



Poder Judicial de la Nación

FC

**CÉDULA DE
NOTIFICACIÓN**

17000013433627



TRIBUNAL: JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM.
DE SAN MARTIN 2, SITO EN CALLE 85 (EX BONIFACINI) N° 1770

FECHA DE RECEPCIÓN EN NOTIFICACIONES:

Sr.: ANDREA LUCIANA FORGUERAS
Domicilio: 27215511273
Tipo de Domicilio: Electrónico
Carácter: Sin Asignación
Observaciones Especiales: Sin Asignación

	66761/2017				SEC. 2	N	N	N
N° ORDEN	EXpte. N°	ZONA	FUERO	JUZGADO	SECRET.	COPIAS	PERSONAL	OBSERV.

Notifico a Ud. la resolución dictada en los autos:

MECHAN FLORES , JOSE ROBERTO Y OTROS c/ HOSPITAL
NACIONAL PROFESOR ALEJANDRO POSADAS s/AMPARO LEY
16.986

QUEDA UD DEBIDAMENTE NOTIFICADO

San Martin, de noviembre de 2017.



Poder Judicial de la Nación

Fdo.: MAURO ADRIAN STEPHENS, SECRETARIO

Ende.....de 2017, siendo horas

Me constituí en el domicilio sito en.....

.....

Y requerí la presencia de.....

y no encontrándose

fui atendido por:

.....

D.N.I; L.E; L.C; N°.....

Ni respondiendo persona alguna a mis llamados, requerí la presencia de un testigo quien manifiesta ser:

.....

.....

Acto seguido , e impuesto del motivo de mi presencia , le hice entrega de

procedí a fijar en el acceso de la vivienda una copia de la presente

FIRMADO ANTE MI PARA CONSTANCIA.-



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

66761/2017 MECHAN FLORES JOSE ROBERTO Y OTROS c/ HOSPITAL
NACIONAL PROFESOR ALEJANDRO POSADAS s/AMPARO LEY 16.986

San Martín, de noviembre de 2017.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en definitiva las presentes actuaciones caratuladas “MECHAN FLORES JOSE ROBERTO Y OTROS c/ HOSPITAL NACIONAL PROFESOR ALEJANDRO POSADAS s/AMPARO” expediente N°66761/2017 del registro de este Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 2, Secretaría N° 2 y:

RESULTANDO:

Que a fs. 37/53, se presentan los Sres. José Roberto Mechan Flores, Olimpia Mabel Villagrán y Liliana Elizabeth Guzmán por sus propios derechos, con el patrocinio letrado de la Dra. Andrea Luciana Forgueras, y promueven acción de amparo con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución Interna N° 2017/333 dictada por la Dirección del Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas.

Relatan que desempeñan tareas como enfermeros y/o auxiliares del turno noche con el horario de 21:00 a 07:00 hs. o de 20:00 a 06:00 hs. en el Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas, cubriendo jornadas equivalentes a 10 hs.



diarias, en concordancia con la resolución n° 93/05 del entonces Interventor del Hospital. Desde el dictado de dicha norma cumplen dicho horario los días de: grupo A días lunes, miércoles, viernes y domingos y grupo B, días martes, jueves y sábados, es decir, impares –A- y pares –B- luego rotándose la metodología, con todos los meses un franco compensatorio, cumpliendo con 30 hs semanales o 40 hs según la distribución de los días.

Señalan que la Resolución N° 93/05 que fuera firmada por el entonces interventor del Hospital y homologada por el M° de Salud, conjuntamente con el consenso de los gremios y de los trabajadores, surgió de las necesidades de los enfermeros nocturnos los que por las características de los sectores afectados se les hacía imposible cumplir turnos de 6 hs.

Agregan que es una resolución que tuvo en cuenta el tipo de tareas del sector al que pertenecen –actividad asistencial crítica, esencial, imprescindible, insustituible y sensible que pone en funcionamiento el delicado mecanismo que determina el Personal Profesional médico asistencial y la ley de enfermería N° 24004 que en su art 24 establece especiales regímenes de reducción de horario, licencias, jubilación, condiciones de trabajo y/o provisión de elementos de protección y las tareas consideradas insalubres.

Entienden que la modificación laboral unilateral pretendida de 10 a 12 hs. convertiría la jornada de trabajo en extremadamente extenuante, constituyendo un peligro para los pacientes dado el cansancio que les genera y resultando insalubre para la integridad psicofísica de los enfermeros accionantes.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

Detallan particularmente las tareas de enfermería que realizan (en hemato-oncología pediátrica y neonatología del Hospital Posadas) describiendo su antigüedad y el perjuicio que ocasionaría la extensión del horario en su vida personal y familiar.

Al fundamentar la admisibilidad de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, aducen que no existe otro remedio más idóneo conforme a la naturaleza de los derechos tutelados ya que han sido conculcadas las condiciones de trabajo de manera intempestiva, compulsiva y arbitraria.

En su criterio la Resolución Interna 2017/333 que pretende imponer un agravamiento en las condiciones de trabajo, resulta violatoria de las normas convencionales y bilaterales surgidas a partir del anterior conflicto en el Hospital, por el cual se había acordado una jornada de 10 hs.

Sostienen que tal Resolución además carece de los elementos del arts. 7 inc. b) de la ley 19.549, por omitirse la causa o motivación y afectar derechos adquiridos, pero que el agotamiento de la vía administrativa implicaría la afectación de un derecho de imposible reparación ulterior, dado que no podría compensarse dinerariamente el daño moral y jurídico producido.

Consecuentemente, plantean la inconstitucionalidad de la Resolución nro. 2017/333- APN-DNE/HP REFERENCIA S/ EX2017-10776120-APN-DGAYF/HP y peticionan el dictado de una medida cautelar, ordenándose a la demandada Hospital Posadas que se abstenga de aplicar la resolución antedicha.



Citan jurisprudencia, ofrecen prueba, hacen reserva del caso federal y solicitan se haga lugar a la presente acción de amparo, con costas.

Se hizo lugar a la medida cautelar peticionada, resolución que fue revocada por el Superior –Sala II- .

A fs. 159/70 la Dra. María Gabriela Vázquez, en representación del Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas, presenta el informe circunstanciado previsto por el art. 8 de la ley 16.986.

Refiere que la Resolución Interna N° 93/05, en su momento, reglamentó la modalidad operativa de enfermería intentando conciliar las necesidades de los pacientes, del organismo, y de los propios enfermeros, fundamentalmente en razón de que por el emplazamiento físico del organismo resultaba sumamente inseguro ingresar o salir a altas horas de la noche o primeras de la madrugada.

En función de ello, menciona que se dispuso, entre otras cosas, que los enfermeros del turno noche, laboraran día por medio, en turnos de 10 horas, con un suplemento no remunerativo que se llamó carga horaria y un franco no acumulativo. Añade que con el transcurso del tiempo, y aún a medida que pasaban los años y crecía la demanda asistencial, se evidenció que el sistema operativo establecido por la Resolución 93/05 resultaba no idóneo para las necesidades del sector, del Hospital y de los pacientes.

Manifiesta que la Jefa del Departamento de Enfermería, como los supervisores, venían reclamando y solicitando un cambio de turno en función de los graves problemas que la merma del plantel de enfermeros que se





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

producía en distintos momentos del día, motivo por el cual, se dictó la resolución 2017-333-APN-DNE-HP.

Destaca que a los fines de definir la nueva modalidad resultaba necesario tener en cuenta no sólo las necesidades de cobertura del mínimo de enfermeros por camas, sino también que las condiciones de inseguridad que determinaron la ampliación del horario nocturno no se habían modificado.

Al respecto, señala que lo ideal para el organismo y para los pacientes sería determinar cuatro turnos de seis horas pero que esto no es posible ya que, por un lado, hubiera implicado que dos de esos turnos ingresen o egresen en horas claramente inseguras y, por otro, se tuvo en cuenta el impacto salarial que tal cambio hubiera tenido en quienes trabajaban en el turno noche, cuyos salarios mermarían a las horas efectivamente trabajadas (o por lo menos, no hubieran sido aumentados hasta llegar a la suma correspondiente).

Dice que se analizó una modalidad operativa que consensuara las necesidades de todos los sectores: la de los pacientes, la del organismo y la de los mismos enfermeros y que se consultó con los gremios paritarios, quienes prestaron su conformidad por escrito, verificándose también que cumpla con los topes máximos de jornada mensual determinada por el Decreto 214/06 (180 horas), y que se cumplimentara el descanso mínimo entre jornada y jornada de 12 horas (en ese caso el descanso entre jornada y jornada es de 36 horas).

Realiza un análisis de cada uno de los argumentos esgrimidos por los actores y concluye que, en el caso, no se verifica el perjuicio real que les acarrea la adopción de la medida impugnada y que se evidencia el perjuicio al que se ven sometidos diariamente los pacientes que no encuentran la debida



atención que la Institución tiene obligación de proporcionar, ante la modalidad operativa que sólo algunos enfermeros rechazan.

Por otra parte, afirma que el *ius variandi* resulta inaplicable a las relaciones de empleo público, las cuales –según dice- quedan regidas por los Convenios Colectivos totalmente omitidos en la presentación de la actora. Y, aclara que la valoración de la capacidad y límite en las facultades de modificar condiciones esenciales del contrato de trabajo, en el caso de relaciones de empleo público, debe meritarse en relación a la finalidad pública de aquella repartición.

Al respecto, señala que la modalidad operativa atacada encuentra su origen en la necesidad de solucionar, dentro de los límites previstos en los Convenios Colectivos, el déficit operativo causado por la deficiente determinación de turnos y cargas horarias, que se propuso sostenidamente facilitar el desplazamiento de personal a las clínicas privadas, dejando desprovisto a este Hospital del personal necesario para afrontar la incesante demanda sanitaria.

Afirma que el turno de doce horas no es una modalidad única de ese Hospital Nacional, ya que dice que los hospitales pertenecientes al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, implementaron turnos de 12 horas para todos los enfermeros que trabajan sábados, domingos, y feriados, así como para las guardias conforme al dec. 1133/09.

Señala que la Resol. 93/05 mencionada por los actores fue un acto administrativo interno del organismo que no fue paritario ni homologado por el Ministerio de Salud. Asimismo que la Resol. 2017-333 resulta legítima y





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

motivada, adecuada a la normativa aplicable como el Decreto N° 214/06, que en su art. 43 determina la jornada de trabajo que no podrá ser superior a las 180 horas mensuales ni inferior a la 120 hs, con la única salvedad que entre el cese de una jornada y el comienzo de otra deberá mediar una pausa no inferior a 12 horas.

Agrega que la Resol. 93/05 si bien no tuvo derogación expresa, quedó ineludiblemente abrogada por el dec. 1252/2007 por el cual se incluyó al personal de ese nosocomio en el Convenio Colectivo General, decreto 214/06.

Entiende que la inconstitucionalidad alegada, es sólo una remisión genérica a una supuesta irracionalidad y discrecionalidad sino que de todo lo explicitado surge la necesidad y razonabilidad del acto administrativo atacado, el que obedeció a la necesidad de regularizar la prestación del servicio público esencial que brinda ese Hospital Nacional a los fines de preservar el derecho a la salud de la totalidad de la población asistencial.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita se rechace la acción, con costas.

Se dicta medida para mejor proveer a los efectos de producir la prueba testimonial ofrecida por las partes e intimar a la demandada a manifestar y acreditar el vínculo laboral que posee cada enfermero integrante de la litis y el lugar donde desempeñan funciones cada uno.

La parte demandada desiste algunos de los testigos ofrecidos como prueba.

Se corre vista al Sr. Fiscal Federal, y se dispone el llamado de autos para dictar sentencia, en definitiva y



CONSIDERANDO:

I) Cabe señalar, en primer término, que el art. 43 de la CN limita el amparo a un tipo particular de acción u omisión, es decir, a aquella que “en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” ciertos derechos constitucionales. Así, es criterio del Más Alto Tribunal que el acto u omisión debe conculcar en forma clara e inequívoca derechos constitucionales sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de amplio debate o prueba (Fallos: 306:1253 y 788). La procedencia de una demanda de amparo requiere, entre otros requisitos, la alegación y demostración de que el demandante es titular de un derecho que se invoca y que el acto contra el que se intenta la acción adolece de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Considero que en las presentes, en que los actores –enfermeros del Hospital Profesor Alejandro Posadas-, cuestionan la extensión de la jornada laboral en 2 horas más de las que trabajaban habitualmente y por un período de 12 horas en el turno noche, en lugares y tareas que consideran insalubres y mediante una Disposición Interna del Director del Hospital, en la que no han tenido participación, inmotivada y que resulta inconstitucional, amerita la procedencia de la vía del amparo, no existiendo vías idóneas aptas para reparar en forma urgente el derecho a una jornada razonable y limitada que se considera vulnerado.

II) Sentado lo expuesto, considero que previo al examen de la Resolución 2017-333-APN-DNE-HP. en particular, resulta oportuno merituar la relación entre el **ámbito del empleo público** y el del **derecho laboral**. Es





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

decir, si entran en colisión las normas donde el interés público está representado por el Estado, con los derechos individuales y colectivos de los trabajadores previstos en nuestro orden constitucional.

La doctrina no es pacífica cuando examina la relación de empleo público con el derecho laboral. Es así, que una corriente doctrinaria, denominada “doctrina laboralista”, sostiene que la relación de empleo público tiene un carácter predominantemente laboral y, algunos, como el Dr. Ricardo Guibourg, han sostenido que la naturaleza jurídica del empleo público y privado es esencialmente idéntica y que sus sistemas normativos sólo difieren en la medida en que el legislador le ha dado un tratamiento distinto (vid GUIBOURG, Ricardo, El contrato de trabajo y la naturaleza jurídica del contrato de empleo público, L.T. XXVII-A-481.).

Así también, aún por quienes están cercanos a la “doctrina administrativista” (esto es, la prevalencia del Estado, como portador del interés general, sobre el derecho laboral) sostienen, sin embargo, que no existe una “barrera infranqueable” para aplicar por analogía los principios del derecho laboral y la Ley de Contrato de Trabajo dentro del ámbito del empleo público (vid capítulo I sobre Naturaleza Jurídica del Empleo Público, FERNANDO GARCÍA PULLES, Director, Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional, 2º edición, Abeledo Perrot, Bs.As., 2010, páginas 24, 26, 31 y subs..).

Por todo ello, debe subrayarse que, aún en el caso de que se considere como esencial el tratamiento diferencial dado por el legislador a favor del predominio absoluto del Derecho Público, **no puede soslayarse la protección**



que ha sido consagrada por mandato constitucional y que rige tanto para el empleo público como el privado (vid Duarte, David, “Visión nacional y provincial del empleo público”, 6 de junio de 2010, La Ley Online).

Es decir que, independientemente de las modalidades contractuales del trabajador del Estado, tanto en el derecho comparado como en la legislación argentina, ha existido una penetración, que no es plena ni homogénea, del Derecho del Trabajo en las relaciones del empleo público (Vid. Tratado del Derecho del Trabajo, tomo I, Mario Ackerman, Director; Diego M, Tosca, Coordinador; Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pags.192 y subs..)

Así también, debe recordarse que el derecho del trabajo es de **orden público**, y por lo tanto de carácter irrenunciable y obligatorio. Dice el Dr. Julio Grisolia que el Derecho del Trabajo es un derecho de integración social: sus principios y normas —principio protectorio, de irrenunciabilidad, normas de orden público, limitación de la autonomía de la voluntad- obedecen al interés general. Es tuitivo: protector, tutelar del trabajador que es la parte más débil en la relación laboral. (vid Grisolia, Julio, capítulo I y V, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Abeledo Perrot, Bs As., 2011).

Es que la relación de empleo público se encuentra comprendida dentro de lo dispuesto por la Constitución Nacional (art. 14 bis, 31 y 75 inciso 22), como así también por los convenios de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, de carácter suprallegal (es decir, de una jerarquía superior a las leyes de acuerdo al artículo 75, inciso 22) y que poseen operatividad propia, los cuáles consagran la protección del trabajo sin distinguir, en general, entre





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE SAN MARTIN 2

empleo público y privado (vid. Tratado del Derecho del Trabajo, tomo I, Mario Ackerman, Director; Diego M, Tosca, Coordinador; Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pags.496 y subs..).

Dentro de esta tesitura se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en el caso “Cerigliano”, en cuanto a quiénes no se encuentren sometidos a la Ley de Contrato de Trabajo -en tanto desempeñen tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública, nacional o local- gozan de la protección conferida por el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional subrayando que el mandato constitucional según el cual “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, incluye al que se desarrolla **tanto en el ámbito privado como en el público** (CSJN C 1733 XLII, “Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control” del 19/04/2011).

III) Corresponde, asimismo, hacer referencia en particular a la actividad de los trabajadores de la salud, debiendo ponderarse que la **Enfermería** tiene una singular especificidad que la distingue de otras actividades.

Es numerosa e inabarcable la bibliografía internacional que se ha dedicado a estudiar la naturaleza, dificultades y complejidad de esta profesión. También son abundantes los estudios que se han realizado en América Latina y en nuestro propio país sobre este específico tema.

Y más allá de las naturales diferencias e interpretaciones, **existe prácticamente unanimidad en que la profesión de la enfermería constituye una actividad sumamente riesgosa, estresante y de carácter insalubre.** De



los numerosos estudios publicados puede inferirse que, en el gerenciamiento de los sistemas de salud pública, las autoridades deben afrontar, con suma prudencia y fundamento, la gestión del sistema de trabajo. Asimismo, deberían reunir la mayor cantidad de información posible y opiniones disponibles antes de tomar decisiones importantes, como un cambio en el sistema de trabajo y ello es así porque la información sistemática y estructurada, orientada a evaluar la consecución de objetivos, que utilice indicadores válidos, sensibles, específicos y compartidos, representa un activo intangible de enorme importancia para la gestión de los sistemas de salud pública, (vid. “La transparencia en la toma de decisiones de salud pública”, Anna García-Altés, y Josep M. Argimon, Revista Gaceta Sanitaria, Número S1, Noviembre 2016, Vol. 30, Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria -SESPAS-, Barcelona).

Sobre todo, porque cualquier decisión que pretenda organizar la actividad de un orden burocrático y elevar su productividad con mayor eficacia (logro de objetivos) y eficiencia (utilización óptima de recursos) debe tener en cuenta los riesgos que se afrontan al poner en práctica un eventual sistema de trabajo mal diseñado, puesto que ello puede traer consecuencias negativas en la salud de los trabajadores (vid “La productividad y el riesgo psicosocial o derivado de la organización del trabajo”; RICARDO FERNÁNDEZ GARCÍA, San Vicente Alicante, Club Universitario, DL 2010).

El desgaste físico y el agotamiento emocional de los profesionales de la salud en general y de la enfermería en particular, ha sido destacado reiteradamente en publicaciones científicas argentinas de prestigio internacional





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

como Caicyt-Conicet.(vid **ELIANA AZPIAZU**, becaria postdoctoral, en “Las condiciones laborales de las y los enfermeros en Argentina: entre la profesionalización y la precariedad del cuidado en la salud.” Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas / Grupo de Estudios del Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Nacional de Mar del Plata. Trabajo y Sociedad Sociología del trabajo- Estudios culturales- Narrativas sociológicas y literarias NB - Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas, CAICYT -Centro Argentino de Información Científica y Tecnológica- y CONICET Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Nº 28, Verano 2017, Santiago del Estero, Argentina ISSN 1514-6871 - www.unse.edu.ar/trabajosociedad.)

Si a ello se le suma la realización de esta actividad **en horario nocturno**, se pueden advertir los serios problemas que ella acarrea. Así dice el mencionado Fernández García -especialista en seguridad del trabajo industrial, higiene, ergonometría y psicología aplicada-, sobre el trabajo nocturno en general (ob. cit): “Otro aspecto importante es el trabajo a turnos y nocturno, ya que pueden desembocar en serias alteraciones del equilibrio físico, psíquico o social de las personas. Es importante que, cuando el trabajo implique la existencia de este tipo de organización del tiempo, se diseñen los horarios adaptándose lo más posible a las exigencias del organismo y a las necesidades personales de los trabajadores” (pág. 43).

Debo recordar que para la OMS, “...la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la



Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100, que entró en vigor el 7 de abril de 1948).

Sobre la **insalubridad** de la actividad, la misma Ley de Ejercicio de la Enfermería N° 24.004, parcialmente reglamentada, dice en su **artículo 24** 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, licencias, jubilación, condiciones de trabajo y/o provisión de elementos de protección, considéranse **insalubres** las siguientes tareas de la enfermería:

a) Las que se realizan en unidades de cuidados intensivos; b) Las que se realizan en unidades neurosiquiátricas; c) Las que conllevan riesgo de contraer enfermedades infecto-contagiosas; 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”.

Como se puede observar, de acuerdo a la descripción y relato que ha hecho la actora en su primera presentación –situación que no ha sido controvertida en lo esencial por la demandada- y, también, por los mismos testigos de la causa, estas actividades son, en términos generales, similares a las enumeradas en el artículo 24 (ver “Hechos” relatados por la actora).

Por otro lado, se ha sostenido que el **trabajo nocturno** es, por sí solo, un factor de riesgo psicosocial que provoca trastornos de sueño, gastrointestinales y cardiovasculares, fatiga crónica, pérdida de atención, trastornos músculo-esqueléticos y perturbaciones psicosociales (vid, entre otros “Los riesgos





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio”, NEFFA, JULIO CÉSAR, pág. 145, Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Ciencias Económicas Centro de Estudios e Investigaciones Laborales - CEIL-CONICET Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo. Centro de Innovación para los Trabajadores Universidad Nacional de Moreno. Departamento de Economía y Administración Editorial, 2015; y “El trabajo nocturno como factor de riesgo psicosocial”, MONGUI SÁNCHEZ, HILDA MARGOTH, Avances en Enfermería; Vol. 11, núm. 2 (1993); también “El trabajo nocturno y sus implicaciones en la salud de médicos, enfermeras y oficiales de seguridad de los hospitales de la Caja Costaricense del Seguro Social en Costa Rica”, ANA IMELDA BARAHONA MADRIGAL y otros Med. Leg. Costa Rica, vol.30.1, Heredia, Mar. 2013).

De acuerdo a bibliografía argentina especializada, entre las problemáticas que enfrentan los trabajadores de la enfermería se encuentran, además de las deficientes condiciones laborales, el pluriempleo, la sobrecarga laboral (tanto por horarios extremos como por trabajo nocturno y en fines de semana), los bajos salarios, la persistencia de precarización de las formas de contratación y la carencia de infraestructura e insumos (vid ARIELA MICHA, “Las condiciones de trabajo de la enfermería en Argentina: algunos determinantes político-institucionales”, ESTUDIOS DEL TRABAJO N ° 49 / 50, Enero-Diciembre 2015, págs . 61-90).

Con respecto a la precarización del sistema laboral del personal de enfermería, corresponde señalar que, en los presentes actuados, si bien la



demandada ha sido reticente cuando se le solicitaron precisiones sobre la modalidad contractual de los actores y la documentación respectiva (con el objeto de precisar el régimen legal aplicable), se puede observar que varios de los trabajadores aquí presentados poseen contratos temporarios, lo cual es coherente con la precarización general del empleo que sufren los trabajadores de la Enfermería en general, todo ello concordante con lo descripto en los artículos científicos citados. Esto concuerda también con el testimonio de la Lic. MÓNICA SORBARA que manifestó, sobre el personal de enfermería, lo siguiente: “La mayoría son contratados y los hay de 17 y 20 años de antigüedad y que la minoría es de planta permanente”.

En el caso de autos, debe señalarse, que algunos de los actores tienen una modalidad contractual irregular, que puede ser calificada de “precarizada” de acuerdo a los estándares de nuestro régimen laboral: es decir, la celebración de contratos precarios pensados originalmente para tareas temporales, de carácter transitorio y a plazo que, contrariamente a lo dispuesto legalmente (art. 9 de la Ley N° 25.164), se utilizan para labores de carácter permanente.

Son contratos que, durante años, se renuevan sucesivamente sin promover el ingreso del personal a la Planta Permanente, violando la normativa y el espíritu de la legislación vigente sobre empleo público, con el objetivo, como ha dicho la Corte Suprema, de “encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado.”(Vid considerando 5, Fallos: 333:311, “Ramos Jose Luis c/Estado Nacional s/indemnización por despido” dictado el 06/04/2010. También "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa D'Atri, Marisa Elizabeth c/ Universidad Nacional de





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE SAN MARTIN 2

Quilmes si despido", CSJN, 17 de septiembre de 2013. Vid. Duarte, David, Visión nacional y provincial del empleo público, 6 de junio de 2010, La Ley Online.).

IV) Con respecto a la **extensión de la jornada de trabajo**, existen principios generales de la normativa internacional y nacional. La ORGANIZACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, trata la cuestión en el Convenio N° 1 sobre las horas de trabajo:

Artículo 2.- “En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de **ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana (...).**”

Luego se admite que puede haber excepciones a esta regla, pero siempre resulta útil la cita para tener una referencia de **8 horas como principio general** de lo que resulta razonable para la OIT.

Así también, la cuestión sobre la inconveniencia de la implementación de horarios extensos de doce o más horas, en esta actividad profesional, ha sido un tema fundamental del que se han ocupado varias publicaciones científicas internacionales. Por ejemplo, es el caso de la British Medical Journal que publicó un estudio realizado recientemente en doce países europeos, en 488 hospitales, entre los años 2009 y 2010, en base a más de 31.000 casos. En esa investigación se destaca, entre otros problemas, la situación de agotamiento emocional y el desarrollo del síndrome de desgaste profesional que sufren los enfermeros y enfermeras que trabajan en turnos iguales o mayores de 12 horas



(confr. British Medical Journal, revista médica publicada semanalmente en el Reino Unido por la Asociación Médica Británica, artículo titulado: “Association of 12 h shifts and nurses’ job satisfaction, burnout and intention to leave: findings from a cross-sectional study of 12 European countries” de Chiara Dall’Ora y otros, UK, 2015).

Según las conclusiones de la investigación, los resultados plantean importantes cuestiones tanto para los cuadros gerenciales como para los empresarios del sector quienes, se infiere, deberían ser conscientes de los efectos potenciales del agotamiento, puesto que la imposición de jornadas agotadoras aumenta el riesgo de cometer errores e influye en la calidad de la atención sanitaria, el bienestar de los empleados y provoca un aumento del ausentismo laboral (British Medical Journal, ob. cit. p.5).

En lo que respecta a la **normativa argentina**, se ha regulado la extensión de la jornada laboral a través de la Ley N° **11.544** estableciendo, como principio general y en consonancia con lo dispuesto por la OIT citado (del cual también se pueden hacer excepciones razonables), que “la duración del trabajo no podrá exceder de **ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas**” (art. 1). Asimismo la norma dispone que la **jornada de trabajo nocturno** “no podrá exceder de **siete horas**, entendiéndose como tal la comprendida entre las veintiuna y las seis horas” (art. 2). Agrega la ley 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





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

salud de los obreros ocupados, la duración del trabajo no excederá de **seis horas diarias** o treinta seis semanales.

Dicha ley resulta **aplicable también a la Administración Pública** como lo señala su art. 1º “..en explotaciones públicas o privadas...”. Se ha sostenido que “...el régimen alcanza a toda clase de actividades, **cuando el dador de trabajo es el Estado, procede también aplicar la limitación de la jornada...**” (vid Tratado de Derecho del Trabajo, Vazquez Vialard, tomo 4, Astrea, Bs. As., pag. 24, edic. 1983).

El texto de la ley 11.544 no ha sido modificado, ni dejado sin efecto, ni por la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional –ley 25.164- y menos por un Decreto (Dec. 214/06).

Así también, la LCT en su **artículo 200** dispone que la jornada de trabajo íntegramente nocturna no podrá exceder de **siete horas**, entendiéndose por tal la que se cumpla entre la hora veintiuna de un día y la hora seis del siguiente. Con respecto a la jornada de trabajo en tareas o condiciones **declaradas insalubres**, el artículo establece que no podrá exceder de **seis horas** diarias o treinta y seis semanales.

Por otro lado, resulta ilustrativo el Decreto N° 58/2015 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, que si bien prescribe un régimen especial de jubilaciones beneficioso para el personal que habitualmente realiza tareas en los **hospitales dependientes de la Dirección Provincial de Hospitales del Ministerio de Salud**, en los considerandos se citan determinados informes técnicos en donde se desprende que los trabajadores de la salud “que se desempeñan en los distintos agrupamientos técnico, servicio,



obrero, administrativo y profesional resultan pasibles de **agotamiento prematuro**, por encontrarse expuestos a riesgos psicosociales que podrían producir daños específicos en la salud.” Es así, agrega tal decreto que “mediante **inspecciones practicadas por el Ministerio de Trabajo** en diversos establecimientos hospitalarios, se han detectado factores de riesgo psicosocial relacionados con las condiciones ambientales, químicas y biológicas que rodean al trabajador en su lugar de trabajo, las que traen aparejadas trastornos de salud como depresión, estrés, ansiedad - entre otros -, como consecuencia de un **desgaste o agotamiento prematuro**”.

Es decir, encontrándose reconocida doctrinaria, legislativamente y en jurisprudencia la precariedad laboral, la situación de labor insalubre y estresante del trabajo hospitalario, el riesgo físico-psíquico y en turno noche, más el potencial riesgo para la salud de los pacientes atendidos, no es difícil deducir -e inducir- que todos estos elementos forman **un complejo de razones suficientes** como para que la Autoridad Pública deba ponderar con extremo cuidado y fundamento (que debe hacerse público) cualquier decisión de carácter estructural como la que se cuestiona en las presentes. Sobre todo porque estamos ante doce años o más de vigencia de **otro sistema** que imponía un límite máximo de jornada diez horas para los enfermeros nocturnos. Es por este tipo de situaciones que el Derecho Administrativo comparado requiere -como requisito esencial- la explicitación de los fundamentos que deben motivar las decisiones de la Autoridad Pública (ver Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo III, Parte general. 11ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2013, El acto administrativo. Formalidades, capítulo X).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

Es claro que, la extensión de la jornada de trabajo de la envergadura que se discute en autos, debió haber sido estudiada, regulada, consultada y debatida razonablemente por parte de las autoridades del Hospital y de los representantes sindicales de los gremios paritarios.

V) En cuanto a las normas aplicables al sub examine, cabe destacar que la suscripta no desconoce el dictado del **Decreto 214/06** (posterior a la Resol 95/05, invocada por los actores), para imponer una resolución que considera derogada. Cabe aclarar, que el **Dec. 214** (Convenio Colectivo General aplicable a la Administración Pública en general) si bien establece en el **art. 43** límites para la extensión de la jornada **mensual (dice no podrá superar las 180 horas por mes), no establece límites a los horarios semanales.**

En cambio, la representante de la demandada, **nada dice** del Decreto N° 1133/2009, que homologó el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del Personal Profesional de los Establecimientos Hospitalarios y Asistenciales e Institutos de Investigación y Producción dependientes del Ministerio de Salud, y que dispone un límite a la jornada de trabajo en forma semanal, en el **artículo 77: “La carga horaria semanal será de CUARENTA (40) horas, con las particularidades que se establecen en el presente para algunas modalidades operativas específicas y podrán incluir tareas de atención domiciliaria y en Centros de Atención Primaria de la Salud para el caso del Agrupamiento Asistencial.”**

Claramente, en el sistema diseñado por la Resolución 2017-333 aquí cuestionada se vulnera el límite dispuesto en el **artículo 77** en cualquiera de las formas posibles, a saber: Si en 1 semana se trabajan 4 días de 12 horas es igual



a **48 horas**, o realizado un promedio entre una semana en que se trabajan 3 días (36 horas) con otra que se trabajan 4 días (48 horas) también se supera el mínimo de 40 horas del decreto 1133/09, ya que se trabajan **42 horas semanales (36 + 48 dividido 2 es igual a 42)**.

La demandada, hace referencia a una supuesta “gravedad” de la situación actual y de que se pondría en “serio riesgo la vida y la salud de los pacientes” si se continúa con el sistema de 10 horas dispuesto por la Resolución 95/05 (ver informe art. 8º).

¿Quiere decir esto, entonces, que hubo un sistema de extremo riesgo vigente desde hace 12 o más años? Por lo cual, siguiendo este razonamiento, estaríamos ante una grave negligencia por parte de las autoridades de dicho Hospital desde hace más de una década.

¿Y en todos los demás hospitales del país que no tienen un régimen de 12 horas nocturnas, también estaría en riesgo la salud de los pacientes?

Pues bien, afirmo que el argumento de la accionada no se sostiene y su retórica argumentativa resulta sin sustento probatorio.

Cabe aclarar que, respecto de lo que sostiene la demandada referido a los enfermeros que trabajan en Hospitales de la Ciudad de Bs. As. sábados, domingos y feriados, llamados franqueros, **se ha omitido hacer alusión** a los fallos de la justicia de la Ciudad que han dictado medidas cautelares a fin de **reducir dicho horario de 12 horas diarias a 6 hs diarias**. Así en la causa “Meneses” (expte. G-10668-2015/1 del 8/7/2015) y “Castillo” (expte. 35126/2012) tanto la Cámara como el Tribunal Superior de Justicia de la CABA sostuvieron, que la jornada de 6 horas debe entenderse como justificada





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

en su cantidad por el carácter propiamente riesgoso que hace al concepto mismo de insalubridad y que de continuar realizando una jornada laboral de 12 horas continuaría causando un grave perjuicio irreversible en su salud.

Debe hacerse aquí una referencia a la testigo ofrecida por la actora, Dra. Alicia Laura Panigazzi (jefa médica de terapia intensiva pediática), quien preguntada sobre el sistema de trabajo del Hospital Posadas realizó una serie de aseveraciones que hacen de sus manifestaciones juicios de carácter poco sólido, en razón de su propio reconocimiento: dijo que **no tiene trato “directo”**, salvo el contacto que pudo haber tenido “esporádicamente” **con los enfermeros del turno noche** (respuesta a tercera pregunta). Esto se explica porque su horario de trabajo (8 a 14 hs., según su respuesta segunda), no coincide con las jornadas nocturnas que están aquí en debate. Es decir, que la testigo describe algo que admite no constarle personalmente, sin embargo expresa luego -con demasiada contundencia- que no existe “ningún tipo de diferencia” entre una jornada de diez o doce horas (respuesta décimo primera) y que no recuerda el caso de un enfermero que haya hecho turnos de 24 horas (misma respuesta al final). También refiere que el trabajo en cuestión no es insalubre en el Hospital (respuesta decimotercera), contrariando los reiterados estudios, testimonios y la misma legislación que así califican a determinadas funciones de enfermería como las que aquí se debaten (la ley nro. 24.004 establece en el art. 24 inc. a) “Las que se realizan en unidades de cuidados intensivos”). Cabe destacar, que dijo que el Hospital **cuenta con pocos enfermeros, y reconoce que se debería aumentar la cantidad de ellos** (respuesta a la pregunta cuarta de la Dra. Forgueras), lo cual muestra cierta contradicción en sus dichos.



El testimonio de la Dra. Panigazzi no resulta idóneo para clarificar esta causa. Como dice el procesalista Dr. Falcón, la idoneidad es la calidad de pureza que requiere un testigo para producir convicción en el juzgador y en este caso, es claro que nada puede aportar una persona que pretende juzgar con ostensible parcialidad, algún grado de incoherencia y con frases categóricas un sistema de trabajo (la enfermería en turno noche) que dice desconocer y con cuyos protagonistas prácticamente –según sus propios dichos- no tiene contacto (Falcón, Enrique; Tomo III, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial; Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011, pág. 227).

Así también, la testigo MÓNICA SORBARA, jefa del Departamento de Enfermería, reconoce que -por su propia experiencia- el trabajo de enfermería de turno noche “es agotador”.

Sobre las formas concretas de trabajo de los enfermeros en el Hospital Posadas, véase testimonio de la médica Dra. MIRTHA JAIME, en respuesta a la pregunta cuarta:

“Los enfermeros trabajan de hace más de treinta años en condiciones de trabajo desfavorable, donde están expuestos a falta de recursos donde se ven sobrecargados en las tareas que deben realizar, fundamentalmente en áreas críticas en las guardias y también en los pisos, con pacientes críticos, complejos (...) la gran cantidad de pacientes que a veces tienen a su cargo atenta contra la calidad de atención del paciente y le genera un desgaste físico psicológico a lo que se suma la falta de insumos (...) no tienen lugares de descanso, muchas veces ni siquiera pueden cumplir con sus necesidades fisiológicas por la gran demanda de atención (...).”





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

Su testimonio no se puede descalificar por su pertenencia a un gremio (CICOP, Asociación Sindical de Profesionales de la Salud de la Provincia de Buenos Aires), ya que además de ser médica del Hospital, con mucha antigüedad, tal posición resulta de mayor ilustración a la causa en contrario de otros testimonios de personal también subordinado a la demandada.

VI) En relación particular a la Resolución N° 2017-33 APN-DNE HP dictada por el Director del Hospital Posadas –cuestionada en autos- y en el proceso de preparación de ese acto administrativo, debo advertir, como primera cuestión, que las observaciones críticas al acto administrativo 2017-333-APN-DNE HP que se expondrán a continuación, no pueden interpretarse como una pretensión, por parte de la suscripta, de intervenir en la denominada “esfera de discrecionalidad” de la Administración, lo cual –como se sabe- es materia ajena al control judicial.

Por eso, debe subrayarse –y con particular énfasis- que no es función de los jueces sustituir a la autoridad administrativa en el ejercicio de la propia competencia, ni mucho menos juzgar el mérito, la oportunidad y conveniencia de lo acordado, extremo que solo cabe a quien está dotado de la aptitud legal para hacerlo. Es así que el Alto Tribunal ha sostenido que la competencia jurisdiccional es revisora y no sustitutiva. Sobre esta cuestión, véase -entre otros- decisiones del Alto Tribunal en Fallos: 304:721 y 327:548.

Por el contrario, con el dictado de la presente resolución judicial se está ejerciendo el debido control jurisdiccional que ocurre cuando una decisión administrativa ha devenido, para un magistrado, en un acto ilegal e irrazonable y, por tanto, arbitrario.



En el caso de autos, entiendo que la Resolución 2017-333 viola lo dispuesto en la normativa vigente y cercena los derechos de los trabajadores de la enfermería del Hospital Posadas, generando un sistema de trabajo extenuante, en un ámbito insalubre e irrazonable, que al mismo tiempo pone en riesgo un sistema eficaz y eficiente de atención de los pacientes por los eventuales accidentes o errores que puedan producirse.

Por las razones ya expuestas, considero que asiste razón a la demandante cuando afirma que resulta irrazonable establecer una jornada nocturna y obligatoria de 12 horas para una profesión como la enfermería (ver escrito de demanda).

Por otro lado, si se realiza una simple lectura de la Resolución N° 2017-333, se puede observar que ella carece de argumentos suficientes para un fundar un cambio en el sistema de trabajo tan complejo e importante como es el régimen de horarios y la extensión de la jornada de trabajo y, por tanto, esta resolución carece de la debida fundamentación, que la doctrina administrativista denomina “motivación”. Es por ello que, el acto administrativo dictado por el Director de Hospital Posadas resulta ser NULO, de acuerdo al artículo 7 inciso e de la Ley N° 19.549, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: ARTICULO 7. Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) Motivación. e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

Efectivamente, entre los fundamentos de la Resolución mencionada, se puede observar que los primeros seis párrafos están exclusivamente referidos a las normas de carácter general que habilitarían la competencia del Director del Hospital a dictar el acto administrativo, pero a renglón seguido, se puede advertir de dicha Resolución que están absolutamente ausentes los fundamentos sustanciales por los cuales se resolvió cambiar el sistema de horarios y extender la jornada de trabajo.

En otras palabras, no sabemos por qué el Sr. Director del Hospital decidió el cambio de sistema de horarios y extensión de la jornada de trabajo de los enfermeros nocturnos.

En el séptimo y único “considerando” que contendría las razones del dictado de ese acto administrativo, se expresa lo siguiente: “Al decir que en atención a la cantidad de pacientes que diariamente son atendidos en el HOSPITAL se advierten dificultades operativas en el Departamento de enfermería, dependiente de la DIRECCION GENERAL DE ASISTENCIA MEDICA, por lo que resulta necesario establecer la modalidad operativa del personal afectado al Servicio de enfermería, a fin de asegurar una atención adecuada a los pacientes.”

Aquí, el Sr. Director del Hospital hace referencia a que, en atención a la cantidad de pacientes, se advierten “dificultades operativas” (que no se explicitan cuáles son). Ese breve considerando constituye todo el argumento que expresa el Sr. Director del Hospital para realizar un cambio tan importante y sustancial como es la extensión de la jornada de trabajo de los enfermeros nocturnos. Es así que el titular del nosocomio resuelve de esta manera



infundada imponer una nueva “modalidad operativa”, estableciendo una extensa carga horaria (12 horas) a los trabajadores nocturnos, en una actividad, como ya se advirtió, extremadamente compleja, estresante e insalubre.

En cuanto al procedimiento del trámite administrativo, cabe mencionar las actuaciones (Expediente EX2017-10776120-APN-DGAYF#HP, agregadas a fs. 215/245), que tuvieron por objeto preparar el dictado del acto administrativo en cuestión, se inician el 2 de junio de 2017. Se deja constancia que no se ha podido obtener una fotocopia certificada de las actuaciones, constituyendo una impresión simple de la versión digital, según manifestaciones de la propia demandada.

En esa misma fecha, 2 de junio de 2017, el Director General de Asistencia Médica, Dr. JORGE OMAR PALMIERI, se dirige al Director General de Recursos Humanos, Dr. JUAN IGNACIO LEONARDI, solicitándole una reformulación de los esquemas horarios de los turnos de enfermería a fin de evitar “importantes inconvenientes asistenciales” que no describe ni analiza. Asimismo le solicita métodos “abreviados” debido a una supuesta situación de “necesidad y urgencia” que tampoco explica ni acredita. Y aquí yerra la demandada al manifestar que “las falencias” del sistema están expresadas en la nota del Director General de Asistencia Médica (punto 6 del escrito de contestación del informe art. 8º). El Dr. Palmieri no expresa absolutamente nada en tal sentido.

A continuación, el Director Dr. Leonardi, asiente la solicitud (sin dar razones tampoco) y manifiesta, sin más fundamentos, que resulta “necesario





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

llevar a cabo las acciones pertinentes a fin de dar respuesta a las cuestiones planteadas”, propiciando un nuevo esquema de horarios de trabajo.

Es decir, que tenemos una autoridad del Hospital (Director Dr. Leonardi) que -sin dar razones- consiente la iniciativa de otro funcionario (Director Dr. Palmieri) que tampoco las brinda y con el argumento de una supuesta “urgencia” no explicitada (luego de 12 o más años de vigencia de otro sistema) imprimiéndole al expediente un trámite acelerado que oscurece aún más el procedimiento.

A continuación se remiten notas por correo electrónico -5/6/2017- para que los dos sindicatos paritarios, Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y UNION PERSONAL CIVIL DE LA NACION (UPCN) expresen su opinión. Luego se celebró una brevísima reunión, de acuerdo al acta del 17/6/2017, en donde los dirigentes sindicales consienten la nueva modalidad horaria propuesta y, con el mismo estilo de los funcionarios mencionados, tampoco expresan por qué opinan igual que las autoridades (sobre la representatividad y actuación de los dirigentes sindicales ocuparé más adelante).

Finalmente, luego de un paso formal por el Departamento Legal, el expediente llega al despacho del Director del Hospital quien, en el mismo día, dicta la Resolución 2017-333, sin agregar tampoco ningún fundamento sustancial de por qué ha dictado el acto aquí cuestionado.

Debe señalarse que de acuerdo a las constancias del citado expediente administrativo, y **con anterioridad** al dictado de la Resolución 2017-333, no hay ningún informe técnico ni ninguna intervención de parte del personal técnico o administrativo, ni de jefaturas departamentales ni de ningún



profesional especialista (en las áreas en las que se deberían realizar la reformas horarias) que hayan intervenido u opinado sobre esta delicada e importante cuestión **previamente** al dictado de la norma.

Es decir, la ausencia más absoluta de fundamentos u opiniones técnicas o gremiales es una constante en todo el expediente en el que se preparó el dictado del acto administrativo: no hay informes técnicos ni profesionales, ni de jefaturas departamentales, y están totalmente ausentes, también, los fundamentos de los sujetos intervinientes, ya fueren funcionarios (Directores Leonardi y Pamieri), sindicalistas (ATE y UPCN) o el mismo Departamento de Legales (fs. 233) que, si bien no le corresponde pronunciarse sobre el mérito, oportunidad o conveniencia del acto propiciado, podría haber señalado estas graves falencias de falta de respaldo argumental y técnico, a los fines de ser suplidos.

Y remarco que la Resolución fue firmada el mismo día que llegó al despacho del Director del Hospital a los efectos de poner de relieve un indicio más que demuestra el escaso tiempo de análisis y ponderación que el Director del Hospital le ha dedicado a esta específica y problemática cuestión (vid testimonio Lic. Sorbara en cuanto describe que en el Hospital trabajan entre 1000 a 1100 enfermeros).

Por otra parte, de acuerdo a las constancias del expediente administrativo, se puede examinar la opinión posterior al Acta de la Lic. Sorbara, jefa del Departamento de Enfermería, que tampoco fundamenta demasiado sobre las razones del cambio de horario. Sobre todo debe señalarse que la nota data del mes de julio, probablemente, 10/7/2017, según el





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

expediente, es decir, más de dos semanas después de dictada la Resolución 2017-333..

Por lo pronto, debo resaltar que no asiste razón a la demandada cuando sostiene que “la jefa de enfermería como los supervisores venían reclamando y solicitando un cambio en los turnos en función de los graves problemas” que se producían.

Es decir, no consta que lo hubieran hecho en el expediente administrativo, con anterioridad al dictado del acto administrativo como sugiere la demandada. Lo mismo puede decirse de todas las notas agregadas del mismo tenor, que son **también posteriores** al dictado de la norma.

De todas formas, cabe señalar que las brevísimas notas sin argumentación firmadas por el Director General de Asistencia Médica y del Director General de Recursos Humanos, aunque hubieran sido fundadas no pueden tampoco sustituir la absoluta falta de fundamentación del Director del Hospital en su Resolución 2017-333, que -por otro lado- no cita expresamente en sus considerandos.

En tal sentido, concluye Cassagne, “(... la Administración se encuentra obligada, bajo sanción de nulidad absoluta, a proporcionar las razones por las cuales optó por una decisión entre dos o más posibles. En rigor, la motivación de las decisiones discrecionales es una garantía que hace al cumplimiento de los fines de interés público que persigue la Administración que deben exteriorizarse al momento de emitirse el acto administrativo. No cabe admitir la motivación contextual o *in aliunde*, es decir, la que surge del expediente (formalidades previas) ni tampoco la que se produce *ex post facto*.” (Juan



Carlos Cassagne; La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial, LL 2008-E, 1274.)

Esto también descalifica la contundente aseveración de la demandada quien afirma que la Resolución 2017-333 “se encuentra claramente motivada conforme a los antecedentes del expediente administrativo que se adjunta” (informe art. 8º). Nada más alejado de la realidad, conforme la prueba aportada en las presentes.

Debe resaltarse una vez más que, la exigencia de motivación en los actos administrativos no es una disquisición doctrinaria ni un requisito de carácter formal o de ritualismo burocrático riguroso en la práctica cotidiana de la Administración Pública. Por ejemplo, no hay más que comparar esta Resolución con su antecesora, la Resolución “93/05” del entonces Interventor del Hospital Posadas (fs. 53/57 vta.), para comprender cuándo una norma está debidamente fundamentada y cuándo no.

Pues bien, como no se expresaron las razones del dictado de la resolución 2017-333 por parte de los funcionarios, sindicalistas o el mismo Director del Hospital, examinaré la nota posterior de la Lic. Sorbara.

La Lic. Sorbara, luego de una breve descripción, explica que los esquemas de horarios vigentes del personal de enfermería generarían una situación de “desfasaje”. Debo dilucidar que cuando una jefa hace referencia a un “desfasaje” de horarios, está queriendo significar que, con el viejo sistema de horarios implementado por resoluciones anteriores, habría una suerte de desajuste, desacople o desarticulación que ocurriría en el momento de los ingresos y salidas del personal de enfermería de diferentes turnos. Y como





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

consecuencia de ello, infiero, existirían márgenes de tiempo con escaso personal de enfermería presente, y esto es lo que pondría en riesgo la salud de los pacientes del Hospital.

Se insiste, en que debemos recurrir a la nota de la Lic. Sorbara como un elemento interpretativo, porque la Resolución aquí criticada no brinda ninguna razón sobre el tema que pretende reorganizar. Pero, el informe citado, también posee una manifiesta precariedad argumentativa, puesto que no hace referencia a la posibilidad de contratación de más personal e insiste con la idea de su superior jerárquico –el Director del Hospital- de aumentar horas al personal de enfermería, sin tener en cuenta la problemática del trabajo nocturno e insalubre que prestan periódicamente y el carácter agotador de la función de la enfermería que ella misma reconoce en su testimonio (como ya se ha explicitado).

El informe de la Lic. Sorbara (como la exigua fórmula de la resolución de “dificultades operativas”), por ejemplo, no puede explicar las razones por la cuáles no se contrata otra plantilla de personal del régimen de 6 horas diarias que, en vez de ingresar a las 14 y retirarse a las 20, ingrese a las 15 y se retire a las 21 y de esta manera cubrir el “desfasaje” de horarios entre las 20 y 21. Lo mismo puede señalarse con respecto al supuesto “desfasaje” que ocurriría entre las 7 am y 8 am. Tampoco explica cómo este sistema de diez horas sobrevivió doce o más años sin que existan constancias de denuncias sobre la gravedad de la situación en que se trabajaba antes, ni tampoco indaga sobre la situación de agotamiento que provoca al personal, sobre todo el que pertenece a la fracción de trabajadores de mayor edad (ver su testimonio en autos).



Por otro lado, debe destacarse que, así como en el hipotético régimen de 12 horas se abonarían las dos horas suplementarias en la nueva estructura horaria (al pasar de 10 a 12 horas), esto significa que la contratación de nuevo personal (para cubrir ese “desfasaje”) no puede ser una cifra demasiado superior a la que ya se tiene presupuestada para el pago suplementario del personal de enfermería actual. Por lo cual, ni siquiera se puede alegar un tema de escasez de recursos económicos. De todas maneras, ni en la Resolución ni en el texto de contestación de demanda se ha alegado la escasez de recursos como motivo para agregar más horas al personal existente en vez de contratar nuevas plantillas de personal.

Así también, debe recordarse que el Derecho a la Salud –“Derecho Social” por excelencia- de los habitantes que se atienden en un Hospital Público debe ser obligatoriamente garantizado por el Estado Nacional quien debe proveer los recursos necesarios para el funcionamiento del nosocomio (vid artículo de ISAAC AUGUSTO DAMSKY, “La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos” en Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico, David Cienfuegos Salgado (coord.), María Carmen Macías Vázquez (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.).

Por tanto, no puede aceptarse que la única solución a un supuesto “desfasaje horario” sea imponer la obligatoriedad de jornadas fatigosas bajo amenaza de sanciones o represalias de otro tipo.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

Y aquí -como dice Cassagne- queda claro que, con la ausencia de motivación en los actos administrativos, se vulnera también el derecho defensa y al debido proceso, a ser oído, a ofrecer y producir prueba, puesto que el ciudadano/administrado afectado –en este caso los enfermeros nocturnos- no pueden fundamentar y ni siquiera oponer un recurso administrativo alguno, porque no se conocen las razones por cuáles se ha dictado la norma de cambios y extensión de horarios (Juan Carlos Cassagne; La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial, LL 2008-E, 1274).

Como se sabe, la fundamentación o motivación de un acto administrativo, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su dictado, o sea sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada (Ver Gordillo Agustín, ob. cit., Tomo III, El acto administrativo. Formalidades, capítulo X, pag. X-15).Y, como ha sostenido el maestro Agustín Gordillo, la exigencia de motivación no es una cuestión meramente formal, sino que hace a la esencia de un orden democrático puesto que la lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de *“la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos”*(Gordillo, ob. cit., Tomo I, El acto administrativo. Formalidades, capítulo X, pag. X-14).



Para Gordillo, la omisión de la motivación determina, por regla, la nulidad del acto, aunque a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirlo, impropriamente, con un vicio solamente formal, cuando en verdad, la falta de motivación implica no sólo un vicio de forma, sino también -y principalmente- un vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto. “La antijuricidad de tal conducta –asevera el jurista- impide ver en tal acto un vicio leve y tal omisión tiene un carácter gravísimo, privando al acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad.” (Gordillo, ob. cit., Tomo 8, pág. 352, Capítulo IX Vicios del acto administrativo, objeto y competencia).

Y un acto discrecional de la Administración **que carece de motivación** y que no tiene el debido fundamento hace que el acto administrativo devenga arbitrario. La prohibición de arbitrariedad -como infiere Cassagne- posee base constitucional y configura un límite para el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración; esto implica una garantía para el administrado, constituyendo, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y en el sometimiento de la Administración al derecho y es por este motivo que la revisión judicial debe de ser amplia y comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como las cuestiones jurídicas o de derecho (Juan Carlos Cassagne ; La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial, LL 2008-E, 1274).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

La jurisprudencia en general y la misma Corte Suprema, ha expresado esta tesitura en reiteradas oportunidades, señalando que fórmulas abstractas, ambiguas y de carácter general como la invocación de “razones de reorganización administrativa”, “necesidades operativas” o “razones de oportunidad mérito y conveniencia” son insuficientes para *motivar* el acto administrativo (Ver, entre otros, CSJN. 8 de abril de 2008, S.2488, L.XLI, Schnaiderman, Ernesto Horacio c/Estado Nacional, Secretaria de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación” y CSJN. S. 897. XLV. 27 de diciembre de 2011 “Silva Tamayo, Gustavo E. c/PEN –Sindicatura Gral. De la Nación –Resol 58/03 s/empleo público”).

Y si el acto administrativo carece de motivación, adolece de la ausencia de este elemento esencial del acto administrativo, siendo este uno de los motivos por los cuáles el acto deber ser declarado nulo (ver Régimen de Procedimientos Administrativos, Ley N° 19.549, Revisado , ordenado y comentado por Tomás Hutchinson, 9° edición, 2013, Astrea, Buenos Aires, pág. 84 y ss.. y “El principio de razonabilidad en el Procedimiento Administrativo”, Ezequiel Cassagne. AAVV, Procedimiento Administrativo, Dir. Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima y Armando Canosa, T. I, La Ley, 2012, p. 681 y ss.).

VII) Respecto del Acta de fecha 19 de junio del corriente que figura en el expediente administrativo en donde se tramitó la Resolución 2017-333 y con la cual la demandada pretende legitimar este acto administrativo y suplir su falta de argumentación, debo señalar que debe tenerse presente que los dirigentes sindicales firmaron un Acta en donde sólo se limitaron a “prestar” su



“conformidad” sin observaciones, y en términos “generales”, lo cual constituye una fórmula demasiado ambigua e insuficiente que agrega más oscuridad al nuevo sistema implementado por las autoridades del Hospital. Es de señalar que tampoco consta ningún tipo de diferencias ni debate con las autoridades. La testigo Mirtha Jaime expresa en su contestación a la pregunta sexta: “(... luego de la resolución -se refiere a la 2017-333-, los enfermeros de los 2 turnos noche en asambleas de turno, votan en forma democrática continuar con la diez horas, porque conocen los riesgos de trabajar 12 horas. Los gremios ATE y UPCN deberían ser representativos porque tienen afiliados enfermeros ambos, y que al no tener respuestas de esos gremios, se acercaron a CICOP.”

Es decir, corresponde concluir que tampoco existió un proceso de deliberación democrática –los sindicalistas no hacen referencia a él en el acta– dentro de las instituciones de los sindicatos como hubiera correspondido en un tema tan importante como el aquí discutido: el agregado de dos horas más a la ya extensa jornada de diez horas de los enfermeros del turno noche.

Podría decirse, que tampoco se saben las razones por las cuales los dos dirigentes sindicales consideraron más apropiado el nuevo sistema de horarios que el anterior, ni tampoco figura en autos si ambas organizaciones gremiales realizaron la más mínima evaluación con especialistas en el tema, o si han consultado y discutido la problemática con sus respectivos afiliados o con los trabajadores de la enfermería en general, como ya se dijo.

Ahora bien, debido al escaso tiempo transcurrido (9 días hábiles) entre la notificación y la celebración del Acta no es aventurado conjeturar que ninguna de estas funciones gremiales que hacen a la democracia interna de una entidad





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE SAN MARTIN 2

gremial (estudio de la propuesta, evaluación, consulta y discusión con afiliados y trabajadores en general, etc.) se ha realizado.

Así lo dispone el artículo 8 de la Ley N° 23.551 al establecer que las asociaciones sindicales deben garantizar la efectiva democracia interna, una fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados y con delegados a los órganos deliberativos que deberían obrar con mandato de sus representados e informar luego de su gestión.

En segundo lugar, para merituar los efectos jurídicos del Acta en cuestión, debo ensayar un acto de interpretación en nombre de qué o quiénes lo hacen en atención a que el Acta nada aclara sobre el punto. En otras palabras, no sabemos tampoco si los dirigentes sindicales actuaron en representación de intereses colectivos o individuales.

Y como nada se aclara al respecto voy a considerar ambas hipótesis. Como se sabe, **los sindicatos son gestores de los “intereses colectivos” de los trabajadores y tienen como** objeto la defensa de los intereses de los mismos en todo lo que se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo contribuyendo a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador (arts. 2 y 3 de la Ley N° 23.551).

Uno de los momentos en que los sindicatos actúan como representantes de los intereses colectivos de los trabajadores es en las reuniones paritarias, en la firma, seguimiento y control de los Convenios Colectivos de Trabajo. Si los dirigentes sindicales actuaron en nombre de intereses colectivos, el Acta no tiene ningún efecto jurídico. Ciertamente, el acta del 19 de junio no es una reunión de una Comisión Paritaria, órgano de análisis, prevención e



interpretación del Convenio Colectivo de carácter permanente. (Derecho del Trabajo Comentado, Thompson Reuters, Buenos Aires, 2017, Director: Miguel Piroló, La Ley, Sección XIX, Comentario Ley 14.250 por Marina Pisacco, 614 y subs.).

Tampoco es el producto de una adenda o modificación a la Convención Colectiva vigente para situaciones no previstas. La Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo establece la estructura, integración, las facultades y los modos de funcionamiento de la Comisión Paritaria que interpreta, interviene en conflictos o clasifica nuevas tareas (artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 14.250) y la reunión del 19 de junio no se ajusta a la normativa citada.

En referencia al Convenio Colectivo Sectorial, que alega la demandada en su favor -sin mayores precisiones- corresponde puntualizar que el Convenio Colectivo, por su efecto “erga omnes”, obliga al empleador respecto de las condiciones de trabajo mínimas que deben regular la relación, pero **no suplanta la voluntad de los trabajadores** a menos que este hubiera expresamente hubiera otorgado mandato a favor de la organización sindical (vid Dr. Enrique Arias Gibert, El negocio Jurídico Laboral, Lexis Nexis, pág. 16, Buenos Aires, 2007).

Para el caso de que los dirigentes sindicales actúen en nombre de los “intereses individuales” de los enfermeros y en cuanto a los enfermeros de turno noche, nos encontramos claramente en una subespecie de los “intereses individuales” que la doctrina denomina “intereses pluriindividuales”, puesto que no forman parte de una categoría general de carácter profesional como las que se regulan en los Convenios Colectivos, generales o sectoriales,





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE SAN MARTIN 2

sino que se refieren –como dice el Dr. Adrián Goldín- a un conjunto de trabajadores concretos e individualizados, por tanto, no son de una categoría en tanto abstracción conceptual y que se manifiestan de modo simultáneo, frecuentemente en una situación de conflicto.

“Se trata –agrega el Dr. Goldín- de los denominados “intereses pluriindividuales’ que no son más que la manifestación simultánea y coincidente de un conjunto de intereses individuales ‘en juego’ (por ejemplo, los de un grupo de trabajadores a los que el empleador les retacea simultáneamente el pago de su salario devengado y vencido), y que bien podrían tratarse, uno por uno, como lo que en realidad son (intereses individuales).” (Goldín, Adrián; Curso del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, Parte IV, capítulo I).

En el mismo sentido, la Dra. Cecilia Murray expresa que la entidad sindical tiene legitimación genérica respecto de los conflictos de interés colectivo, pero ante uno de interés individual requiere un mandato particular de los trabajadores afectados en los términos del artículo 22 del decreto reglamentario”. (vid Derecho del Trabajo Comentado, Thompson Reuter, Bs As., 2017, Director: Miguel Pirolo, La Ley, Sección XIX, Comentario Ley 23.551 a cargo de Cecilia Murray, pags. 870 y subs., “Los derechos de las asociaciones con personería gremial” y “El rol del sindicato en el proceso laboral”, en “Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, 2004, pág. 1640. José Edgard Tribuzio).

Es decir, los dirigentes sindicales no están habilitados para actuar en nombre de intereses pluriindividuales de los trabajadores sin mandato expreso.



No hay ninguna constancia ni referencia para saber si los delegados de ATE y UPCN han consultado o informado a los trabajadores de la extensión de la jornada de trabajo y de acuerdo a las normas de la democracia interna (art. 8 ley 23551, citado).

Corresponde, entonces, examinar la supuesta capacidad de representación del interés individual de los trabajadores de la enfermería de turno noche del Hospital Posadas, que poseerían los dos dirigentes de los sindicatos ATE y UPCN, para “aprobar” semejante transformación en el sistema de horarios y extensión de la jornada laboral.

Por lo cual se trata de precisar la cuestión sobre si los sindicalistas que “prestan conformidad” –reitero, sin dar razones- pueden representar la voluntad de los trabajadores, reformular el sistema de horarios y extensión de la jornada de trabajo y reformar el art. 77 del Convenio Sectorial aludido más arriba.

La ley N° 23.551 de Asociaciones Profesionales en el artículo 31 establece que son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial (como el caso de ATE y UPCN): “a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (...).”

Por su parte, el Decreto N° 467/88, reglamentario de la Ley N° 23.551 en su artículo 22 -reglamentario del artículo 31 citado- dispone que las asociaciones gremiales para representar los intereses individuales de los trabajadores deberán acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

Nos encontramos, entonces, ante un Acta que dispone una extensión horaria, “aprobada” por dos delegados que no realizan ningún tipo de observación, sin representación del interés “individual” ni “colectivo” de los enfermeros nocturnos y que no sólo acepta una jornada de trabajo extenuante e irrazonable, sino que sobrepasa los límites de lo que el mismo Convenio sectorial dispone.

Sin embargo, la demandada invoca el art. 43 del Decreto 214/2006, que homologa el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, para darle algún sustento “gremial” que legitime la infundada Resolución 2017-333, en una tentativa de subsanar los graves vicios que posee el acto administrativo aludido.

El art. 43 del Decreto 214/06 dispone en su segundo párrafo: “La autoridad de cada jurisdicción o entidad distribuirá las horas de trabajo teniendo en consideración la índole de la actividad y las circunstancias permanentes o temporarias que resulten atendibles a cuyo efecto consultará a la representación gremial, sin menoscabo de lo que se establezca en los convenios colectivos sectoriales.”

Cabe señalar, que una autoridad no puede distribuir las horas de cualquier manera, sin fundamentos y sin grados aceptables de razonabilidad, como ya se sostuvo.

Cabe preguntarse además: ¿cuál es el límite? Por vía de hipótesis veamos algunos supuestos: Si mañana hubiera más “desfasajes” ¿por qué no aumentar la jornada a 14, 18 o 20 horas? Puesto que -según la demandada- el único límite sería el establecido en el Convenio Colectivo General de 180 horas mensuales.



Entonces ¿se podrían programar 9 jornadas de 20 horas cada una (y por cada mes) porque en este caso tampoco se superaría las 180 horas mensuales? Esto es un absurdo carente de toda razonabilidad, por lo cual el argumento de la demandada es, a todas luces, insostenible e irrazonable.

Lo razonable es lo justo, lo valioso, lo proporcionado, la realización de los medios adecuados a los fines de lo que se propone obtener. La Resolución 2017-33 es, a todas luces, irrazonable. (Vid. Maraniello, Patricio: “El Principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional”, en libro colectivo “A una década de la reforma constitucional” dirigido por Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ediar, 2005).

Por otro lado, ya he advertido que, de acuerdo a las constancias de autos, la Autoridad no ha considerado “la índole de la actividad y las circunstancias permanentes o temporarias que resulten atendibles” (segundo párrafo del art. 43). Y tampoco las ha explicitado en la Resolución.

Como segunda cuestión, es claro que la norma establece que no se puede vulnerar lo establecido en los Convenios Colectivos Sectoriales como el artículo 77 ya citado.

VIII) En lo que se refiere al principio del derecho laboral del “ius variandi” debe señalarse que tal postulado **rige tanto en la relación de empleo público como en la de carácter privado** y que, si bien, la forma y la modalidad de la prestación del trabajo pueden ser modificada por el empleador, ello **no debe importar un ejercicio irrazonable** (Fallos: 332:1413). La misma Corte Suprema ha expresado que es de la esencia de la relación de empleo público la potestad del empleador de variar las funciones encomendadas en





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

razón de la concreta necesidad del servicio, siempre que tales modificaciones sean impuestas de **un modo razonable** (Fallos: 318:500).

Al hacer una distinción respecto de la potestad del ius variandi en el contrato de trabajo y en el contrato de **empleo público**, distintos autores concluyen en que mientras el ius variandi tiene un límite estricto determinado por el art. 66 de la LCT, **en el ámbito del derecho administrativo** hay menores exigencias en la alegación y prueba de la utilidad y razonabilidad de los cambios peyorativos, atenuándose el requisito de la indemnidad del agente cuando éste confronte con un interés de la administración en introducirlos. La potestas variandi se ejerce en el derecho administrativo, con mayor amplitud, que en el derecho laboral, porque el Estado, en uso de sus facultades exorbitantes puede disponer cambios en función del interés público, fundamentándolos en razones de servicio, con el sólo **límite de motivarlos**. Sin embargo, esta **potestad no es ilimitada**, y debe preservar el deber de indemnidad del empleado (Título: El negocio jurídico alternativo en el derecho del trabajo Autor: Acosta, María Victoria Vigo, Consuelo De Petre, Patricia, DT2010 (abril), 803. La potestas variandi en el ámbito del Derecho Administrativo. Prerrogativa exorbitante de la Administración: justificación).

El Dr. Machado, sostiene que "no basta con la sola apelación a enunciados generales debiendo mediar en la motivación del acto administrativo siquiera una mínima explicación sobre el criterio de eficiencia u oportunidad ponderado en el caso (vid MACHADO, José Daniel, "Empleados Públicos: Naturaleza y exigibilidad de sus derechos en el país dela eterna emergencia", Editorial Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral, pág. 190,191).



El Dr. Escola menciona cuales son los límites del poder onnímado de la Administración: a) en lo formal, la modificación peyorativa debe ser introducida por fuente de igual jerarquía que la que concedió el status anterior; b) las modificaciones rigen para el futuro, dejando a salvo las situaciones ya consolidadas y los derechos consecuentemente adquiridos al amparo del régimen interés público suficientemente intenso como para brindarles razonabilidad; c) En lo sustantivo, las modificaciones deben quedar explicadas por la presencia de un interés público suficientemente intenso como para brindarles razonabilidad, d) no puede alterarse el contrato de un modo radical, trocando de tal manera las circunstancias de revista o suprimiendo beneficios a tal punto esenciales que pueda conjeturarse que el agente, bajo estas nuevas condiciones y de conocerlas a priori, no hubiera contratado (ESCOLA, Héctor, "Tratado Integral de los contratos administrativos", parte especial, t. II, p. 424, Edit. De Palma 1977).

La Corte en el caso "Guida" (Fallos:323:1566), enfatizó que las prerrogativas del Estado en la relación de empleo público **no son absolutas ni irrestrictas**, sino que encuentran su **límite en la imposibilidad de alterar la sustancia del contrato**. Esta postura fue ratificada en el precedente "Tobar"(Fallos: 325:2059).

También el Alto Tribunal ha considerado que "las garantías que protegen todo tipo de trabajo y el ejercicio del llamado ius variandi conoce, en el ámbito administrativo, una limitación relacionada directamente con los fines públicos de la persona jurídica empleadora. **Dicho ejercicio es controlado judicialmente** mediante el juicio de razonabilidad constitucional; **por medio**





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

de la pauta o standard jurídico de razonabilidad con la que se supone se resolverá en cada caso concreto el delicado equilibrio entre intereses opuestos y que permite, en suma, conocer si existe adecuación(C.S.J.N. Reaseguradora Argentina S.A. c/Estado Nacional, Set. 13-1990 y comentarios de G. Bidart Campos en E.D., lunes 27-5-1991, n° 7749.).

IX) En el sub examine y por los fundamentos ya expresados entiendo que las modificaciones que afectan el principio del “ius variandi” se han impuesto de manera arbitraria e irrazonable y –como ya se indicó- con una resolución que no reúne los requisitos necesarios para su validez como acto administrativo.

Entiendo que la norma aquí cuestionada, la Resolución N° 2017-333-APN-DNE HP no solo vulnera lo dispuesto en el artículo 7 inc. e) de la Ley 19. 549 y el Decreto N° 1133/09 (Convenio Colectivo sectorial) sino que también viola la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de rango constitucional incorporados a ella, atento lo cual, ejerciendo el debido control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, considero que corresponde, declarar la nulidad del citado acto administrativo y su inconstitucionalidad.

De manera sumaria, sostengo que, asimismo, se ha violado la siguiente normativa internacional incorporada a nuestra Carta Magna: DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 23.- 1. Toda persona tiene derecho (... a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo) Artículo 24.- Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo (...DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES



DEL HOMBRE, Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ARTICULO 7. 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: (... ii. Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto...) 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,- ARTICULO 12. 1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (... La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...).

X) Finalmente, corresponde que me pronuncie sobre lo peticionado en cuanto a los descuentos salariales que se le han efectuado a los actores durante la sustanciación de las presentes.

Ya he señalado, en oportunidad de dictar una ampliación de la medida cautelar, que los descuentos efectuados y reconocidos por la propia demandada en su escrito de contestación de tal pedido de ampliación, que no sólo resultaban imprecisas y genéricas sus afirmaciones, sino que no se había acreditado debidamente su imputación.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

Luego de peticionadas distintas explicaciones y los recibos de sueldo que no se habían entregado a los actores, considero que el Hospital demandado continúa efectuando descuentos que no se basan en ninguna prueba de las acompañadas.

En efecto, si tomamos en cuenta el reconocimiento del Hospital de que el descuento se debió a “horas mal liquidadas” o “conceptos liquidados en oportunidades anteriores” o “conceptos absolutamente improcedentes conforme la normativa vigente y carentes de toda legitimidad” y/o “horas no laboradas”, sin ningún aporte de prueba al respecto, continúa una absoluta falta de explicitación y que figuran en los recibos de sueldo como “AJUSTE DE HORAS NO TRABAJADAS REM”.

Atento a que los actores expresamente manifestaron en autos que siempre trabajaron las horas correspondientes y que en ningún momento se les informó que existió un error en sus liquidaciones de sueldos, es que era la empleadora quien debía probar con distintos medios de prueba fácilmente accesibles – planillas de presentismo y horarios, etc.- la falta de presentación de los actores a su lugar de trabajo o haberse retirado en horarios laborales.

Cabe resaltar, que los descuentos efectuados, contemporáneos con el inicio de las presentes, superaron en muchos casos el 80% de los salarios en que los enfermeros cobraban conforme los recibos aportados en autos, y que tal circunstancia era reprochable en los términos del art. 103 de la LCT., afectándose los topes máximos establecidos en el Decreto Reglamentario nro. 484/87 e inclusive la ley 24.013 (que expresamente es aplicable en los organismos en que el Estado Nacional actúe como empleador), que establece el



salario mínimo, vital y móvil garantizado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

En consecuencia, habiéndose afectado su carácter alimentario ya que es sabido que constituye el único medio con que cuenta el trabajador dependiente y su familia para subsistir, al servir para solventar sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, educación, salud, etc., es que considero que la demandada deberá reintegrar dichos descuentos efectuados por recibos, con más un interés igual a la tasa activa cartera general –préstamos- nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina, en el término de 10 días desde notificado y hasta su efectivo pago.

Considero que esta resulta la única vía apta para restablecer el derecho al salario íntegro conculcado, ya que la remisión a una acción ordinaria haría peligrar la subsistencia de los actores en atención a la magnitud de los descuentos efectuados, como ya se señalara.

XI) Las costas del proceso se imponen a la demandada vencida (art. 68 del CPCC).

Por todo lo expuesto, y conforme jurisprudencia y doctrina citada
FALLO:

1) Haciendo lugar a la acción de amparo entablada por José Roberto Mehan Flores, Olimpia Mabel Villagrán y Liliana Elizabeth Guzmán declarando nula e inconstitucional la Resolución n° 2017/333 dictada por el Sr. Director del Hospital Profesor Alejandro Posadas, y consecuentemente que se abstenga de aplicar a los actores la misma.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

2) Ordenar se reintegre a los actores las sumas que por descuentos en concepto tanto sea efectuado en sus recibos “AJUSTE DE HORAS NO TRABAJADAS REM” con más un interés igual a la tasa activa cartera general –préstamos- nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina, en el término de 10 días desde notificado y hasta su efectivo pago (considerando X).

3) Diferir la regulación de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno y hasta que todos ellos denuncien la situación fiscal que revisten en la actualidad (Ley 25.865, Resolución General 689/99, Resolución General AFIP 1105/2001 y ley 6716 de la Provincia de Buenos Aires, en los términos de la ley 23.987, y si se encuentran comprendidos dentro de lo prescripto por el art. 2 de la ley 21.839) y otros datos que no hayan sido acreditados hasta el momento tales como la matriculación en la jurisdicción y el pago de jus previsional.

4) Las costas se imponen a la demandada vencida (art. 68 del CPCC.).

Regístrese, Notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal Federal en su público despacho.

MARTINA ISABEL FORNS

JUEZA FEDERAL





#30145596#193552924#20171113131848916



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2



#30145596#193552924#20171113131848916



#30145596#193552924#20171113131848916



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2



#30145596#193552924#20171113131848916

