

Expte. N° 13-05403437-1

**"MAYA NILDA ESTHER c/ OBRA SOCIAL
DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA
PROVINCIA DE MENDOZA (OSEP) p/
A.P.A."**

-Sala Primera-

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Se corre vista a esta Procuración General de la acción procesal administrativa interpuesta por Nilda Esther Maya contra la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza (OSEP).

I.- Antecedentes de la causa

i.- La demanda

Nilda Esther Maya por medio de representante interpone acción procesal administrativa contra la Obra Social de Empleados Públicos de Mendoza (O.S.E.P.), a fin que se declare la nulidad por ilegitimidad del Decreto N°768 emitido por el Gobierno de la Provincia de Mendoza (16/06/2020), recaída en el expediente 16148-D-18-91208 del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes, de la Resolución HD-2019-394-GDEMZA-OSEP#MSDSYD del Directorio de OSEP, en el expediente N°016148-D-2018 caratulado "Dirección de enfermería- solicita traslado de personal" que confirma la Resolución N°1378/2018 del Directorio de OSEP.

Refiere que habiéndose afectado sus derechos, solicita se declare la ilegitimidad de los actos administrativos que se impugnan.

Relata que es Licenciada en Enfermería y trabaja para la obra social de Empleados Públicos

de Mendoza (O.S.E.P.) desde el año 1.982, por lo que lleva 38 años de servicio en la Institución. Refiere que en el Hospital Alexander Fleming trabajó desde comienzos del año 1.998 (más de 20 años de antigüedad en dicha repartición). Que sin fundamento válido el 23/10/2.018 se le entrega una copia de una Resolución HD-2018-1378-E-GDEMZA-OSEP, la que habría recaído en el expediente N°016148-D-2018 (interno de la OSEP). Agrega que mediante aquella resolución HD-2018-1378-E-GDEMZA-OSEP se le notifica a la actora que desde su notificación deja de cumplir funciones como Jefe de Servicios de Enfermería en el Hospital Fleming y que a partir de entonces cumplirá funciones en el Hospital del Carmen, también dependiente de OSEP.

Indica que la mencionada medida no ha sido consultada ni consentida por su parte, lo que provoca una violación a la normativa vigente. Agrega que es un claro caso de abuso en el ejercicio del ius variandi y que en los difusos fundamentos que hay del acto administrativo que se impugna, solamente se hace una mínima mención referida a que algunos funcionarios habrían pedido el cambio o traslado de personal, pero no se concreta ejemplificación alguna. Que no se acredita que el cambio haya sido solicitado por la parte actora.

Manifiesta que la demandada al realizar un cambio de funciones de modo intempestivo y arbitrario, ha excedido el ejercicio del "ius variandi", sin solicitar la conformidad de la actora y sin merituar no sólo los antecedentes sino también las situaciones que debió enfrentar la actora, por tanto se está violando el derecho a la carrera administrativa de modo arbitrario.

Solicita que se deje sin efecto el traslado y el cambio de funciones ordenado mediante Resolución HD-2018-1378-E-GDEMZA-OSEP, la cual ha recaído en el expediente N°016148-D-2018 interno de la OSEP por ser ilegítimo en tanto no se ha realizado con las formalidades

requeridas legalmente, por no prestar conformidad la profesional al cambio de funciones, además de la carencia de fundamentos del acto administrativo que lo convierte en un acto viciado y nulo.

ii.- La contestación

Se hace parte a fs. 33/43 la demandada Obra Social de Empleados Públicos (O.S.E.P.), por intermedio de representante contesta demanda y solicita su rechazo.

Afirma que no se han violado derechos constitucionales y que la parte actora ejercido debidamente el derecho de defensa, por lo que se encuentra infundada la presente acción. Que surge de los expedientes administrativos que la agente se la ha trasladado dentro de la zona de su residencia en un Hospital que también es efector propio de OSEP, que se han mantenido las mismas funciones jerárquicas de jefe de servicio en una clase 16. Agrega que lo expuesto denota una mera disconformidad con el traslado.

A fs. 46/51 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 surge que el fundamento del traslado resulta de la necesidad de dar respuestas a políticas de salud y plan estratégico fijados por la Obra Social, a fin de enriquecer la formación integral y dar mayor eficiencia al recurso jerárquico de enfermería.

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

En virtud de las constancias apuntadas y las restantes agregadas en los presentes obrados, 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, 29 de junio de 2.023.