

Expte. N° 13-04761148-7
**"Delgado Gustavo Adrián c/
Gobierno de Mendoza p/ Ac-
ción Procesal Administrati-
va"**

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i.- La demanda

La actora acciona contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza a fin de que se declare la nulidad por considerarla ilegítima, de la Resolución del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes N°1201/18 y el Decreto N°206/19 recaídos en Expediente N°5028-D-18-20108 y acumulado N°50-D-18-04768; por los que se remueve y confirma la remoción al Dr. Gustavo Adrián Delgado en el cargo de Director del Centro de Salud N°134 "Pedro Contreras" de Godoy Cruz, sin motivación legal alguna y de manera arbitraria.

Refiere que lo desplazaron como Director del Centro de Salud N°134 "Padre Contreras" correspondiente al área de salud del departamento de Godoy Cruz luego de estar 6 años en el cargo, sin mediar causa o motivación suficiente que avale la decisión.

Afirma que la designación en el cargo de Director no especifica el carácter interino, de subrogancia o su ejercicio hasta

nuevo llamado a concurso. Agrega que el cargo y funciones fueron asignadas con carácter permanente y que esa situación de revista no estaba sujeta a variación o modificación alguna sea respecto de su designación como de su ejercicio, salvo aquellos casos donde medie alguna causa legítima que lo justifique.

Manifiesta que por Resolución N°1204/18 después de seis años se lo remueve sin razón alguna: jurídica, funcional o de desmérito que descalifique su idoneidad o responsabilidad administrativa o funcional. Considera que no se respetó el nivel alcanzado de Director de un Centro de Salud y pasa a cumplir una guardia pediátrica semanal, lo que emerge prima facie arbitrario y discriminatorio, tanto en sus condiciones como en la función específica.

ii.- La contestación

A fs. 45/51 la Dra. Silvina María Livellara en representación del Gobierno de la Provincia de Mendoza se hace parte, contesta demanda y solicita su rechazo por las razones que expone.

A fs. 59/63 se hace parte el Director de Asuntos Judiciales de Fiscalía de Estado, contesta demanda y solicita su rechazo.

II- Consideraciones

En el presente caso el accionante invoca vicio en el acto administrativo en cuanto a la motivación, señalando que no ha existido causales suficientes para el cambio de fun-

ciones.

Respecto a este tópico, esta Procuración General comparte las consideraciones vertidas por la parte demandada en su contestación de demanda, en cuanto a que la pretensión del accionante es la anulación de los actos administrativos invocando una supuesta discriminación por su calidad de Secretario General de la Entidad de Profesionales Agremiados de la Salud Mendoza. No existiendo constancias en el expediente administrativo de que el actor se desempeñase en dicho cargo ni al no haber sido introducida la cuestión en el recurso jerárquico administrativo, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 3918.

Asimismo, cabe poner de resalto que el actor fue encomendado a cumplir funciones de Encargado de Centro de Salud N°134 "Padre Contreras" del Área Sanitaria de Godoy Cruz mediante Resolución N°2424/12 del anterior Ministerio de Salud la Administración Municipal.

Pretende el actor efectivización en las funciones que le habían sido asignadas como Director. En tal sentido cabe poner de resalto que de las pruebas incorporadas en la causa, ha existido una simple asignación de funciones.

En la cuestión relativa al ejercicio del ius variandi V.E. en diversas oportunidades (LS 385-156; 399-155; 410-056) ha ido estableciendo como criterios:

i- El ejercicio del ius variandi, derivado del poder de dirección que detenen-

ta el empleador, supone una potestad que tiene por objeto modificar o cambiar ciertos aspectos de la relación de trabajo, dejando incólume lo esencial o lo sustancial.

ii- El Estado empleador es libre para variar la función asignada al dependiente, cuidando siempre de respetar su integridad y de no convertir tal facultad en un accionar persecutorio.

iii- El agente público goza de numerosos derechos pero ninguno de ellos le permite exigir cuál será la función que deberá cumplir, lo que queda razonablemente supeditado al criterio de sus superiores.

iv- El vicio de desviación de poder en la voluntad del funcionario puede producirse tanto en la actividad reglada como en la discrecional, pero en esta última es más difícil su demostración.

v- Para tener por configurada la ilegitimidad del ejercicio del *ius variandi*, debe probarse la intencionalidad desviada del ente emisor del acto, como el perjuicio que la decisión le ocasiona al agente.

vi- La ausencia de prueba de alguna disminución en las condiciones de prestación de servicios en la repartición de destino, impide tener por demostrada la finalidad persecutoria, o de castigo, o de reprimenda, o de exclusión, necesarios para determinar la existencia del vicio de desviación de poder atribuido al acto atacado, pues para demostrar la presencia del vicio de desviación de poder es necesario acreditar

en primer lugar la afectación en algún grado de alguno de los derechos del agente.

En el caso de autos, el accionante no ha probado que se haya realizado un ejercicio abusivo del "ius variandi", se reeditan los argumentos expuestos en las instancias recursivas no advirtiéndose que exista arbitrariedad en las resoluciones impugnadas.

III.- Dictamen

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, las constancias de la causa, este Ministerio Público Fiscal entiende que correspondería rechazar la demanda por las razones expuestas en el acápite anterior.

Despacho, 13 de octubre de 2021.-



Dr. HECTOR PRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General