



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Expte. Nº 11583/2015 “Tapia, Irma Mercedes s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: c/ Tapia, Irma Mercedes GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”

TRIBUNAL SUPERIOR:

I

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad denegado, ambos interpuestos por Irma Mercedes Tapia. (cfr. fs. 80, punto 2).

II

Las actuaciones que aquí nos ocupan tuvieron su inicio con la acción de amparo promovida por la Sra. Irma Mercedes Tapia contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA), en virtud de la orden impartida por las autoridades del Hospital “Francisco J. Muñiz”, en cuanto la obliga a prestar servicio en el Área de Enfermería del citado hospital desempeñando tareas en lugares bajo condiciones declaradas insalubres, durante jornadas laborales que exceden las permitidas por la ley para este tipo de tareas. Todo ello con afectación de sus derechos a la salud y al trabajo, garantizados a nivel constitucional (cfr. fs. 1 del ppal., al que se referirán las citas que siguen).

En este sentido, la actora relató que comenzó a trabajar como enfermera franquera en dicho nosocomio, cumpliendo funciones los días sábado, domingo, feriados, días no laborables y asuetos en turnos de 12 horas diarias, en una frecuencia que en ocasiones llegaba a alcanzar y hasta superar los cuatro días de labor de, 48 a 60 horas semanales.(fs. 2 vta.).

“2014. Año de las letras argentinas”

Indicó que de la interpretación conjunta de los Decretos N° 937/07, 8908/78 y de las Leyes N° 471, 298, 24004 y 20744, su jornada laboral -en atención a que cumplía tareas consideradas insalubres durante días no laborables-, debía adecuarse a 6 horas diarias y un máximo de 24 semanales (cfr. fs. 1/24 vta.).

Asimismo, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar solicitando que se ordene a la demandada que re programe los turnos de enfermería que debe cumplir como enfermera franquera del Hospital "Dr. Francisco J. Muñiz de modo tal que se respete la jornada máxima de labor que establece la normativa vigente. En concreto, que no se supere el máximo de seis horas diarias de labor ni los cuatro días de semana.(fs 15)

La magistrada de grado decidió, previo a todo, convocar a las partes a una audiencia (cfr. fs. 41).Ésta se realizó el 05 de octubre de 2012 y, en dicha oportunidad, la demandada formuló una propuesta con fines conciliatorios, a la espera de la respuesta de la actora. Asimismo, en el mismo acto, el juez de grado dispuso abrir la causa a prueba.

La actora a fs. 74 rechazó la propuesta del GCBA por contrariar a la normativa vigente y el orden público laboral y por otro lado, requirió que se resuelva la medida cautelar solicitada.

La Sra. jueza resolvió hacer lugar a la medida cautelar y ordenó al GCBA que "...por medio de quien corresponda, re programe las guardias de la actora disponiendo que su jornada laboral se ajuste a los términos de la presente resolución -6 horas diarias sin alcanzar los cinco días semanales - en los términos del artículo 2 del decreto 937/2007, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa...". (cfr. fs. 87/88 vta. y 92)

Dicha medida fue apelada por el GCBA (cfr. fs. 127/135 vta) y, con fecha 15 de abril del 2013, la Sala I de la Cámara resolvió rechazar el recurso interpuesto (cfr. fs. 127/135 vta).



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

El magistrado interviniente requirió a las partes que se pronuncien sobre la contestación del oficio obrante a fs. 189 y lo dispuesto en la resolución 90-MHGC-2013(fs. 210)

La parte demandada solicitó que se declare abstracta la cuestión planteada, por haberse agotado la pretensión esgrimida por el amparista, al ser dictada la Resolución N°90-MHGC-2013 mediante la que se instrumenta el Acta de Negociación Colectiva N° 12 de la Comisión Paritaria Central entre el GCBA y SUTECBA que reglamenta el horario del personal que cumple funciones los días sábados, domingos y feriados reconocidos como “franqueros”, inclusive los insalubres.(fs 243/245)

La actora se opuso a lo planteado por el GCBA, entendiendo que la precitada resolución no reglamenta el horario del personal franquero al no establecer el tope de horas diarias. (fs 247/249)

El juez de grado resolvió declarar parcialmente abstracta la cuestión y, en consecuencia, ordenó al GCBA que actúe y/o re programe la jornada laboral de la Sra. Tapia, conforme lo estipulado en el acta paritaria n° 12/12 para el personal comprendido en el régimen de insalubridad, no pudiendo superar las 6 horas diarias ni las treinta semanales (fs. 262/264).

Para así decidir, consideró, por un lado, que la controversia, en lo sustancial, ha perdido vigencia y devenido abstracta, tal como se ha resuelto en la causa “Coria”¹. En esta línea, el tribunal consideró “...que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes al señalar que el amparo únicamente admite como materia de debate cuestiones actuales y no pasadas...” (fs. 263).

El juez manifestó, en lo que respecta al cuestionamiento que formula la amparista al contenido del acta paritaria, en cuanto insiste en que el máximo de jornadas semanales no puede superar los cinco días, que sus planteos no alcanzan para desvirtuar el valor normativo de aquella.

¹ A556. del 17/09/2013

Por último, el magistrado consideró que la actividad de la actora se encuentra incluida en el régimen de insalubridad, por lo que corresponde que se aplique el tope jornada diaria de 6 horas previsto para las actividades así calificadas.

Contra dicho pronunciamiento la amparista interpuso recurso de apelación (cfr. fs.270/273 vta.).

Llamada a decidir sobre el recurso de apelación, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, resolvió rechazar recurso deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmó la sentencia de grado. (fs. 294/295 vta.).

En esta línea, el Tribunal consideró que *“...en cuanto al tope máximo el decreto 937/07, regula situaciones concernientes a dos categorías distintas de trabajadores. Por un lado, la de los enfermeros franqueros y, por otro, la de los profesionales que aúnan las ordenanzas N° 41.455 y N° 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...”* (fs. 295 vta.).

Asimismo, indicó que *“...es preciso incorporar al marco normativo aplicable al caso lo previsto en la resolución N° 90/GCBA/MHGC/13. Mediante dicho acto administrativo 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 catidad de días comprendidos en ese período....”* (fs. 295 vta.).

Esa decisión motivó a la actora a interponer recurso de inconstitucionalidad (fs. 300/311). En dicha oportunidad refirió que la decisión





**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

de la Alzada violaba de modo flagrante y manifiesto su derecho al trabajo, en tanto desconocía los principios “protectorio” y de “in dubio pro operario”, ambos de raigambre constitucional. Ello así, por cuanto de dos interpretaciones posibles del texto del Decreto N° 937/07, el Tribunal había aplicado la más restrictiva en relación con sus intereses (conf. fs. 303/306 vta.). Asimismo, adujo que el decisorio vulneraba el principio de congruencia y su derecho al debido proceso, en la medida que lo ordenado excedía los fundamentos invocados por el GCBA a lo largo del proceso (conf. fs. 306 vta. /308 vta.). Ello, a su vez, afectaría, en su concepto, su derecho a la tutela judicial efectiva (conf. fs. 308 vta. /310).

La Cámara declaró inadmisibile el recurso intentado, pues entendió que la crítica del recurrente versó en “...una mera discrepancia con la valoración efectuada por este Tribunal...” (conf. fs. 322)

Además, señaló que “...se analizó la situación particular de la actora a la luz de lo normado en las nacionales N° 24.004 y 20.744, por la ley 298 (BOCBA n° 899, del 10/03/2000), por los decretos N° 937/07, y 8908/78, por las ordenanzas 41.455 y 45.199 y por la resolución 90/GCBA/MHGC/13. (conf. fs. 321 vta.) La parte recurrente, cuestiona una sentencia emanada del tribunal superior de la causa, invocando la violación de normas constitucionales y no ha logrado exponer un caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior en los términos del artículo 27 de la ley 402, exigencia impostergable para la viabilidad del recurso que no suople con la simple referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales.” (fs. 322)

Contra esa resolución, la actora interpuso recurso de queja (cfr. fs. 1/10 de la queja). Así, se dispuso correr vista a esta Fiscalía General (cfr. fs. 80, punto 2).

III

En cuanto a la admisibilidad formal del recurso en análisis, el artículo 113 de la Constitución de la Ciudad prevé, en su inciso 4, la competencia del Tribunal Superior para entender en las quejas por denegación de recurso. A su vez, el capítulo IV de la Ley N° 402 de procedimientos ante V.E., establece en el artículo 33 los recaudos formales a que se halla sujeta.

El recurso se halla interpuesto por escrito y dentro del término de ley. Asimismo, el recurrente se encuentra dispensado de integrar el depósito exigido por el artículo 34 de la Ley N° 402 (cfr. art. 3°, inc. "I" de la Ley N° 327).

Sin embargo, la parte actora no efectúa una crítica suficiente del auto denegatorio. Considera que en la sentencia dictada por la Sala se han empleado citas y fórmulas genéricas, pero no desarrolló argumento alguno que permita desvirtuar el criterio adoptado por el Tribunal.

Reitera las manifestaciones y argumentos planteados en el recurso de inconstitucionalidad, en donde deja claramente expresada su opinión en contrario a lo resuelto por la Alzada, sin poder concretar una crítica certera del razonamiento seguido por el a quo. De esta manera, desoye la manda de fundamentación que impone el citado art. 33 en su segundo párrafo y por ello, el recurso es una mera expresión de disconformidad con lo decidido, lo que, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Superior, no habilita la instancia de V.S.²

En efecto, expone nuevamente sus argumentos en relación con la arbitraria interpretación que habría efectuado la Alzada (violatoria además de los principios protectorio e indubio pro operario) de la letra del decreto N° 397/07, en tanto considera que la restricción de las tareas laborales a menos de cinco (5) días semanales resulta tanto aplicable para los/as trabajadores franqueros como así también para los profesionales de la salud y de acción social. En este sentido, afirma que existen dos interpretaciones posibles y que la Cámara ha escogido la más restrictiva, vulnerando sus derechos.

² Conf. sent. Expte. N° 327/00 "Taborda Marcelo W s/ recurso de queja", entre otros.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Por su parte, refiere que en dos (2) precedentes, uno de la Sala interviniente en autos y otro de la Sala II, se resolvió dando acogida a la interpretación más extensiva, estableciendo que la jornada laboral de esta categoría de empleados/as tiene un límite de seis (6) horas diarias y veinticuatro (24) semanales (cfr. fs. 7 vta./ 8)

No obstante, más allá de mencionar los principios de jerarquía constitucional ya señalados, no ha identificado de qué manera se ven afectados por la decisión de la Cámara. Tampoco ha demostrado cuáles son las deficiencias de logicidad en el razonamiento de la Alzada que permitan descartarlo como pronunciamiento judicial válido.

Téngase presente que, el texto del decreto referido no deja lugar a dudas en cuanto a que se regulan diferentes tipos de categoría de trabajadores/as: por un lado, los/as franqueros/as, que deben cumplir su jornada laboral únicamente en los días sábados, domingos, feriados y días no laborables; y por otro, los profesionales de la salud y acción social, que pueden cumplir su labor en un único día de guardia o en varias jornadas, sin alcanzar cinco días semanales de asistencia.

Ello no sólo se desprende de la lectura literal del considerando 4º, sino también del distingo efectuado por los arts. 3º y 4º de la norma, en los que expresamente se regula la situación de los/as franqueros/as (art. 3º) y de los profesionales de la salud y acción social (art. 4º), refiriendo sólo en éste último caso la limitación de los cinco (5) días.

Asimismo, vale señalar que en ninguno de los precedentes mencionados por la recurrente, los tribunales intervinientes se manifestaron expresamente sobre la cuestión debatida en autos. En efecto, en el primero de ellos "Moreira Suquilvide"³, la Sala II reiteró los argumentos desarrollados en autos respecto de la normativa aplicable para la determinación de la actividad dentro de la categoría de trabajos insalubres, pero nada dijo respecto de la

extensión de la jornada laboral. Por otro lado, en “Cardozo”⁴, los integrantes de la Sala I se remitieron al dictamen de la Sra. fiscal ante la Cámara, en el que se propugnó el rechazo del recurso de apelación presentado, en ese caso por el GCBA, por carecer de la debida fundamentación.

De todo ello se colige que, mediante su crítica, la actora sólo expresa su desacuerdo con la interpretación que el Tribunal efectuó de la normativa aplicable (vale recordar, toda de carácter infra constitucional), en ejercicio de las facultades que le son propias. En este aspecto, no puede pasarse por alto que, pese a lo expuesto por la recurrente, el Tribunal resolvió realizando una interpretación de las normas que también consideraron aplicables al caso tanto el juez de grado como así también las partes. Ello es así, en tanto conforme lo dispone el reconocido principio de *iura novit curia*, es el juez quien decide el derecho aplicable, motivo por el cual en esta tarea, en nada lo limita el contenido de los agravios esbozados por la parte que recurre.

En consecuencia, el hecho de que lo resuelto por la Alzada resulte contrario a los intereses de la actora, no constituye motivo suficiente para endilgarle las críticas en cuestión, máxime cuando las mismas no encuentran fundamento más allá de los intereses de quien las expone.

IV

Por las razones expuestas, considero que V.E. debe rechazar el recurso de queja interpuesto.

FISCALÍA GENERAL, 30 DE ABRIL DE 2015
DICTAMEN FG N° 226-CA y T/15.



Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

³ “Moreira Suquivilde, Eduardo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. N° 37118/0, resuelto el 06 de marzo de 2012.

⁴ “Cardozo, Luis Alejandro c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. 37117/0, resuelto el 12 de octubre de 2011.



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.



DIEGO F. PAUL
SECRETARIO
FISCALÍA GENERAL

