



SEMINARIO DE TRABAJO FINAL DE GRADO

CUPO LABORAL POR DISCAPACIDAD

Su procedencia en la Provincia de Córdoba según el Tribunal Superior de Justicia

NOTA A FALLO

Autor: Leandro Andres Manzur

D.N.I.: 39.691.466

Legajo: ABG09456

Prof. Director: César Daniel Baena

Córdoba, julio 2021.

SUMARIO: I. Introducción nota a fallo. – II. Aspectos Procesales: a) Premisa Fáctica. b) Historia Procesal. c) Decisión del Tribunal. – III. Ratio Decidendi IV. Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales. – V. Posición del autor – VI. Conclusión – VII. Referencias Bibliográficas.

1. Introducción nota a fallo

La presente nota a fallo analiza la sentencia “D., A. H. C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA – EPEC - AMPARO -RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. 2488520) del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), con fecha 12 de abril 2019, en donde se resuelve acerca del Cupo Laboral Personas con Discapacidad (art. 2, Ley N° 5624, modificada por la Ley N° 8834).

Este fallo trata un problema central respecto a los derechos de personas con discapacidad. Específicamente, versa sobre una acción de amparo interpuesta por una persona con discapacidad para ser contratada de manera inmediata por EPEC, empresa estatal, según el cupo laboral vigente en las leyes nacionales y provinciales en la materia. De esta manera, la trascendencia social de este fallo es inminente porque entiende que el Estado debe generar mecanismos para el cumplimiento del cupo laboral y, así, cumplir con el derecho a trabajar que le asiste a toda persona con discapacidad. El trato discriminatorio que reciben las personas con discapacidad en el mundo laboral, debe ser abordado jurídicamente, haciendo valer los derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

En este caso se discute acerca de la procedencia de una acción de amparo a los fines de determinar si la persona con discapacidad tiene el derecho a ser incorporada a la planta de EPEC por el hecho de contar con un certificado único de discapacidad. De esta manera, fallo cuenta con un problema jurídico de relevancia, toda vez que existen dudas acerca del alcance de la norma aplicable (Moreso y Vilajosana, 2004). Según la normativa bajo análisis, es decir la ley provincial que consagra el cupo de discapacidad del 5%, ley 5624. Sin embargo, la ley no es clara respecto a si eso implica que la persona con discapacidad tiene un derecho a que se lo contrate de manera inmediata o no. En este sentido, Sr. D solicita que se lo contrate de manera inmediata en EPEC, mientras que el TSJ dirá que, aunque EPEC debe establecer un mecanismo para cumplir con el cupo de discapacidad, no debe contratar de manera inmediata al Sr. D. Veremos qué argumentos despliega el Tribunal para sostener esto último.

2. La premisa fáctica, la historia procesal y la resolución del Tribunal

a. Los hechos de la causa: Una persona con discapacidad (Sr. D) interpone acción de amparo ante la Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativa de Primera Nominación, Río Cuarto de la Provincia de Córdoba, contra EPEC solicitando se lo incorpore como personal de la planta permanente en la delegación de Río Cuarto. El Sr. D indica que en el año 1990 fue diagnosticado de una enfermedad que le provocó innumerables trastornos cuyas secuelas fueran consideradas a fin de otorgarle certificado de discapacidad, actualmente vigente.

La respuesta de EPEC fue solicitar el rechazo de la acción por considerar que la vía es inadmisibile. Asimismo, presentó el informe previsto en el artículo 8° de la ley 4915. Todo ello, sin expedirse respecto a la cuestión de fondo solicitada por la parte actora.

b. La historia procesal: En octubre del año 2013 el actor solicita su incorporación a la planta permanente de EPEC sobre la base del cupo de discapacidad. Muestra que ha cursado notas solicitando información sobre el cumplimiento del cupo de ingreso a planta permanente, sin respuesta favorable. A su vez, relata el actor que, en función de la sugerencia que allí le hicieron, envió su currículum vía e-mail el 2 de octubre de 2013.

El 18 de noviembre de 2013 vuelve a requerir información respecto del cupo laboral, sobre la base de la ley provincial 8803 de Acceso a la Información Pública, sin obtener respuesta por parte de EPEC. El 28 de octubre de 2014 recibe una notificación en donde se pedía que se presente ante Recursos Humanos de EPEC. El actor relata que, en dicha oportunidad, le practicaron los exámenes médicos necesarios para el ingreso de personal, pero nunca lo llamaron para ingresar a la plata. Por esa razón, el 20 de marzo de 2015 intimó por carta documento a EPEC para que informe qué han decidido respecto a su ingreso. EPEC respondió por el mismo medio que el Sr. D. “no se encontraba apto para desempeñar eficazmente el puesto a cubrir”. En julio de 2015 la actora interpuso recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio 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.

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

Contra dicha sentencia, la demandada interpone recurso de apelación que resuelve el TSJ de Córdoba.

c. La resolución del Tribunal: En pleno y por unanimidad los Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, Luis Enrique Rubio, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastián Cruz López Peña y Alcides Segundo Ferreyra han resuelto hacer lugar, en forma parcial, al recurso de apelación planteado por EPEC, ordenando se revoque la misma en tanto ordenaba que se incorporara al actor en la planta permanente de la empresa por cupo de discapacidad laboral. Pero, a su vez, sostuvo que, en el plazo de un año desde la sentencia, EPEC debe reglamentar e implementar un mecanismo de selección, en cumplimiento del cupo laboral por discapacidad fijado por la Ley 5624.

3. La *ratio decidendi*

El TSJ debía decidir dos cuestiones. Primero, respecto a la procedencia del amparo. Segundo, acerca de la procedencia del recurso interpuesto por EPEC.

Respecto a la procedencia del amparo, la empresa demandada indicó que la Cámara, al momento de resolver la admisibilidad del amparo, no reconoció la posibilidad que le cabía al Dr. D. de iniciar la acción contencioso administrativa. En este sentido, el amparo no debe ser tenido como la vía idónea. Que su situación de discapacidad no hace proceder por sí mismo la vía del amparo. Pero, el TSJ sostuvo que no le asiste razón a la parte recurrente, que los trámites iniciados en etapa administrativa dan cuenta que ha quedado agotada dicha vía. Rechaza, a su vez, el argumento esbozado por EPEC en tanto que el actor no ha probado que exista falta de trabajo, o falta de salud, o la posibilidad de un mal inminente que conculque sus derechos.

Respecto a la procedencia del Recurso incoado por EPEC, la demandada entiende que no ha conculcado ningún derecho ya que, de la propia historia del actor surge que es abogado y procurador e, incluso, que ha tenido otras ocupaciones y funciones, como juez de Paz, profesor adscripto o dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación. De esta manera, la “dolencia invisible” que indica que el Sr. D no le ha impedido desarrollar tareas y llevar una vida laboral sustentable. En definitiva, la discapacidad que alega el actor no le ocasiona desventajas para su integración social, laboral y familiar, o para su educación, en los términos de la Ley 22.431. EPEC suma que la ley invocada por el actor carece de reglamentación, dado que el artículo 1 de la Ley N° 5624, al detallar las dolencias de las personas comprendidas (ciegos, amblíopes, sordos, sordo-mudos, paralíticos, espásticos e inválidos), no incluye la patología que reviste el Sr. D., quien, según sus propios dichos, tampoco tiene las facultades físicas y psíquicas disminuidas.

Sobre el fondo de la cuestión, el TSJ acogió parcialmente el recurso interpuesto. Aunque descartó lo sostenido por la demandada, es decir no hizo valer el argumento de que la actora cuenta con una posibilidad de una vida laboral sustentable y descartó que la falta de reglamentación de la ley haga que la dolencia del Sr. D no quede comprendida en la Ley N° 5624. La conclusión esbozada por el TSJ puede resumirse en que “el cupo por discapacidad no es privativo de una persona en particular”, es decir, el Sr. D. no contaría con un derecho subjetivo que obligue a la EPEC a formalizar con él algún tipo de relación laboral.

Por su parte, y remitiéndose a un argumento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo: “Todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión (...) por la vía judicial”. Para sostener la no operatividad directa de estos derechos, el TSJ se remite al antecedente de la Corte Suprema de Justicia en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” con fecha 12 de abril de 2012. La remisión a ese antecedente es a los fines de sostener que la actora no goza de un derecho subjetivo a la designación inmediata y que esa solución es inequitativa y discriminatoria respecto de las otras personas alcanzadas por alguna discapacidad.

Relacionado con el problema jurídico de relevancia detectado al comienzo, el TSJ entendió que, aunque el Sr. D no cuenta con un derecho subjetivo de asignación inmediata a planta permanente, es decir, que el cupo no cuenta con operatividad directa y el Sr. D no tendrá su puesto de trabajo en EPEC. De todas maneras, EPEC debe garantizar la forma de asegurar el cupo laboral por discapacidad a toda la categoría de personas a la que refiere la Ley n.º 5624. Por eso EPEC deberá llamar a concurso para cubrir las vacantes del cupo por discapacidad hasta llegar a completar el 5% ordenado por ley en el plazo de un año desde que ha quedado firme la sentencia.

4. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

4.1 Legislación

El Modelo Social de la Discapacidad ha sido consagrado por la Convención de Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada por Argentina a través de la Ley 26.378 en junio 6 de 2008. Dicha CDPD ha sido dotada de jerarquía constitucional por Ley 27.044, sancionada en noviembre 19 de 2014. La CDPD es el marco protectorio por excelencia de personas con discapacidad. El modelo social, consagrado en dicha CDPD, sostiene que la discapacidad es

una combinación entre factores médicos en interacción con el entorno social. Su artículo primero reza:

Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas 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 (Art. 1. CDPC)

Este modelo de discapacidad es clave a la hora de abordar el fenómeno. Así, el foco de la discapacidad está en reparar el modo en que la sociedad interactúa con una persona que cuenta con una diversidad o diferencia física. Por su parte, y en consonancia con la CPD, la Organización Mundial de la Salud (OMS) entiende a la discapacidad como:

Un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

La OMS y la CDPC dan cuenta que la discapacidad está atravesada por el trato desigualitario que reciben las personas en razón de su deficiencia. En este sentido, Palacios (2008) nos advierte necesario eliminar las barreras sociales que se han impuesto a personas con discapacidad.

A su vez, en el marco estrictamente nacional, tenemos la ley de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados (Ley 22.431), la cual fue sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981. Tal como lo anuncia su artículo primero, cuenta con el objetivo primordial de otorgar a las personas con discapacidad una atención integral, “contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.” (Art. 1). Por su parte, el artículo 8 sostiene que el Estado Nacional y sus distintos organismos tienen el deber de contratar a personas con discapacidad, aclarando que deben ser idóneas para el cargo. Para ello refiere que un porcentual del cuatro por ciento (4%) de la totalidad de los cargos deberá ser ocupado por las mismas. Dicha tarea debe ser autorizada y fiscalizada por el Ministerio de Trabajo. Sin embargo, en el caso aquí analizado se pretende operativizar la ley provincial 5624 (artículo 2º) en cuanto impone la obligación a empresas del Estado a incorporar a la planta efectiva de personal

permanente un porcentaje de personas con discapacidad que eleva a un cinco por ciento (5%) el cupo en la provincia.

Por último, a nivel nacional tenemos la ley de Certificado Único de Discapacidad (en adelante, CUD), Ley 25.504, sancionada el 14 de noviembre de 2001. Esta ley dota de competencia al Ministerio de Salud para la certificación de la discapacidad, del grado y la naturaleza de la misma y las posibilidades de rehabilitación. Cabe mencionar que en el caso bajo análisis el Sr. D presentó CUD.

4.2. Doctrina

Desde el año 1994, con la reconocida reforma constitucional, el Estado argentino ha mantenido como política constante estas acciones positivas. En este sentido, Palacios (2000) sostiene que existe la necesidad de favorecer a determinadas personas o grupos sociales en mayor proporción que a otras y las medidas de acción positiva (o discriminación inversa) buscan equilibrar la desigualdad que impera hacia ciertos grupos. Entre los grupos históricamente vulnerados, se encuentran las personas con discapacidad, destinadas a la marginalidad y exclusión. Las acciones positivas significan integración. Así, en el mundo del trabajo, gracias al cupo las personas con discapacidad serán empleadas por el Estado.

Eroles y Fiamberti (2008) indican la necesidad de defender y promover políticas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de personas con discapacidad, buscando un cambio en la valoración negativa que se tiene hacia las personas. Eliminar la discriminación supone, como primer paso, visibilizar la situación de exclusión de personas con discapacidad. Si entendemos que la situación de estas personas es de extrema marginación, entendemos fundamentadas una política como el cupo laboral.

Romenach (2008) advierte que la diversidad funcional que la discapacidad supone es negativamente valorada. En el plano laboral, las personas no son contratadas por creer que son improductivas. Así, hay que cambiar el sentido y valoraciones negativas, las cuales son la que ocasional un trato injusto y desigualitario.

Por último, es menester indicar, tal como lo hace Maldonado (2012), que la discriminación arrojada hacia personas con discapacidad está solapada, es decir, no es evidente, pero se traduce en la falta de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, lo que las deja al margen de la sociedad. Así, acciones positivas como el cupo son claves para lograr un diseño accesible a las fuentes de trabajo y no condenar a personas con discapacidad a la pobreza y exclusión social. Esto ya que la manda constitucional no deja lugar a dudas: el derecho a la igualdad real de oportunidades debe garantizarse y, para ello, el mecanismo efectivo – y diseñado – es la acción positiva como el cupo. Así, Palacios (2000) advierte que

no será suficiente con reconocer que las personas con discapacidad gozan de los mismos derechos que el resto de la sociedad en un plano ideal o meramente legislativo, sino que se necesitan verdaderas acciones de integración para lograr casos concretos de acceso y goce de los derechos humanos de personas con discapacidad. El Estado debe eliminar las barreras, y para hacerlo puede tomar medidas diferenciadas en ventaja del sector vulnerado.

A modo ilustrativo, la autora expone que no podríamos sostener seriamente que una persona con alguna discapacidad física tiene las mismas oportunidades que otra sin dicha discapacidad para movilizarse en un transporte público, para trabajar y desplegar su proyecto de vida. Si no visibilizamos que debemos eliminar las barreras que condicionan (en este caso hacer un transporte público accesible, veredas accesibles, etc. o en el caso que nos ocupa darle oportunidad laboral) para paliar las dificultades, se estaría pecando por omisión (Palacios, 2008). A su vez, podemos afirmar que no solo de las obligaciones del Estado sino también de la sociedad toda, ya que la indiferencia de cada uno de nosotros condiciona y excluye a personas con discapacidad.

4.3 Antecedentes jurisprudenciales

Un antecedente clave a la hora de abordar nuestro fallo es el antecedente resuelto por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" con fecha 12 de abril de 2012. En dicho fallo, el máximo Tribunal de la Nación ordenó al gobierno local que garantice a una madre y su hijo con discapacidad, lue se encontraban en "situación de calle", un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Sin embargo, consideró que ese tipo de normas – como es el derecho a la vivienda - no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión por la vía judicial. El TSJ remite esta sentencia en oportunidad de sostener que el cupo laboral que emerge de la ley provincial no goza de operatividad inmediata, por lo que el Sr. D no puede solicitar que, sin más y por el hecho de establecer un amparo, se lo contrate de manera inmediata.

5. Postura del autor

Tal como hemos dicho al comienzo de esta nota a fallo, estamos frente a un problema jurídico de relevancia, toda vez que existen dudas acerca del alcance de la norma aplicable, es decir, si

la ley provincial al momento de consagrar el cupo de discapacidad del 5%, ley 5624, implica que la persona con discapacidad tiene un derecho a que se lo contrate de manera inmediata o no. Vimos que el actor solicita que se lo contrate de manera inmediata en EPEC. Sin embargo, el TSJ sostuvo que, aunque EPEC debe establecer un mecanismo para cumplir con el cupo de discapacidad, no debe contratar de manera inmediata al Sr. D.

De esta manera, el TSJ ha resuelto el problema de relevancia indicando que el cupo laboral por discapacidad no implica una operatividad directa en la cual una persona con discapacidad por el mero hecho de entablar una acción de amparo tenga el derecho de ser contratada de manera inmediata.

Para sostener ello, el argumento despliega dos argumentos. El primero, sostiene que las normas de este tipo no cuentan con operatividad directa y cita el antecedente de la CSJN en donde se resolvió sobre la adjudicación de una vivienda a personas en situación de calle. En aquella oportunidad la CSJN sostuvo que el derecho a la vivienda no se corresponde como un derecho subjetivo, por lo que debe existir una ley que reglamente su ejercicio. Pero, ¿es la situación de la vivienda análoga con la situación del cupo laboral? Aquí si existe una ley clara que indica la obligación de contratar a un 5% del total de los empleados con discapacidad. De esta manera, es totalmente infundado este punto del razonamiento del Tribunal, debiendo hacer lugar al reclamo y obligando a EPEC a contratar al Sr. D, tal como lo hizo el a quo.

El segundo argumento que desplegó el TSJ fue sostener que si el Sr.D es contratado, sería beneficiado por haber entablado un amparo, generando eso una brecha entre personas con discapacidad que tienen los recursos para interponer una demanda y quiénes no. ¿Es eso cierto? Lo primero que podemos decir es que el TSJ debía expedirse sobre lo reclamado por el actor, sin traer a colación el resto de personas con discapacidad. A su vez, si quisiera haber beneficiado a todas las personas con discapacidad de Córdoba podría haber obligado a EPEC tanto darle un puesto al Sr. D como convocar al resto de personas con discapacidad para cubrir el cupo que manda la ley.

De esta manera, aunque el problema de relevancia ha quedado resuelto por el Tribunal, es necesario tener en cuenta las observaciones recientemente efectuadas respecto a la suficiencia de los argumentos arrojados en la sentencia.

6. Conclusión

Las personas con discapacidad han sido históricamente excluidas del mercado laboral (Palacios, 2008). Medidas como el cupo laboral pretenden lograr equidad y obligar a la contratación – al menos por parte de los Estados nacional y provinciales – de personas con discapacidad. En esta sentencia el TSJ de la Provincia de Córdoba ha resuelto que EPEC está obligado a convocar a cubrir el cupo de 5% que exige la ley provincial, pero no ha dado lugar al amparo individual del Sr. D. Es decir, ha sostenido que EPEC está fuera de la ley, pero no debe el Sr. D beneficiarse por sobre las otras personas con discapacidad que no pueden o no han podido (por razón de tiempo o falta de recursos, por ejemplo) demandar a la empresa estatal. Comenzamos advirtiendo un problema jurídico de relevancia, toda vez que existen dudas acerca del alcance de la norma aplicable, es decir, si la ley provincial al momento de consagrar el cupo de discapacidad del 5%, ley 5624, implica que la persona con discapacidad tiene un derecho a que se lo contrate de manera inmediata o no. Vimos que el actor solicita que se lo contrate de manera inmediata en EPEC, pero el TSJ sostuvo que no le asiste la razón. El precedente establecido es que el cupo laboral por discapacidad no implica una operatividad directa en la cual una persona con discapacidad por el mero hecho de entablar una acción de amparo tenga el derecho de ser contratada de manera inmediata. Sin embargo, en la postura se ha desplegado una crítica en este punto, ya que es infundado porque las leyes en la materia cuentan con operatividad y son de carácter específico. El Sr. D tiene el derecho a ser contratado sobre la base de las leyes consagradas al respecto que cuentan con plena operatividad. Si no le damos a las personas con discapacidad la herramienta legal – como ser el amparo – para reclamar el cumplimiento del cupo, dejamos al descubierto la obligación de cumplir con dicha medida tan trascendental para que personas con discapacidad sean incluidas en los puestos de trabajo del Estado.

7. Bibliografía consultada

Doctrina

Eroles, C y Fiamberti, H (2008). Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan. Buenos Aires: Eudeba.

Ferrante, C. (2015). Política de los cuerpos, discapacidad y capitalismo. La vigencia de la tragedia médica personal. Revista Inclusiones. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales, Vol. Especial. Julio-Septiembre 2015, pp.33-53.

Maldonado, J. A (2012) El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008

Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). Introducción a la teoría del derecho. Madrid, ES: Marcial Pons.

Palacios, A. (2000) Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva. REVISTA QUORUM - REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MAR DEL PLATA. Recuperado de www.saijs.com.ar

Palacios, A. (2000) El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo". Fallos, 335:452, Fecha 12 de abril de 2012. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar>.

Tribunal Superior de Justicia (TSJ). "D., A. H. C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA – EPEC - AMPARO -RECURSO DE APELACIÓN" (Expte. 2488520)

Legislación


Ley Provincial de Córdoba N° 5624. Cupo laboral de Personas con discapacidad.

Constitución de la Provincia de Córdoba

Constitución Nacional de la República Argentina

8. Anexo: fallo completo**SALA ELECTORAL y de COMP.ORIGINARIA - TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Sentencias
 N° Resolución: 3
 Año: 2019 Tomo: 1 Folio: 18-29

EXPEDIENTE: 2488520 - . D., A. H. C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGIA DE CORDOBA - EPEC - AMPARO

SENTENCIA NÚMERO: 3

En la ciudad de Córdoba, a doce días del mes de abril del año dos mil diecinueve, siendo las doce horas, se reúnen en acuerdo público los señores vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), en pleno, Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, Luis Enrique Rubio, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastián Cruz López Peña y Alcides Segundo Ferreyra, bajo la presidencia de la primera, con el fin de dictar sentencia en estos autos, caratulados “**D., A. H. C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA – EPEC - AMPARO -RECURSO DE APELACIÓN**” (expte. 2488520); esto, con motivo del recurso de apelación formulado por la parte demandada (EPEC) contra la Sentencia n.º 64, de fecha 19 de septiembre de 2017, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto (fs. 172/176 vta.), que hizo lugar a la acción de amparo promovida por la actora.

Seguidamente, se determinan las cuestiones por resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de apelación deducido?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LOS SEÑORES VOCALES, DOCTORES MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DOMINGO JUAN SESIN, AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, LUIS ENRIQUE RUBIO, MARÍA MERCEDES BLANC DE ARABEL, SEBASTIÁN LÓPEZ PEÑA Y ALCIDES SEGUNDO FERREYRA, EN FORMA CONJUNTA, RESPONDIERON:

1. Por medio de sus representantes y en los términos del artículo 15 de la Ley n.º 4915, la EPEC dedujo un recurso de apelación contra la sentencia anteriormente referida (fs. 177/182). En su escrito, además de citar doctrina y jurisprudencia que considera que respaldan su pretensión, esgrimió lo siguiente:

a) En primer lugar, la Cámara rechazó el planteo relacionado con la inadmisibilidad de la vía (amparo) intentada por la parte actora, pese a que el propio tribunal ha aludido a la “*posibilidad que le cabía al Dr. D. de iniciar la acción contencioso administrativa*” (f. 178), aunque sin analizar si este instituto era el idóneo y si concurrían los extremos exigidos para su habilitación. Este examen no puede ser soslayado por la circunstancia de que el Sr. D. se presente como una persona discapacitada. La situación invocada por el demandante exigía un mayor debate o prueba suficiente por medio de una acción contencioso-administrativa para no ordinarizar el proceso de amparo. A ello hay que sumar que la acción fue interpuesta el 6 de octubre de 2015, lo que pone en evidencia que no se ha tenido en cuenta la urgencia, la brevedad y el carácter de vía expedita que caracteriza al amparo.

Asimismo, no se ha probado que exista peligro en la salud o la posibilidad de un mal inminente para el actor, ni que a este le falte trabajo o que sus derechos se encuentren conculcados, porque no hay una situación que habilite la acción de amparo y porque tampoco se ha demostrado arbitrariedad o ilegalidad en el accionar de la EPEC.

b) Respecto de la cuestión de fondo, resulta una contradicción que se pongan en balance derechos como al trabajo y a la salud –eventualmente conculcados por la EPEC- y que, al mismo tiempo, en la propia demanda y en la historia laboral del actor, conste que es abogado y procurador e, incluso, que haya tenido otras ocupaciones y funciones, como juez de Paz, profesor adscripto o dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación. Al mismo tiempo, la mínima minusvalía o la “*dolencia invisible*”, como la define el propio actor, no le ha impedido desarrollar tareas y llevar una vida laboral sustentable. Resulta insostenible que el Sr. D. haya promovido una acción de amparo con el fin de que se cumpla con las leyes n.º 5624 (art. 2) y n.º 22431, para “*así obtener acceso a un trabajo*”, cuando “*tiene trabajo y siempre lo ha obtenido sin mayores complicaciones*” (f. 179 vta.).

En definitiva, en este punto, la discapacidad que alega el actor no le ocasiona desventajas para su integración social, laboral y familiar, o para su educación, en los términos de la Ley n.º 22431.

c) No se ha valorado objetivamente la prueba ofrecida, desde el momento en que parte de la documental acompañada forma parte de las actuaciones administrativas, ocasión en que

se contestó al actor mediante carta documento, se reconsideró lo solicitado y se lo examinó, entre otras cosas.

Pese a que el demandante alegó que había solicitado que le informaran sobre el cumplimiento del cupo por discapacidad en otras reparticiones y organismos estatales, no ha acreditado tal extremo, ni tampoco ha expresado por qué razón pretende ingresar a la EPEC (empresa cuyo objeto, ligado a la energía, no está directamente relacionado con su profesión u oficio) y no a algún ministerio de la administración pública o al Poder Judicial (en el que tiene experiencia), razón por la cual la pretensión se torna caprichosa e injustificada.

Tampoco se ha valorado el testimonio de un profesional (fs. 146/147), de acuerdo con el cual existe incertidumbre respecto al grado o condición del Sr. D. para ser comprendido en la enumeración de la Ley n.º 5624 (art. 1), atento a no existir una reglamentación o parámetro que permita una definición.

d) La ley invocada por el actor carece de reglamentación, dado que el artículo 1 de la Ley n.º 5624, al detallar las dolencias de las personas comprendidas (ciegos, amblíopes, sordos, sordo-mudos, parálíticos, espásticos e inválidos), no incluye la patología que reviste el Sr. D., quien, según sus propios dichos, tampoco tiene las facultades físicas y psíquicas disminuidas.

La mencionada disposición ha sido redactada con tal vaguedad que esto solo podría ser remediado mediante la reglamentación del Poder Ejecutivo (PE), cosa que manda el propio artículo 7 de la ley, pero no ha sido cumplido. Tampoco se ha acreditado que la EPEC haya incumplido el cupo del 5 % exigido por la norma.

La cuestión medular de esta causa radica en determinar cuáles tareas podría desarrollar el Sr. D. y por qué debería ser la EPEC el órgano empleador y no otro, teniendo en cuenta en qué grado le afectaría la incapacidad que padece para desempeñarlas. Por eso, se torna indispensable la reglamentación, dado que la ley (artículo 7) habla de “tipificación”, “aptitudes” y determinación de actividades que deben ser reglamentadas por el PE.

Como consecuencia, resulta imposible aplicar por sí solas las disposiciones de la Ley n.º 5624, razón por la cual, mientras no se dicte la correspondiente reglamentación, sus previsiones se tornan abstractas e imposibles de adaptar a la realidad y de aplicarlas al caso, sin que tal circunstancia pueda conllevar una ilegalidad manifiesta.

e) También causa agravio que el tribunal *a quo* haya valorado la revisión médica realizada al Sr. D. (f. 81) con el carácter de determinante o dirimente para su ingreso a la EPEC sin tener en cuenta que dichos exámenes no generan ningún derecho subjetivo u obligación de formalizar una relación laboral de tipo alguno. En efecto, la mera ejecución de estudios no

implica obligatoriedad –por parte del empleador- de tomar a un trabajador ni de generar un vínculo que deba ser afrontado o reconocido.

En definitiva, la Cámara ha efectuado una valoración subjetiva al haber colocado al reclamante en una mayor cota jurídica por el mero hecho de padecer una discapacidad. Por esta vía, resolvió la cuestión de fondo sin tener en cuenta la defensa interpuesta, valoró erróneamente la prueba y desvirtuó el espíritu de las leyes n.º 5624 y n.º 22431, razón por la cual la sentencia debe ser revocada, con imposición de costas.

2. Por medio del Auto Interlocutorio n.º 275, el tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación con efecto suspensivo (f. 184).

3. Una vez radicada la causa en esta sede, se le corrió traslado del recurso a la parte actora, que, al contestarlo (fs. 205/209), esgrimió lo siguiente:

a) Respecto de la admisibilidad de la vía procesal intentada (amparo), se encuentran en juego dos derechos de raigambre constitucional (al trabajo y a la salud) que, de forma combinada, otorgan a la persona menoscabada en su salud la posibilidad de acceder a cargos en la administración pública. En este sentido, la cuestión sustancial no puede ser subyugada por lo formal, tal como lo ha destacado el tribunal *a quo*. Al mismo tiempo, al contestar la demanda, los entonces letrados de la EPEC solo cuestionaron la vía sin decir nada sobre el fondo del asunto, razón por la cual hoy no puede cuestionar lo que no discutió entonces en ese plano.

b) La parte demandada se limitó -en su momento- a fundar su posición sobre la admisibilidad de la vía sin efectuar consideración alguna sobre la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de su accionar que, por otro lado, se encuentran acreditadas con creces en el expediente administrativo. La pretensión de la EPEC sobre su accionar debió ser planteada en el momento procesal oportuno, tal como lo ha puesto de manifiesto la sentencia. Es que, en aras del principio de congruencia -una de las garantías del debido proceso- no se puede proponer en esta etapa procesal recursiva aquello que no se dijo al contestar la demanda, actitud que desnuda una contradictoria defensa técnica.

c) El análisis de la discapacidad efectuada por la demandada no se relaciona en absoluto con lo que llevó a impulsar la acción de amparo ni justifica la violación más palmaria -por parte de la EPEC- de una norma de efectivo cumplimiento para una materia tan sensible, como lo es el cupo laboral para personas con discapacidad. La evidencia de esto surge del hecho de que, de un total de 3.231 empleados, 161 (el 5 %) deberían corresponder al cupo por discapacidad, pero en la actualidad esa suma solo asciende a 4 trabajadores.

Habiendo concretado todos los pasos administrativos ante la demandada -destacó el representante del actor-, el Sr. D. ha obtenido el apto para desempeñar eficazmente el puesto a cubrir en función de lo que establece el Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) n.º 165/75 y la Ley n.º 5624 (art. 2). Por ello, no merece discusión alguna discernir si la discapacidad es visible, si el Sr. D. necesita acompañante o si tiene problemas de movilidad, cuestiones sobre las cuales procede remitir a lo expresado en el escrito de formulación de la demanda.

d) Respecto de la valoración de la prueba por parte del tribunal *a quo*, aquella emana en su totalidad de los actos que obran en el expediente administrativo tramitado ante la EPEC. Por ello, la demandada pretende poner en tela de juicio aquello que está acreditado con el correspondiente certificado de discapacidad y que no atacó en su momento. El escrito de expresión de agravios parece más bien una contestación de la demanda por la que pretende introducir cuestiones litigiosas que no han sido formuladas con anterioridad.

e) Están en juego disposiciones de cumplimiento efectivo, en la medida en que el espíritu de la Ley n.º 5624 no deja lugar a dudas: dar cobertura o protección a aquellas personas que, por su discapacidad, se encuentran en una situación de vulnerabilidad y, por lo tanto, en los casos concretos, merecen una mayor atención y contención por parte del Estado. La función social de la norma queda plasmada de forma esclarecedora en la Ley n.º 22431 (art. 1). Por su parte, la legislación comparada muestra signos alentadores en materia de igualdad de oportunidades. Basta con ver la exposición de motivos de la Ley n.º 53/2003 (España). Las directivas europeas, pese a ser generales, son de cumplimiento efectivo, como lo tiene dicho la jurisprudencia -de forma reiterada- en los países de la Unión Europea.

f) También debe rechazarse, por falaz e intencionada, la interpretación que efectúa la demandada sobre los plazos de validez de los exámenes concretados ante el equipo médico designado por la propia empresa. Asimismo, al tiempo de la promoción de la acción de amparo se habían reunido todos los requisitos exigidos para incorporar al Sr. D. a la planta permanente de la EPEC en virtud del cupo por discapacidad. Con el fin de dejar sentado el largo camino de arbitrariedad, maltrato e indiferencia, cabe destacar que, en un primer momento, fue considerado “no apto” sin justificación alguna y, luego, sin explicación ni argumentación técnica, fue declarado “apto”.

g) Dada la verosimilitud del derecho invocado corresponde solicitar una medida cautelar innovativa, de acuerdo con una interpretación amplia del artículo 15 de la Ley n.º 4915, para compeler a la demandada a que desarrolle la conducta debida y, por ende, incorpore al Sr. D. a la planta permanente de la EPEC (delegación Río Cuarto), en el escalafón y categoría acorde con su formación profesional.

En definitiva, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de la Cámara, la imposición de las costas (de ambas instancias, con sus intereses y gastos) a la demandada y el dictado de la medida provisoria solicitada.

4. Atento a las constancias de la causa, se dictó el decreto con el consiguiente llamado de autos para sentencia (f. 213), el que, una vez firme, dejó la causa en condiciones de ser resuelta (f. 216).

5. Posteriormente, la parte actora concretó una nueva presentación en la que dio cuenta de que se había producido un supuesto agravamiento de su enfermedad y, en tal sentido, acompañó un formulario de alta médica hospitalaria, razón por la que pidió una pronta resolución (fs. 219/221), planteo que se ha tenido por presente (f. 222).

6. Conforme a la reseña efectuada, le corresponde ahora a este Tribunal pronunciarse sobre la procedencia del recurso de apelación incoado, en el que han sido expresados los agravios que, según la parte demandada, le ocasiona la sentencia y que delimitan el radio de las cuestiones que deben ser tratadas y resueltas en el marco de una vía recursiva ordinaria como la impetrada (arts. 371, 380 y demás concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, CPCC).

7. IDONEIDAD DE LA VÍA DEL AMPARO EN EL CASO CONCRETO

El primer agravio que esgrime la parte demandada es el relativo a la supuesta inadmisibilidad de la vía procesal intentada por el actor. De acuerdo con la EPEC, hasta el propio tribunal *a quo* aludió a la “*posibilidad que le cabía al Dr. D. de iniciar la acción contencioso administrativa*” (f. 178), al tiempo que el análisis de los requisitos exigidos por la Ley n.º 4915 no puede soslayarse por la circunstancia de que el demandante sea una persona discapacitada.

A su vez, la parte actora entiende que, en el caso, se encuentran en juego dos derechos de raigambre constitucional (al trabajo y a la salud), razón por la cual esta especial cuestión sustantiva no puede quedar sujeta o subyugada por lo formal.

No le asiste razón a la parte recurrente. De acuerdo con las constancias que obran en la causa y que han sido acompañadas por la propia demandada, en septiembre de 2013 el actor inició el trámite administrativo correspondiente con el fin de saber, primeramente, si la EPEC cumplía con el cupo laboral por discapacidad contemplado por la Ley n.º 5624 (cfr. fs. 42/82) y luego para solicitar que se lo incorporara a la planta de personal de la empresa estatal en cumplimiento de las previsiones de dicha norma.

A lo largo del derrotero administrativo que se extendió durante más de dos años y en los que personal dependiente de la propia demandada admitió que los reclamos del Sr. D. eran

“reiterados” (f. 55), el actor no ha encontrado ninguna respuesta adecuada a cuál es el mecanismo al que acude la EPEC para dar cumplimiento al mandato legal. No obstante, sí logró que le informaran que, en febrero de 2014, había “4 empleados ingresados bajo la Ley provincial N.º 5624 (y su modificatoria 8834)” (f. 56).

Resulta incontrastable que el ordenamiento procesal prevé diferentes carriles para encauzar la defensa de las pretensiones jurídicas que pudieran invocarse; entre ellas, por ejemplo, la que supone el amparo por mora, cuando se imputa una omisión en el cumplimiento de una función administrativa cuya exigibilidad emana de “la Constitución, una ley u otra norma, siempre que la omisión afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo” (Ley n.º 8508, art. 1). Pero la tutela judicial efectiva también emerge como un límite que no puede ser desconocido, con mayor razón cuando se trata de sujetos vulnerables que, por mandato constitucional, merecen una especial consideración por su situación de discapacidad.

A ello hay que sumar que el mantenimiento de la incertidumbre (respecto de la respuesta que demanda el actor) pone de manifiesto la falta de idoneidad que han adquirido las otras vías procesales y, como contraste, por la urgencia de una solución, la plausibilidad que ha asumido el amparo en las particulares condiciones de esta causa. Esto, en tanto si hoy –después de más de cinco años- se le dijera al Sr. D. que debe reencauzar su pretensión hasta agotar las vías administrativas o el cauce de un amparo por mora, la tutela judicial efectiva quedaría en un mero enunciado ante la posible lesión del derecho de ser oído, “con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable” (art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH).

En esta línea, el otro argumento de la EPEC es que, supuestamente, el actor no ha probado que exista peligro en su salud, falta de trabajo o la posibilidad de un mal inminente que conculque sus derechos y que sea atribuible a la presunta arbitrariedad o ilegalidad del accionar de la empresa. Y en respaldo de su proposición, el recurrente invoca la circunstancia de que el Sr. D. planteó la acción de amparo “casi dos años” después del inicio del trámite administrativo, lo que probaría –según su interpretación- que no media ninguna urgencia.

Compartimos, en general, el argumento invocado al respecto por la parte demandada, vinculado con la extemporaneidad del planteamiento del amparo por parte del actor. No obstante, teniendo presente la delicada naturaleza y carácter de lo que se discute en estos autos, las circunstancias que se han atravesado y los carriles procesales transitados para llegar a esta instancia judicial y debatir –incluso- el fondo de la cuestión, consistiría un excesivo rigor formal declarar en esta oportunidad la inadmisibilidad de la vía intentada.

Por otra parte, en materia de amparo, la ilegalidad o la arbitrariedad denunciadas deben ser tales que, en forma actual o inminente, restrinjan, alteren, amenacen o lesionen derechos o garantías reconocidos por el bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal; en este punto coinciden las disposiciones de la Constitución de la Nación (CN, art. 43), de la Constitución de la Provincia (CP, art. 48) y de la Ley n.º 4915 (art. 1).

Tal como lo ha sentado este TSJ en otro precedente [\[1\]](#), en dicho fragmento normativo común puede observarse que, por una parte, en el plano cualitativo, el arco protectorio del amparo cubre todo el radio que va entre la amenaza y la lesión efectiva a un derecho o garantía, por lo que también están incluidas las restricciones y alteraciones, en la medida en que sean significativamente ilegales o arbitrarias. Esto implica que el comportamiento u omisión atacados deben tener tal magnitud que, a la luz del bloque constitucional, el derecho en cuestión luzca desfigurado en sus aspectos esenciales o constitutivos (como producto de la alteración o de la restricción), directamente dañado (por la lesión) o en trance de ser vulnerado (debido a la amenaza).

En este caso, surgiría una posible restricción de aquello que garantiza la Ley n.º 5624 (art. 2) y el propio Convenio Colectivo de Trabajo (provincial) n.º 165/75 (art. 4, inc. e) que rige como estatuto para el personal de la EPEC, como se verá en el próximo apartado. Esto, desde el momento en que la demandada no ha explicitado cómo da cumplimiento a dichas previsiones, en materia de cupo laboral por discapacidad, y cuál es el mecanismo que ha implementado y en función de cual, en 2014, eran “4 los empleados ingresados bajo la Ley provincial N.º 5624” (f. 56). Todo ello, de manera que el actor, que precisamente invoca la posibilidad de aspirar a dicho cupo, no vea menoscabada su expectativa, lo que lo pondría en pie de desigualdad respecto de quienes se encontraran en su misma situación y esgrimieran lo que él reclama. En esto radica la arbitrariedad o ilegalidad que se atribuye al accionar de la EPEC.

Como consecuencia, está en discusión cómo la referida omisión impacta o restringe la expectativa que la ley y el propio convenio colectivo de trabajo de la empresa conceden a quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad; precisamente, con el fin de “neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su

[\[1\]](#) TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, “Casado, Sergio Fabián C/Provincia de Córdoba – Amparo (Ley 4915) - Recurso de apelación”, Auto n.º 46, 28 de junio de 2018.

esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas” que no se encuentran en tal categoría, como bien destaca la Ley n.º 22431 (art. 1).

8. PROCEDENCIA PARCIAL DEL RECURSO DE APELACIÓN

En definitiva, habiendo concluido que, en virtud de las particulares circunstancias de la causa, la vía procesal del amparo era la idónea, ahora corresponde considerar los agravios invocados por la recurrente sobre el fondo de la cuestión.

a) El cupo por discapacidad no es privativo de una persona en particular

Por motivos metodológicos, en primer lugar, será considerado el agravio de acuerdo con el cual -según la parte demandada- el Sr. D. no cuenta con un derecho subjetivo que obligue a la EPEC a formalizar con él algún tipo de relación laboral, porque esto resulta fundamental para lo que se encuentra controvertido. Según la empresa, el actor no goza de tal derecho ni siquiera por el hecho de que se le hubiera efectuado una revisión psicofísica y en esta hubiera resultado apto (f. 81), circunstancia que ha sido valorada por el tribunal *a quo* (f. 175).

En este punto central le asiste razón a la recurrente. El cupo no es privativo de una persona en particular, sino que está reservado, en pie de igualdad, para quienes se encontraran en situación de discapacidad, como forma de integrarlos “*en la vida social*”, tal como exige el mandato constitucional (CP, art. 27), y en atención a la especial conexión que media entre los derechos a la salud y al trabajo que se advierte cuando se trata de personas especialmente vulnerables.

Resultaría implausible -e inicuo- que, en el marco de un expediente administrativo o judicial concreto, cada vez que el Estado provincial o el resto de los sujetos jurídicos comprendidos en la Ley n.º 5624 (art. 2) no actualizaran la información sobre el cumplimiento del cupo laboral por discapacidad, el interesado adquiriera automáticamente el derecho de ser incorporado a la planta permanente de la Administración pública (provincial o municipal) o de la empresa que gozara de autarquía, como la EPEC (Ley n.º 9087, art. 5), en forma directa y sin otro mecanismo. En efecto, respecto de disposiciones similares a la que aquí se discute, la CSJN ha precisado: “[T]odo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión (...) por la vía judicial”^{2[2]}.

Por otra parte, si se admitiera que el actor goza de un derecho subjetivo a la designación inmediata, tal salida sería inequitativa y discriminatoria, inclusive, respecto de las otras

^{2[2]} CSJN, Fallos, 335:452 (considerando n.º 11 del voto de la mayoría).

personas que se encontraran alcanzadas por alguna discapacidad. Por esa razón corresponde revocar la resolución del tribunal *a quo*, en tanto concluye que la salida a la supuesta omisión de la EPEC en dar cumplimiento al cupo laboral por discapacidad del 5 % de la planta de empleados, como mínimo (Ley n.º 5624, art. 2), debe ser la incorporación directa del actor a la planta permanente de la empresa. La solución se torna arbitraria desde que corre el riesgo de crear, dentro del universo de las personas con discapacidad, la categoría de los que acuden a la vía administrativa o jurisdiccional, los que, por ese solo hecho, se harían merecedores *-per se-* de dicha proporción reservada en puridad a toda la clase o colectivo enumerado por la Ley n. 5624 (art. 1), con las pautas interpretativas que, en forma integral, podrían aportar el resto de las disposiciones vigentes en materia de discapacidad; en particular, la Ley n.º 22431 (art. 1), con su llamado a “*neutralizar las desventajas*”.

El remedio brindado por la Cámara en nada contribuiría a “*neutralizar las desventajas*” si, dentro del colectivo de las personas discapacitadas, creara otra brecha. Esto erigiría una nueva categoría, sospechosa a la luz del principio de igualdad (CN, art. 16), que haría que el cupo quedara a expensas de quienes tuvieran más recursos (en todo sentido) o velocidad para demandar primero ese porcentaje que la Ley n.º 5624 y el propio estatuto o convenio colectivo de trabajo que rige al personal de la EPEC garantizan a toda una “clase” por su peculiar situación.

En definitiva, no debe perderse de vista que el sentido de reglas jurídicas que incluyen lo que se conoce como “medidas positivas” (por ejemplo, el cupo por discapacidad fijado por la Ley n.º 5624 y sus disposiciones modificatorias) es acortar distancias y facilitar la integración (social, sexual, educativa, laboral, etc.) de sectores o minorías que han sido tradicionalmente segregadas u olvidadas. Precisamente, el telón de fondo de estas iniciativas es el presupuesto de la igual consideración y respeto que merecen todas las personas -sin distinciones- por su sola condición de tales; es decir, por compartir la misma dignidad, urdimbre o *textura moral*. Es, precisamente, desde este presupuesto desde donde la igualdad se proyecta socialmente como un principio que nunca es neutro, sino *propositivo* y relacional, que tiende a recortar las distancias que pudiera haber en las condiciones de desarrollo que afectan a ciertos colectivos.

La conclusión a la que se ha llegado exime de tratar los otros agravios expuestos por la parte demandada y que estaban vinculados con esta cuestión: la magnitud de la discapacidad que afecta al actor para ser comprendido en la enumeración de la Ley n.º 5624 (art. 1), el hecho de que con anterioridad el Sr. D. se haya desempeñado como juez de Paz o como dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la nación, las tareas que podrían desempeñar en

la EPEC en función de su discapacidad o el carácter (dirimente o no) que tiene la revisión psicofísica practicada en el carácter de examen preocupacional. Lo mismo cabe decir sobre la medida cautelar que solicitaba el actor con el fin de que se lo designara “*en la delegación de Río Cuarto de la EPEC y en el escalafón y categoría acorde a [su] formación y profesión*” (f. 208 vta.).

b) La EPEC debe garantizar la forma de asegurar el cupo laboral por discapacidad a toda la categoría de personas a la que refiere la Ley n.º 5624

El hecho de que el actor no goce del derecho a que lo designen en forma automática no implica que también deba acogerse el agravio de la EPEC, según el cual las disposiciones de la Ley n.º 5624, por carecer esta de reglamentación, devienen “*abstractas e imposibles de adaptar a la realidad y por ende al caso*” (f. 181 vta.), como esgrime la parte demandada.

El argumento no puede prosperar. La Ley n.º 5624 fija expresamente el cupo del 5 % de los cargos, “*como mínimo*”, que el “*Estado Provincial, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, y las empresas del Estado*” (art. 2) deben reservar para las personas comprendidas en el artículo 1 de la misma norma, siempre que las tareas asignadas puedan ser desempeñadas “*sin afectar el normal desenvolvimiento de los organismos*” (art. 2). La reglamentación, por mandato de la propia ley, debería estar orientada a tipificar las aptitudes, a determinar las actividades, así como la extensión de la jornada laboral y las actividades industriales que, por su peligrosidad, quedan vedadas a los comprendidos en la norma (cfr. el art. 7).

Si bien la Ley n.º 5624 fue sancionada en 1973 (fue publicada en el Boletín Oficial el 21 de enero de 1974), resultó modificada en el año 2000 por medio de la Ley n.º 8834 (publicada en el Boletín Oficial el 22 de mayo de ese año). Al mismo tiempo, la Ley n.º 9631 (publicada en el Boletín Oficial el 6 de marzo de 2007), que establece el Escalafón para el Personal de la Administración Pública Provincial, en su artículo 5, es terminante: “*El ingreso y reingreso a la Administración Pública Provincial se hará previa acreditación de las condiciones generales establecidas en las Leyes N° 7233, N° 5624 y del cumplimiento de los requisitos particulares previstos en el presente Escalafón*”.

Esto pone de manifiesto que, desde el año 1974, hace más de 44 años, el Estado cordobés ha mantenido como política constante estas acciones positivas, entendidas como las que “*tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos*

culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos”^{3[3]}. Es esta una expresión del compromiso consistente con el “*estado social de derecho*” bajo el cual esta provincia -en uso de su autonomía- ha decidido organizarse (CP, art. 1) y en virtud del cual “*los discapacitados tienen derecho a obtener la protección integral del Estado que abarque*”, entre otros aspectos, “*la inserción en la vida social*” (CP, art. 27). En esta misma dirección, en Córdoba se concibe que “*el trabajo es un derecho y un deber fundado en el principio de la solidaridad social*” y que la ley debe contemplar “*las situaciones y condiciones especiales del trabajo para asegurar la protección efectiva de los trabajadores*” (CP, art 54). Por ende, una de las situaciones particulares que debe ser atendida es la de las personas discapacitadas que quieren trabajar, porque, de otra forma, resultaría vano el mandato constitucional de que el Estado “*promueve las condiciones para hacer real y efectiva la plena participación política, económica, social y cultural de todas las personas y asociaciones*” (CP, art. 9).

Conviene agregar que la directriz inclusiva iniciada por el Estado cordobés en 1974 se anticipó en 22 años a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que actualmente goza de jerarquía constitucional en la Argentina (Ley n.º 27044) y que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones (ONU) en diciembre de 2006. En efecto, en dicho tratado los Estados parte han asumido que la inclusión de este sector vulnerable debe ser una parte de “*las estrategias pertinentes del desarrollo sostenible*” (Preámbulo, apartado g) y, por eso, se han comprometido -entre muchas otras cosas- a “*reconocer el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones, con las demás*” (art. 27.1), así como a “*emplear a personas con discapacidad en el sector público*” (art. 27.1, apartado g).

Como consecuencia, la falta de una reglamentación no ha sido un obstáculo para la persistencia en esta política de estado durante más de cuatro décadas ni para que los sujetos estatales u órganos obligados por la Ley n.º 5624 (art. 2) buscaran la forma de volver plenamente operativas sus disposiciones. Basta con mencionar como ejemplo la Resolución n.º 769/2015, del entonces Ministerio de Gestión Pública, por medio de la cual se dispuso el llamado a concurso de títulos, antecedentes y oposición, en los términos del artículo 14, punto 1, de la Ley n.º 9361, destinado exclusivamente a personas con discapacidad, para

^{3[3]} Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 5.ª ed. ampl. y actual., LL, Bs. As., 2018, t. 2, p. 289.

^{3[4]} Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador); *Curso de Derecho Administrativo*, 1.ª ed., 1.ª reimpr., Abeledo Perrot, Bs. As., t. I, p. 345.

cubrir 75 cargos vacantes (agrupamiento administrativo) en diversas áreas de la Administración Pública provincial.

En el caso de la EPEC, se encuentra constreñida por un doble mandato. Por una parte, el de la propia Ley n.º 5624, que obliga a los “*organismos descentralizados o autárquicos*” y a “*las empresas del Estado*”, entre otros, a reservar el 5 % de su cargos, como mínimo, para “*ciegos, amblíopes, sordos, sordo-mudos, paralíticos, espásticos, inválidos y todo ciudadano con facultades físicas y psíquicas disminuidas*”. Mientras tanto, en virtud del Convenio Colectivo de Trabajo n.º 165/75 (aprobado mediante el Decreto n.º 2847/75), que rige como estatuto del personal de la EPEC, la parte demandada tiene otra obligación: “*admitir cubrir las vacantes de ingreso con hasta el cuatro por ciento (4 %) de los trabajadores disminuidos físicamente, pero aptos para desempeñar eficazmente el puesto a cubrir*” (art. 4, inc. e).

Si se conjugan ambas disposiciones, podrá advertirse que el mandato legal exige a la EPEC reservar el 5 % de los cargos, como mínimo, para personas con “*facultades físicas y psíquicas disminuidas*”; mientras tanto, el convenio colectivo de trabajo circunscribe la acción positiva (4 %) solo al universo de los “*trabajadores disminuidos físicamente*”. Ambas previsiones, lejos de resultar contradictorias, se complementan, porque la primera engloba y comprende a la segunda, al abarcar a un universo más amplio y, además, por su carácter de regla legislativa general. A ello hay que sumar que constituye una estabilizada premisa en la materia que los derechos reconocidos por vía legislativa pueden ser igualados o superados -en tanto constituyen un piso- por los convenios colectivos, pero nunca pueden ser desvirtuados ni menoscabados.

Al mismo tiempo, no debe perderse de vista que, en virtud de la Ley n.º 9087, que establece el Estatuto Orgánico de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba, esta cuenta con “*capacidad para actuar pública y privadamente en el marco del presente Estatuto y normas supletorias que fueren de aplicación, con autarquía en el ejercicio de su gobierno administrativo, industrial, comercial y financiero*”. A ello hay que sumar que, aun cuando la empresa “*será funcionalmente estructurada en la órbita del Ministerio de Obras Públicas*”, su gestión “*se desarrollará descentralizadamente, con el objeto de asegurar el máximo de eficiencia*” (art. 7).

Por su parte, el directorio de la EPEC tiene –entre otras– “*plenas facultades para organizar, dirigir y administrar la empresa*” (Ley n.º 9087, art. 17). Y, entre estas, se encuentran las de “[d]esignar y remover al personal, de conformidad con la legislación vigente” (inc. f); “[e]stablecer las remuneraciones y el régimen laboral del personal de convenio y fuera de convenio, de conformidad con las previsiones del Convenio Colectivo de

Trabajo vigente” (inc. i); “[a]probar los planteles de distribución del personal, según la estructura de cargos que integran el presupuesto anual” (inc. o); y “[n]ombrar y promover personal, reconvertir categorías, trasladar, acordar licencias y permisos, aplicar medidas disciplinarias, aceptar renunciaciones y remover al personal, disponiendo con respecto al mismo todas las medidas derivadas de la relación laboral, a cuyo fin deberá ajustarse a los pertinentes preceptos legales, reglamentarios y convencionales” (inc. p).

Tal como lo entiende la doctrina, las empresas del Estado, como es el caso de la EPEC, “constituyen personas jurídicas públicas estatales, que tienen, por ende, personalidad jurídica propia y capacidad suficiente para administrarse a sí mismas”⁴[4]. Esto es lo que explica que la propia Ley n.º 9087 le reconozca al directorio la atribución de “nombrar y promover personal” (art. 17, inc. p) y que, como consecuencia, en virtud de tal norma, se considere “personal de la empresa el que hubiese sido designado en tal carácter en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 17, inciso ‘p’, del presente estatuto y el que adquiriera esa condición por normas legales o convenciones colectivas de trabajo” (art. 27).

La alusión a “la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 17, inciso ‘p’ del presente estatuto” implica que es atribución del directorio de la EPEC fijar un mecanismo que rija la forma de ingreso, pero siempre teniendo como marco la propia Ley n.º 9087 y las que pudieran ser complementarias (como la Ley n.º 5624), además del propio Estatuto del Personal de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba, CCT n.º 165/75, E, aprobado por el Decreto n.º 2847/75 (cfr. el art. 27 de la Ley n.º 9087).

Teniendo en cuenta que la personalidad jurídica propia que posee por mandato legal le confiere capacidad para desarrollarse de forma descentralizada, lo que implica -entre otras cosas- administrarse a sí misma, la EPEC no puede escudarse en una falta de reglamentación para no cumplir con los cupos laborales por discapacidad, expresamente tasados, que surgen de la Ley n.º 5624 y del propio convenio colectivo de trabajo que impera para el personal de la empresa; con mayor razón si se tiene en cuenta que, en el caso de empresas como esta, “[s]us empleados no son agentes públicos; sus relaciones, en consecuencia, se rigen por el derecho laboral”⁵[5].

⁵[5] Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador); *Curso de Derecho Administrativo*, 1.ª ed., 1.ª reimpr., Abeledo Perrot, Bs. As., t. I, p 345.

Corresponde precisar que, de acuerdo con la CSJN, disposiciones como las contenidas en el artículo 75, inciso 23, de la CN (acciones positivas referidas a las personas con discapacidad, por ejemplo), “*no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*”^{6[6]}. De ello, la Corte extrae tres conclusiones: 1) para que los derechos y deberes que consagran no resulten ilusorios, el llamado a reglamentarlos opera con el fin de “*darles todo el contenido que aquélla (la CN) les asigne*”; 2) la CN reconoce a los poderes Ejecutivo y Legislativo facultades para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, implementen “*los programas o alternativas*”^{7[7]} destinados a volverlos operativos; 3) están sujetos al control de razonabilidad, por parte del Poder Judicial, en tanto “*ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos*”^{8[8]}.

Como consecuencia, considerando que cuenta con personalidad jurídica propia y con competencia para administrarse a sí misma, eventualmente, la EPEC podría fijar las condiciones para la aplicabilidad de las previsiones de la Ley n.º 5624 a su ámbito –sin alterar su contenido esencial, en los términos del art. 28 de la CN–, en tanto la política de ingresos y designación del personal depende de “*la forma*” y de “*los requisitos*” que fijara el directorio (cfr. arts. 27 y 17, inc. *p*, de la Ley n.º 9087), sin perder de vista el propio Estatuto del Personal de la EPEC (CCT n.º 165/75).

9. LA SOLUCIÓN QUE PROCEDE PARA EL CASO

De lo que se ha desarrollado hasta el momento surgen dos conclusiones. La primera es que el actor no cuenta con un derecho a que lo designen en forma automática en la EPEC por la sola invocación de la Ley n.º 5624 y de las demás disposiciones legales y estatutarias que resultaran aplicables en materia de cupo por discapacidad. La segunda es que la demandada no puede alegar una presunta falta de reglamentación para incumplir aquello a lo que está obligada.

Como consecuencia, ahora corresponde fijar la solución aplicable al caso, teniendo en miras que el actor, en su condición de discapacitado (f. 2), dirigió su demanda contra la EPEC y no contra el Estado provincial, u otro organismo descentralizado o autárquico, ente público no estatal u otra empresa del Estado de entre los comprendidos en las previsiones de la Ley

^{6[6]} CSJN, Fallos, 315:1492 (considerando n.º 11 del voto de la mayoría).

^{7[7]} CSJN, Fallos, 315:1492 (considerando n.º 11 del voto de la mayoría).

^{8[8]} CSJN, Fallos, 315:1492 (considerando n.º 12 del voto de la mayoría).

n.º 5624 (art. 2). Por ende, la acción de amparo debe ser acogida en forma parcial dado que la falta de un mecanismo, por parte de la empresa demandada, que asegure el cupo laboral ordenado por la ley, en pie de igualdad y según condiciones objetivas, impacta en la expectativa que dicha disposición legislativa genera en el Sr. D. y en todas las personas que, como él, se encontraran eventualmente en la misma situación.

No procede afirmar –como lo hace la parte demandada– que el actor debería haber justificado por qué demanda su ingreso a la EPEC y no, por ejemplo, a algún ministerio o rama del Estado provincial más afín con su calificación profesional (abogado), lo que tornaría “*caprichoso e injustificado su pedido*” (f. 180 vta.). El Sr. D. dirigió su pretensión de amparo contra uno de los órganos, entes o empresas comprendidos efectivamente por la Ley n.º 5624 y que lo haya hecho no releva a la EPEC de brindar una respuesta legítima. Esto, dado que la normativa en cuestión no fija un orden o gradación respecto de los sujetos obligados por la Ley n.º 5624 (art. 2) que deba respetarse al, eventualmente, exigir el cumplimiento de la medida positiva (cupos laborales por discapacidad) que la norma prevé.

Como consecuencia, al actor, aun cuando no ostente un derecho subjetivo a que lo designen en forma inmediata -sin más- en la planta de personal permanente de la EPEC, se le debe garantizar la posibilidad de que, en pie de igualdad con las otras personas que se encontraran en las mismas condiciones que él en los términos de la Ley n.º 5624 (art. 1) y demás normas vigentes en la materia, pueda participar (respecto de dicha empresa) de un proceso de selección, debidamente reglamentado, con miras a que se dé cumplimiento a las disposiciones legales y estatutarias a las que está obligada la mencionada empresa. Es la restricción sufrida por el Sr. D. en el goce de la garantía constitucional que concede la igualdad de oportunidad la que hace procedente, en forma parcial, la acción de amparo promovida.

Conviene insistir en esto: en el marco de los preceptos constitucionales, convencionales y legales vigentes, es obligación de los órganos comprendidos por la ley en cuestión instrumentar las disposiciones normativas pertinentes que pongan en marcha esos derechos, en forma inmediata o progresiva, según las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia que deberán ser ponderadas en concreto. Es decir que, efectivamente, en este caso no existe un derecho subjetivo a la designación inmediata, sino una mera expectativa o interés legítimo a que, en el marco de una reglamentación general, objetiva e igualitaria, en alguna oportunidad, pueda tener la posibilidad de acceder a un cargo en virtud del cupo establecido.

Más allá de esta premisa, resulta oportuno recalcar que será atribución de la EPEC la mencionada reglamentación, porque, como lo ha sostenido la CSJN, resulta “*incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el*

gobierno”^{9[9]} o los órganos que, por mandato constitucional o legal, deben garantizar estas medidas o acciones positivas.

Como consecuencia, la EPEC deberá implementar en el plazo de un año -contado a partir de la presente resolución- el mecanismo de selección que posibilite cumplir con el cupo fijado por la Ley n.º 5624 y demás disposiciones legales y estatutarias aplicables –tal como se ha desarrollado-. El tiempo fijado resulta razonable teniendo en cuenta lo que puede demorar la reglamentación y publicitación del sistema en atención al marco coyuntural (económico, financiero, etc.) que pudiera condicionar a la empresa, a los parámetros de selección, así como a la circunstancia de que “[l]as designaciones del personal deberán hacerse según los planteles y Presupuesto General Anual” (Ley n.º 9087, art. 17, apartado p, última parte).

10. COSTAS

En virtud del sentido de lo resuelto, que incluye el acogimiento parcial de uno de los agravios invocados por la parte recurrente, corresponde imponer las costas –de las dos instancias- por su orden (art. 130 del CPCC, por remisión del art. 17 de la Ley n.º 4915). Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LOS SEÑORES VOCALES, DOCTORES MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DOMINGO JUAN SESIN, AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, LUIS ENRIQUE RUBIO, MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL, SEBASTIÁN LÓPEZ PEÑA Y ALCIDES SEGUNDO FERREYRA, EN FORMA CONJUNTA, RESPONDIERON:

Por las razones expuestas, corresponde:

I. Hacer lugar, en forma parcial, al recurso de apelación planteado por la EPEC contra la Sentencia n.º 64, de fecha 19 de septiembre de 2017, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, que debe ser revocada en tanto ordenaba que se incorporara al actor en la planta permanente de la empresa, por cupo de discapacidad laboral (art. 2, Ley n.º 5624, modificada por la Ley n.º 8834), en el término de D. días.

II. Hacer lugar, en forma parcial, a la acción de amparo promovida por el actor y ordenar a la EPEC que, en el plazo de un año desde la presente sentencia, reglamente e implemente un mecanismo de selección, en cumplimiento del cupo laboral por discapacidad

^{9[9]} CSJN, Fallos, 315:1492 (considerando n.º 11 del voto de la mayoría).

fijado por la Ley n.º 5624 y demás disposiciones aplicables, en virtud de las consideraciones efectuadas en forma precedente.

III. Imponer las costas de las dos instancias por su orden (art. 130 del CPCC, por remisión del art. 17 de la Ley n.º 4915).

Así votamos.

Por los motivos expuestos,

SE RESUELVE:

I. Hacer lugar, en forma parcial, al recurso de apelación planteado por la EPEC contra la Sentencia n.º 64, de fecha 19 de septiembre de 2017, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, que debe ser revocada en tanto ordenaba que se incorporara al actor en la planta permanente de la empresa, por el cupo de discapacidad laboral (art. 2, Ley n.º 5624, modificada por la Ley n.º 8834), en el término de D. días.

II. Hacer lugar, en forma parcial, a la acción de amparo promovida por el actor y ordenar a la EPEC que, en el plazo de un año desde la presente sentencia, reglamente e implemente un mecanismo de selección, en cumplimiento del cupo laboral por discapacidad fijado por la Ley n.º 5624 y demás disposiciones aplicables, en virtud de las consideraciones efectuadas en forma precedente.

III. Imponer las costas de las dos instancias por su orden (art. 130 del CPCC, por remisión del art. 17 de la Ley n.º 4915).

Protocolícese, hágase saber, dese copia y bajen.

CACERES de BOLLATI, María Marta
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

FERREYRA, Alcides Segundo
VOCAL DE CAMARA

LOPEZ SOLER, Francisco Ricardo
SECRETARIO/A T.S.J.