

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

27 de noviembre de 2018

¿EQUIPARACIÓN DE SEXOS EN EL TRABAJO?

*¿Cómo evitar la discriminación laboral en contra de las mujeres?
Una sentencia reciente parece abrir la caja de Pandora.*

Érica Borda recurrió a la justicia porque, según ella, al ser mujer no conseguía trabajo como conductora de autobuses. Los jueces le dieron la razón. Pero...

La cuestión era (y es) difícil y la solución resbaladiza y hasta inasible. La decisión de los tribunales argentinos al respecto (que motivó varios comentarios periodísticos, algunos apresurados), analizada en detalle, muestra varios aspectos interesantes que sirven para dar a esa solución la dimensión adecuada.

En términos técnicos, Érica planteó un *recurso de amparo*; esto es, una demanda que exige una solución rápida a la violación de algún derecho o garantía constitucional. Érica dirigió su recurso contra el Ministerio de Trabajo y varias empresas de transporte urbano.

Érica había trabajado como chofer de una línea de transporte colectivo por diez años. Fue despedida en 2010 y a partir de ese momento (y a pesar de muchas gestiones) no pudo conseguir un nuevo empleo.

En 2014, y a través de la Defensoría del Pueblo, planteó dos pretensiones distintas: una *individual*, bajo la cual reclamó la protección de su derecho a obtener trabajo

como chofer mediante el establecimiento de “condiciones de acceso al empleo no discriminatorias”, y otra *colectiva*, para que las empresas readecuaran sus políticas de selección y contratación de personal y establecieran cupos de personal a ser ocupados por mujeres.

En primera instancia se rechazó su reclamo individual, sobre la base de que no se había probado la idoneidad de Érica para trabajar como chofer de autobuses. (Lo relativo al reclamo general lo comentaremos en otra ocasión). Érica apeló.

Pero solo ella lo hizo: las empresas demandadas no apelaron, por lo que las conclusiones a las que había llegado el juez de primera instancia acerca de algunos aspectos de la cuestión quedaron firmes.

Entre ellos, había uno que resultó trascendental para resolver la cuestión planteada por Érica: en primera instancia se había establecido que “existía un comportamiento discriminatorio de las empresas demandadas *incompatible con nuestro ordenamiento constitucional*”.

Y, reiteramos, *como esa determinación no fue impugnada en la apelación*, los jueces

de la Cámara estuvieron obligados a decidir haciendo pie en esa conclusión sin poder cuestionarla. En palabras del tribunal, “la jurisdicción [esto es, la facultad de *decir* el derecho] se encontraba limitada a analizar el alcance del planteo recursivo” de Érica.

En nuestra opinión, existió un grave error estratégico por parte de las empresas al *consentir* (es el término técnico correspondiente) ese aspecto.

La Cámara¹ —con la importante salvedad señalada: que la existencia de discriminación había quedado probada— dijo que “la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación *recae sobre todos los poderes del Estado [y] también sobre los particulares*”. Eso se refleja en el deber del empleador de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores”.

Los jueces opinaron que la defensa de las empresas de no haber incurrido en acciones discriminatorias “porque los varones conducen los [autobuses] de corta distancia porque han sido *casi* los únicos que se postularon para esa tarea” evidenciaba la *exclusión de hecho* de las mujeres en el mercado laboral específico.

La igualdad, para el tribunal, debe concebirse como *no sometimiento*, cuyo objetivo “es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados”. Mientras que la *no discriminación* es un trato arbitrario fundado sobre prejuicios, la *igualdad* debe impedir “un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginal”. La no discriminación “se

vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo”, por lo que “condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar *una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados*”.

Los jueces opinaron que no sólo debe haber *igualdad* (lo que lleva a que las distinciones entre grupos estén basadas en razones o criterios objetivos y razonables), sino *igualdad material o estructural*, “que requiere la adopción de medidas especiales de equiparación”, para “desmantelar un sistema de castas cristalizado en el tiempo”.

Esto implica *rechazar categóricamente las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados*. Y como, en opinión de los jueces, “el comportamiento de las empresas [...] contribuye a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género”, ello “exige la adopción de acciones positivas para revertir la segregación por razón de género”.

Esas acciones (o “medidas de acción positivas”) “deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil”. Y como los jueces dieron por “comprobada la conducta discriminatoria de las empresas demandadas”, “*el contexto normativo exige ordenar su cese inmediato y disponer acciones positivas [para] asegurar la igual real de oportunidades de las mujeres para acceder a los puestos de conductoras del sistema de transporte público de pasajeros*”.

Para lograr ese objetivo, el tribunal decidió aplicar analógicamente la pauta establecida en materia sindical que dispone que las

¹ In re “Borda c. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otros”, CNAT (II), 11 de octubre de 2018.

mujeres deben ocupar el 30% de los cargos electivos de las asociaciones gremiales *cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentaje sobre el total de los trabajadores*". En materia política sucede algo parecido con los porcentajes de cargos electivos que deben ser ocupados por mujeres. (Debe recordarse que la propia Constitución algo dice al respecto en su artículo 37: "La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas...").

En consecuencia, ordenó que "las empresas demandadas —que no cuentan con personal femenino en su planta de chóferes— *deberán contratar mujeres hasta alcanzar el mencionado cupo de la planta de chóferes existente a la fecha de la sentencia*" hasta tanto las autoridades establezcan una reglamentación que compense "las ilegítimas desigualdades detectadas en materia de acceso de las mujeres a la conducción [de autobuses]".

"Por ello", agregaron, "toda mujer que cuente con la licencia habilitante para conducir transporte de pasajeros que desee ser conductor de ómnibus deberá expresar su pretensión mediante una nota dirigida [al Ministerio de Trabajo] al cual deberán remitirse las empresas demandadas a los fines de tomar nuevo personal hasta tanto se alcance el porcentaje establecido". (El "hasta tanto" habla de una medida temporal y no definitiva).

Para morigerar algo la decisión, los jueces aclararon que ello "no implica que para acceder al puesto de trabajo resulte suficiente que la mujer cuente con la licencia habilitante pues [...] es clave la idoneidad de aquélla, la cual deberá ser valorada en cada caso concreto con criterios objetivos y razonables por la

empresa que pretenda incorporar un chofer".

Todo postulante "deberá demostrar en concreto su idoneidad para desempeñarse en la tarea acreditando los requerimientos psicofísicos y superando la prueba de conducción que las empresas efectúen, aplicando pautas uniformes que excluyan cualquier discriminación".

En el caso de Érica, "las demandadas deberán considerar su postulación en la próxima vacante como chofer, oportunidad en la cual a la hora de evaluar su idoneidad, aquéllas aceptarán o rechazarán su postulación conforme a criterios objetivos y razonables ajenos a toda discriminación por género".

El razonamiento de la Cámara sigue una lógica impecable. Pero, como una caja de Pandora, abre también una serie casi inacabable de preguntas. En efecto, ¿qué pauta habrá de seguirse para considerar que un sector de la sociedad constituye *un grupo*? ¿Y un "grupo desaventajado"? En términos de teoría de los conjuntos, ¿las mujeres agotan el conjunto "grupos desaventajados"? ¿Y los homosexuales o los ambidextros o los enfermos de astigmatismo? La Constitución habla de hombres y mujeres, pero... ¿es aplicable esa distinción en todos los casos?

¿Qué criterio debería seguirse para atribuir a un colectivo el derecho a efectuar una petición grupal como la de Érica? ¿Y quién habría de establecer ese criterio? ¿Una ley?

¿Y porqué el cupo ha de ser del 30%? Las normas que los jueces aplicaron por analogía en este caso establecen que los cargos sindicales a ser ocupados por mujeres han de ser el 30% del total *cuando hay ese porcentaje de mujeres en ese gremio*. Aquí, en cambio, el porcentaje

parece desvinculado de toda razón objetiva. ¿Por qué no 50%? ¿O por qué no el porcentaje de mujeres que integran la sociedad argentina de acuerdo al último censo de población?

En caso de una necesidad urgente de llenar una vacante para prestar el servicio público de transporte (que por definición es ininterrumpible), ¿la necesidad de consultar el padrón de chóferes disponibles constituirá una solución eficiente y rápida?

La solución dada al caso *se aplica únicamente a las empresas que fueron demandadas por Érica*. Si en un caso futuro otras empresas demostraran que ellas no discriminan —un factor que quedó firme a raíz de la falta de apelación de ese punto por las empresas en cuestión—, ¿no se estará discriminando entonces a las demandadas en este caso, que deberán enfrentar una complejidad burocrática adicional a las que otras no estarán sometidas?

Y, finalmente, la solución transmite la sensación de que, una vez que existan los registros de mujeres interesadas para ingresar como chóferes a las empresas (con lo cual, desde lo formal todo estaría resuelto), existirá otra dificultad para establecer si el resultado es el buscado (dificultad que ya existía en el panorama descrito por Érica anterior a esta sentencia): habrá que determinar cuán objetivas fueron las pautas de selección adoptadas y, eventualmente, impugnarlas judicialmente. ¿Cuán posible será, en los hechos, hacer algo semejante?

En otras palabras, la existencia de discriminación estará, otra vez, sujeta a un blanco móvil: la determinación acerca de si las pautas de selección fueron objetivas. Que es exactamente lo que debió haberse discutido en este caso, sin necesidad de “rizar el rizo” y caer en la tentación de hacer ingeniería social.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**