

Accion De Amparo Personas Con Discapacidad Empleado Publico Competencia Laboral Normas Internacionales Principio Protectorio

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Personas con discapacidad. Empleado público.

Competencia laboral. Normas internacionales. Principio protectorio Se hace lugar a la acción de amparo interpuesta por una persona con discapacidad, con motivo de la ausencia de un acto administrativo del municipio demandado que le reconozca su carácter de empleada pública, sin las limitaciones que impone el artículo 15 -in fine- de la ley 9286. Es que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y -por ende- el principio protectorio del trabajo y del trabajador que enuncia son aplicables por entero al empleado público y a la relación de empleo público.

En la ciudad de Santa Fe, a los 10 días de febrero del año dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dres. José Daniel Machado, Julio César Alzueta y Sebastián César Coppoletta, para resolver el recurso de apelación puesto por la demandada, contra la sentencia dictada por la Señora Jueza de Distrito 1 de Primera Instancia en lo Laboral de la Primera Nominación de Santa Fe, en los autos caratulados: "SEGAL, STELLA MARIS C/ MUNICIPALIDAD CIUDAD DE STA. FE S/ AMPAROS" (CUIJ: 21-04603164-1). Acto seguido el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Dispuesto el orden de votación, resulta: Coppoletta, Machado, Alzueta.

A la primera cuestión el Dr. Coppoletta dice: Contra la sentencia que hace lugar a la acción de amparo se alza la parte demandada mediante el recurso de apelación que interpone en forma fundada y es concedido por la A Quo. Elevados los autos ante esta instancia, la parte actora presenta memorial que se agrega al expediente. Habiéndose decretado el pase de los autos a resolución, quedan las presentes en estado de dictar sentencia.

En lo que respecta al recurso de apelación de la parte demandada por el cual llegan éstos autos a la Alzada, trataré los agravios no en el orden expuestos sino agrupándolos en un orden lógico conforme la queja que expresan. Los agravios 1, 2, 4 y 6 refieren a cuestiones procesales y de competencia, los agravios 8 y 9 refieren a la idoneidad de la actora y, finalmente, los agravios 3, 5 y 7 hacen al fondo de la litis. El primer agravio, en verdad reitera los argumentos ya expuestos al contestar la demanda, a fs. 66 y siguientes, con lo cual no corresponde considerarlo como técnicamente un agravio pues evidentemente no es una crítica razonada de la decisión de la A Quo. El segundo agravio se refiere a la competencia. Se queja la demandada sosteniendo la incompetencia del fuero laboral, y postulando la competencia

contencioso-administrativa. En este sentido la queja tiene dos aspectos, en primer lugar la procedencia de la vía de amparo frente al proceso contencioso-administrativo, y en segundo lugar, la competencia del fuero laboral. El tratamiento de este tema debe hacerse partiendo de la entidad de los derechos subjetivos invocados por la actora. Y esto son la protección como persona discapacitada y el acceso al trabajo digno. La persona discapacitada tiene un rango de protección constitucional (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional) y convencional a través, entre otras, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el caso Furlán y familiares v. Argentina (excepciones preliminares, fondo, reparación y costas), de fecha 31/08/12 que: "Desde los inicios del Sistema Interamericano, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad. En décadas posteriores, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), en su artículo 18, señala que "[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad". Posteriormente, en 1999 se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante "CIADDIS"), la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman "que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano". Asimismo, dicha Convención consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar "la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad". Esta Convención fue ratificada por Argentina el 10 de enero de 2001. Recientemente, se aprobó en la Asamblea General de la OEA la "Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016)". Por su parte, el 3 de mayo de 2008 entró en vigor, en el sistema universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante "CDPD"), la cual establece los siguientes principios rectores en la materia: i) el respeto de la dignidad

inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Dicha Convención fue ratificada por Argentina el 2 de septiembre de 2008. La CIADDIS define el término "discapacidad" como "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social". Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas. En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras. Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación." Luego, la actora invoca su derecho a un trabajo digno. Al respecto, se halla probado en autos que la actora prestó y aún presta servicios para la Municipalidad de Santa Fe mediante un programa como personal no permanente contratado (art. 8 ley provincial 9.286) lo que implica negarle estabilidad en el empleo y el derecho de asociación sindical (art. 15 ley provincial 9.286). Con lo cual, y esto es importante para la litis, la actora no reclama comenzar a trabajar para la Municipalidad, lo cual sería un derecho "al empleo" en los términos del art. 6 del PIDESC (ley 23.313), sino que el trabajo que ya presta para la demandada sea en condiciones dignas. La noción de "trabajo decente" desarrollada a instancia de O.I.T. implica, básicamente, la prestación de tareas en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Y las condiciones de trabajo compatibles con la dignidad humana implica -en principio y en lo que hace a ésta litis- el derecho a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la Constitución Nacional) y la libertad sindical (art. 8 PIDESC, entre otras normas convencionales). La relación existente entre ambos derechos y su vulneración conjunta se evidencian en autos cuando al carecer de representación sindical, la actora no es tenida en cuenta en los acuerdos paritarios de incorporación de personal a la planta permanente de la demandada. En consecuencia, el análisis que debe hacerse sobre la procedencia de la vía del amparo para proteger los derechos invocados por la actora debe necesariamente efectuarse desde la visión de los Derechos Fundamentales. Y en este sentido, la entidad de los Derechos protegidos condiciona el medio procesal para su efectiva protección; pues no tiene ningún sentido elevar la protección de la persona discriminada y de la persona trabajadora al nivel de los Derechos Fundamentales para luego, ante su vulneración, negarle una vía procesal para su protección acorde a esa naturaleza. Y así, el recurso de amparo regulado en el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe debe reconocer decididamente su función como medio procesal para la protección de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. Si negamos la procedencia del recurso de amparo para proteger un Derecho Fundamental, entonces va a ser muy difícil justificar su procedencia en cualquier otro caso. Con respecto al argumento de la demandada sobre la naturaleza contenciosoadministrativa del reclamo, también la Corte Nacional en el caso "ATE c/ Municipalidad de Salta" se ha pronunciado sobre este punto, manifestando: "Que el art. 14 bis de la Constitución Nacional y, por ende, el principio protectorio del trabajo y del trabajador que enuncia, son aplicables por entero al empleado público y a la relación de empleo público, tal como se señala en el precedente "Madorrán" (cit., p. 1999).

Que, habida cuenta de las fuentes institucionales de las que se ha hecho mérito y de las que se hará, cabe añadir, de un lado y para el sistema interamericano, la doctrina de la Corte IDH: "[e]n el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos [...] ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente" (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, cit., párr. 139; asimismo: párrs. 138 y 152). Derechos previstos en "el sistema jurídico nacional e internacional" (idem, párr. 155). Y, del otro, para el régimen universal, el recordado Comité: el derecho humano al trabajo "[e]ngloba todo tipo de trabajos" (Observación general N° 18, cit., párr. 6; asimismo: párrs. 31.b y 43), lo cual, además, se ve demostrado en su práctica de control sobre el empleo público, p.ej., en materia de remuneraciones (Observaciones finales: Argelia, 2010, párr. 10), de jornada de trabajo (Observaciones finales: Japón, 2001, párrs. 19 y 46), de discriminación (idem, párrs. 15, 42 y 52) y de prestaciones de desempleo (Observaciones finales: Argentina, 1999, párr. 14)." Con lo cual, el carácter de ente público del demandado no obstruye a la procedencia de la vía del amparo. Resuelto entonces la procedencia del amparo, corresponde tratar lo relativo a la competencia material, segundo aspecto de la queja del recurrente. El art. 4 de la ley 10.456 dispone: "Competencia: Será competente el Juez de Primera Instancia de distrito del lugar en que el acto lesivo, tenga, pueda, o deba, tener efecto, a opción del actor. Se observarán en lo pertinente las normas de competencia, salvo imposibilidad o urgencia, en cuyos casos el Juez requerido conocerá de la demanda." La primera parte de la norma es clara en cuanto a la atribución de competencia territorial, de grado y cuantitativa, disponiendo una solución expresa: el competente es el Juez de Primera Instancia de Distrito del lugar de efectos del acto lesivo. Luego, existen Jueces de Primera Instancia de Distrito con diferente competencia material, y al respecto la norma solo dispone que "Se observarán en lo pertinente las normas de competencia...". En definitiva, ¿cuál de todos los Jueces de Primera Instancia de Distrito es materialmente competente para entender en la aplicación de los arts. 14 Bis y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280) y el art. 8 del PIDESC? La respuesta es sencilla: todos. Ningún juez tiene atribución específica en materia constitucional y convencional, ni ningún juez carece de competencia material específica en esa materia. Es mas, conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos los jueces deben aplicar, aún de oficio, los instrumentos convencionales. Como corolario, aplicando las normas de competencia del art. 4 de la ley 10.456, no es posible negarle competencia material al fuero laboral para entender en la aplicación de la protección como persona discapacitada y el acceso al trabajo digno. Evidentemente, la visión de la demandada es absolutamente distinta desde que su defensa radica en el acceso al empleo público por medio del concurso. El cuarto agravio se refiere al plazo de caducidad. El argumento del demandado no puede prosperar toda vez que manteniéndose a la actora en la clandestinidad laboral la vulneración de Derechos Fundamentales es persistente en el tiempo. El planteo de la demandada, de tinte muy administrativista, refiere a una extemporaneidad que no se materializa dado el carácter continuado de la vulneración que soporta la actora. En su sexto agravio, la demandada, reiterando su visión administrativista de la litis, sostiene que no se ha individualizado el acto que configura la actuación ilegítima de esa parte. Evidentemente no se comprende que la lesión se configura, justamente, por la ausencia de un acto administrativo que reconozca a la actora su carácter de empleada pública sin las limitaciones que impone el art. 15 in fine ley 9.286. En sus agravios 8 y 9, la demandada critica la decisión de la A Quo sosteniendo que no se ha acreditado la idoneidad de la actora. Fundamenta en ese sentido sosteniendo que la idoneidad se acredita mediante el concurso de ingreso. Sin embargo, omite la demandada la cuestión fáctica reconocida en autos que la actora ya presta servicios para la Municipalidad de la Ciudad de Santa Fe, con lo cual, evidentemente es idónea para las funciones que cumple. Por lo demás, el certificado de discapacidad obrante en copia a fs. 4 cumple con el requisito del art. 3 de la ley provincial 9.325. En el agravio 3 se comienza a criticar la decisión de la A Quo respecto al fondo de la litis. El discurso de la demandada, expuesto reiteradamente, es que al empleo público se accede mediante el concurso regulado en las disposiciones normativas que invoca. En los agravios 5 y 7, se refiere al cupo de 4% para personas con discapacidad regulado en la Ordenanza 8.655. El argumento de la demandada creo que se expresa claramente a fs. 213 vta cuando dice: "...el mecanismo de ingreso a la Administración Pública Municipal lo es sólo a través de concursos abiertos. Cumplimentado ello, resulta de aplicación la ley 9325 y las Ordenanzas n° 8655 y n° 9433." Con lo cual, si bien por un lado es claro el sistema que pretende aplicar la demandada, sosteniendo que primero se hace el concurso y recién luego se atiende las disposiciones sobre cupos por discapacidad, lo que no queda en claro es cómo entonces se da cumplimiento al cupo. El propio art. 2 de la ley 9.325 expresa que: "...se considera discapacitado a toda persona que padezca una alteración permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral." Con lo cual, si la propia definición legal de persona discapacitada reconoce -en lo que interesa a esta litis- una desventaja para su integración laboral, evidentemente el ingreso a la Administración no puede efectuarse partiendo de una situación de igualdad pues ello implica desconocer la desventaja que implica aquella condición. Y aquí se

encuentra el nudo de la litis, pues mientras la demandada se defiende invocando normas que regulan el ingreso a la administración pública en base a criterios de igualdad y apertura, la actora se encuentra tutelada por normas que imponen excepciones a la igualdad.

La existencia de regímenes promocionales o "de acción afirmativa" que tienen por destinatarios a sectores desfavorecidos de la sociedad y por finalidad facilitar su acceso al empleo, consisten en torsiones que alteran o deforman el modo normal de acceso al puesto de trabajo en atención, precisamente, a la debilidad o dificultad comparativa que presenta el colectivo, en este caso de "las personas con discapacidad". No se rigen entonces por la igualdad de reglas -como método- sino por una igualdad de oportunidades -como resultado o, mas bien, como contribución a lograrlo- que muchas veces impone tratar a los postulantes de manera diferente para compensar las diferentes capacidades -o "dotaciones iniciales"- que cada uno tiene en origen. De allí que el discurso de la demandada encierre una petición de principio que tornaría absurda la idea de protección si es que, para alcanzarla, hubiera que competir en un concurso basado en una lógica diferente. Nuevamente debo regresar al nivel de los derechos tutelados. Estos son Derechos Fundamentales de raigambre constitucional y convencional. De esta forma, la República Argentina asumió obligaciones internacionales con relación a la protección de las personas con discapacidad. Y así como lo sostuvo esta Sala II en su anterior integración en la sentencia "Toledo, Luciano c/ Provincia de Santa Fe" de fecha 26/04/07, criterio que hago mio y propongo reiterar en esta sentencia, la reglamentación domestica (lo cual incluye las normas municipales) no puede ser utilizada como argumento para justificar el incumplimiento de las obligaciones convencionales. El art. 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280) dispone que: "Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados Parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;" La Municipalidad de Santa Fe, entonces, se halla obligada frente a la actora al cumplimiento de esta obligación, y conforme el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ley 19.865) "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." (CSJN; 07/07/92; Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros. Fallos: 315:1492). En definitiva, si el sistema jurídico argentino contiene disposiciones de nivel constitucional y convencional que otorgan protección a las personas con discapacidad, y la efectividad de esos derechos se ha expresado en las normas que establecen un cupo para personas discapacitadas en el empleo público municipal, acreditado que ese cupo no se encuentra cubierto, la demandada no puede justificar la negación de la protección a la actora con fundamento en sus propias normas de acceso al empleo que no observan las especiales excepciones que imponen aquellas normas de jerarquía superior. Como corolario, corresponde rechazar el recurso de apelación de la demandada. Por último, realizando el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio que corresponde efectuar a cada Juez conforme la estructura difusa del mismo en el sistema argentino, no observo que existan normas jurídicas que por violación al bloque constitucional federal deban ser declaradas inconstitucionales de oficio. Voto por la afirmativa. A la misma cuestión el Dr. Machado dice: Que coincide con las conclusiones del preopinante, por lo que vota en igual sentido. El Juez Alzueta dijo: Que habiendo tomado conocimiento de estos actuados, y dados los votos concordantes de los colegas que me precedieran, en el tratamiento y decisión de lo que constituye materia recursoria, me abstengo de pronunciarme en la presente causa (conf. doct. art. 26, Ley Nro. 10.160). A la segunda cuestión los Dres. Coppoletta y Machado dicen: Que atento el resultado de las votaciones precedentes corresponde: 1) rechazar el recurso de apelación del demandado; 2) las costas en la Alzada serán impuestas a la parte demandada; 3) los honorarios de los letrados por el trámite del recurso de apelación se regularán en el ? de lo que en definitiva se regulen en primera instancia. Por los fundamentos y conclusiones del Acuerdo que antecede, la SALA II DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO LABORAL RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación del demandado. 2) Las costas en la Alzada serán impuestas a la parte demandada. 3) Los honorarios de los letrados por el trámite del recurso de apelación se regularán en el ? de lo que en definitiva se regulen en primera instancia. Resérvese el original, agréguese copia, hágase saber y oportunamente bajen. Concluido el Acuerdo, firman los Señores Jueces por ante mí, que doy fe. Correlaciones: Asociación REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad) c/GCBA y otros s/amparo - Cám. Cont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad) - 08/04/2009 013754E