



**EL FALLO “BORDA” HACIA UNA EQUIDAD REAL, LA INCLUSIÓN
DE MUJERES EN EL ÁMBITO LABORAL DEL TRANSPORTE AUTOMOTOR.**

NOTA A FALLO

Autora: Elena Isabel Sotomayor

D.N.I.: 30.739.911

Legajo: VABG85987

Prof. Director: César Daniel Baena

Neuquén, Julio 2021

Tema: Derechos fundamentales en el mundo del trabajo. Futuro y presente del derecho del trabajo

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (11 de octubre de 2018)

Fallo: “Borda, Érica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/Acción de Amparo”. Expediente Nro.: 25952/2014.

Sumario: 1. Introducción. – 2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. – 3. Análisis de la *ratio decidendi*. – 4. Análisis crítico del fallo. - 4.1. Descripción del análisis conceptual y antecedentes. - 4.2. Postura de la autora. -5. Conclusión. – 6. Bibliografía: 6.1. Doctrina- 6.2. Legislación- 6.3. Jurisprudencia. – 7. Texto completo del fallo.

1. Introducción

Los derechos laborales se encuentran permanentemente sometidos al análisis jurídico, dado que la realidad del mundo requiere que sean actualizados. El derecho a la igualdad previsto en la Constitución Nacional, así como diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, prevén tanto en los derechos de los trabajadores como en los derechos de las mujeres, una necesidad de revisar ciertas prácticas que, hasta no hace mucho tiempo, eran normales y habituales.

En ese marco se encuentra el caso bajo estudio, “Borda, Érica c/ MTESS y otros s/ Acción de Amparo”, resuelto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, en fecha 11 de octubre de 2018. El caso trata de la interposición de una acción de amparo por discriminación basada en género fundada en los Artículos 43 de la CN y 25 de la CADH, contra el Estado Nacional y las empresas de transporte urbano de pasajeros de corta distancia del área metropolitana Los Constituyentes SAT, Transportes Avenida Bernardo Ader S.A. y Transporte Escalada SAT.

Justifica el análisis del fallo observar en el mismo que, a pesar de los avances normativos obtenidos a lo largo de los últimos años en materia de igualdad de género y prohibición de la discriminación en el mercado laboral, las prácticas de exclusión y segregacionistas no cesan. Prevalecen y son evidentes las desigualdades que sufren ciertos grupos sociales desaventajados como es el caso de las mujeres.

No resulta suficiente asegurar que las mujeres tienen igualdad de oportunidades para acceder a un empleo, en este caso concreto como chofer de transporte de pasajeros. Hace falta romper con prácticas que generan que sólo los varones sean quienes se postulen y sean contratados como choferes.

Cabe destacar en el fallo traído a estudio, que la norma convencional Convenio Colectivo de Trabajo (en adelante CCT) N° 460/73, cuya inconstitucionalidad se solicita, fue negociada y concertada en el año 1973. La misma prevé solo la contratación de personal masculino y contiene lenguaje sexista, lo que genera la colisión con los valores y principios supraconstitucionales, constitucionales y legales que nuestro ordenamiento jurídico y legal ha adoptado en consonancia con la no discriminación por razones de género.

Por lo precedentemente mencionado, podemos advertir que el problema jurídico del caso es del tipo axiológico. Alexy (2004) distinguió entre reglas y principios, manifestando que los principios son mandatos de optimización, mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos.

Para Alexy (2004) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y reales existentes. Además, manifiesta que los principios son susceptibles de ponderación, siendo la ponderación la forma de aplicación de derecho que caracteriza a los principios, y en cambio las reglas son normas que pueden o no ser satisfechas, no son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan.

2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal

Érica Borda interpuso una acción de amparo por discriminación fundada en los artículos 43 de la CN y 25 de la CADH, contra el Estado Nacional y varias empresas de transporte. Planteó dos pretensiones, una de naturaleza individual, alegando haber sido víctima de prácticas discriminatorias por razón de género para lograr el acceso al empleo.

Asimismo, interpuso una pretensión de dimensión colectiva solicitando que las empresas readecuaran las políticas de selección y contratación de personal de forma tal

que cesaran con las prácticas discriminatorias hacia las mujeres, y que se fije un “cupo” que permita equiparar la situación de las mujeres históricamente relegadas de los puestos de choferes de transporte de pasajeros. Al mismo tiempo, solicitó que se ordenara al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social el cese de la vigencia del CCT N° 460/73, mediante el retiro de la homologación por ser violatoria del principio de igualdad, ya que solo contempla a hombres para dichos puestos.

Al comparecer al proceso las empresas demandadas, rechazaron la existencia de discriminación, aduciendo entre otras cuestiones, que no había postulación de mujeres para éstas categorías, que cuando la Sra. Borda se postuló no había puesto disponible. También declararon que la etapa de selección de personal estaba tercerizada. Cabe destacar que ninguna de las demandadas contaba con personal femenino entre sus choferes.

Por su parte el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad de la Nación manifestó que la nota presentada por la Sra. Borda había sido derivada a la Unidad de Coordinación de la Comisión de Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el mundo laboral (CTIO) y a la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral (OAVL).

El Juez de primera instancia, al dictar la sentencia definitiva, rechazó la pretensión individual. El reclamo colectivo fue admitido de forma parcial y rechazó el pedido de deshomologar el CCT N° 460/73, dictaminando al efecto se remita copia de la sentencia a la autoridad de aplicación, a fin de actualizar su contenido en función de las pautas culturales actuales.

La sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al analizar el alcance del planteo recursivo deducido solo por la actora, y, siendo ostensible por parte de las empresas la verificación de un comportamiento discriminatorio, deciden revocar en lo principal la sentencia de primera instancia. Al mismo tiempo, ordenan a las demandadas a cesar de inmediato con la discriminación por razón de género, instando a los Poderes Ejecutivo y Legislativo a la realización de campañas de información, capacitación laboral, y programas específicos a tales efectos.

Por ello, ordenaron a las demandadas Transportes Avenida Bernardo Ader, Los Constituyentes S.A. y Transportes Escalada S.A.T a cesar de inmediato con la discriminación por razón de género, debiendo mediante las medidas de acción positiva,

aplicarse de manera analógica la pauta objetiva establecida en la Ley N° 25.674, “cupo sindical femenino”.

Además, ordenó que el Estado Nacional verifique el cumplimiento de dicha ley y que sea remitida la sentencia a la Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral (CTIO) del Ministerio de Trabajo de la Nación, a los efectos que ejecute las acciones tendientes a impulsar en el mercado de trabajo, la igualdad de trato y oportunidades.

Respecto de la pretensión individual deducida por Érica Borda, el Tribunal admitió el reclamo de asegurar condiciones de acceso al empleo no discriminatorias. Para ello las empresas demandadas deberán considerar la postulación de la actora en la próxima vacante como chofer, en la cual, a la hora de evaluar su idoneidad, su postulación será aceptada o rechazada conforme criterios objetivos. A tal fin será ella la primera en la lista de aspirantes que llevará a cabo la CTIO.

Por otro lado, el Tribunal de Alzada ordenó a las empresas demandadas a confeccionar un Protocolo de Buenas Prácticas, fijando un plazo de seis (6) meses para realizarlo, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes.

Por último, ante el agravio de “Borda” de que el Sr. Juez a quo no declaró la inconstitucionalidad del CCT 460/73, el Tribunal desestimo ese aspecto de la queja.

3. Análisis de la *ratio decidendi*

Dicha sentencia aborda los principios que rigen en el derecho del trabajo, los cuales, atravesados por una profunda perspectiva de género, dan muestra de los datos fácticos en el fallo traído a estudio. Las empresas demandadas estructuraron su defensa ante el accionar discriminatorio que se les endilgaba, en que son los varones quienes conducen los colectivos de corta distancia, por ser casi los únicos quienes se postulan para desempeñarse en esa tarea. Esa afirmación, sumada a distintas pruebas como el informe de la AFIP da cuenta que efectivamente las mujeres no acceden a estos puestos de trabajo.

El Tribunal advierte la similitud que tiene el presente fallo con el precedente “Sisnero”, donde se cuestionaban las políticas de contratación de empresas de transporte, ya que no tomaban a mujeres para desempeñarse como choferes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que en el caso se había vulnerado el derecho de las mujeres a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección para acceder a un puesto de trabajo.

La noción de igualdad como no sometimiento fue implícitamente reconocido en la reforma constitucional del año 1994 que ha admitido la existencia de las acciones afirmativas en los arts. 37 y 75 incs. 23. El Tribunal ha considerado que se requiere la adopción de medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes, tanto en la esfera pública como en la privada. La Corte Suprema, en la causa “Kot”, señaló que “nada hay en la letra ni en el espíritu de la constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos porque son derechos esenciales al hombre, esté circunscripta a los ataques que provengan solo de autoridad pública”.

Resultó considerablemente evidente en el abordaje del presente fallo el rol que cumplen los organismos internacionales receptados por nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22). Resalta la Cámara, que “CEDAW”, en su art. 4º apartado 1, prevé medidas de acción positiva. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos, entre ellos, el derecho a trabajar (arts. 6º y 7º), sin discriminación alguna por motivos de sexo.

Igualmente, la Convención de Belem do Pará, y el Convenio N° 111 del año 1958 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El mismo versa sobre la discriminación en materia de Empleo y Ocupación, por el cual el Estado promueve la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. Teniendo como objeto la eliminación de cualquier discriminación a ese respecto. También la ley 26.485 que, en el ordenamiento jurídico nacional, constituye una referencia obligada a considerar en el tema.

En cuanto al CCT N° 460 del año 1973, correspondiente a la Unión Tranviarios Automotor (UTA) –la Cámara consideró adecuado, sin desconocer la importancia del uso

del lenguaje inclusivo, interpretar la norma convencional de forma dinámica acorde a la evolución de los tiempos, ya que la misma fue negociada y concertada en el año 1973. Más allá de ello, no autoriza a declarar su invalidez inconstitucional, toda vez que en el caso no existe una oposición con la norma constitucional.

4. Análisis crítico del fallo

4.1. Descripción del análisis conceptual y antecedentes

Enseña Sagües (2012) que la Constitución nacional en el artículo 16 declara:

un principio general: “todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley”. A su vez, la reforma constitucional de 1994 trato en diversos artículos el tema de la igualdad, el art. 37 (con referencia a los derechos políticos), art. 75, inc.19 (en materia de educación), art. 75, inc. 23 (para tutelar a sujetos débiles – históricamente discriminados- o en inferioridad de condición). También programó acciones judiciales contra la discriminación en el art. 43, respecto del amparo y el hábeas data (p. 662).

Estas reglas son complementadas por varios instrumentos internacionales presentes en el desarrollo de la temática aquí abordada, mediante su articulación en la Carta Magna art. 75, inc. 22; Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su parte II artículo 2.2 señala:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte la “CEDAW” en su art. 1 expresa:

“... discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

A su vez el Proyecto de Recomendación general N° 28 relativo al artículo 2 de la CEDAW en el punto 10, destaca que los Estados miembros se comprometen a “no discriminar a la mujer por acción u omisión; además, están obligados a reaccionar

activamente ante la discriminación contra la mujer, independientemente de que esas acciones u omisiones sean cometidas por el Estado o por actores privados...”

Asimismo, la “Convención de Belem do Pará” reconoce, entre otras cosas, que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), tiene entre sus objetivos principales promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo. Además, y en particular, tal como lo manifiesta Grisolia (2011) el Convenio N° 111, ratificado por la Argentina por ley 17.677, sobre la discriminación, (empleo y ocupación), es más abarcativo, ya que comprende “toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art.1).

Cabe convocar también la ley 26.485, correspondiente a nuestro ordenamiento interno, dictada con el propósito de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Ahora bien, en lo referente a las acciones afirmativas comprendidas en el art. 75 inc. 23, explica Saba (2013) que se tratan de políticas “...impulsadas desde el Estado que tienen por finalidad revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo, de ciertas actividades, prácticas o espacios de la comunidad a los cuales ese grupo no puede acceder como consecuencia de prácticas sociales...” (p. 25).

También las denomina como políticas de discriminación positiva o inversa, ya que las mismas implican:

...la implementación de tratos diferentes entre las personas sobre la base de criterios habitualmente reconocidos como irrazonables (en el sentido de no funcionales en lo que se refiere a la relación del medio con el fin), pero que se encuentran autorizados constitucionalmente porque persiguen el efecto de dismantelar una situación de exclusión y segregación que se contradice con la idea de igualdad como no sometimiento... (Saba, 2013 p.25)

Por su parte Lobato (2019) cuando se refiere al reconocimiento que se efectúa del art. 75 inc. 23 respecto de la situación fáctica de desigualdad social en la que ciertos

grupos se encuentran, logra reconocer, que el art. 16 que convoca a la igualdad, no ha dado respuestas satisfactorias a la exclusión sistemática de ciertas personas que pertenecen a grupos sociales determinados.

Por último, en relación a las acciones afirmativas, exponen Ronconi y González (2019) que más allá del robusto marco normativo que existe en nuestro país en relación al cupo femenino y en materia de paridad de género, no ha sido tarea sencilla la implementación de las normas. Consideran que ha sido un problema principal la interpretación del cupo femenino como techo y no como piso mínimo.

En cuanto al pedido de inconstitucionalidad incoado en el fallo de análisis, manifiesta Etchichury (2013) que el órgano judicial debe combinar la eficacia para garantizar derechos, con la adecuada ponderación de las objeciones “técnica” y “democrática” que se han formulado al rol de los tribunales.

Verbic (2017) citando a Saba (s/d) cuando se refiere al control de constitucionalidad y desigualdad estructural, indica que nuestra región ha adoptado un modelo de control judicial de constitucionalidad inspirado en *Marbury vs Madison*, y este tipo de modelo dificulta el abordaje integral y completo en cuestiones como la tratada en el caso.

Por último, Pérez del Viso (2021) manifiesta que el año 2020 y el inicio de la pandemia han generado una necesidad inexcusable de aplicar la perspectiva de género a los estándares legales y jurisprudenciales. Ya que considera que la “igualdad ante la ley” no resulta suficiente, entiende que se debe trabajar para que exista “equidad” y acceso efectivo a los derechos y a la justicia. Plantea además que la ley de contrato de trabajo y demás normas laborales y convenios colectivos de trabajo deben ser modificados sustancialmente para adecuarlos a los nuevos criterios.

4.2. Postura de la autora

Resulta conveniente para el desarrollo de este apartado, mencionar escuetamente que el problema jurídico abordado en la presente nota es del tipo axiológico. Alexy (2004) distinguió entre reglas y principios, manifestando que los principios son mandatos de optimización.

Ahora si, en primer lugar, diré que estoy de acuerdo con la decisión que ha tomado la Cámara en relación a la admisión parcial de la demanda. Sin embargo, considero propicia la oportunidad para abrir el debate acerca de si efectivamente las acciones positivas han logrado garantizar la igualdad en las mujeres.

Para ello creo oportuno destacar lo expuesto por Ronconi y González (2019) acerca de las leyes de cupo y la situación actual de las mujeres. Consideran que se interpreta al cupo femenino como techo y no como piso mínimo, y que, a la luz de los datos analizados, resulta imperioso reflexionar esta problemática.

Por otro lado, coincido con Pérez del Viso (2021), cuando considera necesario utilizar una terminología inclusiva para lograr una realidad con mayor inclusión. También respecto de las normas laborales me parece razonable, en la realidad actual, que deben ser revisadas en su terminología. Ya que muchas formas de lenguaje y expresiones construyen y refuerzan estereotipos de género que conducen a la discriminación.

En este contexto, me resulta trascendente lo dicho por Etchichury (2013) al considerar que el rol de los tribunales es clave para garantizar el verdadero ejercicio de los derechos sociales.

Hace falta romper con prácticas que generan que solo los varones sean quienes se postulen y sean contratados como choferes. Resulta necesario y conveniente la promoción de todo tipo de acciones. Que sean conducentes a lograr que nuestro ordenamiento legal avance más allá de la igualdad formal, que prohíbe las diferencias de trato irrazonables.

Es indispensable conseguir una igualdad material, que parta del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren medidas especiales de equiparación. Y que ellas son una consecuencia necesaria del principio de igualdad constitucional.

Respecto del problema jurídico de tipo axiológico planteado, se advierte que el tribunal al momento de dirimir, respecto de la inconstitucionalidad del CCT 460/73, consideran adecuado, sin desconocer la importancia del lenguaje inclusivo, interpretarlo con una exégesis dinámica y progresiva y, por lo tanto, compatible con la Constitución Nacional. Es por ello que resuelven no hacer lugar a ese aspecto de la queja, argumentando que no existe una oposición con la norma constitucional que sea imposible de salvar.

Por lo precedentemente mencionado, a la luz de lo determinado por el tribunal, es dable destacar el aporte que efectúa Verbic (2017), acerca del modelo de control judicial de constitucionalidad adoptado por Argentina. El autor menciona la crítica que efectúa Roberto Saba en su libro “Más allá de la igualdad formal ante la ley” en el que especifica que este modelo tradicional de control de constitucionalidad, es abiertamente inadecuado para enfrentar situaciones de desigualdad estructural.

Asimismo, manifiesta que a partir de la reforma constitucional de 1994 y, especialmente, con la incorporación del amparo colectivo y los derechos de incidencia colectiva en el marco del art. 43 de la CN, es deber de los jueces garantizar el ejercicio y goce de los derechos constitucionales. Que desde el momento que los derechos de incidencia colectiva fueron plasmados en la CN, aquellos ya no pueden desentenderse de dicha faceta estructural.

Por último, manifiesta, que no quedan dudas que necesitamos un nuevo modelo de control de constitucionalidad. Que ello permitiría procesar y resolver adecuadamente pretensiones colectivas, especialmente cuando estas pretensiones son de índole estructural y resultan promovidas en beneficio de grupos que padecen las consecuencias de una sociedad desigual. Comparto esta postura del autor por lo precedentemente detallado *ut supra*.

5.- Conclusión

Para concluir con la presente nota diremos que:

a- La norma convencional que regula el Convenio Colectivo de Trabajo N°460 correspondiente a la Unión Tranviarios Automotor (UTA), fue sancionada en el año 1973 con anterioridad a la última reforma constitucional del año 1994.

b- A partir de la reforma de 1994, todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que surgen del art. 75 inc.22 tiene la misma jerarquía de la constitución. Con lo cual conviven tanto el derecho interno como el internacional, ya que el texto constitucional incluye el reconocimiento de los principales tratados.

c- En este contexto resulta imperioso destacar la incorporación del amparo colectivo y los derechos de incidencia colectiva en el marco del art. 43 de la CN y el rol

de las acciones afirmativas, que la reforma de 1994 a través del art. 75 inc. 23 impuso al congreso.

Podemos concluir diciendo que la norma convencional CCT 460/73, por el contenido palmariamente contrario a los principios constitucionales, supraconstitucionales y legales, convoca a la revisión de las normas toda vez que no estén en consonancia con lo principios constitucionales adquiridos luego de la reforma.

Esto, sumado a los avances normativos que en materia de igualdad de género y prohibición de no discriminación nuestra Carta Magna dispone. Genera que sea necesario, más allá de la implementación de las acciones afirmativas, que tienen por objetivo otorgar ciertos privilegios a aquellos grupos históricamente en desventaja, debemos revisar los diversos instrumentos jurídicos ante la desigualdad e inequidad verificada.

Por último, el impacto de la dimensión colectiva presente en el fallo “Borda” es innegable. Pudiendo observarse la aplicación y puesta en marcha de políticas destinadas a favor de la inclusión de mujeres en el ámbito laboral del transporte automotor.

6. Bibliografía

6.1. Doctrina

Alexy R. (2004). El concepto y la validez del Derecho- Editorial Gedisa, S.A. Paseo Bonanova.

Antúnez, D., Orlando, F., Ronconi, L., Verbic, F. (2017) “Tomarnos en serio la igualdad”. Comentarios a más allá de la igualdad formal ante la ley de Roberto Saba - ¿qué les debe el estado a los grupos desaventajados? Lecciones y Ensayos, volumen Nro. (99) pp. 215-244
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/99/tomarnos-en-serio-la-igualdad.pdf>

Etchichury H. (2013 pp. 292). “Igualdad desatada La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina” Editorial Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado de [Igualdad desatada Etchichury-final.pdf](#)

Grisolía J. (2011). Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –Tomo II – Editorial Abeledo Perrot.

Lobato J. (2019) “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero” Revista de la Facultad de Derecho. Recuperado de [\(PDF\) Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género | Julieta Lobato - Academia.edu](#)

Pérez del Viso A. (31 mayo 2021) “La Re- Humanización del Derecho Laboral. Un esfuerzo por aplicar la perspectiva de género”. Revista Ideides. Recuperado de [La Re- Humanización del Derecho Laboral. Un esfuerzo por aplicar la perspectiva de género. \(revista-ideides.com\)](#)

Ronconi L y González A. (septiembre 2019) “Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994 a 25 años”. Mario Benente Compilador - Editorial Edunpaz. Recuperado de [\(PDF\) La reforma constitucional de 1994 y la participación de las mujeres en cargos de decisión: logros y desafíos | Agustina González - Academia.edu](#)

Saba R. (2013) “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), Fundación Equitas, Ril Editores, Santiago, Chile, recuperado de <https://www.fundacionequitas.cl/publicaciones/Saba-Desigualdad-Estructural-y-Acciones-Afirmativas.pdf>

Sagüés N. P.(2012). Manual de Derecho Constitucional- Editorial Astrea.

6.2. Legislación

Constitución de la Nación Argentina [Const.]. (1853). Reformada 1994

Convención Americana de Derechos Humanos, (1 de marzo 1984). [Ley 23054]

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (26 de abril 1968) [Ley 17722]

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belem do Pará, 1994, (13 de marzo de 1996). [Ley 24632]

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (17 de abril de 1986). [Ley 23313]

Convenio N° 111 de la OIT.

Ley 25.674 (06 de noviembre de 2002). Asociaciones Sindicales

Convenio Colectivo de Trabajo N°460/1973 (27 enero 1975). Recuperado de https://www.trabajo.gba.gov.ar/delegaciones/biblioteca_deles/CCT%20460-1973.pdf

6.3. Jurisprudencia

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “Borda, Érica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/Acción de Amparo”. Expediente Nro.: 25952/2014 – sentencia de fecha 11 de octubre de 2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo" Nro. Interno: S.932.XLVI - sentencia de fecha 20 de mayo de 2014.

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Kot, Samuel S.R.L. S/ Acción de amparo. Acto de particulares” – sentencia de fecha 05 de septiembre de 1958.

7.- Texto completo del fallo

SENTENCIA DEFINITIVA NRO.: 113 078

EXPEDIENTE NRO.: 25952/2014

AUTOS: BORDA, ERICA c/ ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEG SOCIAL DE LA NACI Y OTROS s/ACCION DE AMPARO

VISTO Y CONSIDERANDO:

En la ciudad de Buenos Aires, el 11 de octubre del 2018, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

La Dra. Graciela A. González dijo:

Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora, obrante a fs. 685/697, que mereció las réplicas de los coaccionados, el Estado Nacional – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación; Transporte Escalada SAT y, en forma conjunta, Transportes Avenida Bernardo Ader y Los Constituyentes S.A.T., las cuales lucen agregadas a fs. 699/703; fs. 704/706 y fs. 707/711, respectivamente.

En atención a la naturaleza de las cuestiones planteadas, a fs. 715, se requirió la opinión de la Fiscalía General, que se expidió mediante el Dictamen Nro. 83.079 del 17/09/2018, obrante a fs. 764/768, cuyos términos se comparten en forma parcial.

Encontrándose las actuaciones en esta Alzada, a fs. 717/751, se presentó la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) como “amigo del tribunal” para “...*defender el derecho constitucional de igualdad ante la ley y a no ser discriminada por razón del género...*” y, luego, a fs. 754/762 y fs. 769/783, invocaron idéntica calidad de *amicus curiae* el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Asociación Civil Por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), respectivamente.

En consecuencia, con carácter previo al análisis de las cuestiones sometidas a conocimiento de este Tribunal, cabe examinar la admisibilidad y, eventualmente, la pertinencia de tales presentaciones.

Al respecto, considero necesario señalar que la institución del *amicus curiae* – vocablo latino que significa “amigo de la corte”– originada en el derecho romano, facultaba al juez para pedir el consejo a un experto. En su primigenia configuración era, verdaderamente, un “amigo del tribunal”; los amigos de la curia podían informar, advertir e ilustrar a la corte e, incluso peticionar ante los jueces. La actuación del *amicus* no tenía, por entonces, más que la de asistir a los magistrados en casos de dudas y/o salvarlos del error. No obstante, tal como lo destaca Borda, en el derecho anglosajón, el instituto del *amicus* se transformó en un tercero interesado y comprometido con la causa de una de las partes, que resultaría así promovida, patrocinada, apoyada, etc. por el *amicus curiae*; lo cual motivó en Estados Unidos de América la sanción de la Rule 37 of the Supreme Court of the United State –*Brief of an Amicus curiae*– (véase, Borda Guillermo, J., *El amicus curiae*, págs. 172/173 y, asimismo, Sola Juan Vicente, *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*, Buenos Aires: ed. La Ley, 2015, págs. 264/269).

Sin embargo, en nuestro país, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula la intervención de terceros ajenos a las partes en los arts. 90 y sgtes., sin que allí

se encuentra reglamentada la intervención como “Amigos del Tribunal”. El legislador nacional, aunque previó la figura para ciertas situaciones especiales, éstas no tienen que ver con la cuestión que aquí se dirime (cfr. arts. 7º de la ley 24.488 y 18 de la ley 25.875). A su vez, si bien el Alto Tribunal reguló el instituto del *amicus curiae*, por primera vez en el año 2004, mediante la Acordada Nro. 28, y, actualmente, en la Acordada Nro. 7/2013, no es menos cierto que la presentación que, en tal calidad, pueden efectuar las personas físicas o jurídicas que no son parte en el pleito, es ante la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación “...en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada...” (arg. art. 1º del Reglamento Anexo). En efecto, es el Alto Tribunal el cual, de acuerdo con lo previsto en el art. 5º, establece cuáles son “...las causas aptas para la actuación de que se trata, mediante una providencia que – salvo situaciones de excepción– [es] dictada con posterioridad al dictamen de la Procuración General de la Nación...”

Como se advierte la institución del *amicus curiae* no está regulada para aquéllos procesos que, como ocurre en el caso, tramitan ante la Justicia Nacional en instancia ordinaria, por ende, su admisión y, consecuente, regulación corresponde al legislador. La voluntad de éste en tal sentido no puede extraerse de las leyes 24.488 y 25.875, dado el carácter de leyes especiales (véase disidencia de los Dres. Fayt; Belluscio y Vázquez en la Acordada Nro. 28/04). Al respecto, cabe observar que, en la actualidad, existen proyectos a consideración del Congreso de la Nación que corroboran tal conclusión; en los cuales, de manera expresa, se establece que la designación del

Amigo del Tribunal podrá efectuarse en *cualquier instancia* (véase, Exptes. Nro. S-3760/17; Nro. 0995-D-2018, con excepción del que tramita bajo en el Nro. S-1631/17 *Fecha de firma: 11/10/2018* que, incluso, limita la actuación del *amicus* a las causas que se sustancian ante los Tribunales Federales). En este aspecto, corresponde hacer notar que en los proyectos con estado parlamentario se requiere que la propuesta sea efectuada por una de las partes (S3760/17, art. 2º) o bien, el consentimiento del tribunal, previa consulta a las partes (0995D-2018, art. 1º) y se regula todo lo referido al trámite procesal.

En esta línea de razonamiento, debe recordarse que, tal como se afirmó en el voto en disidencia en la Acordada 28/04, “...la aplicación extensiva de un estatuto particular ‘puede comportar una anarquizante perturbación de la compleja estructura que el respectivo sistema legal está en vías de constituir atendiendo a factores y circunstancias cuya consideración incumbe primordialmente a los poderes ejecutivo y legislativo’ (Fallos 229:824)”.

Por lo demás, considero que, en el caso, pese a que la materia sobre la cual versa el litigio, *prima facie*, quedaría alcanzada en el ámbito de aplicación del art. 1º de la Acordada CSJN 7/2013, tampoco correspondería aplicar analógicamente las disposiciones allí contenidas, si se advierte que la Corte Suprema, al dictar la acordada, lo hizo con sustento en las facultades reglamentarias reconocidas en los arts. 18 de la ley 48, 10 de la ley 4055 y 4º, 2do. párrafo, de la ley 25.488, las cuales se refieren específicamente a la facultad reglamentaria que le corresponde al Alto Tribunal (arg. art. 113 de la Constitución Nacional).

Las consideraciones hasta aquí expuestas que, en definitiva, son coherentes con la postura que, ante planteos similares, sentó este Tribunal (véase, del registro de esta Sala, SI Nro. 73696 del 12/06/17, “Gómez Mastrogiovanni Héctor c/ Escuela Superior de Comercio Carlos Pellegrini y otro s/ Incidente) y la que, asimismo, se propició en otros Fueros (ver, CNyCFed., Sala III del 17/10/17, “Cámara Argentina de Especialidades Medicinales y otro c/ Estado Nacional y otros s/Nulidad de acto administrativo”), me llevan a concluir que, ante la falta de regulación legal, no corresponde en esta instancia ordinaria admitir la intervención en calidad de *amicus curiae* de la Asociación de Derechos Civiles; el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Asociación Civil Por la Igualdad y la Justicia; sin perjuicio, claro está, de la presentación que, eventualmente, pudieran efectuar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo con lo previsto en la ya citada Acordada Nro. 7/2013 en el ámbito de la instancia extraordinaria.

III. Sentado lo expuesto, para un adecuado análisis de las cuestiones fácticas y jurídicas sometidas a decisión de este Tribunal, estimo oportuno memorar que, en el *sub lite*, la actora interpuso una acción de amparo por discriminación por género, fundada en los arts. 43 de la CN y 25 de la CADH, contra el Estado Nacional – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y las empresas Los Constituyentes SAT; Transportes Avenida Bernardo Ader S.A. y Transporte Escalada SAT. En el escrito inicial, la accionante dedujo dos pretensiones: la primera de naturaleza *individual*, en la cual la Sra. Borda reclamó la protección de un derecho subjetivo a obtener trabajo como chofer de las líneas de colectivo del área metropolitana (ver fs. 2vta./3, pto. 2.a); y, la segunda, de dimensión *colectiva*, a fin de que, entre otros aspectos, las empresas readecuaran sus políticas de selección, contratación y selección de personal de forma tal que cesaran con las prácticas discriminatorias hacia las mujeres; establecieran un sistema de “cupos” que

permita equiparar la situación de las mujeres históricamente relegadas de los puestos laborales de chóferes de transportes de pasajeros (ver fs. 3/vta., pto. 2.b y fs. 22/23) y adecuaran sus instalaciones para que las mujeres pudieran laborar en condiciones dignas en ese ámbito. También, en el plano colectivo, la parte actora solicitó que se ordenara al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que hiciera “...cesar la vigencia del CCT 460/73 mediante el retiro de la homologación (...) por resultar excluyente de las mujeres para participar de dicho sector,..” (ver fs. 22, pto. 4.a).

Al comparecer al proceso, Transportes Avenida Bernardo Ader S.A. (ver fs. 184/200) negó la versión de la actora y dijo que la empresa tenía “...contratado un servicio de consultoría con el propósito de llevar a cabo el proceso de evaluación y selección previa...” (ver fs. 193vta.) y que, si bien “...la mayoría de los colectivos de corta distancia en general [eran] conducidos por choferes varones, obede[cía] pura y exclusivamente al hecho de que [fueron] casi los únicos quienes se [habían] postulado para desempeñar esa tarea,..” (ver fs. 194, último párrafo).

Idéntica defensa estructuró Los Constituyentes S.A. (ver fs. 262/278), pues, también, manifestó que el proceso de selección era llevado a cabo por profesionales consultores especializados (ver fs. 270, último párrafo, y fs. 271vta./273) y, luego, agregó que el hecho de que los choferes fueran varones respondía a que éstos eran los “únicos” –sic. – que se postulaban para dicha tarea (ver fs. 272vta.).

Por su parte, Transporte Escalada SAT (ver fs. 242/251), aunque reconoció que, en septiembre de 2013, la Sra. Borda se había presentado en la empresa para postularse como chofer, dijo que “en ese momento” no se necesitaba contratar conductores (ver fs. 248 *in fine*). En lo que concierne a la pretensión colectiva, la coaccionada afirmó que “el hecho de que existan pocas mujeres prestando ese tipo de servicios no obedece a una cuestión discriminatoria sino a que éstas no suelen buscar o solicitar trabajo como chofer” (ver fs. 249).

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad de la Nación negó que el Estado Nacional tuviera “...una actitud complaciente con el statu quo en materia de no contratación de mujeres para la conducción del autotransporte...”, tal como había sido denunciado al demandar, pues dijo que, ante la nota presentada por la Sra. ^{Fecha de firma:} 11/10/2018 Borda (ver fs. 114/115), su denuncia había sido derivada a la Unidad de Coordinación de la Comisión de Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el mundo laboral (CTIO) y a la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral

(OAVL)” (ver fs. 228/vta.). Asimismo, señaló que la ausencia de transportistas mujeres no se trataba de una cuestión de discriminación sino “...una consecuencia lógica de la cantidad de colectivos que se encuentran en circulación y el hecho de que sólo haya 207 mujeres con Licencia Nacional Habilitante (LNH), para manejar transporte público en el país, de las cuales sólo 19 de ellas [tenían] dicha Licencia Nacional Habilitante VIGENTE...” (ver fs 228).

El Sr. Juez *a quo*, al dictar la sentencia definitiva, desestimó la pretensión individual deducida por la Sra. Borda, pues consideró que no podía condenar a ninguna de las demandadas a que la contrataran, en la medida en que no había sido acreditada en la causa la “*idoneidad*” de aquélla para acceder al puesto de trabajo como chofer de ómnibus. No obstante, el sentenciante de grado admitió, en forma parcial, el reclamo colectivo y, en este sentido, condenó a las tres empresas demandadas a que confeccionaran un Protocolo de Buenas Prácticas en la selección de personal, el cual debía contemplar la cuestión de género y el cual –según ordenó– debía ser presentado en la causa y, de no mediar satisfacción de la parte actora, se remitirían las posiciones a la paritaria del CCT 460/73 para su discusión y definición en la próxima ronda de negociación. Por otra parte, rechazó el pedido de que se “deshomologara” –sic. - la citada norma convencional, sin perjuicio de lo cual ordenó remitir copia de la sentencia a la autoridad de aplicación, para que, en oportunidad de negociarse cualquier contenido del CCT, se tuviera presente la necesidad de actualizar sus contenidos a nuestras pautas culturales actuales (ver fs. 648/681).

Liminarmente, creo necesario poner de relieve que el decisorio de grado sólo ha sido cuestionado ante esta Alzada por la parte actora (ver fs. 685/697), lo cual permite concluir que no sólo la jurisdicción de esta Sala se encuentra limitada a analizar el alcance de su planteo recursivo (arg. arts. 271 *in fine* y 277 del CPCCN y doct. Fallos 307:948; 330:4015; etc.), sino que, esencialmente, tal como se señala en el dictamen fiscal que antecede (ver fs. 766) y se apunta al apelar (ver fs. 685), arriba firme a esta instancia la verificación de un comportamiento discriminatorio por parte de las empresas aquí demandadas incompatible con nuestro ordenamiento constitucional (arg. arts. 16, 37, 75 incs. 22 y 23 de la CN y doct. Fallos 333:2306; 334:1287 y 337:611).

Desde esta perspectiva de análisis, a mi modo de ver, no resulta acertada la “aclaración previa” que formulan Transportes Avenida Bernardo Ader S.A. y Los Constituyentes SAT a fs. 707 *in fine*/vta. referida a que “*es falso de toda falsedad que se haya ‘tenido por acreditada la discriminación en el acceso al empleo de chofer de*

colectivo...”. Así, lo creo, por cuanto, del detenido análisis del decisorio de grado surge que no sólo el Sr. Juez *a quo* consideró parte integrante de éste el dictamen fiscal de fs. 640/642, sino que, esencialmente, estableció que las empresas debían confeccionar un Protocolo de Buenas Prácticas, en el cual debía estar contemplada la cuestión de género, condena que, obviamente, carecería de sentido si se considerara –como lo pretenden las recurrentes– que, en el caso, no quedó demostrada la discriminación en el acceso al empleo.

Sentado lo expuesto, considero pertinente señalar que, tal como lo afirma el Sr. Fiscal General Interino en el dictamen que antecede (ver fs. 766), la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación –consagrado en los arts. 16 y 75 inc. 23 e inc. 22 de la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional– recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. En efecto, desde mediados del siglo pasado, la Corte Suprema, en la causa “Kot”, señaló que “[N]ada hay en la letra ni en el espíritu de la constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ –porque son derechos esenciales al hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan solo de autoridad pública”. En coherencia con ello, en el precedente que se registra en Fallos 333:2306, el Alto Tribunal entendió que el carácter *erga omnes* de protección que vinculan a *todos* –v.gr. los particulares y el Estado– establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos *inter privados*, la cual es desarrollada por la “Teoría del Drittwirkung”, que se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores (ver, CSJN, 7/12/2010, “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de amparo”, consid. 4°; CSJN, 20/05/2014, Fallos 337:611, consid. 3°; art. 1° de la ley 23.592, y, asimismo, Corte IDH, OC 18/03, párr., 140 y el voto del Juez García Ramírez, párr. 20; Recomendación General Comité CEDAW Nro. 25 y Nro. 28, párr. 13).

En el *sub lite*, tal como ya lo pusiera de resalto, al comparecer al proceso, las empresas estructuraron sus defensas sobre la base de que no habían incurrido en un accionar discriminatorio, sino que, por el contrario, los **varones** son los que conducen los colectivos de corta distancia porque “...*han sido (...) casi los únicos quienes se postularon para desempeñar esa tarea...*” (ver fs. 272vta., el destacado no se encuentra en el original).

Ahora bien, esta afirmación es, sin duda, significativa, porque deja traslucir la exclusión *de hecho* de las mujeres en el mercado laboral, específicamente, como choferes de colectivos, lo cual exige efectuar –como lo sugiere Roberto Saba– una lectura *estructural* de la igualdad –concebida como no sometimiento– que entiende que “...*el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad (...)* A diferencia de la noción de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado sobre prejuicios), la versión de la igualdad como no sometimiento refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginal (la casta o *underclass*)” (ver, Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados*, Buenos Aires: ed. Siglo XXI, 2016, pág. 58 y 63).

En este sentido, la Comisión IDH consideró que “*una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que [bajo] esta luz algunos llaman principio de antesubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres (...). El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación*” (Comisión IDH, 20/01/2007, informe *Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, párr. 75 y 99 y, asimismo, Corte IDH, 16/11/2009, “González y otras (Campo Algodonero) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, párr. 401).

En esta línea de razonamiento, cabe ponderar el voto del Juez Petracchi en la causa “González de Delgado” (Fallos 323:2659), al sostener que “...*las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o **perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer**. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia*” (CSJN, 19/09/2000, “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, consid. 9º del voto, el destacado no se encuentra en

el original). La idea de no perpetuación de la inferioridad de un grupo –en este caso, las mujeres– nos acerca, precisamente, a la aspiración de dismantelar un sistema de castas cristalizado en el tiempo que se prolonga durante generaciones (véase, Owen Fiss, *Groups and the equal protection clause*, Philosophy & Public Affairs, 5, 1976 y, asimismo, traducción del pto. IV en Gargarella, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona: ed. Gedisa, 1999, págs. 137-167).

El compromiso constitucional con el principio de igualdad y prohibición de discriminación –el cual, tal como remarcó la Corte Suprema en la causa “Álvarez” (Fallos 333:2306), ingresó al dominio del *ius cogens*– importa, precisamente, un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desventajados, y la obligación –correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones– de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales (ver, al respecto, Dictamen del 24/06/2013 emitido por la Procurada General en la causa “Sisnero”, consid. VIII).

IV. En el *sub examine*, se advierte que, al igual que ocurrió en el precedente “Sisnero”, el comportamiento de las empresas, en cuanto contribuye a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas cuya reparación requiere la adopción de otras medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes.

En efecto, del informe rendido por la AFIP, agregado a fs. 550/571, se desprende que de un total de mil novecientos treinta y seis (1936) empleados activos en la categoría profesional 8810 – Conductor (CCT 460/73), que laboran en las empresas individualizadas a fs. 546, tan sólo dos (2) son mujeres (ver, en particular, fs. 555 y fs. 561). A ello, cabe agregar que, a fs. 407/424, la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), dio cuenta el limitado universo de mujeres –si se lo compara con la cantidad de varones– que tienen licencia nacional de conducir transporte de pasajeros (v.gr.: un total de trescientos sesenta y dos -362-), de las cuales doscientas ochenta y cuatro (284) “...se encuentran empleadas como choferes en *todas* las empresas del *autotransporte de pasajeros*” (ver detalle adjuntado por la AFIP a fs. 526/542, el destacado no se encuentra en el original).

En este punto me detengo a analizar la situación particular de las aquí demandadas –v.gr.: Los Constituyentes SAT (líneas 78; 87 y 127); Transportes Avenida

Bernardo Ader S.A. (línea 130) y Transporte Escaldada SAT (línea 169)– y concluyo que el informe rendido por la AFIP a fs. 550/571 no hace más que corroborar que éstas no cuentan con personal femenino en su planta de choferes.

La realidad fáctica descripta exige la adopción de acciones positivas para revertir la segregación por razón de género, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio por parte de los Estados de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias (doct. Fallos 333:2306, consid. 4º); y, en este punto, tiene especial gravitación la reforma constitucional de 1994 que, con el reconocimiento de las acciones afirmativas (arts. 75 inc. 23 y 37 de la CN), viene a confirmar que la concepción de la igualdad como *no sometimiento* –a la que me he referido– debe complementar la de *no discriminación* (arg. art. 16 de la CN).

Las medidas de acción positiva, como solicita la actora (ver fs. 21vta./22, pto. 4), tienen por finalidad garantizar la igualdad *real* de oportunidades y trato desbrozando los impedimentos sociales y culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos. Las relaciones de poder entre hombres y mujeres han sido históricamente desiguales y, si bien, se produjeron grandes e importantes cambios en las últimas generaciones, las mujeres siguen siendo, en la actualidad, un grupo desaventajado frente a los hombres en múltiples contextos. Tal persistencia, ha sido motivo de preocupación por parte del Comité CEDAW que, durante el 46º período de sesiones desarrollado en julio de 2010, adoptó las Observaciones finales a Argentina (CEDAW/C/ARG/6) en las cuales instó a nuestro país a combatir la segregación ocupacional y a alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales, entre otras.

En este punto, cabe tener presente que la CEDAW –norma internacional que tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN)– en su art. 4º, apartado 1, prevé este tipo de medidas de acción positiva, a las cuales denomina “medidas especiales de carácter temporal” y, específicamente, el Comité en la Recomendación Nro. 25 (30º periodo de sesiones-2004) –cuya jurisprudencia debe ser una guía para la exégesis de los preceptos convencionales (Fallos 318:514; 319:1840; etc.)– precisó que éstas “...*deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito (...) son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades*

fundamentales” (ver párr. 18 y, además, Recomendación Nro. 5 – Medidas Especiales Temporales, 7º periodo de sesiones-1988). Para alcanzar dicha igualdad el Comité señaló que las medidas pueden consistir “...programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas” (párr. 25). Concretamente, en la Recomendación General Nro. 28, el Comité señaló que “los Estados Partes tienen la obligación de no discriminar a la mujer por acción u omisión; además están obligados a reaccionar activamente ante la discriminación contra la mujer, independientemente de que esas acciones u omisiones sean cometidas por el Estado o por actores privados” (ver párr. 6º y, asimismo, párrs. 18; 20 y 24 – Recomendación General Nro. 28 Relativa a las obligaciones básicas de los Estados Partes con el art. 2º de la CEDAW).

Tampoco puedo dejar de tener en cuenta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) –arg. art. 75 inc. 22 de la CN– en tanto establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos, entre ellos, el derecho a trabajar (arg. arts. 6º y 7º), sin discriminación alguna por motivos de sexo (arg. art. 2, pto. 2). Al respecto, el Comité DESC –intérprete autorizado del PIDESC– en la OG Nro. 20 del 2/07/2009, señaló que, periódicamente, se constata que “...la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada” (párr. 12). Por ello, el Comité DESC advierte que “los Estados Partes deben adoptar un enfoque proactivo para eliminar la segregación y la discriminación sistémicas en la práctica. Para combatir la discriminación será necesario, por lo general, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal” (párr. 39).

Dentro del esquema del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, creado en 1948, en Bogotá, se adoptó, asimismo, la carta de la OEA donde se encuentra la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) que fue el primer organismo intergubernamental del mundo, creado a fin de garantizar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer. A tal efecto, ofrece apoyo a los movimientos nacionales que intentan defender los derechos de la mujer en los distintos ámbitos que pueden ser gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y

organismos populares. Como es un organismo creado dentro de la OEA, apoya a todo movimiento que tenga por fin la protección de los derechos de la mujer en toda América.

Concretamente, una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, es, sin duda, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) –con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22)– suscripta el 22/11/1969, cuyos Estados Partes, el 17/11/1988, convinieron el Protocolo Adicional denominado “Protocolo de San Salvador”, en el cual se comprometieron “...a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo” (conf. art. 6, apartado 2, y, asimismo, art. 2º).

Sobre el punto, también es significativa la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belem do Pará, 1994 (vigente desde el 8/03/1995), en cuanto establece que los Estados tienen el deber “...de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (confr, art. 7º inc. e).

Cabe sumar a lo indicado, atento al contenido material del caso, lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo son: el Convenio N° 100 (1951) relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor; el Convenio N° 156 (1981) sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares y el Convenio N° 111 (1958), sobre discriminación en materia de Empleo y Ocupación, por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a ese respecto.

En el ordenamiento jurídico nacional, constituye una referencia obligada en el tema, ley 26.485 (B.O. 14/04/2009), que, luego de establecer que violencia laboral contra las mujeres es aquella que “discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad y permanencia en el mismo” (art. 6º inc. c) y decreto 1011/2010), dispone que el Estado Nacional debe implementar el desarrollo de acciones prioritarias, concretamente a través

del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, referidas a desarrollar programas de sensibilización, capacitación e incentivos a empresas para eliminar la violencia laboral contra las mujeres, debiéndose respetar el principio de no discriminación “*El acceso al puesto de trabajo, en materia de convocatoria y selección;..*” (cfr. art. 11, apartado 6, inc. a), pto. 1) y, ver también Recomendación General CEDAW Nro. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, 26 de julio de 2017).

Por ello, comprobada la conducta discriminatoria por parte de las demandadas – aspecto del decisorio que, como ya lo señalé, arribe firme a esta instancia–, el contexto normativo supranacional, constitucional y legal, exige ordenar su cese inmediato y disponer, en consecuencia, acciones positivas tendientes a reconducir aquellas construcciones sociales y culturales generadoras de situaciones de ilegítima desigualdad, para asegurar la igual *real* de oportunidades de las mujeres para acceder a los puestos de conductoras del sistema de transporte público de pasajeros.

Ahora bien, esta conclusión exige establecer un cupo equitativo y razonable que permita dejar atrás la inicua e intolerable desigualdad producida por la discriminación de género llevada a cabo por las demandadas. Para ello, consideraré analógicamente, la pauta objetiva establecida por el legislador en materia sindical en la ley 25.674 (B.O.: 29/11/2002) que, específicamente, dispone que “*la representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales será de un mínimo del 30% (treinta por ciento), cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores*” (arts. 3º de la ley 25.674 que modificó el art.18 de la ley 23.551, y 4º del decreto 514/03).

Dicho porcentual reconoce como antecedente inmediato la ley 24.012 (B.O.: 6/12/1991) en cuanto establecía que, en las listas de postulantes que se presentaran para las elecciones nacionales, debían “*...tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas*” (art. 1º) y, si bien, esta norma había sancionada antes de la reforma constitucional del ‘94, el constituyente en la Disposición Transitoria Segunda, específicamente, había dejado establecido que “*las acciones positivas a que alude el artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine*”. Esta previsión del constituyente, al establecer ese piso del 30%, y, en especial, el compromiso constitucional con la igualdad, determinó la sanción de la

ley 27.415 (B.O: 15/12/2017) que estableció la “Paridad de género en ámbitos de representación política”.

V. En el *sub iudice*, como ya lo señalé, estaré al cupo del treinta por ciento (30%), razón por la cual las empresas aquí demandadas –que, insisto, no cuentan con personal femenino en su planta de chóferes– deberán contratar mujeres hasta alcanzar el mencionado cupo de la planta de chóferes existentes a la fecha de la presente. Esta medida regirá provisoriamente como pauta que asegure el cumplimiento de la orden de cesar inmediatamente la discriminación por género y hasta tanto las autoridades ejecutivas y legislativas establezcan una reglamentación específica para compensar las ilegítimas desigualdades detectas en materia de acceso de las mujeres a la conducción de colectivos de transportes público de pasajeros.

A los fines de la presente, tendré particularmente en cuenta que, en el ámbito del MTEySS (en la actualidad, Ministerio de Producción y Trabajo –decretos 801/18 y 802/18–), fue creada, por iniciativa de la OIT, la Comisión

Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral (CTIO), mediante Acta Acuerdo Nro. 57 del 28/10/1998, la cual, originariamente, estaba integrada por representantes de distintos sectores (v.gr.: MTEySS; Consejo Nacional de la Mujer; CGT; Cámara Argentina de Comercio; Ministerio de Relaciones Exteriores y distintas entidades sindicales de primer grado) y, luego, en el año 2000, también se incorporó la CTA y se amplió y diversificó la representación del sector empresarial (Acta Acuerdo Nro. 37) y en el 2005 se extendió la participación al INADI y los Ministerios de Salud y de Justicia y Derechos Humanos; lo cual demuestra la suficiente representatividad de la CTIO; en particular si se advierte el accionar que lleva a cabo para promocionar la federalización de sus políticas.

Al respecto, tengo en cuenta que uno de los objetivos de la CTIO es desarrollar estrategias de acción tripartitas tendientes a impulsar, en el mercado de trabajo, la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en la *incorporación* al empleo (cfr. Anexo, Acta Acuerdo Nro. 57; Decreto 254/98 que promueve el “Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral”; Resolución MTEySS Nro. 463 del 28/07/1998) y que, asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el Acta Acuerdo de 2005, entre sus atribuciones, se encuentra la de reorientar las destrezas tradicionales y capacidades de las mujeres hacia nuevos mercados, así como también

optimizar sus capacidades empresarias y de productividad, sobre todo en campos tradicionalmente reservados a los varones.

Esta Comisión Tripartita, desde su constitución hace ya veinte (20) años, asumió un rol activo a fin de posicionar a las mujeres en condición de igualdad respecto a los varones en el ámbito laboral, buscando consensos entre el Estado y los sectores sindical y empresarial. Entre muchas de sus acciones pueden mencionarse su actuación como órgano de consulta permanente en el diseño y desarrollo de los cursos dictados en el marco del Programa de Capacitación y entrenamiento para dirigentes y dirigentes sindicales (arg. arts. 1º y 3º de la Res. MTEySS Nro. 123/03); la influencia que ejerció en el proceso que llevó a la sanción de la ley 25.674 de “cupos sindicales femeninos”; las actividades dirigidas a apoyar la sanción de la ley 26.844 y las referidas a la corresponsabilidad de trabajadores y trabajadoras en la atención de las responsabilidades familiares (véase, *Diálogo Social Institucionalizado*. Argentina 2003 – 2014, Comisión para el trabajo con igualdad de oportunidades (CTIO), Oficina de País de la OIT para Argentina, Buenos Aires, 2015).

Por ello, toda mujer que cuente con la Licencia Nacional Habilitante (LNH) para conducir transporte de pasajeros (ver fs. 218/219) que desee ser conductor de colectivos o ómnibus deberá expresar su pretensión mediante nota dirigida a la CTIO, organismo al cual deberán remitirse las empresas aquí demandadas a los fines de tomar nuevo personal, a partir de la fecha del presente decisorio y hasta tanto se alcance el porcentual establecido (v.gr.: 30%). Para así resolver, observo que fue la propia Autoridad Administrativa del Trabajo la que, ante la denuncia efectuada por Érica Borda, resolvió remitirla a la CTIO, circunstancia que, más allá del reproche que podría suscitar la falta de una respuesta concreta por parte de este órgano (ver fs. 327), pone de relieve que sería, precisamente, la CTIO la más idónea para receptor las notas de las mujeres que deseen ser chóferes de colectivos, en cuyo ámbito deberá existir una lista de aspirantes.

Esta previsión no implica –claro está– que para acceder al puesto de trabajo resulte suficiente que la mujer cuente con la Licencia Nacional Habilitante (LNH), pues, a la luz del art. 16 de la Constitución Nacional, es clave la *idoneidad* de aquélla, la cual, lógicamente, deberá ser valorada en cada caso concreto, con criterios objetivos y razonables, por la empresa que pretenda incorporar un chofer. Es decir, si bien la licencia constituye una condición necesaria no alcanza por sí sola para acceder a un puesto en una empresa, pues –insisto– en el caso de producirse una vacante, cualquier 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 al contratar chóferes (véase, al respecto, Corte Suprema de Salta, 14/05/2015, dictada en el caso “Sisnero”, luego del fallo de la CSJN).

La solución propuesta –v.gr.: establecimiento de un cupo que garantice una participación proporcional mínima de mujeres– compatibiliza con la libertad de contratar de las empresas, reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional, la cual debe ser ejercida en forma razonable (arg. arts. 28 de la CN y doct. Fallos 247:121) y, por ello, no puede oponerse, de manera infundada y arbitraria, a la garantía de igualdad, sustentada en la Constitucional Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y normas legales que proscriben terminantemente la discriminación (doct. CSJN, 7/12/2010, “Álvarez Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ Acción de amparo”, Fallos 333:2306, consid. 7º).

Por ello, debe permitirse, por un lado, que toda mujer que reúna los requisitos para desempeñarse como chófer de colectivo pueda tener la oportunidad real de ingreso, y, por el otro, que las empresas contraten a cualquier mujer que deseen incorporar como chófer, en la medida que reúna los mismos requisitos de admisibilidad que se exige para contratar conductores de sexo masculino.

El porcentaje establecido y la modalidad de incorporación prioritaria de mujeres no podrán ser omitidos, salvo en caso de no existir mujeres en la lista que llevará a cabo la CTIO. En tales circunstancias, si las empresas aquí demandadas decidieran contratar un chófer, deberán obtener previamente de dicho organismo la constancia respectiva (ver, Corte Suprema de Salta, sent. del 14/05/2015).

Asimismo, para garantizar el cumplimiento de la sentencia las empresas aquí accionadas deberán presentar ante la CTIO informes anuales a fin de demostrar la contratación del personal femenino hasta cumplir el cupo del treinta por ciento (30%) que deje propuesto; a cuyo efecto deberán adjuntar constancia certificada expedida por la AFIP en la que se dará cuenta de la nómina de personal contratado en el período respectivo. En caso de incumplimiento, las demandadas serán pasibles de multas, las cuales, eventualmente, se fijarán en la etapa de ejecución. Para así resolver tengo en cuenta que la CTIO prevé, entre sus acciones, la de “*promover la fiscalización del*

cumplimiento de las normas que establecen la no discriminación y la igualdad de oportunidades en el trabajo” (Resolución MTEySS Nro. 146/2012, ver fs. 327).

VI. Las consideraciones hasta aquí expuestas también me llevan a receptor favorablemente el primer agravio que deduce la parte actora a fs. 686/vta., pto. II, apartado 1, dirigido a cuestionar la *“falta de pronunciamiento respecto al pedido individual de la actora para asegurar condiciones de acceso al empleo no discriminatorias”*.

En efecto, del detenido análisis del escrito inicial no surge –como lo consideró el Sr. Juez *a quo*– que la Sra. Borda hubiera peticionado que se condenara a las empresas accionadas a que la *“contrataran”* (ver fs. 679vta., consid. IV, pto. 1), sino, por el contrario, su pretensión estuvo dirigida a que aquéllas la tuvieran en cuenta en futuras búsquedas laborales para el puesto de chófer.

En consecuencia, y en tal como lo sugirió la Procuradora General al dictaminar en la causa *“Sisnero”*, las empresas aquí demandadas deberán considerar la postulación de la Sra. Borda en la próxima vacante como chofer; oportunidad en la cual, a la hora de evaluar su idoneidad, aquéllas aceptaran o rechazaran su postulación conforme a criterio objetivos y razonables ajenos a toda discriminación por género. A tal fin, la actora será la primera en la lista de aspirantes a la que me he referido *ut supra*.

VII. A esta altura del análisis, no puedo dejar de señalar que las demandadas no cuestionan ante esta Alzada la decisión del Sr. Juez de grado de condenarlas a que realicen *“...por escrito un protocolo de buenas prácticas en la selección de personal, [el cual] deberá contemplar la cuestión de género”* (arg. arts. 271 in fine y 277 del CPCCN).

Sin embargo, es materia de agravio concreto por parte de la accionante que, para la elaboración de tal protocolo –a cual, según dice, no se opone (ver fs. 689)–, la sentencia *“...no contiene ningún plazo, ni contenidos mínimos...”*.

En este aspecto, comparto las conclusiones que esboza el Sr. Fiscal General Interino en el dictamen que antecede (ver fs. 766vta./767). En efecto, las empresas demandadas, al presentar el referido Protocolo en la causa –conforme fue ordenado en la sentencia (ver fs. 679vta. *in fine*)–, deberán enunciar un conjunto de principios básicos en materia de acceso y contratación para el puesto de chófer de colectivo que incluya cláusulas que garanticen el principio de igualdad y prohibición de discriminación, de

acuerdo con los estándares fijados por los arts. 16, 75 inc. 23 de la CN; 11 y concs. de la CEDAW; 6° inc. c) de la ley 26.485 y decreto 1011/2010; Convenios OIT 100 y 111 y arts. 2, pto. 2 del PIDESC y OG Nro. 20 del Comité DESC.

Al respecto, deben considerarse como contenidos mínimos: (a) equilibrar la participación de las mujeres en el proceso de reclutamiento, selección y contratación del personal; (b) utilizar en el proceso de selección y contratación, procedimientos y políticas de carácter objetivo basadas en principios de mérito y capacidad; (c) establecer que, ante igualdad de condiciones en el momento de acceso al empleo, se propicie la contratación de la persona que pertenezca al género *subrepresentado*; (d) fijar criterios para que las ofertas de empleo estén redactadas de modo que no contengan mención alguna que induzca a pensar que están dirigidas única y exclusivamente a los varones; ello a fin de evitar avisos como el que obra a fs. 355/vta. y (e) garantizar la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso (arg. ley 24.576 – Capítulo VIII de la LCT).

Asimismo, y en atención a la sugerencia que se efectúa en el dictamen fiscal que antecede, las empresas deberán acreditar en la causa que en la realización del Protocolo de Buenas Prácticas para la selección de personal participaron los representantes de los/las trabajadores/ras; el cual deberá ser acompañado en el plazo de seis (6) meses desde la fecha del presente decisorio, bajo apercibimiento de *astreintes* en caso de incumplimiento (arts. 804 del CCyCN y 37 del CPCCN).

A su vez, corresponde dejar establecido que, en el caso de que el mecanismo de selección se produzca de manera tercerizada, las empresas aquí demandadas deberán informar el contenido de dicho Protocolo de Buenas Prácticas para que en el proceso de selección de personal se apliquen los parámetros que allí se establecerán. Ello, a fin de evitar que, en el futuro, las demandadas pretendan eximirse de responsabilidad sobre la base de que la empresa no contrata en forma directa al personal, tal como, en el caso, lo invocaron Transportes Avenida Bernardo Ader S.A. (ver fs. 192/vta.) y Los Constituyentes S.A.T (ver fs. 270 *in fine*/vta.).

VIII. En tercer lugar, la actora se agravia por cuanto el sentenciante de grado no condenó a las empresas demandadas a adecuar la infraestructura para que las futuras empleadas cuenten con condiciones laborales adecuadas (ver fs. 689vta. *in fine*/690, pto. II, apartado 3).

En este aspecto, considero que no asiste razón a la recurrente. Ello es así, por cuanto, más allá de que, en este aspecto, el recurso bordea la deserción (arg. art. 265 del CPCCN), lo cierto y concreto que no se adjuntó a la causa elemento de prueba alguno que *prima facie* autorice a sostener que los vestuarios e instalaciones sanitarias no estén en condiciones de infraestructura y edilicias adecuadas.

En este sentido, la argumentación que ensaya la actora a fs. 690 no es sino una “inferencia” –sic- que, insisto, no luce acreditada en la causa.

No modifica lo expuesto el testimonio rendido por Alejandro Ramón Burgos (ver fs. 381/382), al cual se hace expresa alusión en el memorial recursivo (ver fs. 690, ter. párrafo). Ello es así, por cuanto, si bien el dicente afirmó que “...*las instalaciones no estaban adecuadas para mujeres...*” lo cierto es que dijo saberlo porque lo “...*escuchó de la escalada*” (ver fs. 382), por lo cual sus dichos fueron meramente referenciales sobre el punto y, por ello, carecen de eficacia probatoria (arg. arts. 445 del CPCCN y 90 de la LO).

La solución que se propicia lo es sin perjuicio de que se reconoce expresamente el derecho de las trabajadoras mujeres a contar con las instalaciones edilicias adecuadas (baños; vestuarios; etc.) que permitan satisfacer las necesidades personales y proteger la intimidad de cada dependiente (conf. art. 3º inc. b) de la ley 26.485).

Las consideraciones expuestas me llevan a proponer que, de ser compartida mi propuesta, se desestime, en el caso, este segmento de la queja.

IX. Específicamente respecto del alcance de la condena al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, la Sra. Borda se agravia por cuanto entiende que “*la orden del juez de grado de remitir copia de la sentencia para que ejecute acciones de su competencia, sin delimitar cuáles serían esas acciones concretas (...) convierte a la sentencia en un instrumento que no posee fuerza ejecutoria en lo atinente a la responsabilidad del citado organismo...*” (ver fs. 690vta./694, pto. II, apartado 4).

En este aspecto, también comparto los sólidos fundamentos que expone el Dr. Domínguez en el dictamen que antecede (ver fs. 767/vta.). En efecto, la remisión de la sentencia definitiva a la autoridad administrativa del trabajo, en el contexto de la negociación colectiva no es un dato neutro o inocuo, como se infiere de la alegación de la apelante. Ello es así, por cuanto, a la luz de la doctrina sentada en el precedente que se registra en Fallos 332:170, la facultad de contralor inherente a la policía del trabajo que

la autoridad administrativa ostenta pone de relieve que su ejercicio no se reduce a una mera actividad de “comprobación” sino que, esencialmente, “*comprende la prevención, información o investigación y represión de las infracciones (conducta ilegal por el no cumplimiento de un deber)*” (CSJN, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo”, consid. 4º y, asimismo, Fallos 298:714; 261:36 y 296:531).

En este sentido, cabe observar que el Anexo II de la ley 25.212 califica como infracción muy grave penada con multa a “*las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares*” (cfr. art. 4º inc. a) y, específicamente, la norma legal confiere a la autoridad administrativa del trabajo la atribución de verificar tal infracción e imponerle al empleador la sanción respectiva mediante un procedimiento de plazo breve que garantice la eficacia del régimen sancionatorio (arg. arts. 1º, 5º, 6º, 7º y 9º de la ley 25.212).

Ahora bien, lo expresado no obsta a que, en el caso de que fuera compartido mi voto, este Tribunal, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema sentada en Fallos 335:197 y Fallos 335:542, al cual se hace expresa mención al apelar (ver fs. 692vta.), inste a que los Poderes Ejecutivo y Legislativo adopten, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas apropiadas para revertir la discriminación por género a partir de la realización de campañas de información y capacitación laboral y programas específicos a tales efectos.

X. En último término, la accionante se agravia por cuanto el Sr. Juez *a quo* no declaró la inconstitucionalidad del CCT 460/73 y no ordenó su correspondiente renegociación (ver fs. 694vta./696, pto. II, apartado 5).

Al respecto, cabe recordar que, tal como lo tiene dicho desde antiguo el Alto Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (doct. Fallos 14:425; 112:63; 249:51; 322:919; etc.). Sólo resulta admisible cuando es palmaria y el texto discutido no es lealmente susceptible de una interpretación concordante con la Constitución Nacional (doct. Fallos 200:187).

En el *sub lite*, sin desconocer la importancia del uso del lenguaje inclusivo (ver Informe: *Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer*, suscripto por la RAE el 1/03/2012), no constituye un dato menor que la norma convencional, cuya inconstitucionalidad se solicita, fue negociada y concertada en el año 1973, es decir, hace más de cuarenta (40) años.

Este dato histórico exige, a mi modo de ver, una interpretación dinámica de los términos empleados en la norma convencional acorde con la evolución de los tiempos, pero no autoriza, sin más, a declarar la invalidez inconstitucional del convenio colectivo, toda vez que, en el caso, no existe una oposición con la norma constitucional que sea imposible de salvar, desde que, reitero, ello se logra a partir de una exégesis dinámica y progresiva del CCT 460/73.

Propongo, por ello, que se desestime este aspecto de la queja.

No obstante, en otro orden de ideas, tal como se señala en el dictamen fiscal (ver fs. 767vta./768), la condena dictada en la instancia de grado en cuanto ordena remitir copia de la sentencia definitiva a la autoridad de aplicación, para que, en oportunidad de negociarse el CCT 460/73, las partes tengan en cuenta la necesidad de actualizar sus contenidos a nuestras pautas culturales actuales, resulta pertinente y adecuada. Digo ello, por cuanto no sólo el Sr. Juez de grado formuló la ordenada comunicación para que sea tenida en cuenta por la cartera ministerial al momento de efectuar el control de legalidad (arg. art. 4º de la ley 14.250); sino porque, además, se ajusta a la directiva que, al respecto, establece el art. 6º inc. c), párrafo 4º del decreto 1011/2010 –que la apelante transcribe a fs. 698vta.– al establecer que “*en oportunidad de celebrarse o modificarse una norma convencional en el marco de la negociación colectiva del trabajo, las partes contratantes tomarán en consideración los principios protectorios que por razón de género se tutelan en la presente normativa legal, a fin de asegurar mecanismos orientados a abordar la problemática de la violencia del trabajo*” (el destacado me pertenece).

Las consideraciones reseñadas me llevan a proponer que, de ser compartido mi voto, se desestime este aspecto del recurso.

XI. Finalmente, y en atención a que esta causa se encuentra inscripta en el Registro Público de Procesos Colectivos que funciona en el ámbito de la Secretaría General de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver fs. 524/vta.; fs.

525; fs. 544; fs. 635 y fs. 638), corresponde que, de conformidad con lo previsto en el pto. 6 del Reglamento Anexo de la Acordada Nro. 32 del 1/10/2014, se inscriba la sentencia definitiva dictada en autos.

XII. Sin perjuicio de las modificaciones que deje propuestas (arg. art. 279 del CPCCN), propicio mantener la imposición de costas de la instancia de grado en el orden causado (arg. art. 68, 2do. párrafo, del CPCCN), así como también los honorarios fijados en la sede de origen, pues considero que resultan adecuados, de conformidad con las pautas arancelarias que emergen de los arts. 38 L.O., 6º, 7º, 9º, 19, 37 de la ley 21.839 (actualmente, receptados en los arts. 16 y concs. de la ley 27.423).

En atención a la naturaleza de la cuestión debatida cabe imponer las costas de Alzada en el orden causado (arg. art. 68, 2do. párrafo, del CPCCN).

A su vez, y con arreglo a lo establecido en el art. 14 de la ley 21.839 (actualmente previsto en sentido análogo en el art. 30 de la ley 27.423), habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de las demandadas Transporte Escalada SAT; Estado Nacional – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y, en forma conjunta, Transportes Avenida Bernardo Ader y Los Constituyentes SA, propongo regular los honorarios por esa actuación en el 30% de lo que le corresponde percibir por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

Miguel Ángel Piroló dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto de la **Dra. Graciela A. González**, por análogos fundamentos. Sin perjuicio de ello, estimo necesario efectuar algunas consideraciones sobre las cuestiones de derecho aquí involucradas.

En efecto, tal como lo señala mi distinguida colega en el voto que antecede, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual –tal como lo remarcó la Corte Suprema al fallar en la causa “Álvarez”–, ingresó al dominio del *ius cogens* y, como tal, “...acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares” (Fallos 333:2306, consid. 4º). Desde hace tiempo atrás, ese Alto Tribunal Federal dejó sentado el criterio que los ataques ilegítimos, graves y manifiestos contra los derechos humanos, merecen protección adecuada –por ser

derechos esenciales del hombre— provengan de la autoridad pública o de particulares. En efecto, “*intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos*” (CSJN, 5/09/1958, “Kot”, Fallos 241:291, pág. 299).

Por ello, de la obligación positiva que los Estados tienen de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, se derivan efectos en relación a terceros (*erga omnes*); obligación que ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung* o de los efectos horizontales de los derechos humanos, según la cual éstos deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (doct. Fallos 333:2306, consid. 41 y 10; Fallos 337:611, consid. 3º, último párrafo; Fallos 332:2633, voto de los Dres. Fayt y Petracchi y, asimismo, Corte IDH, OC Nro. 18/2013 del 17/09/2003, párr. 140).

En el *sub lite*, comparto las conclusiones que expone mi distinguida colega, la Dra. González, en el voto que antecede referidas a que las defensas asumidas por las empresas demandadas en los escritos constitutivos de la *litis* (ver fs. 194/vta.; fs. 249 y fs. 272vta.) ponen de relieve que, el caso, exige adoptar una versión de la igualdad que incorpore el dato *sociológico* de la situación social de las mujeres como grupo desplazado, que —como lo afirma Roberto Saba y lo sugiere la Procuradora General al dictaminar en el caso “Sisnero” (ver, Dictamen del 24/05/2013, consid. VIII)— supone la idea de *igualdad como no sometimiento* que refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado. “*La prohibición de discriminación por sexo aspira a eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que, en términos de Owen Fiss, se acumulan sobre las mujeres ‘desaventajadas’*” (ver Catharine A. Machino, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, pág. 103, citada en Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*, Buenos Aires: ed. Siglo XXI, 2016, pág. 63).

El estándar de la noción de igualdad como no sometimiento —el cual, tal como bien lo señala mi distinguida colega, la Dra. González, fue implícitamente reconocido en la reforma constitucional de 1994 a partir de la incorporación de las acciones afirmativas

(arts. 75 incs. 23, 19 y 37 de la CN)– subyace en la sentencia dictada por el Alto Tribunal en el caso “Sisnero”, cuya similitud con los hechos que aquí se debaten es innegable. En efecto, allí la Corte Suprema concluyó que las empresas demandadas habían violado el derecho a la igualdad de trato de la actora no sólo porque habían utilizado un criterio irrazonable para no contratarla –v.gr.: ser mujer–, sino porque, además, su no contratación había respondido a lo que “...*el propio sentenciante (...) dio en llamar ‘síntomas discriminatorios en la sociedad’, que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos*” (ver, Fallos 337:611, consid. 6º, el destacado me pertenece).

Por ello, y toda vez que, conforme quedó acreditado en la causa, la no contratación de la Sra. Borda forma parte de una práctica de la sociedad que excluye a las mujeres del mercado laboral (v.gr.: choferes de colectivos), el Estado – por intermedio de sus tres poderes y en virtud de su compromiso constitucional con la igualdad– tiene la obligación de dismantelar aquella práctica. “*En la faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a los actores responsables por la conformación de este mercado – entre ellos, los responsables por la contratación– el deber correlativo de modificarlo*” (ver, Dictamen de la Procuradora General, 24/05/2013, “Sisnero”).

Desde esta perspectiva de análisis, comparto la conclusión a la que arriba la Dra. González con relación a que las empresas demandadas deberán contratar personal femenino como choferes de colectivos hasta alcanzar el cupo del treinta por ciento (30%) de la planta de choferes existentes a la fecha de la presente sentencia (arg. arts. 75 inc. 23 y 37 de la CN y, asimismo, Corte IDH, OC Nro. 18/13, párr. 81, 104 y 144; íd. Recomendación General de la CEDAW Nro. 5 y Nro. 25, párr. 18 y 22; Comité DESC, OG Nro. 20, párr. 9º).

En este sentido, también comparto la propuesta de mi distinguida colega de que sea la CTIO, creada por iniciativa de la OIT en el ámbito del MTEySS, el organismo encargado de llevar una lista de aspirantes de mujeres que deseen desempeñarse como chóferes de colectivos, al cual deberán remitirse las empresas demandadas a los fines de tomar nuevo personal.

Sin embargo, en este punto, creo necesario realizar algunas reflexiones acerca de la libertad de contratar reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional, que

“...integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona...” (doct. Fallos 247:121, consid. 5º y disidencia en Fallos 333:2306, consid. 8º), y explicar porque razón en el particular caso de autos ésta no se ve vulnerada.

Tal como lo sostuve al votar en la causa “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Amparo” (SD Nro. 95.075 del 25/06/2007), la garantía constitucional de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar y, en su caso, de elegir con quién. Ésta, en sus diferentes aspectos, debe ser protegida –tanto como el derecho de igualdad ante la ley (arg. art. 16 de la CN)–, razón por la cual considero que la intromisión que implica sobre dicha libertad el hecho de que las empresas demandadas deban contratar en el futuro personal femenino hasta alcanzar el cupo del treinta por ciento (30%), se justifica, en el caso particular de autos, en la obligación estatal de dismantelar situaciones de sometimiento de grupos o de desigualdad estructural, a las que me he referido, las cuales –tal como lo señala Roberto Saba– “...en tanto provocadas por extendidas prácticas sociales, sólo pueden ser revertidas por una fuerte intervención estatal, que en este caso se expresa en la obligación de contratar” (ver, Saba Roberto, ob. cit., págs. 217/218).

Esta es la tésis que se desprende del reiteradamente mencionado fallo “Sisnero” (Fallos 337:611 y, asimismo, CNCiv., sala H, 16/11/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A.), en el cual, en coherencia con los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino y, en particular, la obligación que pesa sobre éste de adoptar medidas positivas para revertir situaciones discriminatorias existentes en la sociedad, se justificó la limitación de la libertad de contratar, por cuanto sólo por medio de esta restricción podía empezar a revertirse y dismantelarse la práctica social que mantenía a las mujeres fuera de esferas relevantes de la vida social.

Esta última conclusión se ve corroborada con el informe del Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación, agregado a fs. 654/666, el que se tuvo presente a fs. 675 en los términos del art. 163 inc. 6º del CPCCN. En efecto, el detenido análisis de la “*evolución del empleo de mujeres como conductoras de colectivos en la ciudad de Salta*” que tuvo lugar a partir de junio de 2015 (ver Anexos I y II, fs. 648/661 y fs. 662), pone de manifiesto que la no contratación de personal femenino en dicho ámbito se enmarcaba en una práctica generalizada de la sociedad salteña que sólo

pudo ser revertida a partir de la fijación de un cupo, como el que propone la Dra. González en su voto.

Por lo demás, adhiero a las conclusiones que expone mi distinguida colega en el voto que antecede en relación al CCT 460/73, el cual considero que debe ser interpretado con una exégesis dinámica y progresiva y, por lo tanto, compatible con la Constitución Nacional. Una interpretación estática de la norma convencional, aferrada a la literalidad de sus términos, dificultaría la marcha y el progreso de las relaciones colectivas, conclusión que no es coherente con las pautas interpretativas fijadas desde antiguo por el Alto Tribunal (doct. Fallos 264:416; 321:885; etc.) y, en definitiva, implicaría desconocer que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *última ratio* del ordenamiento jurídico, tal como lo señala la Dra. González.

Con las precedentes aclaraciones y precisiones, adhiero, como ya lo dije, al voto de la Dra. Graciela A. González.

Por ello, resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), **el Tribunal RESUELVE: 1) Desestimar la intervención en esta instancia como *amicus curiae* de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC); el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Asociación Civil Por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); 2) Revocar, en lo principal, la sentencia de primera instancia y, en su mérito, ordenar a las demandadas Transportes Avenida Bernardo Ader; Los Constituyentes S.A. y Transportes Escalada S.A.T a cesar de inmediato con la discriminación por razón de género, lo cual deberá efectivizarse mediante las medidas de acción positiva establecidas en el considerando V del presente decisorio; 3) Hacer lugar a la pretensión deducida contra el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (en la actualidad, Ministerio de Producción y Trabajo) con el alcance establecido en los considerandos V y IX; 4) Admitir la pretensión individual deducida por Érica Borda con el alcance fijado en el considerando VI del presente decisorio; 5) Instar a los Poderes Ejecutivos y Legislativos a que adopten, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas apropiadas para revertir la discriminación por género a partir de la realización de campañas de información y capacitación laboral y programas específicos a tales efectos; 6) Ordenar que las empresas demandadas confeccionen el Protocolo de Buenas Prácticas en el plazo de seis (6) meses desde la fecha del presente decisorio, el cual deberá incluir los contenidos mínimos fijados en el considerando VII de este pronunciamiento, bajo**

apercibimiento de la aplicación de *astreintes*; 7) Confirmar la sentencia de grado en lo restante que decide y que fuera materia de recurso y agravios; 8) Inscribir en el Registro Público de Procesos Colectivos de la CSJN el presente decisorio (Acordada Nro. 32/14, pto. 6); 8) Confirmar lo resuelto en materia de costas y honorarios de primera instancia; 10) Imponer las costas de Alzada en el orden causado; 11) Regular los honorarios por la representación y patrocinio de las demandadas Transporte Escalada SAT; Estado Nacional – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y, en forma conjunta, Transportes Avenida Bernardo Ader y Los Constituyentes SA, por la actuación en esta instancia, en el 30% de lo que le corresponde percibir por lo actuado en la etapa previa; 12) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos.

Miguel Ángel Pirolo
Juez de Cámara

Graciela A. González
Juez de Cámara