



DRA. SUSANA VICTORIA PERKINS | Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la 1^{ra} Nominación de Rosario

Discriminación laboral por razones de género. La brecha salarial

«La equidad laboral no es sólo una reivindicación de las mujeres, sino una necesidad para el desarrollo económico. La efectiva tutela de este derecho fundamental, manifestada en cuerpos normativos, en la actividad jurisdiccional y en acciones positivas, constituye una herramienta prometedora en la protección de la igualdad de género y ofrece un camino posible para que sea efectiva en el mundo del trabajo, ya que el género atraviesa todas las esferas de la sociedad: económicas, sociales, políticas y culturales.»

Con frecuencia, resulta difícil determinar la existencia de discriminación salarial por razones de género –y su magnitud–, porque hombres y mujeres parecen tener asignadas tareas diferentes. Es decir, hay una división genérico-sexual del trabajo que precede a la discriminación salarial y que la torna más difícil de visualizar.

Esta diferencia en la manera de remunerar a las mujeres en comparación con los hombres, obedece a una segregación ocupacional que ocurre en el

mundo entero y que se debe a razones de diversa índole, como por ejemplo:

1) Patronos culturales y estereotipos sociales, según los cuales el entorno social enseña a las mujeres jóvenes que algunas ocupaciones «no son para ellas» y son dirigidas a puestos de trabajo más apropiados para su género.

2) La menor participación numérica y económica de las mujeres en el mercado laboral con respecto a los hombres están condicionadas a la organización doméstica, al ciclo vital personal y familiar, o sea a su trabajo no remunerado en tareas reproductivas o de cuidado; que en palabras de la economista feminista Silvia Federici, «aquello que se presentaba como amor y abnegación natural por parte de las mujeres, es trabajo, y no remunerado».

3) Se verifica una menor presencia de las mujeres en el mercado de trabajo a medida que aumenta la jerarquía de los puestos, lo cual evidencia que la discriminación es un tema cultural y opera no sólo en la selección del per-

sonal, sino también en las oportunidades de progreso laboral.

4) Las situaciones de inequidad en la enseñanza, en muchos países del mundo, es una de las causas principales de la pobreza y el subempleo de la mujer. Incluso en los casos en que se puede acceder a la educación y formación profesional, muchas instituciones continúan ofreciendo a las mujeres trabajos de mecanografía, enfermería, costura, hotelería, y limitando la oferta de conocimientos científicos y técnicos. Las mujeres predominan en sectores de trabajo de oficina, ventas y servicio doméstico, mientras que los hombres, en general, trabajan en la industria y el transporte y ocupan, en definitiva, puestos de gestión administrativa y de adopción de decisiones.

En consecuencia, al quedar las mujeres excluidas de ciertos puestos de trabajo y tener acceso a un número limitado de ocupaciones, los hombres perciben salarios mayores que las mujeres.

Los puestos directivos quedan reser-

vados para hombres, imponiéndoseles a las mujeres el llamado «techo de cristal». Cuanto más alto es el puesto, mayor es la brecha de género.

A nivel mundial, las mujeres ocupan sólo del 10 al 20% de los puestos directivos y sólo el 5% de los puestos de máximo nivel en las empresas. Este es un fenómeno de características semejantes en nuestro país, no sólo en el sector privado sino también en el sector público. Por ejemplo, en la estructura judicial, un informe del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género muestra que si bien las mujeres somos mayoría en nuestro país, y el 54% del total de los integrantes del Poder Judicial son mujeres, a medida que se asciende en la escala de autoridades, la presencia femenina disminuye significativamente. Un hecho que se registró por primera vez –en democracia– en la historia del Tribunal Superior de la Nación, fue la designación en el año 2004 de las Ministras Argibay y Highton de Nolasco, para integrar ese Cuerpo, y al cubrir la vacante de la Dra. Argibay, ni siquiera se

respetó esa proporción y volvieron a elegir a un hombre.

Sin embargo, es evidente que de los tres poderes del Estado, el Poder Judicial es donde las mujeres se encuentran mayormente sub-representadas en los lugares de máxima responsabilidad. Solo alrededor del 50% de las jurisdicciones cuentan con mujeres miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, y en la mayoría, su participación se limita a un único puesto, como sucede en nuestra provincia.

Algo semejante ocurre en el ámbito de la enseñanza superior, ya que si bien las mujeres representan año a año una proporción mayor del alumnado, esto no muestra un correlato en la conducción de las casas de estudio.

Esta desigualdad de género se agrava con la discriminación étnica, ya que un gran número de mujeres provenientes de grupos indígenas enfrentan desventajas y varias formas de segregación en el mercado laboral. Las mujeres más jóvenes, además tienen

mayor probabilidad de convertirse en lo que la OIT denomina «trabajadoras invisibles» y ser víctimas de las peores manifestaciones de trabajo infantil, cuando no son sometidas engañosamente a otras formas de violencia, mientras que las de edad avanzada, se encuentran prácticamente excluidas del mercado de trabajo.

Son niñas invisibles porque con frecuencia trabajan de un modo clandestino. No se sabe nada de ellas ni de lo que hacen. Son menores pobres, cuyo único fin es conseguir ingresos económicos; y la desesperación lleva a algunas familias y a las propias niñas a cambiar los estudios por el trabajo.

Ahora bien, como dije anteriormente, uno de los pilares de la inequidad en los ingresos, es la desigual distribución entre trabajo productivo y reproductivo. Por trabajo reproductivo, se entienden las tareas domésticas asociadas al sostenimiento del hogar (lavar, cocinar, planchar, etc.) y las tareas de cuidado de los hijos, los adultos mayores y de la propia pareja. En

efecto, según la Encuesta sobre Trabajo no remunerado y Uso del Tiempo, realizada por el INDEC, mientras que las mujeres destinan 5,7 horas diarias al trabajo reproductivo, los varones destinan sólo 2. Esta presión de las tareas reproductivas sobre las jornadas femeninas, las posiciona en desventaja a la hora de insertarse en el mercado laboral, pudiendo dedicar menos horas al trabajo productivo y remunerado y por ende obteniendo menores ingresos.

Es cierto que muchas mujeres optan por dedicar parte de su vida activa al cuidado de su hogar y, en particular, de sus hijos pequeños, y que luego de varios años, cuando intentan insertarse en el mercado de trabajo, no poseen la experiencia ni capacitación técnica para enfrentarlo en equidad con el hombre.

Pero esto es también un problema cultural, que debiera comprometer a los gobiernos, brindando a las mujeres soluciones adecuadas para compatibilizar su vida familiar y su progreso

laboral personal y percibir remuneraciones acordes con su potencial.

Otro de los elementos que afecta negativamente los ingresos de las mujeres, es la mayor inserción de las mismas en la informalidad laboral, pues las mujeres representan el 36%, mientras que los varones sólo el 31%, de acuerdo a la Encuesta Permanente de Hogares - INDEC II trimestre 2017.

¿Y por qué ocurre esto? Porque la brecha salarial no es la única diferencia entre mujeres y varones en el mercado laboral. También existe una brecha de participación, ya que los roles sociales refuerzan la idea de que la mujer es quien debe ocuparse de las tareas domésticas y de cuidado en los hogares; y esto impacta en la cantidad de tiempo disponible para las mujeres, que terminan subocupadas, en empleos de peor calidad y con menor remuneración.

Asimismo, la protección que las normas internacionales y nacionales le otorgan a la mujer trabajadora, se li-

mita a los empleos registrados de la economía formal.

La importancia del trabajo informal, y sus efectos sobre las mujeres, ha sido motivo de preocupación del Comité de la CEDAW, como se refleja en las recomendaciones, a diversos países de América Latina: «El Comité observa con preocupación que persiste la discriminación por motivos de género en el mercado de trabajo, incluyendo un limitado acceso de las mujeres al empleo, la baja calidad del mismo y su acceso reducido a los recursos y a las nuevas tecnologías. Asimismo le preocupa al Comité la discriminación salarial y la segregación vertical y horizontal, las condiciones precarias de las trabajadoras en el sector informal o a tiempo parcial, sin protección laboral, sin acceso a la seguridad social, y sin el debido respeto a sus derechos laborales...».

Hay evidencia suficiente que muestra que la demanda laboral es selectiva por sexo: muchos sectores priorizan la mano de obra masculina, mientras

que en otros las mujeres adquieren ventajas comparativas, como ya dije, generalmente en el sector de servicios, seguido por el comercio y en menor medida en la industria.

Entonces, la discriminación puede estar presente en los avisos de empleo, en la selección, evaluación, contratación y despido del personal, en los términos y condiciones de empleo, así como también en la remuneración, los beneficios, y las decisiones sobre quién recibe capacitación y qué tipo de capacitación se brinda. La discriminación también puede surgir al decidir a quién se tiene en cuenta y selecciona para traslados y ascensos y a quién se deja cesante durante una reducción de personal.

Dicho esto ya queda claro que el salario no es la única variable a través de la cual se discrimina a las mujeres, pero lo que no puede dejar de advertirse es que cualquiera de los fenómenos que den lugar a que ocurra esa discriminación, generarán una caída en el salario relativo de las mujeres.

Por eso analizar la discriminación a través de las diferencias salariales es un método bastante general de medir discriminación laboral por razones de género.

La discriminación en el trabajo es hoy un fenómeno bastante extendido debido, en parte, a que existe una gran naturalización de las conductas discriminatorias lo que torna el problema invisible y difícil de erradicar, constituyendo –en definitiva– una violación de los derechos humanos, que genera pobreza e inequidades que debilitan el tejido social.

Ahora bien, ¿por qué una organización y en una misma posición, paga mayor salario al hombre que a la mujer? Según lo prescripto en el art. 172 LCT, los salarios básicos profesionales en los convenios colectivos de actividades, donde trabajan tanto hombres como mujeres, no deben hacer distinción entre ellos. Así se da forma legal a la garantía constitucional del art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, al imponer en las convenciones colectivas de trabajo la plena observancia

del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor, lo que se reitera en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y se complementa con los convenios específicos de la OIT, como el Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración, y el Convenio 111, sobre Discriminación en materia de Empleo y Ocupación. Por su parte, cabe mencionar también, que el Pacto Federal del Trabajo, ratificado por ley 25.212, califica como infracciones muy graves a las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación, por motivo – entre otros – de sexo (art. 4°).

Uno de los argumentos que se utiliza para justificar este trato desigual, es la norma del art. 81 LCT, ya que si bien impone al empleador dispensar a todos los trabajadores igualdad de trato en idénticas situaciones, no prohíbe la posibilidad de que se dispense un trato diferente, cuando éste se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte

del trabajador, es decir que las diferencias se encuentren motivadas en razones objetivas lícitas.

En tiempos pasados, ese trato desigual fundado en la mayor laboriosidad o eficacia, se justificaba en la mayor capacitación que podía demostrar el hombre, sin embargo éste dejó de ser un argumento válido, desde que los niveles educativos promedio de las mujeres resultan hoy mayores que los de los hombres.

Sabemos que el mayor problema que presentan los actos de discriminación es su dificultad probatoria. Antes de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, la Corte Suprema de Justicia, había sentado su posición en el caso «Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani SA» del año 1966, sosteniendo que «El derecho de premiar con retribución superior a los salarios estipulados en convenios colectivos de trabajo a quienes sean más eficaces, laboriosos o contraídos a las tareas, no puede sujetarse a la prueba de la existencia de tales méritos y queda librado a la

prudente discrecionalidad del empleador». Por lo tanto, el empleador cumplía abonando al trabajador lo que está previsto en la escala salarial de su respectivo Convenio Colectivo y lo que pague demás a uno o varios trabajadores, era considerado una facultad que podía ejercerla discrecionalmente.

Con posterioridad, en 1988, la CSJN cambió su postura en el caso «Fernández Estrella c/ Sanatorio Güemes» y ratificó que «La garantía constitucional que establece el principio de igual remuneración por igual tarea impide cualquier tipo de discriminaciones salvo las fundadas en causas objetivas, como las que plasma el art. 81 de la ley de contrato de trabajo». Y así fue que modificando el criterio expuesto en «Ratto», el Tribunal impuso al empleador la carga de la prueba de las razones objetivas del trato diferenciado. De ése modo la Corte estableció como debía distribuirse la carga probatoria en el caso: «cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción: el trabajador

deberá acreditar sus circunstancias y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones.»

La Sra. Estrella Fernández era jefa de enfermería, fuera de convenio, del Departamento de Terapia Intensiva y Unidad Coronaria del Sanatorio Güemes. Luego de trece años de labor había comenzado a percibir una remuneración menor que la de algunos de sus pares y subordinados. La demandada argumentó que se encontraba facultada a dar un tratamiento diferente a sus empleados de conformidad con el art. 81, pero la Corte consideró que hubo un trato discrecional a nivel remuneratorio, conforme los hechos probados en la causa, y que la circunstancia de que la actora se encontrara fuera de convenio no justificaba el trato discriminatorio, ya que el cumplimiento de las condiciones mínimas impuestas al principal no constituye un obstáculo para que la empresa estructure una organización

totalizadora que la supere, y dentro de esa estructura, debe respetar las pautas de equidad fijadas en el citado art. 81 de la LCT.

Otra de las causas que llegó al debate judicial por diferencias remuneratorias a la mujer fue el caso «Campo, Claudia c/ Argencard S.A.», del año 1999, donde la Sala X de la CNAT dijo que «el acto discriminatorio consistente en el pago de remuneraciones inferiores a dependientes que se hallan en igualdad de condiciones laborales, excede las amplias facultades reconocidas por la ley al principal (art. 17 de la CN, y art. 64 de la LCT) y, además de ser nulo (art. 1044, Cód. Civ.), produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056, Cód. Civ.) que, al causar un perjuicio debe traer aparejada una reparación reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083, Cód. Civ.)»

En el año 2007, en autos «Frangella, María Carolina c/ H. S. B. C. Bank Argentina SA s/ Despido», la sala VII de la CNAT se expidió en un caso de una

trabajadora que se desempeñaba como gerente operativa y que percibía menor remuneración que otros trabajadores de la misma sucursal y oficina, sin que dicho trato diferenciado encontrara justificación en causa objetiva alguna y máxime cuando su nivel remuneratorio estaba preestablecido por un convenio colectivo de trabajo. La empleadora, pese al evidente desnivel salarial, no había remediado una situación tan inequitativa que obviamente llevaba un menoscabo de su autoridad y dignidad frente a los subalternos. El tribunal consideró que se había configurado una violación a su derecho de percibir una remuneración justa, principio consagrado en nuestra Carta Magna y demás ordenamientos legales, y accedió a la indemnización.

La Sala I de la CNAT, en autos «Benito, Natalia Catalina c. International Health Services Argentina S.A. s. Despido», de fecha 30/11/ 2012, admitió el reclamo de equiparación salarial que efectuara la actora respecto de la remuneración abonada al resto del personal que revisaban en el cargo de Gerente.

Para así hacerlo se basó en los arts. 16 y 14 bis de la Constitución Nacional, en el art. 17 de la LCT que prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad y en el art. 81 de la LCT.

También la Cámara analizó el tema procesal de la imposición de la carga de la prueba y dijo que el fallo de primera instancia, se ajustaba a los lineamientos trazados en materia de prueba por el art. 6° inc. c) de la Ley 26.485 que dice que la violación de igual remuneración por igual tarea es violencia laboral; y en la doctrina de las pruebas dinámicas sentada por nuestro más Alto Tribunal en el caso «Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados» según el cual la persona trabajadora debe aportar indicios razonables de la existencia de un acto arbitrario de discriminación y la empleadora, por su parte, debe acreditar a qué circunstancias objetivas obedeció el trato salarial diferenciado con relación a la actora.

El 12 de marzo de este año, el Poder Ejecutivo elaboró y envió al Congreso de la Nación un proyecto que propone modificar el Título VII de la LCT –que regula el trabajo de mujeres– bajo la denominación «De la equidad de género e igualdad de oportunidades en el trabajo» y expresa que en los contratos individuales, convenciones colectivas de trabajo, reglamentaciones y todo acto por el cual se fijen o estipulen salarios, se garantizará la plena observancia de la igualdad de género en la aplicación del principio constitucional de igual remuneración por igual tarea.

Pero se trata de un proyecto meramente declarativo, porque no fija ningún mecanismo a través del cual se garantice el mismo pago por igual tarea, tampoco penaliza a las empresas que no subsanen esta discriminación y carece de herramientas operativas para que la «igualdad de género» en materia laboral y salarial se materialice en la realidad.

La equidad salarial ya está hoy vi-

gente en la legislación argentina, no sólo en la Constitución Nacional sino también en la actual Ley de Contrato de Trabajo, en la ley 23592, en la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26485; o sea que con esta modificación no se está innovando respecto de las legislaciones actualmente vigentes en el país.

En los artículos 2, 3 y 4 del proyecto, la administración nacional indica que las empresas, sindicatos y los convenios colectivos de trabajo deben garantizar la equidad de género.

Asimismo plantea una modificación del régimen de licencias incluidas hasta ahora en la Ley de Contrato de Trabajo, pues además de ellas reconoce 15 días corridos por nacimiento o adopción de los hijos para el caso del o de la trabajadora que no haya gestado (hasta ahora la licencia era solo por paternidad, reconocía sólo dos días corridos y no contemplaba los

derechos de las familias igualitarias).

También crea una licencia de 5 días para procedimientos de fertilización asistida, y postula una licencia de 30 días corridos sin goce de sueldo por año. Otra de las novedades es el reconocimiento de una licencia por violencia de género, que otorga 10 días corridos al año.

Además, plantea la posibilidad de que la o el trabajador que tenga hijos menores de 4 años a cargo reduzca su jornada de trabajo, con la consecuente disminución de salario en relación a las horas que resigne.

Conclusión

Se advierte claramente la necesidad de perseverar desde los distintos ámbitos, para promover la igualdad de oportunidades en el empleo para las mujeres, atacando la discriminación directa e indirecta por motivo de género en la remuneración y permitiendo a las mujeres compaginar el trabajo re-

munerado y las responsabilidades familiares. Considero que es necesario que se planteen estrategias de recursos humanos de las empresas, para incorporar mecanismos que permitan una mejor conciliación de la vida laboral, doméstica y familiar de los trabajadores de ambos sexos, y promover la negociación colectiva como un instrumento para garantizar la aplicación de la legislación de protección a la maternidad y el cuidado infantil y para introducir la perspectiva de género en el ambiente laboral. El convenio colectivo de trabajo constituye una herramienta útil y dinámica para la promoción de la equidad de género laboral ya que contiene reglas que provienen de un acuerdo de voluntades colectivas y permite adaptar sus disposiciones a la naturaleza propia de cada actividad y territorio comprendido en su ámbito de aplicación. La negociación colectiva es un fértil ámbito de debate y la ley 25.674 ha garantizado que, en cada unidad de negociación, la mujer cuente con participación proporcional e introduzca la perspectiva de género en la mesa de debate.

Entendemos que la equidad laboral no es sólo una reivindicación de las mujeres, sino una necesidad para el desarrollo económico. La efectiva tutela de este derecho fundamental, manifestada en cuerpos normativos, en la actividad jurisdiccional y en acciones positivas, constituye una herramienta prometedora en la protección de la igualdad de género y ofrece un camino posible para que sea efectiva en el mundo del trabajo, ya que el género atraviesa todas las esferas de la sociedad: económicas, sociales, políticas y culturales. ■

BIBLIOGRAFÍA

¹ La equidad de género en el ámbito laboral. Desarrollo Cultural y vías operativas para lograrla. Revista de Derecho Laboral -Tomo: 2009 - 1. Discriminación y violencia laboral - II. Picón, Liliana Noemí - Cita: RC D 904/2012.

² Economía feminista. Cómo construir una sociedad igualitaria (sin perder el glamour). Mercedes D' Alessandro. Editorial Sudamericana, 2016.

³ Encuesta Permanente de Hogares - INDEC II trimestre 2017.

⁴ Equipo Latinoamericano de Justicia y Género : El trabajo de cuidado no remunerado en Argentina: un análisis desde la evidencia del Módulo de Trabajo no Remunerado - Corina Rodríguez Enríquez- www.ela.org.ar

⁵ Encuesta sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo -10/07/2014 www.indec.gob.ar