

Carrera: Abogacía

Modelo de Caso

Tema: Derechos fundamentales en el mundo del trabajo.

Futuro y presente del derecho del trabajo

Derecho del trabajo:

**Jornada laboral y régimen de insalubridad en el ejercicio de
la enfermería.**

Nombre del alumno: Marcos Daniel Rusch

Legajo: VABG70635

DNI: 37.786.847

Tutora: María Laura Foradori

Año: 2.021

Sumario. I. Introducción. II. Hechos de la causa, historia procesal y decisión del tribunal. III. La ratio decidendi de la sentencia. IV. Análisis y postura del autor. IV.1) Análisis normativo. IV.2) Análisis doctrinario. IV.3) Análisis jurisprudencial. IV.4) Postura del autor. V. Conclusión. VI. Listado de referencias.

I. Introducción

La presente Nota al Fallo se desarrolla dentro del marco del tema de “Derechos fundamentales en el mundo del trabajo. Futuro y presente del Derecho del Trabajo”, seleccionando para la confección del mismo al fallo: “Orozco, Elizabeth Analía y otros c. GCBA s/ amparo - otros”, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, con fecha 09/08/2019.

El fallo mencionado anteriormente es de suma importancia, ya que en la parte resolutive del mismo se puede apreciar como el tribunal funda su decisión resolviendo el conflicto aplicando el principio protectorio del Derecho Laboral, el cual se manifiesta en tres reglas: a) “in dubio pro operario”; b) Regla de la aplicación de norma más favorable; c) Regla de la condición más beneficiosa; es decir que, en caso de duda en los supuestos a resolver, el magistrado debe tener en cuenta la vulnerabilidad del trabajador e interpretar la ley a su favor, en casos como el presentado y traído a análisis, los magistrados judiciales se aferran a este principio y sus reglas al momento de dictaminar y/o interpretar el material probatorio.

Lo expresado en el párrafo anterior tiene trascendencia en el ámbito social y político, ya que teniendo en cuenta que el ser humano es un ser social por naturaleza y que para poder perfeccionarse interactúa y se relaciona con sus pares; una de estas relaciones que se trae a análisis es la denominada “relación laboral”, cuyos actores, el empleador y el trabajador, dentro de sus contratos laborales, se ven alcanzados por diversos principios, derechos y garantías que los delinear y modelan, viéndose receptado en el Art. 14 de la Constitución Nacional; y mediante lineamientos políticos claros en el ámbito nacional e internacional, en base al reconocimiento de diversos convenios desarrollados por la Organización Internacional de Trabajo (OIT), a los cuales la

República Argentina se adhirió y confirmó con leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, además se ve manifestado en el Art. 43 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el cual declara la protección del trabajo en todas sus formas, y asegura al trabajador el reconocimiento de los derechos plasmados en la Constitución Nacional y atiende a los convenios ratificados y a las recomendaciones de la OIT.

El caso a analizar presenta un problema jurídico del tipo de relevancia jurídica, en donde el magistrado interviniente debe determinar la norma jurídica aplicable al caso, en el mismo intercede el principio superior “protectorio” del derecho laboral y se implementa para dar solución a un conflicto de aplicación de normas jurídicas que regulan en materia laboral, y específicamente en relación al concepto de “trabajo insalubre” y los horarios diarios y semanales que por sus características debe desarrollar el trabajador; el Decreto 937/2007, corroborado por la Resolución 90/2013 que implemento el Acta Paritaria 12/12, y; Ley Nacional de Ejercicio de la Enfermería 24.004.

Ya introducido el fallo a analizar, en los próximos apartados se reconstruirá la historia procesal, la premisa fáctica y la descripción de la decisión del tribunal, como así también se expondrán los fundamentos en que este se basó para resolver el asunto. Posteriormente se analizará el marco normativo, doctrina y jurisprudencia relevante al caso, para finalizar brindando una postura jurídica del autor del presente trabajo.

II. Hechos de la causa, historia procesal y decisión del tribunal

El presente caso, traído a análisis se inicia a raíz de la interposición de un Recurso de Amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), por parte de dos trabajadoras de la salud, las Sras. Elizabeth Analía Orozco y Sonia Zapata Escobar, quienes son enfermeras y desarrollan sus funciones en el área de Neonatología del Hospital General de Agudos “Carlos Durand” como “personal franquero”, el cual “es denominado al personal que por la naturaleza de su prestación cumple una jornada de trabajo normal y habitual en días sábados, domingos, feriados, días no laborables o aquellos días que sean considerados asuetos” conforme al Art. 2 del Decreto N° 937/07 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, manifestando que los directivos de mencionado nosocomio les ordenan cumplir sus servicios en jornadas de doce (12) horas, superando las treinta y seis (36) horas semanales que impone la normativa vigente, vulnerando sus derechos laborales.

Interpuesto el Amparo, por parte de las actoras en una Primera Instancia, en donde el Juez de Grado resuelve haciendo lugar al amparo promovido por las actoras, ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que ajuste la jornada de trabajo diaria y semanal conforme máximos previstos legalmente (6 horas diarias y no más de 30 horas semanales) en el plazo de 24 horas, pronunciándose acerca de la idoneidad de la vía procesal elegida y la normativa aplicable al caso y además consideró que las actividades desarrolladas por las amparistas efectivamente eran insalubres ya que se encuadraban en lo normado en la Ley Nacional 24.004, artículo 24, inciso c) y f).

En relación a mencionada resolución el GCBA interpuso recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interviniendo en el caso la Sala I, integrada por los Jueces Mariana Diaz, Fabiana H. Schafrik de Nuñez y Carlos F. Balbin. Quienes luego de ver el expediente y considerar las pretensiones de las partes, deciden rechazar el recurso de apelación instado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y en consecuencia confirmar la sentencia de grado, por lo que el GCBA debe ajustar la jornada de trabajo diaria y semanal de las amparistas a un tope máximo de 6 horas diarias y 30 horas semanales.

III. La ratio decidendi de la sentencia

Del análisis de la Ratio Decidendi es decir los fundamentos utilizados por el tribunal para resolver el conflicto del presente caso, surge que la Cámara de Apelaciones resolvió rechazar el recurso de apelación y confirmó la decisión del a quo, basándose y teniendo en cuenta para esto como lo expresa en su parte considerativa lo plasmado en el Art. 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual declara la protección del trabajo en todas sus formas, asegurando que trabajador gozara de todos los derechos establecidos en la Constitución Nacional y los que surjan de los convenios reconocidos con la OIT.

En razón a esto, teniendo en cuenta que si bien el nosocomio “Carlos Durand” en donde prestan servicio las actoras no es considerado un lugar insalubre, si lo son las actividades de enfermería por ellas desarrolladas en el área de neonatología, y en base a esto, sugiere corresponde optar por la norma que sea más beneficiosa para las trabajadoras, por lo que aplica el Art. 21 de la Ordenanza Municipal 40.403 “La jornada

máxima de trabajo para el personal de enfermería semanal será de treinta (30) horas semanales para áreas de cuidados intensivos y emergencias o en lugares declarados insalubres o donde se desarrollen tareas consideradas como tales: (...) neonatología”.

Por otra parte, trae referencia y sustenta su decisión en base al Art 2 de la Ley Nacional N° 11.544, de Jornada Laboral, el cual menciona que: “(...) Cuando el trabajo deba realizarse en lugares insalubres en los cuales la viciación del aire o su compresión, emanaciones o polvos tóxicos permanentes, pongan en peligro la salud de los obreros ocupados, la duración del trabajo no excederá de seis horas diarias o treinta y seis semanales.”

IV. Análisis y postura del autor

IV. 1) Análisis normativo

Iniciaremos el proceso de análisis enfocándonos primeramente en el marco normativo aplicable al caso, considerando en primer medida los derechos fundamentales receptados en nuestra Constitución Nacional, específicamente los comprendidos en el primer párrafo del Art. 14 bis, que expresa lo siguiente “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”, de la lectura del artículo precedente, se da cuenta de la protección integral del trabajador por parte de nuestra CN, viéndose receptados en posteriores leyes nacionales o provinciales, como así también ante la ratificación de convenios internacionales referidos a la temática del derecho del trabajo.

Conforme lo manifestado precedentemente, la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (en adelante LCT), viene a regular las relaciones de trabajo y mediante el articulado de la misma logramos conceptualizar “jornada de trabajo” entendiéndola conforme a su Art. 197 primer párrafo como: “todo el tiempo durante el cual el trabajador este a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio”. Además,

mencionada norma en su Art. 200 4to. Párrafo, el cual reza “La reducción de jornada no importara disminución de las remuneraciones”, lo que se corresponde con lo pretendido por las amparistas, cuando solicitan que la reducción de la jornada laboral no implique reducción salarial y/o reubicación en otra área del nosocomio.

Como bien podemos apreciar, en el caso analizado, el GCBA, basa su fundamento en primera instancia, esgrimiendo la enumeración del Decreto N°6666/1983, de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en donde se ven especificadas las actividades, tareas y lugares declarados como insalubre en la Ciudad de Buenos Aires; en donde si bien no integra mencionada enumeración las tareas de enfermería en el área Neonatología del Hospital General de Agudos “Carlos Durand”.

En base a esto manifiesta que las tareas desarrolladas por las actoras se ven comprendidas en el Decreto N°937/2007, el cual instrumenta el Acta de Negociación Colectiva 12/12, de la Comisión Paritaria Central, en donde se establece el régimen semanal para el personal reconocido como “franquero” que no se encuentra incluido en el régimen de insalubridad en un máximo de treinta y cinco horas semanales.

Los fundamentos expuestos por el GCBA, no se correspondían con la real situación de las empleadas de la salud, en donde sus actividades laborales se ven reflejadas por la Ley Nacional de Ejercicio de la Enfermería N°24.004, Art. 24, el cual manifiesta: “A los efectos de la aplicación de normas vigentes que, para resguardo de la salud física o psíquica, establecen especiales regímenes de reducción horaria, licencias, jubilación, condiciones de trabajo y/o provisión de elementos de protección, considéranse insalubres las siguientes tareas de la enfermería: (...) c) las que conllevan riesgo de contraer enfermedades infectocontagiosas (...) f) tareas de enfermería que se realizan en servicios de emergencias”.

IV. 2) Análisis doctrinario

Teniendo en cuenta el marco normativo nacional y del GCBA aplicable al caso en concreto, es necesario identificar la doctrina imperante en relación a la temática abordada por el caso y lo solicitado por las partes; por consiguiente, se expondrán las ideas, conceptos y posturas de autores con gran trayectoria en la temática abordada: “Derecho del Trabajo”.

Conforme lo antes mencionado, y en casos como el presente, en donde los trabajadores reclaman por derechos que les corresponden y consideran que están siendo vulnerados en la relación laboral. Una vez iniciado y avanzado el proceso, para dictar sentencia, los jueces deben resolver atendiendo al principio protectorio del Derecho Laboral, en donde el trabajador recibe un especial trato al encontrarse en desventaja con el empleador en esta relación laboral; como bien lo señala Grisolia:

El derecho del trabajo es tuitivo; al no existir igualdad entre las partes, protege al trabajador, que es la parte más débil en la relación de trabajo. Es decir que mientras los empleadores tienen recursos suficientes para imponer determinadas condiciones, los trabajadores solo cuentan con su fuerza (capacidad) de trabajo. (Grisolia, 2.016, P. 13 y 14)

Habiendo marcado una de las aristas fundamentales a considerar al momento de abordar la temática laboral, y conforme se trae a análisis en el presente fallo, en el cual las actoras, solicitan se ajuste el horario de sus jornadas laborales; al ser consideradas tareas insalubres, esto quiere decir, conforme se expone Grisolia, en relación a la jornada de trabajo insalubre: “es aquella que -por las condiciones de trabajo, por las modalidades o por su naturaleza- pone en peligro la salud de los trabajadores”. (Grisolia, 2.014. P. 269)

Estas jornadas insalubres, tienen un periodo laboral disminuido, con fundamento justamente en la protección de la salud física y psíquica del trabajador y deben ser declaradas por la autoridad administrativa competente como tal; siguiendo a Grisolia:

La calificación de la insalubridad debe surgir de una resolución de la autoridad administrativa con fundamento en dictámenes médicos y ambientales. (...) no hay tareas ni lugares insalubres en sí mismos, sino jornadas o trabajos prestados en condiciones de insalubridad, ya que un lugar o una tarea puede ser insalubre y dejar de serlo. (Grisolia y Ahuad 2.014, P. 269)

Asimismo, y conforme lo solicitan las amparistas cuando requieren que no se vean disminuidos sus salarios; conforme se mencionó en párrafos anteriores, la LCT en su Art.

200 4to. Párrafo, la disminución de la jornada laboral no implica una reducción de las remuneraciones percibidas por los trabajadores, como bien lo manifiesta Toselli, cuando explica que:

Declarada insalubre una tarea o medio ambiente laboral, automáticamente se reduce la jornada a cumplir por los trabajadores a la legal para este tipo de labores, pero sin que ello implique reducción o disminución de la remuneración de los trabajadores que venían cumpliendo dichas labores (Toselli, 2.009, P. 528).

Es dable tener en cuenta, que las tareas desarrolladas por ambas enfermeras, consisten en actividades que por su naturaleza son clasificadas como de alto riesgo y en tal motivo se presenta la clasificación realizada por Borges Romero (1.998) en la cual identifica riesgos biológicos, causados principalmente por no contar con la adecuada protección personal y encontrarse expuestos con fluidos orgánicos de los enfermos; riesgos químicos, entendidos como tal a posibles irritaciones o distintas enfermedades originadas por el mal manejo de productos químicos almacenados o existentes en el nosocomio; factores de riesgo sanitarios, identificados como aquellos a los producidos por la falta de higiene y mantenimiento en los centros de salud, en los cuales si bien es regla general el imperio de la higiene, por motivos de la dinámica diaria no siempre se ejercita; continua indicando factores de riesgo físico, configurados por el ruido y exposiciones a radiaciones; seguidamente analiza los factores de riesgo fisiológicos y mecánicos, identificados como los producidos por la manipulación de elementos punzocortantes y el empleo de fuerza para movilizar a los pacientes u objetos contundentes, además de comprender también riesgos de incendios y accidentes eléctricos; para finalizar expone los factores de riesgos psicosociales que movilizan un valor emocional en el trabajador de la salud. En base a esta clasificación, es posible comprender el ambiente laboral en el cual las amparistas desarrollan sus actividades diarias, este debe ser tenido en cuenta al igual que las tareas mismas, por el tribunal al decidir sobre el caso en concreto.

IV. 3) Análisis jurisprudencial

Teniendo en cuenta que en los apartados anteriores se desarrolló el análisis normativo y doctrinario, es necesario continuar analizando la jurisprudencia al respecto, del cual se puede apreciar que los magistrados resuelven cuestiones similares de manera

relativamente uniforme, teniendo criterios unificados, como se puede observar en el fallo Reyes, Elba Dolores y otros c/ GCBA, de la Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 08/10/19, caso en el cual una trabajadora de la salud solicita al igual, que las amparistas del caso analizado, se readecue el horario de su jornada laboral en razón de encontrarse comprendido en el régimen de insalubridad, por lo que el tribunal resuelve confirmando el reajuste de la jornada laboral de la actora.

Como bien se desarrolló anteriormente, el derecho del trabajo ampara y protege al trabajador, pero en materia de jurisprudencia, las acciones desarrolladas por la profesional medica que son indicadas como insalubre deben ser comprobadas, de lo contrario el magistrado en casos como “Morales, Lidia Cristina c/ Galeno Argentina S.A. s/ despido”, de la Cámara Nacional del Trabajo – Sala V, de fecha 24/07/2020, fallo en contra de la accionante en razón de no haberse acreditado que las labores desarrolladas por la actora, como “enfermera de guardia”, se correspondan con una “actividad insalubre”.

IV. 4) Postura del autor

Continuando con el desarrollo de la presente nota a fallo y teniendo en cuenta los análisis normativos, doctrinarios y jurisprudenciales efectuados, entiendo que en casos similares al estudiado, en donde se ven vulnerados derechos del trabajador en la relación laboral y si bien es vencedora en primera instancia, la parte demandada presenta recurso de apelación basándose en que no se encuentra calificados como insalubres las actividades desarrolladas por las actoras, la inexistencia de derechos subjetivos vulnerados y la invasión de potestades propias de la administración, iniciando con este recurso una dilación de la efectiva reparación de la situación que vulnera sus derechos y retrasa el reajuste de los horarios de sus jornadas laborales.

En relación a lo esgrimido por la parte demandada, con respecto a la invasión de las potestades propias de la administración, entiendo que si bien la administración de cada repartición estatal, en este caso, la autoridad del Hospital Carlos Durand, tiene potestad para implementar los horarios que considere necesarios para cumplir eficazmente su servicio de salud, teniendo en cuenta el máximo semanal de treinta y cinco horas y los casos especiales.

Pero en este caso en particular donde, ordena los horarios semanales a sabiendas que las actividades desarrolladas por las enfermeras en áreas específicas tales como Neonatología o terapia intensiva, consideradas “actividades insalubres” en otros nosocomios, pero que por dispendios administrativos aún no han sido declarados lugares insalubres en la institución que dirigen, mediante el correspondiente procedimiento administrativo.

Resulta del análisis lógico que la administración de los nosocomios debería adecuar las jornadas laborales aplicando los máximos semanales y diarios correspondientes al régimen de insalubridad, de lo contrario se encuentran vulnerando los derechos laborales de los profesionales de la salud, quienes realizan tareas de gran impacto emocional y se encuentran en constante riesgo de contraer enfermedades infectocontagiosas por las condiciones del lugar de trabajo.

Siguiendo lo remarcado, encuentro correcto la decisión y fundamentos del magistrado interviniente, quien, al analizar el presente caso, tuvo en cuenta el principio protectorio del derecho del trabajo, en su regla de aplicación de la normativa vigente más favorable, ordenando se adecue para ambas enfermeras la jornada laboral en un máximo semanal de treinta horas y un máximo diario de seis horas.

Asimismo, en relación a los argumentos planteado por la parte demandada, los cuales si bien se basan en derecho e instauran una duda al respecto de que normativa es la que se debe aplicar, es dable recalcar que conforme resuelve el tribunal, se puede apreciar la implementación de manera tacita del principio protectorio en su regla de “in dubio pro operario”, en caso de duda se debe resolver beneficiando al trabajador que es la parte más vulnerable y que depende de su capacidad laboral para subsistir.

V. Conclusión

Durante la presente nota a fallo, en donde se estudió el caso “Orozco, Elizabeth Analía y otros c. GCBA s/ amparo - otros”, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, con fecha 09/08/2019. Del cual se realizó un profundo análisis de la premisa fáctica del mismo, su historia procesal y decisión emitida por el tribunal, como así también de los motivos que fundaron mencionada decisión.

Conforme surge de autos, dos empleadas de la salud, que desempeñan tareas de enfermería en el área de neonatología del nosocomio Carlos Durand, solicitan se readecue su jornada laboral en razón de comprender el régimen especial de insalubridad.

Denotando como el magistrado resuelve el problema de relevancia jurídica, dando cuenta del principio protectorio del derecho del trabajo, aplicando al caso en concreto a normativa vigente más beneficiosa para las trabajadoras de la salud, reduciendo el horario de las jornadas laborales de las mismas a un máximo de 6 horas diarias y un máximo total de 30 horas semanales.

Como corolario se destaca que en casos como el presentado, en donde se encuentran siendo vulnerados los derechos laborales, y más aún cuando las actividades desarrolladas se encuentran comprendidas dentro del régimen de insalubridad, deben ser atendidas por la justicia de manera expedita, siendo la vía de amparo el mecanismo más eficaz, en razón de dar una solución eficiente a la situación, en la cual por las características de las tareas desarrolladas o la condición del lugar de trabajo, se puede ver afectada la salud psicofísica de los trabajadores.

VI. Listado de referencias

Doctrina

- ❖ Borges Romero, A. (1.998) Personal de enfermería: condiciones de trabajo de alto riesgo. Salud de los trabajadores, volumen 6 (Nº2).
- ❖ Grisolia, J. y Ahuad, E. (2.014) Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Editorial Estudio.
- ❖ Grisolia, J. (2.016) Manual de Derecho Laboral, Editorial Abeledo-Perrot.
- ❖ Toselli, C. (2.009) Derecho del Trabajo y la Seguridad Social I, Alveroni Ediciones.

Jurisprudencia

- ❖ Cámara Nacional del Trabajo – SALA V. “Morales, Lidia Cristina c/ Galeno Argentina S.A. s/ despido”, 24/07/2020
- ❖ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I. “Orozco, Elizabeth Analía y otros c. GCBA s/ amparo - otros”, 09/08/2019.
- ❖ Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “Reyes, Elba Dolores y otros c/ GCBA”, 08/10/19.

Legislación

- ❖ Ley 24.430, Constitución de la Nación Argentina, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 15/12/1994.
- ❖ Ley 11.544, de Jornada de Trabajo, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 12/09/1929.
- ❖ Ley 20.744, de Contrato de Trabajo, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 13/05/1976.
- ❖ Ley 24.004, de Ejercicio de la Enfermería, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 26/09/1991.
- ❖ Ordenanza 40.403 de la Ciudad de Buenos Aires.
- ❖ Decreto N°6666/1983, de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, SALA I

Orozco, Elizabeth Analía y otros c. GCBA s/ amparo - otros • 09/08/2019

Cita Online: AR/JUR/27435/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 9 de 2019.

Considerando:

I.[-] Elizabeth Analía Orozco y Sonia Zapata Escobar promovieron acción de amparo a fin de que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que proceda a readecuar su jornada laboral, sin que ello implique la disminución de la remuneración que perciben, la modificación del servicio al que se encuentran afectadas o el cambio de la franja horaria en la que se desempeñan [-](v. fs. 1/9).

Relataron que son enfermeras y trabajan en el área de neonatología del Hospital General de Agudos “Carlos Durand” como personal “franquero”.

Manifestaron que las autoridades de dicho nosocomio le ordenan cumplir el servicio en jornadas de doce (12) horas, superando las treinta y seis (36) horas semanales que impone la normativa vigente y que, de tal modo, se vulneran sus derechos laborales .

Alegaron que las tareas que desarrollan se reputan insalubres y que, por lo tanto, su jornada laboral no debería exceder las seis (6) horas diarias ni los cuatro (4) días semanales. Luego, argumentaron que la readecuación que solicitan debe contemplar los parámetros de seis (6) horas diarias y un tope de treinta (30) horas por semana (v. fs. 4/6).

Como medida cautelar, pidieron que se ordene a la Administración que re programe las guardias, respetando los topes horarios sin menoscabo de sus salarios (v. fs. 7 vta.).

Fundaron su pretensión en derecho, citaron jurisprudencia y ofrecieron prueba en respaldo de sus dichos.

II. El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (v. fs. 70/81). Cuestionó que el amparo resulte la vía apropiada para discutir el tema traído a debate.

Dijo que la actividad que desempeña la parte actora no fue declarada insalubre o riesgosa y se refirió a la enumeración contemplada en el decreto n° 6666/1983. Sostuvo que a los efectos de probar el carácter insalubre de tales tareas resulta necesario un procedimiento administrativo previo con alcances científicos, imposibles de determinar a través de la vía escogida por las actoras. Asimismo, hizo referencia a las consecuencias que la declaración de insalubridad trae aparejadas —vgr. pago de suplementos, reducción de la jornada, régimen de jubilación anticipada—.

Consideró que mediante la presente acción la parte actora busca obtener un incremento salarial encubierto.

Adujo que la situación de las señoras Orozco y Escobar se enmarca en el régimen del decreto n° 937/2007, corroborado a su vez por la resolución n° 90/2013 que implementó el acta paritaria n° 12/12 según la cual el personal “franquero” que no se encuentra comprendido en el régimen de insalubridad debe cumplir treinta y cinco (35) horas semanales.

Por todo lo expuesto, concluyó en la inexistencia de una conducta ilegítima o arbitraria por parte del GCBA.

Por último, pidió la reconvención de la acción a fin de reformular la designación de la actora.

III. El 12 de marzo de 2019 el juez de grado hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenó al GCBA que ajuste la jornada de trabajo diaria y semanal de Elizabeth Analía Orozco y Sonia Zapata Escobar, a los toques máximos previstos legalmente [-](6 horas diarias y no más de 30 horas semanales) en el plazo de 24 horas (v. fs. 329/333).

Para así decidir, se pronunció acerca de la idoneidad de la vía procesal elegida y la normativa aplicable al caso.

Asimismo, consideró que las actividades desarrolladas por las amparistas efectivamente eran insalubres ya que se encuadraban en lo normado en la ley nacional n° 24.004, artículo 24, inciso c) las que conllevan riesgo de contraer enfermedades infectocontagiosas (...) y f) —tareas de enfermería que se realizan en servicios de emergencias—. Razón por la cual concluyó que no les era aplicable la duración de la jornada establecida en el art. 3 del Dto. 937/2007 (12 hs.).

Por otra parte, desestimó la cuestión invocada por el GCBA relativa a que las actoras pretendían un aumento salarial encubierto, ya que resultaba ajena a la extensión de la jornada laboral , que era lo debatido en autos.

Posteriormente, reguló los honorarios de la letrada patrocinante de la actora (fs. 334).

IV. Contra ambas decisiones, el GCBA interpuso y fundó los recursos de apelación que motivan la intervención de esta alzada [-](v. fs. 344/349 vta. y 362/363 vta.).

En términos generales, se agravió respecto de: a) la calificación como insalubres de las tareas desempeñadas por la actora; b) la inexistencia de derechos subjetivos violentados; d) la invasión de potestades propias de la Administración; e) la omisión en resolver el planteo de reconvención y f) la regulación de honorarios.

V. Por su parte, la actora contestó los agravios de la contraria y solicitó su rechazo (v. fs. 353/361 y 365/365 vta.).

VI. Así planteada la cuestión, cabe destacar que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que “[l]a Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo” (art. 43).

Asimismo, corresponde recordar que el artículo 21 de la ordenanza n° 40.403 (BM n° 17.472, del 13/02/1985 —mod. por ordenanza n° 40.820, texto consolidado por ley n° 5666—), que aprobó la carrera municipal de enfermería, se establece que la jornada máxima de trabajo para el personal de enfermería será de treinta (30) horas semanales “...para áreas de cuidado intensivo y emergencias o en lugares declarados insalubres o donde se desarrollen tareas consideradas como tales...”, entre las que se enumera las efectuadas en áreas de neonatología. A su vez, en el artículo 29 de la norma mencionada se dispone que “[p]ara el personal de enfermería que se desempeña en áreas de cuidados intensivos o en lugares declarados insalubres o que desarrolla tareas consideradas como tales cumplirá treinta (30) horas semanales en jornadas de seis (6) horas diarias, adecuadas a las necesidades de servicio”.

Aunado a ello, la ley nacional de jornada de trabajo n° 11.544 (BO n° 10.614, del 2017/09/29) establece en su artículo 2° que “[c]uando el trabajo deba realizarse en lugares insalubres...la duración del trabajo no excederá de seis horas diarias o treinta y seis semanales”.

Por su parte, la ley n° 298 (BOCBA n° 899, del 10/03/2000, texto consolidado por ley n° 5666) —que regula el ejercicio de la enfermería en la Ciudad de Buenos Aires— prevé que “[r]igen las disposiciones sobre insalubridad establecidas por la legislación nacional y jurisdiccional vigentes, adoptándose en caso de superposición la norma más favorable al trabajador” (disposiciones transitorias, cláusula 3°).

De este modo, frente a la remisión a la legislación nacional en lo que concierne a las disposiciones sobre insalubridad, vale recordar que la ley nacional de Ejercicio de la Enfermería, Ley 24.004 en su artículo 24, expresa que: “[A] los efectos de la aplicación de normas vigentes que, para resguardo de la salud física o psíquica, establecen especiales regímenes de reducción horaria [...] considérense insalubres 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 estas ionizantes o no; e) la atención de pacientes oncológicos; f) Las que se realizan en servicios de emergencia.”[-]

VII. Por otro lado, el decreto n° 6702/1986 (BM n° 17.897, del 24/10/1986) que reglamentó la carrera municipal de enfermería contempló la posibilidad de implementar un régimen de trabajo exclusivo previsto para días sábado, domingo, feriados y días no laborables, en jornadas de doce (12) horas por día (art. 38.6).

Al respecto, cabe señalar que el decreto n° 937/2007 (BOCBA n° 2721, del 10/07/2007) reglamenta la jornada laboral de los agentes denominados “franqueros” que comprende al personal que por la naturaleza de su prestación cumpla una jornada de trabajo normal y habitual en días sábados, domingos, feriados, días no laborables o aquellos que sean considerados asuetos (art. 2°). A su vez, prevé que el régimen de prestación de servicios de ese personal será de doce (12) horas por cada día, “...salvo aquellos casos que se encuentren comprendidos en la normativa referida a tareas insalubres o riesgosas” (art. 3, inc. a, el destacado no corresponde al original).

Por último, es preciso incorporar al marco normativo aplicable al caso lo previsto en la resolución n° 90/MHGc. 13 (BOCBA n° 4086, del 01/02/2013). Mediante dicho acto se instrumentó el acta de negociación colectiva n° 12/12, en la cual se estableció una jornada laboral para el personal “franquero” comprendido en el régimen de insalubridad de un máximo de treinta (30) horas semanales. Ahora bien, de dicha normativa se desprende que se limitaron las horas que pueden trabajar por semana los “franqueros”, pero no la cantidad de días comprendidos en ese período.

VIII. Establecido lo anterior, queda claro que la construcción normativa alude a dos (2) supuestos de insalubridad. Por un lado, existe la posibilidad de que el trabajador se desempeñe en un lugar declarado insalubre y, por el otro, que la propia actividad puede ser considerada como insalubre.

Conviene destacar en este punto que, si bien el hospital donde trabajan las amparistas no ha sido declarado insalubre, sí lo ha sido la actividad que desarrollan (cfr. art. 21 de la ordenanza n° 40.403 citado precedentemente). De modo que, ante dicho escenario, corresponde optar por la aplicación de la norma más beneficiosa para las trabajadoras, esto es, la ordenanza n° 40.403, que considera insalubre la labor de enfermería desarrollada en áreas de neonatología.[-]

Ahora bien, en cuanto al tope máximo de horas cabe señalar que el decreto n° 937/2007, regula situaciones concernientes a dos (2) categorías distintas de trabajadores. Por un lado, la del personal “franquero” y, por otro, la de los profesionales que aúnan las ordenanzas n° 41.455 y 45.199 (referentes a la carrera municipal de los profesionales de la salud y de acción social, respectivamente). En este sentido, la parte del decreto que establece “...atento a la modalidad impuesta, pueden cumplir su labor en un único día de guardia o en varias jornadas, sin alcanzar cinco días semanales de asistencia...” corresponde a la segunda categoría de trabajadores. De modo que la mentada expresión se dirige a los profesionales regidos por las ordenanzas n° 41.455 y 45.199 y no al personal “franquero”.

Por las razones dadas, en razón de lo dispuesto en el artículo 29 de la ordenanza n° 40.403 y 2° de la ley n° 11.544, la jornada de trabajo de las actoras no puede exceder de las seis (6) horas diarias.[-] A su vez, en atención a que les corresponde desempeñar tareas en los días previstos en el decreto n° 937/2007 (sábados, domingos, feriados, días no laborables o aquellos que sean considerados asuetos) —y por efecto de lo dispuesto en la resolución n° 90/MHGC13—, su carga horaria semanal no puede exceder de las treinta (30) horas.

Así las cosas, una interpretación armónica de la normativa reseñada conduce a considerar que resultará adecuada la jornada laboral de las actoras, en la medida que no exceda las seis (6) horas diarias y las treinta (30) horas semanales, siendo esta la adaptación de la regulación vigente más favorable a las trabajadoras, de conformidad con lo normado en la ley n° 298 y los principios generales del derecho.[-]

Ello no significa desconocer las facultades que tiene la Administración de organizar, del modo que estime conveniente, la prestación de servicios de su personal (art. 38 de la ley n° 471). Sin embargo, lo que no puede hacer es ordenar cumplir tareas dentro y fuera de los días establecidos en el decreto n° 937/2007, ignorando de tal forma su propio régimen normativo.

IX. En cuanto al planteo efectuado por el GCBA en torno a la omisión del a quo de tratar la reconvención como defensa de fondo, este ha sido adecuadamente tratado en el dictamen del Sr. fiscal ante la Cámara obrante a fs. 374/378 vta. (v. particularmente considerando IV, punto C), cuyos argumentos y solución esta Sala comparte —en lo sustancial— y a los cuales cabe remitirse en honor a la brevedad.

En consecuencia, corresponde rechazar la pretensión de disminución de la remuneración en función de la reducción de jornada.

X. En resumen, la orden impartida por las autoridades del Hospital General de Agudos “Carlos Durand”, consistente en prestar servicios en jornadas de doce (12) horas diarias, con manifiesto desconocimiento del carácter insalubre de la labor, excede el tope estipulado por el artículo 29 de la ordenanza n° 40.403 y 2° de la ley n° 11.544, por lo que resulta calificable como ilegítima la situación a la que se hallan sujetas las accionantes.[-]

Por ello corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, por los fundamentos aquí expresados, confirmar la sentencia de grado. Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida (cfr. arts. 26 de la ley n° 2145 —texto consolidado por la ley n° 6017— y 62 del CCAyT).

XI. Finalmente, teniendo en cuenta el motivo y complejidad de la cuestión planteada, la extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada, su resultado, trascendencia y entidad, así como las etapas cumplidas en el proceso, por no resultar elevados y, encontrándose apelados solo por altos, no cabe más que confirmar los honorarios regulados en la

instancia de grado a la doctora Nora Alicia Perusin —cfr. arts. 1º, 3º, 15, 16, 17, 29, 51 y concordantes de la ley n° 5134—.

En función de lo precedentemente expuesto, cabe rechazar el recurso de apelación instado por la parte demandada.

Por todo lo expuesto, oído el Ministerio Público Fiscal, el tribunal resuelve: 1) rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado;[-] 2) imponer las costas de esta instancia a la demandada (cfr. arts. 26 de la ley n° 2145 —texto consolidado por la ley n° 6017— y 62 del CCAyT); 3) confirmar los honorarios regulados a la letrada patrocinante de la parte actora en la instancia de grado, de conformidad con lo expuesto en el punto XI. Regístrese y notifíquese por secretaría, junto con copia del dictamen fiscal —al Ministerio Público Fiscal mediante la remisión del expediente—. Oportunamente, devuélvase. — *Mariana Díaz.* — *Fabiana H. Schafrik de Núñez.* — *Carlos F. Balbín.*