

ASOCIACION R.E.D.I. (RED POR LOS DCHOS DE LAS PERS.CON DISCA CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)

EXP 27768 /0, WEINBERG, BALBIN, CORTI ()

"ASOCIACION R.E.D.I. (RED POR LOS DCHOS DE LAS PERS.CON DISCA CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)" , EXPTE: EXP 27768 / 0

Buenos Aires, de agosto de 2010.

Y VISTOS:

Estos autos, para resolver los recursos de apelación interpuestos y fundados por Cliba Ingeniería Urbana S.A (fs. 436/7), y por el GCBA (fs. 440/47), memoriales cuyo traslado fue contestado por la parte actora a fs. 449/83, contra la sentencia de fs. 426/31, mediante la cual la señora jueza de primer grado hizo lugar al amparo. La señora Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 489/92, propiciando que no se haga lugar a los agravios y, en consecuencia, se confirme la sentencia apelada.

I. La actora promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad y la empresa Cliba Ingeniería Urbana S.A, con el objeto de que "...se declare inconstitucional el decreto 154/07 que modifica el contrato de concesión de servicios celebrado entre los demandados, por incumplir con la obligación de prever un cupo para personas discapacitadas (...)" y, asimismo, "se condene al estado y a la empresa prestataria a cumplir con las obligaciones constitucionales del artículo 43, legales (ley 1502) y reglamentarias (decreto 812/05), las que consisten en establecer un cupo del 5% para personas con discapacidad en las empresas concesionarias de servicios..." (fs. 185 vta. pto. II). Señaló que, sancionada en el año 1996, la Constitución de la Ciudad dispuso en su art. 43 el mandato de establecer un cupo del cinco (5) por ciento del personal para las personas con necesidades especiales y que su reglamentación se produjo ocho años después, a través de la ley 1502 y del decreto n° 812, éste último ya en el año 2005. Asimismo, relató que el decreto n° 1838/03 estableció el pliego de bases y condiciones generales y particulares para el llamado a licitación pública para la contratación del servicio de higiene urbana, y agregó que la empresa CLIBA Ingeniería Urbana S.A. resultó adjudicataria de la zona 1 (decreto n° 1390/04). Mencionó que después de la adjudicación del contrato la Legislatura sancionó la ley 1502, posteriormente reglamentada por el decreto n° 812/05. Destacó que la norma citada tiene como objetivo el cumplimiento del mandato constitucional establecido en el art. 43, CCBA en lo concerniente a la incorporación de personas con necesidades especiales, que contiene disposiciones aplicables a los contratos de concesión de servicios, sus renovaciones y modificaciones. Al cabo de la sustanciación de la causa la magistrada de primer grado dictó sentencia haciendo lugar al amparo. En consecuencia, ordenó al GCBA y a la empresa Cliba Ingeniería Urbana S.A que en el plazo de 60 días "...adopten las medidas concretas y efectivas tendientes a cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la CCABA y la ley 1502, debiendo informar regularmente al Tribunal el cumplimiento gradual del ingreso de personas con necesidades especiales (conf. art. 4, Ley 1502) de acuerdo a su idoneidad y a medida que se produzcan vacantes; en el marco del contrato de concesión del servicio de recolección de residuos en la Ciudad de Buenos Aires, actualmente

vigente...". Frente a esta decisión, ambas demandadas interpusieron recurso de apelación, circunstancia que motiva la intervención de esta alzada.

II.1. Dado que, entre sus agravios, el gobierno cuestionó la procedencia formal de la vía del amparo, corresponde expedirse ante todo sobre este punto, por cuanto la conclusión a la cual se arribe al respecto condicionará la pertinencia de examinar los restantes planteos deducidos por los apelantes.

II.2. Al respecto corresponde ponderar que --tal como lo ha señalado anteriormente este tribunal-- la acción de amparo procede contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en que la Ciudad sea parte, de conformidad con lo establecido por los artículos 43 C.N. y 14 C.C.B.A. Como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate y prueba (Fallos, 306:1253; 307:747). Sin embargo, no por ello puede calificarse al amparo como una acción excepcional. Por el contrario, toda vez que ésta constituye una garantía constitucional para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías establecidas para protegerlos, la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio, resultando admisible siempre que la conducta impugnada reúna las características y efectos que prevén los textos constitucionales. Por ello, el amparo resulta idóneo siempre que, conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso, la acción u omisión cuestionada reúna prima facie los caracteres de ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiesta y, asimismo, ocasione —en forma actual o inminente— una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. Una interpretación diferente importaría limitar indebidamente el carácter operativo de la garantía constitucional. Según lo ha puesto de relieve la Corte "...siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos...judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo" (C.S.J.N.; Fallos, 241:291;280:228). Asimismo, la doctrina tiene dicho que "...al haber sido receptado el amparo dentro del texto constitucional ha dejado de ser una figura procesal para conformar un derecho y una garantía constitucional (...) ello significa que el término amparo comprende el derecho... [de] recurrir ante un tribunal de Justicia para solicitar la protección de los derechos constitucionales desconocidos y el consiguiente deber del citado tribunal de restablecer la violación al derecho que se produjo, en forma cierta y efectiva". Habiéndose agregado, asimismo, "...que la acción expedita y rápida de amparo permite presuponer la existencia de un derecho de amparo, no sólo como herramienta procesal puesta al servicio de la tutela efectiva de los derechos establecidos constitucionalmente sino también como un derecho de garantía de la persona. En consecuencia,

tanto los remedios previstos en forma expresa en el art. 43 de la Constitución Nacional como todos aquellos que tienen por objeto poder controvertir actos emanados de los poderes públicos, encuentran su protección en este nuevo derecho creado por el constituyente de 1994 que lo podemos designar como el derecho de tutela y que se configura como el reconocimiento constitucional de la posibilidad de peticionar, en forma eficaz, ante un tribunal de justicia, la protección de los derechos constitucionales ya sea por el propio afectado o a través del ejercicio de los derechos de incidencia colectiva sin trabas formales que imposibiliten su ejercicio” (Pedro Aberastury , La Justicia Administrativa, Ed. LexisNexis, Buenos aires, 2006, p. 55). Así las cosas, teniendo en cuenta que en el presente caso la accionante sustenta su pretensión en la presunta inobservancia, por parte de los demandados, de reglas constitucionales (art. 43, CCBA) y legales (ley 1502), y postula que dicha inobservancia vulnera con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos de las personas con necesidades especiales (inclusión, igualdad real de oportunidades y de trato y, en particular, el derecho al cupo previsto normativamente), cabe concluir que el cauce procesal escogido resulta procedente. La conclusión expuesta impone conocer, en consecuencia, sobre la cuestión de fondo sometida a decisión del tribunal. A tal efecto cabe reseñar los hechos del caso y, luego, exponer —al menos sucintamente— la normativa aplicable.

III.1. Mediante el decreto n° 1838/03, del 8 de octubre de 2003, el Jefe de Gobierno aprobó el pliego de bases y condiciones generales y particulares para la realización de la licitación pública nacional e internacional para la contratación del servicio público de higiene urbana —a cuyo fin el territorio de la Ciudad fue dividido en cinco zonas— y, a su vez, efectuó la convocatoria. Una vez tramitado el procedimiento de selección (licitación n° 6/03), el decreto 1390/04, del 4 de agosto de 2004, aprobó lo actuado y —en cuanto interesa para resolver— adjudicó a Cliba Ingeniería Urbana S.A. la zona n° 1. Durante la ejecución del contrato en cuestión fue sancionada la ley 1854 —de gestión integral de residuos sólidos urbanos— que prevé, en síntesis, la reducción progresiva de la disposición final de residuos sólidos mediante la disminución de la generación y el reciclado. Como consecuencia de ello, el Ministerio de Medio Ambiente dictó la resolución n° 187/MMAGC/06, por la cual se dio inicio al proceso de readecuación del contrato de prestación del servicio público de higiene urbana, ad referendum de su aprobación por parte del Jefe de Gobierno. Así las cosas, mediante el decreto n° 154/07 el Jefe de Gobierno ratificó el acta acuerdo suscripta entre el Ministerio de Medio Ambiente y la empresa Cliba Ingeniería Urbana S.A. (decreto citado, art. 1); delegó en forma indistinta, en el Subsecretario de Higiene Urbana y el Director General de Limpieza, la suscripción de los convenios de tenencia de contenedores (decreto citado, art. 2); facultó al Ministro de Medio Ambiente a modificar los sectores críticos establecidos en el anexo VI del acta acuerdo (decreto citado, art. 3); autorizó al Ministerio de Medio Ambiente a aprobar, previa intervención de la Procuración General, el sistema de penalidades del servicio público de higiene urbana (decreto citado, art. 4) y delegó en el Ministerio de Medio Ambiente la facultad de disponer incrementos o disminuciones de hasta un diez por ciento (10 %) del total contractual en el servicio público de higiene urbana en la zona 1 (art. 5).

III.2. El objeto de la pretensión, tal como resulta de la reseña efectuada anteriormente (cfr. supra, consid. I), consiste en la impugnación del decreto

nº 154/07, por cuanto habría incumplido la obligación de prever un cupo para la incorporación personas discapacitadas. Por tanto, a fin de dilucidar el asunto resulta preciso examinar el régimen normativo que regula la cuestión —esto es, los derechos de las personas discapacitadas y, en particular, lo referente al cupo— y, a su vez, determinar si el decreto mencionado precedentemente se halla comprendido en esas disposiciones.

IV.1. El art. 75, inc. 23, CN, establece que es atribución del Congreso “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, 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). A su vez, en el ámbito del derecho internacional, distintas normas se refieren a la materia en cuestión, debiendo recordarse que algunas de ellas revisten jerarquía constitucional (cfr. art. 75, inc. 22, CN). Así, 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” (énfasis agregado). 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 declaración citada 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, el 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, lo establecido en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), art. 18: “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 articuló el "Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano" (1996), donde el cuerpo decidió: "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). Cabe mencionar, a su vez, que 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. Su 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, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; (...) 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas: a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles; b) 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". En el ámbito local, el art. 10, CCBA, dispone que "Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos". A su vez, el art. 42, CCBA establece 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..." (el resalto no está en el original). Asimismo, el art. 43, CCBA reza: "La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas... 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"(énfasis agregado). Además, dentro del ordenamiento jurídico infra constitucional y en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la ley 120 —sobre políticas de empleo— determina en su art. 2º que "Son objetivos de la política de empleo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:..b) Promover la igualdad de oportunidades y la erradicación de toda forma de discriminación....l) Promover políticas de apoyo para el empleo de las personas con necesidades especiales"; correspondiendo al Poder Ejecutivo "Fortalecer la participación de los grupos de menor empleabilidad en el mercado laboral a través de la formulación de políticas activas" (art. 5, inc. 'e'). A su vez, el art. 12 de la misma norma establece —refiriéndose a las políticas prioritarias— 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". También es relevante mencionar 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"), cuyo art. 2º establece que las normas que se adopten en esta materia deben quedar "...definitivamente integradas en la legislación general para asegurarles [a los sujetos de la protección jurídica que instaura] la igualdad de posibilidades y oportunidades en los campos del trabajo, la salud en materia de prevención, atención y rehabilitación, la educación, el hábitat, el transporte, la cultura, el deporte, la recreación y en todos los demás planos de su desarrollo personal, social y económico". A su vez, dispone en el art. 5 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"; en tanto que el art. 6º prevé 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”. A las normas transcriptas cabe agregar la ley 1502, de especial importancia para la cuestión objeto del debate, en tanto reglamenta —en lo referido al cupo— las previsiones del art. 43, CCBA, con relación a la incorporación de personas discapacitadas. En efecto, esta ley tiene 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). A tal fin, al definir el ámbito de aplicación, determina —en cuanto resulta relevante para resolver la presente contienda— que “En todo contrato de concesión de servicios, de transferencia de actividades del Estado al sector privado, o de renovación y/o modificación de los vigentes se deberán establecer cláusulas que dispongan el cumplimiento y modalidad de control de aplicación de la presente ley” (art. 2, párrafo tercero). Con respecto a los caracteres y el plazo para la incorporación, prevé que “...deberá ser gradual y progresiva para cubrir el cupo del cinco (5) por ciento, calculado sobre la base de la totalidad del personal que revista en la planta permanente de cada una de las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2º”, 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 el plazo previsto la misma debe ser gradual, efectuándose en al menos un dos (2) por ciento en los dos (2) primeros años. (art. 4º). A los fines del efectivo cumplimiento de estas disposiciones “...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” (art. 5). La reglamentación de la ley 1502 (decreto nº 812/05) estableció --entre otras cosas--, que “Los contratos de concesión de servicios, de transferencia de actividades del Estado al sector privado y/o de renovación y/o modificación de los actualmente vigentes que se celebren a partir de la publicación de la presente reglamentación y que importen la ocupación en las tareas inherentes a la concesión de mas de veinte (20) empleados, incluirán cláusulas que aseguren el cumplimiento de los cupos porcentuales establecidos por el artículo 4º de la ley 1502. La designación del personal con necesidades especiales será efectuada por las concesionarias y comunicada al órgano de control de la respectiva concesión, debiendo asimismo acreditar que se trata de personas comprendidas en el art. 3 de la ley 447. Anualmente, o en cualquier tiempo, a requerimiento expreso del órgano de control, deberá acreditarse el mantenimiento o en su caso la modificación del porcentaje de personas con necesidades especiales sobre el total. El órgano de control de la concesión deberá suministrar la información correspondiente a la COPINE .”(art. 2). A su vez, estipuló 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 de la 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). La ley 3230 — sancionada el día 15 de octubre de 2009— prorrogó por un año el plazo previsto en el art. 4, segundo párrafo, ley 1502.

V. Lo expuesto precedentemente permite apreciar que el ordenamiento jurídico proscribela discriminación de las personas discapacitadas y les garantiza la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, a cuyo fin consagra en su favor el derecho a recibir una atención especial (trato preferente) para alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, e impone al Estado la realización de acciones positivas tendientes a posibilitar su inserción social. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, ello se traduce —en cuanto resulta pertinente para el caso— en la instrumentación de políticas prioritarias en materia laboral y, en particular, la reserva de un cupo del 5 % del personal, destinado a la incorporación de las personas con necesidades especiales, en todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado; previsión que adquiere el rango de garantía constitucional (art. 43, tercer párrafo, CCBA).

VI. La contratación del servicio público de higiene urbana entre el Gobierno de la Ciudad y la codemandada Cliba Ingeniería Urbana S.A. comportó la transferencia de dicha actividad al sector privado. A su vez, el dictado del decreto nº 154/07 —impugnado por la accionante— supuso una modificación de los términos de la relación contractual (aspecto central del debate, acertadamente destacado por la señora Fiscal de Cámara), en tanto autorizó la modificación de los sectores críticos establecidos en el anexo VI del acta acuerdo, previó la suscripción de los convenios de tenencia de contenedores (anexo III del acta mencionada), incorporó un sistema de penalidades y facultó al Ministerio de Medio Ambiente a disponer incrementos o disminuciones de hasta un diez por ciento (10 %) del total contractual. De manera concordante, los fundamentos del decreto aluden a la readecuación de los contratos con el objeto de adaptarlos a los parámetros de la ley 1854. Pues bien, teniendo en cuenta que la empresa contrata más de 20 empleados y que la modificación mencionada fue efectuada cuando ya se encontraban vigentes la ley 1502 y su decreto reglamentario, cabe concluir que al readecuar el contrato debieron haberse observado las disposiciones (imperativas) de tales normas, a cuyo fin era preciso incorporar cláusulas tendientes a asegurar el cumplimiento del cupo porcentual establecido en el art. 4, ley 1502 (cfr. decreto nº 812/05, art. 2). El dictado de la ley 3230 —que cabe ponderar no obstante ser posterior a la sentencia apelada, a fin de resolver conforme el derecho vigente (doctr. art. 145, último párrafo, CCAyT) con independencia de la presentación realizada por la parte actora a fs. 494/501, improcedente a tenor del art. 245, segundo párrafo, CCAyT (norma aplicable en función de las previsiones del art. 28, ley 2145)— no modifica la conclusión adelantada. Ello así, toda vez que la prórroga que ella establece se refiere al plazo previsto en el art. 4, segundo párrafo, ley 1502. Es decir, pospone por un año la obligación de incorporar el cupo total del 5 %, pero no incide en el deber jurídico —

impuesto en el primer párrafo del art. 4 citado— de incorporar al plantel personas discapacitadas, de manera gradual y progresiva, a fin de que resulte posible alcanzar el total previsto al concluir el plazo conferido; y tampoco varía las previsiones del párrafo tercero del mismo art. 4, conforme el cual en los dos primeros años debe incorporarse al plantel al menos un dos por ciento (2 %) de personas discapacitadas. No obstante, en esa oportunidad las partes omitieron incorporar al contrato que las vinculaba previsiones destinadas a dar cumplimiento al cupo de personas discapacitadas. Como consecuencia de ello, de las 1285 personas que la empresa Cliba Ingeniería Urbana S.A. afecta a la ejecución del contrato de higiene urbana, solamente una es discapacitada, y su fecha de ingreso es anterior al dictado de la ley 1502 (cfr. fs. 259). Cliba argumentó que no se ha tenido en cuenta que, dadas las características de la actividad que desarrolla, la posibilidad de incorporar personas con necesidades especiales es muy reducida por cuanto el trabajo es riesgoso y exige determinados atributos físicos. Este planteo no incide en la solución jurídica del caso. Ello así toda vez que, por un lado, el establecimiento del cupo no implica que al momento del ingreso deba obviarse la evaluación de la idoneidad para el puesto a cubrir (cfr. ley 1502, art. 5) y, por el otro, dicho razonamiento omite considerar la posibilidad de realización de otras ocupaciones distintas de las específicamente relacionadas con la higiene urbana pero igualmente necesarias para la ejecución del contrato, como, por caso, tareas de índole administrativa. El gobierno afirmó que la acción instaurada supone pretender contrataciones directas al margen de los mecanismos legales aplicables, y en apoyo de su afirmación citó la sentencia dictada por el TSJ en la causa “Tobías Córdova, Alvaro Juan María c/ GCBA s/ amparo”, donde se señaló que la tutela constitucional del derecho de las personas discapacitadas no autoriza el ingreso automático y directo a la administración pública. Al respecto cabe señalar que las expresiones reseñadas no guardan correlación con los términos de la demanda y de la sentencia que la admitió, en tanto la solicitud de la parte actora —que resultó acogida en primera instancia— consiste, precisamente, en que se ordene a las demandadas el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias referidas al cupo establecido a favor de las personas con necesidades especiales, en particular, con relación a los contratos de concesión de servicios y transferencia de actividades estatales al sector privado, sus renovaciones y modificaciones.

VII.1. El gobierno afirmó que la sentencia recurrida incurre en exceso de jurisdicción, transgrediendo los límites constitucionales de actuación del Poder Judicial al desconocer las facultades propias de la autoridad administrativa. Sostuvo, en particular, que la magistrada de primera instancia invadió la zona de reserva del Poder Ejecutivo al desconocer las competencias privativas previstas en los arts. 102 y art. 104, inc. 9, CCBA. Más allá de las imprecisiones que el memorial exhibe en este punto —dado que es obvio que en el caso no está en juego el diseño de la estructura organizativa de la administración central, dependiente del Poder Ejecutivo, sino el control del cumplimiento de determinados recaudos puntualmente exigidos a los contratos de concesión de servicios públicos o transferencia de actividades al sector privado— cabe de todos modos señalar que este tribunal siempre ha entendido que no corresponde realizar un control sobre la oportunidad o mérito de las políticas sociales implementadas por el GCBA ni, mucho menos, invadir a través de una decisión jurisdiccional

competencias propias de otros poderes, sino determinar si la Administración ha cumplido con las normas jurídicas y con los programas creados por el propio Gobierno. En este aspecto no es posible soslayar que la implementación de los derechos constitucionales a través de políticas públicas depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que, por su naturaleza, corresponden a los poderes políticos. Es claro, a su vez, que por expreso imperativo constitucional y de acuerdo con el principio de división de poderes, los jueces no deben asumir la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de tales políticas con los estándares jurídicos aplicables y —en caso de hallar divergencias— reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que éstos adecuen su actividad a los mandatos constitucionales. Así, cuando las normas constitucionales fijan pautas para el diseño de políticas públicas de las que depende la vigencia de los derechos allí reconocidos, y ante la falta de adopción de medidas o cuando éstas se revelan como insuficientes o inadecuadas, corresponde al Poder Judicial reprochar esa omisión (cfr. Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", JA 2006-II, fascículo Nº 12, pág. 17). En particular, a criterio de esta Sala no cabe duda —y, a su vez, no es objeto de cuestionamiento— que corresponde a los poderes Legislativo y Ejecutivo la determinación de las políticas de gobierno que cumplan con la obligación constitucional de asegurar los derechos objeto de tutela en este proceso. A su vez, la decisión en torno a los cursos de acción que resultan idóneos para hacer efectivo este derecho es materia privativa de la ley y la administración, cada una en el marco del ejercicio de sus propias competencias en orden a plasmar las expresas previsiones constitucionales que, en el punto examinado, resultan explícitas. Ello no obsta a que, tal como se sostuvo en otras oportunidades, frente a una controversia —y en caso de resultar procedente la acción por encontrarse reunidos los diferentes presupuestos procesales de admisibilidad—, corresponda al órgano jurisdiccional corroborar, en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto, diseñó políticas públicas tendientes a asegurar su efectiva vigencia. En segundo término, corresponde al juzgador determinar si la política o el programa a tal efecto creados son razonables, es decir, si éstos se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Si los mencionados programas cumplen con tales presupuestos, ninguna consideración corresponde hacer a los jueces sobre políticas alternativas. Finalmente y en tercer lugar, es necesario que el magistrado compruebe si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen. Este último supuesto es el que se presenta en la especie. En consecuencia, de acuerdo a lo sostenido precedentemente, es evidente que la razonabilidad y, luego, el adecuado cumplimiento de las políticas o programas creados a efectos de tutelar el derecho constituyen, en los términos señalados supra, una cuestión susceptible de control judicial. Con respecto a esta cuestión, este tribunal ha recordado innumerables veces que cuando los jueces revisan las conductas de la administración en el marco de las causas en las cuales han sido llamados a conocer no invaden zona de reserva alguna, sino que se limitan a cumplir con su función específica, esto es, ejercer el control de la función administrativa a fin de constatar si su ejercicio se adecua o no al ordenamiento jurídico. En tal sentido, esta Sala ha destacado que la

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires atribuye al Poder Judicial el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella, los convenios que celebre la Ciudad, los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales (art. 106). A su vez, el artículo 13, inc. 3, CCBA —en consonancia con el art. 18, CN— consagra de manera categórica el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. La claridad de estas disposiciones no encuentra excepción alguna en el restante articulado de la Constitución local y, por lo tanto, todas las acciones y omisiones de la administración son revisables judicialmente para determinar su conformidad con el ordenamiento jurídico (esta Sala, in re "Fullone, Mirta Susana c/ G.C.B.A. y otros s/ amparo", EXP. 12.912/0, sentencia del 22 de diciembre de 2005, entre otros precedentes). Por ello se ha señalado que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables no tiene sustento normativo alguno, sino que se trata, más bien, de una teoría metajurídica (Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, 3ª edición, tº 2, VIII-6 y ss.) que cede a poco que se repare en que "si la regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla debe interpretarse restrictivamente y al menos figurar expresamente contemplada en las normas" (Gordillo, ob. cit., tº 2, VIII-17). Por su parte, y tal como este tribunal ya ha puesto de resalto en otro precedente, lo dicho no implica, en modo alguno, consagrar el denominado "gobierno de los jueces". Por el contrario, el tribunal no olvida que, como lo ha establecido reiteradas veces la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misión más delicada del Poder Judicial consiste en mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes del Estado (Fallos, 155:248; 311:2580, entre muchos otros). Sin embargo, no por ello resulta justificable renunciar a ejercer la tarea que ha sido atribuida a los jueces por nuestro sistema constitucional, cual es la de velar por el efectivo respeto de la Constitución. Es que, precisamente, es de la esencia del Poder Judicial resolver los conflictos traídos a su conocimiento, declarando el derecho aplicable a cada caso. Y como en un orden jurídico democrático ninguna actividad del Estado puede quedar por fuera del Derecho, resulta palmario que todos los actos (y omisiones) de aquél son susceptibles de ser confrontados con el derecho vigente —en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional— para evaluar su grado de concordancia con él. En otras palabras, el Poder Judicial no puede arrogarse funciones reservadas por la Constitución a los otros poderes del Estado, pero lo que sí debe hacer es ejercer la función judicial, esto es, la potestad de juzgar, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de las leyes, normas y actos dictados por aquéllos. En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que "Es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes -nacionales o locales- limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos" (Fallos, 320:2851). En el mismo sentido, dijo el Tribunal Superior de Justicia la Ciudad de Buenos Aires que: "Aún cuando se trate de actos ejecutados por otro poder en ejercicio de sus facultades privativas, la irrevisibilidad judicial no puede ser la regla, sino la excepción. Sostener que se está en presencia de una cuestión no justiciable supone la carga de demostrar cuáles son los términos de la norma cuya determinación queda librada por la Constitución a la discrecionalidad política y, por ende, exenta de la revisión judicial. (...)

Son revisables judicialmente los actos relacionados con funciones privativas de otros poderes, en la medida en que el control se limite a verificar si dicho ejercicio se efectuó regularmente, es decir, en cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitución. No puede hablarse con propiedad de supremacía de la Constitución, si quien está encargado de controlar la legitimidad constitucional de los actos es el propio poder que los emite" (causa SAO 50/99 "Partido Justicialista y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Legislatura)"). En este caso, según se desprende claramente del desarrollo efectuado en los apartados anteriores, la cuestión objeto de la controversia mereció expresamente la atención del constituyente (art. 43, CCBA) y el legislador (leyes 1502 y 3230), y las disposiciones de esos textos normativos a su vez fueron reglamentadas por el Poder Ejecutivo (decreto nº 812/05. El objeto procesal de la causa consiste en determinar si ha existido un incumplimiento de esas reglas jurídicas y, en caso afirmativo, implementar las medidas necesarias para su observancia. Según se advierte en función de las precisiones aportadas ut supra, un pronunciamiento de tal índole, en el marco de un proceso judicial instado por una parte legitimada, de ningún modo configura exceso de jurisdicción o invasión de zona de reserva alguna, sino que, antes bien, concreta el ejercicio de la competencia —de fuente constitucional (arts. 106 y cctes., CCBA) y legal (leyes 7, 189 y 2145)— propia y específica del Poder Judicial.

VII.2. Ahora bien, resta expedirse acerca de los cuestionamientos vertidos con respecto a la forma en que el control judicial fue ejercido en el caso. Con relación a este punto el gobierno señaló que en la sentencia se ordenó arbitrariamente realizar contrataciones de personas con necesidades especiales incumpliendo requisitos legales insoslayables (existencia de vacantes, inscripción en el registro especial, ingreso progresivo y gradual, prueba de la idoneidad). Aquí, una vez más, el agravio no guarda relación con los términos de la decisión que pretende impugnar. En efecto, la señora magistrada de primer grado condenó a las demandadas a adoptar, en el plazo de sesenta días, "...las medidas concretas y efectivas tendientes a cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la CCABA y la Ley Nº 1502, debiendo informar regularmente al Tribunal el cumplimiento gradual del ingreso de personas con necesidades especiales (conf. Art. 4, ley 1502), de acuerdo a su idoneidad y a medida que se produzcan vacantes; en el marco del contrato de concesión del servicio de recolección de residuos en la Ciudad de Buenos Aires" (sentencia apelada, parte dispositiva del fallo, apartado I, énfasis agregado). La juez puntualizó, asimismo, que a tales efectos "...deberán las demandadas otorgar prioridad a las personas con necesidades especiales inscriptas en el respectivo registro, para las sucesivas designaciones" (sentencia apelada, parte dispositiva del fallo, apartado II, énfasis agregado). La transcripción precedente demuestra, de manera elocuente, que la sentencia ha sido respetuosa del mecanismo ideado por el legislador al reglamentar el mandato constitucional de prever el cupo, en particular con relación a los aspectos puntualizados por la apelante.

VIII. El artículo 62, CCAyT, dispone que las costas del juicio deben ser soportadas por la vencida (principio objetivo de la derrota). Al respecto señala Fenochietto, con cita de Chioyenda, que "el vencimiento y, de suyo, la condena en costas, supone la voluntariedad del litigio por parte del derrotado, en el sentido de que éste habría podido evitarlo o evitar los hechos que le dieron origen" (Fenochietto, Carlos E., Código Procesal Civil y

Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 1, pág. 285). En el mismo sentido, dice Alsina que, incluso de mediar allanamiento del demandado —circunstancia que, por otra parte, no se configura en la especie—, debe condenárselo en costas si hubiere originado la necesidad de iniciar el pleito (Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, t. II, pág. 751). A su vez, se ha puesto de relieve que, en principio, el vencido es responsable por los gastos en que debe incurrir la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho y, por lo tanto, basta que la conducta de aquél haya obligado a la articulación de una contienda judicial para que sea viable la condena en costas (CNCom., Sala B, 26/3/2001, in re "Julio Bacolla, S.A y otros c/ Sevel Argentina, S.A s/ ordinario", ED 195:322). No obstante, el mencionado principio reconoce excepción en aquellos casos en que existe mérito para eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido (artículo 62, segundo párrafo, CCAyT). Se trata de situaciones excepcionales en que las circunstancias de la causa permiten inferir que el perdedor actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado. A este efecto, no basta con la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión o defensa, sino que deben mediar hechos objetivos que justifiquen acudir a la excepción (Fenochietto, op. cit., t. 1, págs. 286 y 287; esta Sala, autos "Angel Barros c/ GCBA s/ Acción meramente declarativa", expte. nº 65). Pues bien, en la especie no concurren circunstancias tales que, conforme las pautas enunciadas, autoricen apartarse del principio general y aplicar la solución excepcional. En consecuencia corresponde desestimar el agravio deducido al respecto y, por tanto, confirmar la condena en costas contenida en el decisorio de primer grado; imponiéndolas de igual manera en esta instancia. IX. Ponderando la naturaleza y la complejidad del proceso, el resultado obtenido, las etapas procesales cumplidas y el mérito de la labor profesional desarrollada —apreciada por su calidad, eficacia y extensión—, cabe concluir que los honorarios regulados en la instancia de grado a los letrados patrocinantes de la parte actora, en conjunto, Dres. Martín Sigal y Ezequiel Nino, no resultan elevados. En consecuencia, al encontrarse apelados sólo por altos, no cabe más que confirmarlos (cfr. arts. 6, 10, 36 y ctes. ley 21.839, modificada por ley 24.432). Por la actuación ante la alzada, régulanse los honorarios de los mencionados letrados, en conjunto, en la suma de trescientos cincuenta pesos (\$ 350.-) (conf. art. 14, y ctes. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432). En virtud de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal de Cámara, el tribunal

RESUELVE: 1) No hacer lugar a los agravios expresados por los recurrentes y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide. 2) Imponer a las apelantes vencidas las costas devengadas en esta instancia. 3) Regular los honorarios devengados ante la alzada conforme lo expuesto en el considerando IX. Regístrese. Notifíquese y a la señora Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase.