

13 de agosto de 2021

CON PRUDENCIA Y EN PUNTILLAS: MUJERES EN EL DIRECTORIO

El debate recién empieza: discriminación, igualdad ante la ley, acciones positivas...

El tema es importante y, además, delicado. Por eso intentaremos, más que adelantar opiniones, difundir lo que ha dicho la Cámara de Apelaciones en lo Comercial acerca de una polémica decisión de la Inspección General de Justicia (IGJ) que exigió a las sociedades anónimas que incorporaran mujeres a sus directorios.

No es necesario explicar por qué el tema es importante. Quizás, en cambio, haya que aclarar por qué lo consideramos delicado: muchos de quienes participan del debate lo hacen desde posiciones y argumentos emocionales (absolutamente lícitos, por supuesto). Muchas veces, una explicación de ciertos aspectos técnicos –como la que intentaremos nosotros– los dejará de lado. Eso no debe tomarse como una subestimación de aquéllos sino un intento de acotar la extensión de nuestra tarea.

Por consiguiente, estos comentarios podrían ser considerados incompletos y parciales. Y quien piense así estará en lo cierto.

Otra explicación previa: la IGJ es un organismo local (esto es, sus facultades se aplican sólo en la ciudad de Buenos Aires, una de las tantas jurisdicciones en que se divide la Argentina, un país federal). Tiene como finalidad el contralor de varios tipos de per-

sonas jurídicas, incluyendo las sociedades anónimas y las fundaciones.

En 2020, mediante dos resoluciones, la IGJ dispuso “que ciertas sociedades anónimas 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”.

Al hacerlo, dijo que “actuaba en ejercicio de las facultades reglamentarias” que le concedían varias leyes. Y para exigir la integración de las mujeres en los directorios 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 ley por la Argentina y varias leyes más.

El primero de esos artículos de la Constitución dice que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

El otro (el 75) establece que “la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [y otras convenciones internacionales sobre derechos hu-

manos] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional [...] y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías [...] reconocidos [por la Constitución]”.

Ese mismo artículo 75 también dice que “corresponde al Congreso [...] legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de [...] las mujeres [...]”.

Dos sociedades anónimas apelaron esa norma de la IGJ, sobre la base de que “utilizando como argumentos el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar por razones de género y mediante profusas y extrapoladas consideraciones sobre normas, tratados y convenciones internacionales, la IGJ les impuso *una condición* en la conformación de esos órganos *que no surge de la ley*”.

También dijeron que “la IGJ no se encontraba facultada para imponerles una condición que no surge del texto de la Ley General de Sociedades, 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”.

Para las apelantes, “la imposición de esa obligación constituía un verdadero avasallamiento de los derechos de los accionistas”.

Como anticipamos, el tema es importante y delicado. Por eso, al decidir, la Cámara de

Apelaciones¹ (a nuestro parecer, *con prudencia y en puntillas*), creyó necesario señalar que, “por su importancia y profundidad”, el tema “interpela [al tribunal] en términos que no le permiten evadir su sustancia” [pues] “concierno, nada menos, que al mismo concepto de igualdad constitucional y a su contracara: la prohibición de discriminar”.

La Cámara dijo que “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”.

El tribunal sostuvo 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”.

En otras palabras, prohibir la discriminación, por sí misma, no permite alcanzar la igualdad ante la ley: “esa garantía 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”.

Para el tribunal, “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

¹ In re “Inspección General de Justicia c. Línea Expreso Liniers SA”; CNCom (C), Exp. N° 1651/2021/CA01, 9 de agosto de 2021.

encuentran impedidas de acceder a los beneficios de esa igualdad legal, que a su respecto se presenta meramente declamatoria”.

El concepto tradicional de igualdad ante la ley “se encuentra previsto en el artículo 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” [en el artículo 75 de la Constitución, transcripto más arriba] 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*”.

Para la Cámara, “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, 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”.

En el caso, “la necesidad de asignar ese trato superador 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 el artículo 75.

“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 *to-*

da discriminación en este ámbito, cualquiera que sea su forma”.

Según el tribunal, “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 artículo 75 y, por el otro, lo establecido en [otro inciso de ese artículo] en cuanto dispone que [es] el Congreso [quien] debe sancionar leyes que consoliden la igualdad de oportunidades sin ninguna discriminación”.

De todas esas normas “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”.

Hasta aquí, la Cámara no hizo más que reconocer la constitucionalidad de ciertas normas que de alguna manera intentan *forzar* la resistencia a la igualdad ante la ley.

Pero agregó una consideración fundamental: “*la tarea excede la competencia reglamentaria [...] de la IGJ*”.

Para el tribunal, la facultad que se atribuyó la IGJ “corresponde al Congreso”, pues es sólo éste quien, según la Constitución, tiene la capacidad de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato [...] en particular respecto de [...] las mujeres”.

El tribunal fue enfático en este punto: “la decisión de otorgar a esos derechos [a la igualdad] contenidos específicos que de antemano no tienen y que imponen, como contracara, restringir otros derechos que resultan de la ley sustancial, *exige tratamiento legislativo*”.

“Es decir”, aclaró el tribunal (e hizo bien en hacerlo) “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”, continuó, “se ingresa en el artículo 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...”.

Ésa “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”.

El tribunal insistió (a nuestro juicio correctamente) en la existencia de límites a las facultades del Poder Ejecutivo (del que depende la IGJ): “ése es el sistema que, en lo que ahora nos interesa, surge 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”.

Si bien “la administración puede dictar normas para la mejor ejecución de las leyes, no puede alterarlas ni contrariar su espíritu, ni restringir los derechos que a los particulares hubieran sido así reconocidos”.

Y cerró la cuestión: “Eso es lo que, a nuestro juicio, ocurrió en el caso, en el que la IGJ adoptó medidas de protección o “discrimina-

ción inversa” que, aunque inspiradas en loables propósitos, alteraron la regulación establecida en la Ley General de Sociedades”.

Luego de referirse a la razonabilidad de las *acciones positivas* y a la inexistencia de facultades de la IGJ para dictarlas, entró en otro tema, quizás el más álgido de todos: esto es, determinar si la norma impuesta por la IGJ “cumplió o no con el desafío constitucional de establecer cuándo es necesario *introducir diferencias para producir como resultado la igualdad*”.

Y dijo que ése “es asunto que ahora no interesa”. Y “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 una alteración de la ley y, en esa misma medida, excedió las facultades reglamentarias de la IGJ”.

Además, “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 incumplimiento, remite a atribuciones que deben considerarse del Congreso”.

“Ese cupo automático [de mujeres] 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 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 la IGJ invocó”.

El tribunal reconoció la dificultad del asunto (tal como ha ocurrido en muchos otros países)²: “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 el 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”.

Y aquí el tribunal entró en terreno conflictivo: “Esos derechos [de las sociedades anónimas] se protegen imponiendo a los integrantes de sus 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, 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*”.

Según la Cámara (y con prudencia y en puntillas estamos de acuerdo con ella) “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 cuentan con amparo constitucional”.

E ilustró la cuestión con buenos ejemplos: “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 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 a contratar a la persona de su confianza, que hace a la ‘causa fin’ de lo que contrata”.

Sobre esas bases, el tribunal dejó sin efecto las exigencias del llamado “cupos femeninos” *en el caso puntual de esas dos sociedades*.

Éste es uno de los primeros casos (si no es el primero) que llegan a los tribunales referidos a los cupos femeninos en los directorios. La cuestión será seguramente vuelta a plantear en el futuro, porque ofrece numerosos flancos para la discusión. El último argumento de la Cámara no es desdeñable: no se trata tanto de tener en cuenta el interés de los postergados (como pueden serlo las mujeres), sino el de las personas jurídicas a las que se

² En los Estados Unidos (cuya constitución sirvió de base a la nuestra, la cuestión suscitó varios casos que fueron resueltos por la Suprema Corte de ese país. El que guarda más semejanza con lo discutido aquí es “*Bakke*” –*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)– en el que un hombre blanco cuestionó la constitucionalidad de los cupos que favorecían a minorías raciales y sexuales. La Corte convalidó la existencia de la acción afirmativa pero se opuso al establecimiento de cupos específicos.

les *impone* (palabra que “traerá cola”) una solución determinada.

Otra cuestión importante ha de ser la relativa a la identificación de los grupos o segmentos que, por haber sido discriminados en el pasado, han de ser ahora ‘compensados’ (usando el verbo que utilizó el tribunal) con

posiciones en los órganos de administración de entidades privadas.

El Filosofito, que nos lee en borrador, nos hace notar que el tribunal usó el ejemplo del administrado al que se le impone un administrador para demostrar lo erróneo de la ‘solución’ aplicada por la IGJ. Y otro nombre para los directores de sociedades anónimas es, precisamente, “administrador”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**