



## Trabajo

### Reincorporación en su puesto de camillero hasta la sustanciación del concurso público

#### Y. A. c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2009. Y VISTOS: Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte actora a fs. 100/102 -cuyo traslado fue contestado por la demandada a fs. 104/109-, contra la resolución de fs. 92/97, mediante la cual la magistrada de grado rechazó la acción de amparo. La señora Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 113/115 propiciando declarar desierto el recurso deducido.

I.- El accionante inició la presente causa contra el Gobierno de la Ciudad a fin de que “se condene al GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES – MINISTERIO DE SALUD... A emitir el acto administrativo de mi nombramiento como agente en Hospital General de Agudos ‘Donación Santojanni’...” (fs. 1). Relató que el 3 de octubre de 1995 fue sometido a un transplante hepático en el Hospital General de Agudos Dr. Cosme Argerich por cirrosis criptogénica en etapa terminal. Sostuvo que en virtud de dicha enfermedad padece una incapacidad que lo inhabilita totalmente para conseguir trabajo en la actividad privada. Señaló que a partir de junio de 2006 presta servicios como camillero en el Hospital Santojanni mediante contratos de locación de servicio que se fueron renovando cada tres meses. Observó que sus superiores en reiteradas oportunidades solicitaron su nombramiento y que, no obstante ello, no fue designado pese a la prioridad que le concede la ley nº 1502. Puso de resalto que, al finalizar el contrato de locación de servicios el 31/12/2007, la demandada no renovó dicho vínculo contractual. Sin embargo, continuó trabajando sin percibir remuneración alguna. Corrido el pertinente traslado, la accionada efectuó la contestación de la demanda y, tras la negativa de rigor, se opuso a la procedencia de la vía procesal; y desconoció que la accionante sea titular de un derecho constitucional que le permita exigir la continuidad e incorporación como personal del GCBA. En dicho entendimiento, sostuvo que la situación del demandante no se ajusta técnicamente a una discapacidad en el sentido establecido por la ley nº 1502. Además, resaltó que el ingreso al empleo público se realiza por medio de concurso público abierto. Añadió que “aún en el caso en que su situación encuadrarse en



los términos previstos por la referida legislación [ley nº 1502], no existe un derecho de ingreso directo y automático.”, máxime cuando por imperio de una norma (art. 13 del decreto nº 2.388/92) se encuentran congeladas las vacantes del personal de planta permanente. Adujo que el amparista no dio cumplimiento a la ley nº 1502 en cuanto establece la previa inscripción en el registro creado al efecto. Señaló que la parte actora “no resulta en los términos de dicho texto legal ‘discapacitada’, por lo cual no le es aplicable el beneficio que la referida ley consagra” (fs. 35/39). A fs. 92/97, la señora jueza de primer grado rechazó la acción con sustento en la orfandad probatoria. En tal sentido, concluyó “Dado la orfandad argumental y probatoria de la acción intentada no corresponderá más que su rechazo, en tanto el amparista no ha acreditado el presupuesto basal del presente proceso, es decir, la ilegalidad manifiesta en torno a la omisión por parte del GCBA en proceder a su nombramiento como camillero del Hospital Santojanni”. Esta decisión dio lugar al recurso de apelación deducido por el accionante a tenor de los argumentos que expone en su memorial de fs. 100/102.

II.- Toda vez que al contestar el traslado del memorial, la parte accionada solicitó que el recurso sea declarado desierto e hizo lo propio la señora Fiscal de Cámara en su dictamen, por razones de orden, corresponde expedirse sobre ello en forma previa. Al respecto cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes al establecer que, ante la gravedad de la sanción impuesta por el artículo 237 CCAyT, corresponde efectuar una interpretación razonablemente flexible y libre de rigor formal con relación a la fundamentación del recurso, lo cual conduce a admitir su validez en cuanto la presentación respectiva reúna al menos un mínimo de suficiencia técnica (esta Sala, in re “Fernández, Lucía Nélica c/ G.C.B.A.-Secretaría de Educación s/ Amparo”, expte. nº 163/00; “Fridman, Silvia Beatriz y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo, expte. nº 15/00, entre otros antecedentes). En la especie, el recurso de apelación reviste las características enunciadas. En consecuencia, la aplicación de tales pautas lleva, por un lado, a desestimar el pedido formulado y, por el otro, a conocer sobre el thema decidendum propuesto a conocimiento del Tribunal.

III.- A fin de resolver la cuestión sometida a estudio de esta Alzada, debe circunscribirse el marco normativo aplicable. La Constitución de la Ciudad, en el artículo 43 , dispone que: “La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. 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.” (énfasis agregado). Concordante con la norma constitucional, el artículo 6 de la ley 471 establece que “El ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto de conformidad con las pautas que se establezcan por vía reglamentaria” (el resaltado no está en el original). Por su parte, el art.36 de la misma ley determina que “Los trabajadores de la planta permanente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen derecho a la estabilidad entendida como el derecho de éstos a conservar el empleo hasta que se encuentren en condiciones de jubilarse, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente ley para su reconocimiento y conservación. La estabilidad no es extensible a las funciones” (el subrayado es propio).

De las normas transcriptas se desprende que, por un lado, -como regla general- se ingresa a la función pública por medio de concurso público abierto y, por el otro, sólo tiene derecho a la estabilidad el personal de planta permanente. Más aún, esta Alzada sostuvo que “.el sistema de concursos resulta el principio general en lo que concierne a ingreso y promoción en materia de empleo público, que fluye en primer término del artículo 16 de la Constitución nacional en cuanto establece que todos los habitantes ‘son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad’. Resulta imprescindible el cumplimiento de los recaudos para el ingreso permanente a la administración -en particular selección por concurso público abierto, y acto expreso de designación en ese carácter por la autoridad competente-. El derecho a la estabilidad no alcanza al personal transitorio (artículo 36 de la ley 471) y su adquisición no puede derivar de sucesivas prórrogas.” (esta Sala, in re, “Angelastro Cristina c/ GCBA s/ Empleo Público (no cesantía ni exoneración)”, EXP. 7746, sentencia del 29/12/2005).

IV.- A su vez, debe recordarse que nuestra Constitución Nacional establece en el art. 75, inc.23 , que es atribución del Congreso “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trabajo, 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 los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (énfasis agregado).



Por su lado, el art. 42, CCABA dispone que “la Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral.”.

En particular, el art. 43 de la Ley Suprema ordena que “La Ciudad... 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” (los resaltado no están en el original).

A su vez, el art. 6 de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (1975) dispone que “el impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; a la formación y a la readaptación profesionales; a las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social” (el subrayado me pertenece).

Por su parte, el art.22 de la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (1993) dispone que “es menester prestar especial atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad”.

Por su parte, el art. 63 de la citada Declaración establece que “la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos. La Conferencia pide a los gobiernos que,



cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su legislación para garantizar el acceso a éstos y otros derechos de las personas discapacitadas” (énfasis agregado).

Asimismo, su art. 64 dispone que “el lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad”.

Es relevante, además, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) que en su art. 18 dice que “Toda 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. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a.ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso.” (el subrayado no está en el original). En este sentido se expidió el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General nº 5 (1994): “La obligación de los Estados Partes en el Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad.

En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. (.) Los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. (.) Dicho apoyo debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos asociados a menudo con la discapacidad”.



Por su parte, la Asamblea General de la OEA por medio del “Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano” (1996), dispuso “1. Declarar su compromiso de intensificar los esfuerzos en favor de las personas con discapacidad. 2. Manifestar su más firme y decidido compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad y la necesidad de que se mejoren los servicios y se ofrezcan mayores oportunidades para las personas con discapacidad en el continente americano. 3. Recomendar a los Estados miembros que dentro de sus posibilidades, intensifiquen sus esfuerzos a fin de crear oportunidades equitativas para las personas con discapacidad en los servicios de salud, educación y capacitación, así como oportunidades de empleo y de vida independiente y, en general, facilidades para que se integren y contribuyan plenamente a la sociedad en forma productiva” (el subrayado es propio). El Congreso de la Nación aprobó, mediante la 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. El art. 3 establece: “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 (.) 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas: La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad”. Por su parte, dentro del ordenamiento jurídico infraconstitucional, no puede dejar de mencionarse la ley nº 22.431 que instituyó un sistema de protección integral para personas discapacitadas. En su art.8º establece expresamente que “El Estado nacional -entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos- están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de



su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas. El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes arriba indicados deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse. En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre la cantidad de cargos cubiertos con personas con discapacidad, se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito". En el ámbito local, es relevante la ley 447 ("Régimen Básico e Integral para la Prevención, Rehabilitación, Equiparación de Posibilidades y Oportunidades y para la Participación e Integración Plena en la Sociedad de las Personas con Necesidades Especiales"). En su art. 2º establece que las normas que se adopten en esta materia deben quedar ".definitivamente integradas en la legislación general para asegurarles la igualdad de posibilidades y oportunidades en los campos del trabajo. y en todos los demás planos de su desarrollo personal, social y económico". Su art.5 dispone que "Todos los Poderes del Estado de la Ciudad de Buenos Aires deben, entre sus objetivos, programar y ejecutar políticas activas para la prevención, estimulación temprana, rehabilitación, equiparación de oportunidades y posibilidades para la plena participación socioeconómica de las personas con necesidades especiales"; al tiempo que el art. 6º, dispone que "Los funcionarios públicos del Estado de la Ciudad Autónoma y los funcionarios de los entes privados de servicios públicos son responsables, en sus respectivos ámbitos, de implementar las medidas necesarias para garantizar y controlar el cumplimiento de las normas referidas directa o indirectamente a las personas con necesidades especiales según los objetivos previstos en la presente ley". En lo que se refiere al ámbito estrictamente laboral, la ley nº 120 de la Ciudad determina en su art. 2º que "Son objetivos de la política de empleo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: l) Promover políticas de apoyo para el empleo de las personas con necesidades especiales". A su vez, el art. 12 de la misma norma establece que "Los programas destinados a fomentar el empleo que se elaboren en cumplimiento de la presente ley, atenderán preferentemente a la población desocupada perteneciente a hogares en situación de pobreza; a los desocupados: jefes y jefas de hogar con menores a cargo,



mujeres, personas mayores de 45 años, jóvenes que hayan abandonado los estudios primarios o de segundo nivel con cargo a finalizarlos, personas con necesidades especiales; y a los desocupados de larga duración”. Posteriormente, la ley nº 471 señaló -en su art. 63 – que “El Poder Ejecutivo establecerá los mecanismos y condiciones a los fines de garantizar el cumplimiento del cupo previsto para las personas con necesidades especiales.”. Esta ley fue modificada por la ley nº 1523, justamente en su art. 63. Así, el mencionado artículo quedó redactado de la siguiente forma: “El Poder Ejecutivo establecerá los mecanismos y condiciones a los fines de garantizar el cumplimiento del cupo previsto para las personas con necesidades especiales de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debiendo asegurarse además la igualdad de remuneraciones de estos trabajadores con los trabajadores que cumplan iguales funciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La convocatoria de las personas con necesidades especiales deberá hacerse de manera tal que queden claramente establecidas las labores que se realizarán en la unidad administrativa que corresponda a fin de que en ningún caso tales derechos individuales que esta Ley garantiza afecte la prestación de los servicios. A tales fines se elaborará un registro por unidad administrativa que contenga el listado de trabajadores con necesidades especiales y las labores que desempeñan o que pudieran desempeñar”. A las normas transcriptas, cabe agregar la ley nº 1502, que reviste trascendental importancia en la materia. Esta norma tuvo por objeto “regular la incorporación, en una proporción no inferior al cinco (5) por ciento, de personas con necesidades especiales al Sector Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (art. 1º, énfasis agregado). Más aún, su art. 2º determina que “La incorporación de personas con necesidades especiales será obligatoria, cuando se deban cubrir cargos de Planta Permanente en el Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires siempre que no se cumpla con el cupo del cinco (5) por ciento”. También, dispone que “La incorporación de personas con necesidades especiales deberá ser gradual y progresiva para cubrir el cupo del cinco (5) por ciento.”, debiendo concretarse dicha incorporación en el plazo máximo e improrrogable de cinco (5) años a contar desde la sanción de la ley. Para alcanzar dicha incorporación en tiempo y forma, la misma debe ser gradual, efectuándose al menos un dos (2) por ciento en los dos (2) primeros años (art. 4º). El art. 5º dispone que “A los fines del efectivo cumplimiento de lo previsto en el artículo 4º de la presente ley, las vacantes que se produzcan en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2º,



deberán prioritariamente ser cubiertas por las personas con necesidades especiales que acrediten las condiciones e idoneidad para el puesto o cargo que deba cubrirse”. A fin de dar cumplimiento a la ley, el art. 8º determina la creación de la Comisión para la Plena Participación e Integración de las Personas con Necesidades Especiales (COPINE) quien tiene a cargo la elaboración, entre otras funciones, del Registro Laboral Único de Aspirantes con Necesidades Especiales, tendiente a facilitar la incorporación de los beneficiarios en los plazos y condiciones establecidos en la presente norma (art.9). Si bien la ley alude a puestos en la planta permanente, en la cláusula transitoria expresamente se dispuso que “En tanto no se realicen concursos que permitan el ingreso a la Planta Permanente, cuando se deban cubrir cargos mediante la modalidad de contratos de locación de servicios en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2º, párrafo primero, la incorporación de personas con necesidades especiales será obligatoria, siempre que reúnan las condiciones de idoneidad conforme a lo previsto en el artículo 5º de la presente Ley, hasta cubrir el cupo del cinco (5) por ciento calculado sobre la base de la totalidad del personal contratado”. La ley nº 1502 fue reglamentada por medio del decreto nº 812/05 . En la citada reglamentación se estableció -entre otras cosas-, por un lado, la obligación que pesa sobre las jurisdicciones y entidades incluidas en la ley, de notificar a la Comisión acerca de todo proceso de selección que lleven a cabo con el fin de incorporar personal a la planta permanente y, por el otro, la facultad de la mentada Comisión de inscribir de oficio en los procesos de selección a las personas que se encuentren incluidas en el Registro Laboral Único del art. 9º (art. 2º). A su vez, estipula que -a los efectos de alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4º de la ley-, cada autoridad de aplicación reservará las vacantes necesarias para ser destinadas prioritariamente a personas con necesidades especiales y determina, además, que, una vez alcanzado el cupo mínimo del 5% que prevé la Constitución de la Ciudad, en los restantes procesos de selección se deberá reservar un 5% de los cargos vacantes (salvo imposibilidad en razón de la características del cargo debidamente justificada), respecto de los cuales se abrirá un concurso cerrado entre los aspirantes inscriptos en el Registro Laboral Único de Aspirantes con Necesidades Especiales, los que deberán acreditar las condiciones y la idoneidad necesarias para cubrirlos (art.5º).

V.- Como se desprende claramente del ordenamiento jurídico vigente, existe una obligación estatal de emplear -como mínimo en el 5% del total de los puestos de trabajo- a personas con necesidades especiales. Más aún, como se dijera, la ley nº 1502 determina que la incorporación de



aquéllas es obligatoria cuando se trate de cargos de planta permanente en el sector público de la Ciudad. A su vez, la cláusula transitoria de la misma norma dispone que mientras no se realicen los concursos para ingresar a la planta permanente y deban cubrirse los cargos por medio de contratos de locación de servicios, la incorporación de personas con capacidades diferentes es “obligatoria”, siempre que reúnan las condiciones de idoneidad, hasta cubrir el cupo del 5%.

VI.- Ahora bien, a diferencia de lo sostenido por la a quo esta Alzada considera que se encuentra probado que el actor se desempeñó a las órdenes de la demandada desde marzo de 2006. En efecto, de las pruebas producidas en autos, surge que con fecha 03/10/2006, el Director del Hospital Santojanni solicitó -mediante nota nº 5476-HGADS/06, dirigida a la Dirección General de Hospitales- el nombramiento del actor señalando expresamente que “se desempeña hace 7 meses como camillero de este HOSPITAL” (fs. 71), es decir, desde el mes de marzo de dicho año. A su vez, el 27/12/2006, el Director General Adjunto de Hospitales, remitió al Director del Hospital una misiva donde le pidió que “se sirva ratificar o rectificar la solicitud de nombramiento del señor A. I.”, ratificando la solicitud de nombramiento el nuevo Director Médico del nosocomio con fecha 04/01/2007 (fs. 72/73). Además, a fs. 70, dicho funcionario -con fecha 12/12/2008- informó que “en la solicitud de designación que nos ocupa a fs.1 y 4 se omitió especificar que se trataba de la continuación del agente en el contrato con el que ese Ministerio lo designó, ya que el agente continúa prestando servicios”. Más aún, el Ministerio de Salud -con fecha 11/03/2008- emitió el decreto nº 191/2008 por medio del cual reconoció los servicios prestados por el accionante, “en carácter de locación de servicios, por una retribución total de pesos cuatro mil ochocientos (\$ 4.800), por el período comprendido entre el 1º/1/07 y el 31/8/07. A esta prueba, cabe agregar la documentación de fs. 19/20, de fecha 21/06/2007 y 10/01/2008 (que no fuera desconocida por la accionada al contestar demanda), de donde surge que el accionante prestaba servicios a tales fechas en el nosocomio y el muy buen desempeño personal en la realización de las tareas asignadas. Las constancias probatorias reseñadas permiten tener por acreditado el vínculo laboral entre actor y demandada desde el mes de junio de 2006 hasta el 31/12/2007 -fecha en que la propia actora denuncia que el vínculo laboral remunerado cesó-.

VII.- Resta, pues, determinar si el accionante padece de una discapacidad. A esta altura del desarrollo, cabe recordar que las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación



fáctica existente al momento de ser dictadas (Fallos 300:844). Ello así, debe tenerse presente, en este aspecto, el certificado de discapacidad agregado a fs. 30 -cuya autenticidad no fue controvertida-. Al respecto, cabe efectuar una aclaración. Si bien es cierto que el certificado mencionado fue emitido con fecha 26/08/2008 y que el actor no adjuntó una constancia de este tipo que demostrara que, a la fecha de prestación de servicios para la accionada, tal discapacidad había sido reconocida por las autoridades competentes, lo cierto es que, en la actualidad, dicha certificación existe y ha sido extendida hasta el 26/08/2018. Además, debe añadirse que el hecho de que la expedición de dicho documento sea posterior al período trabajado no acredita que la discapacidad no existiera con anterioridad. Más aún, no debe perderse de vista que, en la especie, resulta aplicable el principio favor debilis, en virtud del cual en caso de duda debe estarse a favor de los derechos de la parte más débil; así como el principio pro homine por el cual cabe proteger los intereses particulares frente al poder estatal. En síntesis, corresponde evaluar los planteos del actor teniendo en cuenta que se trata de una persona que padece de una discapacidad.

VIII.- Sentado lo anterior, cabe aplicar, asimismo, a la especie, por un lado, el principio de no regresividad de modo que, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce respecto de personas que se encuentran en una situación particular como la actora -esto es, el reconocimiento de un status jurídico básico de inclusión social-, su vigencia no puede dejarse de lado posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. En efecto, una vez que la administración cumple con los mandatos constitucionalmente impuestos y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos de los más necesitados, está obligada a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esa situación. Por otro lado, junto al principio de no regresividad, en el marco de esta causa, cabe hacer aplicación también del principio de progresividad -reconocido por las normas internacionales y nacionales- según el cual, los Estados se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos reconocidos en tales ordenamientos jurídicos. Dicho compromiso encuentra su razón de ser en el hecho de que tales derechos tienen como destinataria a la persona humana “y, en consecuencia, requiere del Estado el máximo esfuerzo en los recursos disponibles, con lo cual destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia” (Cf. CSJN, sentencia del 17/05/2005, en autos “Sánchez, María del



Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social” , LL 2005-C, 616, del voto del Juez Maqueda).

IX.- A esta altura, cabe recordar que esta Alzada ha tenido oportunidad de expedirse sobre la materia objeto de estos actuados en los autos “Bilbao Fabiana Mabel c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP nº 18152/0. En dicho precedente se señaló que, en caso de desconocimiento por parte de la Administración del cupo del 5% establecido por la Constitución de la Ciudad, quien justificare encontrarse en situación de “necesidad especial” está legitimado para denunciar el hecho y solicitar su incorporación a la planta (cf. QUIROGA LAVIE, Humberto, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires Comentada, Ed. Rubinzal- Culzoni, 1996, pág. 131). Más aún, en el mentado fallo, esta Alzada observó que “el régimen jurídico reseñado ut supra, claramente protege y privilegia el derecho de las personas con discapacidad a una vida plena, de allí que, ante una situación de duda, en cuanto a la aplicación o interpretación de disposiciones legales se debe estar a la solución que más favorezca a la persona con necesidades especiales”. A lo expuesto, debe añadirse que el acceso de las personas con discapacidad al empleo es un aspecto prioritario en la integración y normalización de sus condiciones de vida y que el Estado tiene un papel fundamental en la inclusión laboral de las personas con discapacidad, ya que nuestro ordenamiento jurídico la configura como empleadora directa a través de cupos en materia de empleo público (Sala II, en autos, “KUZIS FERNANDO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 12987 / 0, sentencia del 23 de diciembre de 2004). A mayor abundamiento, es dable traer a colación el voto del juez Maier, en la causa “Tobías Córdova, Alvaro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” (Expte. nº 3771/05), sentencia del 14 de septiembre de 2005. Allí sostuvo que “el art. 42 de la Constitución -titulado ‘Discapacitados’- no hace mención alguna a concursos para (o entre) personas discapacitadas a fin de acceder a empleos dentro de la organización estatal. Tampoco el art. 63 de la ley nº 471 (redacción según ley nº 1.523, BO del 29/12/2004) menciona el concurso, aunque delega en el Poder Ejecutivo la potestad de establecer los mecanismos y condiciones a los fines de garantizar el cumplimiento del cupo previsto para las personas con necesidades especiales. De este modo, la Constitución local ha establecido en términos inequívocos la garantía de la Ciudad a la plena integración e igualdad de oportunidades de las personas discapacitadas (art. 42), para lo cual [a]segura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que



la ley determine' (art. 43, segundo párrafo, CCBA)". A ello agregó que ".no son ésas las únicas normas locales que disciplinan la cuestión. Si bien la regla es el concurso de postulantes, la ley n° 1.502 (BO n° 2.076, del 26/11/2004), denominada de 'Incorporación de Personas con Necesidades Especiales al Sector Público de la Ciudad', cláusula transitoria, prevé: 'En tanto no se realicen concursos que permitan el ingreso a la Planta Permanente, cuando se deban cubrir cargos mediante la modalidad de contratos de locación de servicios (.) la incorporación de personas con necesidades especiales será obligatoria, siempre que reúnan las condiciones de idoneidad conforme a lo previsto en el artículo 5° de la presente Ley, hasta cubrir el cupo del cinco (5) por ciento calculado sobre la base de la totalidad del personal contratado. Todo ello conforma un genuino corpus que completa la ley nacional n° 22.431, referida al 'sistema de protección integral de discapacitados', las leyes locales nos.447 (sobre políticas para la plena participación e integración de las personas con necesidades especiales), 471 (sobre relaciones laborales en la administración pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), especialmente su art. 63 y las resoluciones de la Legislatura local nos. 91/03, 2699/03 y 4629, entre muchas otras". De esta forma, afirmó que ".el llamado a concurso no aparece como una exigencia legal ineludible para que el Gobierno provea un empleo al actor. Por lo contrario, este recaudo constituiría un condicionamiento ulterior de las normas citadas que implicaría su caracterización como (meramente) programáticas, lo que carece de todo sustento constitucional y legal". Más aún, añadió que "La Constitución local establece la garantía de la Ciudad para la efectividad de ciertos derechos. En el caso, 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 exigirlos. Esta observación remite, desde luego, a la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión". Concluyó luego que "la conducta del Gobierno en este caso es un dejar de hacer inconstitucional e ilegal. Resulta incontrovertible 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". El holding que surge del voto citado fue reiterado posteriormente en términos similares por el mismo juez Maier, en la causa "Kuzis Fernando c/ GCBA s/ Amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" , sentencia del 5 de octubre de 2005, debiendo destacar que, en



tales precedentes, la mayoría se expidió a favor del rechazo de la queja o el recurso de inconstitucionalidad, según el caso.X.- Conforme lo hasta aquí manifestado, la amparista tiene derecho a continuar en el desempeño de sus tareas, toda vez que así lo disponen las normas que protegen de forma particular a las personas que -como ella- padece de una discapacidad.

XI.- No empece a lo dicho, lo sostenido en el precedente “Asociación Trabajadores del Estado (ATE) c/ GCBA s/ medida cautelar” , EXP. 28352/1, sentencia del 19 de marzo de 2008, toda vez que dicha causa, si bien trataba de contratos transitorios de empleo como el que tuvo el aquí accionante, por constituir aquél un proceso colectivo, no contempló situaciones particulares como la que en esta causa nos plantea.

XII.- Ello así, en el marco de la presente contienda y sin necesidad de adentrarse a determinar la existencia de fraude laboral o no, corresponde -con sustento en las normas internacionales y constitucionales nacionales y locales, así como las infraconstitucionales que protegen a las personas con necesidades especiales, reincorporar al actor a las funciones que desempeñó en forma habitual hasta el día 31/12/2007, fecha en que la demandada, con sustento en la decisión de no renovar el contrato de locación de servicios, dejó sin empleo al accionante.

XIII.- Si bien del desarrollo argumental hasta aquí efectuado, surge claramente que asiste la razón al amparista y que, por ello, el actor debe ser reintegrado a su trabajo; ello no implica por sí mismo reconocer sin más su derecho a la estabilidad. Así las cosas, el régimen de empleo debe mantenerse vigente -siguiendo el actor revistiendo en planta transitoria- hasta que se convoque al correspondiente concurso público. Esta decisión es la que mejor armoniza las características que pesan sobre la situación en que se encuentra el demandante con las normas internacionales, constitucionales e infraconstitucionales que regulan toda la materia objeto de estos actuados. En efecto, esta solución es la forma más razonable de compatibilizar, por un lado, las reglas constitucionales que establecen el ingreso a la planta permanente de la administración previo concurso público abierto y, las normas protectorias de las personas con capacidades especiales. Además, esta decisión importa una medida tendiente a que la demandada dé cumplimiento cabal al cupo laboral del 5% establecido a favor de quienes poseen necesidades especiales, toda vez que al convocar al concurso deberá obligatoriamente destinar un 5% de los cargos a cubrir para



asignarlos a los concursantes con necesidades especiales que se encuentren en condiciones de acceder a los mismos.

XIV.- En síntesis, debe hacerse lugar al recurso de apelación deducido, revocando la sentencia de grado en todas sus partes. Así pues, se ordena a la demandada que reincorpore al accionante a las tareas que desempeñó hasta su baja -sea en planta transitoria o mediante contrato de trabajo por tiempo indeterminado- y hasta tanto se sustancie el concurso público correspondiente a dicho cargo, concurso que deberá prever el cupo del 5% destinado a personas con capacidades especiales que demuestren idoneidad para la función.

Con costas de ambas instancias a la vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 14 , CCABA, 28 de la ley 2145 y 62 , CCAyT). Por lo expuesto y oída la Señora Fiscal de Cámara, el Tribunal RESUELVE:

Hacer lugar al recurso de apelación y en consecuencia ordenar la reincorporación de la actora a las tareas que desempeñó hasta su baja, con costas de la Alzada a la demandada vencida. Regístrese, notifíquese y al Ministerio Público en su despacho. Oportunamente, devuélvase.