



Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Capital Federal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2002) ‘Fundación mujeres en igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ Amparo’ Sentencia n° H034151 del 16 de Diciembre de 2002.

TITULO: El género como indicador de inferioridad.

CARRERA: Abogacía

ALUMNA: Ana Laura Ocampo

DNI: 24.007.225

FECHA ENTREGA: 4 de julio de 2021

MÓDULO 4: Documento final

TUTOR: María Lorena Caramazza

NÚMERO DE LEGAJO: VABG44673

MATERIA: SEMINARIO FINAL DE ABOGACÍA

TEMA ELEGIDO: CUESTIONES DE GÉNERO

TIPO DE PRODUCTO: Modelo de caso

TEMATICA: Cuestiones de Genero

SUMARIO:

I Introducción **II** Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal **III** Análisis de la ratio decidendi en la sentencia **IV** Análisis y comentario del autor **IV 1** Descripción conceptual desde la doctrina y la jurisprudencia **IV 2** Comentarios del autor **V** Conclusión **VI** Listado de revisión bibliográfica.

I.- INTRODUCCION:

El fallo que motivó este trabajo resulta ser uno de los más relevantes en cuestiones de género en el ámbito laboral (Fundacion de Mujeres en Igualdad y otros c/Freddo S.A s/Amparo., 2002), referido a la discriminación sufrida por personas del sexo femenino, por el sólo hecho de pertenecer al mismo.

La brecha existente entre los sexos respecto a las oportunidades de acceso al trabajo, control de recursos económicos, sociales, culturales y políticos, es causa a su vez de violencia laboral contra las mujeres que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo los empleadores cumplir requisitos respecto del estado civil, maternidad, edad, apariencia física, entre otros. He aquí entonces la relevancia del tema, el motivo de la selección del mismo ya que es un gran ejemplo de lo expuesto anteriormente, toda vez que trata de la solicitud de cese de actos discriminatorios contra las mujeres en la selección de personal, todo lo que resulta del relato de los hechos y de la prueba que se aporta.

Pese a los grandes avances logrados por las mujeres en la lucha y defensa de sus derechos, y la existencia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la materia ratificados por los Estados, existen aún prácticas que determinan que la mujer sufre de discriminación basadas en su género, es inadmisibles tener que llegar a la vía legal para lograr que las mujeres no sean discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, debe garantizarse que no sean despedidas por tal razón, hechos que suelen ocurrir en la práctica.

Es de fundamental importancia hacer mención que la Constitución de la Nación Argentina, a partir de la reforma de 1994, se abocó a esta problemática a partir de nuevas normas que inducen a la discriminación inversa y a la adopción de medidas positivas. No obstante existen protecciones legales a las mujeres trabajadoras en la Ley de Contrato de Trabajo las que en algunos casos pueden resultar

insuficientes. Revisten particular importancia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, los que establecen el compromiso de los Estados parte a respetar y "garantizar" determinados derechos sin discriminación, les imponen la obligación, en el caso de no estar aún garantizados, de adoptar las medidas oportunas.

Uno de los problemas predominante en el fallo base de este estudio es el de tipo lingüístico toda vez que por un lado existe la libertad de contratación y por el otro la discriminación, la delgada línea que existe entre la discriminación laboral y la libre contratación, si bien no es el caso en esta causa toda vez que se observa claramente la conducta discriminatoria de la empresa que durante años opto por la contratación de empleados del sexo masculino en una proporción considerablemente mayor en comparación a personas del sexo opuesto.-

El fin de este estudio es reflexionar y examinar los desafíos que enfrenta la mujer trabajadora en el marco de las relaciones laborales en la etapa pre-contractual frente a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y la libertad de contratación.

Por otro lado también se vislumbra un problema jurídico, el de la prueba ya que la mera alegación no basta para acreditar la existencia de elementos discriminatorios.

Todo ello será analizado y estudiado en la presente nota de fallo para poder llegar finalmente a expresar una conclusión convincente.

II.- RECONSTRUCCION DE LA PREMISA FACTICA, HISTORIA PROCESAL Y DESCRIPCION DE LA DECISION DEL TRIBUNAL

La Fundación Mujeres en Igualdad inicia un amparo colectivo contra la empresa Freddo SA, alegando que esta realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Señala que, tal como resulta del relato de los hechos y de la prueba que aporta, la demandada rechaza la contratación de personal femenino.

La empresa reconoció que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque, además de preparar el producto y atender al cliente, debían "efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kilogramos, ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar las piezas de la misma. Asimismo, las tareas

desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada. En este sentido, Freddo pretende “proteger” y no discriminar a la mujer.

No obstante la actora requiere el cese de los actos discriminatorios que surgen de la toma de personal, dado que la justificación de que los baldes son pesados para impedir la contratación de mujeres no puede ser admitida, responde más a prejuicios sobre el "sexo débil" que una verdadera visión del tiempo actual y que tampoco parece ser esta una tarea penosa, peligrosa o insalubre, aun así, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. Asimismo el argumento de la menor fortaleza de las mujeres, es endeble dado que también se ha verificado que son mayores las diferencias entre las personas del mismo sexo.

Cabe destacar que no existe otra vía más idónea que la acción de amparo, garantía consagrada en la (Constitucion de la Nacion Argentina, 1994) en el art. 43, en particular en su segundo párrafo el cual especifica que se podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación.-

Asimismo reviste singular importancia lo dispuesto por el art. 11 (Convencion sobre la eliminacion de todas las formas de discriminacion contra la Mujer, 1979), el cual impone a los Estados adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular.-

Y aunque suene contradictorio, existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar injusticias pasadas. Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades.-

Siguiendo a (Malave, 2019)

En este fallo se observa un silogismo jurídico como modelo del argumento inmediato de la decisión del juez, de justificación externa; dado que los argumentos finales del mismo, valorando las pruebas, establece esa premisa fáctica mediante informes, y lo que dicen los expertos y dadas las razones que da el juez para justificar una específica interpretación de la norma aplicada, usando un argumento de interpretación gramatical o sistemática de la disposición normativa, empleando la analogía o los argumentos.

Fundación Mujeres en Igualdad dedujo acción de amparo contra Freddo SA frente al Juzgado Civil n° 16 Secretaría 31, en los términos de los arts. 14 bis y 43 (Constitucion de la Nacion Argentina, 1994) a (Ley N° 7166, Ley de Amparo, 1995) y a lo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos, y por (Ley de Contrato de Trabajo, 1976) en particular sus artículos 17,81 y 172.- Y haciendo referencia también, a la (Convencion Americana sobre Derechos Humanos., 1969) en relación al compromiso del estado a respetar y garantizar determinados derechos sin discriminación, en caso de no estar garantizados adoptar las medidas oportunas para hacerlos efectivos.

Este tribunal de primera instancia no hizo lugar al amparo por el cual la actora requería el cese de los actos discriminatorios contra las mujeres que atribuye a la demanda. El juez de primera instancia rechazó el amparo haciendo mención que la actora no demostró que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que hubiesen sido rechazadas por su condición; que la ley prohíbe el desempeño de mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres; que la empresa comercial es la que debe determinar su política de empleo; y que la demandada está revirtiendo la tendencia de contar con mayor cantidad de personal masculino.

Contra esa sentencia la parte actora dedujo recurso de apelación frente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Capital Federal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicho Tribunal revoca la demanda de primera instancia y condena a la empresa a contratar en el futuro solo personal femenino a fin de compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad existente.-

De la prueba producida en el expediente se constató que en los locales de la empresa los empleados que atendían al público eran de sexo masculino, que en las búsquedas de personal publicadas en los diarios se hacía mención a personas de sexo masculino y que la dotación de la empresa era aproximadamente un 95% personal masculino.

Por último, concluye que al haberse acreditado la discriminación, y al no haber la empresa justificado con argumentos razonables su conducta, corresponde hacer lugar al amparo y condenar a Freddo S.A. a que en el futuro sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad existente con respecto al personal masculino. A tal fin, deberá presentar a la actora un informe anual, y deberá permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo aquí dispuesto será sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijen en la etapa de ejecución.

Aunque después cambió de propietarios, por haber desobedecido una orden judicial la cadena de heladerías Freddo deberá pagar una multa de 4 mil pesos, más 300 por cada día que siga desoyendo a la Justicia. La condena se debe a que contrató 107 varones y 26 mujeres, a pesar de que la Cámara Nacional en lo Civil la había obligado desde el 2002 a tomar exclusivamente personal de sexo femenino, “hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida”. La resolución del juez Julio Dávolos refuerza una sentencia que en su momento fue considerada ejemplar en la defensa de la igualdad de género en la esfera laboral del país.

La escueta resolución de Dávolos, del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 16, con fecha del 13 de agosto de 2004, remite el expediente a la Justicia Penal para que se evalúe si “pudo existir desobediencia a una orden judicial”.

En su primer informe, presentado en abril de 2004, la empresa explicó que necesitaba cubrir las vacantes de 133 personas para la temporada de verano y que para eso contrató 26 de sexo femenino (20 por ciento) y 107 de sexo masculino (80 por ciento), lo que hace pensar que Freddo S.A. no tomó en cuenta seriamente la orden judicial, tal lo manifestado por la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, coordinada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) patrocinante de la parte actora que exigió ampliar el informe.

De allí surge que Freddo requirió los servicios de Arrive-Luis Alberto Giobbio S.A. para contratar nuevo personal. Y que Arrive publicó un aviso en el diario Clarín que no sólo no solicitaba únicamente mujeres sino que pedía expresamente “ambos sexos”. Lo cierto es que contrataron sólo 26 mujeres. Freddo no presentó ninguna justificación por la cual demostrara que no pudo contratar sólo mujeres, explicó Gustavo Mourino, coordinador de la Clínica y codirector de ACIJ.

Por su parte Sergio Gratton, director general de Freddo S.A. desde hace tres meses, manifestó estar de acuerdo con que “debe haber diversidad en los ámbitos de trabajo e igualdad de oportunidades para todos los géneros”. Aunque aclaró que “nos encontramos sí, con algunas dificultades objetivas. Hay un porcentaje de rotación muy bajo, un 5 por ciento, con lo cual para poder llegar al 50 % de las mujeres, si lo tuviéramos que hacer de la noche a la mañana habría que despedir al 50 % de la gente. Por otro lado, en algunas posiciones encontramos la dificultad objetiva de que la cantidad de mujeres que se presentan es poca, como por ejemplo, los repartidores”. Sin embargo, Gratton expresó su intención de apelar la decisión del juez. En ese caso, el expediente pasaría nuevamente a la sala de la Cámara Nacional en lo Civil que preside Kiper, que evaluaría si confirma o revoca la sentencia de Dávolos.

Según Mourino, el camino es que las instituciones reconozcan el derecho a la no discriminación por género y que además eso se traduzca en una mejora de las condiciones de las mujeres en el trabajo y en la superación de los estereotipos que tanto las han perjudicado.

III.- ANALISIS DE LA RATIO DECIDENDI EN LA SENTENCIA

Esta Sala ya resolvió, por mayoría, que uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe.-

En el presente caso la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal.

De la prueba producida en el expediente se constató que en los locales de la empresa los empleados que atendían al público eran de sexo masculino. Asimismo se constató que en las búsquedas de personal publicadas en los diarios se hacía mención a personas de sexo masculino y que la dotación de la empresa era aproximadamente un 95% personal masculino.

Asimismo manifiesta que si bien es cierto que la (Constitucion de la Nacion Argentina, 1994) garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la (Constitucion de la Nacion Argentina, 1994) no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer, así como a rechazar aquellos criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo.

Por último, concluye que al haberse acreditado la discriminación, y al no haber la empresa justificado con argumentos razonables su conducta, corresponde hacer lugar al amparo y condenar a Freddo S.A. a que en el futuro sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad existente con respecto al personal masculino.

El fallo está apoyado en normas constitucionales, tratados y sentencias extranjeras que se refieren a la llamada "discriminación inversa" o "acción afirmativa", un mecanismo que tiende a otorgarle privilegios a sectores históricamente postergados para reparar una situación de injusticia.

IV ANALISIS Y COMENTARIOS DEL AUTOR

IV.1.- DESCRIPCION CONCEPTUAL DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

A nivel nacional el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina sancionaron la (Ley N° 20.744, Ley de contrato de Trabajo, 1974) la cual regula las relaciones laborales de los trabajadores que se encuentran bajo relación de dependencia, estableciendo un piso básico de derechos. Se complementa con estatutos profesionales que se aplican en algunas actividades y también por los Convenios Colectivos de Trabajo y por las Leyes de Seguridad Social y de Accidentes de Trabajo, estas disposiciones no se aplican a los empleados de la Administración Pública.

En el art. 172 esta ley dice que “La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo, no pudiendo consagrarse por las convenciones colectivas de trabajo, o reglamentaciones autorizadas, ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral...”

Podemos decir que el trabajo está distribuido de manera desigual. Las desigualdades basadas en el género atentan contra el mandato establecido en el Art. 75 de la Constitución Nacional y contra los derechos humanos fundamentales. No obstante, muchas mujeres conquistaron espacios en el mundo laboral y debieron ser reconocidas como trabajadoras en igualdad de condiciones que los varones.

En consecuencia debemos remitirnos a lo normado por la ley 23592 que establece a los actos discriminatorios como delitos remitiéndose al art. 16 de la Constitución Nacional determinando entre otras cosas que en la Nación Argentina todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. El art. 1 de la nombrada ley reza que “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza,

religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica. Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar injusticias pasadas. Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades (ver Jimenez, EP, A Los derechos humanos de la Tercera Generación @, Bs. As., 1997, ps. 75/6).

El abogado del sector sindical, Héctor Recalde, manifestó respecto del fallo "me parece correcto y tiene un sesgo progresista que me parece ponderable". Igualmente, coincidió en que por sí solo, el hecho de que una empresa tenga pocas mujeres empleadas no constituye claramente discriminación. Por su parte Pablo Slonimski, especialista en discriminación, manifiesta que es "una sentencia sin precedentes que abre la puerta para eliminar infinidad de situaciones discriminatorias que afectan a distintos sectores, como las mujeres, los discapacitados o los extranjeros"

IV.2.- COMENTARIOS DEL AUTOR

Del fallo en estudio se desprende la relevancia que tiene la posibilidad que tiene un ciudadano común, de interponer recurso o acción de amparo cuando sus derechos se vean vulnerados. En este caso el derecho a tener la misma posibilidad que el sexo opuesto al momento de postularse para un puesto de trabajo, derecho que hace a la dignidad de las personas sea del sexo que sea.

En el fallo en cuestión podemos detectar un problema jurídico, el lingüístico, que fue resuelto por el Tribunal Superior, lográndose con ello un gran avance frente a la desigualdad de género.-

Asimismo, hay ciertos puntos que en la práctica son difíciles de probar, cierta indeterminación por parte del legislador que se encuentra posicionado en la delgada línea, en este caso, entre la libertad de contratación por parte de la demandada y la discriminación sufrida por quien se postula para cubrir un puesto de trabajo, dando lugar así a la libre interpretación judicial, tarea difícil esta del tribunal que puede arribar a una solución equivocada, desfavorable para alguna de las partes en cuestión, lo que genera distintas controversias e incrementa la problemática.

Los jueces en este fallo, aún actuando con libertad de interpretación lo hacen conforme a la ley, subsanando ciertos aspectos e imponiendo la estrategia jurídica para el correcto tratamiento de la igualdad de género, estableciendo que el amparo resulta ser una vía idónea para realizar una solicitud de cese inmediato de acciones discriminatoria a nivel laboral en relación al sexo de los individuos.

V.- CONCLUSION

Es difícil en cuestiones de género tomar una posición en la que no se vulneren derechos de una parte u otra, si bien el fallo me pareció acertado, me surge la disyuntiva de que obligando a la empresa demandada a contratar sólo mujeres, se vulneran derechos de los posibles postulantes masculinos, siendo que no fueron responsables de la forma de contratar de Freddo S.A. con anterioridad y se verían afectados por la medida. Siendo las demandas de discriminación difíciles de probar, este caso fue la excepción toda vez que de todos los datos recabados se pudo probar la misma lo que hizo que la delgada línea entre la libertad de contratación y la discriminación esta vez se torciera hacia el lado de esta última. Claro está que al tratarse de medidas extremas sienta un precedente en cuestiones de discriminación por género.

VI.- LISTADO DE REVISION BIBLIOGRAFICA

Constitucion de la Nacion Argentina. (1994). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Convencion Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (s.f.). Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx#:~:text=En%20la%20presente%20Convenci%C3%B3n%20la,en%20condiciones%20de%20igualdad%2C%20de>

Convencion sobre la eliminacion de todas las formas de discriminacion contra la Mujer. (1979). Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Debate por un fallo que obliga a Freddo a contratar mujeres. El argumento de los jueces es que hay mayoría de hombres. (18/12/2002). *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/economia/debate-por-un-fallo-que-obliga-a-freddo-a-contratar-mujeres-nid459577/>

Fundacion de Mujeres en igualdad y otros c/Freddo S.A s/Amparo. (Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Capital Federal. Buenos Aires. 16 de diciembre de 2002). Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-mujeres-igualdad-otro-freddo-sa-amparo-fa02020188-2002-12-16/123456789-881-0202-0ots-eupmocsollaf>

Ley de Contrato de Trabajo. (1976). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Ley N° 7166, Ley de Amparo. (1995). Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-7166-123456789-0abc-defg-661-7000bvorpyel/actualizacion>

Malave, L. (2019). *Silogismo Juridico y sus limites*. Obtenido de <https://medium.com/argumentaci%C3%B3n-y-derecho/silogismo-jur%C3%ADdico-y-sus-l%C3%ADmites-brevs-apuntes-7f4aefc8acf2>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos. (1966). Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Pasten de Ishinhara, G.M., *El desafio de la mujer trabajadora en la etapa precontractual* (2015) CABA. Infojus. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/desafio-mujer-trabajadora-etapa-precontractual-desafio-mujer-trabajadora-etapa-precontractual-nv11230-2015-05-12/123456789-0abc-032-11ti-lpsedadevon>

Santoro, S.. (13/09/2004). Fallo por discriminación sexista. *Página 12* Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40975-2004-09-13.html>