

Expte. N° 13-05520985-9

**"MONTENEGRO MIGUEL ANGEL c/
GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE
MENDOZA p/ A.P.A."**

-Sala Segunda.-

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I.- Antecedentes de la causa

i.- La demanda

Miguel Ángel Montenegro por medio de representante interpone acción procesal administrativa a fin de impugnar la Resolución Ministerial N°641/2.018, la Resolución N°642/2.018 y la Resolución N°2357/2.018 emitidas por la Ministra de Salud, Desarrollo Social y Deportes del Gobierno.

Relata que el 1 de diciembre de 1.987 se desempeñó en la especialidad de médico cirujano, cumpliendo funciones en el Servicio Coordinado de Emergencia. Que luego mediante Resolución ministerial N°003542 del 29/11/2.013, su cargo es transferido al área sanitaria de Guaymallén con funciones en el centro de salud N°10 (24hs.). Agrega que el 1 de enero del año 2.016 se le otorga un adicional por mayor dedicación en el Micro Hospital Puente de Hierro (24hs), donde cumple la totalidad de la carga horaria de su cargo conforme convenio suscripto entre el Gobernador de la Provincia representado por el Ministro de Salud y el Sr. Presidente del H. Concejo Deliberante de la Municipalidad de Guaymallén, a cargo de la Intendencia Municipal, ratificado por Decreto N°1178/14, en el cual se decide la transferencia del "Microhospital de Puente de Hierro" a la jurisdicción provincial y con ello el personal que desempeña tareas en dicho lugar.

Refiere que mediante Resolución N°641 se le

asignan funciones en el Hospital Diego Paroissien y mediante Resolución N°642 se da por terminada la incorporación en el adicional mayor dedicación (100%) del Dr. Montenegro quien cumplía funciones en el Área Sanitaria de Guaymallén.

Afirma que ambas Resoluciones (N°641/18 y 642/18) poseen vicios graves, en tanto transgreden normas constitucionales, carecen de presunción de legitimidad y ejecutividad. Agrega que la gravedad del vicio se aprecia en lo arbitrario de la decisión de trasladarlo de su lugar de trabajo a otro efector del sistema provincial de salud para de ese modo justificar la posterior quita del adicional por mayor dedicación al 100%.

Manifiesta que existen graves vicios en el objeto del acto, violación de derechos laborales especialmente protegidos por disposiciones constitucionales.

ii.- La contestación

Se hace parte a fs. 106/110 la demandada Provincia de Mendoza, contesta demanda y solicita su rechazo por la razones que expone.

A fs. 113/115 se presenta la Subdirectora de Asuntos Judiciales de Fiscalía de Estado, se hace parte y contesta demanda.

II.- Consideraciones

La Administración Provincial, en ejercicio del poder de dirección, puede disponer traslados en la medida en que las necesidades del servicio lo requieran, "potestad" que debe ser ejercida racional y razonablemente, en especial con motivación suficiente y sin originar perjuicios al agente. De lo contrario la conducta de la Administración excedería los límites jurídicos de su potestad para cambiar de funciones y trasladar a sus empleados.

En la cuestión relativa al ejercicio del *ius variandi* en materia de empleo público 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 detenta 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 la especie, de las constancias del expediente administrativo, así como de la prueba rendida en autos se advierte que:

i- La actora pretende no solo la nulidad del acto administrativo que dispuso el traslado, sino que también pretende se le continúe abonando el adicional por mayor dedicación.

Pese a los esfuerzos de la accionante tendientes a demostrar la ilegitimidad del acto impugnado, no ha logrado tal cometido.

Del expediente administrativo surge del informe agregado a fs. 1, que el Director General de la Región Metropolitana Norte dependiente del Ministerio de Salud indica "que la Dirección General no cuenta con profesional alguno en el Área de Cardiología y que por ello considera oportuno destinar la economía que actualmente insume el Adicional por Mayor dedicación del Dr. Montenegro en algún profesional cardiólogo con cargo en la Provincia de Mendoza para cubrir la necesidad asistencial, resultando suficiente disponer sólo de la carga horaria de 24 horas de servicio del mencionado profesional (adjunta informe diario estadístico de consultas médicas ambulatorias del Dr. Montenegro)", por ello peticiona el retiro del adicional.

En virtud de las constancias apuntadas y las restantes agregadas en los presentes obrados y en el expediente venido ad effectum videndi, no se advierte la existencia de pruebas o elementos de convicción que permitan afirmar con pleno convencimiento que el obrar de la parte demandada sea irrazonable o contrario a derecho.

Consecuente con ello esta Procuración General considera que las razones que invoca la parte

actora no resultan atendibles y se comparten los fundamentos expuestos por la parte demandada y Fiscalía de Estado los cuales se ajustan a derecho, no se avizoran voluntaristas, ni adolecen de vicios sino que resultan adecuados a los hechos comprobados y debidamente fundado.

III.- Dictamen

Por lo argumentado, este Ministerio Público Fiscal considera que la resolución cuestionada no adolece de los vicios que se le endilgan, por lo que procede que V.E. desestime la demanda incoada conforme lo expuesto en el acápite anterior.

Despacho, 2 de marzo de 2.023.