

## Empleo Publico Empleado Municipal Tareas Insalubres Prueba Basurero Peligrosidad

### JURISPRUDENCIA

Empleo público. Empleado municipal. Tareas insalubres. Prueba.

Basurero. Peligrosidad Se rechaza la demanda del actor, empleado municipal que se desempeñara en el basurero municipal, iniciada con el objeto de que se le abone un suplemento equivalente al 25% del sueldo básico de su categoría (art. 49 Anexo II de la Ordenanza 7694/96), pues no ha podido acreditar que sus tareas impliquen un riesgo para su integridad psicofísica que torne a la tarea como insalubre.

En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los días treinta del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: ?BARRIENTOS MARIANO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA?, Expte. 1994/07, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- Que a fs. 1/7 se presenta el señor Mariano Barrientos, por derecho propio, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén. Solicita que se le abone lo establecido por el art. 49 Anexo II de la Ordenanza 7694/96, o sea un suplemento equivalente al 25% del sueldo básico de su categoría, desde el 3 de mayo de 2005 -fecha en que comenzó a prestar servicios en el Área del Basurero Municipal, Sector Cantera- en adelante (o hasta que deje de prestar servicios en tal sector). Ello, con más los intereses devengados, gastos y costas del juicio. Manifiesta que ingresó a trabajar para el Municipio el 1 de octubre de 1991 y que, con fecha 03/05/05, fue trasladado al Área del Basurero Municipal, Sector Cantera, con la función de realizar el control en la descarga de los camiones y los contenedores de basura que se depositan en el lugar. Afirma que, pese a que las labores que desarrolla constituyen un claro ejemplo de ?Tareas riesgosas y/o peligrosas? y que sus compañeros lo percibían, a él nunca se le abonó tal suplemento. Transcribe el art. 49 Anexo II de la Ordenanza 7694/96. Informa que presentó un reclamo administrativo donde describió las características de las tareas y justificó el pago pretendido, pero no fue respondido, como tampoco los respectivos ?pronto despacho?. Sostiene que se privó de recibir el pago desde su traslado y tal ganancia, oportunamente será calculada mediante la designación de un perito contador. Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal. II.- A fs. 19, mediante Resolución Interlocutoria 6021/07, se declaró la admisión de la acción y a fs. 23 el accionante optó por el proceso ordinario. III.- A fs. 29 la Fiscalía de Estado tomó la intervención prevista en la Ley 1575. IV.- A fs. 45/52, se presenta la Municipalidad de Neuquén, mediante apoderado con patrocinio letrado y contesta la demanda. Peticiona su rechazo. Efectúa la negativa de rigor. Alude a las disposiciones del artículo 49 Anexo II de la Ordenanza 7694/96 y, en virtud de ello, indica que sólo se otorga la categoría de riesgosa o peligrosa a las tareas que ?objetivamente? lo son y ese riesgo no debe ser previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas. En función de ello, afirma que las tareas desempeñadas por el actor no son naturalmente riesgosas. Manifiesta que el régimen es de excepción y su interpretación debe ser restrictiva. Trae a colación el informe elaborado por la Ingeniera Química con fecha 19/07/01 en punto a los riesgos y tareas peligrosas y dice que no surge de la demanda cuales son las tareas supuestamente ?riesgosas? que realiza el accionante, tampoco describe de qué forma aparece el daño, menos que la tarea encuadre en la Ordenanza citada. Expresa que deben aparecer dos requisitos: ?permanencia y exclusividad de acciones?. Resalta que la actividad que cumple el Sr. Barrientos no es riesgosa; tampoco la realiza en forma permanente y con exclusividad de acciones (en contacto con basura) que impliquen un riesgo para su integridad psicofísica y/o que dicho riesgo no sea previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas. Destaca que el Sr. Barrientos cumple funciones de vigilancia y control en la ex Cantera Municipal, esto es, zona de Alta Barda, donde sólo se tiran materiales inertes, como escombros y ni siquiera esa actividad la realiza él, sino que la efectúa una persona con una máquina del Ejército, que en definitiva es la única que tiene contacto con los escombros. Expresa que las funciones consideradas como riesgosas deben ser determinadas por el Órgano Ejecutivo, previa intervención del área de Medicina Laboral e Higiene y Seguridad Laboral. Explica que mediante el Decreto 1522/96 se establecen las tareas involucradas (artículo 49): zoonosis, bacheo y afines, herrería, semáforos, carpintería, buceo y desmalezamiento área urbana; y mediante el Decreto 884/98 se consideró a los agentes municipales que cumplen diariamente sus tareas en la Dirección de Cementerios. Alude a las competencias del Estado municipal para otorgar el plus contemplado en el artículo 49 del Anexo II de la Ordenanza citada en un marco de legalidad. En el caso, dice que no se manifiesta que la labor que cumplía el actor alcance las características descriptas en el artículo, toda vez que se describe como si trabajara en CLIBA, pero en realidad, vigila en un predio donde se descargan

escombros. Ofrece prueba. V.- A fs. 57 se abre la causa a prueba y se clausura el período probatorio a fs. 248. VI.- A fs. 255/258, se expide el señor Fiscal del Cuerpo, quien propicia que se rechace la demanda. VII.- A fs. 260 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones de resolver. VIII.- Expuestas las posiciones de las partes, la materia en debate gira en torno al pago del suplemento por tareas riesgosas fijado en el artículo 49, Anexo II de la Ordenanza 7694/96. Entonces, la cuestión debe abordarse desde la previsión normativa de la bonificación reclamada, para luego determinar si las tareas desarrolladas por el actor encuadran en el supuesto de hecho contemplado para su procedencia. En esta línea, el art. 49 del Anexo II, dispone: "Los agentes que desempeñen funciones cuya naturaleza requiera la realización, en forma permanente y con exclusividad, de acciones o tareas que impliquen un riesgo para la integridad psicofísica, y dicho riesgo no sea previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas, podrán percibir un suplemento que será equivalente al veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico de la categoría de revista. Estas funciones serán determinadas por el Órgano Ejecutivo, previa intervención del Área de Medicina Laboral e Higiene y Seguridad Laboral, la que podrá recabar información y asesoramiento de organizaciones reconocidas en la materia." El Decreto 1522/96 reglamentó el art. 49, aludiendo al informe que debe producir la Dirección de Medicina Laboral. Debe tenerse presente que las tareas desarrolladas por el actor, se efectúan en el Área del Basurero Municipal, sector Cantera y como se dijo, ese sector que no se encuentra incluido en la categoría de "tareas riesgosas" según el mencionado Decreto. IX.- De la "Evaluación de riesgo" efectuada en sede administrativa respecto al puesto de control de descarga de relleno en la barda, ocupado por el Sr. Barrientos, surge que la División de Higiene y Seguridad elevó a la Dirección de Medicina Laboral Municipal su resultado: el riesgo es poco significativo; los controles son suficientes. Se debe dar prioridad, en este caso, a la provisión de agua para consumo, sanitario, ropa y elementos de protección personal (fs. 104/108). A fs. 109 se agrega un informe actualizado (14/04/08) respecto al realizado con fecha 02/02/07 sobre las actividades del actor y se indica que: "...su ubicación física de trabajo actual es una casilla ubicada en la ex cantera municipal, sector en recuperación con relleno de escombros y material inerte; la tarea que efectúa es control de entrada y salida de camiones; identificación de residuos y determinación de su disposición final (si son restos de material o escombros, se depositan en el sitio, si son domiciliarios se envían al C.D.F.R.S.); el horario de trabajo es de 7 a 14 hs." El actor cuestiona dicha respuesta en cuanto dice que es el único operario que realiza las tareas; sostiene que el Sr. Carlos Valdemar Barros cumplía con él la misma función hasta principios del mes de diciembre y fue cambiado de su cargo por su salud, al no poder soportar las inclemencias de trabajo en la ex Cantera. Agrega que los chóferes y el personal que pertenecen a la Dirección de Limpieza y Espacios Públicos, que descargan el material de relleno en la ex Cantera municipal, perciben el 25% por tarea insalubre (fs. 115). Oportunamente se solicitó un nuevo informe que fue cuestionado por la demandada (fs. 122) y resuelto mediante la R.I. 6633/09, ordenándose el libramiento de un nuevo oficio (fs. 180/182) que reitera que, desde el 16 de febrero de 2007 es el único agente que trabaja en el sector de la ex Cantera (204/206). Por su parte, la Dirección General de Limpieza Urbana informó que cumplía funciones de Control de Ingresos en el lugar denominado: Remediación de ex Cantera de la meseta. Asimismo, la dependencia explicó que este lugar se encuentra situado en la parte de la ciudad al final de la calle Huilén y se está procediendo a la remediación de la cava resultante de una explotación municipal de cantera de áridos. La remediación consiste en rellenar la cava/hueco con material de escombros, tierra y desechos inertes de construcción que son depositados por empresas habilitadas de transporte por contenedores en su mayoría. El agente Mario Barrientos es el único agente que presta este servicio; en el horario de 7 a 19 hs. La tarea de remediación se realiza conjuntamente con la Dirección Municipal de Protección Ambiental quien supone técnicamente la tarea de remediación y ésta Dirección General de Limpieza Urbana que supervisa la maquinaria (topadora) que interviene en el movimiento de acomodación de escombros (fs. 101). Se agregó un informe de la Dirección de Control Ambiental de actividades que expresa que el agente Mariano Barrientos se encuentra trabajando desde el 03/05/05 en la zona de la ex cantera municipal, cumpliendo funciones en las tareas operativas del programa de remediación de la mencionada cantera hasta la actualidad (05/09/08). Asimismo, se informa que, en el lugar trabajó personal contratado por el plan de UOCRA... quienes durante el año 2007 quedaron desafectados, como así también el agente municipal Carlos Barros del cual no existe información en esta Dirección del tiempo que estuvo asignado en esa actividad (fs. 161). El perito en Higiene y Seguridad en el Trabajo en su dictamen hace mención a las características de las labores de los operarios en el Sector Cantera y en el Basurero Municipal (fs. 95/96). En lo que aquí importa (porque el Basurero Municipal no es el lugar de trabajo del actor) expresa que aquí se efectúa la extracción de materiales para obras viales esencialmente, tales calcáreo. La tarea del operario en canteras, ya sea dirigiendo los equipos, topadora, cargadora, camiones, registrando y/o certificando cargas, egresos, etc., es a la intemperie, consecuentemente expuesto a las condiciones e inclemencias climáticas, en la zona de bardas de la Ciudad. Al tratarse esencialmente de movimientos de suelo hay aporte de material de baja granulometría (polvo) al ambiente y en presencia de viento, esto no sólo ingresa al sistema respiratorio y ojos (si no se dispone de los equipos de prevención adecuados tipo IRAM), sino que se forman polvaredas que obstruyen parcialmente la visión. Tal que el operario que desarrolla sus tareas en medio de la

circulación de camiones y equipos viales, muchas veces marcha atrás, en visión reducida, en ambientes ruidosos, esta expuesto al peligro de embestimiento por parte de estos equipos, con el lógico y obvio grado de estrés agregado que estas condiciones ocupacionales conlleva (afectación psicológica). Evidentemente condiciones ocupacionales peores que las del empleado municipal que folia expedientes en el Palacio Municipal?. La demandada impugnó ese informe a fs. 112, toda vez que, sostiene, en la pericia no se hace mención a las tareas que realiza específicamente el actor. Luego, se practica la pericia médica a fs. 142/143; allí la médica designada informa que: ?Habiendo hecho la observación ocular del lugar de trabajo del actor se observa que la máquina que realiza la extracción de caliza al realizar las diversas y diferentes maniobras de extracción del material genera polvo ambiental, lo mismo que los camiones que descargan los contenidos de los volquetes, como así también las maquinarias que reparten y compactan el nuevo suelo. Haciendo que el ambiente laboral sea de carácter riesgoso para la salud?. La demandada cuestiona el informe pericial a fs. 188 por entender que carece de fundamentos científicos. Expresa que no corresponde a través de una simple observación ocular que se efectúe la clasificación de la tarea o del ambiente como de carácter ?riesgosa?, ya que debe acompañarse una pericia técnica de niveles de polvo, clasificación del tipo de contaminante, acción sobre el organismo, etc. También, señala, debería haber evaluado si no se aplicaron las medidas de protección personal o mejoras en el procedimiento de trabajo. Destaca que de ese informe surge, además, que el examen clínico del actor es ?compatible con la normalidad?. Destaca que si bien el Sr. Barros percibía el adicional, lo hacía por laborar en el sector de ?limpieza urbana? y no por trabajar en el sector canteras. La perito médica lo responde a fs. 194; alude a los contenidos relatados por el actor sobre los hechos descriptos; niega la carencia de rigor científico y manifiesta que la tarea realizada por el actor tiene el carácter de riesgosa para la salud, tratándose de micropartículas ambientales que penetran en las vías respiratorias. Discurre sobre la tipificación de las partículas como orientadoras del tipo de patología que puede desarrollar el agente, aseverando que el estudio ambiental de partículas por millón según normas de higiene y seguridad las estudia el técnico de seguridad habilitado con instrumental. Dicha respuesta es impugnada por la demandada a fs. 198 y reitera la falta de rigor científico en sus conclusiones, toda vez que indica que no se ha realizado ningún tipo de estudio objetivo sobre el accionante. Luego, se agrega el mandamiento de constatación efectuado en el lugar donde el actor presta servicios (fs. 223/224). Surge que: ?el lugar se trata de un descampado en la zona de la meseta. La tarea que realiza el actor, consiste en control de ingreso de camiones con escombros y su posterior distribución del lugar donde los materiales deben descargarse. Los elementos que se depositan en el predio son en su mayoría escombros de construcción (ladrillos, cerámicos, vidrios, hierros, columnas, chapas, etc.) aunque dentro de los contenedores hay desechos de diversa índole, por ejemplo: ramas, cajones de muebles en desuso, gomas, latas, bolsas, y todo tipo de elemento que la gente -manifiesta el actor- deja en los volquetes cuando los encuentra en la vía pública. Los materiales son trasladados en camiones y son distribuidos por una topadora del Ejército que opera un maquinista. El actor se encuentra cumpliendo funciones al aire libre, de acuerdo a lo detallado precedentemente, controlando y distribuyendo el depósito de materiales y en el predio hay una garita o casilla que funciona como una oficina y él permanece allí cuando hay poco tráfico o entrada de camiones? (el subrayado es propio). A fs. 174/177 se agrega el informe pericial contable. Expresa que según nota 212/8 se le informó que trabajaban 3 personas en el sector, dos eran por convenio con la UOCRA, y otro, el Sr. Barros, quien percibía en sus liquidaciones el plus adicional del 25% tareas riesgosas y peligrosas. Afirma que el accionante no percibió dicho adicional y que el monto ascendería a la suma de \$... A fs. 209 se completa dicho informe con los intereses (\$... ). Luego, de las constancias administrativas acompañadas (Expte. OE 8476-B) se extrae que las distintas instancias competentes del Municipio, después de analizar las tareas desempeñadas por el actor, han rechazado el reclamo tendiente al pago del plus por ?tarea riesgosa?. Como se expusiera al inicio, la calificación del Área pertinente -División de Humanos y Seguridad Laboral- es que las tareas que realizaba el actor tenían una calificación de ?riesgo poco significativo?. X.- Ahora bien, la prueba colectada en esta causa, no alcanza para conceder la razón al accionante. Es que, más allá que la tarea desempeñada por el actor no fue calificada por el órgano competente como riesgosa, tampoco se ha podido acreditar que éstas impliquen un riesgo para la integridad psicofísica del actor y que ese riesgo no pueda ser previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas. Es más, sobre éste último punto nada se ha aportado. La prueba pericial en seguridad e higiene se limita a efectuar una descripción de tareas y escenarios, que -en principio no se desajustan de lo considerado por el propio Municipio para calificar a la actividad como de ?riesgo poco significativo?-. Para más, si bien destacó las consecuencias que dicha tarea podrían acarrear bajo condiciones climáticas adversas (viento) para ojos y sistema respiratorio, lo cierto es que también señaló que ello era así en tanto no se dispusiera de los equipos de prevención adecuados. Lo propio ocurre con la pericial médica, toda vez que, no se trata únicamente de la calificación de las tareas como de carácter ?riesgoso?, o una descripción de las mismas (más cuando esa tarea ya la realizó el órgano administrativo), sino de aportar los elementos de juicio necesarios para tener por acreditado que la función desempeñada, incluso con medidas de seguridad adecuadas, ameritan esa calificación; de esa manera, se estaría en condiciones de modificar el criterio de la Administración en punto a que no son de ?riesgo poco significativo? sino exclusivamente de ?riesgo?.

Entonces, si el otorgamiento del suplemento depende, en cada caso, de si se cumplen los recaudos establecidos en la norma (tareas que impliquen riesgos psicofísicos en forma permanente y exclusiva; que los mismos no puedan evitarse con medidas de seguridad, y que ese carácter haya sido determinado por el Órgano Ejecutivo previa intervención de la Dirección de Medicina Laboral, Seguridad e Higiene Laboral) y en la causa se realizó el mismo recorrido de análisis que hizo la Administración para negar la bonificación, no es posible arribar a una solución distinta a la extraída por la propia Administración. No puede dejar de mencionarse que en este caso, la demandada, si bien en su propia sede resolvió por la negativa al pago del suplemento, reexaminada la cuestión a la luz de los nuevos informes requeridos en la causa, concluyó del mismo modo; con lo cual no se trató de una mera negativa, sino de una fundada en la valoración de la tarea efectivamente desempeñada. Prueba de ello, es también, la férrea oposición que ha demostrado en la causa, a través de las impugnaciones a los informes periciales presentados. Por último respecto a lo manifestado sobre la percepción del adicional por parte de sus compañeros, salvo lo manifestado por el perito contador a fs. 177, que refiere que el Sr. Barros percibía el plus adicional del 25%, no existen otros elementos de análisis que permitan considerar la existencia de algún tipo de discriminación y/o que se encuentre vulnerada la garantía de igualdad; fundamentalmente porque se desconocen las tareas que el Sr. Barros realizaba, pese a encontrarse en el mismo sector. XI.- Por estos motivos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada. En cuanto a las costas, entiendo que deberán ser soportadas por el actor vencido (art. 68 del C.P.C.y C. de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO. El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO. De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal del Cuerpo, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por el Sr. Mariano Barrientos contra la Municipalidad de Neuquén. 2º) Costas al actor (art. 68 del CPCy C y 78 Ley 1305). 3º) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta que se cuente con pautas para ello. 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria 005494E