

UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS: ACCESO AL TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

A HUMAN RIGHTS ISSUE: ACCESS TO WORK OF PERSONS WITH DISABILITIES

*Carla Saad***

Resumen: El fallo que se analiza trata la acción negativa de una empresa provincial ante el pedido de ingreso a la planta de personal por “cupo” de una persona con discapacidad. Desde los preceptos de la igualdad y no discriminación, se pone acento en el encuadre de derechos humanos, en especial, en la Convención sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad.

Palabras-clave: Acceso al trabajo - Personas con discapacidad - Cupo laboral

Abstract: The judgement that is analyzed deals with the negative action of a provincial company before the request to enter the staff plant for covering the “quota” of persons with a disability. From the precepts of equality and non-discrimination, emphasis is placed on the framework of human rights, especially in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: Access to work - People with disabilities - Work quota.

Sumario: I. Cuestiones fácticas.- II. Argumentos del fallo.- III. Personas con Discapacidad (PCD) y trabajo. Una cuestión de derechos.- IV. El derecho de acceso de la PCD al empleo público.- V. Sobre la interpretación de los principios de igualdad y no discriminación.- VI. De las denominaciones determinantes.- VII. Reflexiones finales.

*Trabajo presentado el 7 de marzo de 2018 y aprobado para su publicación el 25 del mismo mes y año.

**Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora de “Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución Pacífica de Conflictos”, Tutora Académica “Práctica Profesional III”, ambas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Directora del proyecto “Impacto de los Derechos Fundamentales en los derechos de las relaciones de dependencia de los trabajadores con discapacidad”, SECYT-UNC, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba - Unidad Ejecutora CONICET, Argentina. (E-mail: carla-saad@derecho.unc.edu.ar).

I. Cuestiones fácticas

El fallo trata del reclamo de una persona con discapacidad que interpone una acción de amparo por ante la Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativa de Primera Nominación, Río Cuarto, Provincia de Córdoba, contra la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) solicitando su incorporación como personal en la planta permanente, delegación Río Cuarto, con fundamento en la ley nacional 22.431 (artículo 8º) y la ley provincial 5624 (artículo 2º) que contemplan la obligación de las empresas estatales de incorporar a la planta efectiva de personal permanente un porcentaje de personas con discapacidad, cuatro (4%) en la Nación y cinco por ciento (5%) en la provincia respectivamente.

Relata el fallo que el actor describe que fue diagnosticado con una enfermedad a principios del año 1990, lo que le provocó sufrir innumerables trastornos que ocasionaron la necesidad y, finalmente, la obtención del “certificado de discapacidad”. Sigue manifestando que luego de haber cursado notas a distintos organismos públicos, solicitando información sobre el cumplimiento del cupo de ingreso a planta permanente destinado por ley en favor de las personas con discapacidad sin resultado positivo, se presentó ante EPEC y en función de la sugerencia que allí le hicieron, envió su currículum vía e-mail el 2 de octubre de 2013, requiriendo su incorporación a la empresa en uso del cupo de discapacidad.

En orden a la historia de los hechos sucedidos, sigue el relato describiendo los actos administrativos realizados luego del pedido inicial: el 18 de noviembre de 2013 solicitó información -nuevamente- respecto del cupo laboral fundado en la ley 8803 de “acceso a la información pública”, sin contestación; el 28 de octubre de 2014 recibió una citación de Recursos Humanos de la empresa para presentarse en el área de ingresos, se le practicaron los exámenes médicos requeridos para el ingreso de personal y luego presentó toda la documentación que le fue solicitada, tras lo cual no fue llamado a integrar la planta efectiva; el 20 de marzo de 2015 intimó por carta documento a la empresa para que se le informe si había decisión respecto de su ingreso; en junio del mismo año, EPEC le respondió por carta documento que “no se encontraba apto para desempeñar eficazmente el puesto a cubrir”; con fecha 7 de julio de 2015, el actor interpuso recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio, prosiguiendo la vía administrativa, fundado en el hecho de que, si bien la demandada no se expidió al respecto, lo citaron telefónicamente para que se presente en la división médica; el 22 de julio de 2015 se presentó y el médico auditor le informó que el Directorio había decidido darle el “apto” para ocupar un cargo por cupo de discapacidad, sin embargo tuvo que intimar, nuevamente, mediante carta documento a la empresa para que dé cumplimiento a la solicitud de ingreso, sin resultado positivo; el 24 de agosto de 2015 presentó pronto despacho y, ante el silencio de la empresa, el 22 de septiembre de 2015 quedó agotada la vía administrativa y expedita la acción de amparo que finalmente interpuso.

El actor encuadró su reclamo en la acreditada violación a un derecho constitucional “como lo es el acceso al trabajo y aún más, el derecho de todo discapacitado a que se le

dé respuesta rápida y expedita a una solicitud de cumplimiento de un derecho”. Puso de resalto el actuar arbitrario e ilegal mantenido por la empresa respecto del cumplimiento de las leyes y, finalmente, solicitó se hiciera lugar a la acción de amparo con costas.

La empresa EPEC presentó el informe previsto en el artículo 8º de la ley 4915 y solicitó el rechazo de la acción con fundamento en la inadmisibilidad de la vía, sin realizar argumento alguno respecto de la cuestión de fondo pretendida por el actor.

Finalmente, la Cámara resolvió admitir la acción de amparo y hacer lugar al reclamo del actor, ordenando a la empresa a incorporar al actor en su planta permanente por “cupo de discapacidad”, respetando los términos de la ley 5624 y mod. (artículo 2º) en un plazo de diez días de quedar firme el pronunciamiento.

II. Argumentos del fallo

La sentencia fija la cuestión controvertida respecto de la admisibilidad formal del recurso de amparo y también sobre el reclamo de derechos que constituyen el fondo del conflicto, es decir, el derecho de acceso al trabajo de una persona con discapacidad en empresas estatales.

Respecto de la procedencia formal del recurso de amparo, la Cámara se adhiere a los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia en orden al principio general “que la acción que contemplan los artículos 48 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y 43 de la Constitución Nacional no ha dejado de ser excepcional y subsidiaria, cuya viabilidad queda supeditada a la inexistencia de otra vía judicial más idónea, entendiéndose por tal “la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente” y, si bien no puede sostenerse como requisito de procedencia la carencia de otra alternativa eficaz para la tutela del derecho que se invoca como conculcado, no cabe admitirlo cuando esa protección sea susceptible de ser obtenida a través de otro procedimiento administrativo o jurisdiccional que, frente a las particularidades del caso, se presente como el más idóneo”. Pero, a pesar de existir como vía la interposición de una acción contencioso-administrativa, se reconoce que conforme estar en juego principios de orden constitucional como son el derecho a la salud y el derecho al trabajo “combinados de manera tal que lo pretendido por el actor se circunscribe a lograr la aplicación de las normas vigentes que otorgan a personas menoscabadas en su salud la posibilidad de acceder a cargos en la administración pública”, la interpretación de la norma debe serlo en la naturaleza de la figura del “amparo”, esto es, la “efectiva protección de los derechos más que una ordenación o resguardo de competencia (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201; 332:1952, entre otros), protección que debe ser más propia y menos formalista a tenor de la esencia o calidad del derecho a tutelar (cfr. Morello, Augusto M. y Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense S.R.L., Avellaneda, 1998, pp. 31/32) (...)” (TSJ, en pleno, Sentencia Nº Dos, 15/04/2015, “Campo Teófilo César c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba - Amparo - Recurso de Casación”, expte. 408858”).

En el caso en cuestión, la falta demostrada de respuesta de la empresa ante reiterados reclamos sobre derechos de orden constitucional (salud y trabajo) sumado a la situación de vulnerabilidad del actor (persona con discapacidad) habilitan la excepción de la regla general quedando expedita la vía procesal elegida.

Superado el tema de la admisibilidad y habilitada la vía, avanza la sentencia sobre el análisis de las cuestiones de fondo. Si bien el actor invoca en el reclamo la violación del derecho al trabajo y a la salud ante el incumplimiento de la empresa, encuentra la sentenciante que surge “tácitamente” denunciada una violación a la igualdad y a la no discriminación con fundamento en el requerimiento de ingreso al trabajo por cupo de discapacidad (artículo 2º, ley provincial 5624) y la falta de respuesta de la administración. Precisamente, esta inacción u omisión es la que configura el “acto lesivo y perjudicial” porque su consecuencia es la imposibilidad de ejercicio de un derecho otorgado por una manda legal, lo que torna el acto en ilegal.

Esta omisión también es valorada conforme la actitud asumida por la demandada, tanto en sede administrativa como en el proceso judicial. De la faz administrativa queda prueba de los sucesivos reclamos del actor hacia la demandada, desde el 2013 al 2015 y en sede judicial, de la falta de fundamentación sobre el fondo de la cuestión tratada bajo la acción de amparo, limitándose su defensa a la inadmisibilidad de la vía intentada.

Párrafo aparte merece la acreditación de la condición de discapacidad del denunciante, condición que habilita el “cupos” peticionado. En la sentencia se valora la incorporación del “certificado de discapacidad” como prueba suficiente para la acreditación de la condición.

Finalmente, se ordena a la EPEC que, según lo prescribe el artículo 2º, ley 5624, incorpore al actor a planta permanente dentro del “cupos de discapacidad”.

III. Personas con Discapacidad (PCD) y trabajo. Una cuestión de derechos

Ponemos especial interés en esta sentencia por cuanto no hay suficiente cantidad de reclamos de personas con discapacidad y consecuentes pronunciamientos judiciales respecto del ejercicio del derecho al trabajo. Es que, el tema traído a cuestión, interesa sobremedida a los nuevos paradigmas de construcción de normas dirigidas al colectivo de las personas con discapacidad.

Los fundamentos legales del fallo que comentamos se limitan a invocar la norma que directamente fue violada, esto es una ley de regulación del empleo público provincial (ley 5624, provincia de Córdoba) referenciando su naturaleza constitucional, aunque limitada a la protección del derecho a la salud y del derecho a trabajar. Pero, el derecho al trabajo, entendido como un derecho humano, impone al sistema legal de regulación del empleo ser adecuado a la normativa internacional de derecho interno, como es la inserción de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino dada por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

La “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (1) (CPCD) fue dictada bajo el paradigma del *modelo social* superador del *modelo médico rehabilitador* (2), así la discapacidad deja de ser un atributo de un individuo para pasar a ser una construcción social, es decir, frente al impedimento físico, intelectual o sensorial a largo plazo de una persona, la discapacidad se configura con la dimensión social -cómo responde esa sociedad respecto de las barreras culturales y sociales que se imponen e impiden el desarrollo de las capacidades de la PCD-. El *modelo social* no pierde al individuo (persona) pero incorpora a la sociedad, con la que conforma un verdadero sistema. Sociedad y derechos humanos son las nuevas dimensiones que permiten reconocer en las personas con discapacidad su dignidad, su derecho a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, a la autonomía, a la libertad personal.

Respecto del *trabajo*, la Convención posiciona a las PCD para ejercer sus derechos en “iguales condiciones que las demás”, que respecto al ejercicio del “derecho al trabajo” (artículo 27, CPCD) debe entenderse como el *derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad*. Bajo este precepto, *se instruye a los estados* tomar acciones, entre ellas: *prohibir la discriminación en selección, contratación y continuidad en el empleo, y en la promoción profesional; *proteger a las PCD, asegurando condiciones de trabajo justas, igualdad de oportunidades y de remuneración, del acoso laboral y en la reparación de agravios; *promover el empleo en el sector privado mediante políticas pertinentes; *velar por ajustes razonables en el lugar del trabajo, entre otras. También se les debe asegurar no ser sometidas a esclavitud ni servidumbre y deben estar protegidas contra el trabajo forzoso u obligatorio. Bajo los preceptos enunciados podemos afirmar que la Convención refuerza la idea de “autonomía” e impone a la sociedad -en este caso al mercado de trabajo- propiciar un entorno abierto, inclusivo y accesible, imponiendo como obligación directa del estado de incluir a PCD.

Bajo estos preceptos, el estado toma como técnica legislativa la inclusión de un “cupo” dentro de las plantas de personal de la administración pública (nacional, provincial y municipal) como medida de acción positiva.

IV. El derecho de acceso de la PCD al empleo público

En materia de empleo público, por ley 22431 (modif. ley 25689) se pone en cabeza del Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos

(1) Convención adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley 26378 (2008) y con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, bajo la ley 27044 del año 2014.

(2) En el modelo rehabilitador (también llamado médico o individual), se consideraba que la discapacidad de la persona tenía un origen biológico y psicológico, por lo tanto, el punto de protección debía estar puesto en la rehabilitación que lleve al individuo a gozar de la manera más próxima posible de estándares preestablecidos científicamente como índices de normalidad.

no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos la obligación de contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo.

Esta obligación de contratación se refleja en la imposición de un cupo del plantel de personal, en proporción no inferior al 4% de la totalidad, con la obligación de establecer reservas de puestos de trabajo para ser exclusivamente ocupados por ellas.

A fin de asegurar la incorporación, se determina que las vacantes deberán ser respetadas con trabajadores con discapacidad que acrediten las condiciones para el cargo, previendo que en los sistemas de selección de personal se garanticen las condiciones y se provean las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación a esos puestos de trabajos ofrecidos.

Avanza la ley al establecer que en el caso que el ente no haya relevado y actualizado sus datos sobre cantidad de cargos cubiertos con personas con discapacidad, éstos podrán hacer valer, de pleno derecho su prioridad. En casos de incumplimiento, los responsables de esos entes podrán ser incriminados con el cargo de “incumplimiento a los deberes de funcionario público”, sanción extendida a los funcionarios incumplidores de empresas que concesionen servicios públicos.

Sin dudas, la ley nacional vigente apunta a fortalecer el ingreso de las personas con discapacidad al empleo público, haciendo extensiva la obligación a aquellas empresas con relación directa con el estado nacional, asegurando:

- cupo no inferior al 4% del plantel de personal,
- obligación de reserva de puestos para personas con discapacidad,
- derecho de prioridad ante el incumplimiento del cupo mínimo,
- concurso con control del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social,
- posibilidad de sanción al responsable ante la falta de cumplimiento.

En Córdoba, la ley provincial 5624 (ref. por ley 8834), establece el deber de reserva por parte de la administración pública, organismos descentralizados o autárquicos, entes públicos no estatales y empresas del Estado, como mínimo, un cupo del 5% de su planta de personal, cargos destinados a ser cubiertos por personas con discapacidad. Pero a diferencia de la ley nacional, no establece ningún tipo de sanción efectiva que respalde la imposición legal. Entonces, impuesta la obligación y verificado el incumplimiento, cabe al afectado el inicio de acciones respecto de su incorporación fundada en discriminación pretendiendo un puesto dentro del “cupo” legal, pero no existe sanción -prevista por la ley- para el funcionario incumplidor.

Precisamente, en los argumentos que fundan el fallo que comentamos, las sentenciantes encuentran en la base fáctica de la acción, aunque tácitamente denunciada, una violación a los principios de igualdad y no discriminación ante la falta de respuesta de la Administración frente a un reclamo fundado en el artículo 2º de la ley 5624.

V. Sobre la interpretación de los principios de igualdad y no discriminación

Existen diversas maneras de considerar el “derecho a la igualdad” pero, en el contexto de la Convención, venimos poniendo de resalto que se ha llegado a cierto consenso (3) en cuanto que ésta debe entenderse como “igualdad de oportunidades”. De este modo, no solamente la igualdad será tratada bajo la dimensión de la “discriminación” -igualdad formal-, sino que asume una concepción amplia bajo la dimensión de las oportunidades -igualdad material-, que requiere medidas activas en respeto a la diversidad humana.

En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el informe anual (4) sobre la igualdad y no discriminación de acuerdo al artículo 5 de la CPCD (5) del año 2016, interpretando que será el concepto de igualdad sustantiva en el que se basarán todas las disposiciones, es decir, *igualdad sustantiva* que debe interpretarse comprensiva tanto de la *igualdad de oportunidades* como de la *igualdad de resultados*. Y en este sentido, la imposición de un cupo para ingreso significa la adopción de una medida específica positiva, que no debe entenderse como discriminatoria, ya que su objetivo puede encuadrarse en los preceptos del artículo 5.4 de la Convención, es decir, acelerar o lograr la igualdad de hecho de las PCD en el acceso al trabajo.

Es cierto que la técnica de imponer un cupo para el ingreso ha sido cuestionada. Algunos autores sostienen que, si se piensa en términos de igualdad, la imposición de un cupo en favor de las PCD atenta contra la igualdad de trato. Pero, tradicionalmente, toda acción positiva se ve como una respuesta a la discriminación social, estructural o institucional sufrida y como una excepción justificada al principio de la igualdad de trato. En otras palabras, la acción positiva no es discriminatoria. Aspira a promover la igualdad de oportunidades y tienen por objeto contrarrestar las desventajas estructurales de las

(3) PALACIOS, Agustina - ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas, España, 2007.

(4) Organización de las Naciones Unidas. “Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General”, 9 de diciembre de 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/406/73/PDF/G1640673.pdf?OpenElement> (búsqueda de febrero de 2018).

(5) CPCD. *Artículo 5º. Igualdad y no discriminación.*

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

que son objeto estos grupos (6). Consideramos justificada la existencia de un “cupo” de ingreso al empleo público en la legislación, ya que se advierte como una técnica que ayuda a contrarrestar las bajas tasas de empleo de las personas con discapacidad.

En el caso, EPEC, como empresa provincial de carácter autárquico, tiene la obligación legal de incorporar en su planta de personal al actor, bajo el cupo del 5% previsto para las personas con discapacidad, bajo la ley provincial 5624 y en el marco de los preceptos constitucionales previstos en la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” de jerarquía constitucional.

Pero en los argumentos del fallo se suma una variable conductual de la empresa, el silencio. Es que el accionar del actor sólo tuvo como respuesta una conducta omisiva de la demandada, conducta que configura el acto ilegal y arbitrario, impidiendo el ejercicio de su derecho al trabajo amparado por una norma vigente, circunstancia que afecta el derecho a la salud e implícitamente al derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Esta “conducta omisiva” quizás pudo ser valorada con mayor profundidad si hubiera sido connotada bajo el paradigma del *modelo social* que propone la Convención y en función al propósito enunciado en el artículo 1: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

La “conducta omisiva” de la empresa constituye, en términos de la Convención, una barrera que impide la participación plena y efectiva de una PCD en la sociedad (artículo 1 CPCD), barrera que fue mantenida por la empresa tanto en la etapa administrativa como en la judicial, ya que en esta última la demandada sólo opone defensa en cuanto no considera sea el amparo la vía judicial adecuada, pero nada dice del fondo, cuestión que es puesta de resalto en la sentencia. A nuestro entender, la persistencia de la empresa en negar el acceso al trabajo del actor, no sólo configura un acto discriminatorio que afecta el principio de igualdad que motiva la resolución judicial, sino que también podría haberse considerado como fundamento fáctico de imposición de una sanción conminatoria en caso de incumplimiento. En este sentido, Moisset de Espanés (7) sostuvo que “la doctrina, tanto nacional como extranjera, suele generalizar, afirmando que las ‘sanciones conminatorias’ son aplicables con gran amplitud a cualquier tipo de ‘deberes’ u ‘obligaciones,’ siempre que se desobedezca injustificadamente un mandato judicial. Se dice que tanto puede tratarse de conductas positivas

(6) Organización Internacional del Trabajo (OIT). “Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación. Directrices”, 25 de noviembre de 2014, p. 25. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_322694.pdf (búsqueda del 27 de febrero de 2018).

(7) MOISSET de ESPANÉS, Luis. “Sanciones conminatorias o astreintes. Obligaciones a las que son aplicables”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 2, obtenible en www.acader.unc.edu.ar (búsqueda del 7 de marzo de 2018).

o abstenciones; de obligaciones de dar, hacer, o no hacer (...). Bastaría, entonces, el incumplimiento del deber impuesto por la resolución judicial para que la otra parte pueda solicitar la aplicación de sanciones conminatorias”.

VI. De las denominaciones determinantes

Creemos importante destacar la necesidad de discutir, concientizar y transformar el lenguaje judicial de las sentencias, ya que los modos en que se designa a las personas también impacta en sus derechos (8).

La expresión “persona con discapacidad” proviene de la Convención y responde a un modelo que pone en primer lugar a la persona y luego a su condición (*tiene* discapacidad). Desde la visión propuesta, la discapacidad queda definida por la relación de la persona con las barreras que le pone el entorno social. La terminología surge del consenso de los estados miembros de la ONU e instituciones y organizaciones no gubernamentales de personas con discapacidad que participaron en la redacción de la Convención, y -como dijimos- responde a una concepción fundada en el *modelo social* que la inspira convirtiéndose en la terminología apropiada para designar este heterogéneo colectivo, por lo menos en su dimensión jurídica. En este sentido, el término usado en la sentencia: “más aun tratándose de una *persona discapacitada*” no parece correcto.

Cabe aclarar que, en la dimensión social, después de dictada la Convención aún siguen las discusiones sobre el tema. Términos como “personas con diversidad funcional” y “personas en situación de discapacidad” surgen como propuesta del mismo colectivo para reemplazar también la utilización del término *discapacidad* y así connotar positivamente la diversidad.

VII. Reflexiones finales

La inclusión de las PCD como fuerza de trabajo en el empleo público o privado sigue siendo una deuda en nuestro país (9). A pesar de la vigencia de una ley nacional y de

(8) En atención a las diferentes denominaciones existentes sobre el colectivo en los textos normativos, España rectifica sus diversas denominaciones normativas con visión en los preceptos de la Convención y dispone por Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia 39/2006, disposición adicional octava respecto de la terminología que “las referencias que en los textos normativos se efectúan a ‘minusválidos’ y a ‘personas con minusvalía’, se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’. A partir de la entrada en vigor de la presente ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos ‘persona con discapacidad’ o ‘personas con discapacidad’ para denominarlas”. Para ampliar el tema se puede explorar -entre otros- en las “Recomendaciones de uso de lenguaje inclusivo”, Ministerio de Culturas, las Artes y el Patrimonio - Chile, <http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2017/01/guia-recomendaciones-lenguaje-inclusivo-discapacidad.pdf> (búsqueda del 5 de febrero de 2018).

(9) En este sentido, es interesante conocer el dictamen del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Del informe dado por la Argentina se remarcó la

leyes provinciales que promueven su incorporación al empleo público bajo la técnica de reserva de cupo, el incumplimiento por el mismo Estado es generalizado, poniendo de relieve la brecha entre la existencia de normas protectorias y su efectivo cumplimiento.

La sentencia que comentamos intenta reparar el daño causado al ordenar el ingreso del actor a la planta de personal permanente de la EPEC, pero creemos que sus fundamentos pudieron ampliarse bajo el paradigma del *modelo social* que propone la Convención, lo que permitiría además imponer una sanción conminatoria (artículo 804 CCC) en caso de incumplimiento de su manda judicial.

Sentencia: N° 64

Tribunal: Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativa de Primera Nominación - Río Cuarto - Provincia de Córdoba.

Fecha: 19/09/2017

Asunto: Diez, Alfredo Hugo c. Empresa Provincial de Energía de Córdoba - EPEC - Amparo.

Magistrados: Rosana A. de Souza - María Adriana Godoy.

En la ciudad de Río Cuarto, a los diecinueve días del mes de septiembre de dos mil diecisiete siendo día y de audiencia, se reúnen en Acuerdo Público las señoras Vocales de esta Excm. Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativa de Primera Nominación, por ante mí Secretario autorizante, a los fines de dictar sentencia en estos autos caratulados: "Diez Alfredo Hugo c/ Empresa Provincial de Energía de Córdoba - EPEC - Amparo" - (expte. 2488520), procediendo a fijar las siguientes cuestiones a resolver:

1°) ¿Es procedente la demanda de amparo interpuesta?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

De conformidad al sorteo de ley practicado, se estableció que el orden de emisión de los votos es el siguiente: Rosana A. de Souza y María Adriana Godoy.

A la primera cuestión planteada la Sra. Vocal Dra. Rosana A. de Souza, dijo:

I) A fs. 22/28 el Dr. Hugo Alfredo Diez compareció e interpuso formal acción de amparo en contra de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (en adelante EPEC) persiguiendo que se ordene a la demandada incorporarlo como personal en la planta

"preocupación por las barreras culturales y prejuicios que obstaculizan el acceso de las personas con discapacidad, en especial a las mujeres con discapacidad, al mercado laboral, en particular en el sector privado" y recomendó, entre otras cuestiones, "reforzar las medidas de monitoreo y certificación sobre el cumplimiento del cupo laboral para personas con discapacidad en el sector público y la recolección de datos que permitan hacer un análisis adecuado del cumplimiento del mismo, a nivel nacional y provincial". ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. "Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones" (17 a 28 de septiembre de 2012), <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx> (búsqueda de 5 de noviembre de 2017).

permanente, delegación Río Cuarto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 22431 y artículo 2 de la ley 5624 que contempla la obligación del Estado Nacional y Provincial y de las empresas estatales de incorporar a la planta efectiva de personal permanente, un porcentaje entre el cuatro (4%) y cinco por ciento (5%) respectivamente, a personas con discapacidad. Expuso que a principios de mil novecientos noventa (1990) fue diagnosticado con lupus eritematoso sistémico (LES) en el Hospital Privado Centro Médico de Córdoba S.A., bajo H.C. N° 316748, lo que le provocó sufrir innumerables trastornos tales como ciento cincuenta internaciones hospitalarias, padecer tres infartos de miocardio y tres intervenciones angioplastías con colocación de *stent* con liberación de droga. En función de ello, en agosto de dos mil trece (2013) y luego de someterse a todos los peritajes de ley, obtuvo el certificado de discapacidad N° 00065956. Hizo presente que comenzó a interesarse en el cumplimiento de la ley nacional 22431 (artículo 8) y de la ley provincial 5624 (artículo 2) y por ello cursó notas solicitando información a las distintas dependencias públicas recibiendo respuestas insatisfactorias. No obstante, se presentó ante EPEC y en función de la sugerencia que allí le hicieron, envió su currículum vía mail el día dos de octubre de dos mil trece (02/10/2013) solicitando su incorporación por el cupo de discapacidad. Manifestó que desde ese momento recibió de la administración sólo silencio y destrato. En este sentido, expresó que al mes de enviar su currículum solicitó información de su trámite, haciéndosele saber que su expediente tenía el número 319817. El día cinco de noviembre de dos mil quince (05/11/2015 - sic) presentó pronto despacho a fin de que se le informara si la demandada cumplía con el cupo de discapacidad. Con fecha dieciocho de noviembre de dos mil trece (18/11/2013 - sic) solicitó nuevamente información respecto del cupo, haciéndolo en el marco de lo normado por la ley 8803 de Acceso a la Información Pública, sin respuesta alguna. Con fecha veintiocho de octubre de dos mil catorce (18/10/2014) lo citan de Recursos Humanos de EPEC a presentarse en el área de ingresos de la misma, en ayunas y con recipiente colector de orina a fin de proceder a realizar los exámenes médicos correspondientes. Relata que compareció el día citado a las siete horas, donde fue entrevistado por la psicóloga de la empresa y luego se trasladó al Sanatorio Privado Allende donde se le extrajo sangre y entregó la muestra de orina, pasando por examen de audiometría y médico auditor. Posteriormente presentó la documentación que le fue requerida. Expresa que con fecha veinte de marzo de dos mil quince (20/03/2015) intimó por carta documento a la demandada para que se le informara si había decisión al respecto y en el mes de junio del mismo año, EPEC le respondió por idéntica vía que no se encontraba apto para desempeñar eficazmente el puesto a cubrir. Frente a ello, el actor presentó recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio con fecha siete de julio de dos mil quince (07/07/2015) y, alegó que, si bien la demandada no se expidió al respecto, lo citaron telefónicamente para que se presente en la división médica. Así las cosas, el veintidós de julio del mismo año se presentó y el médico auditor le informó que el Directorio había decidido darle el “apto” para ocupar un cargo por cupo de discapacidad. Sin perjuicio de ello, hizo presente que volvió a intimar mediante carta documento a la demandada a dar cumplimiento a la solicitud de ingreso sin obtener respuesta alguna. Posteriormente, presentó pronto despacho

con fecha veinticuatro de agosto de dos mil quince (24/08/2015) sin que haya recibido respuesta alguna, por lo que, expuso, el día veintidós de septiembre del citado año quedó agotada la vía administrativa quedando expedita la acción de amparo incoada.

También alegó que, en todo el tiempo previo al inicio de la acción, nunca tuvo acceso al expediente administrativo mediante el cual tramitaba su pedido de incorporación por discapacidad. Invocó que de esta forma quedaba acreditada la violación a un derecho constitucional, como lo es el acceso al trabajo y aún más, el derecho de todo discapacitado a que se le dé respuesta rápida y expedita a una solicitud de cumplimiento de un derecho. También se refirió a que, de su relato, ha quedado acreditado el actuar arbitrario e ilegal mantenido por la hoy accionada, quien ha actuado como si estuviese fuera o al margen del cumplimiento de las leyes administrativas y como si no estuviera obligado al cumplimiento de las leyes nacionales y provinciales. En definitiva, solicitó se haga lugar a la acción de amparo con costas. Impreso el trámite de ley, a fs. 83/89 compareció el Dr. Daniel Alberto López en su carácter de apoderado de EPEC y presentó el informe previsto en el artículo 8 de la ley 4915 solicitando el rechazo de la acción. Para ello se fundamentó -principalmente- en la inadmisibilidad de la vía, conforme los fundamentos vertidos en el libelo aludido, a los que me remito en honor a la brevedad.

II) Análisis respecto de la admisibilidad formal: La circunstancia de que la Cámara haya admitido formalmente la acción de amparo, no la exime de analizar si la misma resulta procedente al momento de dictar sentencia (cfr. María del Pilar Hiruela de Fernández, "El amparo en la Provincia de Córdoba", ed. Alveroni, Córdoba, año 2002, p. 170), máxime cuando la demandada ha fundado su defensa en la inadmisibilidad formal de la acción ventilada en estos autos. En dicho rumbo, cabe recordar que tanto el Tribunal Superior de Justicia como la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen respectivamente dicho que la acción que contemplan los arts. 48 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y 43 de la Constitución Nacional no ha dejado de ser excepcional y subsidiaria, cuya viabilidad queda supeditada a la inexistencia de otra vía judicial más idónea, entendiéndose por tal "la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente", y si bien no puede sostenerse como requisito de procedencia la carencia de otra alternativa eficaz para la tutela del derecho que se invoca como conculcado, no cabe admitirlo cuando esa protección sea susceptible de ser obtenida a través de otro procedimiento administrativo o jurisdiccional que, frente a las particularidades del caso, se presente como el más idóneo.

Más allá de los cuestionamientos que a este respecto ha vertido la parte demandada, no puede soslayarse que el actor padece de una discapacidad derivada de su enfermedad -debidamente acreditada mediante el certificado a fs. 2- y, en función de la misma inicia la presente acción de amparo a los fines de lograr el cumplimiento del cupo previsto por el artículo 2 de la ley 5624 (también contemplado en la ley nacional 22431) y así obtener acceso a un trabajo. De ello se desprende que se encuentran en juego dos derechos de raigambre constitucional, por un lado, el derecho a la salud y, por el otro, el derecho al trabajo, combinados de manera tal que lo pretendido por el

actor se circunscribe a lograr la aplicación de las normas vigentes que otorgan a personas menoscabadas en su salud la posibilidad de acceder a cargos en la administración pública. Independientemente de la posibilidad que le cabía al Dr. Diez de iniciar la acción contencioso-administrativa, vale afirmar que “...no cabe hacer una apreciación meramente ritual para excluir el amparo en razón de existir otros recursos de factible utilización, ya que dicho instituto tiene por objeto una efectiva protección de los derechos, más que una ordenación o resguardo de competencia (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201; 332:1952 entre otros), protección que debe ser más propia y menos formalista a tenor de la esencia o calidad del derecho a tutelar (cfr. Morello, Augusto M. y Vallefín, Carlos A., El amparo. Régimen procesal, Librería Editora Platense SRL, Avellaneda, 1998, ps. 31/32)...” (TSJ, en pleno, Sentencia nro. Dos, 15/04/2015, autos “Campo Teófilo César c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba - Amparo - Recurso de Casación”, expte. 408858).

En función de lo vertido, entiendo ajustada a derecho la admisión formal de la acción de amparo deducida por el aquí actor. En este sentido, se evidencia del expediente administrativo adjuntado por la propia demandada que el reclamo realizado por el actor utilizando esa vía, y luego de reiterados reclamos, no obtuvo respuesta en un tiempo razonable, lo que confirma su ineptitud, más aún tratándose de una persona discapacitada, quien por tal motivo se encuentra en una situación de vulnerabilidad que merece mayor atención y contención.

III) Ingresando en la cuestión debatida -y habiéndose superado el tema de la admisibilidad- corresponde analizar las constancias de autos a los fines de determinar si la acción ventilada resulta procedente.

Debe tenerse presente que la parte demandada, en su informe del artículo 8 de la ley 4915, se limitó a fundamentar su defensa en la inadmisibilidad de la vía intentada, sin efectuar consideraciones respecto a la cuestión de fondo pretendida por el actor. Asimismo, acompañó copia del expediente administrativo número 319817 mediante el cual se acredita *prima facie* el derrotero relacionado en la demanda por el Dr. Diez respecto de sus gestiones por ante la aquí demandada.

Dentro de este contexto, surge claramente que la materia objeto de la acción ventilada en autos es de naturaleza constitucional en tanto involucra -como se expresó precedentemente- el derecho a la salud y a trabajar. Asimismo, conforme lo vertido por el actor y las constancias de autos (fundamentalmente el expediente administrativo incorporado por EPEC), en la base fáctica de la acción bajo la lupa incluso se encuentra tácitamente denunciada una violación a la igualdad y a la no discriminación configurada en la falta de respuesta de la administración frente a un reclamo fundado en el artículo 2 de la ley 5624 que literalmente reza: “...El Estado Provincial, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, y las Empresas del Estado reservarán como mínimo el 5% de sus cargos para ser cubiertos por las personas comprendidas en el artículo 1 de esta ley, destinándolo a tareas que puedan

ser desempeñadas sin afectar el normal desenvolvimiento de los organismos...” (cuyo correlato a nivel nacional se encuentra previsto en el artículo 8 de la ley 22431, aunque esta última establece un cupo del 4%).

Ello obliga -necesariamente- a analizar si ha existido un acto lesivo y perjudicial para el amparista. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia ha explicitado su alcance al afirmar que, en “...dicho concepto, tal como lo indica la norma constitucional, hay que incluir los hechos negativos, las abstenciones u omisiones que también provocan perjuicio en detrimento de un derecho o una libertad consagrada constitucionalmente”.

No siempre la infracción emana de un acto positivo; también se puede causar daño por inacción, retardando, suspendiendo u omitiendo la realización de un acto... En esta inteligencia, respecto al supuesto contenido en la norma constitucional bajo examen que alude a “omisión” cabe advertir que para que ésta se configure requiere la preexistencia de una obligación legal en cabeza del sujeto pasivo de la pretensión cuya desobediencia produzca una lesión a un derecho consagrado constitucionalmente. Siendo ello así, y en la medida en que ésta siempre va a estar en oposición con una expresa manda legal a la cual no respeta, cada vez que se concrete la mentada abstención se verificará también la arbitrariedad o ilegalidad del acto. Por dicha razón esta última característica se erige como consustancial a la existencia de la misma...” (“Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (UATRE) c/ Morrison Cereales SRL - Acción de Amparo - Recurso directo”, Sentencia N° 6 del 07/02/2005).

Conforme a las constancias de autos, luego de sucesivos reclamos formulados por el Dr. Diez tendientes a lograr su ingreso dentro del cupo por discapacidad en la planta permanente de EPEC, ésta certifica el apto psicofísico para tales fines (constancia de fs. 81 del 22/07/2015). Sin perjuicio de ello, la demandada omite expedirse respecto del preciso reclamo formulado por el actor, aun cuando éste procedió a intimarla fehacientemente mediante carta documento recibida el treinta de julio de dos mil quince (30/07/2015) obrante -como parte del expediente administrativo adjuntado por la accionada- a fs. 78 de autos. Incluso, al momento de presentar el informe previsto en el artículo 8 de la ley de amparo, EPEC persiste en su silencio al respecto, omitiendo toda consideración del o de los motivos por los cuales -a la fecha- el actor no ha sido incorporado en planta permanente por cupo de discapacidad (aun cuando se le había otorgado el apto psicofísico -“apto por ley de discapacidad”- para tales fines), obrando además informe del Dr. Federico A. Antonelli (Jefe May. Área Técnica Medicina del Trabajo) respecto de las labores que no puede desarrollar el actor, de fecha 07/08/2015 (fs. 82).

La actitud asumida por la demandada en sede administrativa y sostenida en el proceso aquí ventilado, deviene en arbitraria e ilegal, en tanto que con su silencio ha violentado derechos de raigambre constitucional de titularidad del actor. La conducta omisiva ha privado al amparista de tener una legítima respuesta a su reclamo de un puesto de trabajo por cupo de discapacidad, circunstancia que afecta -como se expuso más arriba- el derecho a la salud, al trabajo (de naturaleza alimentario) y tangencial-

mente al derecho a la igualdad y no discriminación. Máxime cuando lo pretendido por el Dr. Diez deviene de una norma vigente habiendo obtenido el correspondiente apto psico físico para integrar la planta permanente de EPEC en las condiciones apuntadas.

Por lo expuesto, considero que corresponde admitir la acción de amparo incoada por el Dr. Alfredo Hugo Diez en contra de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba, ordenándole a esta última que incorpore al actor a planta permanente de la delegación Río Cuarto dentro del cupo de discapacidad (artículo 2 ley 5624, texto ley 8834) que se encuentra obligada a respetar en los términos de dicha normativa.

Por los argumentos vertidos, a la primera cuestión, voto por la afirmativa.

La señora Vocal María Adriana Godoy adhirió al voto que antecede y se pronunció en igual sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Sra. Vocal Rosana A. de Souza dijo:

A mérito del resultado obtenido de la votación a la cuestión precedente, corresponde hacer lugar a la acción de amparo deducida por el Dr. Alfredo Hugo Diez DNI 17.763.969 y, en consecuencia, ordenar a la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) a que en el plazo de diez días desde que quede firme este pronunciamiento, incorpore al actor en su planta permanente de la delegación Río Cuarto dentro del cupo de discapacidad (artículo 2 ley 5624, texto conf. ley 8834) que se encuentra obligada a respetar en los términos de dicha normativa. En función de lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 4915, las costas corresponde sean soportadas por la demandada vencida...

La señora Vocal María Adriana Godoy adhirió al voto precedente y se pronunció en idéntico sentido.

Por el resultado del Acuerdo que antecede, el Tribunal

Resuelve:

1) Hacer lugar a la acción de amparo deducida por el Dr. Alfredo Hugo Diez DNI 17.763.969 y, en consecuencia, ordenar a la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) a que en el plazo de diez días desde que quede firme este pronunciamiento, incorpore al actor en su planta permanente por cupo de discapacidad (artículo 2 ley 5624 modif. ley 8834) que se encuentra obligada a respetar en los términos de dicha normativa. 2) Imponer las costas a la demandada vencida... Protocolícese, hágase saber y dése copia.