



Trabajo

Puesto de enfermero. Evaluación de idoneidad. Obligación de contratar hasta tanto se llame a concurso público.

M. J. C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo

30/08/2006

Buenos Aires, de agosto de 2006. VISTOS: los autos individualizados en el epígrafe, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 360/364, contra la resolución de fs. 353/358 vta., y

CONSIDERANDO:

1. Que el señor juez de grado hizo lugar a la acción de amparo entablada por el actor y, en consecuencia, ordenó al GCBA que lo incorpore con carácter prioritario entre los primeros contratos que suscriba para cubrir un puesto de enfermero en el Hospital General de Agudos "Francisco Santojanni" previa evaluación de su idoneidad, hasta tanto se realicen concursos que permitan su ingreso a planta permanente, y sin perjuicio de participar en estos concursos en las condiciones previstas por las normas vigentes. Impuso las costas a la demandada. Además de las pruebas colectadas en autos y los relevantes argumentos expuestos por las partes, tuvo en cuenta que el actor es discapacitado auditivo desde 1997, que se encuentra desempleado y en situación económica precaria.

2. Que la decisión fue apelada por el GCBA. Entre sus agravios señaló: a) que la sanción de la ley 1502 y su reglamentación tornaba abstracta la acción, b) que el a quo no tuvo en cuenta las necesidades del servicio del Hospital Santojanni, ni la opinión de la Secretaría de Salud, ni la existencia de partida presupuestaria para afrontar determinados gastos, c) que el cupo que pueden tener las personas con necesidades especiales no importa que se encuentren en situación



de privilegio, lo que importaría una desigualdad inadmisibles con el resto de los habitantes de la Ciudad, d) que en la administración las vacantes están congeladas, e) los aspirantes para ingresar en el año 2006, en el supuesto de que existiera cupo de vacantes para contratados, han debido realizar el curso de enfermería para auxiliares, previa evaluación realizada por el equipo técnico profesional del programa de becas de capacitación laboral de la Subsecretaría de gestión Social y Comunitaria, condición que, afirma, el actor no reúne. f) el plazo otorgado en la sentencia es exiguo para obtener la nómina del personal de enfermería que existe laborando en el hospital Santojani, en todas las modalidades y las previsiones de ingreso para 2006. Informa que solo para remitir una nota necesita 5 o 6 días.

3. Que en primer lugar cabe tener en cuenta que el a quo hizo lugar a una primera pretensión referida al pedido de información básicamente referido a la actual planta de personal de enfermería, permanente, transitorio o contratado que labora en el Hospital Santojanni, y las previsiones de incorporación de personal para el año 2006. El Gobierno se limitó a cuestionar el plazo de diez días acordado, con argumentos irrelevantes a criterio del tribunal. Ninguna de sus manifestaciones hace dudar que se trata de información de fácil recolección, y más allá de la injustificada reticencia de la demandada, no se advierten razones para que tales datos no deban ser puestos a disposición del actor en forma precisa y en el razonable plazo dispuesto por el a quo. Por lo demás, en autos se ha producido un informe preliminar acerca del total de personas que cumplían funciones en el área de enfermería en la Ciudad, especificándose los relativos al Hospital Santojani (ver. fs. 22 y vta). Asimismo se informó que de un total 92.380 agentes de Planta pertenecientes a la Ciudad, 339 poseen necesidades especiales (información de fs. 22 y vta.).

4. Que ello sentado cabe señalar que aun antes de la reforma constitucional y de la sanción de nuestra Constitución, la ley 22.431 instituyó un sistema de protección integral de personas discapacitadas tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con sus derechos, así como respecto de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. La ley se dirigió fundamentalmente a tratar de conceder franquicias y estímulos que en lo posible permitieran neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca (v. doctrina de Fallos: 313:579 y "Lifschitz, Graciela B. Y otros c. Estado Nacional", del 15/06/04). Por lo demás, a fin de resolver la cuestión



de fondo debatida en el sub examine es oportuno partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ya desde su preámbulo, afirmó que “la dignidad y el derecho a la igualdad constituyen la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo” de la que son acreedores todos los miembros de la familia humana; así se consagra en su artículo 1º cuando reconoce que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Nuestra Constitución Nacional consagra la igualdad ante la ley y la admisibilidad en los empleos “sin otra condición que la idoneidad” (art. 16, CN), reconoce los derechos implícitos (art. 33, CN) entre los cuales está el no ser discriminado, dispone la “igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna” (art. 75, inc. 19) y la obligación del Poder Legislativo de “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 a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc 23). Por su parte, nuestro país aprobó por ley 25.280, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, suscripta en Guatemala, el 8 de junio de 1999. En 1996, declarada la autonomía, comenzó a regir la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo artículo 43 dispone: "La Ciudad garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición ". El listado de normas no cesa de ampliarse, y en concreto deben tenerse en cuenta la ley 1502 y su decreto reglamentario 812/5.

5. Que es sabido que para lograr el respeto a la igualdad en el caso de personas con discapacidad, la consideración de la diferencia es ineludible, ya sea desde la adaptación del entorno para el goce de los derechos más básicos, como así también la posibilidad de legislar medidas de discriminación inversa en los casos en que la integración lo requiera (Agustina Palacios, Implementación de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad, LL. Suplemento de Derecho constitucional, 7/07/04). En este sentido nuestra Constitución no ofrece dudas cuando prevé que



“la Ciudad promueve le remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad” (art. 11). De esta forma se respeta el principio normativo de la igualdad en los derechos fundamentales, al mismo tiempo que se establece un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Nuestro sistema legal garantiza la libre afirmación y desarrollo de las personas y no las abandona al juego de la ley del más fuerte, sino que en forma minuciosa regula esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. La igualdad de los derechos fundamentales resulta configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada individuo diverso de los otros una persona como todas las demás (ver Ferrajoli L., “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, ps. 73 y sgts, Madrid 2001). De este modo, se regulan medidas de acción positiva con la finalidad de conectar la igualdad jurídica con la igualdad real. En definitiva a lo que se aspira es a que se trate del mismo modo sólo a quienes se encuentran en igual situación, ya que la regla de la igualdad no es absoluta ni obliga a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a consideración. La Corte ha señalado que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que “el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Estrada Editores 1898, n° 107, pag. 126). No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, n° 4, Capítulo IV, párrafos 56 a 58, Fallos 322:2701).

6. Que resulta difícil comprender que todo este complejo marco normativo, constituido por normas y principios que en las últimas décadas no han cesado de avanzar en materia del reconocimiento efectivo de los derechos humanos más básicos sea visto por los letrados del Gobierno como un “privilegio”. Ello demuestra una actitud desconsiderada, y superficial que no puede merecer recepción alguna ante el tribunal.



7. Que, en efecto, desconocer el marco jurídico aludido implica una clara violación –por omisión- del derecho a la igualdad. En casos como el presente, la mayor discriminación esta dada en tratar situaciones que son diferentes como si fueran exactamente idénticas. No es posible afirmar sin hipocresía que desde el año 1992 las vacantes en la administración se encuentran congeladas efectivamente, y que el ingreso a la administración pública se realiza efectivamente por concurso.

8. Que el acceso de las personas con discapacidad al empleo es un aspecto prioritario en la integración y normalización de sus condiciones de vida. Es evidente que el dictado de disposiciones constitucionales, legislativas y reglamentarias que no conecta con actos de aplicación, no tiene la más mínima incidencia a la hora de satisfacer la pretensión del actor. La integración laboral de las personas con discapacidad -que depende de que el Estado asuma una conducta emblemática en su favor, mediante su incorporación en actividades de interés general- se ve claramente obstaculizada y ello se ha patentizado en el marco del sub examine, debido a que las previsiones legales sancionadas a ese efecto son ignoradas por el Gobierno de la Ciudad.

9. Que cabe reiterar que en sus presentaciones los representantes del GCBA alegaron –como se remarcó- que el actor persigue un privilegio. En esa línea argumental se parte de la falsa premisa de que en ausencia de acciones positivas los empleados públicos de la Ciudad acceden a sus cargos sobre la base del mérito y la competencia. Más allá del trato desdeñoso que importa alzar esos estandartes falazmente, y que la cuestión ya ha merecido adecuado tratamiento en la sentencia de grado, basta con señalar que la ex-Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, estaba obligada por el artículo 8° de la ley 22.431 a ocupar, como mínimo, un cuatro por ciento de personas con discapacidad, desde 1981. Y los importantes datos colectados por el a quo dan cuenta de que tales pautas se encuentran lejos de poder considerarse cumplidas en términos razonables. En efecto, sabemos que el decreto 3649/88 creó el Registro de Aspirantes con Discapacidad a ingresar en la Administración Pública, y el actor se encuentra inscripto en él desde el 29 de julio de 2002 (ver informe de fs. 222). También sabemos que el actor cuenta con un certificado de discapacidad que informa que padece otopresclerosis, hipoacusia mixta severa del oído izquierdo y pérdida total de la audición del oído derecho. Además, según informó en la audiencia celebrada ante el juez de grado en diciembre de 2004 con asistencia de un audífono en



el oído izquierdo puede mantener una audición razonable. Ninguna alegación en contra efectuó la demandada. Además el actor posee certificado de auxiliar de enfermería (resol. 35/69) expedido por la ex- Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. De acuerdo al informe obrante a fs. 222 vta, la Ciudad contaba a la fecha de su confección (junio de 2004), con un número menor al 0.37 % de empleados discapacitados en su planta.

10. Que, en síntesis, a criterio del tribunal el reconocimiento legal y constitucional de un cupo laboral para discapacitados en la Administración Pública basta para reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado en supuestos en que, como en autos, se advierta su incumplimiento (ver doct. in re “Kusis Fernando s/ amparo”, 23/12/2004) En ese aspecto cabe señalar que el Dr. Maier reafirmó que “(u)n mandato constitucional incumplido comporta el deber jurisdiccional de subsanar dicha omisión antijurídica”, que “la protección de las personas con capacidades diferentes -anteriormente subsumida en el paradigma de la ‘seguridad social’ y hoy desarrollada en un capítulo constitucional específico- impone a los poderes públicos la obligación de efectuar prestaciones cuyo correlato es el derecho de los beneficiarios a exigir las”, que “más sencillo hubiera sido para nuestra burocracia, seguramente, la materialización de la ‘tutela’ a través de la solicitud y segura concesión de un subsidio al [actor], remedio éste al que [Fernando Kuzis] jamás apeló, con lo que no hizo otra cosa que exhibir el carácter ejemplificador de su actitud”; y que “... de acuerdo con la responsabilidad que la Constitución le asigna en la asistencia y atención de las personas discapacitadas, existe el deber jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de promover el acceso a empleos públicos a fin de vehiculizar la inserción social y laboral de estas personas” (cf. voto del juez Maier in re “Tobías Córdoba, Álvaro Juan María s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Tobías Córdoba Álvaro Juan María c/ GCBA s/ amparo [art. y 14 CCABA]”, expte. nº 3771/05, sentencia del 14 de septiembre de 2005, puntos 5, 7, 8 y 9, Expte. nº 3950/05 “Kuzis Fernando c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” 05/10/05, punto 5).

11. Que sin perjuicio de lo expuesto y a pesar de que los agravios de la demandada se presentan sumamente endebles, teniendo en cuenta el criterio amplio con que deben valorarse las presentaciones recursivas, cabe efectuar algunas modificaciones a la decisión atacada. En efecto, a fs. 361 la apelante afirma que para ingresar en el año 2006 como enfermero de planta en el GCBA



debe haberse realizado el curso de enfermería para auxiliares, previa evaluación realizada por el equipo técnico profesional del programa de becas de capacitación laboral de la Subsecretaría de Gestión Social y Comunitaria del Gobierno, y que el actor no reuniría tal condición. Según consta en autos en el informe de fs. 335 el actor ingresó al Programa para el año 2005 para capacitación laboral y fue becado en el curso de enfermería para auxiliares. Pero no hay constancias en la causa de que haya egresado satisfactoriamente. Sí consta en autos el título de auxiliar de enfermería obtenido por el actor (fs. 12 vta.), razón por la cual, y teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley 298, corresponderá adecuar la sentencia de acuerdo a la especial capacitación acreditada en autos. Por lo demás, tendiendo en cuenta las alegaciones de fs. 361 vta. y el objeto preciso de la demandada, no hay ninguna razón que lleve a condenar que el ingreso prioritario del actor deba efectuarse en el Hospital Santojani, ya que ello podría implicar, además, una innecesaria injerencia en decisiones propias de la demandada, y una disminución notable de las posibilidades del actor.

Las razones expuestas persuaden de modificar la sentencia apelada, acordándole al actor la posibilidad de acceder en forma prioritaria a un puesto en la Ciudad, teniendo especialmente en cuenta su formación como Auxiliar de Enfermería acreditada en autos, previa evaluación de su idoneidad, hasta tanto concluyan los concursos públicos de antecedentes para designar auxiliares de enfermería en dependencia de la Ciudad, cumpliendo con el cupo legalmente establecido. Al respecto el GCBA deberá informar en el plazo de treinta días al juez de grado las medidas concretas efectuadas para dar cumplimiento a lo ordenado. Por último las costas de ambas instancias deben ser impuestas a la demandada debido a que no se advierten razones para apartarse del principio objetivo de la derrota consagrado en el CCAyT. Por las razones expuestas el tribunal

RESUELVE:

1) modificar el punto 1 de la sentencia apelada haciendo lugar a la demanda y ordenando al GCBA que contrate al actor, Julio César Mareco, como auxiliar de enfermería en dependencias de la Ciudad, previa evaluación de su idoneidad, hasta tanto se llame a concurso público de antecedentes y oposición y concluya tal procedimiento para cubrir cargos de auxiliar de enfermería en las dependencias del Gobierno y se cumpla el cupo legalmente establecido.



2) Confirmar lo demás resuelto e imponer las costas de ambas instancias a la demandada.

Regístrese, notifíquese a las partes y devuélvase.