

Expte. N° 13-06966760-5, “Lineros María Eugenia c/ Dirección General de Protección de la Niñez y Adolescencia (DGP-Ex Dirección de Niñez Adolescencia y Familia- DINAF) p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i- La demanda

Se ha corrido vista a esta Procuración General de la acción procesal administrativa iniciada por la Lic. en Psicología María Eugenia Lineros contra el acto administrativo dictado por la Dirección General de Protección de la Niñez y Adolescencia (DGP – Ex Dirección de Niñez Adolescencia y Familia-DINAF), requiriendo a V.E la anulación del Decreto N° 301/2022 dictado por el Gobernador de la Provincia de Mendoza, por medio del cual se rechaza en lo sustancial el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución N° DNFRE-2019-787-E-GDEMZA-GDP#MSDSYD dictada el día 05/12/2019, por medio de la cual se rechaza el reclamo efectuado del adicional Zona Promoción (según paritaria 2017 por Comisión Negociadora Ley 7759) y solicita se reconozca y pague el mismo en su bono de sueldo con más el pago de los correspondientes retroactivos desde el mes de febrero del año 2.017.

Sostiene que los actos atacados se encuentran afectados por vicios graves y groseros (arts. 31 incs. a y b, 32, 35, 38, 39, 45, 49, 50, 51 inc. a, 52 incs. a y b, 60 inc. b, 63 inc. c y 68 inc. b de la Ley 9003, art. 14 bis la Constitución Nacional) y funda el derecho que le asiste en la Ley 7759, Decreto-Ley 560/73, art. 14, 14 bis, 16 y 17 de la Constitución Nacional, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23, inc. 2, inc. 3), artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 3 del 3 Convenio de la O.I.T. N° 100 (1951), el artículo 3 del Convenio de la O.I.T. N° 111 (1958).

Señala que comenzó a trabajar a principios del año 2.011 como **Lic. en Psicología, en la O.A.L. –dependiente de DINAF-** en la ciudad de Malargüe; lo hacía bajo la modalidad prestación de servicios hasta que, en diciembre del 2014 ingresó a planta permanente revistando en el Régimen 27 de los Profesionales de la Salud. Actualmente continúa trabajando de manera ininterrumpida en el E.T.I. – ex OAL - de Malargüe.

Refiere que en el mes de junio del año 2.017, inicia reclamo administrativo a fin de que se reconociera en el bono de sueldo el “*Adicional Zona de Promoción*” –conforme *Acta Acuerdo Comisión Negociadora L. 7759* suscripta en fecha 14/02/2017, dando origen, en fecha 07/06/2017, a la pieza administrativa N° 361-D-2017-77738; el expediente estuvo durante cinco (5) días en la “Delegación Zona Sur” de DINAF para luego realizarse un pase a la “*División de Personal*” de DINAF, donde la pieza administrativa quedó estancada sin movimiento alguno.

Sostiene que pese a los reiterados reclamos verbales efectuados, habiendo transcurrido un (1) año del inicio del reclamo, la Administración no se preocupaba en activar la tramitación del mismo, en consecuencia, en el mes de agosto del año 2.018 interpone el primer pronto despacho, sin obtener resultado alguno; a comienzos del 2019 presenta el segundo pronto despacho y finalmente, el 08/08/2019 se interpuso el tercer pronto despacho y, cumplidos los 20 días hábiles sin que DINAF se expidiese en cuanto al reclamo, inició en la Justicia acción de “*Amparo por Mora*”, causa que tramitó ante el “*Cuarto Tribunal de Gestión Asociada*” de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, autos N° 13-04865014-1, caratulado “*Lineros María Eugenia c/ Dirección General de Protección de la Niñez y Adolescencia (DGP-EX DINAF) p/ Acción de Amparo*”, el cual en el mes de noviembre del 2019, concluyó con sentencia favorable conminando a la D.G.P. – ex DINAF – para que en el término de cinco días dicte resolución definitiva en el Expediente Administrativo N° 361-2017-77738.

Describe lo actuado en sede administrativa, señalando errores en el dictamen jurídico de Asesoría Letrada –Zona Sur- de fs. 19, el cual no tuvo en cuenta el “*Acta Acuerdo Comisión Negociadora Ley 7759*” – fechada 14/02/2017 -, aplicable al caso de marras, sino que analizó algún otro acuerdo paritario radicalmente distinto al aplicable a los Profesionales de la Salud.

Menciona que el “*Acta Acuerdo – L.7759*”, de febrero del 2017, en el punto 5), expresamente dispone: “*Se acuerda también el otorgamiento del Adicional Zona de Promoción, en un 20% de la Asignación de Clase a partir del mes de febrero de 2017, para los agentes del Reg. 27 que presten servicios en Hospitales y áreas de Salud de los departamentos de General Alvear, Malargüe ...*”.

Indica que en fecha 26 de Diciembre del año 2017, se volvió a reunir la Comisión Negociadora Ley N° 7.759 y, mediante un nuevo “*Acta Acuerdo*” dispusieron (en el punto 4 del mismo) incrementar el adicional zona de promoción para los agentes del Régimen 27 del 20 al 100% de la asignación de clase a partir de enero/2018.

Considera que por encontrarme revistando en el *Régimen 27* - de los Profesionales de la Salud - y por lo dispuesto en la normativa, es que le corresponde percibir el adicional zona de promoción y no en un 10%, sino en un 20% desde febrero a diciembre del 2017 y, a partir de enero/2018, en un 100% de la asignación de clase.

Refiere que a posteriori del indicado dictamen, hay un segundo dictamen jurídico, expedido por Asesoría Letrada DINAF, en el que si bien comparte la opinión vertida en el dictamen anterior en sus fundamentos y conclusión, de la lectura del mismo surge que la fundamentación del mismo dista del primero, ya que la Dra. Pons si invoca el “*Acta Acuerdo – L.7759* –” aplicable al caso de marras; en lo que yerra esta última es en la interpretación del mismo ya que aconseja rechazar el reclamo argumentando que no corresponde el adicional porque los E.T.I. no son áreas de salud.

Agrega que finalmente, en fecha 05/12/2019, la Directora de la “Dirección General de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes – D.G.P.-“, dicta la Resolución N° DNFRE-2019-787-E-GDEMZA-DGP#MSDSYD, mediante la cual en su Art. 1°) decide rechazar el reclamo, la que fue impugnada a través de Recurso de Alzada, el que fuera re-

chazado por Decreto N° 301/2022 emitido por el Sr. Gobernador de la Provincia y que diera lugar a la presente acción judicial.

Sostiene que tanto el acto administrativo originario como el Decreto N° 301/2022 no reconocen el Adicional Zona de Promoción previsto en las “Actas Paritarias” – L. 7759 - del año 2.017, por lo que se encuentran gravosamente viciados en la etapa de preparación de la voluntad administrativa ya que resuelve incurriendo en un error de interpretación de las normas vigentes; tanto la Resolución emitida por la D.G.P. como el Decreto impugnado, se fundamentan para el rechazo en el hecho de que supuestamente no desempeña sus tareas en un “Área de salud” u “Hospital” en sentido estricto, lo que – en su caso - sí permitiría el otorgamiento del ítem solicitado.

Interpreta que este tema ha quedado más que zanjado en casos anteriores – iguales al suyo - cuando la *Suprema Corte* de nuestra Provincia resolvió que debía abonarse el adicional por cuanto lo que se abona con el mismo es la zona geográfica en la que se desarrolla la tarea y NO el lugar o Institución a la que se pertenece (cf. autos nro. 103.297 “*SERRA-BOGUÑA MIRIAM C/ DGE S/ APA*”; y 113.289 “*FORTUNATO MARÍA ANGÉLICA C/ DGE S/ APA*” – ambos SCJM -).

Menciona que luego de dictados estos fallos por la SCJM, en fecha 15/02/2018 se suscribió el acta paritaria en la que AMPROS exigió expresamente se abone el adicional Zona de Promoción a todos los profesionales del régimen 27 que presten funciones en las Zonas de promoción así declaradas ya que lo que se bonifica es la zona geográfica y no la institución donde se desempeña, en un todo conforme con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en los autos señalados.

Considera que resulta improcedente que la administración no le conceda el adicional solicitado argumentando que trabaja en el “Equipo Técnico Interdisciplinario – E.T.I. –“ ya que no lo hace en un “Área de Salud” y/o “Hospital” de Malargüe y que corresponde se le otorgue dicho adicional ya que las tareas laborales que desarrolla las realiza en el indicado Departamento del sur provincial y se encuentra comprendida en el *régimen 27* de los profesionales de la salud y que ello resulta violatorio del principio de “Igualdad” (art. 16 CN) ya que, a otros profesionales de la salud que se encuentran revistando dentro del escalafón 27 en la misma ciudad - pero en

otras Instituciones - se le reconoce el indicado ítem y a la misma se lo rechace invocando - livianamente - que trabaja en el E.T.I.

Alega que, el trabajo que realizan los E.T.I., bregando día a día por la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes se encuentra dirigido directamente a preservar y mejorar la salud humana de los mismos.

Arguye que el rechazo, no reconocimiento y posterior pago del adicional solicitado ha sido decidido con manifiesto desvío de poder y haciendo un trato evidentemente discriminatorio en su perjuicio.

ii- La contestación

La Dirección General de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (D.G.P.) contesta demanda y solicita el rechazo, por las razones que expone.

Afirma que del análisis sustancial de lo reclamado por la amparista, surge que la misma vive y desarrolla sus funciones en el ETI (Equipo Técnico Interdisciplinario) correspondiente al Departamento de Malargüe, no obstante ello, instó su reclamo con el objeto de que se le otorgara el ÍTEM acordado en paritaria en el año 2017 por comisión negociadora Ley 7759, sin advertir la misma que en el punto 5 de dicho acuerdo surge claramente que el otorgamiento de dicho ÍTEM o el otorgamiento del adicional zona (20 %) de la asignación de clase es para todos aquellos que ostenten en su situación de revista el régimen 27 y que presten sus servicios en “ hospitales y áreas de salud correspondiente a los departamentos de General Alvear, Malargüe, Tunuyán, Tupungato, San Rafael, San Carlos, Lavalle, La Paz y distrito de Uspallata.

Sostiene que la actora pretendió en su reclamo la asignación de un ÍTEM en el cual no reunía los requisitos para ello, ya que la señora Lineros cumple desde hace muchos años sus funciones en el ETI del departamento de Malargüe y no en un servicio de salud o en un hospital como lo exige la legislación y el Acuerdo Paritario del año 2017.

Alega que el acuerdo es específico y claro respecto a los lugares en que deben desempeñar los agentes del Régimen 27, sus funciones para poder percibir el ÍTEM, es decir, Hospitales y Aéreas de Salud.

Menciona que el ETI, Equipo Técnico Interdisciplinario, es un organismo administrativo cuya función, conformación, y objeto se encuentra debidamente determinada en la Ley 9139 en los Arts. 29, 30 y 31 que transcribe.

Afirma que entre sus funciones se encuentra:

a) Intervenir en los casos de maltrato, negligencia y abuso sexual de niños, niñas y adolescentes; b) Analizar y diagnosticar el nivel de vulneración, determinando la gravedad o la urgencia de la situación a los fines de su derivación inmediata al área correspondiente; c) Adoptar medidas de protección integral de derechos; d) Adoptar medidas de protección excepcional de derechos, solicitando el debido control de legalidad a Juez de Familia correspondiente; e) Solicitar al Juez de Familia medidas conexas a fin de hacer afectivas las medidas las medidas de protección de niños, niñas y adolescentes; f) Realizar el seguimiento y control de las medidas de protección de niños, niñas y adolescentes que son derivadas a la Dirección de Cuidados Alternativos, hasta cese de la situación de vulneración de derechos en forma coordinada con los profesionales de la mencionada dirección; g) Restituir a niños, niñas y adolescentes el pleno goce y ejercicio de sus derechos cuando estos han sido amenazados o vulnerados; h) Coordinar acciones tendientes a la atención y cuidado integral de infantil, con el propósito de apoyar el fortalecimiento familiar y comunitario; i) Realizar en el territorio el seguimiento y acompañamiento de las familias afectadas; j) Efectuar las derivaciones específicas y correspondientes, a través de una adecuada, pronta y efectiva articulación con los efectores correspondientes; k) Informar en forma detallada y circunstanciada al Juez competente la situación de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes, alcanzadas por medidas excepcionales, en los supuestos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación; l) Sugerir a las autoridades de aplicación protocolos de actuación interno conforme los procedimientos administrativos que rige y según su incumbencia; entre otras.

Señala, consecuente con lo anterior, que los organismos ETI no son ni serán un Área de Salud, en su sentido estricto, que permita el otorgamiento del ítem solicitado por la actora, al menos que surja o exista normativa (Resolución, Decreto o Ley) que permita equiparar tales áreas a un ETI.

Entiende que el espíritu de la normativa y del ítem generado en el Acta acuerdo no ha sido con el fin de otorgar a todas las personas que vivan en los departamentos enunciados un adicional zona, por el solo hecho de haber nacido, vivir y desarrollar sus actividades profesionales en estos departamentos de la ciudad de Mendoza, sino que ha sido claro el objeto del mismo al enunciar específicamente los lugares en los cuales deben desempeñarse, dentro de esos departamentos (hospitales y áreas de salud); si el objeto hubiera sido el que pretende la actora, hubiera bastado a la comisión negociadora, con enunciar solo un Item Zona para todas las personas que desarrollen sus funciones en dichos departamentos, sin importar que sea un hospital, área de salud, escuela, municipio, cualquier organismo público o privado, etc.

Fiscalía de Estado, se hace parte y manifiesta que la referida resistencia ha sido formulada sobre la base de invocación de hechos contrapuestos o excluyentes a los invocados por la actora, por tanto su intervención, en orden a la plataforma fáctica controvertida, se limitará al estado de cosas descrito en el referido responde, al que adhiere en todas sus partes y a cuya acreditación orientará su actividad probatoria.

Expresa, que sin perjuicio de lo expuesto, y para reforzar los argumentos vertidos por la Demandada, es correcto que el Acta Acuerdo – Comisión Negociadora Ley 7759, N° 1060, de fecha 14/02/2017, en el punto 5), expresamente dispone: *“Se acuerda también el otorgamiento del Adicional Zona de Promoción, en un 20% de la Asignación de Clase a partir del mes de febrero de 2017, para los agentes del Reg. 27 que presten servicios en Hospitales y áreas de Salud de los departamentos de General Alvear, Malargüe, Tunuyán, Tupungato, San Carlos, Lavalle, La Paz y del distrito de Uspallata del departamento de Las Heras. ...”*.

Considera que la Actora yerra al mencionar que la jurisprudencia emanada de los autos 103.297 “in re “Serraboguña” y los autos 113.289 “in re Fortunato” (y sus antecedentes que citan L.S. 368-133; 412-80, in re “Arce” y “Román”, respectivamente) ambos SCJM, sean aplicables a este caso concreto, ya que existen significativas diferencias, dado que en esos casos citados las actoras eran profesionales de la Salud, incorporadas en el Escalafón correlativo, pero se encontraban empleadas por la D.G.E., quien les abonaba sus haberes en forma habitual, y cuya situación jurídica se encontraba

contemplada en el Acuerdo Paritario firmado ante la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social el día 18/11/2012, entre A.M.PRO.S. y la D.G.E

Agrega que en dichos antecedentes se dijo que el adicional corresponde a un porcentaje fijado por las normas del Estatuto de la Salud y no del Docente, atento al régimen salarial en los cuales se encontraban las actoras y que las mismas no apuntaban a la determinación de nuevos lugares sino al pago de un adicional que según ellas les correspondía a lugares ya determinados; es decir que lo que variaba en esos casos no eran los establecimientos los cuales todos eran calificados de inhóspitos sino la calidad de los que prestaban el servicio (Docente/Agente de Salud) y por ese motivo se les reconoció su derecho subjetivo a la percepción de adicional solicitado, situación que difiere a la de la presente causa.

Finalmente sostiene que a mayor abundamiento deberá tener presente V.E. que a través de Acta N° 1091, de fecha 15/02/2018, expediente: EE-2017-229972-GDEMZA-DEYD#MGTYJ, los representantes de AMPROS solicitaron respuestas concretas y fecha de cumplimiento al Gobierno respecto de una solicitud referida a que: "...2) *“Se abone el adicional Zona de Promoción a todos los profesionales del régimen 27 que presten funciones en las Zonas de promoción así declaradas ya que lo que se bonifica es la zona geográfica y no la institución donde se desempeña. En un todo conforme con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en los autos 103297 Serraboguña Miriam y Fortunato María Angélica autos 113289...”*

A través de ACTA N° 1092, de fecha 23/02/2018, expediente: EE-2017-229972-GDEMZA-DEYD#MGTYJ, los representantes de AMPROS denuncian que: "... 2) *Atento la negativa del Poder Ejecutivo de otorgar la zona así declaradas, hacemos expresa reserva de iniciar acciones legales por la violación de la igualdad ante la ley y trato discriminatorio conforme a los precedente “SERRABOGUÑA y FORTUNATO”.*

Advierte que la actora pretende “judicializar” algo, que el Gremio que la representa y el Poder Ejecutivo no pudieron ponerse de acuerdo, evidentemente por el distinto sentido que caprichosamente se le quiere dar a los antecedentes jurisprudenciales que reitera no son aplicables a este caso concreto.

Considera que lo particular de este caso, es que no se basa en un conflicto relativo a interpretación o aplicación de un con-

venio colectivo, sino a la Jurisprudencia “teóricamente aplicable” a dicho convenio, lo cual luce según su postura a todas luces improcedente y solicita el rechazo de la demanda.

II- Consideraciones

Analizadas las presentes 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 Público Fiscal entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- Pese a los esfuerzos de la accionante tendientes a demostrar la violación a los derechos constitucionales en virtud del dictado de las resoluciones cuya nulidad solicita, no ha logrado tal cometido, dado que las razones que invoca no resultan atendibles y se comparten los fundamentos expuestos en la resoluciones impugnadas las cuales se ajustan a derecho, no se avizoran voluntaristas, ni adolecen de vicios sino que resultan adecuadas a los hechos comprobados y debidamente fundadas.

ii- No se advierte la existencia de pruebas o elementos de convicción que permitan afirmar con pleno convencimiento que el obrar de la Administración resulta irrazonable o contrario a derecho.

En efecto, se verifica en el sublite, que la decisión administrativa puesta en crisis que dispuso rechazar el reclamo del adicional “Zona Promoción”, fundada en que la actora no pertenece a Hospitales o Areas de Salud, se encuentra suficientemente motivada, y por tanto no resulta arbitraria.

iii- Tampoco se advierte violación al derecho de igualdad por cuanto la actora, aun cuando pertenece al régimen 27, no se encuentra en la misma situación que los profesionales de la salud que prestan funciones en las áreas mencionadas, ni tampoco se encuentra en la misma situación que Serraboguña y Fortunato, cuyos antecedentes solicita se apliquen al caso bajo examen.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha tenido oportunidad de afirmar que el principio de igualdad debe entenderse en igualdad de circunstancias, de manera tal que debe aplicarse similar criterio en

idénticas circunstancias (L.S. 324-119), de allí que el principio de igualdad supone también el reconocimiento de diferencias si son razonables (L.S. 410-100).

III.- Dictamen

Conforme lo expuesto, esta Procuración General considera que V.E. debería rechazar la demanda conforme las consideraciones vertidas en el acápite anterior.

Despacho, 17 de octubre de 2023.