



Poder Judicial de la Nación

CAMARA COMERCIAL - SALA C

**INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO
LINIERS S.A.I.C. s/ORGANISMOS EXTERNOS**

Expediente N° 1651/2021/CA01

Buenos Aires, 09 de agosto de 2021.

Y vistos:

1. Vienen apeladas las Resoluciones Generales N° 34/2020 y N° 35/2020 de la IGJ que, en lo que aquí interesa, dispusieron que ciertas sociedades anónimas -entre las que se encuentran las actoras- debían respetar la diversidad de género en la composición de sus órganos de administración y fiscalización, procediendo a integrarlos con la misma cantidad de mujeres que de hombres.

Para así proceder, el organismo expresó que actuaba en ejercicio de las facultades reglamentarias que le concedían las normas que citó y, en cuanto al fondo de la cuestión, invocó los artículos 37 y 75 de la Constitución Nacional, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ratificada por nuestro país mediante la ley 23.179, como así también las leyes 27.412, 26.485, 27.499, 19.550, 22.315, 22.315 y 26.994 y la Resolución General IGJ N° 7/2015.

2. Las apelantes sostienen que, utilizando como argumentos el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar por razones de género y mediante profundas y extrapoladas consideraciones sobre normas, tratados y convenciones internacionales, la IGJ les ha impuesto una condición en la conformación de esos órganos que no surge de la ley.

Ponen de manifiesto que las potestades administrativas no son absolutas e ilimitadas, sino razonables y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido.

Desde tal perspectiva, concluyen que la IGJ no se encuentra facultada para imponerles una condición que no surge del texto de la LGS y



que restringe su derecho a elegir libremente y en base a la experiencia profesional de los interesados, que son aspectos esenciales para la constitución de una sociedad y para el desarrollo fructífero de los negocios.

En ese marco, manifiestan que la imposición de esa obligación bajo pena de dar intervención al INADI y al Ministerio de las Mujeres y Diversidad de la Nación, constituye un verdadero avasallamiento de los derechos de los accionistas.

3. Antes de dar respuesta al planteo, se impone señalar que, por su importancia y profundidad, el tema abordado en las resoluciones impugnadas interpela a la Sala en términos que no le permiten evadir su sustancia.

El asunto concierne, nada menos, que al mismo concepto de igualdad constitucional y a su contracara: la prohibición de discriminar.

La Historia de la Humanidad muestra cuán difícil ha sido lograr que temas como ese pudieran ser *seriamente* puestos en la agenda, lo cual nos genera el compromiso de hacernos cargo de las altas finalidades que han inspirado a la IGJ en la ocasión y a tener presente por dónde transita la cuestión.

Doctrina que compartimos destaca que la noción de “igualdad frente a la ley”, traducida en la prohibición de efectuar discriminaciones arbitrarias, puede, según los casos, ser insuficiente para cubrir las exigencias de la igualdad como garantía constitucional (Roberto Saba, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007; Fortunato, Cristina B. – Prono, Javier R., “La resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia y los derechos de la mujer”, *La Ley*, 14/12/2020; Fernández de Andreani, Patricia A, *La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de paridad de género*, LA LEY 14/08/2020; Ciolli, María Laura, “Hacia la igualdad real de las personas en





Poder Judicial de la Nación
CAMARA COMERCIAL - SALA C

clave constitucional y convencional. Comentario a la res. Gral. 34/2020 y la res. Gral. 35/2020, ambas de Inspección General de Justicia de la Nación.”, La Ley, Cita online: AR/DOC/3803/2020; Mata, Juan Ignacio, “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, La Ley, 06/10/2020, Cita online: AR/DOC/3218/2020; Daniel Roque Vítolo, "Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. De las recomendaciones y acciones impositivas a la imperatividad", La Ley, 12/07/2021).

Esa garantía, así, puede exigir más que esas prohibiciones en abstracto, para, en cambio, apuntar a un objetivo concreto a ser alcanzado con criterio de realidad, esto es, sobre un escenario de hecho que permita afirmar que esa ley que se pretende igual para todas las personas es *verdaderamente* igual.

El criterio tradicional de igualdad debe ser, entonces, un piso mínimo y necesario, pero insuficiente cuando lo que se enfrenten sean desigualdades estructurales que muestren que, por hallarse en situación de postergación, ciertas personas también se encuentran impedidas de acceder a los beneficios de esa igualdad legal, que a su respecto se presenta meramente declamatoria.

4. El aludido concepto tradicional de igualdad se encuentra previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional; pero junto a él aparece esa nueva concepción que, aunque no consagrada expresamente en ninguna norma, surge inequívoca del reconocimiento constitucional de las llamadas “acciones positivas” (art. 75 inc. 23 CN), que confirman que el constituyente ha aceptado que de nada vale que la ley asegure igualdad de trato a un sujeto si, por razones vinculadas a su realidad, ese sujeto jamás ha de encontrarse, siquiera, en la situación contemplada en la norma que debería ser aplicada a su respecto.



La igualdad frente a la ley o igualdad “estática” o “formal” debe entenderse complementada, entonces, con un concepto dinámico de ella que apunte a la “realidad” que es objeto de esa regulación legal (art. 75 inc.19 CN), detrás de todo lo cual se halla la admisión de que la asimilación jurídica entre personas cuyas realidades difieren puede conducir a que esa "igualdad jurídica" solo termine siendo una "ficción de igualdad" (Fortunato, Cristina B-Prono, Javier R, op. cit.).

5. En lo que atañe al asunto que ahora nos ocupa, la necesidad de asignar ese trato superior de situaciones estructurales de postergación debe considerarse aplicable a las mujeres, lo cual es entre nosotros verdad constitucional, pues es la misma Constitución la que las presume (a las mujeres) en esa situación al mencionarlas expresamente en su art. 75 inc. 23.

Esa concepción de las cosas se ratifica por la llamada "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (CEDAW) que busca, como su propio nombre lo indica, eliminar *toda* discriminación en este ámbito, cualquiera que sea su forma.

Dos temperamentos -entre otros- acompañan esta interpretación: por un lado, como se dijo, el reconocimiento de las *medidas de acción positiva* que efectúa el citado art. 75 inc. 23; y, por el otro, lo establecido en el art. 75, inc. 19 de la misma Carta Magna en cuanto dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden la igualdad de oportunidades sin ninguna discriminación.

De ese plexo normativo -que se integra con las demás normas citadas por la IGJ- resulta, sin hesitación, que todo obstáculo que impidiera la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que es exigida por el art. 4 de esa Convención, debería ser removido por medio de esas acciones positivas, si el caso lo exigiera.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA COMERCIAL - SALA C

6. No obstante, esto es tan cierto como que la tarea excede la competencia reglamentaria del Inspector a cargo de la IGJ.

El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso:

“...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato...en particular respecto de..., las mujeres...” (sic).

En términos generales, vale admitir que, más allá de la literalidad del texto, esa atribución no es solo del Congreso, lo cual no es sino consecuencia de que estamos ante normas jerárquicamente superiores de las que resultan derechos que, como los regulados en la CEDAW, deben considerarse operativos.

No obstante, la decisión de otorgar a esos derechos contenidos específicos que de antemano no tienen y que imponen, como contracara, restringir otros derechos que resultan de la ley sustancial, sí exige tratamiento legislativo.

Es decir: si, por la naturaleza y contenido de lo regulado, la “acción positiva” que se adopta concierne a derechos de fondo que hacen a la materia legislativa, su alteración solo puede resultar de una ley sustancial y se encuentra vedada a la Administración.

De lo contrario, se ingresa en el art. 99 de la Constitución en cuanto establece que el Poder Ejecutivo *“...no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo...”*.

Es una exigencia de la división de poderes y de nuestra democracia republicana, que, en su sentido más profundo, denota que las leyes en sentido sustancial son límites al poder público, que no solo se encuentra sometido al principio de legalidad en su actuación, sino también en su



obligación constitucional de respetar los derechos de los particulares cuya regulación compete al Congreso.

Ese es el sistema que, en lo que ahora nos interesa, surge de los artículos 28, 99 y 76 de la Constitución Nacional, que encuentra paradigmática expresión en los límites que esa misma Constitución impone a la facultad reglamentaria que reconoce al Presidente de la Nación.

Del citado art. 99 surge que la Administración puede dictar normas para la mejor ejecución de las leyes, pero no puede alterarlas, ni contrariar su espíritu, ni restringir -en lo que importa ahora- los derechos que a los particulares hubieran sido así reconocidos.

7. Eso es lo que, a nuestro juicio, ocurrió en el caso, en el que la IGJ adoptó medidas de protección o “discriminación inversa” que, aunque inspiradas en loables propósitos, alteraron la regulación establecida en la LGS.

Si el temperamento cumplió o no con el desafío constitucional de establecer cuándo, en su caso, es necesario *introducir diferencias para producir como resultado la igualdad*, es asunto que ahora no interesa.

No interesa porque es abstracto, dado que, cualquiera que fuera la conclusión a la que se arribara, igualmente las resoluciones en cuestión deberían ser dejadas sin efecto, dado que el “mecanismo de compensación” que en ellas se concibió para proteger a las mujeres importó esa alteración de la ley y, en esa misma medida, excedió las facultades reglamentarias de la IGJ.

8. A ello se agrega que, por su naturaleza, lo que allí se reguló fueron derechos de fondo en términos que no podían ser de ese modo dispuestos.

Determinar si el mecanismo adecuado para proteger a las mujeres es el de fijar cuotas que garanticen su participación, cuál es la medida a asignar a esas cuotas, cuáles son los sujetos que deben aplicarlas -o si para todos da lo mismo- y cuáles son, en su caso, las consecuencias de su





Poder Judicial de la Nación
CAMARA COMERCIAL - SALA C

incumplimiento, remite a atribuciones que deben considerarse del Congreso (art. 75 inc. 12).

Ese cupo automático no solo importó imponer una obligación a quienes antes no la tenían, sino también descartar a otros postulantes por el solo hecho de no pertenecer al grupo tutelado, postergando -en su caso- a otros colectivos que pudieran encontrarse en similar grado de vulnerabilidad, todo lo cual evidencia que estamos ante materias que no encuadran dentro de la noción de “reglamentación” que el señor Inspector a cargo de la IGJ invocó.

9. La cuestión tampoco es tan lineal en sus demás planos.

En lo sustancial, la regulación societaria que aquí interesa tiene por norte, no el cuidado de los derechos de quienes administran o fiscalizan un ente de esa especie -en nuestro caso, los derechos de las mujeres que habrían de ser nombradas-, sino los de la sociedad destinataria de la gestión, los de sus socios y los de los terceros.

Esos derechos se protegen imponiendo a los integrantes de esos órganos obligaciones de medios, que, en tanto fundadas en la confianza que en ellos se tiene y en los estándares de lealtad y diligencia que se les imponen (art. 59, 274 y cc LGS), deben considerarse *intuitu personae*, todo lo cual, por lo menos, genera el interrogante acerca de si verdaderamente estamos en un ámbito en el cual el sexo o la orientación sexual de los nombrados debe o no ser relevante.

La llamada “perspectiva de género” no impone siempre decidir a favor de la mujer, sino impedir que ella sea postergada por el hecho de serlo; y, si bien parece indudable que las “acciones positivas” ya vistas son temperamentos que se encaminan a ese objetivo sobre la base de “preferir” al grupo a cuya tutela se ordenan, esa preferencia no puede realizarse a expensas de derechos de otros sujetos que también cuenten con amparo constitucional.



Lo dicho se ve claro en materia de salud, ámbito en el cual a nadie se le ocurriría exigir a quien se encuentra enfermo que, en vez de preocuparse de encontrar los servicios médicos adecuados para su problema, atienda a los derechos que al profesional respectivo pudieran corresponder según su orientación sexual.

Si esto parece claro, podría no ser menos que tampoco puede seguirse ese criterio para imponer una abogada a un cliente, ni una pintora a quien contrata una pintura artística, ni, en fin, una administradora, al dueño del bien a ser administrado: en esos casos -como ocurre en tantísimos otros fundados en relaciones *intuitu personae*- lo dirimente no puede ser el sexo o la orientación sexual del prestador, sino el derecho del enfermo, del cliente o del administrado o de quien haga sus veces, a contratar a la persona de su confianza, que hace a la “causa fin” de lo que contrata.

10. Por lo expuesto, se resuelve: hacer lugar al recurso y, en consecuencia, dejar sin efecto las resoluciones apeladas. Costas por su orden, dada la naturaleza de la cuestión.

Notifíquese por secretaría.

Cumplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN).

JULIA VILLANUEVA

EDUARDO R. MACHIN

RAFAEL F. BRUNO
SECRETARIO DE CÁMARA

En la misma fecha se registró la presente en el protocolo de sentencias del sistema informático Lex 100. Conste.

RAFAEL F. BRUNO
SECRETARIO DE CÁMARA

