

Expte. N° 13-04736390-4, “Falaschi Andrea
c/ Hospital Humberto Notti p/ Acción
Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Andrea Falaschi, médica, inicia Acción Procesal Administrativa contra el Hospital Dr. Humberto Notti, ante la denegatoria tácita del Recurso Jerárquico tramitado ante el Poder Ejecutivo de la Provincia (Area Ministerio de Salud y Acción Social) en expediente N° 4266-D-2018-20108, en el que solicitó la nulidad del acto y procedimiento administrativo de evaluación del Proyecto de Gestión, del Examen escrito y del Orden de Mérito (y sus actos coligados), llevados a cabo en el Concurso del Régimen Profesional 27 (Funciones Jerárquicas) del Hospital Humberto J. Notti Resolución 227/16, respecto de la Jefatura del Servicio “Infectología Infantil”.

Explica la accionante que tiene más de 19 años de antigüedad en el Servicio de Infectología Infantil que concursó en el Hospital Humberto Notti; ha participado en 39 cursos de capacitación con evaluación final, 319 Cursos, Jornadas y Congresos y ha presentado 67 trabajos en libros de resúmenes de Jornadas, Congresos nacionales e internacionales.

Refiere que en presencia de los antecedentes que detalla, modestamente entendió que había efectuado el “cursus honorum” suficientemente válido y acreditado para acceder a la Jefatura del Servicio en razón de la jubilación de la Dra. Rosaenz y se inscribió en el Concurso de Funciones Jerárquicas convocado por la Resolución N° 2278/16.

Manifiesta que dicho concurso desde su inicio presentó graves fallas administrativas en su convocatoria por lagunas ostensibles en sus postulados procedimentales , como omisiones graves en reglas claras y precisas para su tramitación que aseguraran para todos los participantes mínimos grados y estadios de transparencia e igualdad en el procedimiento y en sus actos consecuentes, las que se hicieron saber por

escrito a través de notas y reclamos presentados conjuntamente con otros profesionales y que no fueron atendidos.

Entiende que la calificación del proyecto de gestión y su defensa carece de fundamentación y el Jurado solo se limita a consignar que el Proyecto se ajustó a lo establecido en el Anexo V.

Aduce que la falta de fundamentación constituye un vicio que afecta gravemente la forma del acto y lo torna insanablemente nulo.

Puntualiza que del acta originaria del Jurado notificada a los participantes, no surge de modo alguno cuáles fueron los criterios de clasificación utilizados por aquél, que permitan establecer un criterio de comparación entre ellos para efectuar una sana merituación, siendo el proceder por tanto arbitrario.

Denuncia violación a la normativa vigente aplicable al concurso, ya que conforme los artículos 13 y 14 de la Resolución N° 2278/16 se asignará el 60% del puntaje al examen y el 40 % a la defensa del Proyecto de Gestión y la sumatoria de esos valores será el puntaje definitivo del concurso que deberá ser consignado en planilla aparte y el Jurado ha modificado el criterio en la medida que ha agregado como requisito “extra” que cada instancia debe ser aprobada con el 40 %, que no surge ni de la ley 7759 no del Dto. Reglamentario N° 2043/15; y este criterio infundado cambió el resultado del puntaje final.

Señala que lo que expresa la ley y su decreto reglamentario es muy simple y claro: el puntaje debe ser lisa y simplemente sumado en forma directa, y no por un procedimiento matemático o de regla de tres simple que modifica por una parte el criterio legal, por otra modifica el puntaje final del Concurso sin dar razón plausible o motivada.

Resalta la intención no clara del jurado de burlar la ley cuando se intentó publicar lo dicho como “información importante”, pretendiendo establecer- citando equívocamente el Art. 13 de la Resolución N° 2278/16, este “nuevo criterio”.

Alega que el mecanismo de calificación del concurso transgrede normas jurídicas de carácter general, disposiciones constitucionales y se encuentra en discordancia con la situación de hecho reglada por el orden normativo, por lo que se encuentra grosera sino

gravemente viciada en su objeto (arts. 52 inc. a,b y 53 inc. c Ley 9003).

Asimismo, aduce que viola también la normativa el tipo de examen que se tomó, contraviniendo expresamente el art. 51 de la Ley 7759 y el art. 16 inc. c) del Decreto 2043/15; el jurado confundió el Concurso de Ejecución (55 inc. 1) con el Concurso de Gestión (55 inc. 2) y tomó erróneamente un examen escrito que correspondía al Concurso de Ejecución, dado que no versó sobre los temas específicos de conducción y gestión siendo totalmente teórico, siendo éste tipo de examen solo prerrogativa de los “concursos de ejecución”, por lo que debe considerarse inexistente.

Indica que no se integró correctamente el jurado en violación al art. 16 inc. d del Decreto Reglamentario 2043/15 el cual señala que se debe integrar también con un veedor designado por la entidad científica respectiva, garantía que no fue cumplida.

Señala que la calificación efectuada en los Proyectos de Gestión, sin haberse previamente consignado los criterios utilizados para llegar al puntaje asignado, omite trámites sustanciales y viola la garantía del debido proceso consagrada constitucionalmente por el Art. 1 inc. c) y por el Art. 35 inc. a) de la Ley N° 9003.

Destaca que como consecuencia de la designación e incorporación al cargo concursado del postulante Dr. Melonari, haciendo caso omiso a la solicitud de suspensión de la ejecución, se vio obligada a pedir que se la transfiriera al Servicio de Epidemiología para poder seguir desarrollando el proyecto de Gestión de Antimicrobianos del Hospital, ya que el postulante incorporado distribuyó arbitrariamente las funciones del servicio y ordenó un cambio en funciones que le impedían continuar con su trabajo, razón por la que se encuentra desde el 20 de agosto de 2018 y hasta la fecha desempeñando funciones en el Servicios de Epidemiología del Hospital Notti.

II- El Hospital Pediátrico Dr. Humberto J. Notti, contesta demanda y solicita el rechazo por las razones que expone.

Plantea la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva, dado que del relato de la actora surge que todos los derechos que refiere se le habrían conculcado, tienen directa relación con el desarrollo del Concurso de Gestión que fue instado, ejecutado y evaluado por la

Administración Central, en el ámbito del Min. S.D.S. y D. en el que su representada no tuvo absolutamente ninguna participación, por lo que debió dirigir su acción contra el Gobierno de la Provincia, por ser el organismo que a través del Ministerio citado provocó los eventuales perjuicios que refiere haber sufrido.

Manifiesta que lo contrario implicaría colocarla en un total estado de indefensión, ya que no cuenta con los antecedentes (recursos) interpuestos por la Dra. Falaschi en contra del Jurado de Concursos y Junta Calificadora, en los que no fue parte.

Consecuente con lo anterior, solicita se cite como tercero coadyuvante al Gobierno de la Provincia e invoca la aplicación al caso del art. 25 “Llamado de Garantía” del CPCCyT.

III- Fiscalía de Estado en su presentación de fs. 89/90 y vta. manifiesta que interviene realizando el control de legalidad y que estará a las resultas de las pruebas que oportunamente se rindan y, lo que al respecto decida el tribunal.

Expresa que a todo evento, con arreglo en lo previsto en el art. 45 del CPCCyT, se debe tener en cuenta que en caso de prosperar la pretensión de la actora, la sentencia que se dicte afectaría en forma indubitable al eventualmente designado Jefe del Servicio de Infectología del Hospital Humberto Notti, el postulante Pablo Melonari, por lo que resultaría procedente integrar la litis con el mismo.

V- A fs. 414/415 y vta. V.E. resuelve hacer lugar a la solicitud de integración de litis con el Gobierno de Mendoza y no hacer lugar a la solicitud de Fiscalía de Estado de integrar la litis con el Jefe de Servicio de Infectología del Hospital Humberto Notti, Sr. Pablo Melonari.

VI- A fs. 424/429 y vta. contesta demanda el Gobierno de la Provincia de Mendoza y solicita el rechazo por las razones que expone.

Indica que la Sra. Falaschi se postuló para concursar el cargo de Jefatura de Servicio de Infectología conforme lo establecido en la Resolución Ministerial N° 2278/16, el cual se rigió por lo

normado en el Capítulo V de la Ley N° 7759 y su Decreto Reglamentario N° 20143/15, aplicándose lo dispuesto por Resolución N° 2278/16 de llamado a concurso y demás resoluciones, reglamentaciones y/o circulares emitidas y en forma supletoria el Régimen e Concursos para el Personal de la Administración Pública Provincial (Ley N° 9015) por resultar el régimen análogo, en el ámbito del derecho público, más atinente a la materia, completándose así el marco normativo aplicable al proceso de marras.

Refiere que es falso que el mecanismo de calificación transgreda normas, viole garantías y que el examen fuera impropio de un Concurso de Gestión y que todos esos cuestionamientos fueron receptados y meritados por la autoridad administrativa de forma previa a emitir la Resolución Ministerial que aprueba el Orden de Méritos a los que se calificó de observaciones al procedimiento concursal y se solicitó al Departamento de Concursos informe detallado de las observaciones el cual obra a fs. 196/216.

Agrega que del informe se desprende que el Jurado acordó un reglamento interno funcional el cual siempre estuvo a disposición del público en general, en la sede del Departamento, en el que se estableció la mecánica de trabajo y evaluación; el protocolo de evaluación del Proyecto y el procedimiento de Evaluación escrita y se estableció un puntaje mínimo para la aprobación del examen.

Refiere que lo relacionado a la evaluación y presentación del proyecto de gestión fue publicitado en la página web del Ministerio dentro del concurso Régimen 27, bajo el título información importante.

En lo atinente al proceso de evaluación cuestionado por la actora, expresa que fue normado específicamente en el art. 2 de la Resolución N° 2278/16, el cual transcribe y que no transgrede ninguna norma jurídica; todos los items evaluados eran de su conocimiento previo.

Alega que mal puede aseverar la actora que la calificación de los proyectos carecen de fundamentación cuando el jurado de concurso elaboró en forma previa a la aprobación del orden de mérito, un pormenorizado informe en el que expresa detalladamente la forma de evaluación general, acompaña los modelos de planillas utilizadas para la evaluación y ha fundado en particular la situación de cada uno de los

concurantes que presentó observaciones.

Resalta que si se observa con detenimiento la planilla de evaluación del Proyecto de Gestión se verá con facilidad que la misma coincide en su totalidad con el Anexo V de la Resolución Ministerial N° 2278/16.

En relación a la materia de examen, observa que la misma es atinente al cargo que la actora estaba concursando y destaca que es un ámbito donde la administración no puede tener injerencia.

Finalmente, afirma que la Autoridad Administrativa ha dado cabal cumplimiento a los principios de igualdad de oportunidades, publicidad, transparencia e igualdad de trato en el proceso concursal cuestionado.

IV- Conforme ha sido trabada la litis corresponde en primer lugar determinar si procede la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva interpuesta por el Hospital Dr. Humberto Notti, con fundamento en que los derechos que la actora refiere se le habrían conculcado, tienen directa relación con el desarrollo del Concurso de Gestión que fue instado, ejecutado y evaluado por la Administración Central, en el ámbito del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes, en el que el Hospital no tuvo absolutamente ninguna participación.

Al respecto se señala que si bien los actos cuya revisión judicial se pretende mediante la presente acción emanan del Gobierno de la Provincia de Mendoza -Ministerio de Desarrollo Social y Salud-, mediante los cuales se llamó a concurso y se aprobó el procedimiento concursal sustanciado y el Orden de Mérito propuesto por el Jurado de Concurso, lo cierto es que se refiere a cargos de la estructura funcional del Hospital "Dr. Humberto J. Notti", ente público, descentralizado y autárquico que tiene plena capacidad jurídica para estar en juicio, ya sea como actor o demandado, con personería jurídica propia y patrimonio propio (Ley 6015), quien en su contestación manifiesta que procedió a dictar y notificar la Resolución atacada, por expresas instrucciones Ministeriales, razón por la cual se considera que la defensa articulada no puede prosperar.

V- Analizadas las 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 no correspondería hacer lugar a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- De la lectura de la acción intentada y de las constancias de autos, no se advierte la existencia de pruebas o elementos de convicción que permitan afirmar y con pleno convencimiento que el obrar del Gobierno de la Provincia- Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes, fue irrazonable o contrario a derecho.

ii- La Resolución N° 2278 del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes de fecha 14 de noviembre de 2016, de Concurso correspondiente a la carrera médica de funciones jerárquicas del Hospital "Dr. Humberto Notti", ha sido dictada dentro de las facultades legalmente atribuidas al Ministerio mencionado, conforme a la autorización establecida por el art. 53 del Convenio Colectivo de los Profesionales de la Salud, Ley N° 7759.

En la citada Resolución se dispone llamar a Concurso de Gestión conforme a lo dispuesto en el Artículo 61 del Convenio Colectivo de Trabajo, ratificado por Ley N' 7759, las funciones jerárquicas individualizadas en los Anexos I, II y III, correspondiente al Hospital "Dr. Humberto J. Notti".

Se establece en el Artículo 2, que los postulantes, para los cargos individualizados en el Anexo I,II y III, correspondientes a Jefaturas de Departamento, Jefaturas de Servicio y Jefaturas de Sección, deberán inscribirse, presentar su carpeta de antecedentes, presentar el Proyecto de Gestión y copia de sus legajos de empleado ante el Departamento de Concursos y Selección de Personal, del Ministerio de Salud Desarrollo Social y Deportes y que la presentación del Proyecto de Gestión deberá hacerse conforme al instructivo del Anexo V de la resolución y de acuerdo al cargo a concursar (Artículo 3 y 4).

En el Artículo 8, se prevé que la Junta Calificadora de Méritos Provincial de Carrera Médica, realizará la calificación de los antecedentes de los postulantes conforme a lo dispuesto por el art. 33 de

la Ley N°7759 y art. 14 del Decreto N°2043/2015. Una vez efectuada la calificación de los antecedentes de los postulantes, la Junta Calificadora de Méritos, elaborará la nómina de aspirantes a cada función a concursar, estableciendo el orden de mérito correspondiente en base a la calificación obtenida; Finalizada la calificación de los postulantes al cargo a concursar, la Junta Calificadora de Méritos enviará la nómina de postulantes con su calificación al Jurado de Concurso a fin que determine, con acuerdo de la Junta Calificadora de Méritos, el puntaje mínimo correspondiente al cargo a concursar en la forma prevista por la normativa vigente (art. 50 Ley N° 7759 y art. 16 Decreto N°2043/2015), que será el cincuenta por ciento (50%) del mayor puntaje obtenido por los concursantes por cada cargo que se concurse (art. 9).

Por su parte el Artículo 10, determina que el Jurado de Concurso con acuerdo de la Junta Calificadora de Mérito, establecerá el puntaje mínimo indicado en el artículo anterior. Mediante resolución se dispondrá quienes serán los postulantes que podrán continuar en el proceso de concurso, pasando a las etapas subsiguientes, y quienes no podrán participar por no alcanzar lo calificación mínima establecida en cada función a concursar; los agentes que superen el puntaje mínimo establecido por el Jurado de Concursos, serán notificados en forma fehaciente de la fecha, hora y lugar, en la que se llevará adelante la entrevista personal por parte del Tribunal examinador previsto por el art. 52 Ley N° 7759. Este Tribunal tendrá poder de decisión, sobre la continuidad o no del postulante en el proceso de concurso. Esa decisión deberá ser fundada y expresada por escrito; el Tribunal Examinador comunicará a los postulantes, y al Jurado de Concurso el resultado de la entrevista personal, indicando quienes estarán habilitados para participar de la última etapa (Artículo 11 y 12).

En lo atinente al Concurso de Oposición, se consigna que el concurso de Gestión, consistirá en una evaluación escrita y otra oral, sobre temas teóricos y prácticos de conducción y gestión de establecimientos de salud, y defensa del Proyecto de Gestión. Se asignará el sesenta por ciento del puntaje al examen y el otro cuarenta por ciento (40%) a la defensa del Proyecto de Gestión, el cual debe ajustarse al instructivo contenido en el Anexo V (Artículo 13); finalizado el Concurso de Oposición con su defensa del Plan de Gestión, el Jurado de Concurso, informará los

puntajes obtenidos en la evaluación y los correspondientes a la presentación del Proyecto de Gestión. La sumatoria de estos valores, (de acuerdo al art. 14) será el puntaje definitivo del concurso, que deberá ser consignado en planilla aparte, con identificación del concurso, DNI, apellido y nombre de los concursantes, puntaje total obtenido y el orden que le correspondió en el concurso. En caso de empate entre dos o más postulantes deberá tenerse en cuenta el puntaje otorgado por la Junta Calificadora de Méritos Provincial en el concurso de antecedentes a los fines de desempatar; todas las decisiones del Jurado de Concurso y Junta Calificadora de Mérito Provincial, se tomarán a través de resoluciones que deberán observar un orden correlativo y la identificación del concurso de que se trate.

A fs. 151/152 obra el Acta correspondiente al Concurso suscripta por los Miembros de Jurado que entiende en el Concurso dispuesto por Resolución N° 2278/2017 con fecha 15 de diciembre de 2017, en la que se asienta el resultado del Concurso y Orden de Mérito de los concursantes así como las grillas (fs. 153/183 de autos) y ante las observaciones al procedimiento concursal, el Jurado de Concursos realiza un detallado informe sobre los puntos solicitados por Asesoría Letrada a fs. 196/235, en relación al método utilizado en el procedimiento de evaluación del proyecto de gestión y de las evaluaciones escritas, en el cual se consigna en una apretada síntesis que:

-En relación al Modo de Evaluación, en el marco normativo considerado, se ha tenido en cuenta lo que expresa el art. 51 y 60 de la Ley 7759, el art. 16 inc. c) tercer párrafo del Decreto Reglamentario 2043/15, Resolución 002278, arts. 13 y 14: art. 19 CN y art. 1 Ley 9003.

-Conforme al Art. 15 de la Res. 2278/16 por Resolución 000003 se acordó Reglamento Interno funcional del Jurado del Concurso el cual se encontró a disposición del público general y ninguno de los interesados presentó queja alguna ni antes ni durante el concurso. Se resolvió que la mecánica de trabajo sería la evaluación de la presentación y defensa del proyecto de gestión y evaluación sobre temas específicos de gestión y conducción.

-Luego de diversos procesos deliberativos se resolvió que no habría apartamiento de la estructura del Anexo V,

considerando cada uno de los títulos como puntos o ítems a evaluar, sin apartamiento a cada previsión del mentado Anexo.

-Cada miembro de la comisión dispuso de una Planilla donde consignó la calificación que merecía el/la postulante, y al finalizar se elaboró una planilla definitiva de calificación de la instancia escrita y otra de la defensa oral. Se dispuso para la conformación de la nota final, una planilla excell, que daba por resultado una cifra de tres centésimos, para evitar la posibilidad de empate, teniendo en cuenta el resultado de otros concursos.

-En cuanto a la metodología adoptada se realizó no sólo el mayor esfuerzo por consagrar una fórmula objetiva, sino que además se tuvo en mira que se sustentara en fundamentos sólidos y no se apartara de la Resolución 2278.

-No siendo evaluados los conocimientos médicos del postulante, sino la capacidad de gestión, considerando que de tal aptitud surge la posibilidad de adopción de decisiones y medidas con directo impacto en la salud pública, se propuso que quienes presentaran su proyecto de gestión debían cumplir con un mínimo de condiciones destinadas a garantizar un plafón de calidades profesionales acordes a la responsabilidad de los cargos superiores.

-La Comisión optó por tomar como antecedente válido el puntaje que se utiliza en las residencias (art. 11 Ley 7857) a saber 40 puntos de cien puntos, o 4 de diez, y así lo dispuso mediante Res. 000007 del 4 de setiembre de 2017, y se puso en conocimiento mediante la publicación de fecha 5 de setiembre de 2017 por la web como información importante que nunca fue materia de impugnación.

Además se fundamentan detalladamente las calificaciones de las presentaciones y defensas del mismo, tanto en forma genérica como en particular en relación a los concursantes que formularon observaciones. Así a fs. 226/231 obra calificación correspondiente a la Dra. Falaschi.

En función de lo actuado se dicta la Resolución N° 000936 de la Ministra de Salud, Desarrollo Social y Deportes mediante la cual se aprueba el procedimiento concursal y el Orden de Mérito propuesto por el Jurado de Concurso de Oposición de la Zona Norte, Régimen

27, de Cargos Jerárquicos del Hospital Pediátrico “Dr. Humberto Notti” y se rechazan las observaciones formuladas al procedimiento concursal sustanciado, por no resultar procedentes, en el marco de lo dispuesto por los Arts. 1º, 177, 179 y cc. de la Ley N° 9003, la cual se encuentra suficientemente motivada (v. fs. 110/148 de autos).

iii- Los agravios de la accionante implican una mera discrepancia con la calificación dada a su examen por los miembros del Jurado, equipo técnico competente exigido por la normativa para intervenir en la corrección de las evaluaciones, cuyas decisiones deben ser respetadas –salvo casos de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta.

iv- En la especie, no se avizora arbitrariedad alguna en la decisión adoptada, sino que, por el contrario, puede observarse respeto al principio de legalidad, transparencia y publicidad (cfr. Informe de fs. 236 del Jefe Departamento de Concurso).

v- En este orden de ideas, se considera que no resulta revisable judicialmente la evaluación que se impugna y no podría la Suprema Corte de Justicia realizar un acto de reevaluación en tanto se advierte que el control de constitucionalidad no ha sido violado.

Así, este Ministerio Público Fiscal sólo puede revisar la legalidad del procedimiento concursal llevado a cabo y no puede expedirse sobre la justicia del puntaje dado por el Jurado del Concurso, pues estaría formulando su propio juicio subjetivo e igualmente discrecional.

De lo expuesto anteriormente surge que no ha habido afectación al debido proceso legal, tampoco ha habido violación al principio de legalidad, por el contrario el acto atacado cumple estrictamente el mismo, dado que el concurso, como medio de selección especial, durante su tramitación, debe ajustarse a las pautas señaladas por las bases del llamado a concurso que rigen imperativamente y de modo vinculante tanto a la Administración como a quienes acuden al llamado, pues tales bases integran el bloque de legalidad y limitan la actividad de la Administración.

vi-Se advierte que en su análisis el Tribunal

Examinador no se ha apartado de las bases del concurso y en la ponderación o valoración de los proyectos y exámenes de los postulantes realizada por el Tribunal Examinador en uso de las facultades discrecionales que ostenta, no ha excedido el marco de la razonabilidad, por cuanto la misma no se avizora arbitraria.

En cuanto a la arbitrariedad en sede administrativa se ha sostenido que: *"Un acto administrativo es arbitrario, cuando es ilógico, absurdo, irracional, o se encuentra fundado sólo en la voluntad de su órgano emisor. La arbitrariedad tiene su antítesis en la razonabilidad. Hay arbitrariedad -como vicio en el sujeto- cuando el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente fundándose el acto en una sola voluntad, veleidad o capricho personal"* (L.S.301-192; L.S. 298-268; L.S. 301-192).

A mérito de lo expuesto, esta Procuración General entiende que los agravios de la actora no logran desvirtuar, en concreto los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados por la autoridad administrativa al emitir la resolución impugnada, ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución dictada.

En consecuencia, procede que V.E. desestime la demanda incoada.

Despacho, 1 de febrero de 2024.