

Expte. N° 13-04816551-0 “Gerardi Francisco Javier c/ Hospital Teodoro Schestakow y Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Se acciona en procura de la declaración de ilegitimidad del Decreto N° 687 de fecha 12 de abril de 2019, dictado por el Sr. Gobernador de la Provincia, por el cual se rechaza sustancialmente el Recurso de Alzada interpuesto en contra de la decisión emitida por el Director Ejecutivo del Hospital Teodoro J. Schestakow, en tanto no hace lugar al reclamo de transformación del contrato de locación de servicios profesionales en adicional por mayor dedicación, como así también al pago de diferencias salariales en forma retroactiva, como las licencias no gozadas en forma proporcional al cargo.

El actor en su presentación refiere que el día 29 de junio de 2015 el Director Ejecutivo del Hospital mencionado envía nota dirigida a la Subdirección del personal del Ministerio de Salud, solicitando se gestionen el ALTA DE MAYOR DEDICACION correspondiente a las 48 horas semanales laboradas, atento lo normado en la Ley N° 7759, Ley 7757 y modificatoria Ley N° 7649, dando lugar a la pieza administrativa N° 960-D-2015-04317.

Describe los movimientos del expediente en cuestión, en el cual obran cálculos y dictamen legal favorable, entre otros.

Agrega que ante el silencio de la administración interpuso recurso jerárquico ante el Sr. Gobernador.

Sostiene que el adicional es solicitado en base a lo dispuesto por el Convenio Colectivo de Trabajo Sector Salud, que procuró regularizar la situación de precarización laboral en la que se encontraban los profesionales contratados.

Transcribe las normas legales que considera aplicables (art. 11 de la Ley N° 7557 y art. 12 de la Ley N° 7759) y sostiene que no se pueden invocar razones presupuestarias para denegar o retrasar su derecho.

Alega que las normas deben interpretarse en el sentido más favorable al trabajador y que en su caso se han hecho interpretaciones contrarias a dichas normas al invocar que el recurrente no se encuentra comprendido por la norma.

Expresa que la negativa de otorgar el adicional por mayor dedicación ha sido decidida con desviación de poder y trato discriminatorio en su perjuicio; adolece de un vicio grave en el objeto, carece de motivación y se ha violado el derecho de propiedad.

III- A fs. 56/59 se presenta el Hospital demandado y por las razones que expone solicita se rechace la demanda.

Entiende que el actor equivoca su planteo en primer lugar porque la norma se refiere a agentes que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 7757 se hayan encontrado revistando en planta permanente y además hayan contado con un contrato de extensión horaria o bien profesionales con ley de carrera y con contrato de extensión horaria y el Dr. Gerardi contaba con una simple prestación de servicios y recién se registra con un contrato de prestación de servicios en el año 2008 o sea con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley y en segundo lugar la norma no comprende a los contratados en el año 2013.

Interpreta que la Ley 7557 en su artículo II marca un espacio temporal determinado y no rige para los agentes contratados con posterioridad a dicha fecha.

IV- A fs. 64/66 contesta la Provincia de Mendoza quien sostiene la improcedencia de la acción intentada.

Destaca que el tema bajo análisis ha sido ampliamente analizado y valorado por la Administración, resultando que en todos los casos se rechazó el reclamo, por lo que reitera en esta instancia judicial las razones y argumentos desarrollados en oportunidad de analizar el recurso jerárquico.

V- A fs. 70/73 interviene Fiscalía de Estado, quien solicita el rechazo de la demanda.

En primer lugar, delimita el objeto de la Litis y sostiene que el actor introduce en el proceso judicial cuestiones que no fueron

reclamadas ni debatidas en sede administrativa, las que solo tuvieron por finalidad solicitar el alta para otorgar al Dr. Gerardi el Adicional por Mayor Dedicación por 48 horas semanales; circunstancia que queda palmariamente acreditada ya que su pretensión en sede judicial es la transformación del contrato de locación de servicios profesionales en adicional por mayor dedicación y el pago de diferencias salariales en forma retroactiva y licencias no gozadas en forma proporcional, cuestiones que nunca fueron objeto de reclamo en sede administrativa.

Sostiene en lo sustancial la improcedencia, por cuanto el actor no tiene un contrato de locación de servicios –el que pretende transformar en los términos de la demanda- por cuanto es personal de planta permanente y revista en el régimen salarial 27, en Clase 2, con prestación de servicios de 24 horas semanales, conforme informe emitido por el Director Ejecutivo de fs. 1 del expediente N° 960-d-2015-04217 y declaración jurada de cargos de fs. 12.

VI- Analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio; los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- Se advierte, tal como lo señala Fiscalía de Estado, que la acción procesal administrativa incoada introduce argumentos que no fueron expuestos, ni debatidos, ni resueltos, en sede administrativa y por tanto no pueden ser reclamados en esta instancia, conforme lo preceptuado por el art. 11 de la Ley 3918.

En este orden de ideas, la pretensión esgrimida de pago de diferencias salariales en forma retroactiva y licencias no gozadas en forma proporcional, no puede prosperar, debido a que dichos aspectos no fueron motivo de cuestionamiento en sede administrativa y por consiguiente la autoridad administrativa no tuvo oportunidad de expedirse sobre tales cuestiones, limitándose el control de legitimidad de V.E. a lo que fue motivo de cuestionamiento en sede administrativa (cfr. Fallo SCJ, en autos N° 97363- “*Diaz Ahumada José c/ Gno. de la Pcia. p/ APA*”, de fecha 13/06/2016).

ii- Se verifica en el sublite, como se ha puesto de manifiesto en sede administrativa (dictamen de Asesoría de Gobierno de fs.

17/18 y vta. del AEV 101402/18) y en la contestación de la demandada, que la decisión administrativa puesta en crisis que dispuso no hace lugar al reclamo, tiene su fundamento en que el actor no se encuentra comprendido por la norma invocada, por cuanto la misma se refiere a agentes que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 7557 (B.O 20/07/06) se hayan encontrado revistando en Planta Permanente y que además hayan contado con un contrato por extensión horaria, o bien a profesionales con Ley de Carrera y con un contrato por extensión horaria, lo que no es el caso, ya que el actor contaba con una simple prestación de servicios y la designación en planta (2008) fue con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

Tales extremos han quedado debidamente acreditados con los informes, declaración jurada de cargos firmada por el interesado y demás constancias del legajo personal obrante a fs. 48/50 del AEV.

De allí que, al no estar comprendido el Dr. Gerardi, en el espacio temporal impuesto por la ley, el cual no se avizora irrazonable y al no haber sido tachado de inconstitucional ese límite, la decisión administrativa de no hacer lugar al reclamo no resulta ilegítima ni arbitraria.

No estamos frente al supuesto previsto en la norma, que constituye el ejercicio de una actividad reglada, sino frente a un caso de actividad discrecional, en el otorgamiento del adicional, no existiendo por tanto violación a un derecho adquirido.

En el orden local V.E, en relación a los adicionales tiene dicho que la autoridad administrativa en uso de sus atribuciones y facultades discrecionales puede establecer, suspender o quitar los adicionales que perciben los agentes de la administración dando razones fundadas para ello (LS 395-57).

De conformidad con lo considerado, este Ministerio opina que procede que V.E, desestime la demanda incoada.

Despacho, 01 de febrero de 2021.



Dr. HECTOR FRAGAPANE  
Fiscal Adjunto Civil  
Procuración General

