

Sentencia Definitiva Nro: 7736

Expte. Nro.: 25.952/2014

Autos: **“BORDA, ERICA c/ ESTADO NACIONAL –MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACION- y OTROS s/SUMARISIMO”**

Buenos Aires, 28 de febrero de 2017.

Y VISTOS:

a) Con el escrito de fs. 2/27 se presenta Erica BORDA y demanda al ESTADO NACIONAL (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación); a LOS CONSTITUYENTES S.A.T., TRANSPORTES AVENIDA BERNARDO ADER S.A. y TRASPORTE ESCALADA S.A.T. con fundamento en lo normado en el art. 43 de la Constitución Nacional.

Precisa que al ESTADO NACIONAL lo demanda a fin de que 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.

Respecto de las empresas demandadas para que cesen en las prácticas discriminatorias que impiden a las mujeres en general y contra la reclamante, en particular, el acceso al empleo en el sector de transporte público de pasajeros de corta distancia del área metropolitana, que adopten una política de selección y contratación del personal respetuosa del marco legal y constitucional vigente relativo a la igualdad y no discriminación entre las personas y adecúen sus instalaciones para que las mujeres puedan laborar en dicho ámbito en condiciones dignas.

Narra que resulta ser la muestra de una situación generalizada en torno a la discriminación que sufren las mujeres por el sólo hecho de ser mujeres, en el acceso a los puestos de trabajo de choferes de colectivos del área metropolitana. Indica que cuenta con carnet habilitantes para conducir, así como licencia profesional para el transporte de pasajeros. Describe que, además cuenta con experiencia profesional comprobable por haberse desempeñado en ese puesto durante más de 10 años en la empresa de transporte “Grupo Plaza S.A.” Señala que en los últimos tres años se ha presentado en numerosas oportunidades en oficinas de líneas de transporte con la intención de postularse en los ofrecimientos laborales, teniendo en ocasiones la oportunidad de dejar el *curriculum* en las oficinas de las empresas y, en otras, ni siquiera tuvo esa posibilidad dado a que no se lo recibían, señalando haber tenido un argumento constante: “no se contratan mujeres”.



Hace una descripción de la incidencia colectiva de su acción, sosteniendo que basta salir a la calle a fin de constatar cuántas mujeres se encuentran manejando un transporte automotor público de pasajeros. Solicita la declaración de inconstitucionalidad del Convenio Colectivo de Trabajo N° 460/73 al que señala de violatorio de la igualdad, indicando que realiza un trato diferencial, sin justificación y en base a alguna categoría sospechosa, por ejemplo, al omitir referirse inclusivamente a todas las personas cualquiera sea su género.

Funda su pretensión, ofrece prueba y por los argumentos que vierte solicita se haga lugar a la acción

b) A fs. 184/200 se presenta TRANSPORTES AVENIDA BERNARDO ADER S.A. opone excepción de falta de legitimación pasiva. Señala en su defensa, que todo su personal dependiente accede a su puesto de trabajo, sea cual fuere, por medio de un proceso de selección y calificación previo que es llevado a cabo por profesionales consultores especializados en la evaluación de postulantes. En tal sentido, sostiene en su defensa que la empresa no contrata en forma directa al personal, por lo que nunca pudo haber existido por su parte acto discriminatorio alguno. Por los demás fundamentos que esboza, peticiona que se rechace la acción con costas.

c) A fs. 220/238 vta. contesta la acción incoada ESTADO NACIONAL – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social-. Al respecto precisa que habiendo la reclamante demandado sólo a tres empresas de transporte público de pasajeros, respecto de otras las cuales no demanda, no es posible –en sus términos- discernir realmente si es real la presunta discriminación invocada. Sostiene que el Ministerio se encuentra en cumplimiento de sus funciones de poder de policía laboral, supervisando y garantizando el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores.

d) La demandada TRANSPORTE ESCALADA S.A.T contesta demanda a fs. 242/251, niega pormenorizadamente todos y cada uno de los hechos vertidos en el escrito inicial y opone excepción de falta de legitimación pasiva. Señala que la actora se presentó en el mes de septiembre de 2013 solicitando empleo, indica que le fue explicado a la reclamante que la empresa no estaba necesitando contratar choferes, sin perjuicio de lo cual se le indicó que podía dejar el *curriculum vitae* para que llegado el momento en que la empresa lo necesitare, se la evalué con el resto de postulantes. Indica además que al ser una empresa pequeña la renovación del personal no resulta constante, que para más en los 14 años de explotación de la línea, la reclamante fue la única mujer que ha solicitado trabajo como conductora y es ella la única razón



por la cual la empresa no cuenta con mujeres dentro de sus choferes. Por los demás argumentos que vierte peticiona el rechazo de la acción.

e) La codemandada LOS CONSTITUYENTES S.A.T. responde la acción a fs. 262/278 vta. Refiere en su defensa que todo el personal contratado por la empresa accede a su puesto en virtud de un proceso de selección llevado a cabo por consultores especializados que evalúan a los postulantes, en tal sentido sostiene que la empresa no contrata en forma directa al personal, por lo que de modo alguno pudo haber incurrido en un acto de discriminación.

f) Producidas las pruebas ofrecidas por las partes, quedan los autos en estado de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I. En forma preliminar debo desestimar las defensas de falta de legitimación pasiva opuestas por TRANSPORTES AVENIDA BERNARDO ADER S.A. y por LOS CONSTITUYENTES S.A.T., cuando manifiestan que realizan las contrataciones a través de procesos de selección llevado a cabo por consultores especializados.

Ello es así, porque lo que está en tela de juicio es la contratación efectiva y no el mero proceso de selección en abstracto. Si estas demandadas deciden tercerizar la etapa preliminar, deben hacerse responsable del resultado, porque lo realizan por su cuenta y orden. Es una suerte de responsabilidad objetiva, en la antigua denominación del art. 1113 del Código Civil (ley 340) (ver arts 1722, 1723, 1728 CCC, ley 26.994). Una derivación de la buena fe, vigente en todos los tiempos, es que para eximirse de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero es que no se deba responder por él (ver nuevo Art. 1731 CCC Ley 26.994). Si la empresa delegó parte de su actividad en un tercero, deberá hacerse responsable de las consecuencias de esa delegación; en este caso, el proceso de selección de personal.

II. En 2018 en la República Argentina ya no debería discutirse sobre la igualdad en las oportunidades laborales, porque así lo dice el artículo 16 de la Constitución Nacional y la evolución de la construcción de la conciencia colectiva nacional en torno a los derechos humanos. No es sólo una cuestión de género e involucra a otros colectivos vulnerables que al igual que en ese caso, encuentran obstáculos irracionales a la hora de ejercer derechos inherentes a la existencia de las personas. Pero este caso es uno planteado como consecuencia del género, así que me circunscribiré a este punto. Como bien dice la Sra. Fiscal a fs. 641, "...la equidad de género constituye un elemento esencial dentro del



paradigma del desarrollo humano y la violencia contra la mujer, en cualquiera de sus aspectos, revela un problema de derechos humanos”. Toda vez que la primera instancia no sienta doctrina y que todos nuestros esfuerzos son generalmente inobservados por el superior, en cuanto al fondo de la cuestión sobre (1) la igualdad de oportunidades que requiere la actora, (2) la representación Ad Hoc del Ministerio Público de la Defensa, (3) el carácter de interés público de la causa, me remito al excelente dictamen de la Sra. Fiscal, Dra. Liliana Noemí Picón, que obra a fs. 640/646, que debe ser considerado como parte integrante de la presente.

Además, todo lo ha dicho mejor la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “*Sisnero, Mirtha Graciela y otros C/El Taldelva SRL y otros s/amparo*”, sentencia del 20/5/2014 (y en “*Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA*”, Fallos: 333:2306) por lo que renuncio a toda vanidad de lucimiento académico y me remito a sus sólidos sus argumentos.

III. En relación a las cuestiones debatidas se produjo la siguiente prueba:

1. A fs. 58/90 la CNRT informa la nómina de mujeres que poseen licencia tipo D. A fs. 407/424 fue refrendado por la CNRT, con un informe detallado de mujeres choferes. Ello demuestra que el planteo no es abstracto.

2. A fs. 91/113 obra el CCT 460/1973 y su homologación, que tal como denuncia la actora, prevé solo la contratación de personal masculino. Agregaré, como también reconoce la actora, que en la cultura de 1973 no era imaginable que una mujer deseara ser chofer de colectivos y que por ello la norma convencional prevé que solo hombres se desempeñaran allí. En tal caso, no es un convenio que discrimina, sino uno que no ha evolucionado a la par de nuestra cultura.

3. A fs. 213 obra una nota periodística sobre una línea de colectivos de Vicente López que solo tiene choferes mujeres.

4. A fs. 218 un instructivo para obtener la licencia habilitante como Chofer profesional.

5. A fs. 349/360 obra un informe de INADI que da cuenta de tres denuncias motivadas por género en el ámbito laboral del transporte y una de ellas es la aquí actora.

6. A fs. 369 declaró Fabián Eduardo SANSIERRA, ex compañero de trabajo de la actora en Grupo Plaza, quien manifiesta haber acompañado a ésta a buscar empleo en Línea 130, 11/127, 169 y 165

cree Transporte Escalada, y que le dijeron que “no contrataban mujeres”. Esta declaración fue impugnada a fs. 373/375)

7. A fs. 381 declaró Alejandro Ramón Burgos, quien manifiesta haber escuchado cuando le dijeron que no tomaban mujeres en Transporte Escalada SAT. Esta declaración fue impugnada a fs. 387/389. A fs. 393/395 se impugna la declaración del testigo Tedeschi, apellido que en realidad corresponde al patrocinante de la parte actora, mas de la lectura del contenido impugnado se desprende que se refiere al testigo Burgos.

8. A fs. 396 la Municipalidad de Vicente López informa la nómina de personal femenino que se desempeña como chofer de autotransporte.

9. A fs. 488 la testigo Gabriela Rodríguez declaró que selecciona personal para Transporte Ader y Transporte Escalada y detalló las características que debe reunir una persona que aspira a ser chofer de colectivos.

10. A fs. 400 la testigo María Marta Domínguez declaró que trabaja en selección de personal, como psicóloga y detalló algunos aspectos que se examinan a los aspirantes a chofer de colectivos.

11. A fs. 492/503 obra un dictamen de INADI, que refiere que el caso ventilado como consecuencia de la denuncia de la actora contra la LINEA 2 y otros, se encuadra en los términos de la Ley 23.592. Debo aclarar que no existe norma alguna que habilite al INADI a realizar este tipo de procedimientos y pongo énfasis en este punto porque existe una valoración generalizada que exagera sobre los alcances de estos dictámenes, cual si fueran sentencias judiciales. El propio INADI destaca preliminarmente que el informe no es vinculante y en tal carácter consideraré este opinión.

12. A fs. 526/542 la AFIP informa sobre la nómina de mujeres que se encuentran empleadas como choferes en empresas de autotransporte. Son aproximadamente 260 personas.

13. A fs. 627 Grupo Plaza informa sobre la fecha de egreso de la actora a sus órdenes, que el mismo fue incausado y que a la fecha del informe (febrero 2017) cuenta con seis mujeres desempeñando las tareas.

14. A fs. 649/650 SAETA informa la cantidad de mujeres que se desempeñan como chofer de transporte colectivo en la región Metropolitana de Salta.

IV. Dirimidas las cuestiones procesales y sustanciales y reseñadas las pruebas producidas, me abocaré a resolver las peticiones efectuadas por la accionante, resumidas a fs. 22 y vta.:



1. No puedo condenar a ninguno de los demandados a contratar a la actora porque no ha sido probada su idoneidad. Es el único requisito que deben tener en cuenta las empresas demandadas a la hora de seleccionar personal y, dentro de ello, no constan en la causa las capacidades conductivas, sus antecedentes en el tránsito, su apego al cumplimiento de las normas, su ductilidad al incorporarse a una organización con otras personas, su perfil psicológico, su acatamiento a las consignas de organización y dirección, su capacidad psicofísica, entre otros aspectos relevantes. Parece ilustrativo, aunque no vinculante, los detalles que dieron las testigos Rodríguez y Domínguez, en cuanto a los elementos del perfil que se examina en estas búsquedas.

La hipótesis de relación sin contrato enhebrada en doctrina como consecuencia de los artículos 21 y 22 de la LCT., en el entendimiento de obligar a una empresa a tener una relación laboral, tampoco la veo posible, porque nuestro derecho a contratar está sustentado en base al consentimiento.

2. 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 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”. En este aspecto se solicitó que las empresas (4,e) *“readecuen sus políticas de selección, contratación y promoción del personal de modo tal que se tengan en cuenta las capacidades y habilidades de las personas, más allá de su género, de manera que sean respetuosos de los derechos humanos de las personas a recibir un trato igualitario y no discriminatorio”*; (4.f.) *“Que las empresas contemplen un sistema de cupos que permita equipara la situación de las mujeres, históricamente relegadas de los puestos laborales de choferes de transporte de pasajeros*.

Como ya señalé más arriba, la decisión sobre la contratación de personal excede la sola pertenencia a un género determinado. Condenar a una empresa a contratar mujeres por el solo hecho de serlas, podría ser tan inequitativo como la situación que hoy se quiere evitar, porque en los factores a considerar son muchos y diversos (ver punto 1 precedente). Sin embargo hay que dar una respuesta al razonable pedido de la parte actora, por lo que las tres empresas demandadas deberán exteriorizar por escrito un protocolo de buenas prácticas en la selección de personal, en la que deberá contemplar la cuestión de



género. Se deberá presentar en esta causa y si no mediare satisfacción de la parte actora, se remitirán las posiciones a la paritaria del CCT 460/73 para su discusión y definición en la próxima ronda de negociación.

3. No se ha probado que las empresas demandadas cuenten con vestuarios y sanitarios solo para personal masculino. Por lo tanto no puedo condenar a las empresas demandadas a crear vestuarios que preserven la integridad y dignidad de las mujeres que eventualmente trabajen allí (punto 4.g del reclamo).

4. Solicita que la demandada MTEySS (a) haga cesar la vigencia del CCT 460/73 mediante el retiro de la homologación y (b) convoque a todas las organizaciones y/o instituciones con legitimación gremial a los fines de renegociar un nuevo CCT.

Es cierto que el CCT 460/73 tiene un lenguaje sexista, que –a modo de ejemplo- prevé licencias por embarazo de la esposa del trabajador y omite consagrar derechos a las choferes mujeres. Lo mismo ocurre en la LCT en numerosas disposiciones (véase como ejemplo de gravedad el art. 248 LCT que declara derechohabiente a viuda o concubina, mas no a viudo o concubino, descartando de este modo que las mujeres trabajasen o que de su fallecimiento derivara un derecho a su núcleo primario). Sin embargo esta 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.

También destaco que los derechos humanos prevalecen a los derechos positivos formales, como sería la formulación de un CCT. Ello 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. Por ejemplo, respecto de la licencia por embarazo de la esposa del trabajador, cuando como consecuencia de la evolución cultural no es necesario ese vínculo conyugal y, de tenerlo, se admite también entre personas del mismo sexo.

La deshomologación de un CCT es un acto de gravedad tan 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.

5. 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 a la maternidad).

La autoridad de control también velará por el cumplimiento de las normas, al momento de efectuar el control de legalidad (punto 4.c de la petición) e integrará las comisiones negociadoras velando por el cumplimiento de la Ley 25.674 (punto 4.b. de la petición), porque ello es posible, teniendo en cuenta que existen trabajadoras en la actividad (ver prueba ya resumida).

El 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”.

Inexplicablemente este material de “Nuevos contenidos de la negociación colectiva” y esta actividad de la CTIO-Género no han sido invocadas en la contestación de demanda y me hubiera gustado saber qué acciones concretas está desarrollando hoy en día y en particular en



la industria del transporte de pasajeros. Por ello ordenaré que el MTEySS de intervención a la CTIO-Género, remitiéndole una copia de esta sentencia, para que ejecute las acciones de su competencia.

6. La actora pide en el punto 4.d. que se condene *al MTEySS implemente y aplique los mecanismos de fiscalización y sanción apropiados para garantizar que las empresas del sector del transporte público cumplan con lo acordado en el nuevo Convenio Colectivo y con las disposiciones legales vigentes en materia de igualdad de trato y oportunidades con respecto a las mujeres aspirantes a trabajar como choferes de colectivo*".

La parte actora pide se fiscalice sobre un hecho futuro e incierto. Ya he narrado más arriba las dificultades que el Convenio 98 de la OIT plantea a la hora de pretender imponer un contenido a la negociación colectiva, por lo que lo que peticiona es relativo a algo que no existe y que no se sabe si existirá, aunque todos deseáramos que estuviese.

Aún así, una sentencia judicial 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.

Dice Carlos María Cárcova, (en "Subrogancias. Fuegos... "fatuos"?", diario Página 12, 28/7/2015), que *"es conocido que muchos autores significativos y corrientes teóricas del pensamiento jurídico contemporáneo reputan al judicial como un poder contramayoritario, el único no elegido sino muy indirectamente por la ciudadanía. Aunque tengo muchos argumentos para oponer a esa y otras tesis similares, estoy convencido de 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.

V. 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.

FALLO: Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por **ERICA BORDA** y condenar en consecuencia, a LOS CONSTITUYENTES S.A.T., TRANSPORTES AVENIDA BERNARDO ADER S.A. y TRASPORTE ESCALADA S.A.T., en los términos del Considerando IV.2 de la presente. Condenar al ESTADO NACIONAL (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social) en los términos del Considerando IV.5. 2) Costas en el orden causado (cfr. art. 68 del C.P.C.C.N.). 3) Regulo los honorarios de la representación y patrocinio de las demandadas LOS CONSTITUYENTES S.A.T., TRANSPORTES AVENIDA BERNARDO ADER S.A., TRASPORTE ESCALADA S.A.T. y ESTADO NACIONAL (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social), en las sumas de 18.000, 18.000, 18.000 y 20.000, respectivamente, expresados en valores vigentes a la fecha del presente pronunciamiento. 4) Cúmplase con el registro previsto en la Acordada 32/2014 de la CSJN. 5) Cópiese, regístrese, notifíquese y, oportunamente, con citación fiscal, archívese.

Raúl Horacio Ojeda
Juez Nacional