados*- puedan optar por permanecer en la actividad laboral cinco años después de los sesenta y cinco años.

Compartimos que para entender el alcance del art.51 del viejo Estatuto es menester atender a las normas que regían la jubilación ordinaria de los docentes universitarios en 1958, cuando se dictó aquel estatuto.

La ley nacional 4349 de esa época preveía que la jubilación ordinaria se alcanzara a los 55 años de edad sin distinción de sexos. Por ello se afirma "con absoluta coherencia con el derecho vigente redactó (el estatuyente) un artículo que permitía a la totalidad de los docentes, cualquiera que fuere el sexo, permanecer en actividad 10 años más sobre la edad jubilatoria."¹⁵

¹³ Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, 31/5/2011, "Sánchez, José Alberto c/Universidad Católica de Córdoba – Amparo- Recurso de apelación – Recurso de casación".

¹⁴ CIPOLETTA, Graciela E., "Personal docente universitario nacional", en AA.VV., Regímenes Laborales Especiales, 3ª, edición actualizada y ampliada, FOGLIA, Ricardo Arturo (director), KHEDAYAN, Eugenia Patricia (coordinadora), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2019, Tomo II, p.278 y sgtes.

¹⁵ CIPOLETTA, ob.cit.

Las diversas modificaciones de las leyes de jubilaciones desde entonces hasta ahora llevaron a que la edad de jubilación ordinaria en las normas nacionales sea para los hombres 65 años y 60 años para las mujeres, aunque éstas con opción para permanecer cinco años más en actividad, art.19, ley 24.241.

Por ello coincidimos en “afirmar que la edad de 65 años mencionada en el art.51 del estatuto es referida a la edad jubilatoria actual es destruir la voluntad del estatuyente (que jamás pudo haber tenido en cuenta otra cosa más que el derecho vigente en su tiempo) y por tanto la interpretación destruye la verdadera ratio legis.” Para ser coherentes se dice que *“la edad de permanencia debería ser hoy de 75 años. Es decir, al igual que en el texto de 1958, diez años más por encima de la edad jubilatoria.”*¹⁶

Pero además, a los docentes de la universidades nacionales corresponde aplicar el punto 2 inc.a) del art.1º de la ley 26.508, como se anticipó.

Por ende el docente que desea permanecer cinco años más en actividad de la edad que prevé el estatuto podrá hacerlo sin que se afecte su cargo y salario en virtud de la aplicación de una norma de mayor jerarquía que el estatuto y posterior.¹⁷

El Convenio Colectivo de Trabajo para las universidades nacionales adheridas, aprobado por decreto 1246/2015, ha “establecido expresamente la prohibición de la discriminación por edad y la obligación de los empleadores de abstenerse a violar la misma. Todo ello al mismo tiempo que se consagra el principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador mediante cláusula convencional”. En consecuencia se abre un nuevo capítulo con ello acerca del tema de la edad límite para el ejercicio de la docencia en las universidades estatales nacionales.¹⁸

3.-La casuística conflictiva en las universidades privadas

Pocos son los docentes de universidades privadas argentinas, sobre todo en algunas carreras, que viven de la docencia superior solamente.

Ellos tienen, en general, otros ingresos como principales.

Hay casos de docentes que son a la vez policías, militares, jueces, funcionarios judiciales, docentes de otros niveles, médicos u otros profesionales del arte de curar, etcétera. Estos, a su vez, en distintos regímenes previsionales nacionales o provinciales, se pueden jubilar con antelación a los 65 años que prevén los estatutos de algunas universidades como límite etéreo para su desempeño.

Los docentes de las universidades privadas argentinas no tienen un convenio colectivo de actividad, aunque sí hay alguno de empresa.¹⁹ Tampoco se les aplica la ley 26.508.

En su consecuencia aparecen conflictos ante la pretensión de la patronal universitaria

¹⁶ Ídem nota anterior.

¹⁷ Íbidem.

¹⁸ Íbidem.

¹⁹ Ver SECO, Ricardo Francisco, “Aproximaciones iniciales al convenio colectivo 1398/2014 entre SADOP y la Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, Primer convenio colectivo entre un sindicato y una universidad privada argentina”, en Temas de Derecho Laboral, TOSELLI, Carlos A.(director), julio 2016, Erreius, Buenos Aires, 2016, p.59.

privada de dar de baja a algún profesor que haya alcanzado los 65 años o se hubiera jubilado antes que esa edad en algún régimen especial.

III.-Respuesta a los interrogantes

A) El primer interrogante es si la autonomía proveniente de la Ley de Educación Superior a las universidades privadas argentinas les da facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT.

La respuesta es negativa: las universidades privadas argentinas carecen de facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT, que es la que rige su relación laboral.

Damos razones.

1.- Jurisprudencia consolidada de prestigiosos tribunales

Ella refiere, en síntesis, que si bien las universidades privadas tienen autonomía académica e institucional establecida por la Ley de Educación Superior 24.521 y se hallan facultadas para dictar y reformar sus estatutos, ello *no implica que puedan apartarse de las normativas vigentes en materia laboral.*

Esa autonomía se vincula a cuestiones académicas e institucionales; mas no desplaza la aplicación de la LCT.

No basta un supuesto régimen o estatuto interno emanado unilateralmente de la institución para alterar o modificar normas de orden público laboral.

La autonomía universitaria no equivale a sostener que las universidades privadas puedan ejercer facultades legislativas en un sentido material amplio en cuanto al régimen laboral docente.

La autonomía académica e institucional de las universidades no es irrestricta; la propia ley 24.521 se encarga de colocarle límites en virtud de los cuales su poder jurígeno no depende de su sola voluntad.

El régimen laboral que pueda establecer el estatuto de una universidad privada no podrá desconocer los derechos y garantías básicos establecidos en la C.N. y convenios internacionales, así como los institutos básicos regulados en la L.C.T. y los principios generales del derecho laboral ni regularlos "in peius" del trabajador. Por ello es correcto hablar de "autonomía" con "sujeción".

Vemos algunos ejemplos de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la C.A.B.A.:²⁰

"La actora, al incorporarse a la carrera docente, quedó sujeta a las prescripciones reglamentarias preexistentes, promulgadas por la universidad para la que prestaba tareas y relativas a su estructura, a la determinación de las categorías docentes, a las condiciones requeridas para revistar en cada una de ellas, a la forma de designación y a las modalida-

20 Las citas subsiguientes se hallan publicadas en Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Boletín Temático de Jurisprudencia, Personal docente y no docente (Sumarios de jurisprudencia de la CSJN y de la CNAT), Oficina de Jurisprudencia, Dr. Claudio M. Riancho, Prosecretario General, Dra. Claudia A. Priore, Prosecretaria Administrativa, ACTUALIZACIÓN 2014, ISSN 1850 - 4159.

des de ejercicio de la actividad. La LCT es el continente de tales normas reglamentarias y rige las consecuencias de la ejecución de las obligaciones recíprocas de las partes, en cuanto atañe al aspecto estrictamente jurídico de la relación, *salvo en lo que el reglamento hubiera establecido mejores derechos para el empleado*. Rige también en la forma y consecuencias de la extinción del contrato...".²¹

"Si bien las universidades privadas (como en el caso la Fundación Universidad de Morón) poseen autonomía académica e institucional establecida por la ley federal de educación (24.521) y se las faculta para dictar y reformar sus estatutos, *ello no implica que puedan apartarse de las normativas vigentes en materia laboral*. El hecho que la actividad docente estatutaria se rija por su propio reglamento interno en lo relativo a la designación de sus profesores y a su participación en diversos actos de la vida académica no obsta a la existencia de una vinculación laboral de carácter subordinada."²²

"La ley 24.521 consagra la autonomía a favor de las Universidades, pero se vincula a cuestiones académicas e institucionales, mas no desplaza la aplicación de la LCT ni interfiere con la calificación jurídica de las relaciones que aquélla establezca con su personal."²³

"Al admitirse que el contrato de trabajo era por tiempo indeterminado y, ante una lectura armónica de nuestro ordenamiento jurídico laboral, se debe concluir que, en principio, esa modalidad es con prestaciones continuas, y la circunstancia que por cuestiones de orden administrativo interno se renueven nombramientos anualmente no afecta de forma alguna el orden jurídico vigente... *no basta un supuesto régimen o estatuto interno emanado unilateralmente de la institución para alterar o modificar normas de orden público*."²⁴

"La circunstancia de que las universidades como la demandada posean autonomía académica e institucional y se las faculte para dictar y reformar sus estatutos, *no implica que puedan sin más apartarse de las normativas vigentes en materia laboral*. Además, el hecho de que la actividad docente estatutaria se rija por su propio reglamento interno en lo relativo a la designación de sus profesores no obsta a la existencia de una vinculación de carácter subordinado a la que le es aplicable el régimen previsto en la Ley de Contrato de Trabajo."²⁵

Expresa a su vez la Suprema Corte de Justicia de Mendoza:

"Tanto el art.75, inc. 19 de la C.N. como la ley 24.521 al establecer la facultad de dictar sus propios estatutos y régimen laboral docente con fundamento en la "autonomía universitaria", han instituido no una simple delegación legislativa sino una verdadera asignación de competencias a favor de las Universidades. Pero esta conclusión atentaría contra la esencia de nuestro sistema de gobierno que radica fundamentalmente en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. *En consecuencia, la autonomía universitaria no equivale a sostener un postulado según el cual las Universidades pueden ejercer facultades legislativas en un sentido material amplio en cuanto al régimen laboral docente*. La sustracción de competencias se limita al plano de la norma estatutaria y a la faz académica de esas disposiciones estatutarias, como son entre otros,

21 CNTrab., Sala VIII, 28/3/2003, "Gaillard, Beatriz c/ Asociación Civil Universidad del Salvador s/ despido".

22 CNTrab., Sala V, 10/10/2003, "Camprotrini, César c/ Fundación Universidad de Morón s/ despido"). En el mismo sentido, Sala III, 18/9/2007, "Silva, Ernesto Guillermo c/Museo Social Argentino - Instituto de Información Estudio y Acción Sociales s/despido".

23 CNTrab., Sala I, 28/9/2006, "Demicheli, Ariel c/ Fundación Universidad Católica Argentina s/ despido".

24 CNTrab., Sala V, 6/10/2006, "Campagnoli, Ernesto c/Fundación Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires s/despido". En el mismo sentido, CNTrab., Sala V, 31/5/2013, "Pizarro Miguens, Javier Horacio c/Fundación Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires s/despido".

25 CNTrab., Sala V, 16/8/2007 "Ferrari, Raúl Ángel c/Fundación Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires s/despido".

el ingreso y permanencia de los estudiantes en su seno, sistema de nombramientos de los docentes, asignación de horarios de acuerdo con los objetivos de la enseñanza, etc. Ello así, el límite de la competencia del Congreso está dado por la circunstancia de que del ejercicio que se haga de ella no resulte afección a la teleología de la autonomía universitaria en un todo de acuerdo con los fines y objetivos establecidos en los arts. 3 y 4 de la ley 24.521. En el sentido indicado se ha expedido la Corte Suprema de la Nación en la causa "Barsanti" (Fallos 321:1799) ya citada y la Procuración del Tesoro Nacional en el Dictamen n° 29/98, oportunidad en la que manifestó: "*La autonomía académica e institucional de las universidades no es irrestricta, la propia ley 24.521 se encarga de colocarle límites en virtud de los cuales su poder jurígeno no dependen de su sola voluntad*, así, la comunicación del dictado de sus Estatutos al Ministerio de Educación a los efectos del art. 34, la formulación por ese Ministerio de políticas generales en materia universitaria; la necesidad de observar los lineamientos que establezca el Ministerio en acuerdo con el Consejo de Universidades, respecto de profesiones reguladas por el Estado Nacional, son ejemplos de los límites mencionados[...]"'. "*En su virtud el régimen laboral que pueda establecer el estatuto de una Universidad no podrá desconocer los derechos y garantías básicos establecidos en la C.N. y convenios internacionales, así como los institutos básicos regulados en la L.C.T. y los principios generales del derecho laboral ni regularlos "in peius" del trabajador*. Por ello sería correcto hablar de "autonomía" con "sujeción". "[...] se puede afirmar, entonces, que el régimen legal aplicable a la relación de empleo del docente universitario reconoce, por las características de la actividad, una secuencia ascendente y de sujeción de normas que parten del Estatuto Universitario, la Ley Federal de Educación Superior (ley 24.521), la L.C.T., la C.N. y los convenios internacionales. En la articulación de esas normas se deberá actuar de forma tal que si una determinada institución no está regulada por el Estatuto Universitario y la ley 24.521 y sí por la L.C.T., ésta será la que se aplicará lisa y llanamente, salvo que resulte incompatible con la naturaleza y modalidades de la actividad docente universitaria y el específico régimen jurídico a que se halle sujeto, en un todo conforme lo dispuesto por el art.2° de la L.C.T. Si por el contrario la institución encuentra regulación en las disposiciones estatutarias institucionales y legal específica (ley 24.521), éstas serán las de aplicación en la medida en que respeten los principios y garantías reconocidos por la C.N. y Convenios Internacionales." "Este complejo ordenamiento requiere atención especial por parte de los magistrados especializados en la materia laboral y preparados para hacer prevalecer el principio de legalidad que determina el orden público laboral y de jerarquía normativa."²⁶

2.- Doctrina laboralista conteste²⁷

La ley 24.521, *Ley Federal de Educación Superior* (B. O., 10/8/1995) y modificatorias establece que cada universidad (sea estatal o privada) tiene *autonomía académica y funcional* (art.29) y conforma con todas las demás universidades públicas y privadas el "sistema universitario nacional" (art. 26 in fine). Ella se inserta en el sistema educativo nacional diseñado por la nueva Ley de Educación Nacional 26.206, que no la ha derogado a la anterior sino que se refiere a ese sistema en el Capítulo V del Título II "El sistema educativo nacional", en los artículos 34 a 37.²⁸

26 SCJMZA, Sala II, 27/06/2007, "Cosentino, Juan Antonio en J: 35.197/35.798 "Cosentino, J.A. c/ Fund. Santa María -Univ. Champagnat- p/ cobro dif. sueldo s/ Inc. Cas.", <http://www.jusmendoza.gov.ar>, consultada el 2 de febrero de 2010. Similar criterio repitió la SCJMZA, Sala II, el 13/3/2008, "Linares Alberto Manuel en J° 34.765 "Linares, A. M. c/Universidad del Aconcagua p/Despido s/Inc.- Cas", no publicada.

27 LITTERIO, Liliana H., "El trabajo por tiempo indeterminado de docentes de universidades privadas", LA LEY 2008-B,21, comentando el fallo de la CNAT, Sala III,18/9/2007, "Silva, Ernesto Guillermo c/ Museo Social Argentino Instituto de Información Estudio y Acción Sociales";SECO, Ricardo Francisco, "Contratación de Profesores de Universidades Privadas Argentinas", Revista de Derecho Laboral 2009-2, Contratación y registración laboral, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009,pág. 129 y sgtes.

28 Ver SECO, Ricardo Francisco, "El contrato de trabajo docente en universidades privadas", en AA.VV., Régimen laboral de los docentes de universidades privadas argentinas", Seco, Ricardo Francisco, Tosto, Gabriel; Ledesma de Fuster, Patricia Mariana; García Bravo, María Eugenia Advocatus, Córdoba,

Cada universidad tiene la facultad de establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción de los docentes (art.29 inc. h), LES) y también la de designar y remover al personal (art.29 inc. i) de la misma norma), lo que es aplicable a todas las universidades, sean nacionales, provinciales o privadas reconocidas por el Estado Nacional y los institutos universitarios estatales o privados reconocidos, todos los cuales integran el "sistema universitario nacional" (art. 26).

Compartimos con Litterio que "la Ley de Educación Superior 24.521, modificada por sus similares 25.573, 25.754, 26.002 y 26.206, *no excluye a los profesores de las instituciones universitarias de la normativa de la LCT*, sin perjuicio de que las autoriza a fijar el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente [art. 29, inciso h)] y a designar y remover al personal [art. 29, inciso i)]. El hecho de que la actividad docente estatutaria se rija por su propio reglamento interno en lo relativo a *la designación de sus profesores y a su participación en diversos actos de la vida académica*, no obstaculiza la presencia de una *vinculación laboral de carácter subordinada*."²⁹

Agrega aquélla que "si bien la ley 24.521 consagra la autonomía a favor de las universidades, ella se vincula a cuestiones académicas e institucionales pero *no desplaza la aplicación de la LCT ni interfiere con la calificación jurídica de las relaciones* que aquélla establece con su personal. Resulta claro, entonces, que al incorporarse a la carrera docente el trabajador queda sujeto a las prescripciones reglamentarias preexistentes, promulgadas por la universidad para la que presta tareas y relativas a su estructura, a la determinación de las categorías docentes, a las condiciones requeridas para revistar en cada una de ellas, a la forma de designación y a las modalidades de ejercicio de la actividad."³⁰

La Recomendación UNESCO de 1997 sobre el personal docente de enseñanza superior refiere: "20. *Las instituciones de enseñanza superior no deben utilizar la autonomía como pretexto para limitar los derechos del personal docente de la enseñanza superior mencionados en esta Recomendación o en los demás instrumentos internacionales que se enumeran en el Apéndice.*"

B) ¿La norma bajo comentario se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad?

La respuesta una vez más debe ser negativa.

1.- Contradice el art.14 bis de la Constitución Nacional que manda a asegurar "*condiciones dignas y equitativas de labor*" a los trabajadores, se entiende por los tres poderes del Estado y por los propios particulares.

Colisiona con el art 75 inc.23 de la Constitución Nacional que dice que es una facultad del Congreso:

"23. Legislar y promover medidas de acción positiva 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 hu-

2012, p.111 y sgtes. Dicho libro es citado expresamente entre la bibliografía por el Boletín Temático antes mencionado de 2014 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la C.A.B.A.

29 LITTERIO, ob.cit., citada por SECO, ob.cit.

30 LITTERIO, ob.cit.

manos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

Esta norma se opone a la pretensión de desvinculación de los trabajadores adultos mayores a bajo costo o ningún costo, lo que conlleva a una grave afectación de derechos fundamentales.

2.-Calificada doctrina y jurisprudencia desde hace ya algunos años consideran que es un despido discriminatorio cuando se lo realiza por razones de edad.³¹

Doctrina reciente ratifica y amplía los fundamentos de esa calificación.³²

El despido discriminatorio afecta el derecho fundamental de todo ciudadano de no ser discriminado, derecho que ha sido consagrado por normas constitucionales y convencionales de jerarquía constitucional y superlegal e integrantes del *ius cogens*.³³

El derecho a no ser discriminado lleva a “excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto y sin una razón válida o legítima”.³⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende por discriminación a “toda exclusión, restricción, o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.³⁵

El Comité de Derechos Humanos de la ONU define a la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, en nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales de todas la personas”.³⁶

El derecho a no ser discriminado se encuentra recogido en los arts.14 bis, 16,75 inc.22 y 23 de la CN; 2.1. y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2.2. del PIDESC; 2.1. y 26 del PIDCyP; 5 y conc. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; 1,11,12 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y concs. de la Convención de los Derechos del Niño; 3.1. de la Carta de

31 CNTrab., Sala III,30/5/2008, “Privitera, Héctor Eduardo y otros c/Peugeot Citroen Argentina S.A.”, Sala II, 17/9/2009, “Cartolano, Antonio y otros c/ Peugeot Citroen Argentina S.A.”, citados por ELÍAS, Jorge, “La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario”, Revista de Derecho Laboral, 2011-1, Extinción del contrato de trabajo-III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011,p.11; GARCIA VIOR, Andrea E., “Discriminación por razones de edad. Es necesario volver a lugares comunes para ver la diferencia”, en Revista de Derecho Laboral 2009-1, Discriminación y violencia laboral-II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.297.

32 ARESE, César, “El ‘edadismo’ laboral y previsional”, y DUARTE, David, “Discriminación por razones de edad”, en Revista de Derecho Laboral, Igualdad de Oportunidades y de Trato, Revista de Derecho Laboral, Tomo 2019/1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.483 y 513 respectivamente.

33 ZAS, Oscar, “El despido discriminatorio”, en En debate, Derecho Laboral, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017,p.771.

34 BARRETO GHIONE, Hugo, “Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo”, en AA.VV., El principio de igualdad en la teoría del derecho y en la dogmática jurídica, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p.70, citada por DUARTE, ob.cit., p.525.

35 Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, citada por ZAS, ob.cit.

36 Observación General 18, No discriminación, 10/11/1989, citada por ZAS, ob.cit.

la OEA; 3 del Protocolo de San Salvador, 1 ,2, y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.³⁷

En la discriminación existen tres elementos: uno es una *diferencia en el tratamiento* (elemento de hecho) sin justificación suficiente, sin motivo objetivo y razonable; un *motivo prohibido* determinante de la diferencia de trato de una categoría de personas a las que se les adjudica un atributo por el hecho de pertenecer a esa categoría y un *resultado objetivo* de tal diferenciación por ese motivo, destinado a anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.³⁸

La *edad* es considerada por las normas vigentes como un tipo característico de trato discriminatorio. Mas "arbitrariamente actúa no sólo quien carece de causa para justificar una conducta determinada, sino, también, quien *procede en base a móviles expresamente prohibidos por el Derecho*". "La falta de demostración, por parte del empleador del motivo de trato desigual se considera injustificado, pero la presencia de cualquier causa expresamente vedada permite afirmar que se está frente a un trato discriminatorio."³⁹

Cuando por el solo hecho de ser viejo se pretende extinguir el contrato de trabajo vigente ello es discriminatorio.

3.-La norma bajo comentario contradice la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* de 2015, aprobada por la ley 27.360 (B.O., 31/5/2017).

Ella ha comenzado a ser recibida por la jurisprudencia como lo hizo la CSJN, 26/3/2019, "García María Isabel c/AFIP".⁴⁰

La Convención aludida tiene jerarquía superior a las leyes y, por cierto, superior al estatuto universitario de una universidad privada, art.75 inc.22 de la CN.

Dice dicha Convención en su Preámbulo: "...Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido *el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;...*".

Expresa el art.2º de esa norma internacional que se entiende por "Discriminación": "*Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.*" Por "Discriminación múltiple" se entiende: "Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o

37 ZAS, ob.cit. ARESE, El "edadismo" laboral y previsional, cit. indica que quedan aplicable los derechos y garantías que contiene el derecho internacional de los derechos humanos que enumera.

38 PISACCO, Marina, El despido discriminatorio y el derecho a la estabilidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p.78.

39 CONFALONIERI, (h.), Juan Ángel, "Prohibición de hacer discriminaciones", en AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, RODRÍGUEZ MANCINI(director), La Ley, Buenos Aires, T.I, p.533, citada por DUARTE, ob.cit.

40 ARESE, ob.cit.

más factores de discriminación.” Por “Discriminación por edad en la vejez” se entiende: *“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.”*

En el mismo artículo se dice que se entiende por “Persona mayor” a: *“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. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.”*

En su art.5º la Convención refiere:

“Igualdad y no discriminación por razones de edad.

Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.”

A su vez el art.18 de esa Convención, referido al *Derecho al trabajo* de las personas mayores, refiere:

“Derecho al trabajo.

La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad. Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor. Queda prohibida 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. 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...”

La discriminación de la persona de edad avanzada se conoce como edadismo, el viejismo, ancianismo, etarismo o gerontofobia.

“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.”⁴¹

Ejemplos de discriminación por motivos de edad son los casos de edad de jubilación obligatoria, las condiciones de trabajo, ascensos, retiros, despido, etcétera.⁴²

El derecho al trabajo es el fundamento último y principal de toda limitación del poder de poner fin a la relación de trabajo por el empleador.

41 ARESE, ob.cit.

42 Ídem nota anterior, con cita de OIT, Dar rostro humano a la globalización.

Es reconocido con diversas formulaciones en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 1948), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (DPDS, 1969), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (Pacto de San Salvador, PSS, 1978); a ello que se suman, de manera directa, el Convenio 158 de la OIT, y de manera indirecta (no refieren expresamente al derecho al trabajo, pero sí a sus caracteres) los Convenios 29, 111 y 122 de la OIT.⁴³

Un cese laboral como el que se postula en la norma que comentamos se basa en una distinción prohibida porque las exigencias propias de la naturaleza del cargo (profesor universitario) *no justifican objetivamente que se disponga un cese laboral directo por haber cumplido la edad de 60 años o más y estar jubilado o en condiciones de jubilarse*.⁴⁴

La jurisprudencia ha considerado discriminatorio calificar a una agente como "jubilable" pues esa denominación en el marco de los concursos de la carrera "conllevan una discriminación en razón de la edad y sexo que la actora califica de sospechosas y prohibidas por el art.11 de la CCBA".⁴⁵

No decimos que no haya ningún límite etareo máximo para los profesores universitarios. Afirmamos que éste no puede ser tan bajo como el comentado.

La interpretación inicial de que se extienda la edad para el desempeño de los profesores universitarios al menos hasta los 75 años, además de las razones antedichas, encuentra antecedentes en el art.99 inc.4º de la Constitución Nacional para los magistrados federales y art.401 del Código de Derecho Canónico, en el que se ruega a los Obispos que renuncien a ese oficio al llegar a los 75 años. Si ellos pueden, los profesores universitarios también.

4.-Se está ampliando e imponiendo el principio de que el despido debe ser siempre basado en una causa legalmente justificada.

Así surge del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) y su correspondiente Recomendación: *no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*.⁴⁶

43 Ver BARRETO GHIONE, Hugo: «Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento», en Revista del Equipo Federal de Trabajo, N°80, 4/1/2012, en <http://www.eft.org.ar/>, consultada el 23 de abril de 2018, cuando examina la estabilidad del trabajador y su fundamento normativo internacional. Refiere que de esas normas surgen los principales caracteres del derecho al trabajo: «toda persona tiene derecho al trabajo» (DUDH, DADDH, PIDESC, DPDS, PACADH, etc.); caracterizándose luego ese trabajo como «libremente elegido» (DUDH, PIDESC, PACADH, Convenio 122); «en condiciones equitativas», «dignas» o «justas» (DUDH, DADDH, PACADH); «productivo y socialmente útil» (DPDS, Convenio 122); y protegido mediante la prohibición del trabajo forzoso (Convenio 29) y la eliminación de toda discriminación en el acceso al empleo (Convenio 111). El derecho al trabajo, así reconocido por las normas internacionales sobre derechos humanos, funcionaría además como una regla de reconocimiento intermedia, o sea, un criterio que permite justipreciar la validez de las normas de inferior jerarquía, las que deberán referenciarse a ese estadio superior para decidir en relación con su validez." Ver SECO, Ricardo Francisco, "El despido directo sin expresión de causa: ¿derecho del empleador o acto ilícito contractual? Reflexiones antiguas y actuales a partir de fallos recientes", en Práctica Integral Córdoba, Año XII, N°142, diciembre 2018, Errepar, Buenos Aires, p.1397.

44 Véase ARESE y DUARTE, ob.cit.

45 TSJBA,25/11/2009, "Zdanevicius, Luisa Laimute c/GCBA s/Amparo", SAIJ: C1002430, citado por DUARTE, ob.cit.

46 Ver <http://www.estudiojuridicomena.com.ar/estudio/2018/12/27/derecho-de-trabajo/> con cita de Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores

Además el propio despido incausado y la misma estabilidad relativa ha sido cuestionada judicialmente de modo reciente, por ejemplo en la sentencia del 31 de agosto de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *“Lagos del Campo vs. Perú”*, por aplicación del Convenio 158 de la O.I.T. y art.26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, entre otras normas internacionales.⁴⁷

La Declaración sobre la Justicia Social de 2008 y el Pacto Mundial para el Empleo de 2009 reconocen y declaran cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente. El primero de ellos expresa: 1.-promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder adoptar y ampliar medidas de protección social...”.⁴⁸

El art.6° del Protocolo de San Salvador⁴⁹ reza: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.”

El art.7° de ese instrumento internacional se refiere a: “Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.

Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

...;b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;... d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional;...”.

Cuando un trabajador- como es un docente universitario jubilado o próximo a jubilarse pero adulto mayor- es cesado de su trabajo docente por esa razón se presume que hay “edadismo”.

Por esa desvinculación laboral *ve frustrados sus planes de vida de los próximos años*, “los

en Condición de Jubilarse. Problemática actual: Desde la parte empleadora se intenta acelerar la desvinculación de los trabajadores a bajo costo, con grave afectación de los derechos fundamentales.

47 Ver CANESSA MONTEJO, Miguel F, “La Protección Interamericana de la Libertad Sindical y de la Estabilidad Laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú”, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ©, Vol.8, N° 16, 2017, p. 143-149; CALDERÓN GAMBOA, Jorge, “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano. Relevancia de la sentencia Lagos del Campo”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx. En el orden nacional sobre ese fallo se expresaron ARESE, César, “¿Es necesario ratificar el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo?”, RDL, 2018-1, Contratación laboral y despido-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018,p.379 y el maestro GIALDINO, Rolando, “Una sentencia histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia laboral: derecho al trabajo, libertad de expresión y libertad de asociación”, en Revista La Defensa N° XVII Marzo 2018, en <http://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2017/index.html>, consultada el 25 de octubre de 2018; SECO, Ricardo Francisco, “El despido directo sin expresión de causa:¿derecho del empleador o acto ilícito contractual? Reflexiones antiguas y actuales a partir de fallos recientes”, Práctica Integral Córdoba Año XII, N°141, Noviembre 2018,Errepar, Buenos Aires, p.1323.

48 Ver Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores en Condición de Jubilarse...cit.

49 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos.

cuales los había planificado de conformidad al ingreso que percibía como trabajadora en actividad y que pretendía hacerlo hasta los 65 años de edad” o ahora hasta los 70 años al menos.

Se sufre afección normalmente “cuando una persona elabora su proyecto de vida de una determinada manera y luego de un momento a otro, se termina la relación de trabajo y sus planes no pueden concretarse generándole un cercenamiento en el modo de vida elegido y una violación a sus derechos...que la conducta de la empleadora quebrantó el proyecto de vida de la actora, afectando sus sentimientos y vulnerando su tranquilidad espiritual y/o psíquica con el despido intempestivo...”.⁵⁰

Consideramos que un cese sin expresión de causa, aunque presumido que fue por razones de edad, o con expresión de causa pero justificado en un modo de extinción que no existe en el marco de la LCT, “*provoca un grave daño a su proyecto vida, postergando o esterilizando sus aspiraciones.*”⁵¹

“La edad de una persona no lleva necesariamente implícita la falta o pérdida de capacitación para un puesto de trabajo y así debe entenderse a la luz de la normativa vigente al respecto. El edadismo, enseña Alex Comfort, es la noción de que *la persona deja de ser persona, deja de ser la misma persona o se vuelve otra persona de clase distinta o inferior, a consecuencia de haber vivido un determinado número de años. Es un proceso de estereotipación y discriminación sistemática contra las personas debido a que son viejas.*” Acordamos en que “la convención determina que la distinción se vuelve discriminación si la diferencia de trato no se justifica por razones objetivas y razonables...”.⁵²

Compartimos que “por más amplios que hipotéticamente fuesen el contenido y alcances de las facultades del empleador sobre la organización y dirección de la empresa e integración del personal, específicamente el art.252 L.C.T. y de la discrecionalidad de su ejercicio, en ninguna circunstancia y lugar, a la luz del *corpus iuris* de los derechos humanos que nos rige, podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *ius cogens* que informa el principio de igualdad y prohibición de discriminación”, como expresó la CSJN in re: “Álvarez Maximiliano y otros c/Cencosud”.⁵³

La Corte Federal dijo en el caso “Vizzoti” que desde el ángulo constitucional el trabajador es sujeto de preferente tutela.

La doctrina refiere-y se comparte- que el principio pro persona impone escoger el resultado que mejor proteja en mayor medida a la persona humana y las limitaciones o restricciones de los derechos humanos han de ser interpretadas estrechamente. Las normas de los derechos humanos, naturalmente, no se detienen ante las puertas de las empresas.⁵⁴

50 Superior Tribunal de Justicia, Jujuy, 8/2/2018, “L., N. del V. c/ Estado Provincial- Laboral por despido arbitrario y otros rubros”, citado por Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores en Condición de Jubilarse...cit.

51 Idem nota anterior.

52 Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores en Condición de Jubilarse...cit.

53 Idem nota anterior.

54 GIALDINO, Rolando E. “Estados, empresas y derechos humanos-LL 2012, p. 902.

C.-La discriminación por razones de edad no es admitida en la propia LCT.⁵⁵ La causa de extinción del art.252 de la LCT debe ser revista. El art.91 de esa ley no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege

1.-Dice el art.17 de la LCT:

“— Prohibición de hacer discriminaciones.

Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.”

Tempranamente la LCT coloca como un motivo descalificable de distinción negativa en relación a los trabajadores a la edad.

2.-La norma del estatuto universitario bajo comentario tampoco atiende al art.252 de la LCT, según la modificación hecha por la ley 27.426(B.O., 28/12/17).

El art. 252, LCT, actualmente expresa:

“. —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.”

En la actual legislación que rige a los trabajadores privados “el hombre- desde los sesenta y cinco(65) años- y la mujer-desde los sesenta(60) mantienen el derecho a obtener el beneficio previsional si cuentan con treinta(30) años de servicios y los aportes, *pero la jubilación pasa a ser una opción para el trabajador, quien siempre puede esperar que el empleador invoque su condición de jubilable no antes de que cumpla los setenta(70) años, plazo común a ambos sexos*”.⁵⁶ *Esto quiere decir que una pretensión del empleador universitario de extinguir el contrato de trabajo por razones de jubilación antes de los 70 años también es ilegal.*

3.- Pero el ejercicio de esa opción, que permite la LCT desde 1974 a favor del empleador a partir del art.18 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos

55 TOSCA, Diego, La reinstalación en el empleado ante la discriminación en el despido en razón de la edad. Nota a fallo, CNTrab., Sala VII, “De Freitas, Antonio Joaquín c/BBVA Banco Francés S.A. s/Despido”, 30/8/2013, Temas de Derecho Laboral, GARCIA VIOR, Andrea(dirección) MORENO CALABRESE, Verónica(coordinación), febrero 2015, Erreius, Buenos Aires, p.60.

56 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Erreius, Buenos Aires, 2018, Tomo III, p.2025, con cita del art.19 de la ley 24.241

Humanos de las Personas Mayores, debe ser revista.

Ahora se suma una nueva condición de validez cual "es el carácter antidiscriminatorio". Esa facultad del empleador "sólo podría ser ejercida válidamente cuando el empleador, además de reunir los requisitos necesarios para obtener la jubilación ordinaria, no satisficiera las exigencias 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, el trabajador podría rechazar el emplazamiento."⁵⁷

Si hay indicios de discriminación por razones de edad ésta se presumirá y le corresponderá al empleador probar que no la hay.⁵⁸

4.-La norma bajo comentario no respeta la LCT pues el art.91 de esa ley *no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege.*

El art.252,LCT, se relaciona inescindiblemente con el art.91 de la LCT.

Éste último refiere:

"El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicio, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley."

Compartimos que ese artículo "indica la oportunidad en que aquella vocación encuentra su punto de claudicación, bien entendido que *no está contemplando una causal de extinción fatal, autonomía, ex lege*, sino creando la posibilidad de ejercicio de las específicas facultades del artículo 252 de la LCT al limitar el alcance de la regla del artículo 90."⁵⁹

La pérdida de algunos derechos por el trabajador con la llegada de los recaudos para su jubilación- dice Machado con razón- "*no debe entenderse que ello sea consecuencia automática de haber alcanzado los umbrales de acceso a la previsión social.* En realidad, siguiendo la clasificación de las normas que propone la teoría general del derecho nos encontramos ante una de tipo 'permisivo' que autoriza o faculta ciertas conductas al excluir las razones que había hasta allí para considerarlas antijurídicas. No es una regla de 'mandato' en el sentido de imponer o requerir ciertos comportamientos (deberes) bajo una circunstancia típica. En otras palabras, el solo cumplimiento de la condición objetiva no afecta el contrato, ni sus atributos o caracteres. Meramente releva un obstáculo que hasta entonces existía para extinguirlo y habilita, en cambio, otros comportamientos res-cisorios que, según nuestro ordenamiento, son regulados a partir del art.252 de la LCT. Por lo mismo y en tanto cuanto dicha norma indica que el empleador 'podrá' instar el procedimiento de la jubilación compulsiva, es obvio tanto que no está obligado a hacerlo como que, si no lo hace, un eventual despido que produjere queda regido por las direc-

57 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, DT, 2016, Año LXXVI-813. Ejemplo de ese control es el fallo de la CNTrab., Sala V, 27/4/2012, "Font Olivares c/Aerolíneas Argentinas S.A." donde se hizo una aplicación de un criterio desigual en la categoría de aeronavegantes permitiendo que los pilotos sigan hasta los 65 años de edad, a diferencia de otros trabajadores que prestan otros servicios a bordo, citado por ARESE, ob.cit.

58 CSJN, 15/11/2011, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo". Ver PISACCO, ob.cit., p.285.

59 MACHADO, José Daniel, comentario al art.91, en AA,VV., Ley de contrato de trabajo comentada y concordada, 2ª edición actualizada, OJEDA, Raúl Horacio(coordinador), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011,Tomo II, p.33.

tivas generales de los artículos 242 y siguientes.”⁶⁰

El trabajador puede iniciar espontáneamente el trámite jubilatorio y luego rescindir el vínculo laboral con el empleador por ese motivo; a su vez el empleador, independientemente de lo que el trabajador decida, puede instarlo a éste a que inicie el trámite previsional. Pero en tanto ni uno ni otro ejerzan esas facultades legales “el vínculo continúa sin alteración de su naturaleza modal ni consecuencia laboral de ninguna otra índole.”⁶¹

La doctrina y algún fallo aislado han entendido posible que pueda cursarse la intimación del art.252 una vez reunidos los requisitos exigidos por un régimen especial por el cual pasaba el trabajador a la pasividad a una menor edad o tiempo de servicios.⁶² Pero siempre se exige la intimación en las condiciones del art.252 de la LCT.⁶³

La LCT “no ha establecido una edad máxima para el trabajo ni una causal de extinción fatal del contrato por edad.”⁶⁴

Expresa la jurisprudencia: “Luce desierta la conclusión del tribunal del trabajo en cuando declaró que la sola concesión del beneficio previsional tuvo virtualidad extintiva del vínculo laboral, ignorando la continuidad decidida por las partes y, especialmente, que no medió siquiera intimación en los términos del art.252, LCT.”⁶⁵

En suma, que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicio, *no está contemplando en la LCT como una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege.*

El art.91, LCT, sólo crea la posibilidad de ejercicio de las específicas facultades del art.252 de la LCT al limitar el alcance de la regla del art.90 de la misma norma.

Además, insistimos, ahora la intimación del art.252 de la LCT que puede dar el empleador al trabajador no puede hacerse hasta que aquel tenga 70 años cumplidos.

5.- Mucho tiempo atrás ya la doctrina interpretó el art.252 de la LCT en el caso de los docentes de universidades privadas.⁶⁶

En realidad la extinción en ese caso no sería por jubilación sino por despido del trabajador en condiciones de jubilarse, al que la ley releva de consecuencias indemnizatorias.⁶⁷

El decreto 679/95 estableció que el empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada

60 MACHADO, ob.cit.

61 Ídem nota anterior.

62 Ver CNTrab., Sala VI, 8/11/1994, “Molina Campos, Florencio c/Aerolíneas Argentinas”, con comentario de POSE, Carlos, Condiciones para el cese laboral en los términos del artículo 252 de la ley de contrato de trabajo, DT-1995,A,p.398; pero se trata de un régimen aplicable especialmente a los trabajadores aeronáuticos, propios de la empresa demandada, edad mínima de jubilación a los 50 años y máxima a los 55 años, hechos diferentes a los que nos ocupan.

63 MACHADO, ob.cit.

64 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Erreius, Buenos Aires,2018, Tomo II, p.1049.

65 SCJBA, 5/5/2010, “Maciel, Jorge c/Argón S.A. s/Enfermedad profesional, JUBA, www.rubinzal.com.ar/Jurisprudencia de Derecho Laboral, RC J 15942/2010, citada por OJEDA, Raúl Horacio, Jurisprudencia Laboral Nacional y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo III,2014,p.707.

66 SECO, Ricardo Francisco- LEDESMA DE FUSTER, Patricia Mariana en AA.VV., Régimen Laboral de los docentes de universidades privadas argentinas”, cit., p.483 y sgtes.

67 FERNÁNDEZ MADRID, Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada, cit. p.2173.

por el art.252,LCT, cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para acceder a la prestación básica universal (P.B.U.), salvo el supuesto previsto en el segundo párrafo del art.19 de la ley 24.241.

Los recaudos que el art.19 aludido establece son: hombres que hubieran cumplido 65 años de edad, mujeres que hubieran cumplido 60 años de edad, que se acrediten 30 años de servicio con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad. Pero la norma establece que *en cualquiera de los regímenes previstos por esa ley las mujeres podrán optar por continuar su actividad laboral hasta los 65 años de edad.*

Adviértase que si el trabajador no reuniera los años de servicios y se excediera en edad podrá compensar a razón de dos años excedentes por uno de los de servicios faltantes.

Tempranamente dijimos que en el caso de que el docente obtenga jubilación por aplicación de leyes provinciales o nacionales especiales habrá que estar a sus recaudos para la jubilación ordinaria; pero si ellas establecen la posibilidad de obtener jubilación ordinaria vgr. a menor edad que la ley 24.141, por aplicación del principio de la igualdad constitucional, art.16,CN, y por los principios de interpretación del art.11 de la LCT, *entendemos que habrá que estar a los recaudos de la ley 24.241, los que más benefician al trabajador.*

Ya afirmamos en esa ocasión que esto quiere decir que si un docente universitario obtiene una jubilación ordinaria a los 60 años de acuerdo a una ley que le es aplicable por su trabajo principal no puede el empleador universitario hacer uso del mecanismo previsto por el art.252, LCT, sino hasta que cumpla los 65 años. Podría hacerlo si se trata de una mujer pero ésta puede optar por seguir trabajando hasta los 65 años según la ley 24.241.

Mas ahora la norma se ha modificado y no podría intimarse al trabajador si no tuviere 70 años.

Un caso jurisprudencial acerca de la extinción por jubilación del contrato de trabajo de un docente universitario privado fue fallado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 2ª, 11/03/2008, "Estrada, Nelda Y. v/ Universidad Juan Agustín Maza".⁶⁸

No se discutía allí la posibilidad de rescindir el contrato del trabajador en condiciones de jubilarse; lo que se discutía eran las condiciones en que esa rescisión se puede disponer para hacer funcionar con validez esa forma de extinción.

Se dijo: "...No resulta suficiente, a los fines de darle validez al despido producido por la empleadora, el hecho que la trabajadora accediera efectivamente a la jubilación porque en la mecánica del art. 252, LCT, la extinción de la relación laboral se produce no por la jubilación del trabajador sino por *despido del trabajador en condiciones de jubilarse al momento de su emplazamiento. No se trata de una causal de ruptura de la relación laboral que opere en forma automática sino de un despido al que la ley releva de las consecuencias indemnizatorias en la medida en que se cumplan las condiciones establecidas por el legislador*, por tratarse de una situación de excepción cuya interpretación debe ser restrictiva. Afirmar lo contrario implicaría violar las disposiciones contenidas en los arts. 10 y 11, LCT. Además de contravenir la lógica del sistema establecido en la norma de aplicación,

⁶⁸ Lexis N° 70043611.

convirtiendo a la regulación del instituto en una situación compulsiva para el cese, lo que no responde al espíritu de la ley ni a los principios que rigen la materia laboral.”

Otro caso de extinción del contrato de trabajo de un trabajador docente en condiciones de jubilarse, fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 20/12/1983, es “Incarnato, Hugo J. P. c/ Universidad Argentina de la Empresa”.⁶⁹

Expuso allí el tribunal: “La relación habida entre las partes se encuentra regulada por la LCT, que contiene normas que por resultar mínimos inderogables por la voluntad de las partes, tornan nulas las disposiciones que en contrario contenga el contrato particular. De esta manera, si como causa de cese se esgrime la edad del trabajador, la conducta de la demandada debió ajustarse a lo dispuesto por el art. 252 de la L.C.T., cumpliendo con la intimación para que el trabajador inicie los trámites para jubilarse, reservando el empleo durante el plazo máximo de un año, al cabo del cual el contrato puede quedar extinguido sin responsabilidad indemnizatoria para el empleador. En el presente caso, puede observarse que la demandada frente al hecho del exceso del límite de edad, sin más procedió a manifestar su voluntad rescisoria, pues aun cuando en la comunicación del 26/3/81 no figura la palabra “despido”, *ello es lo que significa notificarle al actor que no se le asignarán más cursos, es decir, una definitiva negativa de tareas*. Esta actitud, sin el cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa aplicable, torna al despido en arbitrario y a la demandada en responsable del pago de las indemnizaciones correspondientes.”

IV.-Conclusiones

Al interrogante inicial de si es adecuado a derecho disponer el cese de profesores ordinarios de una universidad privada en sus cargos por motivos de edad o jubilación la respuesta es negativa por las siguientes razones:

1.-*Las universidades privadas argentinas carecen de facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT, que es la que rige su relación laboral*. Si bien tienen autonomía académica e institucional establecida por la Ley de Educación Superior 24.521, y se hallan facultadas para dictar y reformar sus estatutos, *ello no implica que puedan apartarse de las normativas vigentes en materia laboral*. Esa autonomía se vincula a cuestiones académicas e institucionales, mas no desplaza la aplicación de la LCT.

2.- Una norma como la comentada contradice el art.14 bis de la Constitución Nacional que manda a asegurar “*condiciones dignas y equitativas de labor*” a los trabajadores.

Colisiona además con el art.75 inc.23 de la Constitución Nacional que manda al Congreso a *legislar y promover medidas de acción positiva 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 humanos, en particular respecto, entre otros, de los ancianos*.

3.- También contradice la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, aprobada por la ley 27.360(B.O., 31/5/2017), en especial en cuanto proscribe la discriminación por razones de edad y afecta el derecho al trabajo de las personas mayores.

69 DT 1984-A, 622 . Cita Online: AR/JUR/1709/1983.

Implica un despido discriminatorio un cese laboral como el que se postula porque se basa en una distinción *prohibida porque las exigencias propias de la naturaleza del cargo (profesor universitario) no justifican objetivamente que se disponga un cese laboral directo por haber cumplido la edad de 60 años o más y estar jubilado o en condiciones de jubilarse.*

4.-Se abre camino en la legislación y la jurisprudencia que el despido debe ser causado.

5.-La facultad de extinción que prevé el art.252 de la LCT, que ahora sólo puede ejercerse cuando un trabajador tiene 70 años cumplidos, debe ser revista a la luz de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, pues padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad e inconventionalidad por discriminatoria.

6.-El art.91 de de la LCT no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, *ex lege*, por haber llegado el trabajador a la edad de jubilación o haberse jubilado antes.
