

"CARBALLO MIRTA VIVIANA C/ HOSPITAL SAN ROQUE DE ROSARIO DEL TALA Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO, Expte. Nº 1116"

---

PARANÁ, 25 de junio de 2020

VISTOS:

Estos autos venidos a despacho para dictar sentencia;

Y CONSIDERANDO:

1. Se presentó Mirta Viviana Carballo, a través de apoderado, y promovió acción de amparo y/o de ejecución contra el Hospital San Roque de Rosario del Tala y contra el Ministerio de Salud de Entre Ríos, por la omisión arbitraria e ilegítima de abonarle sus haberes correspondientes a abril y mayo del corriente año, y ante la negativa de mantener vigente su vínculo laboral -suplencia- mientras pese sobre ella la dispensa de prestación de servicios por integrar grupo de riesgo en el marco de las normas para combatir la pandemia de COVID-19, en razón de su estado de embarazo.

Especificó que pretende se abonen íntegramente los haberes devengados correspondientes a abril y mayo, y los que en el futuro se devenguen, así como la continuidad de su vínculo laboral, desde el 1/4/20 y mientras se mantenga la dispensa de prestar servicios en razón del ASPO, con costas.

En relación a los hechos que sustentan su pretensión, relató que desde el año 2012 viene cumpliendo labores como personal de "servicios generales" en el Hospital San Roque de la localidad de Rosario del Tala, bajo el régimen de suplencias regulado por las Resoluciones 3217/2004 SS; 4314/2008 SS; y 4797/17 MS.

Refirió que, según esa normativa, existe una Comisión Evaluadora para la incorporación del Personal Suplente Ordinario, y que la cobertura de las vacantes debe hacerse mediante una propuesta firmada por todos los miembros presentes de la Comisión. Agregó que, conforme ese régimen jurídico, ha prestado servicios de manera casi continua e ininterrumpida, siendo la última renovación en el mes de marzo de 2020, aprobándose la continuidad de su suplencia hasta el día 4/5/2020.

Añadió que cuando se efectuó esta última renovación, ya se encontraba cursando un embarazo que actualmente transita por la 27 semana de gestación y con fecha probable de parto el 5/7/2020, lo que fue notificado a las autoridades del Hospital.

Efectuó consideraciones sobre la emergencia sanitaria nacional a raíz del virus COVID-19, analizando las normas dictadas por las autoridades nacionales (Ley 27541; Decretos 297/2020; 325/2020; 355/2020; 408/2020; 459/2020; 493/2020; 521/2020; 329/2020; 487/2020; todos del PEN, y Resolución 207/2020 y Resolución 296/2020; ambas del MTESS), especialmente, aquellas en relación a prohibición de concurrir a prestar el servicio, al derecho a percibir la totalidad de los haberes, y al mantenimiento del vínculo laboral durante la vigencia del aislamiento y emergencia.

A continuación hizo lo mismo con la emergencia provincial y las normas dictadas en Entre Ríos (Decretos 361/2020 MS; 368/2020 GOB; 393/2020 GOB; 496/2020 GOB; 521/2020 GOB; 602/2020 GOB; 663/2020 GOB; 728/2020 GOB).

Pasó a reseñar lo que consignó como incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la Dirección del Hospital San Roque, a quien le imputó de manera ilegítima y violando las normas, la modificación de la suplencia aprobada a su favor, solicitándole a la Comisión de Suplentes, y proponiendo designar en su lugar desde el 1/4/2020 hasta el 30/4/2020 a Claudia Villaverde.

Consignó que ese pedido fue autorizado de manera irregular por la Comisión de Suplentes, ya que no contó con la totalidad de los delegados gremiales que forman la comisión, porque no fue aprobada por el delegado de ATE, pese a lo que se ejecutó.

Como consecuencia de ello, se le abonaron únicamente sus haberes correspondientes al mes de marzo -el 20 de abril, por acreditación bancaria-, omitiendo abonar los correspondientes a abril -que debió suceder el 20/5/2020- y además, omitieron la renovación y continuidad de la suplencia más allá del 4/5/2020, fundado pura y exclusivamente en la imposibilidad fáctica y jurídica de prestar servicios de manera efectiva debido a su estado de embarazo.

De igual manera, agregó, tampoco se le abonarán los haberes correspondientes a mayo de 2020.

Tal comportamiento es ilegítimo, afirmó, en tanto su condición física de mayor vulnerabilidad por su estado de embarazo, fue la causal determinante para disponer de manera perjudicial una modificación a su situación laboral, dejando sin efecto la suplencia, y excluirla completamente del régimen de suplencias a partir de lo que no se le renovó la suplencia al vencimiento, cuando está vigente el deber legal de hacerlo.

Reprochó que es un claro, evidente, insalvable y repugnante trato discriminatorio por su condición de embarazada.

Especificó que la decisión de su suplencia era un acto estable conforme las resoluciones 3217/2004; 4314/2008; y 4797/2017, en tanto tenía vigencia hasta el 4/5/2020. Reconoció el carácter precario y temporario de su vínculo laboral conforme el régimen jurídico aplicable, pero destacó la estabilidad del acto administrativo y la consiguiente imposibilidad de revocarlo por sí y ante sí de la Administración.

Adicionó que dicha decisión tuvo vicios en el procedimiento por ser adoptada sin la anuencia del representante gremial de ATE; y la violación de toda la normativa dispuesta en el marco de la emergencia sanitaria, para lo que recurrió a la cita de un extracto del precedente del Superior Tribunal de Justicia "Muñoz, Manuela Silvina c/Municipalidad de Paraná s/acción de amparo" del 27/05/2020.

Reputó ilegitimidad también a la falta de pago de sus haberes, en tanto no se ajustan al derecho vigente y aplicable al caso, correspondiéndole percibirlos mientras se mantenga vigente la dispensa del débito laboral a su cargo. Refirió que el reconocimiento del pago íntegro de sus haberes es parte del sistema de protección del Estado Nacional y del Estado Provincial contra las enfermedades pandémicas en relación al compromiso asumido internacionalmente en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con jerarquía constitucional por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Consideró devengado su haber y, por tanto, su derecho a percibir las remuneraciones de abril y mayo en forma íntegra. Citó precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al carácter alimentario del salario.

Detalló la naturaleza discriminatoria de la afectación, en tanto su condición de embarazo le impide prestar servicio por estar en los definidos como grupos de riesgo, y esa condición la coloca en una indiscutible situación de inferioridad o desigualdad frente a sus pares, en relación al derecho a trabajar, en un contexto en que están prohibidos los despidos y suspensiones en el ámbito de la República Argentina.

Consideró que el sistema protectorio del COVID-19 es aplicable tanto a los empleados privados como a los públicos.

Hizo hincapié en que la razón por la que fue excluida de su puesto de trabajo y no se le dió continuidad más allá del 1/4/2020 fue lisa y llanamente su situación de embarazo, considerando que de no estar impedida de prestar servicio, sin lugar a dudas las autoridades del hospital le hubieran dado continuidad más allá del 1/4/2020.

Extractó artículos del Convenio 3 OIT, vigente en el país, así como de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -ley 23179-, y de la propia ley Marco de Regulación del Empleo Público en la Provincia de Entre ríos -9755-.

Consideró que el comportamiento también queda atrapado en las previsiones y prohibiciones de la ley 23592 - "Actos discriminatorios"-.

Entendió que la negativa a mantener su vínculo laboral con base en el carácter temporario del nexo es inválida en tanto la protección está reconocida a toda la población laboral independiente del carácter estable o temporario del vínculo.

Fundó en derecho.

Detalló los requisitos de admisibilidad de la acción, declarando bajo juramento.

Reseñó la prueba acompañada; desarrolló la competencia y justificó la interposición dentro del plazo legal, apuntando sobre la ilegalidad continuada o periódica y el renacimiento de dicho plazo.

Efectuó reserva del caso federal, y concluyó peticionando que, oportunamente, se haga lugar a la acción, se condene a abonar íntegramente los haberes devengados a partir del 1º de abril de 2020, incluidos los correspondientes al mes de mayo y los que se devenguen en el futuro. Asimismo, que se condene a las demandadas a arbitrar las medidas para disponer la continuidad del vínculo laboral de la actora, como personal de servicios generales en el Hospital San Roque de la localidad de Rosario del Tala, desde el 1/4/2020 en adelante y mientras se mantenga vigente la dispensa a prestar servicios producto del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, o en su defecto expire la dispensa a cumplir labores; con costas.

2. Se dispuso librar los mandamientos a las destinatarias de la acción, y también al señor Gobernador de la Provincia, los que fueron debidamente diligenciados.

3. Tomó intervención el Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Estado, Sebastián M. Trinadori, quien procedió a contestar el informe requerido, solicitando el rechazo de la demanda, con costas.

Planteó en primer lugar la inadmisibilidad de la acción por extemporánea, en razón que la accionante computa como inicio del plazo el 20/5/2020 cuando de su propio relato de hechos surge que el día 31/3/2020 cesó en sus funciones.

Por ello, es palmaria la extemporaneidad, afirmó, agregando que no es discrecional para el interesado ni puede adaptarse a las circunstancias que mejor le convengan, sino que la delimitación temporal es una atribución exclusiva y excluyente del judicante. Especificó que el cómputo se ubica temporalmente a partir de la culminación de la suplencia el 31/3/2020 y aún tomando el plazo más benévolo para la actora -el día del depósito de los haberes del mes de marzo, que fue el 20 de abril, también se encuentra vencido para interponer la acción.

En segundo lugar planteó la inadmisibilidad de la vía escogida considerando que existen otros procedimientos ordinarios a su alcance sin que haya acreditado la inidoneidad e insuficiencia de ellos, por lo que la acción queda bajo la causal del artículo 3 inciso a) de la Ley de Procedimientos Constitucionales. Sostuvo que la Sra. Carballo debió canalizar su reclamo mediante el procedimiento administrativo regulado por la Ley 7060, que permite que el tema se sustancie debidamente.

Planteó una tercera causa de inadmisibilidad porque "el actor en fecha 24/04/2020" inicia formal reclamo ante el Hospital San Roque de Rosario del Tala, con el mismo objeto, argumentando que viola el artículo 6, inciso e) que dice que la demanda contendrá "La declaración bajo juramento que no ha entablado otra acción o recursos sustentado en la misma pretensión".

A continuación efectuó las negativas a las afirmaciones de la demanda.

Afirmó que no existe ilegitimidad manifiesta porque la autoridad pública no ha incurrido en ningún acto manifiestamente ilegítimo ya que fue en el ámbito de sus facultades que la autoridad competente dispuso interrumpir la suplencia de la Agente Carballo. Que comenzó una suplencia renovable debido a la situación del titular del cargo y que en enero de 2020 presentó un certificado que prescribía "amenaza de aborto" con indicación de reposo, lo que habría habilitado la interrupción de la suplencia por ser temporal, pese a lo que continuó hasta el 30 de marzo.

Que a mediados de marzo se dicta el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, por lo que la actora no concurre a prestar servicios.

Resaltó la explicación del Director del Hospital que acompañó como prueba respecto a que la modificación de la suplencia se debió a la situación que se originó en la "División Servicios Generales" por las licencias que se otorgaron a personal de planta permanente, contemplados en los grupos de riesgo, siendo este el motivo que llevó a solicitar la posibilidad de una planilla correctora de dicha suplencia para dar lugar a quien continuaba en el padrón de suplentes.

Agregó que a partir del primer día hábil del mes de mayo se reincorporó a sus tareas el titular del cargo, por lo que la suplencia quedó sin efecto, y la acción abstracta.

Concluyó, sobre este punto, que la baja de la suplencia es conforme las previsiones del artículo 46 de la Ley 9755, porque su condición de suplente no le otorga derecho a la estabilidad, y su situación laboral es esencialmente inestable y revocable, su vínculo es precario y no puede ser asimilado a la estabilidad consagrada constitucionalmente en el artículo 42.

Apuntó que lo decidido por el Director del Hospital, tiene sustento legal en la ley 8946, por lo que no luce prima facie arbitrario o ilegítimo.

Desplegó citas jurisprudenciales sobre el derecho a la estabilidad en el empleo público.

Agregó que conforme el artículo 10 de la ley 8946, el Director del Hospital está facultado para designar un suplente, lo que indica que tiene facultades suficientes para dejar sin efecto una suplencia, aún antes que termine la vacancia cuyo reemplazo está cumpliendo.

Consideró que es claro que no prestó servicios por lo que es aplicable el precedente "Acosta, Héctor Rubén c/Municipalidad de Paraná s/contencioso administrativo" del 26/0/2015, en tanto la ausencia de prestación de servicios impide el pago de salarios.

Acompañó como prueba el expediente administrativo 2409031 y el informe suscripto por el Director del Hospital "San Roque" de Rosario del Tala.

Efectuó reserva del caso federal; y concluyó peticionando que, oportunamente, se rechace la acción, con costas.

4. Dispuse que los autos pasaran a despacho para dictar sentencia, pero al iniciar el estudio de la causa, advertí como necesario abrir prueba para requerir al Director del Hospital informe sobre la cantidad de suplencias en el sector servicios generales así como el criterio para asignarlas, por lo que se sacaron los autos de despacho y se requirió dicha prueba.

5. La prueba se diligenció por vía informática por intermedio del Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Rosario del Tala, y fue contestada por el señor Director a través del email de este Tribunal, por lo que, agregada la respuesta, ingresó nuevamente a despacho.

6. 1. Admisibilidad de la acción

En primer lugar corresponde abordar la admisibilidad de la presente acción en razón de la defensa estatal que petiona desechar la misma por encontrarse presuntamente incurso en las tres causales del artículo 3º de la ley de Procedimientos Constitucionales.

Adelanto que la acción es admisible.

En relación al plazo de treinta días, es correcto el modo en que lo ha computado la accionante y ello no ha sido desvirtuado por los argumentos estatales. Ello así porque si bien las autoridades administrativas afirman haber cortado la suplencia de la accionante a partir del 31/3/2020 y es a partir de allí que debe iniciar el plazo, lo cierto es que el Estado no acompañó constancia alguna de que se le haya notificado a la accionante de dicho cese, lo que emerge de un escrupuloso análisis de la documentación que se adjuntó.

Por tanto, tengo por cierto que durante el mes de abril ella percibió sus haberes de marzo íntegros y nada le indicaba que la situación se había modificado.

Es cierto que de la documentación acompañada con la acción surge una presentación efectuada ante el Director del Hospital fechada el 24 de abril y ratificada el 30 del mismo mes, de la que se deduce que la accionante tenía, en ese momento, conocimiento de la situación, y, en principio, la acción interpuesta el día 9 de junio sería extemporánea. Tal presentación, asimismo, sería el inicio de una actuación administrativa que tornaría aplicable, como insiste Fiscalía de Estado, el inciso b) del artículo 3 del rito.

Sin embargo, debo decir que dicha presentación debe ser analizada en el contexto que la pandemia provocada por el virus covid-19 ha provocado en las relaciones humanas y jurídicas.

Así, lo cierto es que por los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional y Provincial, los plazos de la Administración para resolver se encuentra suspendidos. En concreto, el Decreto 368/20 GOB declaró a partir del 17/3/2020 el asueto administrativo en el ámbito de la administración pública e inhábil a los fines del procedimiento administrativo; disposición que ha sido prorrogada a través del Decreto 521/20 GOB; 602/20 GOB; 663/20 GOB, y 728/20 GOB, no habiendo cambiado la situación fáctica subyacente lo que hace presumir que se mantendrá la tésitura de dicha prórroga.

Dicha situación extraordinaria implica que aún cuando la accionante hubiere iniciado el reclamo administrativo, resulta presumible que el asueto haga imposible que la administración resuelva y, por otro lado, improbable que lo haga en los tiempos de la norma cuando éstos no están corriendo.

Por tanto, lo que pudo ser una decisión que inhabilitaba inicialmente a la actora para recurrir a la vía de amparo -aún cuando al momento de realizarla ya se encontraba vigente dicha normativa-, en este contexto de emergencia y dada la situación en que se encuentra la accionante, no pueden hacer regir las causales de inadmisibilidad que prevé la ley e invoca la defensa estatal, porque esa petición es inidónea para el reclamo de un derecho en el contexto normativo antes referido. Eso mismo impacta sobre el plazo, ya que al solicitarle a la Administración que revean la medida y mantengan el status quo, el asueto y los inhábiles, impactan sobre el mantenimiento sine die de la situación que denuncia vulnerante de sus derechos. Por ello, en este caso concreto, tengo para mí que el plazo nunca empezó a correr, porque al hacer el pedido, la respuesta frente a la situación de hecho planteada, que hubiera configurado en forma efectiva el acto administrativo lesivo, no se produjo ni está sometida a la obligación de producirse.

A la situación jurídica explicada se agrega la situación fáctica que no puede ser desconocida por mí, en relación a las innumerables dificultades -de comunicación, de gestión, de movimiento- provocadas por la emergencia que, indudablemente, se ven agravadas para quien se encuentra dentro de los llamados grupos de riesgo -tal el caso de una mujer embarazada-.

Respecto a la existencia de otra vía idónea considerando tal el reclamo administrativo, no ha demostrado la defensa estatal que la situación fáctica denunciada -no percepción de haberes y estado de embarazo-, puedan tener una respuesta veloz mediante la vía administrativa. Si bien es cierto que el Tribunal que integro ha

resuelto en forma sumarísima a través de procesos urgentes (vgr. "Müller, Luciana M. y otra c/Consejo General de Educación s/incidente de suspensión de la ejecución de decisión administrativa" del 19/03/2017; y "Romero, Tamara María Fernanda c/Municipalidad de Paraná s/medida autosatisfactiva" del 20/05/2020), esto no significa quitar idoneidad a la acción de amparo y considerar, sin más, que no es la vía idónea o no es la más idónea para defender los derechos de la accionante.

## 6.2. Procedencia

Habiendo desechado la defensa estatal, corresponde analizar la procedencia de la acción intentada.

Destaco que si bien la amparista dirigió su acción contra el funcionario competente y sus superiores inmediatos (Director del Hospital y Ministerio de Salud), lo cierto es que tanto éstos como el Estado Provincial del que forman parte estas estructuras sin personalidad jurídica, son pasibles de ser responsabilizados y, por ende, condenados por el comportamiento Orgánico estatal, todo ello con base en la propia norma Constitucional que habilita dirigir la acción contra todo "acto u omisión de autoridad administrativa provincial o municipal, judicial o legislativa en ejercicio de funciones administrativas..." -art. 56-, y la Ley de Procedimientos Constitucionales que prevé dirigir la acción contra toda autoridad o funcionario -arts. 1, 2, y 8, entre otros-.

En relación a los Hospitales, lo analizó el Tribunal que integro en autos "Robaina, Mirta Haydée c/Estado Provincial s/contencioso administrativo" del 30/05/2018, donde se dijo que: "Los hospitales entrerrianos - salvo que quedara alguno aisladamente incorporado al régimen de autogestión, actualmente vacío de contenido- carecen de personalidad jurídica propia y capacidad de autogobierno; sus autoridades y personal son designados por el Poder Ejecutivo Provincial; no son titulares de los patrimonios afectados al cumplimiento de sus fines, pudiendo únicamente disponer de los recursos que ellos generan en las condiciones apuntadas".

Además, cabe destacar que ni el Director del Hospital ni la Ministra de Salud, como destinatario y destinataria de los sendos mandamientos que les fueran dirigidos, han tomado intervención en estos autos en forma directa, más allá de la colaboración que luce tanto en la actuación administrativa como en la respuesta a la prueba requerida, por parte del señor Director del Hospital, pudiendo la eventual condena que se dicte, abarcar tanto a la persona jurídica pública -Estado Provincial- quien es en definitiva, el empleador de la amparista, como a los órganos que forman parte del mismo -Dirección del Hospital y Ministerio de Salud-.

Asimismo, quiero referir que si bien advertí que se había designado una persona como suplente, no puedo dar cuenta que la misma deba integrar la litis en esta causa porque la sentencia a dictarse pueda afectarla, en tanto la señora Carballo se encuentra impedida de prestar servicios y la discusión sobre su situación se desenvuelve en el marco del pago o no de sus haberes, lo que, en el contexto en que permanezcan vigentes las normas nacionales y provinciales sobre el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, se mantendrá la imposibilidad de asistir a su lugar de trabajo por su condición de persona de riesgo frente al COVID-19. Por otro lado, del informe agregado a la causa surge que el titular del cargo en cuestión se ha reintegrado a sus tareas.

Yendo al análisis de los hechos de la causa, no ha sido puesto en discusión la relación laboral transitoria que la accionante ha mantenido con los accionados. Ello surge de la documentación acompañada por el propio Estado -fs. 3 de las actuaciones administrativas-, del que emerge que el último pedido de suplencia a favor de Carballo fue solicitado y autorizado por el periodo 15/03/2020 al 04/05/2020, habiendo desempeñado dicha actividad por períodos interrumpidos desde el 1/08/2011 con una antigüedad total de 250 días entre 2011 y 2013; y de 1515 días desde el 2013 (conforme fs. 6).

Tampoco está en discusión que se dio de baja esa suplencia con vigencia a partir del 31/03/2020, solicitándose un suplente en su lugar conforme planilla de fs. 8, de la que, tal como denuncia la actora, no consta la firma del representante gremial de la Asociación Trabajadores del Estado (obra firma del Director del Hospital; de la

Jefa de Personal; y otra con la aclaración "UPCN". Se agrega la solicitud de fecha 2 de abril del Director del Hospital donde consigna el estado de gravidez de la accionante, y agrega que "Si bien la agente Carballo, Viviana DNI 26.264.110 es personal con mayor antigüedad en el padrón de suplentes temporales, en estos momentos no puede llevar a cabo funciones en ámbito hospitalario, por prevención.- Una vez solucionada la situación por la que todos estamos atravesando y ella se encuentre en condiciones de trabajar, luego de dar a luz, se la reincorporará en esta suplencia si aún no se reincorporó el agente titular" (cfr. fs. 09).

A ello se agrega el informe del mismo Director fechado el 12 de junio, dirigido a la suscripta y que obra agregado en la actuación administrativa donde afirma que "en el transcurso del mes de Enero de 2020 presentó certificado médico donde consta en el diagnóstico amenaza de aborto, por lo que se le indica reposo. Contemplándose su situación como suplente temporal, cabía la interrupción de la suplencia, pero como no está en mi perjudicar a ningún agente, se modificó la planilla de tareas del Servicio de modo tal que continúe con su función, y así prosiguió hasta el 30 de marzo de 2020, cabe aclarar que desde mediados de ese mes cuando se decretó el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, se la resguarda de concurrir al lugar de trabajo como allí se indica por su situación de embarazo, sin interrupción de sus haberes", agregando que "La modificación de la suplencia se debe a la situación que se origina en la División Servicios Generales por las licencias que se otorgaron a personal de Planta Permanente, contemplados en los grupos de riesgo según, establecidos por Ley".

Por otra parte, no ha sido cuestionada, sino reconocida, la situación de embarazo de la accionante, teniendo fecha probable de parto el 5/07/2020 conforme el certificado acompañado con la demanda, emanado del médico Horacio J. Encinas.

El Tribunal que integro ha tenido oportunidad de decidir respecto de la situación de embarazo en relación al empleo público. Así, se hizo lugar a una medida autosatisfactiva en "Romero, Tamara María Fernanda c/Municipalidad de Paraná s/medida autosatisfactiva" del 20/05/2020, donde se suspendió el pago del salario de una empleada bajo vínculo precario, durante el tiempo de su licencia por embarazo. Dijo este Tribunal que: "el contrato debió mantenerse vigente hasta la fecha de finalización de la vigencia de la licencia que el propio Municipio concedió conforme a la ley aplicable, lo que -interrumpido abruptamente- requiere que se restaure sin más dilaciones la juridicidad vigente...La manifiesta afectación de los derechos de la accionante en su condición de embarazada, en violación al espectro de normas convencionales, constitucionales y legales vigentes que protegen a la mujer gestante, sumado a la actitud silente de la demandada cuando fue convocada para brindar el informe y así ejercer su derecho de defensa, impacta de lleno en la conclusión".

También se analizó la ruptura de una relación precaria de empleo público en el marco de un embarazo y nacimiento en "Arredondo, Adriana c/Universidad Autónoma de Entre Ríos y Estado Provincial s/contencioso administrativo-ordinario" del 20/09/2018, donde, si bien se reclamaba una indemnización por la interrupción de la contratación invocando razones de discriminación, entiendo algunos de los conceptos que allí se desarrollaron son de utilidad para esta causa.

Sobre la discriminación, este Tribunal ha esbozado algún parámetro en "Duarte, Roberto Mario c/Estado Provincial s/contencioso administrativo" del 30/11/16, de reciente confirmación por el Superior Tribunal de Justicia el 28/12/17, al decir que "(...) la supuesta 'discriminación' que enuncia, no ha sido categorizada por el actor dentro de alguno de los supuestos de 'categorías sospechosas' que ha definido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (raza, religión, sexo, nacionalidad, etc.), siguiendo la construcción del derecho estadounidense a partir especialmente del precedente Korematsu, 323 U.S. 214 de 1944 (cfr. explicación detallada en SABA, Roberto 'Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?', Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, 1a. edición, p. 43 y siguientes)".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolló la teoría conocida en Argentina como "test de Hooft" expuesto a partir del caso "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" del 16/11/04 justificado como: "(...) su situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el 'origen nacional'), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (conf. Bossuyt, Marc en Pettiti Lous Edmond y otros 'La Convention Européenne des Droits de L'Homme', ed. Económica, París 1995, comentario al art. 14, pág. 477 y autores citados en las notas 6), 7) y 8). También en Canadá, donde el art. 15.1 de la Carta de los Derechos y Libertades veda, entre otras, la discriminación por el motivo de origen nacional, la presencia de un criterio de distinción sospechoso dentro de una legislación impugnada, hace pesar sobre ésta una presunción de inconstitucionalidad (caso 'R, vs. Oakes', año 1986, S.C.R. 103)".

En conclusión, los supuestos de "categorías sospechosas" provocan la inversión de la carga de la prueba, en los siguientes términos: "(...) en punto a la carga probatoria, resulta aplicable, mutatis mutandi, a la presente causa (...) la... presunción de inconstitucionalidad de la norma local (que) sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada" (CSJN, Hoft)

¿Por qué corresponde analizar el caso presentado por la señora Carballo bajo estos parámetros? Porque de las propias declaraciones de la autoridad del Hospital emerge que fue su condición de mujer embarazada imposibilitada de prestar el servicio la que ocasionó la suspensión de su suplencia/licencia. En primer lugar, existe una categoría sospechosa, cual es la del género, teniendo presente que la Ley 26485 de Protección Integral contra las Mujeres, dentro de las modalidades de violencia, regula en el inciso c) la Violencia laboral contra las mujeres y la define como aquella que "discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre su estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo (...)"

Recuerdo la manda convencional de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) aprobada por Ley 23.179 con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 al ser incorporada al artículo 75 inc. 22, en tanto el Estado Argentino se obligó a "adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer" -artículo 2, inciso b)-, contemplando la situación de maternidad específicamente el art. 11 punto 2. Ello no obstante el catálogo de Convenciones y Tratados Internacionales que resultan en forma más genérica aplicables, en tanto prohíben o sancionan los comportamientos discriminatorios en razón del sexo (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 2º; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, punto 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2 punto 1, art. 26).

La Constitución Entrerriana no fue a la zaga al ser reformada en el año 2008, al consagrar en el artículo 17 la igualdad real de oportunidades y de trato para mujeres y varones en el pleno y efectivo ejercicio de los derechos que fueren reconocidos por el ordenamiento jurídico, mientras que el artículo 18 específicamente contempla la asistencia estatal "especial a la maternidad e infancia", en consonancia con la Constitución Nacional que en el artículo 75 inciso 23, estableció la facultad del Congreso Nacional de dictar "un régimen de seguridad social especial e integral en protección ... de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia"

Este marco imprescindible para analizar el caso traído a debate, se complementa con la Ley de Empleo Público Provincial -9755-. Es aquí donde debo desechar los argumentos de la defensa estatal relacionados con la ausencia de estabilidad en el empleo público y demás referencias jurisprudenciales en torno a este concepto.

La accionante no reclama derecho a estabilidad alguno, sino la protección, en su condición de trabajadora temporaria, de su situación de embarazo.

Tal derecho, está presente en la Ley Marco de Empleo Público cuando, al efectuar el catálogo de éstos en el artículo 34, consigna, en su inciso j) a "Licencias, justificaciones y franquicias;", el que se extiende a cualquier trabajador transitorio o temporario, por imperio de la última parte de ese artículo "Al personal temporario -no permanente- sólo le alcanzarán los derechos enunciados en los incisos b), e), h), i), j), k), l), m), ñ), o), p), y q), con las salvedades que se establezcan por vía reglamentaria".

Este derecho del inciso j) del artículo 34 está especificado en el artículo 52 "El trabajador (o trabajadora) tiene derecho al goce de licencias, justificaciones y franquicias de acuerdo con lo que determine la reglamentación, garantizándose la licencia anual ordinaria, por enfermedad, por atención de familiar enfermo, duelo, matrimonio, maternidad, nacimiento o adopción, exámenes, gremial, cargo electivo de mayor jerarquía y las que sean materia de regulación en el Convenio Colectivo de Trabajo...".

Ahora bien, la señora Carballo se encontraba ejerciendo una suplencia cuando un problema de salud vinculado a su condición de embarazada la obligó a suspender la prestación del servicio. Sin embargo, con posterioridad a esa circunstancia, se le renovó la suplencia (ya sabiendo que seguía sin poder prestar servicios) con vigencia hasta mayo.

En el interín, se produjo un corte abrupto en la suplencia vigente que la Administración lo justificó en las necesidades del servicio impuestas por la pandemia provocada por el virus Covid-19, y tal circunstancia merece una reflexión clave que apunta a la decisión que adoptaré.

La potestad extraordinaria que tienen las autoridades estatales de restringir los derechos de los ciudadanos en un contexto de emergencia -declarada- como éste, tiene su basamento en la "protección de los derechos de las personas", tal la definición elemental del ejercicio del llamado poder de policía que emana, entre otros, del artículo 14 de la Constitución Nacional cuando prevé el goce de los derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio".

Esa potestad fundante del mismísimo estado de derecho en tanto tiene como fin el goce coordinado de los derechos que la norma fundamental concede a los ciudadanos y ciudadanas de este país, tiene su norte en la protección, y también allí mismo encuentra su límite.

Es decir que aún en la excepcionalidad de la emergencia, el objetivo siempre estará en la protección de los derechos -en el caso, esencialmente, la salud de la población-.

La contradicción elemental que representa en el caso de la señora Carballo que bajo la idea de "proteger" sus derechos se la vea privada de otro que la misma Administración le había concedido -mantenimiento de la suplencia con goce de haberes pese a su imposibilidad de prestar el servicio por estar embarazada con amenaza de aborto- no puede cambiar bajo el nuevo contexto fáctico y normativo de la emergencia por COVID.

Es un absurdo que bajo una norma que está destinada a proteger a las personas en condiciones de vulnerabilidad en su salud -personas de riesgo-, sea ésta misma la fuente del perjuicio, dejando abandonada a su suerte a quien el Estado debe proteger.

La Administración, sujeta al principio de buena fe que en el caso construye la llamada "teoría de los actos propios", consideró que era posible que una persona que desempeñaba una suplencia gozara de una licencia por enfermedad -amenaza de aborto-, y luego, intempestivamente, decidió que ya no podía otorgársela, abandonándola a su suerte en el momento en que debía protegerla.

Poco importa a la solución del caso si la suspensión de la suplencia fue regularmente dispuesta o si, como alega la accionante, la ausencia de un delegado gremial la torna irregular desde el punto de vista de la forma del acto. Cambiará el vicio del acto -forma, causa, motivación, objeto- o incluso será una vía de hecho, pero no

cambiará la circunstancia que, bajo el argumento protectorio, se suspendió el pago del salario a una persona vulnerable que venía gozando del mismo en un contexto de derecho a "licencia".

Todo ello no guarda, como dije, ninguna relación con la estabilidad en el empleo público porque la señora Carballo no está solicitando que se mantenga el vínculo en forma permanente, ni que se le reconozca el derecho a la estabilidad, sino sólo que se mantenga la situación en la que ya se encontraba con anterioridad a las disposiciones emanadas del Estado en relación a la pandemia.

Tal contexto, además, permitió que se adoptaran toda clase de disposiciones previendo las situaciones que aparecen en una situación de emergencia que requiere que el Estado, a través de sus órganos, exceda los límites habituales que le impone la juridicidad. Así, los propios Decretos de Emergencia dictados por el Poder Ejecutivo, tan prolijamente reseñados por la demanda, nos muestran que, especialmente en el área de salud, existían "nuevas" herramientas para solucionar los innumerables inconvenientes que -previsiblemente- surgirían. Por Decreto 361/20 MS, renovado por otros que le siguieron, el señor Gobernador de la Provincia instruyó al Ministerio de Salud a "tomar todas las medidas necesarias y organizar el personal que la situación de emergencia amerite para garantizar el eficiente funcionamiento de los servicios de salud y a resolver la contratación del personal temporario conforme el marco de la emergencia declarada" (art. 2).

Por ello, ni siquiera la necesidad declarada por las autoridades sanitarias respecto de la prestación efectiva del trabajo, habilitaban a, al mismo tiempo, restringir ilegítimamente el derecho de Carballo, ya que contaban con herramientas "aumentadas", o, en purismo, potestades ampliadas por este artículo 2 derivadas del propio contexto de emergencia, que justificaban un menor rigorismo y le permitían recurrir a contrataciones temporarias, seguramente, en exceso de los estrictos cargos presupuestados para, en este caso, el Hospital San Roque de Rosario del Tala.

En conclusión, no tiene ningún sentido que las normas destinadas a proteger a la población en general, y a la población en situación de riesgo en especial, se transformen en una trampa para quienes son más vulnerables. Esto es lo que ha sucedido con la amparista, quien, como ha quedado acreditado cursa un embarazo gestacional avanzado, con fecha probable de parto el 5 de julio del corriente.

Destaco que, además del derecho a la licencia que otorga a todo el personal sin distinción -permanente y temporario- la ley Marco de Empleo Público, existen en el derecho local otras normas que contemplan específicamente la continuidad de la licencia por maternidad aún cuando el vínculo debiera terminar. Así, menciono por ejemplo la norma destinada al personal docente -Resolución 3410/06 CGE- que determina que la docente embarazada o en uso de licencia post parto "tendrá derecho a la percepción íntegra de haberes y el uso de licencias pagas por maternidad y cualquier otra vinculada a su estado de embarazo ... hasta la finalización del periodo de licencia por maternidad post parto", cuando ocupa un cargo vacante y fuera desplazada por un docente titular que accede a dicho cargo por concurso o traslado (art. 1). No escapa que el caso regulado refiere a cargo vacante que es cubierto, pero sin embargo, permite sí la analogía desde el punto de vista que existen en el derecho local normas protectorias del derecho a la licencia por maternidad en el empleo transitorio.

Del mismo modo, el Municipio paranaense a través de la Ordenanza N°9559, que en su artículo 15 prevé la extensión del contrato mientras dure el tiempo de la licencia como medida de protección especial de la maternidad.

Por todo ello, tengo para mí que la decisión de interrumpir la contratación temporaria con fundamento en la transitoriedad del vínculo y la imposibilidad de prestar el servicio por parte de la accionante es un comportamiento ilegítimo de la Administración, y que dicha contratación debió continuar hasta la fecha en que había sido establecida la suplencia, ya que esto es coherente con la teoría de los actos propios en tanto, con anterioridad, y ya en uso de licencia le había sido renovada la suplencia. Asimismo, siendo que en la actualidad la amparista está en el periodo en que debe gozar de la licencia por maternidad teniendo presente

que su fecha probable de parto es el 5 de julio, debe extenderse el pago del salario -como compensación de la seguridad social- hasta la finalización de la correspondiente licencia por maternidad.

No puedo, por el contrario, ordenar su continuidad más allá de esa fecha, aún cuando se extiendan las medidas de emergencia motivadas en el contexto de emergencia por el virus, como es la pretensión de la actora, ya que con posterioridad a lo que sería la finalización de la licencia, dejaría de ser persona de riesgo y vuelve a estar en las mismas condiciones en que se encontraba, respecto de la Administración, desde el año 2011 en adelante -integra la lista de suplentes a ser convocada cuando se presente la necesidad de la Administración del Hospital-.

Por todo lo expuesto, considero que debo hacer lugar a la demanda, ordenándole a la Administración Pública provincial que, a través de los órganos que correspondan -Dirección del Hospital San Roque de Rosario del Tala, Ministerio de Salud de la Provincia-, abone a la accionante, Mirta Viviana Carballo, los salarios correspondientes al mes de abril y en adelante hasta que finalice la licencia por maternidad que le corresponde conforme las normas y teniendo presente a fecha que emerge del certificado médico agregado a esta causa.

En cuanto a las costas, no advierto motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota, y decido imponerlas al Estado Provincial vencido (Artículo 20 Ley 8.369).

Por todo lo expuesto,

RESUELVO:

1. HACER LUGAR a la acción de amparo interpuesta por MIRTA VIVIANA CARBALLO.
2. CONDENAR al Estado Provincial a que, en el término de diez (10) días corridos, a través de los órganos que correspondan aquí demandados -Dirección del Hospital San Roque de Rosario del Tala, Ministerio de Salud de la Provincia-, abone a la accionante, Mirta Viviana Carballo, los salarios correspondientes al mes de abril y en adelante hasta que finalice la licencia por maternidad que le corresponde conforme las normas y teniendo presente a fecha que emerge del certificado médico agregado a esta causa.
3. IMPONER las costas a cargo del ESTADO PROVINCIAL vencido. (artículo 20 Ley 8369).
4. REGULAR los honorarios profesionales al letrado RAÚL OMAR MUÑOZ, por su actuación en la primera instancia de este proceso, en la suma de Pesos veinticinco mil doscientos (\$ 25.200) -art. 1255 del Cod. Civil y Comercial en consonancia con arts. 2, 3, 4, 5, 59, 91 del Dec.-Ley Nº 7046, rat. Ley 7503 y el ACUERDO PLENARIO Nº 1 - ART. 35 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL - LEY 10.704" del 28/10/2019.
5. NO REGULAR los honorarios de los letrados de la demandada por encontrarse en relación de dependencia con ella (Art. 15 Dec. Ley 7046/82).

Regístrese y notifíquese con habilitación de días y horas conforme arts. 1 y 5 del Acuerdo General Nº 15/18 del Superior Tribunal de Justicia - Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE) y oportunamente archívese.

La presente se suscribe mediante firma electrónica -Resolución STJER Nº28/20, del 12/04/2020, Anexo IV-, prorrogada por acuerdo especial del 20/04/2020, 27/04/20 y 11/05/2020 prescindiéndose de su impresión en formato papel.-

GISELA SCHUMACHER

Vocal de Cámara CCA1

ANTE MI, EN LAS CONDICIONES DEL ACUERDO DEL 08/04/2020 -ANEXO I "PLAN OPERATIVO" DEL STJER, PTO. 15-: Pablo Cattaneo. Secretario.

En igual fecha se remitió mail de refuerzo al correo electrónico de las partes y se registró. CONSTE.

La presente se suscribe mediante firma electrónica -Resolución STJER N°28/20, del 12/04/2020, Anexo IV-, prorrogada por Acuerdo Especial del 20/04/20, 27/4/20 y 11/5/20 prescindiéndose de su impresión en formato papel. Pablo Cattaneo. Secretario

Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 7046, se transcriben los siguientes artículos: Art. 28: NOTIFICACIÓN DE TODA REGULACIÓN. Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula.- Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art. 114.- Art. 114:PAGO DE HONORARIOS:Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales y los convenidos por escrito cuando sean exigibles, se abonarán dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29º desde la regulación y hasta el pago, con más un interés del 8 % anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que queda fijado definitivamente en instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres. Jueces y Tribunales.