

Expte. N° 13-07000610-8, “Carrillo Pablo
Martín c/ Hospital El Sauce p/ Acción Proce-
sal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i.- La demanda

Pablo Martín Carrillo con patrocinio letrado interpone acción procesal administrativa contra el Hospital El Sauce a fin que V.E. revoque por contrario imperio el Decreto N° 1824 de fecha 12 de octubre de 2022, emanado del Sr. Gobernador de la Provincia de Mendoza y consecuentemente los actos que le dan origen, esto es la Resolución N° 090/21 emitida por la Sra. directora del Hospital del Sauce y haga lugar al reclamo de transformación del contrato de locación de servicios profesionales en adicional por mayor dedicación, como así también el pago de las diferencias salariales en forma retroactiva desde que se formuló el reclamo administrativo en fecha 28/05/2020.

En concreto solicita que se revoque la decisión impugnada y V.E disponga: a) el pago las diferencias salariales generadas, entre el contrato y/o prestación por mayor dedicación profesional con el cargo de mayor dedicación que hubiera correspondido, desde que se formuló el reclamo administrativo (28/05/2020), con más intereses legales desde que el pago fue debido, desde que se devengó cada crédito y hasta la fecha de su efectivo pago; b) Se reconozca la antigüedad real del actor desde que comenzó a prestar servicios para la Administración Pública en calidad de contratado por mayor dedicación, tanto para el cómputo del adicional correspondiente, como a los efectos previsionales y licencias ordinarias dispuestas por ley, todo con el objeto de que se proceda a dar cumplimiento al Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por Ley 7759; c) se disponga el pago de las horas adicionales al cargo, con el adicional mayor dedicación profesional, comprendido en el artículo 12° de la Ley 7759 de conformidad con la normativa señalada, abonando las

diferencias salariales y previsionales generadas en forma retroactiva al año 2020.

Alega violación a normas de orden constitucional, Convenios Internacionales, Normas Provinciales y Administrativas y la existencia de Vicio Grave o Grosero de Objeto y de Voluntad en la Emisión del Acto Administrativo (Arts. 30, 31, inc. a) y b), 32, 39, 52, inc. b) 63, inc. c) de la Ley 9003).

Indica que es Licenciado en enfermería y presta funciones en el Hospital del Sauce y que el día 02/09/21 interpuso Recurso Jerárquico ante el Sr. Gobernador de la Provincia de Mendoza, solicitando que se revoque la Resolución N° 090/21 emitida por la Sra. directora del Hospital del Sauce que rechazó el reconocimiento de su mayor dedicación (reclamo iniciado el 28/05/2020), el cual ingresó bajo N° EX-2021-05455534-GDEMZA-CC, caratulado “MGTYJ. RECURSO JERARQUICO. REF EX-2020-02421419- -GDEMZA-HE.”

Refiere que ante la falta de respuesta interpuso un amparo por mora el que tramitó ante el Tribunal de Gestión Judicial Asociada N° 4 de la Primer Circunscripción Judicial, autos N° 413366, caratulados “Carrillo Pablo Martín c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Amparo” y anoticiado el demandado, inmediatamente puso en marcha la pieza administrativa, dictando el acto administrativo que da lugar a la presente acción judicial, esto es el Decreto N° 1824, solicitando se declarara el caso como moot case, el que fuera notificado el día 14/10/2022.

Transcribe las normas legales que considera aplicables (art. 11 de la Ley N° 7557 y art. 12 de la Ley N° 7759 e indica que según su Legajo Personal, el cual se ofrece como prueba, cumple con todos los requisitos solicitados por la ley para reconocerse su derecho conforme a lo establecido precedentemente y por ello la prestación de servicio debe ser transformada en adicional por mayor dedicación, sin poder invocar razones presupuestarias para denegar o retrasar su derecho.

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

Considera aplicable al caso, el precedente de

esta Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Expediente N° 13-05088445-1, caratulado “Gutiérrez Gabriela c/ Hospital Pediátrico Dr. Humberto J. Notti p/ Acción Procesal Administrativa”, en el que se resolvió hacer lugar íntegramente al reclamo de la actora y transcribe las partes pertinentes de la misma.

Finalmente señala que el pago fuera de término genera empobrecimiento y que existe una clara discordancia con la situación de hecho reglada por el orden normativo.

ii.- La contestación

El Hospital El Sauce demandado por medio de apoderado se presenta y por las razones que expone solicita el rechazo de la demanda.

En cuanto a los hechos, menciona en primer lugar que el actor Pablo Martín Carrillo es Licenciado en Enfermería, empleado de planta del Hospital El Sauce con una carga horaria de 36 hs. semanales de locación, lo que acredita con la constancia de la Situación de Revista del agente y en segundo lugar que no posee contrato o prestación de servicios en el Hospital El Sauce, ni en ninguna otra dependencia del MSDSYD.

Señala que el accionante ha faltado a la verdad al decir que presta servicios para la Administración Pública en calidad de contratado y/o prestador de servicios y que resulta llamativo que en el escrito de demanda no mencione en qué dependencia del Ministerio presta servicios profesionales, que no presente Contrato de Locación o Prestación de Servicios, Declaración Jurada, etc.; ello es así porque cuando el Sr. Carrillo inició la presente demanda ya no prestaba servicio alguno en el M.S.D.S.y D., dado que hacía dos meses que había dejado de prestar sus servicios en la Dirección de Atención a la Persona con Discapacidad, Subsecretaría de Desarrollo Social del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes.

En concreto, indica que el actor estuvo contratado desde el 18 de agosto de 2015 hasta el 1° de setiembre de 2022 fecha en que se rescindió su contrato conforme se acredita con el Informe de la Dirección de Atención a la Persona con Discapacidad, Subsecretaría de Desarrollo Social del citado Ministerio y con la Resolución de Rescisión del M.S.D.S.y D.

Nº 3687 de fecha 30/12/2022, la cual rescindió el contrato del agente Carrillo, a partir del 01 de setiembre de 2022.

Refiere que el actor prestó servicios primero en el Instituto Jorba de Funes y luego en el Instituto Lorenzo Bordón, ambos dependientes de la citada Dirección de Atención a la Persona con Discapacidad.

Considera que el precedente señalado por el actor en el Acápito XI de la demanda, como fundamento de su pretensión no es de aplicación al caso de autos, toda vez que en el juicio Nº 13-05088445-1, caratulado “GUTIERREZ GABRIELA C/ HOSPITAL PEDIÁTRICO DR. HUMBERTO NOTTI P/ APA”, la actora tenía cargo y contrato en el mismo Hospital Notti, en cambio el agente Carrillo tiene su cargo de planta en el Hospital El Sauce y tuvo contrato en otra dependencia del M.S.D.S y D. que finalizó el 01/09/2022.

Interpreta que la ley sólo autoriza transformar el contrato y/o prestación en adicional por mayor dedicación cuando el contrato sea de horas adicionales al régimen normal de trabajo y al cargo de revista en el mismo efector de salud donde se cumplan y si el contrato es en otra dependencia o efector corresponde concursar cargo conforme la normativa vigente en la materia Ley 9350.

Argumenta además, que si fuera verdad que el actor presta servicios como contratado o prestador con horas adicionales al cargo de planta que posee en el Hospital El Sauce, debería tenerse en consideración que el actor cumple en el Hospital El Sauce un régimen laboral de 36 horas semanales por lo que no entraría en el ámbito de aplicación de la norma, por no ajustarse su situación a lo dispuesto expresamente por el 12 de la Ley 7759, el cual requiere que el agente con cargo de revista y con contrato –de locación o prestación- cumpla funciones en el mismo efector, es decir, que posea su cargo de planta y su contrato en el mismo organismo, requisito este que nunca cumplió el actor, razón por la cual se le rechazó en sede administrativa el reclamo y ahora debe rechazarse por inexistencia de contratación, base fáctica necesaria para el progreso de la acción.

Fiscalía de Estado, también solicita el rechazo de la pretensión por las mismas razones que la demandada directa.

Sostiene que la demanda es improcedente por carecer el actor de un vínculo contractual con otro efector público del sistema de salud provincial, y que la pretensión tampoco puede prosperar en virtud de lo establecido por los arts. 11 y 12 de la ley 7759, dado que durante el período en que el Lic. Carrillo tuvo un contrato de locación de servicio, lo hizo con prestación de funciones en otro efector distinto de aquel en que revista con un cargo de planta permanente, encontrándose debidamente probado que en el período en que estuvo contratado bajo locación de servicios, era para cumplir funciones bajo la órbita de la Dirección de Atención a las Persona con Discapacidad, primero en el Instituto Jorba de Funes y luego en el Lorenzo Bordón.

Concluye que en definitiva, la transformación del contrato de locación en Adicional por Mayor Dedicación no es factible desde el punto de vista jurídico, cuando el agente tiene su cargo de revista en un organismo, pero se encuentran prestando servicios en otro efector por contrato de locación o prestación.

II.- Consideraciones

i- Analizadas las actuaciones, se señala que esta Procuración General ya tuvo oportunidad de expedirse en un caso similar al de autos, in re “Serrat” en el cual V.E. ha dictado sentencia.

En el precedente señalado se sostuvo que:

-La pretensión de la reclamante no debería prosperar por no cumplirse con los requisitos legales (art. 12 de la Ley N°7759), por cuanto la parte actora posee cargo de planta permanente en el estado provincial (DINAF) y el contrato de Locación de Servicios en otro ámbito provincial, siendo requisito necesario que la prestación de servicios se cumpla en el mismo ámbito o dependencia.

- En tal sentido, V.E. ha resuelto: “No corresponde hacer lugar a la demanda en cuanto la actora pretende la transformación de un contrato de locación de servicios profesionales de salud en la O.S.E.P., en un adicional por mayor dedicación de su empleo público de planta permanente de un hospital descentralizado, si las prestaciones sanitarias que cumple en ambas entidades son diversas. La solución contraria conduciría al absurdo de pertenencia del agente público sólo a la planta permanente de un ente públi-

co con prestación de servicios diversos en otro, por los cuales no fue contratado. (Expte.: 100689 – Araujo, Mariel Beatriz c/ O.S.E.P. s/A.P.A. 08/11/2012 – Sala N° 1).

-Al no estar comprendida María Gabriela Serrat en el artículo 12 de la Ley N°7759, 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).

ii- V.E. en el caso mencionado, en criterio mayoritario discordante al señalado anteriormente, dispuso hacer lugar a la demandada planteada por Serrat, al entender en una apretada síntesis que:

“...Existiendo una extensión horaria del empleo público prestado en planta permanente, por parte de la Lic. Serrat, como se ha visto, y dado que esa extensión se cumple en el mismo ámbito del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes, corresponde, en virtud de la normativa citada, transformar el contrato de locación de servicios en adicional por mayor dedicación profesional en función de las necesidades del servicio (art. 12, Ley 7759). Sin perjuicio de ello, vale aclarar tal como lo hizo este Tribunal en “ARAUJO, MARIELA BEATRIZ C/ O.S.E.P. Y GBNO. DE LA PROV. S/ A.P.A.” (causa N° 100.689, sentencia de fecha 8/11/2012), que la actora no tiene un derecho adquirido a mantener tal adicional, sino cuando necesidades del servicio así lo requiriesen, lo que no sólo se encuentra vinculado a la permanencia del mismo sino también a otros factores, como es la organización administrativa en que se inserta el mismo”.

“En esta línea debe recordarse que este Tribunal ha sostenido que, el adicional por mayor dedicación se percibe bajo el concepto de servicio efectivamente prestado y que no debe ser como un suplemento fijo, sino que es variable, en la medida que es la autoridad concedente quien decide otorgarlo o no y por razones exclusivas de servicio, de allí la necesidad de integrar el adicional con la efectiva prestación

del servicio (L.S. 276-242; 412-231), la que en este caso continúa de modo ininterrumpido desde el año 2012”.

En relación a las diferencias salariales sostuvo: “...Al respecto, debe señalarse en primer término que la Ley 7.557 cuando quiso poner fecha límite lo hizo, tal como se lee del artículo 12 que dispone “en los casos de agentes comprendidos en las Leyes 5241, 5495 y 6836 (estatuto y escalafón de agentes de la salud y desarrollo social), en todos sus agrupamientos, tramos y subtramos, que estén cumpliendo funciones de mayor jerarquía con anterioridad al 31/05/06 y que continúen en la actualidad; por disposición legal emanada de la actualidad de cada unidad organizativa o ministerial, o certificación de la máxima autoridad de la repartición, o que perciban un contrato por cargo o función jerárquica a la fecha mencionada, deberá procederse a la recategorización y pago de la función jerárquica durante el ejercicio 2008 y retroactivamente al 01/01/07...”, mientras que en otros artículos del texto legal y en lo que aquí respecta puntualmente el artículo 11, nada dice respecto del límite temporal que pretende imponer la demandada. De allí que, no se advierte obstáculo alguno para la aplicación de esta norma al presente caso, independientemente de la fecha del contrato, dado que, como es sabido, donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir.

“... y si el Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes ha decidido, en el marco de la legislación vigente, contratar los servicios de la Lic. Serrat, quien a su vez presta servicios como empleada de planta permanente en un organismo que depende funcionalmente de aquel, resulta indubitable que la modalidad de pago debe ser mediante el Adicional por Mayor Dedicación, sin perjuicio de lo señalado supra con cita del caso “Araujo” y fallos (L.S. 276-242; 412-231).

“A lo razonado en el párrafo anterior, debe añadirse que los servicios que presta la actora por contrato de locación, configuran indiscutiblemente una extensión horaria del cargo de planta permanente perteneciente a la ex DINAF, actual DGPD toda vez que este organismo descentralizado, depende funcionalmente del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes, creado por Ley Orgánica Ministerial N° 8.830 (B.O.: 09/12/2015), y este último a su vez ha contratado a la actora para prestar funciones en la Junta Evaluadora Provincial, dependiente de él”.

“Por otra parte, del análisis minucioso de la causa se desprende, de modo semejante a lo resuelto *in re* “Gómez”, que se ha configurado una situación de desviación de poder en la que, bajo el pretexto del ejercicio de facultades discrecionales se aprovecha del trabajo de una agente a la que le corresponde una remuneración y

registración acordes a lo que manda la ley, resultando tal situación en perjuicio de la interesada quien en rigor y de procederse coherentemente, debería contar con un adicional por mayor dedicación horaria de su cargo de planta, conforme a la protección constitucional de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis de la C.N.). De allí que, las diferencias salariales peticionadas resultan procedentes (autos n° 110.447 caratulados “Gómez, Mario Augusto c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza – Ministerio de Salud- s/ A.P.A.”, citando a Sesín, Domingo J., *Adm. Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2° ed. act., Lexis Nexis, C.A.B.A., 2004, p. 223; L.S. 423-29, L.S. 425-198”).

iii- Teniendo en cuenta lo anterior se considera que V.E. podrá evaluar si resultan de aplicación los mismos criterios expuestos en el antecedente citado en el acápite anterior (v. cfr. Luqui, Roberto, “*Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*”, Tomo II, pág. 403/404).

Despacho, 04 de octubre de 2023.