

Expte. N° 13-04820111-8, Alvarez Marcelo Guillermo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Marcelo Guillermo Alvarez inicia acción procesal administrativa contra el Decreto N° 503/19 de fecha 28 de marzo de 2019 emitido por el Sr. Gobernador de la Provincia, y en consecuencia contra las Resoluciones N° 2393/16 y 596/17 del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deporte; Resolución N° 133/17 del Director Ejecutivo del Hospital Central y solicita se dejen la nulidad de los mismos así como la reincorporación a su puesto de trabajo, cumpliendo funciones de Médico en Servicio de Oncología del Hospital Central en las mismas condiciones, clase y jerarquía, más el pago de los salarios caídos desde la notificación de la cesantía y hasta la fecha de efectivo cumplimiento de la sentencia. Asimismo solicita el pago e indemnización por daño moral, todo ello con más los intereses legales.

Señala que en el mes de febrero de 2016, se le notificó que debía reincorporarse a su cargo como Médico en el Servicio de Oncología del Hospital Central, luego de su licencia por cargo de mayor jerarquía al haber sido designado como Director de PAMI Mendoza, en horario de lunes a sábado de 8.00 a 12.00 hs. distinto del habitual que venía cumpliendo.

Refiere que dicha notificación fue objetada y firmada en disconformidad debido a que se ejerció en forma arbitraria el ius variandi por parte de las autoridades del Hospital, al imponer un cambio de horario imposible de cumplir atento a su trabajo como Auditor de PAMI Seccional Mendoza, en horario de mañana tal como fue informado oportunamente, antes de la notificación, lo que fue reconocido por los propios superiores del Hospital, Gerente de Recursos Humanos, Daniel Niño, Jefe del Servicio de Oncología, Dr. Adolfo Capó en sus declaraciones testimoniales brindadas en el sumario administrativo tramitado en el expediente del Hospital Central N° 2667-D-16-04135.

Considera que esa firma en disconformidad constituye un verdadero recurso administrativo lo que fue reconocido en la Resolución N° 133/17.

Refiere que el día 11 de abril de 2016 se le notificó la imputación de haber violado “prima facie” los deberes impuestos por el art. 13 inc. a) y n) del Decreto Ley 560/73 Estatuto del Empleado Público y su correlativo de la Ley 7759 art. 69 inc. 1, abriendo trámite a un sumario administrativo que buscaba expulsarlo.

Indica que la imputación se asienta en considerar que el día 16/02/2016 (varios días antes de la notificación al Dr. Alvarez que fue el 24 de febrero y definido de manera arbitraria y sin respetar el plazo legal) debería haberse presentado a trabajar, acumulando más de seis días de inasistencias injustificadas así como la inexistencia de pedidos de licencia legalmente fundada.

Agrega que esa falta de asistencia se debe a que de buena fe, había presentado su disconformidad ante la imposibilidad de cumplir con el nuevo horario asignado, quedando acreditado en el sumario que antes de prestar funciones de Director en el PAMI, cumplía funciones de tarde como lo dejó asentado la Secretaria, Sra. Noemí Cristina Luna en su declaración testimonial.

Explica que en pleno trámite del sumario por parte de Asesoría Letrada del Hospital se le notifica el día 16/12/2016 de la Resolución del Sr. Ministro de Salud N° 2393 del 24/11/2016 que ordenó de los fundamentos, el Ministro carece de competencia para disponer la cesantía, además de que se sostuvo un criterio ilegal para computar el plazo donde se tuvo que reincorporar; contra la misma interpuso recurso de revocatoria el que fuera rechazado por la Sra. Ministro por Resolución N° 596 de 2017 y contra ella recurso jerárquico ante el Gobernador en expediente N° 5474-17-20108 de Gobernación.

Menciona que mientras tramitaba el sumario, interpuso reclamo ante el Director informando ese recurso y al no obtener respuesta interpuso pronto despacho el día 8 de setiembre de 2016 sin que el mismo sea respondido, lo cual habilitó la interposición ante el 24 Juzgado Civil de amparo por mora en Expediente N° 252.328, carat. “Alvarez Marcelo Guillermo c/ Hospital Central de Mendoza p/ Acción de Amparo”, iniciado el

08-11-2016. Luego de meses de espera en forma de nota, se le comunicó que el Director del Hospital ratificaba el horario impuesto por sus superiores y que impedía que volviera a trabajar por la superposición horaria con su trabajo en el PAMI y en virtud del amparo por mora presentado y mediante Resolución N° 133/17 confirmaban esa decisión contra la cual interpuso Recurso de Alzada, el cual está en trámite.

Alega que esta situación de extrema gravedad que configura una clara persecución, debe ser considerada junto con la situación de su otro trabajo como auditor de PAMI, cargo que le impedía cumplir con el horario que arbitraria y unilateralmente le fijaron sus jefes para forzar una causal de cesantía, en el que se le inició un sumario por denuncia de un familiar de una afiliada por supuestos dichos suyos inventados que provocó una querrela por calumnias e injurias contra los denunciados quienes se retractaron por lo dicho, no obstante el Director de PAMI le impuso una sanción de apercibimiento la cual fue recurrida; eso no fue todo el día 11 de julio de 2017 se le comunicó por Carta Documento de que se lo despedía, considerando su vínculo como privado regido bajo la Ley de Contrato de Trabajo, decisión que fue impugnada.

Relata que el día 31 de mayo de 2019 se le notificó el Decreto N° 503/19 de fecha 28 de marzo de 2019 que habilita esta acción.

En lo sustancial, afirma que las resoluciones cuestionadas presentan gravísimos vicios que implican serios apartamientos del ordenamiento jurídico administrativo, entre los cuales menciona la falta de competencia del Ministro para resolver tan gravísima sanción, dado que conforme la Ley 6015, el hospital es un ente público descentralizado y la sanción de cesantía la aplica la autoridad superior del ente según el art. 7 siendo esa la normativa específica a aplicar y que prima por sobre la Ley N° 7759 general que autoriza al Ministro; la falta de fundamentación respecto al dictamen del Consejo Deontológico, quien entendió que no se encontraban suficientes méritos en el expediente que merecieran la sanción que se le terminó imponiendo.

Entiende que el Sr. Ministro debió explicar las razones por las cuales decidió apartarse de lo dictaminado por el Consejo, en lugar de ignorar su intervención.

Plantea asimismo la incompetencia de la Junta de Disciplina interviniente por cuanto en lugar de dar intervención a la junta de Disciplina del Hospital, se giraron las actuaciones a la Junta de Disciplina del Ministerio de Salud, afectando la garantía del juez natural.

Sostiene también la incompetencia del emisor del dictamen legal de la Asesora Ad hoc Pamela Cuartara dado que carece de la misma para intervenir, siendo su actuación ilegal y deberá ser explicada ante los organismos de control.

Denuncia la falta de consideración en la Resolución 596 de aspectos sustanciales planteados en el recurso lo que provoca una arbitrariedad contraria al art. 28 de la C.N., tales como el incumplimiento del plazo legal previsto en el art. 61 de la Ley N° 5811 y un error en su cómputo, indicando que el período que se imputa como de inasistencias injustificadas se extiende del día 16 de febrero de 2016 al 11 de marzo de 2016, siendo que fue notificado a presentarse el día 24 de febrero, dando por supuesto, sin constancia probatoria alguna que el 16 de febrero debía reincorporarse.

Alega que hubo omisión en aceptar y producir la prueba ofrecida, la cual detalla, así como un ejercicio arbitrario del ius variandi en el cambio del horario.

En definitiva, considera que hubo una aplicación inadecuada de una norma legal, mediante un procedimiento nulo por ilegal que afecta derechos constitucionales esenciales que esconden una intencionalidad política persecutoria que encuadra en la desviación de poder, mala fe y violación a la estabilidad del empleado público.

Alega afectación al principio de legalidad y garantía de debido proceso y derecho de defensa.

En punto al daño moral, expresa que el monto de la indemnización se deja librado a la valoración que haga V.S..

II- El Hospital Central demandado, en su responde de fs. 59/66 de autos peticiona el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Detalla que el médico Marcelo Guillermo Alvarez, fue personal de planta permanente del Hospital Central, y se

desempeñaba como médico en el Servicio de Oncología, especialmente en cuidados paliativos; posteriormente asume como Director de la Obra Social (PAMI) Seccional Mendoza por lo que se reserva su puesto de trabajo, por desempeñar un cargo de mayor jerarquía y al finalizar dicho cargo, debía presentarse a trabajar en el Hospital Central en fecha 16 de febrero de 2016, habiendo vencido a dicha fecha los 30 días posteriores a su cargo.

Refiere que el actor se presenta en el Nosocomio y solicita se le asigne funciones a lo que se le responde, y así se notifica, aunque en disconformidad, que debía presentarse en el Servicio de Oncología de lunes a viernes de 8.00 a 12.00 hs., el cual nunca se presentó a trabajar en el horario estipulado y notificado, lo que motivó una continuidad de faltas injustificadas que dieron origen a un sumario administrativo que tramitó en expediente N° 2667-D-2016-04135.

Expresa que en el sumario el Dr. Alvarez tuvo la oportunidad de ser anoticiado de la imputación efectuada (inasistencias injustificadas a su lugar de trabajo superior a 6 días) a formular descargo y defensa respetándose cada una de las etapas que hacen al proceso administrativo disciplinario.

Destaca que la imputación no ha sido negada ni desvirtuada por prueba alguna y si bien fue notificado del horario a cumplir para su jornada de trabajo el día 24 de febrero de 2016, el sumariado debía prestar su trabajo a partir del día 16 de febrero de 2016, fecha desde la cual no se observa ni cumplimiento de prestación en turno mañana ni en turno vespertino, aun por parte del Sr. Alvarez, aun así si no se tiene en cuenta la fecha del 16 de febrero y se tomara la del 24 de febrero de 2016, igual se configura el abandono de servicio.

En punto a la competencia para dictar la cesantía, esboza que el art. 88 de la Ley 7759 indica que la autoridad competente es el Ministro de Salud y/o Desarrollo, siendo el único régimen aplicable a los profesionales de la salud de la Provincia de Mendoza, constituyendo el régimen específico creado para tal fin, y en forma subsidiaria solamente se podrá aplicar el Decreto- Ley N° 560/73.

En relación a la actuación de la Junta de Disciplina del Ministerio de Salud, puntualiza que el art. 93 de la Ley 7759 indica que se dará vista a la Junta de Disciplina sin especificar de qué

organismo, solo requiere que actúe una Junta de Disciplina.

Expresa que en el sumario está confirmado que el Sr. Alvarez tenía dos trabajos en planta, uno en el ámbito nacional como es el PAMI y otro en la Administración Pública Provincial, en el Hospital Central de Mendoza y, por lo manifestado desempeñaría trabajos en ambos lugares los mismos días en el mismo horario; de la constancia acompañada por ante PAMI surgiría la imposibilidad de trabajo vespertino situación que también se configura en el Hospital Central y si bien en otros períodos pudo haber tenido otros horarios en su trabajo, no constituye el mismo un derecho absoluto y es el Director Ejecutivo quien tiene la facultad de ordenar y re estructurar los servicios que se prestan en el Nosocomio.

Agrega que quedó demostrado que el Servicio de Oncología trabajaba en horario de 08:00 a 15:00 y que no posee personal para trabajos fuera de esos horario.

Destaca las características del Servicio de Oncología del Hospital Central que atiende una patología muy crítica, sensible y que no da lugar a muchas opciones para el tratamiento de los pacientes y el horario de todo un servicio no puede modificarse ante las pretensiones del actor quien manifestaba no cumplir esos horario porque tenía otro trabajo.

Con respecto a la violación de los 30 días para reincorporarse al trabajo, expresa que cuando la ley 5811 alude a que la reserva de empleo durará hasta 30 días después de haberse producido la causa que motivara la misma, se refiere al tiempo máximo que la administración tendrá para conservar el cargo, después de producidos esos 30 días sin presentarse a prestar servicios, se producirá la baja del cargo, por haber expirado el tiempo máximo de espera y no es un tiempo de gracia para no hacer nada y luego iniciar los trámites.

Finalmente, aclara que el cargo que ostentaba en planta el actor no fue ganado por concurso público, por tanto no le genera estabilidad en cuanto al horario en el cual cumplía funciones conforme al art. 68 de la Ley 7759.

III- La Provincia de Mendoza contesta demanda a fs. 71/82 y solicita el rechazo por las razones que expone.

Previo a todo plantea la improcedencia de la demanda, por cuanto la actora pretende introducir aspectos (daño moral) que

no fueron reclamados en sede administrativa por lo cual resulta inviable su tratamiento en esta instancia.

En lo sustancial señala que la indemnización carece de fundamento legal al no estar prevista en el régimen normativo aplicable e impugna la tasa de invocada en la demanda por no ser la legal aplicable al caso.

En punto a la sanción de cesantía, expresa que el actor en sede administrativa solamente fundó sus recursos en meros argumentos formales, sin cuestionar la existencia de los hechos que motivaran la sanción ni el encuadre normativo aplicado para calificar tales conductas que motivaron la cesantía, consintiendo de tal modo dichos aspectos, por lo que mal puede ahora-en esta instancia judicial- incorporar cuestionamientos sobre el fondo de la imputación y de las conductas cuya existencia y encuadre no impugnó ante la administración en sede no judicial.

Defiende la legitimidad del acto por cuanto la conducta imputada fue debidamente acreditada, se aplicó la normativa vigente encuadrando debidamente el actuar ilícito y aplicando la sanción prevista para una falta de tal gravedad, habiéndose tramitado debidamente el procedimiento sumarial, dándole el debido derecho de defensa y finalmente motivándose en debida forma el acto.

Sostiene en definitiva que el acto atacado no adolece de los vicios alegados por lo que no hay ilegitimidad ni arbitrariedad manifiesta en la sanción aplicada.

Explica que si bien la Ley 6015 (B.O.17/06/93) dispone en su art. 28 que cuando la jurisdicción sea descentralizada, las sanciones de cesantía, las aplicará la Autoridad superior del ente descentralizado, no menos cierto es que la Ley 7759 (BO 5/10/07) en su art. 88 establece que las sanciones de cesantía serán aplicadas por el Ministro de Salud y/o desarrollo Social.

Sostiene que ante estas disímiles previsiones, debe prevalecer la prescripción de la Ley N° 7759 por cuanto es un dispositivo legal de mayor especialidad que la Ley 6015, es de fecha posterior y consagra un régimen acordado con los representantes gremiales de la parte trabajadora que garantiza más plenamente la tutela administrativa efectiva de los profesionales de la salud sumariados por aquellas faltas que prevén las

sanciones más graves.

Asimismo, señala que la Ley N° 6015 no puede ser interpretada aisladamente, atendiendo sólo a la estricta literalidad de sus términos y huyendo de toda correlación con el resto de las normas.

Alega que las atribuciones sancionatorias constituyen competencia administrativa (no política) de los Ministerios y es a través del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes que se mantiene la relación del Hospital Público Descentralizado con el Poder Ejecutivo Provincial (art. 6 Ley 6015).

En relación a la falta de fundamentación de las razones de apartamiento del dictamen del Honorable Consejo Deontológico, expone que si el sumario se clausuró y el sumariado ya alegó respecto al mérito de la prueba incorporada, no resulta viable la introducción de nuevos elementos virtualmente capaces de convertirse en prueba de cargo contra aquél, ya que se conculcaría la inviolabilidad de la defensa del sumariado.

Finalmente, señala que el cambio de horario dispuesto no incurre en ninguno de los excesos que ha marcado el máximo Tribunal de la Nación dado que no implica una desjerarquización respecto del nivel alcanzado, tampoco altera la sustancia del contrato ni modifica la relación de empleo público hasta desvirtuarla en su significación económica y no desnaturaliza el derecho a la retribución del agente.

IV- Fiscalía de Estado interviene a fs. 89/ 91 y solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Entiende que el acto administrativo que impone la cesantía no es ilegítimo ni arbitrario y se corresponde la pena con la falta cometida.

V- Analizadas las actuaciones como advertencia inicial se destaca que en principio los jueces, no pueden, sin correr el riesgo de interferir inconstitucionalmente, controlar cualquier sanción disciplinaria impuesta a los agentes estatales, y que la magnitud de las sanciones disciplinarias está, en principio reservada al razonable criterio de la autoridad administrativa, salvo ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta (LS 403:065).

Respecto a la graduación de la sanción aplicada, se impone memorar que: 1) Se admite dicho control de proporcionalidad de las sanciones disciplinarias aplicadas a los agentes públicos, a fin de determinar si la actividad administrativa adolece del vicio de arbitrariedad manifiesta que permita la revocación de las sanciones cuestionadas por exceso de punición (Cfr. S.C., L.S. 411-044); y 2) la graduación de las sanciones está, en principio, reservada al razonable criterio de la autoridad administrativa, salvo ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta, y la intervención jurisdiccional está plenamente justificada cuando se investiga si en la imposición de medidas de gravedad se ha hecho uso ilegítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las atribuciones otorgadas (Cfr. Trib. cit., L.S. 347-178 y 435-070); 3) la graduación debe realizarse mediante la aplicación de criterios de proporcionalidad valorados en relación con el caso concreto, resultando razonable que se gradúe, entre otras pautas en función de la perturbación del servicio, la reiteración de los hechos, la jerarquía alcanzada y el posible abuso de autoridad en el ejercicio del cargo (Cfr. Trib. Cit. L.S. 403-065).

Atendiendo a la compulsa de estos actuados y de las actuaciones administrativas venidas *ad effectum videndi et probandi*, esta Procuración General considera que en el trámite del sumario administrativo seguido al galeno Marcelo Guillermo Alvarez, a fin de comprobar la falta atribuida, se han respetado los derechos de defensa en juicio y debido proceso, aplicándose correctamente el marco normativo.

Asimismo ha resultado debidamente acreditada la falta endilgada merecedora de reproche administrativo y generadora de responsabilidad, consistente en transgresión a los deberes impuestos por el Art. 13 inc. a) y b) del Decreto Ley N° 560/73, al no concurrir a prestar su servicio desde el 16 de febrero hasta el 11 de marzo de 2016 sin justificativo alguno, siendo correctamente encuadrada la conducta.

Las pruebas colectadas en el trámite del sumario fueron valoradas por la instrucción, sin arbitrariedad que justifique su nulidad y el sumariado no ha rendido prueba eficaz que desvirtúe el material probatorio colectado por la Instrucción.

En cuanto a la proporcionalidad, la falta mencionada acreditada por su gravedad es suficiente para dar sustento a la sanción impuesta, la que se ajusta a la normativa aplicada.

En la ponderación se advierte tal como lo hace el Gobierno de la Provincia que en relación al horario establecido resulta razonable considerar que las necesidades funcionales del Nosocomio variaron desde que el actor dejó de cumplir funciones por reserva de cargo y que la ley de emergencia sanitaria vigente a la fecha del cambio de horario, facultaba el reordenamiento de todo el sistema de salud conforme al art. 6 así como las características del Servicio de Oncología del Hospital Central que atiende una patología muy crítica, sensible y que no da lugar a muchas opciones para el tratamiento de los pacientes fuera del horario de 08:00 a 15:00 dado que no posee personal.

A mérito de lo expuesto, esta Procuración General considera que los agravios del sumariado 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 sancionatoria dictada.

Por lo expuesto, entiende este Ministerio Público Fiscal, que el acto administrativo resistido se encuentra fundado, como también las faltas en las que ha incurrido el demandante, las que han sido correctamente enmarcadas en la regulación legal que aplica la accionada, en consecuencia, procede que V.E. desestime la demanda incoada.

Despacho, 14 de febrero de 2024.