

Accion De Amparo Empleo Publico Examen Preocupacional Obligacion Empleador Inconstitucionalidad Cese Administrativo

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Empleo público. Examen preocupacional.

Obligación. Empleador. Inconstitucionalidad. Cese administrativo

Se hace lugar a la acción de amparo interpuesta por la actora, empleada pública de la Procuración General del GCBA, por lo que se dejó sin efecto la resolución administrativa que la intimaba a realizarse un nuevo examen médico preocupacional, bajo apercibimiento de su ?cese administrativo?, habida cuenta de que la accionante efectuó en debido tiempo los respectivos exámenes médicos y la supuesta existencia de ?estudios pendientes? alegada por la demandada no fue acreditada fehacientemente en autos.

Ciudad de Buenos Aires, 28 de abril de 2016.

VISTOS: los autos de referencia para dictar sentencia de los cuales, RESULTA: 1. Que M.A.N. interpone la presente acción de amparo contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) con el objeto que en forma urgente se ordene dejar sin efecto la amenaza de sancionar con cese o exoneración su negativa a someterse a un nuevo, incausado y extemporáneo examen médico preocupacional, por entender que con ello se desconoce su derecho constitucional a gozar de estabilidad en el empleo de conformidad con lo establecido en los arts. 14 bis CN y 43 CCABA (v. fs.1/vta.). Asimismo, peticiona el dictado de una medida cautelar que disponga la suspensión de los efectos del acto administrativo que dispuso realizar el examen médico precitado y ordene a la Administración que se abstenga de aplicar cualquier tipo de medida punitiva con relación a ello (ver fs. 1/vta.). En cuanto a los hechos, relata que su relación de empleo público se desarrolla actualmente en la Dirección Poder de Policía -área judicial- de la PROCURACIÓN GENERAL. Comenta que fue designada el 2 de marzo de 2009 como abogada de la planta permanente de la PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (en adelante "la PROCURACIÓN"), mediante la resolución 39-PG-2009, y que aceptó el cargo el día siguiente. Rememora que el 8 de mayo de 2009 realizó el examen médico preocupacional y la Dirección de Medicina del Trabajo le entregó un certificado de concurrencia con la constancia de que no quedaban estudios por realizar. El 21 de diciembre de 2009 fue evaluado su desempeño por las autoridades de la PROCURACIÓN, arrojando como resultado ?4, muy satisfactorio?. Describe que el 3 de marzo de 2010 adquirió el derecho constitucional a gozar de estabilidad en el empleo público, de conformidad con las previsiones de la ley 471. Menciona que durante los primeros ?29 meses? (sic) de relación de empleo sus derechos fueron debidamente reconocidos, se evaluaba su desempeño laboral en forma positiva, percibía regularmente su salario, gozaba de vacaciones pagas y se le justificaron licencias por enfermedad en varias oportunidades. Expone que en los primeros meses del año 2010 comenzó a recibir un trato desconsiderado y discriminatorio, por lo que solicitó el traslado a otra área, petición que le fue denegada el 19 de septiembre de 2011. A su vez, detalla, que el 28 de febrero de 2011 le descontaron parte de su salario por ?no haber llegado sus aportes?, según le fue comunicado por la Dirección de Liquidación de Haberes vía e-mail. Finalmente el 11 de agosto de 2011 la Dirección de Medicina del Trabajo le denegó la justificación de una inasistencia por 48 horas, alegando la falta de "apto médico" y supeditó lo solicitado a la realización de un nuevo examen preocupacional. Explica que su necesidad de justificación de las ausencias motivó el inicio del expediente 1385310/11. Comenta que en el marco de dichas actuaciones acompañó el comprobante que acreditaba que había realizado los exámenes preocupacionales, no obstante lo cual el Gerente Operativo de Medicina del Trabajo informó que el examen preocupacional había sido dado de baja por haber quedado estudios pendientes. Asimismo, se hizo constar que el 18 de mayo de 2009 la habían citado por medio de una llamada al teléfono celular que había declarado en su Historia Clínica, para completarlos. Menciona que impugnó dicho informe, negando que hubiera quedado pendiente algún estudio médico y hubiera sido citada a través de su teléfono celular, así como también desconoció haber recibido alguna notificación o citación en ese sentido. Explica que luego, en el marco de las actuaciones administrativas reseñadas, el 14 de diciembre de 2011 el Director General de Empleo Público había requerido un informe a fin de esclarecer los hechos y procurar la verdad objetiva. En ese contexto se expidió el Gerente Operativo de Medicina del Trabajo, el 23 de diciembre de 2011, quien afirmó que la documentación aportada por la actora -certificado de concurrencia- era auténtico, reiteró lo referente a la baja de los exámenes preocupacionales y la necesidad de realizarlos nuevamente. Seguidamente, el 24 de enero de 2012, se emitió un dictamen jurídico en el que se consignó que por haberse omitido dejar asentado que la interesada tenía estudios médicos pendientes de realización, correspondía que se la notificara fehacientemente para que procediera a realizarse los exámenes preocupacionales y, en caso de que se mostrara reticente a realizarlos, su conducta debía ser evaluada desde el punto de vista disciplinario. Manifiesta que formuló una impugnación contra dicho dictamen, que fue rechazada mediante resolución 224-PG-2012, por considerarla formalmente improcedente. Dicho decisorio fue a su vez recurrido, pero sus planteos fueron nuevamente rechazados mediante resolución

261-MHGC-2015. Expresa que nunca tuvo conocimiento de la existencia de un procedimiento administrativo de anulación de su ingreso como empleada de la PROCURACIÓN, ni fue notificada del acto administrativo que habría, presuntamente, dispuesto la baja de su examen preocupacional. Añade que nunca se mencionó el número de expediente en el que habría tramitado la baja referida, ni se habían especificado cuáles eran los exámenes médicos supuestamente faltantes, ni se le habían formulado intimaciones compeliéndola a su realización en un plazo determinado. Entiende, por ello, que se ha violado su derecho de defensa, negándosele su derecho a ser oída, a producir prueba y a obtener una decisión fundada, en tanto no contó con los elementos indispensables para fundar los recursos que había planteado. Asimismo, postula la ineficacia e inaplicabilidad del supuesto acto que dispuso la baja del examen preocupacional, puesto que no le había sido notificado. Por otro lado, hace referencia al expediente 11340139/2014 originado el 7 de agosto de 2014 -cuya acumulación al expediente citado en primer término había solicitado a la Administración, cfme. fs. 39-, en el que por IF-2015-16065061-DGALP - que le fue notificado el 14 de julio de 2015- se la intimó a completar sus estudios médicos para determinar su aptitud psicofísica, bajo pena en caso de incomparecencia o incumplimiento, de tramitar su cese administrativo. Explica que por ello, se vio obligada a iniciar la presente acción de amparo.

Justifica la elección de la vía escogida, reseña los derechos, principios y garantías constitucionales en que funda la acción, diversa normativa vigente en la materia tanto en el orden local como nacional, así como diferentes antecedentes recaídos en relación a la materia en debate, y hace reserva del caso federal. Ofrece prueba y hace reserva del planteo de las vías recursivas pertinentes.

2. Que a fs. 36, como medida para mejor proveer y con carácter previo a resolver en torno a la cautelar peticionada, se ordenó al GCBA que remitiera el legajo laboral, el de los exámenes preocupacionales y la indicación y/o intimación a realizar estudios complementarios, así como también los actos administrativos dictados como consecuencia de dichos exámenes. A fs. 58 el GCBA acompañó documentación, mas al no haber remitido la totalidad de las constancias que le habían sido requeridas, se dispuso el libramiento de un oficio reiteratorio para que remitiera la documentación faltante. A fs. 66 se corrió traslado de la demanda al GCBA, quien la respondió a fs. 69/81. Luego de las negativas de rigor, planteó la improcedencia de la vía del amparo. Considera que la cuestión debatida implica delicadas cuestiones de hecho y derecho que a su modo de ver requieren de un marco de apreciación fáctica y análisis jurídico mucho más amplio que el que puede brindar esta acción. Destaca la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas dado que la conducta administrativa se ajustó a la normativa aplicable toda vez que la actora fue evaluada y nuevamente citada a fin de que dentro del término legal presentara los estudios pendientes y al no haberlo cumplido fue dado de baja el trámite. Pone de manifiesto que el examen preocupacional constituye una etapa previa y obligatoria, que forma parte del proceso de selección y que debe cumplirse en todos sus pasos. De manera que al no haber superado tal requisito, si hubiera ejercido actividades inherentes a la función de abogada de la PROCURACIÓN se trataría pura y exclusivamente de una situación de hecho (v. fs. 70vta./1). Agrega que la constancia que la actora menciona, no acredita que haya dado cabal cumplimiento al examen preocupacional. Ello, en atención a que la constancia del 8 de mayo de 2009 de Medicina del Trabajo que acompaña, sólo acredita la concurrencia a dicha dependencia. Sin embargo, no obsta a que ese organismo la vuelva a citar para una segunda entrevista vía telefónica de conformidad con lo que surge del cuerpo de dicha constancia. Expresa que la actora en ninguna parte de su presentación refiere haber tramitado los antecedentes penales ni la ficha municipal, por lo que de ninguna manera pudo haber creído que había obtenido el apto médico. Agrega que más allá de lo expuesto, la actora fue nuevamente notificada el 14 de julio de 2015, donde se puso de manifiesto la posibilidad de incurrir en una falta grave. Asimismo, destacó que este examen no da por sentado una no aptitud sino la preexistencia al ingreso de posibles factores de riesgo que deben ser evaluados por estudios complementarios, exigencia que emana de la normativa laboral, no sólo local. Enfatiza que no se ha atentado contra la estabilidad del empleado público que propugna, dado que nunca la adquirió ante la ausencia del apto médico. En este sentido, aclara que la propuesta de designación de la actora fue ad referendum del apto médico, cuyo trámite fue dejado sin efecto al transcurrir el plazo legal sin que la actora haya dado cumplimiento a los requerimientos efectuados por medicina del trabajo. Precisa además la existencia de otras vías, como ser la acción ordinaria con un pedido de cautelar. De este modo concluye que el objeto amparista no resulta propio de la acción de amparo. Agrega que tampoco se advierte una situación de urgencia objetiva inminente ya que se exige la actualidad o inminencia de un daño grave. Sin embargo, considera que la situación en la que se encuentra la actora ha sido provocada por su propia inactividad. Expresa que la acción es igualmente improcedente en cuanto al fondo. Reitera que no se advierte la existencia de una ilegalidad o arbitrariedad manifiestas en la conducta administrativa. En efecto, expresa que el obrar de la administración se ajustó a la normativa aplicable a la situación de la actora, en especial, el decreto ley 19.587-PEN- 1972 que establece las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, cuyo art. 5 inc. o) exige la obligatoriedad del examen preocupacional. Agrega que la ley 471, en su art. 10 inc. h), establece la necesidad de someterse a los exámenes psicofísicos que se establezcan por vía reglamentaria. En la misma inteligencia -continúa- el Convenio Colectivo de Trabajo (resolución 4664/SSTR/10) establece entre los requisitos para el ingreso a la planta permanente del GCBA, acreditar aptitud

psicofísica para la función a la que aspira a ingresar, por lo que el aspirante debe someterse al examen preocupacional que determine la reglamentación (art. 22, inc. c) CCT). Menciona además el capítulo VIII del mencionado convenio en cuanto a la obligatoriedad del examen preocupacional y las resoluciones 43/97 y 037/10 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. En este contexto, considera que de hacerse lugar la pretensión de la amparista se estaría colocando a la postulante que incumplió con la reglamentación y que no concluyó el examen preocupacional, en una situación desigual respecto del resto de los postulantes. Concluye que la administración ha actuado de acuerdo al procedimiento que debió seguirse ante la propuesta de designación. Destaca además que la decisión peticionada por la amparista es una cuestión que toca la organización de los planteles administrativos, conforme criterios reservados a la autoridad administrativa porque se sustenta eminentemente en factores de oportunidad, mérito y conveniencia. Agrega que de hacerse lugar al amparo se pondrían en crisis las facultades previstas en los arts. 102 y 104 de la CCABA, en la medida que se estaría vedando al Jefe de Gobierno de ejercer las facultades de dirigir la administración pública, formular y dirigir las políticas públicas, establecer la estructura de sus organismos y muy especialmente, nombrar a los agentes de la Administración bajo el régimen de empleo público establecido al efecto. Finalmente, ofreció prueba y efectuó reserva del caso constitucional y federal. 3. Que a fs. 83 se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, quien se notificó de la competencia asumida a fs. 36 (cfme. fs. 84). Luego, a fs. 85 se abrió la causa a prueba. A fs. 88/91 se admitió la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se dispuso la suspensión de los efectos de la resolución 224-PG-2012 y de la 261-MHGC-2015 y se ordenó a la demandada que se abstuviera de aplicar cualquier tipo de medida disciplinaria o cese administrativo que se vincule de cualquier manera con los exámenes preocupacionales de la amparista, hasta tanto recayera sentencia definitiva o se modificaran las circunstancias que motivaron la decisión. Una vez producida la totalidad de la prueba y previo al pase de las actuaciones a sentencia, atento al inicio de los autos ?Nager María Agustina c/ GCBA y otros s/ impugnación de actos administrativos? (expte. C41734-2015/0), se solicitó que se cumpliera con las aclaraciones allí requeridas. Contra dicho auto la actora interpuso revocatoria, la cual fue rechazada a fs. 161/2 y se le requirió una serie de precisiones con carácter previo al dictado de la sentencia (v. fs. 162). Una vez cumplido dicho requerimiento (cfme. presentación de fs. 163/7) y el pertinente traslado a la contraria a fs. 168 (contestado a fs. 170/1), a fs. 172 pasaron los autos a sentencia. Y CONSIDERANDO: 4. Que en primer lugar, y toda vez que la demandada ha negado que el amparo constituya el medio judicial más idóneo a los fines perseguidos por el accionante, corresponde analizar el aspecto relativo a su admisibilidad formal. Conviene recordar, que el marco normativo de la acción de amparo ha sido establecido por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad, y reglado en sus aspectos procesales por la ley 2145. De este modo, en su parte pertinente, la Constitución de la Ciudad establece que este remedio judicial, de carácter rápido y expedito, permite cuestionar ?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 y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte?. Esta es la norma que fija los requisitos de procedencia de la acción de amparo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos 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 o prueba (Fallos 306: 1253; y 307: 747). Luego resulta procedente cuando la acción u omisión cuestionada reúna prima facie los caracteres de ilegitimidad o arbitrariedad y ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. A su vez, es preciso que se presente una situación de urgencia que dé mérito a la tramitación de esta vía sumarísima y libre de formalidades procesales, de modo tal que conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso se advierta que remitir el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales ordinarios puede ocasionar un daño grave e irreparable al titular del derecho presuntamente lesionado. Precisamente por esta última consecuencia la acción de amparo ha sido erigida como garantía constitucional, prevista para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías y en ello consiste su específica idoneidad como vía procesal. No se trata de una acción excepcional o heroica, sino que tal ?excepcionalidad? sólo puede entenderse ?como una especificación del principio de que, en un Estado de Derecho, también son o deberían ser ?excepcionales? las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de las autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción? (Voto de la Dra. ALICIA RUIZ, en autos ?Vera, Miguel Ángel?, TSJ, resueltos el 4 de mayo de 2001). La existencia de una actuación que se considera irregular, por afectar derechos de raigambre constitucional, hace admisible esta vía cuando lo hace en forma manifiesta. En efecto, en el caso, la amparista aduce que su derecho a trabajar y a la estabilidad en el empleo público se encuentra lesionado por un actuar arbitrario e irrazonable de la demandada en tanto le exige la realización de un examen preocupacional que considera haber cumplido oportunamente y bajo apercibimiento de cese. La cuestión se vincula

entonces con los derechos y principios previstos en los artículos 14, 14bis y 16, de la Constitución Nacional y 10 y 43 de la Constitución de la Ciudad. De ese modo queda configurada una aparente lesión a derechos constitucionales, que permite considerar presentes los recaudos constitucionales del amparo, al menos en su plano formal. Lo expuesto permite concluir que la vía del amparo es idónea en las circunstancias sub lite y, desde el punto de vista formal, resulta admisible. 5. Que establecido ello y a fin de resolver la cuestión planteada en autos corresponde adentrarse al estudio de las normas que rigen la materia y prueba rendida en la causa. El art. 14 bis de la CN establece que el "trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] estabilidad en el empleo público", a la vez que el art. 16 prevé la admisibilidad a los empleos "sin otra condición que la idoneidad". Por su parte, el art. 43 de la CCABA, establece que la ciudad "protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiende a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. [...] Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en la que se promociona por concurso público abierto." En otro orden, la ley 471 -aplicable a la actora en virtud de lo establecido en su art. 4º- en su art. 1º prevé que "[l]as relaciones de empleo público de los trabajadores del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires se rigen por: a) La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) La presente Ley y su normativa reglamentaria; c) Los convenios colectivos celebrados y aprobados de conformidad con lo dispuesto en la presente; d) La Ley Nacional de Riesgos del Trabajo N° 24.557 y la Ley Previsional Nacional N° 24241, sus modificatorias y complementarias; e) Los Convenios de la OIT; f) Las normas reglamentarias". Y el art. 2 expresa que las "relaciones de empleo público comprendidas en la presente ley se desenvuelven con sujeción a los siguientes principios: a) Ingreso por concurso público abierto [...]; j) Idoneidad funcional sujeta a evaluación permanente de la eficiencia, eficacia, rendimiento y productividad laboral, conforme la metodología que se establezca por una Comisión Mixta Evaluadora, que incluirá la participación de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial, con ámbito de actuación territorial y personal en la Ciudad de Buenos Aires. [...]". Entre las condiciones de ingreso se prevé como principio general que "se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto de conformidad con las pautas que se establezcan por vía reglamentaria" (art. 6, ley 471). Luego de mencionarse quiénes no pueden ingresar (art. 7), el art. 8 establece que las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en la presente ley, son nulas. Entre los derechos enumerados en el art. 9, en lo que aquí interesa, se mencionan: "[...] f) salud en el trabajo; [...] l) ejercitar su derecho de defensa, en los términos previstos en cada caso por el régimen disciplinario respectivo; m) obtener la revisión judicial de las decisiones adoptadas por la Administración a través de las acciones o recursos contencioso administrativos reglados por la legislación respectiva; [...] ñ) la estabilidad en el empleo, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente ley para su reconocimiento y conservación; [...]". Luego, en cuanto a las obligaciones, se menciona la de "someterse a los exámenes psicofísicos que se establezcan por vía reglamentaria" (art. 10, inc. h) ley 471). Con relación a la estabilidad, la mencionada ley 471 la regula en el capítulo IX. Allí se prevé que "[l]os trabajadores de la planta permanente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen derecho a la estabilidad entendida como el derecho de éstos a conservar el empleo hasta que se encuentren en condiciones de jubilarse, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente ley para su reconocimiento y conservación. La estabilidad no es extensible a las funciones" (art. 36). Y que "[a] los efectos de la adquisición de la estabilidad el trabajador deberá prestar servicios efectivos durante un período previo de 12 meses y aprobar la evaluación de desempeño a la que será sometido, o por el solo transcurso de dicho período, si al cabo del mismo el trabajador no fuera evaluado por causas imputables a la administración. Hasta que ello no ocurra, la prestación de servicios del trabajador se regirá por la modalidad laboral transitoria que en cada caso se determine". Dicha norma regula también lo referido al régimen disciplinario (Capítulo XII). Así el art. 46 prevé que "[l]os trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encontrarán sujetos a las siguientes medidas disciplinarias: a) apercibimiento; b) suspensión de hasta 30 días; c) cesantía; d) exoneración. Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que fijen las leyes vigentes. Las suspensiones se harán efectivas sin prestación de servicios ni percepción de haberes, en la forma y los términos que determine la reglamentación". Los artículos siguientes (47 a 49) prevén las faltas para cada tipo de sanción y el artículo 50 establece que la enumeración de "las causales" previstas en dichos artículos es meramente enunciativa y no excluye otras que se deriven de un incumplimiento o falta reprochable del trabajador con motivo o en ocasión de sus funciones. Finalmente -en lo que aquí resulta de utilidad- se establece que a los fines de la aplicación de las sanciones previstas en el capítulo XII, se requerirá la instrucción de un sumario previo, conforme el procedimiento que se establezca en la reglamentación, el cual deberá garantizar al imputado el derecho de defensa (art. 51). A continuación, este mismo artículo excluye de este recaudo a los siguientes supuestos: "a) los apercibimientos; b) las suspensiones por un término inferior a los 10 días; c) las sanciones previstas en los incisos a) y b) del artículo 46, en los incisos a) y b) del 47 y en los incisos b) y d) del artículo 48. El personal no podrá ser sancionado sino una vez por

el mismo hecho. Toda sanción se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la falta, los antecedentes del trabajador y los perjuicios causados?. Este capítulo se encuentra reglamentado por decreto 184/GCBA/2010. Por su parte, el CCT celebrado entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA), regula en términos similares a los ya expresados lo referido a la estabilidad, ingreso (aquí se incluye la acreditación de la aptitud psicofísica mediante la realización de exámenes preocupacionales) y obligatoriedad de la realización de los estudios médicos preocupacionales (v. arts. 19, 22 y 25). En lo referido a las normas de seguridad e higiene del trabajo, el decreto ley 19.587-PEN-72 mencionado por la demandada, establece que "las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo se ajustarán, en todo el territorio de la República, a las normas de la presente ley y de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten [...]?" (art. 1°). Dentro de la enumeración de los principios básicos efectuada en el art. 5, se menciona la realización de exámenes médicos pre-ocupacionales y periódicos, de acuerdo con las normas que establezcan las respectivas reglamentaciones (inc. o). En concordancia con ello se prevé entre las obligaciones del empleador la de disponer el examen médico pre-ocupacional y revisión periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud (inc. a] del art. 9) y a su vez se la menciona entre las obligaciones del trabajador (cfme. Art. 10 inc. b): "someterse a los exámenes médicos preventivos o periódicos y cumplir con las prescripciones e indicaciones que a tal efecto se le formulen?". Luego, la resolución 43/97 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, regula todo lo referido a los exámenes médicos preocupacionales -entre otros-, establece su propósito (art. 2 inc. 1), su obligatoriedad (art. 2, inc. 2) y que su realización es responsabilidad del empleador (art. 3 inc. 4). 6. Que es en este contexto normativo en el que corresponderá analizar la prueba producida en autos. De las constancias obrantes en estas actuaciones se desprende que mediante resolución 39-PG-2009 se designó a la actora, M. A. N. "como abogada del plantel de la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires en el Agrupamiento profesional Tramo A, categoría 01, a partir del día 2 de marzo de 2009?" (art. 2). Asimismo, se dispuso que la abogada designada debía "presentarse para aceptar el cargo en la Dirección General Técnico Administrativa de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires en el plazo de sesenta (60) días corridos desde su notificación, conforme lo establecido en la Ordenanza n° 8.845, debiendo presentar, en dicho momento, una declaración jurada de cargos o funciones a los fines dispuestos en el art. 12 -incompatibilidad- de la ley 471 y el art. 23° de la ley 1218. Caso contrario se dejará sin efecto sus nombramiento y se procederá a designar a la siguiente postulante?" (cfme. fs. 17, coincidente con la copia certificada que obra reservada en Secretaría bajo el sobre n° 678). En concordancia con ello, de las copias certificadas del legajo de la amparista acompañadas por el GCBA -reservadas en Secretaría bajo sobre 695- se desprende que mediante resolución 39-PG-2009 M.A.N. fue designada como abogada de LA PROCURACIÓN a partir del 2 de marzo de 2009 y que aceptó el cargo el 3 de marzo del mismo año. Asimismo se observa que presentó la correspondiente declaración jurada de incompatibilidades y el certificado de antecedentes penales. Si bien en el marco del presente no existen cuestionamientos relacionados con lo actuado en el expediente 1385310/2011 -en el que tramitara la solicitud de justificación de determinadas licencias de la actora (v. fs. 3)-, resulta de utilidad acudir a la mención de algunas constancias probatorias allí existentes a los fines de la resolución de estos actuados. En efecto, surge de dicho expediente que el 18 de agosto de 2011, el Director General de Relaciones Contractuales (área donde se desempeñaba la actora), DANIEL M. LEFFLER, solicitó que se arbitraran los medios para que se justificaran debidamente las días de licencias médica usufructuados por la actora. Además, requirió que se indicaran las razones por las cuales no se había cargado en sistema el apto médico de la agente "cuando han transcurrido 27 meses desde que realizara los estudios pertinentes?" (cfme. copia certificada de la providencia PV-2011-01419584-DGRECO, reservada en Secretaría sobre 678). Ante dicho requerimiento, el fecha 2 de septiembre de 2011 se informó que "según las constancias existentes en esta gerencia operativa Medicina del Trabajo, el examen Preocupacional de la Postulante en cuestión ha sido dado de baja en virtud de haber quedado estudios pendientes a pesar de que, con fecha 8-5-2009, fue citada al teléfono celular por ella declarado en su Historia Clínica para completar los mismos?" (cfme. copia certificada, Informe IF-2011-01515378-SUBRH, reservado en Secretaría sobre 678; el subrayado no pertenece al original). Obra asimismo reservado en Secretaría el certificado de concurrencia original que da cuenta de que la actora concurrió el 8 de mayo de 2009 a realizar el examen preocupacional. Al pie de dicha constancia, en el apartado pertinente, no se indica la necesidad de la realización de ningún estudio pendiente (ver documentación reservada en Secretaría, sobre 678). A ello cabe agregar que el 23 de diciembre de 2011 el Gerente Operativo de Medicina del Trabajo "REITERA Y RATIFICA [sic] lo informado oportunamente a fs. 7 de los presentes dejando constancia que la documentación aportada por la postulante en cuestión es auténtica?" y dejó asentado que debía gestionar un turno para la realización de un nuevo examen preocupacional (cfme. copia certificada del Informe IF-2011-0236111-MDT, reservado en Secretaría sobre 678; el subrayado no es del original). Luego, en concordancia con ello, en el dictamen jurídico IF-2012- 00155555-DGEMPP del 24 de marzo de 2012 se reconoce expresamente que en la documentación aportada por la actora "se omitió dejar asentado que la interesada tenía estudios médicos pendientes de realización?" y por lo tanto "corresponde que se la notifique fehacientemente conforme las pautas establecidas en el capítulo VI notificaciones de la Ley de

Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debiendo cumplirse con lo ordenado por el Gerente Operativo de Medicina del Trabajo a fs. 31(2). Cumplido, si la causante se mostrara reticente a realizarse los estudios médicos correspondientes, su conducta debería ser evaluada desde el punto de vista disciplinario? (cfme. copia certificada reservada en sobre 678; el subrayado no es del original). Las mismas circunstancias fácticas surgen del IF-2012-01287839- DGALP y de la resolución 224-PG-2012 (cuyas copias certificadas obran reservadas en Secretaría, sobre 678). Por otro lado, en el marco del expediente 11340139-MEGEYA-PG-14 (iniciado a fin de justificar otras inasistencias) el 14 de julio del 2015 se notificó del IF-2015-16065061-DGALP, emitido el 8 de junio de 2015, por medio del cual se consideró procedente intimar nuevamente a la actora a realizar los exámenes preocupacionales, bajo pena, en caso de incumplimiento o incomparecencia, de tramitar su cese administrativo. Asimismo, se estimó procedente la instrucción de un sumario administrativo a fin de investigar el proceder de la agente y de las autoridades que le habían encomendado tareas a pesar de no contar con el apto físico y evaluar las medidas disciplinarias que se entendieran procedentes (ver las copias acompañadas por la actora reservadas en Secretaría bajo sobre 678). Cabe destacar que todas las copias reservadas bajo sobre 678 acompañadas por la actora, resultan coincidentes con las aportadas por la demandada y que obran reservadas en Secretaría bajo sobre 700. Finalmente, en el legajo de los estudios preocupacionales reservados en sobre 683 se encuentra anejada una copia certificada de la Historia Clínica de la actora que se encuentra datada el 8 de mayo de 2009 y en la que se consignó que la amparista había sido citada telefónicamente el 18 de mayo de 2009 ?en ayunas p/completar laboratorio? y en la que se marcó en forma positiva el ítem ?PENDIENTE?.

7. Que con las constancias probatorias mencionadas en el apartado precedente se puede considerar acreditado que: a) la actora ingresó como empleada de la Procuración General el 3 de marzo de 2009 (designada mediante resolución 29-PG-2009); b) cumplió con el examen médico preocupacional exigido normativamente y no existe constancia fehaciente alguna que permita concluir que el día de su realización (8/5/2009) o en los subsiguientes se le haya informado respecto de la necesidad de realizar exámenes pendientes; c) recién como consecuencia de la solicitud de justificación de inasistencias efectuada por la actora largo tiempo después surgió la supuesta existencia de estos ?exámenes pendientes?. En dicha oportunidad -21 de octubre de 2011-, se informó que la actora no había concurrido a realizarlos y que como consecuencia de ello se había dado de baja el examen preocupacional. d) la autenticidad de la constancia de concurrencia a realizar los exámenes preocupacionales presentada por la actora -de la que no surge indicación alguna de estudios pendientes, pese a contar con un apartado preimpreso al efecto- fue reconocida por la propia demandada; e) también fue reconocida la omisión en indicar la existencia de esos exámenes pendientes y de notificar en forma fehaciente la necesidad de su cumplimiento. Sin embargo, estas circunstancias fueron advertidas por la demandada el 23 de diciembre de 2011 (en el informe IF-2011-02361311-MDT del Gerente Operativo de Medicina del Trabajo) y reiterado con fecha 24 de marzo de 2012 (cfme. IF-2012- 00155555-DGEMPP).

8. Que en este contexto fáctico normativo, cabe concluir que la aquí actora fue designada para cumplir tareas en la PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD el día 2 de marzo de 2009, que aceptó dicho cargo el 3 del mismo mes y año, acompañó los respectivos certificados de antecedentes penales y concurrió a realizar los exámenes médicos preocupacionales sin que se le haya indicado en esa oportunidad o en los días subsiguientes de modo fehaciente la necesidad de realizar ningún estudio complementario o adicional. El conflicto que motiva estos actuados se inicia entonces al momento en que -circunstancialmente- y tras más de dos años de ingresar, prestar servicios en los cuadros de la Administración y haber sido evaluado satisfactoriamente su desempeño, la actora tomó conocimiento de que su ?examen preocupacional? habría sido dado de baja por no haberse presentado a realizar ?exámenes pendientes? para los que habría sido ?citada al teléfono celular por ella declarado en la historia clínica?. Da comienzo allí una fatigosa sucesión de presentaciones, impugnaciones, recursos, ?informes?, dictámenes, etc. que concluyen con la intimación cursada a la actora de realizar nuevamente sus exámenes preocupacionales (a más de seis años de haber ingresado a la planta permanente del GCBA ...) bajo apercibimiento de ?tramitar su cese administrativo? a la vez que se ?entiende procedente la instrucción de un sumario administrativo, a fin de investigar el proceder de la mencionada agente, como así también de las autoridades que le encomendaron tareas, sin el apto médico correspondiente, a efectos de investigar los hechos descriptos, deslindar las responsabilidades y evaluar las medidas disciplinarias que se entiendan procedentes? (IF-2015-16065061-DGALP, del 8 de junio de 2015). Así, la actora se agravia de la ?baja? de su ?examen preocupacional?, dispuesta sin acto administrativo alguno, en base al incumplimiento de la realización de ?exámenes pendientes? cuya necesidad de realizar nunca se le hizo saber fehacientemente (al menos a través de los modos expresamente previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos) en tanto que la demandada resalta la obligación de la agente de someterse a los exámenes psicofísicos que prevén las reglamentaciones respectivas. Se encuentra fuera de discusión la obligación que pesa sobre los agentes de la Administración de someterse a los exámenes médicos que correspondan, sin embargo no puede soslayarse que en el caso, la actora al momento de ser designada no ha incumplido ninguna de las obligaciones que se encontraban a su cargo. En efecto, no sólo no existen elementos de convicción que puedan dar por probado que la actora fue informada de la necesidad de realizar ?exámenes pendientes?, sino que

además, acompañó una constancia original -cuya autenticidad fue admitida por la demandada- que expresamente los descarta. En este sentido, resulta necesario destacar que pese a haber sido requerido e incluso reiterado dicho requerimiento, el GCBA nunca aportó constancias respaldatorias que permitan al Tribunal verificar que se hubiera dictado un acto que dispusiera la baja de su examen preocupacional, ni mucho menos que ello hubiera estado precedido por una intimación fehaciente para completar los estudios supuestamente faltantes. En este punto, no resulta ocioso recordar que además de la obligatoriedad que pesa con relación al trabajador de realizar dicho examen preocupacional, no sólo en las normas locales sino también en concordancia con las nacionales (v. considerando 6), no es menos cierto que el decreto-ley 19.587-PEN-72 -citado e invocado por la propia demandada- establece entre las obligaciones del empleador la de disponer el examen médico preocupacional y revisión periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud (inc. a) del art. 9). Y que la resolución 43/SRT/97 que la regula establece que la realización de este examen es responsabilidad del empleador (art. 2 inc. 4). En el caso, lejos de cumplirse con dicho recaudo, las actuaciones administrativas obrantes en autos muestran que la empleadora demandada no habría dado un cumplimiento diligente a tales deberes. En efecto, da cuenta de ello el hecho de que más de dos años después del ingreso de la actora a la Administración y de la realización de su examen preocupacional, fortuitamente (ante la solicitud de justificación de licencias médicas) surgiera la existencia de exámenes preocupacionales pendientes. A ello se suma, la discordancia que existe entre el certificado de concurrencia que fue otorgado a la actora -en el que se consignó que no existían estudios pendientes y cuya autenticidad fue reconocida por la propia Administración tanto a fs. 7 del expte. 1385310/2011, como en el dictamen jurídico allí emitido-, con la copia certificada de la Historia Clínica en la que se detalló que sí existían estudios pendientes (ver copia reservada bajo sobre 695). Al respecto, no puedo dejar de señalar que en la documentación que fue acompañada por el GCBA en su presentación de fs. 59, y que obra reservada en Secretaría bajo Sobre 683, se acompañó una fotocopia de la primera foja de la Historia Clínica de la actora, en la cual obra circulada en original y con birome la palabra SI consignada en el ítem PENDIENTE, circunstancia esta que se torna más relevante aún al cotejar dicha copia con la fotocopia certificada del mismo original acompañada con posterioridad a fs. 86 y reservado en sobre 695, en la cual difiere a su vez el modo en que está circulada la palabra SI del mismo documento original. Así, estas falencias organizativas de la propia demandada no podría redundar en perjuicios para la situación de revista de la actora, que dio acabado cumplimiento a los trámites que se le indicaron y que razonablemente pudo entender. De este modo, en modo alguno la cuestión que aquí se debate podrá retrotraer o implicar el menoscabo de derechos constitucionales que ya hubiesen sido adquiridos por la actora (artículo 37 de la ley 471, entre otros). En este contexto considero que la anulación o baja de los exámenes preocupacionales oportunamente realizados sin efectuar ningún tipo procedimiento, actuación ni intervención de la actora a tal fin y la exigencia de realizar un nuevo examen varios años después de haberlos cumplido resulta a todas luces irrazonable, por lo que corresponde declarar su nulidad. Obsérvese en este sentido que en la hipótesis en que la actora hubiese sido notificada en tiempo oportuno, sólo hubiese debido realizar los exámenes complementarios que constaban en la Historia Clínica (completar laboratorio, ver copia reservada en sobre 683) y no reiterar la totalidad de los exámenes. Sentado lo expuesto, habrá de aclararse que lo que aquí se decide en modo alguno empece, obstaculiza o implica menoscabo alguno de las facultades de la Administración de disponer la realización de los exámenes psicofísicos que puedan resultar pertinentes, los que -claramente y a más de siete (7) años de la designación de la actora- no podrán nunca ser calificados de preocupacionales. 9. Que, sentado lo expuesto, corresponde analizar el informe IF-2015- 16065061-DGALP cuestionado por la actora en su demanda (v. fs. 1). Allí se concluye que dada la gravedad de la conducta que habría asumido la agente N., al negarse a completar sus estudios médicos, para determinar su aptitud psicofísica, se entiende procedente reiterar la intimación de dar cumplimiento a la misma, bajo pena de incomparecencia o incumplimiento, tramitar su cese administrativo (ver copias reservadas en sobre 678, coincidentes que las acompañadas y reservadas en sobre 700 correspondientes al EA electrónico 11340139-PG-2014; el subrayado no es del original). En primer lugar cabe señalar que si bien se trata nominalmente de un informe, no es menos cierto que le fue formalmente notificado a la aquí actora (ver artículo 59, LPA) con la expresa mención de que el acto administrativo que se notifica NO AGOTA la vía administrativa y el detalle de los recursos administrativos que podría interponer contra éste (v. copias del expediente electrónico 11340139-PG-2014 reservadas en sobre N° 700). Sabido es que, si bien heterodoxa, resulta una práctica habitual en la Administración porteña el dictado de informes a los que se les da en los hechos tratamiento de verdaderos actos administrativos (se notifican a la parte mediante los medios previstos en la LPA, se les atribuyen efectos jurídicos directos), por lo que la jurisprudencia ha entendido que -en tales circunstancias- deben poder ser objeto de impugnación judicial so riesgo de consagrar una verdadera situación de denegación de justicia (ver, Sala 2 de la Cámara CAyT en autos Asociación Mutual de Servicios Urbanos c/G.C.B.A. s/amparo [art. 14 C.C.A.B.A.], Expte. N°5453/0, resueltos el 14 de noviembre de 2002). En el mismo sentido, adviértase que en el marco de las actuaciones administrativas labradas en torno al conflicto aquí ventilado, la propia Dirección General Técnica Administrativa y Legal de la Procuración General ha señalado que si

bien la LPA establece la irrecurribilidad de un informe ¿pese a ello debe admitirse la queja en virtud de que el informe en cuestión implica una decisión dentro del ámbito de actuación del órgano emisor? (ver PV-2011-02120479-DGTALPG, del 23 de noviembre de 2011, cuya copia obra en el legajo ¿copias del expediente electrónico n°11340139-PG-2014?, reservado en Secretaría).

Sentado lo expuesto, de conformidad con las observaciones efectuadas en el considerando precedente ha de concluirse que el ¿informe? contiene un vicio de origen, dado que no valora adecuadamente todas las circunstancias fácticas y probatorias que rodean al caso de la actora. En efecto, no se efectúa alusión o consideración alguna respecto de las irregularidades que rodearon la ¿baja del examen preocupacional? de la amparista, a lo que debe sumarse la intimación ¿bajo pena de tramitar su cese administrativo?. Al respecto cabe recordar que el ¿cese administrativo? no se encuentra previsto entre las medidas disciplinarias enumeradas con carácter taxativo en el art. 46 de la ley 471 (apercibimiento, suspensión de hasta 30 días, cesantía, exoneración). Ha de recordarse que la jurisprudencia ya ha declarado en alguna ocasión la inconstitucionalidad de esta figura por apartarse de las previsiones legales (ver Sala 2 de la Cámara CAyT, en autos ¿GIANOLA GRACIELA VICTORIA contra GCBA sobre AMPARO (ART. 14 CCABA)?, Expte: EXP 6271, resueltos el 10 de octubre de 2003). En otro orden, ha de destacarse que no se desprende del informe impugnado que se le haya iniciado un procedimiento o sumario previo ni surja la orden de su instrucción. Sólo se indica la instrucción de un sumario a fin de investigar el proceder de la agente, pero independientemente de lo indicado (considerando 14). Obsérvese en este sentido que el apercibimiento de cese administrativo está contenido en el considerando 13. Al respecto no puede olvidarse que la ley 471 prevé como regla la instrucción de sumario previo y sólo excluye del cumplimiento de este recaudo a algunos supuesto mencionados expresamente en el art. 51, entre los cuales a priori no se podría considerar incurso la causal de la actora ni surge del informe cuestionado referencia alguna al respecto que justifique el apartamiento de dicha regla. En este contexto -y asimismo como consecuencia de lo expresado en el considerando anterior- corresponde declarar la nulidad de la intimación efectuada mediante IF-2015-16065061-DGALP a la actora en los términos expuestos (¿bajo pena de incomparecencia o incumplimiento, a tramitar su cese administrativo?) en tanto contiene un grave vicio en su causa y en su objeto, al apercibir con una sanción que no se encuentra prevista legalmente lo cual se traduce en una amenaza arbitraria e infundada en los derechos laborales de la actora, en clara violación al principio de legalidad en materia sancionatoria. Por las razones expuestas, RESUELVO: HACER LUGAR a la acción de amparo intentada por M.A.N. DNI xxxxxxxx, en los términos de los considerandos 8 y 9. Con costas a la demandada vencida (art. 14 CCABA y 62 CCAyT). Regístrese y notifíquese por Secretaría a las partes. Oportunamente, archívese. Fdo. GUILLERMO SCHEIBLER. Juez. Correlaciones: Z., M. D. c/GCBA y otros s/impugnación actos administrativos - Cám. Cont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad) - SALA I - 26/09/2012

Nota: (1) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. (2) Se refiere al Informe IF-2011-0236111-MDT, mencionado más arriba. 008654E