

Empleo Publico Medidas Cautelares Enfermera Jornada De Trabajo Tareas Insalubres

JURISPRUDENCIA

Empleo público. Medidas cautelares. Enfermera. Jornada de trabajo.

Tareas insalubres Se concede la medida cautelar solicitada por la actora, quien desarrolla tareas de enfermera "franquera", ordenándose al GCBA a reducir su jornada laboral, fundándose en la calificación de tareas insalubres y en que la extensión horaria de estas implica un riesgo psicofísico a su persona, como también a la calidad de atención de los pacientes.

Ciudad de Buenos Aires, 8 de julio de 2015. Y VISTOS; CONSIDERANDO: I. M. A. M., por derecho propio, solicitó el dictado de una medida cautelar innovativa con el objeto de que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) -Hospital de Agudos Dr. ?T. Álvarez?- que de manera inmediata se le reduzca la jornada laboral a seis (6) horas por las características del servicio en que se encuentra afectada, dado que de continuar realizando una jornada laboral de 12 horas continuaría causando un grave perjuicio irreversible en su salud (confr. args. decreto 937/07, art. 3, inciso a), ley 24004, el artículo 24 de la ley 298, ordenanzas 40402, 40820, artículo 25). Relató que es licenciada en enfermería, se desempeña en el Hospital de Agudos Dr. ?T. Álvarez desde el 12 de enero de 2007 y realiza sus funciones en el servicio de neonatología los días sábados, domingos y feriados desde las 00 hs. hasta las 12 del mediodía. Es decir, realiza una jornada de 12 horas de trabajo en esa área. Adujo que el servicio de neonatología se divide en tres sectores y el sistema de trabajo consiste en la atención de esos tres sectores que comprenden: 1) Recepción del recién nacido: Exige el manejo de regencias y urgencias neonatales en la sala de partos y recepción del recién nacido; 2) Sala de internación conjunta: se acompaña a la madre y al niño y se detectan dificultades en relación a la madre e hijo, icteria precoz, etc. y 3) Unidad de terapia intensiva neonatal: se brinda asistencia y cuidados en RN en asistencia, respiratoria mecánica (estado crítico del paciente) con planes de hidratación por infusión mecánico, cuidados y asistencia en vías venosas centrales, monitorizados, bebés de control permanente. Se realiza atención y asistencia en vías endo venosa centrales, monitorizados, bebés de control permanente. Se realiza atención al recién nacido bajo peso con cpap respiratorio, nutrición parental por vía venosa central, aporte nutricional por sonda oro gástrica, pacientes con cuadros infecciosos severos (sepsis neonatal), registro correspondiente de dichos cuidados, etc. Destacó que, en definitiva, en la enfermería de pediatría, neonatología y de obstetricia se atiende a dos pacientes a la vez, cuando no a tres (madre, hijo y padre) y en lo cotidiano los pacientes ingresan a neonatología con enfermedades declaradas también insalubres o de tarea riesgosa. Puntualizó que la no aplicación de la jornada de trabajo reducida a seis (6) horas por servicio insalubre ?negado? por la demandada violenta el ejercicio regular de derechos de la trabajadora al respeto de la dignidad, prevención en cuanto su salvaguarda en su salud y por ende en su integridad física y causa un ilegítimo e infundado perjuicio en cabeza de la actora, quien se ve cercenada de su derecho a su salud y derechos amprados por la CN y CCABA (v. fs. 2). Sostuvo que la reducción de la jornada laboral se funda en la calificación de insalubre y de tareas como riesgosas como es el servicio de neonatología y que conforme las normativas de aplicación, la extensión de la jornada laboral de seis (6) horas es para todo el personal, ya sea permanente, contratado o temporario, sin distinción de género o por función, y cualquiera sea su turno, la frecuencia y/o días (hábiles o inhábiles). Por último, señaló que en razón a la ampliación de los días feriados inhábiles-feriados puentes, habilitados para fomentar el turismo, la jornada laboral de los franqueros, como es su caso, supera las 12 hs. diarias por turno, llegando a trabajar 48 hs. consecutivas, dejando huellas imborrables a su salud, cuerpo y psiquis. Finalmente, ofreció prueba documental, la que se encuentra agregada a fs. 22/31, fundó la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, citó jurisprudencia a favor de su postura y efectuó la reserva del caso federal. II. A fs. 34 se corrió traslado a la demandada por el plazo de dos (2) días a fin de que se expida sobre la inconveniencia de adoptar la medida requerida en autos. El GCBA se presentó a fs. 39/46 y pese a que desconoció que a la parte actora le corresponda una extensión de jornada laboral de seis (6) horas, solicitó que se declare abstracta la cuestión planteada en autos en razón de que las cuestiones de insalubridad en materia de empleo público son motivo de regulación local exclusivamente, la que establece para el caso de actividades insalubres una carga semanal de treinta (30) horas (confr. resolución 90/2013 que implementa el acta paritaria suscripta por SUTECBA). Subsidiariamente, contestó el traslado conferido y agregó que la actora no contempló el dictado de la resolución 90/2013. Mencionó que la mencionada resolución y el Acta paritaria no impugnadas son consecuencia de una negociación en virtud de la afectación del servicio público que se produciría con la disvaliosa interpretación de la normativa aplicable y el indebido privilegio que se generaría en cabeza de los beneficiarios de cautelares, como el caso bajo examen, frente al resto de los enfermeros que perciben idénticos haberes cumpliendo efectivamente las horas para las cuales fueran nombrados. Sostuvo que de dictarse la medida cautelar, es decir, reducir la jornada laboral de la actora, quien se desempeña como enfermera franquera, implicaría un exceso de jurisdicción y

afectaría facultades propias e indelegables del poder Ejecutivo local, reconocidas en los artículos 102 y 104 de la CCABA. Por su parte, señaló que se encuentra comprometido el servicio público de salud dado que el servicio de enfermería es un área esencial a ser cubierta durante los fines de semana por este particular régimen. En especial, puntualizó que la ley nacional de emergencia económica 26.896 ha establecido una prórroga de la emergencia pública, económica y sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2015, situación que se extiende al panorama del sector de salud del GCBA, en donde la demanda de los servicios de enfermería supera la oferta de profesionales en tales áreas. Luego, en atención al objeto de la presente acción, se ordenó la recaratulación del expediente como "medida cautelar autónoma" y se libró oficio a la Secretaría General del fuero. Finalmente, en atención al estado de la causa, pasaron los autos a resolver (v. fs. 53).

III. La admisibilidad de una medida cautelar presupone la constatación de dos requisitos: la existencia de un derecho verosímil, es decir, un estado de cosas o situación potencialmente garantizado por el ordenamiento jurídico y un peligro en la demora, originado por la duración del proceso, que conllevaría a la frustración de su finalidad si no se actúa preventivamente. Esto se traduce en un interés jurídico tutelable cautelarmente. Al respecto, en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece que: "Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquéllas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo petitionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida". Y que: "Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar medidas urgentes...". A su turno, en el artículo 189 del referido código se dispone que: "Las partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos: 1) Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiese causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público; 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión...". Asimismo, se ha entendido que pesa sobre quien solicita la medida la carga de acreditar prima facie, entre otros recaudos, la existencia de la mencionada verosimilitud del derecho invocado, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen (confr. CSJN, doctrina de Fallos: 306:2060; 307:2267 y 322:1135). En ese orden de ideas, del mismo modo en que no es posible exigir certeza, tampoco es apropiado declarar la procedencia de la medida cautelar sin una demostración convincente respecto de su admisibilidad (confr. args. Cámara del fuero, Sala II, sentencia dictada en los autos "Bagnardi, Horacio c/ Consejo de la Magistratura s/ amparo", del 04/09/03).

IV. En primer lugar, cabe recordar que el decreto local n° 937/07, que amplía la reglamentación del Capítulo VI de la ley n° 471, dispone que se denomina personal "franquero" al que por la naturaleza de su prestación cumpla "...una jornada de trabajo normal y habitual en días sábados, domingos, feriados, días no laborables o aquellos días que sean considerados asueto..." (confr. art. 2 del decreto aludido). A su turno, el artículo 3 del mismo cuerpo normativo establece una serie de pautas, entre las que se destaca que "...a) El régimen de prestación (servicios del personal "franquero") será de doce (12) horas por cada día, salvo aquellos casos que se encuentren comprendidos en la normativa referida a tareas insalubres o riesgosas". De sus considerandos surge que "...atento a la modalidad laboral impuesta pueden cumplir su labor en un único día de guardia o en varias jornadas, sin alcanzar cinco días semanales de asistencia..." (el destacado me pertenece). Por su parte, la ley n° 298 -de ejercicio de la enfermería de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- prescribe que "El ejercicio de la Enfermería comprende: a) El cuidado de la salud en todo el ciclo vital de la persona, familia y comunidad y su entorno, en las funciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud..." y que "Son derechos de los Profesionales y Auxiliares, según sus incumbencias: a) Ejercer sus funciones e incumbencias de conformidad con lo establecido por la presente ley y su reglamentación. b) Asumir responsabilidades acordes con la formación recibida, en las condiciones que determine la reglamentación de la presente ley..." (confr. art. 3 y 13, respectivamente). La cláusula 5° de la ley en cuestión establece que "Rigen las disposiciones sobre insalubridad establecidas por la legislación nacional y jurisdiccional vigentes, adoptándose en caso de superposición la norma más favorable al trabajador...". A su vez, el artículo 24 de la ley nacional n° 24.004 de ejercicio de la enfermería prescribe: "A los efectos de la aplicación de normas vigentes que, para resguardo de la salud física o psíquica, establecen especiales regímenes de reducción horaria, licencias, jubilación, condiciones de trabajo y/o provisión de elementos de protección, considerándose insalubres (...) las tareas de la enfermería: a) Las que se realizan en unidades de cuidados intensivos; b) Las que se realizan en unidades neuropsiquiátricas; c) Las que conllevan riesgo de contraer enfermedades infectocontagiosas; d) Las que se realizan en áreas afectadas por radiaciones, sean éstas ionizantes o no; e) La atención de pacientes oncológicos; f) Las que se realizan en servicios de emergencia (...). Así, la ley nacional n° 20.744, en su artículo 217, establece que: "La jornada de trabajo en tareas declaradas insalubres no podrá exceder de las seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales". Finalmente, mediante la resolución 90/GCBA/MHGC/2013 se instrumentó el Acta de Negociación

Colectiva N° 12/12 de la Comisión Paritaria Central, suscripta el 19 de julio de 2012 entre los representantes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA), en la que en virtud del incremento de feriados, asuetos, días puente, entre otros, se establece una máximo de treinta (30) horas semanales al personal comprendido en el régimen de insalubridad (v. fs. 19/20 vta.). V. Del informe elaborado por Silvia S. Fernández, Jefe de Personal del Hospital Gral. de Agudos Dr. T. Álvarez surge que la señora M. M. A., ingresó al hospital el 12/01/2000, se desempeña en sus funciones actualmente en calidad de Enfermera Profesional, cumpliendo el horario de sábados, domingos y feriados de 00 a 12 hs. en el servicio de neonatología (v. fs. 24). En este contexto, atento lo expuesto precedentemente, la jerarquía de valores que se hallan en juego y dentro del acotado marco de conocimiento de la medida cautelar solicitada y el estado liminar del proceso, cabe tener por acreditada la verosimilitud en el derecho invocado, pues la actividad que presta la actora en su carácter de enfermera ?franquera? efectuando tareas consideradas insalubres debería en principio regirse por la normativa que más la favorece (confr. cláusula 5° de la ley n° 298); es decir, la que establece una jornada laboral de seis (6) horas y, a su vez, correspondería que la misma se adecue al régimen particular de los ?franqueros?, quienes deben trabajar menos de cinco (5) días semanales. Ello es así, pues aún atendiendo al pedido de la parte actora, existe un piso mínimo de normatividad que es inderogable por la voluntad de los particulares y tiene fundamento el orden público laboral, ante el cual el principio de congruencia procesal debería ceder para no tornar inoperante esa clase de régimen (cfr. art. 43, in fine, CCABA y art. 184, CCAyT). También considero que existe peligro en la demora, en tanto el obrar del GCBA, es decir, permitir que la actora siga trabajando en la jornada de 12 hs. para personal franquero en el área de neonatología, no solo pone en riesgo la vida y salud tanto física como mental de la actora sino en la calidad de atención a los pacientes en virtud de una posible fatiga por la actividad cumplida. Nótese que de las manifestaciones vertidas en el escrito en despacho a fs. 2 vta. alegó que en virtud de que la ampliación de los días ?FERIADOS INHABILES-FERIADOS PUENTES-, habilitados para fomentar el turismo, la jornada laboral de los franqueros, como es el caso de la actora, supera las 12 hs. diarias por turno, llegando a jornadas de 48 consecutivas, dejando huellas imborrables en la salud, cuerpo y psiquis de la trabajadora...?. Por ende, corresponde resulta conveniente por vía cautelar innovar en la situación jurídica base de la actora a fin de resguardarla de una lesión irreversible o grave en su derecho a trabajar en condiciones dignas. Por su parte, corresponde destacar que no advierto que el interés público se encuentre afectado. En efecto, resulta inverosímil que una medida cautelar que tiene virtualidad sólo respecto de una enfermera que presta servicios en el área de neonatología del Hospital de Agudos Dr. ?T. Álvarez? pudiera perjudicar la prestación del servicio de salud que brinda ese nosocomio. Asimismo, dentro del marco de provisoriedad que conlleva la cautelar, ante la disyuntiva de ponderar dos valores en juego, uno la gestión de un servicio público que cuenta con dirección y recursos y, otro, el derecho fundamental de una persona, en este caso el derecho a la salud y a trabajar en condiciones dignas de M. A. M. -en las condiciones de verosimilitud con que aquí se lo considera, es decir, como de posible y probable existencia- resulta prudente dar tutela cautelar al valor jurídico de mayor entidad, es decir, al último de los mencionados. Más aún, con el dictado de esta medida cautelar se respeta el interés público en la medida que se intenta proteger el derecho a la salud de los pacientes, quienes deben ser atendidos por la enfermera de manera eficiente. En consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en la normativa transcrita en el punto precedente y lo establecido en el artículo 184 del CCAyT que faculta al suscripto a disponer una medida cautelar distinta a la solicitada (confr. art. 28 de la ley n° 2145), corresponde disponer que la demandada re programe la jornada laboral de la actora en seis (6) horas diarias y veinticuatro (24) semanales. En consecuencia, RESUELVO:

1. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al GCBA que, por medio de quien corresponda, adecue la extensión de la jornada laboral de la señora M. M. A., en los términos de la presente resolución, seis (6) horas diarias y veinticuatro horas (24) semanales. Asimismo, deberá informar acabadamente a este Juzgado acerca del cumplimiento de la medida cautelar en el mismo plazo dispuesto precedentemente.
2. Tener por prestada la caución juratoria con la presentación inicial, la que se estima suficiente y ajustada a derecho teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
3. Hacer saber a la parte actora que, en el plazo de diez (10) días, deberá interponer la acción principal, bajo apercibimiento de dejar sin efecto la medida cautelar (cfr. args. art. 187 del CCAyT).

Regístrese y notifíquese por Secretaría, a la parte actora y al GCBA. Correlaciones: Pallarols,
Juan Carlos c/La Rural SA y otro s/medida precautoria - Cám. Nac. Com., Sala B - 23/11/2012.
002529E