

Accion De Amparo Admisibilidad Enfermera Profesional Tareas Insalubres Extension De La Jornada De Trabajo Procedencia

JURISPRUDENCIA

Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En

atención a lo previsto en el artículo 1 de la resolución CM n° 65/2020 -dictada el 26/04/2020 en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio debido al virus del COVID-19 (DNU PEN n° 297/20 y concordantes)- y resolución n° CM 68/2020 y a las constancias de autos, se procede a dictar sentencia. Vistos: los autos indicados en el epígrafe, los cuales se encuentran en condiciones de dictar sentencia y de los que resulta: 1. A fojas 1/8 se presentan K. A. M. G. y M. E. O., con el patrocinio de N. A. P. y C. G. L., e inician la presente acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -Hospital Donación Francisco Santojanni- a fin de que la demandada adecue sus jornadas de trabajo a un máximo de 6 horas diarias ?cuatro días a la semana, con un tope de veinticuatro horas semanales?. Ello en tanto la jornada laboral que cumplen excede la prevista en la normativa vigente relativa a tareas insalubres. A su vez, requieren que cautelarmente se ordene al GCBA reprogramar las guardias con el debido respeto de topes horarios y sin que ello implique un menoscabo a sus salarios. Relatan que se desempeñan como enfermeras ?franqueras? en la terapia intensiva de neonatología del Hospital Donación Francisco Santojanni, área que -según afirman- es considerada insalubre. Puntualizan que su jornada laboral se extiende durante los días sábados, domingos, feriados y asuetos en jornadas de 12 hs. diarias en el horario comprendido entre las 00 hs. y las 12 hs. y que por directivas de su empleador se ven obligadas a trabajar más de 30 horas semanales. Consideran que la exigencia de jornadas de trabajo tan extenuantes constituye un peligro para sus pacientes dado que el cansancio del personal de enfermería resulta insalubre para la integridad psicofísica de las actoras. En lo que atañe a las tareas que realizan, cuentan que brindan cuidados intensivos a pacientes de extrema gravedad y a pacientes prematuros, cuyo seguimiento se encuentra a su cargo. Agregan que además deben atender el binomio madre/padre y a pacientes neonatales en las distintas situaciones de sufrimiento de la enfermedad, de la evolución y ante el dolor de las familias por la muerte de sus pacientes o cuando ingresan niños y niñas con deformidades congénitas cardíacas, como somáticas o físicas. Expresan que dada la complejidad de sus pacientes deben poseer un conjunto específico de conocimientos, habilidades, aptitudes y destreza para el desempeño de la especialidad. Dicen que también deben higienizar pacientes; garantizar la adecuada conexión de monitores para control de frecuencia cardíaca, ritmo electrocardiográfico, saturación de oxígeno, temperatura corporal, presión arterial; rotar los cables y al neonato para evitar escaras; administrar medicación; aspirar secreciones de tubos endotraqueales y de traqueotomías; higienizar, cuantificar y observar las características de los débitos, de los drenajes y sondas nasogástricas y controlar las excreciones, exudados corporales, venoclisis, catéteres centrales, sondas de alimentación y que su paciente no se ahogue ni se bronco aspire. Asimismo, señalan que en el área de terapia neonatal asisten a pacientes que padecen enfermedades transmisibles y que, por lo tanto, se encuentran expuestas a posibles contagios. A su vez, destacan que manipulan cadáveres neonatales, materiales sanitarios -pañales y colectores urinarios- y sondas vesical y rectal. Indican que aplican cuidados de urgencia como maniobras de resucitación cardiorrespiratorias, masajes cardíaco externo, respiración artificial, desfibrilación y corrección de la acidosis o alcalosis metabólica o respiratoria. Ponen de relieve que al riesgo e insalubridad propios de las tareas que realizan se suma la escasez de personal. Agregan que durante el turno nocturno padecen de cansancio físico y psíquico y que se hallan expuestas a ruidos constantes, a los llantos, a las luces artificiales, a temperaturas altas, al encierro, a alarmas de monitores, gritos de dolor y situaciones de estrés. Finalmente, concluyen que la jornada de trabajo que realizan excede el tope reglamentario -sobre todo los fines de semana largos con los feriados puente- de modo que se hallan afectados de manera cierta e inminente y con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías de rango constitucional, en particular, el derecho a gozar de condiciones dignas y equitativas de trabajo y jornada limitada a tenor de lo previsto en los artículos 14 bis de la CN y 43 de la CCABA. Fundan en derecho, citan jurisprudencia, ofrecen prueba, efectúan reserva del caso federal y a fojas 11/52 acompañan documental. 2. A foja 53, punto 6, el tribunal ordena librar oficio al Hospital Santojanni a fin de que informe si las actoras se desempeñan como enfermeras franqueras en dicho nosocomio y, en caso afirmativo, indique el servicio donde cumplen sus funciones, las tareas que realizan y la carga horaria (diaria y semanal). 3. A fojas 69/72 luce agregada la contestación del GCBA que da cuenta de que las amparistas se desempeñan en el hospital referido como enfermeras en el sector de Neonatología Terapia Intensiva en el horario de 00 a 12 hs., los días sábados, domingos y feriados. 4. A fojas 76/80, el 22/10/2019, el tribunal dicta la medida cautelar peticionada y ordena al GCBA reprogramar las guardias asignadas a las amparistas y reducir sus jornadas laborales a 6 horas diarias y hasta 30 semanales, los días sábados, domingos, feriados, asuetos y días no laborales, sin afectar las sumas que perciben en concepto de salarios. Dicha decisión ha sido consentida por las partes. 5. A fojas 82/96, el 12/11/2019, el GCBA contesta demanda y peticiona el rechazo de

la acción intentada. Controvierte que la acción de amparo sea la vía más idónea para solicitar la reducción de jornada. Ello en tanto considera que existen otros remedios procesales que garantizan en el caso la tutela judicial efectiva. En el mismo sentido, niega que existan actos u omisiones que puedan ser calificadas como manifiestamente arbitrarias o ilegales que habiliten la vía elegida por las amparistas y que estas tengan derecho a la readecuación de su jornada laboral en base a la alegada insalubridad de sus tareas. Rechaza la procedencia de la reducción horaria en tanto implicaría un ?incremento salarial encubierto? ya que las amparistas percibirían la remuneración correspondiente a la jornada de 12 horas. Precisa que la jornada laboral para personal franquero está reglada por el Acta Paritaria n° 12/2012, en la cual se establece un máximo de 30 horas semanales en lugares insalubres y 35 horas semanales en lugares no insalubres, sin tope diario. Enfatiza que no corresponde -en el marco de un proceso de amparo- equiparar la labor de terapia intensiva neonatal a actividades insalubres por vía analógica y sin previa intervención de las autoridades competentes y, en su caso, la realización de las pericias pertinentes. Finalmente, reconviene la demanda con el objeto de reformular la designación de las actoras y reducir su remuneración de acuerdo con la cantidad de horas efectivamente laboradas.

Ofrece prueba, cita jurisprudencia en abono de su tesis y hace reserva de la cuestión constitucional y del caso federal. 6. A fojas 100/103, el 27/12/2019, las actoras contestan la reconvención articulada. Consideran que ésta debe ser desestimada por no encontrarse prevista en la ley de amparo n° 2.145 y ser incompatible con la naturaleza de esa clase de acciones. 7. A fojas 104/105, el 13/02/2020, el tribunal se pronuncia sobre las pruebas ofrecidas por las partes y desestima su producción. Cabe señalar que aquellas se encuentran notificadas de dicha resolución a foja 106. 8. A foja 108 pasan los autos a resolver. Y considerando: I Conflicto de autos En el presente proceso la pretensión de las amparistas finca en obtener la reducción de sus jornadas laborales a 6 horas diarias ?cuatro días a la semana, con un tope de veinticuatro horas semanales? sin merma en la remuneración que perciben. Ello a raíz de su desempeño en tareas insalubres. Por su parte, el GCBA cuestiona la admisibilidad de la vía escogida por las actoras. Asimismo, rechaza la calificación de insalubridad alegada y su consecuente reducción horaria. Finalmente, reconviene por readecuación salarial. II Admisibilidad de la vía procesal elegida 1. Sabido es que la acción de amparo debe articularse sobre la existencia de una lesión, restricción, alteración o amenaza ?real, efectiva, tangible, concreta e ineludible?(1) -actual o inminente-, que con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta impacte sobre los derechos y garantías constitucional y legalmente reconocidos (artículos 43 de la CN y 14 de la CCABA). En efecto, la conclusión que se adopte en torno a la idoneidad de la vía elegida como cauce procesal deberá ponderar factores tales como el derecho involucrado, el carácter manifiesto de la ilegitimidad o arbitrariedad del acto u omisión en crisis, el efecto de la prolongación del proceso sobre aquel derecho y la amplitud de debate necesaria para su tratamiento. Coincidente con lo antedicho, la jurisprudencia del fuero tiene dicho que ?[l]a idoneidad de la vía debe determinarse en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente violatorio de derechos o garantías constitucionales o legales y de la concreta necesidad de acudir a la garantía en examen para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos?(2). 2. La naturaleza de los derechos constitucionales involucrados en el caso concreto (trabajo y salario) y el impacto que la dilación en el tiempo de la sustanciación del proceso provoque sobre estos evidencia que la utilización de la vía contenciosa ordinaria no se presenta como una respuesta eficaz y oportuna para las justiciables.

Además, la cuestión a decidir no requiere de una etapa de debate y prueba mayor a la prevista en este tipo de proceso. Ello, en tanto se centra en la aplicación e interpretación de normas invocadas por las partes, la dilucidación del carácter manifiesto de la ilegitimidad o arbitrariedad de la conducta atribuida a la demandada y su incidencia en los derechos en crisis. A su vez, cabe considerar que los plazos de tramitación que insumen el curso de la vía ordinaria desvirtuarían los derechos cuya protección se reclama en autos dados los desgastes físicos y mentales a los que se hallan expuestas las actoras a causa del contexto de pandemia que hoy las envuelve. Una decisión tardía y desentendida con la realidad actual representaría la vil manifestación de una justicia ciega y ajena a su deber de imparcialidad. En consecuencia, la acción de amparo deviene la vía idónea a fin de garantizar en autos el derecho a la tutela judicial efectiva de las actoras. III Fondo de la cuestión El conflicto de autos se centra en el análisis de la reducción de las jornadas laborales de las peticionarias por desempeñarse como enfermeras franqueras en la terapia intensiva de neonatología del Hospital Santojanni y realizar tareas insalubres. A los fines de su dilucidación, corresponderá de manera preliminar reseñar las acreditaciones que enmarcan el sustento fáctico y el bloque normativo que contiene el caso. 1. Probanzas de la causa De las constancias de autos se desprende que K. A. M. G. y M. E. O. son empleadas del GCBA y trabajan como enfermeras en el sector de terapia intensiva de neonatología del Hospital Santojanni en el horario de 00 a 12 horas los días sábados, domingos y feriados (vide informe de fojas 69/72 y recibos de sueldo de fojas 11/13 y 14/15). Si bien al momento de la interposición de la demanda las jornadas laborales de las actoras era de 12 horas diarias, tras el dictado de la manda ad cautelam, aquellas se redujeron a 6 horas diarias o hasta 30 semanales. 2. Plataforma normativa aplicable 2.1. Sabido es que el derecho a trabajar encuentra cobijo constitucional en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, cuya protección e interpretación se compadece con los principios que rigen el derecho del trabajo en su

conjunto. 2.2 Por su parte, la ley nacional n° 11.544 de jornada de trabajo(3) dispone que cuando las tareas se realicen "... en lugares insalubres [que]... pongan en peligro la salud de los obreros ocupados, la duración del trabajo no excederá de seis horas diarias o treinta y seis semanales... ? (artículo 2o). Idéntica regulación contiene la ley nacional de contrato de trabajo n° 20.744(4) al indicar que "[l]a jornada de trabajo en tareas o condiciones declaradas insalubres no podrá exceder de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales... La reducción de jornada no importará disminución de las remuneraciones? (artículo 200). A su vez, la ley nacional del ejercicio de la enfermería n° 24.004(5), a efectos de resguardar la salud física o psíquica de dicho personal, determina regímenes especiales de reducción horaria y considera insalubres, entre otras, "las siguientes tareas de 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 y f) las que se realizan en servicios de emergencia... ? (artículo 24). 2.3. La ley local del ejercicio de la enfermería n° 298(6) prescribe que rigen las disposiciones sobre insalubridad establecidas por la legislación nacional y jurisdiccional vigentes, adoptándose en caso de superposición la norma más favorable para el trabajador (cláusula transitoria tercera). Mientas que la ordenanza n° 40.403(7) fija que "La jornada máxima de trabajo para el personal de enfermería, será de treinta y cinco (35) horas semanales en general y treinta (30) horas semanales para áreas de cuidado intensivo y emergencias o en lugares declarados insalubres o donde se desarrollen tareas consideradas como tales: Recuperación Cardiovascular, Terapia Intensiva, Hospital de Quemados y Unidad de Quemados, Unidad Coronaria, neonatología, Hospital de Emergencias Psiquiátricas, Unidad de Psiquiatría - Internación, Unidad de Diálisis, Unidad de Terapia Intermedia, y toda área que en el futuro fije el Departamento Ejecutivo? (artículo 21). Por su parte, el decreto n° 937/07(8) (reglamentario del Régimen de Licencias de la ley de empleo público n° 471) define al personal franquero como aquél "que por la naturaleza de su prestación cumpl[e] una jornada de trabajo normal y habitual en días sábados, domingos, feriados, días no laborales o aquellos días que sean considerados asueto? (artículo 2°). Asimismo, regula la jornada laboral del franquero en 12 horas por cada día, salvo aquellos casos comprendidos en la normativa referida a tareas insalubres o riesgosas (artículo 3°). A su vez, el Acta de Negociación Colectiva n° 12/2012(9) fija un máximo de treinta (30) horas semanales para el personal franquero con tareas insalubres (punto primero). 2.4. Finalmente, no es ocioso recordar que dentro del rango de supremacía que los Tratados Internacionales ostentan a partir de su incorporación al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional y el artículo 7 del PIDESC reconoce el derecho a la limitación razonable de las horas de trabajo(10). Idéntico criterio es adoptado por el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al plasmar el compromiso de los Estados parte de garantizar la limitación razonable de las horas de trabajo tanto diarias como semanales con especial atención a los trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos (11). 3. Conclusión De lo hasta aquí expuesto y del bloque de legalidad deslindado precedentemente se concluye que en la medida en que las amparistas realicen tareas de enfermería que la ley califica como insalubres -de acuerdo con los artículos 24 de la ley nacional n° 24.004 y 21 de la ordenanza n° 40.403-, corresponderá hacer lugar a la presente acción y, en consecuencia, ordenar la readecuación de su jornada laboral como enfermeras franqueras. Tal jornada no deberá extenderse más allá de seis (6) horas diarias o de treinta (30) semanales, dentro de los días sábados, domingos, feriados, días no laborales o considerados asueto -en virtud de lo reglado en el artículo 21 de la ordenanza n° 40.403 y en el Acta Paritaria n° 12/2012-. Así, no corresponde admitir la pretensión actora orientada a reprogramar sus guardias a un máximo de 24 horas semanales -a razón de 6 horas diarias y 4 días por semana- por no adecuarse a la normativa vigente. Conteste con lo antedicho se expide la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del fuero(12). 4. Reconvención opuesta por el GCBA Respecto del planteo introducido por la demandada en torno a que una sentencia estimatoria redundaría en un enriquecimiento sin causa, es menester recordar que el artículo 200 de la ley nacional n° 20.744 -aplicable al caso debido a lo previsto en la cláusula transitoria tercera de la ley n° 298- establece que "la reducción de jornada no importará disminución de las remuneraciones ? (resaltado añadido). En virtud de ello y atento que la pretensión del GCBA persigue la disminución de las remuneraciones que perciben las amparistas en razón de laborar en un régimen de jornada reducida, corresponderá rechazar la reconvención incoada. IV Honorarios A los fines arancelarios, cabe señalar que al momento de regular honorarios esta magistrada debe ponderar el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad y novedad de la cuestión planteada; el monto del asunto; el resultado obtenido y el tipo del proceso de acuerdo con lo reglado en la ley n° 5.134. El sub lite es una acción de amparo no susceptible de apreciación pecuniaria, cuya cuestión sometida a conocimiento no reviste mayor complejidad, novedad o extensión; los actos cumplidos por la representación letrada de las actoras consistieron en la interposición de la demanda conjuntamente con el pedido de medida cautelar; la contestación a la reconvención impetrada por el GCBA; la presentación de oficios, cédulas y algunos escritos de mero trámite enderezados a impulsar el proceso; y la tramitación del juicio que llevó más de siete meses. En consecuencia, se regularán honorarios más adelante con esta mirada. V Reflexiones finales inmersas en un escenario pandémico sin parangón en nuestras vidas Meses

atrás, al resolver la medida cautelar dictada en autos, se instaba de manera urgente la preservación de la salud física y psíquica de las actoras. En este momento, la decisión que resuelve el fondo en las presentes actuaciones se emplaza en un contexto otrora impensado en el que los derechos aquí en juego corren mayor riesgo. Por lo tanto este flagelo en la humanidad exige también redoblar los esfuerzos para la protección de la salud. Negar y desconocer a las enfermeras una limitación ponderada normativamente como razonable de las horas de trabajo que dedican al cuidado intensivo de sus pacientes significaría menospreciar la relevancia de su labor e ignorar la sobreexigencia física y mental a la que se hallan sometidas a diario. No basta con el aplauso diario de la sociedad para reconocer el compromiso y la dedicación del servicio de salud frente a esta pandemia. Amén de dicho reconocimiento social, en el ejercicio de esta función judicial hoy más que nunca se impone el homenaje concreto a la preservación del derecho a trabajar y a la salud de estas profesionales a cuyo cargo se halla el cuidado de la población. Por las consideraciones expuestas, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la acción de amparo deducida por las actoras. En consecuencia, condenar al GCBA a programar y/o reprogramar las guardias asignadas a las enfermeras franqueras K. A. M. G. (DNI n° XXXXX) y M. E. O. (DNI n° XXXX) de manera tal que se ajusten a jornadas laborales de seis (6) horas diarias y hasta treinta (30) horas semanales, los días sábados, domingos, feriados, asuetos y días no laborales, sin afectar las sumas que perciben en concepto de salario. 2°) Rechazar la pretensión actora orientada a reprogramar sus guardias a un máximo de 24 horas semanales -a razón de 6 horas diarias y 4 días por semana- por no adecuarse a la normativa vigente de consuno con lo expuesto en el punto III. 3. 3°) Rechazar la reconvenición planteada por el GCBA. 4°) Imponer las costas al GCBA (conf. artículo 62 del CCAyT). 5°) Regular honorarios a favor de la representación letrada de la parte actora en la suma de pesos sesenta y tres mil doscientos (\$63.200) de los que corresponden \$31.600 a favor de la doctora N. A. P. y \$31.600 a favor del doctor C. G. L., más IVA en caso de corresponder. Todo ello, en virtud de lo expresado en el apartado IV y de lo reglado en los artículos 3°, 16, 17, 51 y 56 de la ley n° 5.134 y en la Resolución de Presidencia del Consejo de la Magistratura n° 1.041. Los mismos deberán ser pagados por el GCBA en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente. Notifíquese por Secretaría a las partes y a las actoras a los fines arancelarios. Cúmplase la diligencia mediante cédula electrónica a las actoras y correo electrónico al GCBA a la casilla de correo notificacionesjudicialespg@buenosaires.gob.ar (conf. Resolución PG n° 100/2020). Hágase saber que la notificación de la regulación de honorarios a las actoras podrá efectivizarse de manera espontánea o en el domicilio real por cédula. En este último supuesto, su presentación y diligenciamiento no podrán materializarse mientras perduren las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuestas (conf. DNU n° 297/20 y concordantes y artículo 8 de la res. CM n° 65/2020 y concordantes) y en tanto ello no sea modificado posteriormente. Regístrese una vez que se retomen las tareas en la sede física del tribunal y, oportunamente, archívese.

Patricia Graciela Lopez Vergara JUEZ/A JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 Correlaciones: M., M. A. c/GCBA s/incidente medida cautelar - Cám. Cont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad) - 08/07/2015 - Cita digital IUSJU002529E Q. G., N. c/GCBA s/empleo público - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 5 - 31/10/2019 - Cita digital IUSJU044254E Notas:

(1) LAZZARINI, José Luis, El juicio de amparo, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 243 y siguientes. (2) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala II, ?Asociación de Trabajadores del Estado c/ GCBA s/ amparo?, expediente n° A 66.366/2013, sentencia del 12/04/2018. (3) Sancionada el 29/08/1929 y publicada el 17/09/1929 en el BORA n° 10.614. (4) Sancionada el 05/09/1974 y publicada el 27/09/1974 en el BORA n° 23.003. (5) Sancionada el 26/09/1991 y publicada el 28/10/1991 en el BORA n° 27.250. (6) Sancionada el 25/11/1999 y publicada el 10/03/2000 en el BOCABA n° 899. Texto ordenado por el Digesto Jurídico de la Ciudad. (7) Sancionada el 29/12/1984 y publicada el 13/05/1985 en el BM n° 17.472. Texto ordenado por el Digesto Jurídico de la Ciudad. (8) Emitido el 04/07/2007 y publicado el 10/07/2007 en el BOCABA n° 2.721. (9) Suscripta el 19/07/12, instrumentada por la resolución n° 90/MH/2013 (emitida el 28/01/2013 y publicada el 01/02/2013 en el BOCABA n° 4.086). (10) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos?. (11) Artículo 7°: ?Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: [...] g. La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diaria como semanal. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos [...]?. (12) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala I, ?Giovannetti Carla Agostina c/ GCBA s/ AMPARO?, expediente n° A 13.789/2016, sentencia del 04/07/2017; Sala II, ?Blagine Loroña, Carmen del Pilar c/ GCBA s/ AMPARO?, expediente n° A 3.433/2016, sentencia del 03/08/2017; Sala III, ?Cespi, Yesica Eva c/ GCBA s/ AMPARO?, expediente n° A

29.166/2016, sentencia del 19/03/2018
reservados.

000658F

chos