

Expte. N° 13-07150794-1, “Selezinka Mariana Soledad c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa (Art. 2 inc. 4 Ley 9423; Art. 1° CPA; Art. 187 Ley 9003)”

Competencia Originaria

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i.- La demanda

Mariana Soledad Selezinka con patrocinio letrado interpone acción procesal administrativa contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza a fin que V.E. revoque por contrario imperio el Decreto N° 2482 de fecha 27 de diciembre de 2022, emanado del Sr. Gobernador de la Provincia de Mendoza y consecuentemente los actos que le dan origen, esto es la Resolución N° 1316/22 del Ministerio de Salud 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 07/09/2020.

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 Licenciada en Obstetricia y cumple funciones en el Hospital Saporiti de Rivadavia, con un cargo de planta permanente en el Servicio de Maternidad de dicho Hospital y desde el 01/09/2011 posee un contrato bajo la modalidad de locación de servicios con el Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes de Mendoza – Area Sanitaria Rivadavia, con funciones de obstetra, de forma ininterrumpida.

Refiere que en septiembre del año 2020 inició un reclamo administrativo ante las autoridades del Hospital Saporiti, solicitando el pase de su contrato a Mayor Dedicación, abonando las diferencias salariales y previsionales generadas entre el contrato y/o prestación por mayor dedicación profesional con el cargo de mayor dedicación que hubiera correspondido, desde la vigencia de la contratación, con más intereses y 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, regularizando la actividad y prestación de servicios contratados mediante locación de servicios profesionales o pagos por prestaciones y/o cualquier otro tipo de contratación no prevista en la ley 7759.

Expresa que a partir de allí se formó el expediente N° EX-2020-04130629-GDEMZA-HSAPORITI#MSDSYD, caratulado Reclamo Administrativo, el que fue remitido al Área Sanitaria de Rivadavia y tuvo someros pases administrativos en el Ministerio de Salud de la Provincia, sin embargo no se resolvió su reclamo, por lo que ante diversos pedidos de pronto despacho, debió concurrir a la justicia provincial a través de una acción de amparo a fin de obtener una respuesta a su reclamo, el que tramito en los autos N° 272481, caratulados “SELEZINKA MARIANA SOLEDAD C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/AMPARO” del Tribunal de Gestión Judicial N°1 de la Primera Circunscripción; como consecuencia de ello en agosto de 2022 la Sra. Ministra de Salud emitió Resolución N° 1316/22, por la cual dispuso rechazar lo solicitado, respecto a la incorporación del adicional de mayor dedicación, contra la cual interpuso Recurso Jerárquico ante el Sr. Gobernador de la Provincia en fecha 12/08/22, el que fue ingresado con el N° EX-2022-05588980-GDEMZA-CCC, caratulado MGTYJ. RECURSO JERARQUICO. REF EX-2020-04130629- -GDEMZA-HSAPORITI#MSDSYD, el cual fuera rechazado por medio de DECRETO N° 2482/22 de fecha 27/12/2022, notificado el día 06/01/2023 y que da lugar a la presente acción judicial.

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.

Considera que las normas impugnadas resultan clara y absolutamente inconstitucionales, puesto que desconocen y dejan sin efecto lo ordenado por una ley del Poder Legislativo, jerárquicamente superior.

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.

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

La Provincia de Mendoza demandada por medio de apoderado se presenta y por las razones que expone solicita el rechazo de la demanda.

Expresa que la reclamante reviste cargo de planta permanente en el Hospital Saporiti, y se encuentra vinculada en modalidad contrato de locación de servicios con el área sanitaria de Rivadavia, de lo que resulta evidente que ambos servicios se prestan en distintas dependencias provinciales, máxime cuando el Hospital Saporiti es un Hospital Descentralizado de la Provincia de Mendoza, Ley N° 6015, que tiene facultades para contratar personal, presupuesto propio, etc., por lo que no se configura una extensión horaria de los servicios prestados en el empleo público de planta permanente.

Entiende que tal postura encuentra basamento en lo resuelto por este Supremo Tribunal en el caso “**ARAUJO MARIELA BEATRIZ C/ O.S.E.P. Y GBNO. DE LA PROV S/A.P.A.**”, y transcribe las partes pertinentes del decisorio.

Advierte que la actora no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación temporal de la normativa invocada por

cuanto la misma se refiere a agentes que a la fecha de entrada en vigencia de la misma se hubieran encontrado revistando en la planta permanente y a su vez hubieran contado con un contrato por extensión horaria, hipótesis jurídica que no es posible ensamblar con los hechos sub examine y tampoco reúne la actora los requisitos establecidos en el artículo 11 citado, pues en el caso tampoco se configura la extensión horaria que el mismo establece.

Recuerda que la norma supra citada halla su origen en una discusión paritaria, lo que determina su destino, es decir, regir la situación de los agentes que se encontraban en una situación determinada, en un marco temporal determinado, disponiendo la misma norma el otorgamiento del mentado adicional en el primer semestre del 2007 y en forma retroactiva al 01/01/2007.

En punto a las diferencias salariales, entiende que corresponde su rechazo, dado que la actora consintió voluntariamente vincularse bajo la modalidad de monotributo, y tal fue su consentimiento que lo mantuvo ininterrumpidamente en el tiempo, percibiendo el correspondiente pago en concepto de contraprestación por el servicio prestado, y en virtud de ello, no corresponde ahora calcular diferencias salariales, como así tampoco calcular aportes jubilatorios en miras a que la agente hasta el momento de su transformación se ha mantenido adherida al régimen de monotributo, en este sentido se ha expresado nuestro Máximo Tribunal en el fallo "DANITZ VERONICA BEATRIZ C/ PROVINCIA DE MENDOZA P/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA".

Finalmente y para el caso que Usía considere que corresponde hacer lugar al reclamo de la actora, deja planteada la prescripción de cualquier diferencia salarial, por períodos de desempeño anteriores al plazo de prescripción de dos años desde iniciadas las actuaciones, ello conforme lo previsto en el art. 38 bis del Decreto Ley 560/73.

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 cuanto la Lic. Selezinka si bien es personal de planta permanente del Hospital Saporiti, los servicios que presta bajo la modalidad de contrato de locación, es en el Area Sanitara de Rivadavia, es decir lo hace en un establecimiento distin-

to de aquel donde reviste en planta permanente; en otras palabras, las horas adicionales no corresponden a su cargo o función en planta permanente, sino que el contrato se refiere a otras funciones que desempeña en otro establecimiento.

Alega que la transformación del contrato de locación en Adicional por Mayor Dedicación no es factible desde el punto de vista jurídico y no se configura en el caso, la posibilidad de transformar el contrato de locación en Adicional por Mayor Dedicación, en tanto las funciones que cumple como personal de planta es en el Hospital Saporiti, y las prestaciones por contrato, lo son en el Área Sanitaria de Rivadavia, por lo cual, no hay ningún obrar ilegítimo por parte de la Administración, ya que la transformación que solicita no es factible, en tanto la plataforma fáctica sobre la que se basa la situación de la actora se da en el marco del último párrafo de art. 12 del CCT de los Profesionales de la Salud, homologado por Decreto N° 1630/07, ratificado por ley 7759.-

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 María Gabriela c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”, autos N° 13-05073968-0 de la Sala II.

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 público 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- En la especie, la Lic. Mariana Soledad Selezinka, tiene un cargo de planta permanente en el Hospital Saporiti y presta servicios bajo la modalidad de contrato de locación, en el Area Sanitara de Rivadavia, es decir en un establecimiento distinto de aquel donde reviste en planta permanente, por lo que siguiendo los lineamientos expuestos anteriormente corresponde que V.E. no haga lugar a la demanda.

Despacho, 22 de noviembre de 2023.