



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

EXPRESA AGRAVIOS

Señor Juez:

Raquel Asensio, Defensora Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación, en representación de la señora **Érica Borda**, manteniendo el domicilio constituido en los autos caratulados **“BORDA, ERICA C/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE TRABAJO EMPLEO Y SEG SOCIAL DE LA NACION Y/ O S/ JUICIO SUMARISIMO”** (expediente N° 25952/2014), ante V. S. digo que:

I.

Objeto

Por la presente vengo, en legal tiempo y forma, a expresar los agravios correspondientes al recurso de apelación que fuera concedido por resolución del día 20 de marzo del presente. Ello de conformidad con lo previsto en los artículos 246 y 498 del CPCCN.

II.

Expresión de agravios

Como se desarrollará a continuación, la sentencia recurrida causa agravio, en la medida en que reconoce las conductas discriminatorias de las empresas prestadoras del servicio público de transporte de pasajeros y la responsabilidad estatal en la prevención y sanción de estas prácticas, pero no adopta medidas oportunas, útiles y efectivas para remediar la situación. De esta forma, se torna ilusoria la vigencia del derecho a la igualdad y no discriminación, cuya vulneración es reconocida en la causa.

En términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta incompatible dar razón al reclamo de la actora, pero rechazar parcialmente la pretensión orientada a hacer cesar la vulneración de derechos, pues *[r]econocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo* (CSJN, Fallos 325:524, consid. 9).

Como se argumentará en lo que sigue, es lo que ocurre en el presente caso, en el que se tuvo por acreditada la discriminación en el acceso al empleo de chofer de colectivo urbano de las mujeres, pero se negaron las pretensiones individual y colectivas planteadas. Al no tener capacidad para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales comprometidos por la práctica y omisiones inconstitucionales, el pronunciamiento judicial se convierte en un acto meramente declarativo.

En consecuencia, la sentencia de grado afecta el derecho de acceso a la justicia de esta parte. La jurisprudencia del Máximo Tribunal ha especificado en este sentido que el derecho a la jurisdicción no se agota con un acceso formal a los tribunales,

sino que comprende, además, la posibilidad de obtener del órgano jurisdiccional una sentencia útil relativa a los derechos en juego (CSJN, Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros).

En idéntico sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desarrolló ampliamente el alcance del derecho a un recurso efectivo, y enfatizó que “*no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención*” y que “*La garantía de un recurso efectivo ‘constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención’*” (Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, y sus citas. En igual sentido, Corte IDH, *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003; *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, entre muchos otros).

En otros pronunciamientos, la Corte Interamericana precisó que para que un recurso sea efectivo, debe *procurar el restablecimiento del derecho conculcado* (*Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007; *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006); y *proveer lo necesario para remediarlo* (*Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004; *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003; *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, entre otros).

En los próximos apartados se demostrará que el rechazo a las pretensiones esgrimidas en la acción interpuesta, tanto en su faz individual como colectiva, y la sustitución de lo requerido por condenas a las empresas y al Estado meramente declarativas, configuran la afectación al derecho a contar con un remedio idóneo para poner fin a la violación de derechos fundamentales a la que se hizo referencia.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

II. 1. Primer agravio. Falta de pronunciamiento respecto al pedido individual de la actora para asegurar condiciones de acceso al empleo no discriminatorias

El magistrado de grado afirmó que *“No puedo condenar a ninguno de los demandados a contratar a la actora porque no ha sido probada su idoneidad”* (véase punto IV.1 de la sentencia), y menciona a continuación distintas características que las empresas válidamente podrían tener en cuenta a la hora de seleccionar a su personal.

Sin embargo, esta parte nunca solicitó que se condene a alguna de las empresas demandadas a contratar a la actora; en cambio, realizó otro pedido que no fue resuelto por la sentencia en crisis, omisión que causa agravio a la Sra. Borda.

Como fue suficientemente planteado en el escrito de inicio y referido en el dictamen fiscal y en la sentencia de grado, esta parte interpuso una acción de amparo que comprende una dimensión individual y otra colectiva.

Con respecto al plano individual, lo que se solicitó es que **“las empresas cesen en las prácticas discriminatorias** que impiden a las mujeres en general **y contra la suscripta en particular** el acceso al empleo en el sector del transporte público de pasajeros de corta distancia del área metropolitana” y **“adopten una política de selección y contratación del personal respetuosa del marco legal y constitucional** vigente relativo a igualdad y no discriminación entre las personas” (véase apartado 1.b del escrito que inició la acción).

La sentencia de grado tuvo por probado el hecho central que dio origen al amparo, esto es, que las empresas demandadas incurren en prácticas discriminatorias por motivos de género para la selección y contratación de personal para el puesto de chofer, pero omitió pronunciarse sobre el petitorio de esta parte en su aspecto individual. En concreto, se solicitó que las empresas cesen las conductas discriminatorias que le impiden a Erica Borda aspirar a un empleo como chofer de colectivo.

Como puede observarse, en ningún momento se sugirió ni requirió una condena a alguna de las empresas para que contraten a la actora. Si la actora manifestó que nunca fue seriamente considerada para el puesto de chofer por el solo hecho de ser mujer, y se tuvo por probado que las prácticas discriminatorias existen, corresponde hacer lugar al pedido individual y condenar a las empresas a que no discriminen a la Sra. Borda en futuras búsquedas de personal para el puesto de chofer. A modo de ejemplo, esto se podría satisfacer recibiendo el currículum vitae de la Sra. Borda, convocándola en los procesos de selección de chofer, evaluando sus capacidades y antecedentes y considerando su idoneidad de forma libre de estereotipos de género. Para atender a la petición individual de la actora, en el caso “Sisnero” la Procuradora General de la Nación opinó que las empresas deberían

considerar su postulación en la próxima vacante como chofer y evaluar su idoneidad según pautas que aseguren un trato no estereotipado y discriminatorio, que describe en el apartado VII de su dictamen (Dictamen de la Procuradora en la causa S.C. 8.932, L. XLVI, del 24 de junio de 2014). Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Salta, al resolver el caso tras el reenvío que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fijó un mecanismo de cupos que contempló la confección de una lista de mujeres aspirantes a los cargos, en la que debería figurar en primer lugar la Sra. Mirta Sisnero (en “Sisnero, Mirta Graciela; Caliva, Lia Verónica Vs. Ahynarca S.A. – Tadelva y otros – Amparo – Recurso de Apelación”, Expte. N° CJS 33.102/09, 14 de mayo de 2015, consid. 18 del voto mayoritario).

En fin, lo que se solicitó en el expediente de autos es que se condene a las empresas a asegurar procesos de selección y contratación libres de discriminación, de forma que la actora pueda aspirar al puesto en condiciones de igualdad. En los más de cuatro años de tramitación de la acción, Erica Borda nunca fue convocada por ninguna de las empresas, pese a que tenían conocimiento fehaciente de su interés en trabajar en alguna de ellas.

Por ello, teniendo en cuenta que se ha acreditado la existencia de prácticas discriminatorias de las empresas demandadas en la contratación de personal para desempeñarse como chofer de transporte público de pasajeros de corta distancia, se recurre parcialmente la sentencia de grado a fin de que se las condene a asegurar a la actora, Sra. Erica Borda, que sea considerada en futuras búsquedas laborales para el puesto de chofer y que se apliquen criterios de selección y contratación libres de discriminación.

II. 2. Segundo agravio. Arbitrariedad por omitir considerar el remedio colectivo solicitado en la demanda, consistente en fijar un cupo para ser cubierto por mujeres en futuras contrataciones de las empresas

Pasando al aspecto colectivo del petitorio, también causa agravio la sentencia pues rechazó el remedio solicitado (fijación de un cupo para los puestos de chofer de las empresas) de forma infundada y sin una debida correlación con las presentes actuaciones. En consecuencia, es arbitraria y corresponde dejarla sin efecto en lo que resulta materia de agravio, en tanto deniega la posibilidad de ordenar la implementación de remedios constitucionales que tiendan a revertir un mercado laboral segregado que perjudica de forma directa a las mujeres.

Dice al respecto la sentencia recurrida: «Tal como se resolvió esta cuestión en la célebre causa “Freddo” (“Fundación Mujeres en Igualdad (M.E.I.) c/ Freddo”, CNCivil, Sala H, 16/12/2002), podría condenar a las empresas a que contraten



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

mujeres para equiparar la planta de personal. Ello no fue pedido, lo que juzgo razonable por su complejidad de ejecución, máxime cuando la conducción de ómnibus de pasajeros es una tarea de mayor complejidad e involucra otros derechos de singular valía, como en todo lo “público”».

Agravian a esta parte dos cuestiones. La primera de ellas es la afirmación de que en la demanda no se solicitó la implementación de un cupo para compensar la discriminación histórica en el sector; mientras que la segunda cuestión se vincula con la motivación que sustenta al magistrado para afirmar que medidas de ese tipo no serían procedentes en casos como el de autos.

Con respecto al primer punto, corresponde señalar que la demanda interpuesta pretendía, desde el punto de vista colectivo, que se ordene a las empresas de transportes cesar con las prácticas discriminatorias que impiden a las mujeres el acceso al empleo en el sector de transporte público de pasajeros para desempeñarse como chofer; que se adopte una política de selección y contratación del personal respetuosa del marco legal y constitucional vigente, relativo a la igualdad entre las personas; y que se adecuen las instalaciones para que las mujeres puedan laborar en condiciones dignas.

Más específicamente, se solicitó la aplicación de medidas de acción positiva. Se dijo al respecto: “Con el propósito de que se recomponga la situación de vulneración de derechos que pesa sobre mí y sobre todas las mujeres afectadas por los hechos objeto de la presente acción, y como mecanismo para garantizar la prevención y la no repetición de las prácticas discriminatorias como las aquí denunciadas, peticiono que la sentencia a dictarse contemple medidas de acción positiva, en los términos de los arts. 2 y 4.1 de la CEDAW”. Entre otras medidas de acción positiva requeridas, de forma explícita se solicitó “4.f Que **las empresas** contemplen un sistema de cupos que permita equiparar la situación de las mujeres, históricamente relegadas de los puestos laborales de choferes de transporte de pasajeros.”

De hecho, la sentencia transcribe el punto 4.f de la demanda, de forma que reconoce que en la acción se solicitó la implementación de un cupo, por lo cual resulta contradictoria la afirmación según la cual “ello no se pidió”.

En cuanto a la segunda cuestión, la sentencia de grado, incluso luego de afirmar que esta parte no requirió una medida compensatoria, agrega que este tipo de medida sería inviable. Afirma, de forma confusa, tres posibles razones: (a) que la conducción de transporte de pasajeros “es una tarea de mayor complejidad”; (b) que involucra otros derechos, como todo lo relativo a “lo público”; y (c) la “complejidad de [su] ejecución”. A continuación, se analizarán estas presuntas razones que fundan la denegatoria.

(a) En primer lugar, se advierte que la sentencia en crisis niega el remedio solicitado por la actora tras manifestar de forma infundada y dogmática que, a

diferencia del caso “Freddo”, conducir ómnibus de pasajeros es una “tarea de mayor complejidad”. Sin embargo, en ningún momento identifica por qué motivo las mujeres no contarían con las condiciones para desarrollar una tarea “de mayor complejidad”.

Llama la atención que la propia sentencia expresa la necesidad de que las empresas desarrollen medidas para diversificar y modificar la discriminación por la que se excluyen de un determinado puesto laboral a las mujeres, por el mero hecho de serlo, y, en paralelo, con similares argumentos, ratifica la cultura histórica de no acceso a puestos laborales de las mujeres por el solo hecho de ser mujeres.

En efecto, si lo que la sentencia quiso decir es que no se puede condenar a las empresas a contratar mujeres porque no estarían en condiciones de desarrollar tareas cuya complejidad excede la de servir helados, resultaría discriminatoria por mantener estereotipos lesivos de la dignidad de las mujeres que permiten su segregación y marginación de los ámbitos laborales (cfm. Cook, R. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 125-127), resultando así violatoria a los principios de igualdad y de no discriminación reconocidos en el art. 16, 28, 75, inc. 22 y 23 CN; art. 2º Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2º y 7º Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 2º y 3º Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1.1 y 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2, 10 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Además, es un hecho probado en esta causa que hay mujeres que cuentan con licencia para conducir ese tipo de transporte (lo que pondría de manifiesto su interés y su aptitud técnica para la tarea), y que hay empresas que contrataron mujeres para el puesto (lo que, huelga señalar, también acredita que las mujeres poseen condiciones para atravesar exitosamente procesos de selección cuando no están impregnados de prejuicios de género). Por ello, mal se puede afirmar que es la complejidad de la tarea lo que impide establecer un cupo en el caso de autos, pues lo que mantiene a las mujeres excluidas del sector son los estereotipos de género imperantes, y no su falta de habilidades.

(b) Tampoco puede fundarse la negativa a implementar un sistema de cupo en el caso tras alegar, de forma mecánica y vacía, que alcanza a otros derechos “como en todo lo ‘público’”. Sobre este aspecto, una vez más resulta notoria la arbitrariedad en la que recae la sentencia pues afirma, sin detenerse a proyectar las consecuencias de sus expresiones, que en cuestiones donde «la valía» y «lo público» se interceptan, debe ceder el derecho de las mujeres a no ser discriminadas en el acceso al empleo. Ni el ámbito público ni el privado pueden ser enajenados del marco del



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

principio de legalidad, ni tampoco ser invocado alguno de ellos en desmedro de las garantías que deben ser reconocidas a todos los ciudadanos y ciudadanas por igual.

El argumento, además, contradice el test estricto que se debe aplicar en casos de distinciones con base en clasificaciones sospechosas (conforme lo establece la propia sentencia al remitir a los fallos de la Corte Suprema “Sisnero”, Fallos: 337:611, y “Cencosud”, Fallos: 333:2306). La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma, en este sentido, que cuando la diferenciación de trato obedece a una de las categorías sospechosas, no es válido invocar de forma genérica, especulativa o abstracta la afectación de otros derechos, sino que es preciso acreditar en el caso concreto el daño que se quiere evitar (Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 109 y 110). Nada de eso hizo la sentencia recurrida.

De acuerdo con los avances del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de igualdad y no discriminación forma parte del *ius cogens*, *puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico* (Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 100 y 101). La jurisprudencia interamericana ha señalado que esos principios se desprenden *directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*, que poseen un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno, y que, por consiguiente, los Estados tienen la obligación de combatir las prácticas discriminatorias (Corte IDH, OC 18/03, cit., párr. 83, 88, 100 y 101. La Corte IDH se manifestó en ese sentido de forma constante y consistente, una síntesis de esa jurisprudencia puede verse en *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 14: igualdad y no discriminación*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>).

Por tanto, resulta contradictorio invocar “lo público” para evitar la adopción de medidas tendientes a remediar situaciones de discriminación histórica basadas en categorías sospechosas, generadas por empresas que prestan un servicio público de transporte de pasajeros.

En adición, el propio argumento resulta discriminatorio. En este sentido, cabe advertir la presencia de un estereotipo de género en el razonamiento judicial, que perjudica a las mujeres que quieren trabajar como chofer de colectivo. Está solapado en la idea de que las mujeres no estarían a la altura de emprender «una tarea de mayor complejidad» (es decir, la conducción del transporte de pasajeros). Y refuerza esto el hecho de que esta actividad «involucra derechos de singular valía» como si las mujeres no pudieran realizar trabajos valiosos o que comprometen los derechos personales del resto de la comunidad. Y remata afirmando que esos «derechos de singular valía» se juegan en el

espacio «público». Si unimos las distintas proposiciones del razonamiento, la idea que parece sustentar la decisión de no hacer lugar a la medida de fijar el cupo es que las mujeres no podrían realizar tareas complejas en el espacio público porque hay que tutelar los derechos del resto de las personas potencialmente afectadas, pues manejar colectivos compromete la seguridad e integridad del resto de las personas. Este es el estereotipo que estaría funcionando de basamento para desestimar la medida de acción positiva peticionada y que, como tal, solo es funcional al *status quo*.

(c) Por último, también se considera infundado el rechazo a la fijación de un cupo de las características peticionadas por esta parte por las mayores complejidades que exigiría su implementación (aparentemente, porque el caso no permite un modelo idéntico al caso “Freddo”, que el sentenciante toma como referencia).

En este sentido, la sentencia no ha invocado y mucho menos demostrado la imposibilidad de implementar un sistema de cupo que habilite la contratación de mujeres que hayan acreditado la idoneidad para la tarea. De hecho, esa fue la solución adoptada en el caso “Sisnero”, que comprende la misma problemática que el caso traído a conocimiento de estos tribunales, y cuyo modelo esta parte introdujo al expediente.

Cabe recordar que el caso “Sisnero” (citado numerosas veces en este expediente), involucraba un reclamo individual y otro colectivo por discriminación en las políticas de contratación de empresas de transporte público de pasajeros urbano en Salta. Luego de que la Corte Suprema de Justicia se pronunciara a favor de ambos reclamos, el caso fue reenviado al Superior Tribunal de Justicia provincial. A fin de hacer cumplir la orden de cese inmediato de la discriminación por razones de género, el tribunal local dictó medidas de acción positiva que deben proseguir las empresas de transporte público para que las mujeres ejerzan de forma plena sus derechos, que incluyen, entre otras cosas, un sistema de cupo. En tal sentido, dispuso que las empresas *para contratar choferes de unidades de transporte público... deberán incorporar dos mujeres por cada hombre, comenzando por mujeres, hasta alcanzar cada una de las empresas, progresivamente, como mínimo, un 30% de mujeres en la composición de su planta de conductores* (STJ de Salta, “Sisnero, Mirta Graciela...”, cit., consid. 18 del voto mayoritario).

Asimismo, fijó otras pautas a fin de asegurar procesos de selección que no sean discriminatorios y que aseguren la idoneidad de las candidatas. Así, estableció que las empresas debían presentar una nota donde constaran los requisitos técnicos, psicofísicos y de pruebas de conducción exigidos, las modalidades de evaluación y un único criterio de selección (no discriminatorio); que las mujeres interesadas debían inscribirse en un registro (en el que debía figurar en primer lugar la actora de aquella acción, Mirta Sisnero); precisó el sistema de cupo para la contratación



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

de choferes de colectivos mencionado; y, para el caso de incumplimiento del procedimiento allí fijado, previó la fijación de un monto mensual idéntico al sueldo del chofer de mejor remuneración en favor de la mujer que figure primera en la lista.

Como fue señalado, esta parte de forma expresa invocó y solicitó que se tengan en cuenta las medidas dispuestas en ese caso para asegurar la equiparación de la planta y la transparencia de selección del personal libre de prejuicios de género, como medidas viables para superar el estado estructural de discriminación. Así, con fecha 16 de junio de 2017 se acompañó información suministrada por SAETA (Sociedad Anónima del Estado de Transporte Automotor de Salta), en la que se puede apreciar el impacto que tuvo la implantación del sistema de cupo para revertir la histórica exclusión de mujeres de los puestos de chofer de transporte público de pasajeros. Allí se observa que, luego de la implementación de las medidas de acción afirmativa, la región metropolitana de Salta pasó de no tener ninguna mujer en el sector, a contar con 29 mujeres como chofer de colectivos a los seis meses, y, un año más tarde, la cifra ascendió a 62 mujeres. No obstante la importancia de la información a la hora de pensar mecanismos remediales eficaces, la sentencia omite de forma infundada toda consideración al respecto y afirma de manera dogmática que un sistema de cupo es inviable en casos complejos.

En conclusión, a criterio de esta parte, la resolución impide la incorporación de mujeres en la conducción de medios de transporte público y local basados meramente en una cuestión de género que continúa y perpetúa la aplicación de aspectos subjetivos que son contrarios y violatorios a las normas que garantizan la prevalencia de la idoneidad como criterio objetivo de elección.

Para finalizar, cabe presentar algunas observaciones sobre el contenido de la condena a las empresas. Tras reconocer la persistencia de la discriminación en las políticas de contratación, la sentencia condena a las empresas a que realicen un protocolo de buenas prácticas y agrega que, de no mediar satisfacción de la actora, se comunique la cuestión a la próxima paritaria del CCT 460/73 para su discusión y definición en la próxima ronda de negociaciones. Aunque esta parte no se opone a que las empresas elaboren protocolos de buenas prácticas, el mecanismo por sí solo se presenta como manifiestamente insuficiente para desterrar los mecanismos discriminatorios identificados.

En primer lugar, porque la defensa del derecho a la igualdad y no discriminación no puede depender de un acto de buena voluntad, como lo es un protocolo “de buenas prácticas”. Comprobada la violación al derecho, es preciso un remedio útil y efectivo para asegurar su vigencia.

En segundo lugar, la sentencia no contiene ningún plazo, ni contenidos mínimos, ni exige un mecanismo efectivo de seguimiento, ni pautas concretas de conductas que permitan un control de la ejecución de la sentencia ¿Qué sucedería si las

empresas no elaboran el protocolo?, ¿o si les lleva seis meses o años su redacción?, ¿o si dictan el protocolo pero no lo cumplen?, ¿cuándo se configuraría un incumplimiento a la orden judicial?

Tercero, en el hipotético caso en que lo elaboren y esta parte no muestra su satisfacción, tampoco se habilita un mecanismo idóneo para revertir la discriminación acreditada, pues la misma sentencia afirma que no puede retirar la homologación del Convenio, ni puede obligar a las partes a negociar un nuevo convenio colectivo. La “efectividad” de la medida quedaría supeditada, de este modo, a un hecho futuro e incierto, como es la celebración de una nueva paritaria en el sector. En adición, se espera que la autoridad de aplicación vele por el cumplimiento de la norma (apartado 5 de la sentencia), pero esa orden judicial también carece de contenido preciso y concreto, dirigido a eliminar la discriminación en el rubro y asegurar la contratación de mujeres.

El reconocimiento de una situación de exclusión arbitraria de las mujeres en el acceso al empleo de chofer en el servicio de transporte público de pasajeros, merece el involucramiento del estrado judicial a los fines de generar acciones conducentes para erradicar la discriminación que impide ejercer los derechos involucrados con autonomía y libertad. En tal sentido se afirma que «la lucha contra la discriminación no depende solamente del dictado de disposiciones constitucionales y legales, que suelen ser de por si insuficientes. Ocurre que los Estados parte se han comprometido, en materia de derechos humanos, a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción, lo que exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos (así se pronunció en varias oportunidades el Comité de Derechos Humanos con relación a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)» (conf. CNCivil, Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo”, 16/12/2002).

En contextos donde la exclusión resulta patente, notoria e histórica, tal como fuera expresado por el magistrado interviniente, resultan claras y necesarias medidas de acción positiva como la solicitada, para revertir la situación de exclusión y discriminación basada en una categoría sospechosa, como se demostró en la presente litis.

II. 3. Tercer agravio. Sobre la negativa a condenar a las empresas demandadas a adecuar la infraestructura para que futuras empleadas cuenten con condiciones laborales adecuadas



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

En el punto IV.3 de la sentencia se dedica un párrafo a abordar la cuestión de la infraestructura de las empresas. Dice: “no se ha probado que las empresas demandadas cuenten con vestuarios y sanitarios solo para personal masculino”.

Esta parte se agravia de dicho tramo de la sentencia por dos motivos principales. En primer lugar, es importante recalcar que se está ante un hecho comprobado, que es que las empresas de colectivos del área metropolitana no contratan mujeres para el puesto de chofer. Ello fue referido en el escrito de inicio y ha sido refrendado en la propia sentencia (véase puntos III.2 y IV.2) y en el dictamen fiscal que da cuenta del marco teórico-jurídico con el que hay que abordar el caso. Además, se ha acreditado que las empresas demandadas no cuentan con mujeres que se desempeñen como chofer de colectivos. Por ende, puede inferirse que, si las empresas no contratan personal femenino, tampoco cuentan con instalaciones sanitarias ni vestuarios para atender a sus necesidades diferenciales como trabajadoras. En la lógica empresarial, ¿cuál sería el beneficio de asumir un costo como la disposición de baños, vestuarios, uniformes, licencias especiales por maternidad, lactancia, etc., si no hay mujeres trabajando como choferes en las empresas que necesiten de esas condiciones? No tiene ningún tipo de razón de ser que las empresas tengan reparos en sus estructuras edilicias o de gestión de recursos humanos para atender a las necesidades de un grupo que no participa de su planta de personal.

En segundo término, hay que decir que este aspecto fue materia de interrogatorio a los testigos ofrecidos por esta parte. En este sentido, Alejandro Ramón Burgos expresó: “**las instalaciones no estaban adecuadas para mujeres**, que esto lo escucho de la escalada. Que esto lo escucho de uno de los choferes, que en la escala había varios choferes, pero esto lo dijo uno de ellos” (véase acta fechada 16/6/15 11 hs., el destacado es propio).

No obstante lo dicho, la valoración de este aspecto debe hacerse a la luz de un contexto de discriminación estructural que afecta a las mujeres en el acceso al puesto de chofer de colectivo. En línea con esto, la CSJN en el precedente “Sisnero”, a cuyos sólidos argumentos el sentenciante se ha remitido (véase punto II in fine), ha expresado *para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con ‘la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia’* (consid. 5º). En función de este argumento, el juez de instancia debió entender que –acreditado un escenario de segregación en esta tarea en detrimento de las mujeres, hecho que ha quedado demostrado con los listados de mujeres en condiciones de trabajar, es decir que tienen carnet profesional habilitante, y aquellas que efectivamente lo están haciendo- la discriminación se encuentra corroborada. Y que, por ende, es carga de las demandadas explicar y probar que la alegada segregación por motivos de género no ocurre o que existe una justificación para ello. Dado que las demandadas no han asumido dicho deber procesal, ha devenido inútil avanzar en la prueba. En consecuencia, asumiendo que la discriminación en contra de las mujeres ocurre

en el plano más visible, cual es que no se las contrata para manejar colectivos, claramente se infiere que ello se traduce en planos menos visibles y eso es, hacia el interior de las empresas, en sus infraestructuras edilicias.

Por lo tanto, se solicita que se revoque este punto de la sentencia y se ordene a las empresas demandadas la readecuación de sus edificios a los efectos de instalar baños y vestuarios para las mujeres que contraten.

II. 4. Cuarto agravio. Sobre la negativa a condenar al Ministerio de Trabajo

En el punto IV.5 y 6 de la sentencia, V.S aborda la cuestión relacionada con la responsabilidad y las obligaciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS).

En ese sentido, sostiene que *(e)l Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social sabe lo que hay que hacer y cómo hacerlo, porque Publicó en el Tomo I de su colección “Nuevos Contenidos de la Negociación Colectiva” en las páginas 51 a 68 todo un desarrollo particular de esta problemática, la justificación, su promoción en la incorporación y ascensos y promociones, la correspondencia entre la vida laboral y familiar, y también modelos de cláusulas convencionales, culminando con un material muy interesante para la presentación y divulgación de la temática (publicación sin pie de imprenta, Director Alvaro Daniel Ruiz – entonces Subsecretario de Relaciones del Trabajo-, Editor MTEySS, Producción: Dirección de Prensa y Comunicaciones MTEySS). A su vez, el MTEySS cuenta con la Dirección de Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral, en cuyo marco se desenvuelve la Comisión Tripartita para la Igualdad de Oportunidades (CTIO-Género), que “contempla la perspectiva de género en sus planes y programas y busca consensos para lograr la equidad a través del diálogo social tripartito (sindicatos, empresas, cámaras empresarias y otros organismos del Estado). La misión declarada es “implementar políticas y acciones para revertir las desigualdades entre varones y mujeres en el mundo del trabajo y promover el acceso equitativo al mercado laboral”.*

Sentadas esas afirmaciones, en las que el juez de grado reconoce que existe una política con perspectiva de género que no ha sido incorporada a la causa, ni ha tenido una implementación eficaz para resolver la discriminación estructural del acceso de las mujeres al trabajo en el sector público de pasajeros, en una suerte de asombro, aduce que *le hubiera gustado saber qué acciones concretas está desarrollando hoy en día y en particular en la industria del transporte de pasajeros*. Y concluye que ordenará *que el MTEySS de intervención a la CTIO-Género, remitiéndole una copia de esta sentencia, para que ejecute las acciones de su competencia*.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

La orden del juez de grado de remitir copia de la sentencia para que *ejecute las acciones de su competencia*, sin delimitar cuáles serían esas acciones concretas, que claramente el MTEySS ya conoce pero no ha implementado, convierte a la sentencia en un instrumento que no posee fuerza ejecutoria en lo atinente a la responsabilidad del citado organismo y nos agravia en tanto no ha sido una orden oportuna, útil y efectiva para remediar ni la situación individual de la Sra. Borda, ni la dimensión colectiva que remedie la situación de discriminación estructural de las mujeres en el acceso al puesto de choferes de transporte público.

Cabe remarcar que el 12 de abril de 2013, con anterioridad a la presentación de la demanda judicial, la Sra. Erica Borda presentó una nota ante el MYEySS en la que denunció la situación de discriminación que sufría en el acceso al empleo de chofer de colectivo, y que dio apertura al expediente n° 1-2015-1558538 (la nota fue acompañada como “Anexo G” de la demanda). Asimismo, también se ha pedido al MTEySS que informe las acciones llevadas a cabo por la Comisión para el Trabajo con Igualdad de Oportunidades, en relación con la rama de transporte público de pasajeros, sin obtener información al respecto ya que dicha Comisión nunca envió respuesta (lo que también fue ofrecido como prueba en el “Anexo H” que se adjuntó a la demanda).

Es decir, pese a que tiene conocimiento desde larga data de la situación discriminatoria que vengo alegando en esta presentación, el MTEySS no implementó ninguna medida útil para hacer cesar la práctica. Y la CTIO-Género también tuvo ese conocimiento, pero ninguna información aportó sobre las acciones emprendidas en la materia, ni antes ni después de presentada la demanda. De modo que se presenta a todas luces como insuficiente e inidónea la condena judicial, pues la autoridad de aplicación, y su área específica de género, están anoticiados de la práctica discriminatoria desde hace casi cinco años, de modo que no es la falta de información lo que les ha impedido tener una intervención eficaz al respecto. De hecho, el conocimiento fehaciente de la situación de discriminación sufrida hace que se ponga en juego no sólo el deber internacional de garantizar los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, sino ya, lisa y llanamente, el deber de protección.

Esta parte ha sido conteste en el objeto de la demanda al solicitar que *el Estado Nacional a través del citado Ministerio, en el ejercicio de las facultades legales atribuidas, adopte las medidas necesarias, de promoción, regulación y fiscalización para hacer cesar las prácticas discriminatorias que afectan a las mujeres en el acceso al trabajo en el sector de transporte público de pasajeros y específicamente: a.1 ejerza en debida forma los **mecanismos de fiscalización y sanción** para garantizar el cumplimiento de condiciones de trabajo equitativas y políticas de contratación justas e igualitarias; a.2; **establezca una regulación específica a fin de fiscalizar y sancionar situaciones de discriminación** hacia las mujeres en el acceso (selección y contratación), la promoción*

*y la permanencia al empleo en el sector del transporte público de pasajeros; a.3 establezca **medidas de acción positiva que favorezcan la contratación de mujeres** en el mentado sector hasta equiparar la situación con los varones.*

Todas esas peticiones han sido ignoradas por el juez de grado, considerando erróneamente que no puede ordenar sobre *un hecho futuro e incierto*, con relación a la celebración de un nuevo convenio colectivo de trabajo (lo que se abordará en el siguiente agravio). Lo que esta parte solicitó es que, en el ejercicio del poder de policía que posee, el Estado ejerza una fiscalización y eventual sanción eficaz en materia de condiciones de trabajo y políticas de contratación no discriminatorias; que se elabore una regulación específica, y que se provean medidas de acción positivas para remediar la discriminación estructural en el acceso de las mujeres al puesto laboral de choferes de transporte público.

En efecto, cabe poner de resalto que el MTEySS es el órgano estatal que tiene por funciones ejercer **el poder de policía** en el ámbito laboral, cuya misión es supervisar y garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular, la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y en el trabajo, así como entender en la elaboración, organización, aplicación y fiscalización de los regímenes de trabajo de transporte terrestre (decreto PEN 355/02, art. 23).

En el lenguaje del derecho administrativo, el término “policía” refiere a la limitación por una autoridad pública y en el interés público, de una actividad de los ciudadanos, sin dejar de subsistir ésta como una actividad privada; ella es solamente reglamentada (...) (e)stá constituida por un conjunto de facultades que tiene el poder público para vigilar y limitar la acción de los particulares, los cuales, dentro del concepto moderno de Estado, deben regular su actividad con los deberes y obligaciones que les impone la ley, y se funda en una finalidad de utilidad pública” (Bidart Campos, Teoría General del Derecho Administrativo, Cap. X “El Poder del Policía”, pág. 383).

El MTEySS tiene la obligación, en función de ese poder que ejerce, de hacer cesar la discriminación mediante la adopción de medidas eficaces orientadas a que (...) *los individuos y entidades no apliquen los motivos prohibidos de discriminación en la esfera privada* (Comité DESC, Observación General Nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 11).

En ese sentido, en el ya citado antecedente judicial “Sisnero”, se previó la creación de un **registro de mujeres aspirantes a conducir colectivos** y se ordenó a las empresas que en las próximas contrataciones incorporen a dos mujeres por cada hombre en esos puestos, hasta alcanzar un mínimo de 30% de mujeres en la



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

composición de su planta de conductores. También se podría haber dispuesto la creación de una planta de inspectores para fiscalizar que se cumpla con el cupo femenino o con las condiciones de trabajo equitativas entre varones y mujeres, o bien instruir a los inspectores que ya se desempeñan en el MTEySS a realizar esa tarea.

En definitiva, si bien el poder judicial no puede reemplazar a la administración en el ejercicio del poder de policía, sí debe controlar la razonabilidad o (en el caso) la ausencia total de su ejercicio cuando se encuentran en juego derechos fundamentales, como ocurre en este caso. Lo que se solicita es que la omisión inconstitucional encuentre reparo adecuado en sede judicial, como garantía de los derechos en juego.

En este orden de ideas, agravia a esta parte la interpretación restringida del magistrado según la cual *no puede obligar al Poder Ejecutivo a gestionar, a administrar, salvo en cuestiones muy puntuales, que no es la presente, porque ello implicaría colocar al juez de la causa por sobre la autoridad administrativa de modo permanente, y ello no es sostenible, de cara a nuestro sistema republicano de gobierno.*

Para fundar su decisión se vale de un artículo escrito por el Dr. Carlos María Cárcova para el diario Página 12, sobre una materia que poco tiene que ver con el caso de autos (ya que se refería a la ley que regula el régimen de subrogancias de magistrados). En ese artículo, afirma el autor (...) *que todo magistrado que ponga en cuestión la constitucionalidad de una ley debe tener muy en cuenta que lo hace contravirtiendo el sistema de mayorías del Legislativo, que de manera extensa y plural representa la voluntad de la ciudadanía. Las inconstitucionalidades al voleo deslegitiman el papel de la magistratura; tampoco deberían los jueces olvidar que deben actuar con mayor prudencia y no menor recato, cuando el control que ellos mismos ejercen refiere a normativas que les conciernen directa y exclusivamente. Las decisiones autorreferenciales deben venir acompañadas de un plus de reflexión, de argumentación, de racionalidad y de equilibrio, para que no sean entendidas como la mera defensa de intereses mezquinos, cuando no espurios".* Lo que el Maestro Cárcova expresó para poner freno a las "inconstitucionalidades al voleo" es plenamente aplicable para la intervención permanente sobre la gestión política del Poder Ejecutivo, tal como indirectamente se solicita. No debe "deslegitimizarse el papel de la magistratura". Además, es una medida de cumplimiento imposible: tratándose de intereses colectivos son las propias pautas de gobierno las que se ponen en crisis y un juez no puede arrogarse la facultad de sustituir a quien la voluntad popular democrática puso a cargo del Poder Ejecutivo Nacional.

Esta interpretación del juez de grado ha sido ampliamente discutida en la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales. La posibilidad de exigir judicialmente derechos sociales y colectivos ocupó un lugar central en el debate jurídico constitucional en nuestro país en los últimos veinte años, en particular a partir de la última reforma constitucional de 1994. Si bien esa discusión no quedó atrás por completo, se ha ido desplazando gradualmente hacia otras cuestiones relevantes, como el

*problema de las condiciones sociales e institucionales que permiten que los jueces garanticen derechos, sin desbaratar la dinámica política. **El poder judicial como intérprete de la constitución, no sólo cuenta con la facultad de invalidar decisiones legislativas contrarias a las normas y principios constitucionales, sino que puede obligar al legislador y al gobierno a asegurar por la vía de acciones positivas las nuevas directivas constitucionales*** (Víctor Abramovich, “La protección judicial de los derechos sociales en la Provincia de Buenos Aires”, pág. 11).

Esta idea del control de constitucionalidad de las normas, y la posibilidad de revisar y controlar las políticas y decisiones del poder ejecutivo o legislativo, ha sido reforzada a partir de la última reforma constitucional que extendió los derechos constitucionales. Así, invocándose las garantías de estos nuevos derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad y el trato diferenciado, el derecho al ambiente, el derecho a la salud, los derechos sexuales y reproductivos, y los derechos de usuarios y consumidores, se avanzó en la judicialización de políticas sociales ampliando el campo de acción del poder judicial.

En este orden de ideas, en el fallo “Quisberth” la CSJN sostuvo *que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer, a cargo del Estado, con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial*. Ello significa que, **sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad**. Hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.

Es así, que advertido el juez de grado de la situación de discriminación de la Sra. Borda y del colectivo de mujeres, y de la falta de implementación de una política eficaz que contrarreste la situación estructural, posee la potestad de revisar la política pública existente y ordenar medidas de acción positiva para que en su carácter de autoridad de contralor el MTEySS tome acciones concretas en la esfera individual y colectiva.

En este sentido, es bastante frecuente en la órbita de los procesos contenciosos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires que en los litigios colectivos se impongan al gobierno cursos de acción positivos como el deber de formular políticas públicas en áreas no cubiertas por programas en curso, o revisar el alcance de los programas y servicios existentes.

Así por ejemplo, en una cuestión similar relacionada con el cupo de mujeres en los cargos directivos de los partidos políticos, la Cámara Nacional



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Electoral, al fallar en favor del respeto al cupo, sostuvo que *las disposiciones que tutelan la igualdad de género en el ejercicio de los derechos políticos se basan en la “igualdad real de oportunidades” que el artículo 37 de la Constitución Nacional procura garantizar mediante la implementación de acciones afirmativas (cf. Artículo 75 inciso 23) y ello implica un accionar progresivo por parte del Estado tendiente a remover los obstáculos a una mayor participación.* Y en relación a las cuotas adoptadas mediante ley por los países, se sostuvo que *estas tienen un efecto menor (...) sobre la participación de las mujeres en los órganos decisorios de los partidos y ello puede deberse a que las cuotas para los órganos decisorios no reciben el mismo nivel de monitoreo por parte de las autoridades electorales y en casi todos los casos no incluyen los mecanismos indispensables, como son las sanciones, para hacer cumplir el mandato (cf. Roza, Vivian; Llanos Beatriz; Garzón de la Rosa, Gisela, “Partidos Políticos y Paridad: La ecuación pendiente”; Ed. BID, IDEA, diciembre de 2010, p. 11) (Cam. Nac. Electoral, “Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular O.N. s/formula petición – Unión Popular O.N.”, 20/04/2017).*

Es notorio que el poder judicial juega un papel fundamental en la implementación o control de una política pública frente a una situación de discriminación estructural (art. 2.2 del PIDESC).

A su vez, esta potestad judicial se relaciona con el deber de garantía que impone a los Estados, por un lado, la no realización de actos que importen una restricción o prohibición del ejercicio de derechos; y por el otro, implica **la adopción de acciones concretas, hasta el máximo de los recursos disponibles, que posibiliten ese ejercicio de un modo pleno y libre.**

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, al momento de analizar el contenido del deber de garantía de los derechos a la luz del principio de igualdad entre varones y mujeres ha dicho: *En virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos. Esas medidas comprenden las de eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto. El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria* (ONU, Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 28, “La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párr. 3, el destacado es propio).

El MTEySS ha incumplido este deber al no poner en marcha acciones orientadas al cese de la práctica discriminatoria en el acceso al puesto de trabajo de las mujeres en el sector público de transporte. Y en función de lo expuesto, esta parte solicita que se revoque la decisión del *a quo* y se ordene al MTEySS en virtud de sus

funciones y del poder de policía que ejerce, que aplique un control idóneo y real en su ejercicio de poder de policía, y que establezca un mecanismo específico para la fiscalización y control del cupo de mujeres, así como también un régimen de sanciones progresivas frente al incumplimiento, de conformidad con las peticiones concretas que se expusieran en el objeto de nuestro escrito de demanda (1.a.1, a.2, a.3).

II. 5. Quinto agravio. Sobre la negativa a declarar inconstitucional y ordenar la renegociación del CCT aplicable

En el punto IV.4 de la sentencia se aborda la cuestión del Convenio Colectivo de Trabajo n° 460/73 de transporte automotor de pasajeros.

Se sostiene en ese punto que si bien “[e]s cierto que el CCT 460/73 tiene un lenguaje sexista [...] esa falta de evolución de la norma, que no reconoce a la mujer que trabaja, ni a todas las situaciones de transgénero que hoy se presentan y que nos llevarían a individualizarlos como “trabajadores”; no ha paralizado a la sociedad y menos aún a sus jueces, que aplican la norma por igual a hombres, mujeres, trans, etc.” Luego, agrega que “[...] los derechos humanos prevalecen a los derechos positivos formales, como sería la formulación de un CCT. [Pero] Eso no puede llevarnos a cambiar la normativa a través de orden sentencia judicial, porque contamos con la inteligencia y formación de los hombres y mujeres que administran justicia en este país, que jamás negarían a un derecho a una mujer por el hecho que la norma esté escrito en términos masculinos.”

En esa línea, la resolución sostiene: “La deshomologación de un CCT es un acto de gravedad extrema que no se justifica ni siquiera cuando contraviene a normas de orden público, porque en esas hipótesis se sustituye la cláusula nula por la cláusula legal violada, de modo de garantizar el resto del fruto de la autonomía colectiva. Tampoco puedo obligar a las partes signatarias a negociar un nuevo CCT, si no es su voluntad, porque el Convenio 98 de la OIT lo prohíbe.”

Y, como consecuencia de lo anterior, resuelve lo siguiente: “A todo evento sólo puedo remitir copia de la presente a la autoridad de aplicación, para que en oportunidad de negociarse cualquier contenido del CCT 460/73 las partes tengan en cuenta la necesidad de actualizar sus contenidos a nuestras pautas culturales actuales, junto a los Tratados incorporados al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, los convenios 100 (sobre igualdad de remuneración), 111 (sobre la discriminación en el empleo y la ocupación), 156 (sobre trabajadores con responsabilidades familiares) y 183 (sobre protección de la maternidad).”

Esta parte se agravia de dicho tramo de la sentencia porque ha denegado lo solicitado en el escrito de demanda, en desmedro de los fundamentos jurídicos que sostienen nuestra postura. La decisión de remitir copia de la sentencia a la autoridad de aplicación, con vistas a una hipotética renegociación del convenio (que no tiene asignada una fecha de realización ni la resolución impugnada establece las mínimas



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

pautas para que ello suceda), es pasible de las mismas críticas que hicimos antes: no se trata de una medida oportuna, útil y efectiva para remediar la situación planteada, por lo que también en este punto se está vulnerando el derecho de acceso a la justicia del colectivo aquí representado.

Nuevamente el juez de grado reconoce la veracidad de lo sostenido por esta parte: que el CCT impugnado tiene un palmario sesgo de género. Pero le quita relevancia a ese dato sosteniendo que eso no le habría impedido a los jueces y juezas aplicar los derechos que allí se prevé de un modo igualitario. Sin embargo, ese no es el aspecto que nos agravia (de serlo, la demanda se debería haber enderezado contra el Poder Judicial y no contra las empresas y la administración pública). De hecho, es precisamente lo que le pedimos al juez de grado que realice, esta vez en clave colectiva.

Lo que esta parte ha sostenido como agravio es que el CCT que nos ocupa es violatorio del plexo constitucional y convencional en sus propios términos y en su aplicación puesto que contribuye a sostener la situación de discriminación estructural contra las mujeres en el ámbito del transporte de pasajeros. El convenio refuerza los estereotipos de género y su sola vigencia en esos términos es violatorio de los principios de igualdad y no discriminación pues omite otorgar igual o equivalente protección legal a las mujeres que quieren emplearse en el sector del transporte público de pasajeros.

En resumen, se ha afirmado que el CCT viola el principio de igualdad y no discriminación por su sola vigencia (dado su manifiesto contenido discriminatorio) y por su función en torno a la reproducción del *statu quo* discriminatorio hacia las mujeres en el ámbito del transporte automotor. Eso hace que, de no ser modificado por imperio jurisdiccional, la situación de discriminación estructural denunciada (y acreditada en autos) no pueda ser remediada del todo.

Esta parte requirió dos remedios, que se complementan entre sí. Ambos fueron rechazados. Uno, que el juez “declare la inconstitucionalidad del Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) 460/1973 que rige la actividad del personal de autotransporte colectivo de pasajeros por ser violatorio del principio de igualdad”. Otro, que se ordene al MTEySS en su rol de autoridad de aplicación, el retiro de la homologación del acuerdo y que inste a las partes a la celebración de un nuevo convenio que se ajuste a las normas legales y constitucionales sobre igualdad y no discriminación” (apartados I. C y IV. a. de la demanda).

Ante el evidente sesgo de género del CCT, y las consecuencias que pueden inferirse de su aplicación, la autoridad jurisdiccional tiene imperio para evaluar su constitucionalidad. La naturaleza contractual de ese documento, en tanto acuerdo entre la representación de la parte empleadora y la representación gremial, no lo habilitan a

discriminar. Eso ya se ha remarcado aquí pero es conveniente profundizar en los argumentos que sustentan la tesis.

La consagración de derechos fundamentales con jerarquía constitucional provoca dos tipos de efectos de acuerdo a la clase de vínculos sobre los que recaen. Por un lado produce efectos verticales, que impactan en la relación entre los ciudadanos y el Estado. Este ha de cumplir el rol de garante último de la no vulneración de los derechos dotados de la máxima jerarquía normativa, para lo cual debe adoptar las medidas que sean necesarias para que los ciudadanos gocen, cuanto menos, del “contenido mínimo” de ellos (véase, para el caso de derechos sociales, CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24 de abril de 2012, párrafo 3 y c.c.)

Pero también esa consagración produce efectos horizontales, que inciden en las relaciones privadas que los ciudadanos tienen entre sí. Lo hacen tanto sobre la normativa estatal que las rige como sobre los pactos que ellos suscriben definiendo pautas para tales relaciones. Esto sucede puesto que los derechos fundamentales actúan como factor interpretativo de las reglas del derecho privado, un elemento con el que estas deben armonizar al aplicarse so pena de ser descalificadas constitucionalmente. Así, la interpretación de las normas de derecho privado debe adecuarse a los derechos constitucionales en juego en cada caso.

La CSJN se ha expedido sobre este tipo de efectos recibiendo la tesitura descripta. En la sentencia recaída en los autos “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, del 28 de octubre de 2014, dijo: "Cuando [...] el thema decidendum pone en juego normas del derecho común que tienen relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; la interpretación que se haga de aquéllas debe ser la que mejor armonice con los citados derechos." (Considerando 14.)

Esta categorización, además, ha sido recibida por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual consagra en su artículo segundo la siguiente regla interpretativa: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

Tal idea, asimismo, es abonada por el Tribunal Constitucional Alemán en una persistente jurisprudencia que comenzó en 1958 en el caso “Luth”, Sentencia BVerfGE, 7, 198 de la Primera Sala del 15/01/1958 (por el boicot al director de cine Harlam por la película “Amada Inmortal”), en el que se dispuso que “[...] cuando



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión”. En el caso “Rodríguez, María Belén”, nuestra Corte Suprema ha citado la siguiente postura del mentado Tribunal: "A partir de la importancia fundamental que tiene la libertad de expresión para el Estado democrático liberal, surge que no sería consecuente, desde el punto de vista de este sistema constitucional, dejar en manos de la ley común [...] toda relativización de este derecho fundamental. Antes bien, aquí también rige el principio, que ya se ha mencionado antes, acerca de la relación de los derechos fundamentales con el ordenamiento del derecho privado: las leyes generales, en tanto tienen como efecto restringir un derecho fundamental, deben ser vistas e interpretadas a la luz del significado de ese derecho, de tal manera que quede en todos los casos salvaguardado el contenido axiológico fundamental de aquél" (Caso Lüth, del 15 de enero de 1958, BVerfGE, tomo 7, pags. 198 y 208).

En la misma línea, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil afirmó, en la citada causa “Freddo” que: “[...] si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sent. del 22/3/99, n_ 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, T. 53, enero-abril de 1999, p. 485)” (CNAC, Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo”, del 16 de diciembre de 2002).

Dicho eso, cabe referirnos en concreto a lo requerido por esta parte al juez de grado.

Por un lado se le solicitó la declaración de inconstitucionalidad del convenio. Es sabido que los jueces tienen la facultad de controlar, incluso de oficio, la correspondencia con la constitución de la normativa inferior (véase, entre otros, CSJN, Fallos: 324:3219). También que deben hacerlo, incluso de oficio, en relación con los tratados internacionales (véase, entre otros, Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Serie C 158, párr. 128). Es decir, deben controlar la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas vigentes y, en caso de que éstas contraríen los principios reconocidos en la constitución y los tratados, declarar la violación a los mismos y -en nuestro

sistema- dejar de aplicarlas para el caso concreto. En los procesos colectivos, como el presente, las declaraciones de inconstitucionalidad mantienen esa regla: se aplican al caso concreto en decisión, con el alcance subjetivo propio del colectivo representado en el proceso (véase, entre otros, CSJN, Fallos: 332:111), en el presente a favor de todas las mujeres que aspiran a ser contratadas como conductoras de colectivos.

Los Convenios Colectivos de Trabajo son normas que, como tales, pueden ser declaradas inconstitucionales si vulneran algún principio alojado en el texto constitucional (véase, entre otros, CSJN, “Madorrán”, Fallos: 330:1989, en especial el considerando 10 donde dice que la Constitución Nacional no es una norma hueca a ser llenada por el legislador; es “[...] ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva”).

Esa declaración puede darse respecto de toda la norma en cuestión o de aquellos fragmentos de la misma que contraríen los principios constitucionales y convencionales aplicados. Eso queda librado a la discrecionalidad de la autoridad judicial, que en materia de control de constitucionalidad y de convencionalidad no se encuentra atada por el principio de congruencia procesal.

Como indicara en la demanda, en el imaginario de quienes negociaron el CCT que nos ocupa no existía la posibilidad de que las mujeres se pudieran desempeñar como conductoras de colectivos. Son hechos demostrativos de eso, sostuvimos, "la referencia al tipo de uniforme (identificado con prendas tradicionalmente asociados al uso masculino) que debe llevar el personal, el régimen de licencias especiales (en donde se nombra la posibilidad de gozar de una ausencia justificada por motivo del fallecimiento o el alumbramiento de la *esposa* del trabajador), el lenguaje utilizado y la omisión de reconocer los derechos de las mujeres en función de su realidad biológica. De este modo, no existe ningún tipo de previsión orientada a proteger a las mujeres durante el embarazo y el post-parto ni establece ningún tipo de disposición en relación a la licencia por maternidad y lactancia, mucho menos la prohibición de despido por casusa de maternidad y/o subsidiariamente la indemnización especial." (Apartado 3.b.1.ii del escrito de demanda.)

Esas omisiones contribuyen a cristalizar la situación de discriminación corroborada en autos ya que, aún en el caso de que las empresas tomaran mujeres, las condiciones laborales pensadas solamente para hombres importarían obstáculos para que ellas puedan desempeñarse efectivamente y en pie de igualdad en esos trabajos.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Por eso, es preciso que el remedio otorgado en este proceso se complete y aborde el problema generado por el CCT de la actividad para la inclusión de las mujeres como trabajadoras. Lo que requerimos en la demanda, cuyo rechazo nos agravia, es que la autoridad jurisdiccional declare para este caso concreto que dicho convenio es inconstitucional en aquellos pasajes en los que reconoce derechos sólo a los hombres (como el 11. a que sólo reconoce la licencia especial por fallecimiento de la esposa) y respecto a aquellas omisiones por las cuales evita reconocer derechos a favor de las mujeres sustentados en su realidad biológica (como las licencias por embarazo y post-parto, despido por embarazo y descansos por lactancia).

Además de la declaración de inconstitucionalidad, esta parte requirió que se le ordene al Ministerio que haga cesar la vigencia del CCT 460/73 y que convoque a todas las organizaciones y/o institución con legitimación gremial a los fines de que las partes renegocien un nuevo CCT en el que se prevea, entre otros puntos, la remoción de los obstáculos existentes para la prohibición de prácticas discriminatorias (apartado IV .a. del escrito de demanda). Eso en el entendimiento de que la situación denunciada (y corroborada) en autos requiere de acciones afirmativas que tiendan a derribar los obstáculos existentes para el acceso de las mujeres al trabajo.

En el caso del CCT, además de su declaración de inconstitucionalidad es necesario que en el mismo se proyecte la visión de género: que se refleje en su contenido la posibilidad de que las mujeres trabajen en el sector y, por ende, se prevean sendos derechos a su favor. Para lograr esa finalidad sin lesionar el derecho de los trabajadores y trabajadoras a acordar colectivamente las condiciones de trabajo, esta parte requirió que se convoque a todas las organizaciones a renegociar el CCT siguiendo estas pautas.

El juez de grado rechazó tácitamente esa pretensión al disponer solamente la remisión de copias de la sentencia a la autoridad de aplicación, para que sea tenida en cuenta cuando el CCT cuestionado sea renegociado. Pero, al no imponer un plazo para que esa renegociación se haga efectiva, ni imponer que se aborde en ella la cuestión de género, la sentencia vacía de contenido el remedio. Es decir, en el esquema de la orden librada por el juez de grado la renegociación del convenio podría no suceder nunca, o de suceder podría prescindir por completo de cualquier consideración de género y eso no tendría ninguna consecuencia jurídica.

Como esta parte sostuviera, y a riesgo de que el argumento resulte reiterativo, para derribar la situación de discriminación denunciada es preciso contar con un marco normativo no discriminatorio, que contemple a las mujeres como trabajadoras del rubro. Los principios constitucionales y convencionales invocados les dan derecho al

colectivo de mujeres representado a requerir que cese esa situación discriminatoria y, como correlato, que se adopten (u ordenen adoptar) todas las medidas necesarias y adecuadas para que ello suceda. Hemos sostenido que esas medidas son dos: una la declaración de inconstitucionalidad del CCT impugnado, en cuanto no reconozca iguales derechos a hombres y mujeres, y la orden tendiente a que el CCT impugnado sea renegociado y se incorpore a él una perspectiva de género. Sólo ambas, en conjunto, pueden destrabar el problema que genera dicho convenio en el cumplimiento efectivo del derecho de las actoras a no ser discriminadas en el acceso al trabajo.

El decreto reglamentario 1011/2010 de la ley 26.485, citado en la demanda, establece: “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 en el trabajo.” (Art. 6 inc. c párrafo 4°.)

La orden que solicito que se dicte es la concreción, precisamente, de ese deber de las partes contratantes, fijado por el decreto reglamentario de la ley de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”.

II. 6. Sexto agravio. Sobre la condena en costas en el orden causado y no a las vencidas

En el punto V de la sentencia se sostiene lo siguiente: “*En orden a la naturaleza debatida, las costas se impondrán en el orden causado (art. 68 CPCC). No regularé honorarios a la representación letrada de la parte actora porque se ha constituido con los Defensores Ad-Hoc de la Defensoría General de la Nación.*” En línea con eso, en el resolutorio se dispuso la siguiente distribución: “2) *Costas en el orden causado (cfr. art. 68 del C.P.C.C.N.).*”

Esta parte se agravia de dicho tramo porque el juez de grado se ha apartado del principio general en materia de costas, su imposición a la parte vencida. Según el CPCN, *el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad* (art. 68). Sin embargo, no consta en la resolución recurrida argumento alguno que justifique esa eximición de la obligación de las vencidas de cubrir las costas de la parte victoriosa.

Ergo, solicitamos que se declare la nulidad de ese fragmento de la sentencia y se condene en costas a las partes vencidas. Eso deberá incluir, por imperativo legal (arts. 5 in fine, 66 inciso f y 70 de la ley 27.149), la regulación de



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

honorarios profesionales a favor del y la integrante del Ministerio Público de la Defensa que representamos a la señora Borda.

En esa línea, la CSJN ha sostenido que la sentencia que confirmó el rechazo de la demanda de simulación por prescripción de la acción pero consideró que las costas debían distribuirse en el orden causado [...] *no dio debido cumplimiento con lo prescripto por la norma del art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y su exigencia de fundar adecuadamente la posible excepción al principio básico allí sentado, ya que de la regla general se desprende que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho, sin que la existencia de jurisprudencia o doctrina discrepante resulten razón suficiente para apartarse del principio objetivo de la derrota, y máxime ante la ausencia de agravio de la actora, que no había formulado crítica alguna sobre el particular* (Fallos: 335:353, considerando 5.).

[L] *a exención de costas a la vencida -continúa la Corte- sin apoyarse en elementos fácticos y jurídicos suficientes puede redundar en un injustificado aumento de la litigiosidad, puesto que, indirectamente, se incentiva la promoción de pleitos sin sustento legal, en los que bastaría citar alguna doctrina o jurisprudencia discordante para no tener que soportar los gastos del proceso* (Fallos: 335:353, considerando 8.).

III.

Reserva del caso federal

Toda vez que en las presentes actuaciones se encuentran en juego la interpretación que cabe asignarle a normas de naturaleza federal sobre igualdad, no discriminación, derechos laborales, acceso a la justicia, y demás derechos identificados, hago expresa reserva del caso federal, y de recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del recurso extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48, para el improbable caso que no se haga lugar a la protección de los derechos reclamados.

VI.

Petitorio

En virtud de las consideraciones realizadas con anterioridad, solicito a V. S. que:

1. Tenga por presentada en tiempo y forma la presente expresión de agravios.
2. Sustancie y eleve la misma a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para su conocimiento (conf. art. 246 del CPCC).

A la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, solicito que:

1. Haga lugar al recurso de apelación articulado por esta parte y revoque la resolución en todo lo que ha sido motivo de agravios, en el sentido indicado en cada uno de ellos.

2. Imponga las costas a las demandadas en su carácter de vencidas (conf. art. 68 del CPCN).

Proveer de Conformidad que,

ES JUSTO