

Mendoza, 23 de diciembre de 2014.

VISTOS:

El llamado al acuerdo de fs. 55; y

CONSIDERANDO:

I. Pedido del actor.

A fs. 31/35 se presenta el señor Daniel V. VEGA, con patrocinio letrado, y solicita la suspensión del acto administrativo mediante el cual se muta su situación de revista alcanzada dentro de la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia (OSEP), en que tiene asignada cuarenta y cuatro horas semanales de trabajo con bloqueo de título. Refiere que en virtud de tal acto se pasa en forma arbitraria a asignársele sólo veinticuatro horas semanales, lo que le genera grave impacto sobre su salario que se reduce drásticamente en un cincuenta por ciento, aproximadamente. Al respecto, refiere que la Resolución n° 309 del 14.04.2014, fue dictada por el Director General de la OSEP *ad referendum* de su H. Directorio, le fue notificada el día 23.10.2014, y adolece de vicios graves o groseros, en cuanto no respetó trámites previos sustanciales, se dictó con desviación de poder, es arbitraria y carece de motivación suficiente.

Manifiesta que se ha violado la estabilidad del acto administrativo, atento a que en virtud de la Resolución n° 287, del 11.02.2011, el H. Directorio de la OSEP incorporó a su organigrama el Programa de Rehabilitación Cardíaca, del cual él fue su autor y promotor. Asimismo, se lo designó encargado del mismo y se transformó su cargo de planta en un régimen de cuarenta y cuatro horas semanales de trabajo con bloqueo de título. Destaca que esta resolución fue luego modificada por la Resolución n° 1022, del 04.05.2011, sin afectación de su carga horaria ni de su salario.

Denuncia que la decisión respecto de la que solicita la medida cautelar fue impugnada en sede administrativa, respecto de lo cual acompaña copia de escrito de recurso de revocatoria con cargo de recepción ante la demandada, de fecha 05.11.2014 (fs.

27/30). Asimismo, destaca que la resolución que impugna le fue notificada encontrándose bajo licencia por razones de salud, por lo cual se le disminuirá su remuneración en violación del Estatuto del Empleado Público, que protege al agente público impidiendo disminuciones salariales bajo tales circunstancias.

II. Contestación de la demandada.

A fs. 41/43 contesta traslado la OSEP, a través de su apoderada, quien defiende la legitimidad del acto impugnado y solicita el rechazo de la medida con costas. Funda su petición en que no se han acreditado los requisitos de procedencia de la medida solicitada.

En relación a esto último destaca que no se ha acreditado la verosimilitud del derecho, ya que las funciones asignadas al actor en virtud de las Resoluciones 287 y 1022 del año 2011, fueron conferidas de manera interina ante la ausencia de procedimiento alguno de selección, por lo cual no son estables sino precarias. Asimismo, niega la existencia de daño patrimonial que no pueda ser luego reparado por la demandada en el supuesto de que se hiciera lugar a una acción que aún no se interpuso; y afirma que el actor no ha ofrecido contracautela.

A fs. 47/50 vta. contesta Fiscalía de Estado a través de su Director de Asuntos Legales, quien adhiere a los fundamentos de la contestación de la demandada directa, a los que agrega que no puede coincidir el objeto de la medida con el de una futura e hipotética sentencia. Asimismo, destaca la mayor rigurosidad con que debe evaluarse la procedencia de una medida cuando se trata de innovar actos que gozan de presunción de legitimidad.

III. Criterios de procedencia de la medida.

En primer término, cabe tener presente que en autos se peticiona una medida con carácter previo a la interposición de la acción procesal administrativa, circunstancia que exige verificar la existencia de algún cuestionamiento administrativo que permita viabilizar la acción principal dada la accesoriedad de la medida intentada (LA 286-98), recaudo que desde ya se avizora cumplido atento a las constancias de fs. 27/30, que no han sido desconocidas por la contraria.

En segundo lugar, debe tenerse presente el criterio de este Tribunal que siguiendo antecedentes de la Corte Nacional, ha expresado que si bien por vía de principio medidas como la requerida no son admisibles respecto de actos administrativos o legislativos, dada la presunción de legitimidad de la que gozan los actos de los otros poderes del Estado, las

mismas pueden proceder cuando se los impugna sobre base *prima facie* verosímiles, mas tal admisión requiere por parte de los jueces una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que tornen viable su concesión (C.S.19/5/1997, Doc.Jud.1998-A-203 y L.L.1997-E-524; 16/7/96, L.L. 1996-E-560; L.A. 68-400; 182-22; 276-195; 300-194).

Finalmente, cabe destacar que nos encontramos frente a una medida específica propia del proceso administrativo, en la que a los recaudos típicos de toda medida de no innovar (peligro en la demora, verosimilitud del derecho e ilegitimidad manifiesta del acto), se le adicionan: 1) La irreparabilidad del daño para el particular interesado en la suspensión. 2) La inexistencia de una lesión grave para la Administración derivada del cumplimiento de la medida (L.A. 182-22; 300-194).

IV.- Procedencia de la medida.

1. Antecedentes jurídicos relevantes.

De las constancias agregadas a este expediente surge, preliminarmente, dentro del limitado marco de conocimiento de esta medida, la verosimilitud del derecho invocado por el actor, en razón de que en virtud de la Resolución n° 287/11 se transformó el cargo que retenía en uno cuyo régimen es de cuarenta y cuatro horas semanales con bloqueo de título, con causa en la modificación del organigrama de la demandada que allí mismo se dispuso a partir de la creación del Programa de Rehabilitación Cardíaca, a cuyo cargo se designó a su autor, el Dr. Daniel V. Vega (fs. 17/18).

La posterior modificación de esta resolución por la n° 1022/11, en principio, no afectó al actor, ya que no modificó su carga horaria con bloqueo de título, por lo cual ella quedó firme al no ser cuestionada luego de su notificación al interesado.

Cabe observar que la propia demandada, mediante su Resolución n° 288/12, dictada el día 09.03.2012, dio por terminada las funciones asignadas en marzo de 2009 al actor en el cargo de Director del Hospital Del Carmen, reintegrándolo expresamente en su cargo retenido en calidad de médico con cuarenta y cuatro horas semanales con bloqueo de título, a cargo del Programa de Rehabilitación Cardíaca, en forma concordante con lo dispuesto en la Resolución n° 287/11, cuya posterior modificación el actor impugna (fs. 23).

Finalmente, la última resolución mencionada fue dejada sin efecto por la Resolución n° 309/14, dictada por el Director General de la OSEP *ad referendum* del H. Directorio, con fundamento en un error en la transcripción del Código Escalafonario mencionado en la

Resolución n° 1022/11, que en realidad corresponde a una prestación de servicios de veinticuatro horas semanales (fs. 25).

2. Valoración jurídica.

De ningún texto de las resoluciones mencionadas en este expediente por las partes, surge que la designación del Dr. Vega sea interina como alega la demandada directa, ni existe prueba alguna incorporada que indique que ello es así.

El acto administrativo que constituyen las Resoluciones n° 287/11 y 1022/11, fue notificado al interesado y quedó firme, con lo que su posterior modificación en sede administrativa sin consentimiento del actor, trasluce una probable afectación de la regla que dispone la estabilidad de los actos administrativos (art. 96 y ccs. de la Ley n° 3909).

Asimismo, tampoco surge que al actor se lo haya relegado del cargo que, en principio, genera una mayor carga horaria con bloqueo de título. En este contexto, el acto impugnado carece de la motivación necesaria que conduzca a dar sostenimiento a la decisión adoptada por la Administración.

Todo lo anterior se encuentra manifiesto y, dentro de este marco acotado de cognición cautelar, traslucen provisoriamente la existencia de vicios graves en el objeto como en la forma del acto (art. 53, 68 y ss. de la Ley n° 3909), lo que genera nulidad y por tal razón torna procedente la medida solicitada en los términos del art. 23 de la Ley n° 3918.

Relacionado con ello, va de suyo que una reducción de prácticamente en la mitad de carga horaria reconocida al actor con quita del bloqueo de título, implicará una reducción en su salario de similar magnitud, con afectación de su derecho alimentario, por lo cual no se requiere mayores pruebas a las ya aportadas a tal efecto. Se infiere, razonablemente, que ello ciertamente puede generar un daño irreparable en la situación financiera patrimonial del actor, con posibilidad de ruptura de la cadena de pagos y daños en su vida de relación familiar y social que difícilmente luego puedan ser restituidas a su estado anterior, generándose prematuramente un encarecimiento de la ulterior obligación de responder por parte del Estado.

Por ello, extremar la prudencia en este caso conduce a conceder la medida, máxime cuando no se avizora una lesión grave para la Administración derivada del cumplimiento de

la medida, siendo que la relación con el actor no ha concluido, con lo cual es posible que éste pudiera resarcir los posteriores daños que la medida hipotéticamente genere.

Asimismo, no se avizora que la medida solicitada se superponga con el objeto de un futuro proceso, ya que con la misma no se anula acto alguno ni se ordena a la demandada resolver de determinada manera la impugnación planteada por el actor, sino que siendo ella accesoria, priva provisoriamente de efectos lo resuelto hasta el momento en sede administrativa y que aún no adquirió firmeza.

V. Contracautela.

Dado el carácter alimentario de la remuneración, por cuarenta y cuatro horas semanales de trabajo con bloqueo de título que alcanzó el actor, que deberá continuársele abonando y, en consideración a la continuidad de la relación de empleo público arriba referida, resulta suficiente a los fines establecidos en el art. 25 de la Ley n° 3918, que el señor Vega preste caución juratoria a través de la Secretaría de este Tribunal.

VI. Temporalidad de la medida.

Atento a que esta medida se despacha de modo previo al agotamiento de la vía administrativa y conforme a la información obrante en la causa hasta este momento, corresponde determinar desde ya su vencimiento. Éste estará dado por el momento en que adquiera firmeza el obrar administrativo en tal sede, o bien si continuase la impugnación del actor, hasta el momento en que se agote la vía administrativa y quede expedita la acción procesal administrativa.

En virtud de todo ello, se estima procedente la medida en los términos arriba expresados.

SOBRE LA MISMA CUESTION EL DR. OMAR PALERMO (EN DISIDENCIA), DIJO:

Atento a las constancias obrantes en este expediente disiento con la solución propuesta por mis distinguidos colegas preopinantes.

Entiendo que la medida solicitada resulta improcedente ya que no se encuentra probada la verosimilitud del derecho, desde que la Administración sólo ha corregido una situación escalafonaria dentro de su estructura y tal acto goza de presunción de legitimidad, siendo

impertinente bajo tales condiciones y en este acotado margen de conocimiento cautelar, interferir en el obrar administrativo previo, siendo que aún no se ha agotado el procedimiento impugnativo a su respecto.

Por lo demás, tampoco se ha demostrado el peligro grave e inminente que implicaría la ejecución del acto impugnado en relación al sueldo del actor, siendo que en el hipotético caso de hacerse lugar a una futura demanda a su respecto, la demandada podría reparar económicamente la lesión.

En relación a todo ello, resulta aplicable el criterio de esta Corte en cuanto a que en el análisis de procedencia de las medidas que no persiguen mantener el *statu quo* sino alterar ese estado de hecho, como la presente, debe hacerse según un criterio detallado y particularmente estricto, en tanto se trata de una medida excepcional que requiere que la verosimilitud del derecho surja de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa (L.A. 176-203; 164-228 y sus citas), por lo cual se impone una respuesta negativa a la medida solicitada en el *sub lite*.

Por todo lo anterior, en virtud del voto preopinante y mayoritario arriba expresado, esta Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1) HACER LUGAR, con el límite temporal arriba fijado, a la medida de suspensión solicitada y, en consecuencia, ordenar a la OSEP que se abstenga de ejecutar o, en su caso, se abstenga de continuar ejecutando su Resolución n° 309 de fecha 14.04.2014, que en copia obra a fs. 25, PREVIA rendición de CAUCIÓN JURATORIA del actor mediante Secretaría de este Tribunal.

2) Imponer las costas de esta incidencia a la demandada (art. 36 del C.P.C. y 76 del C.P.A.).

3) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

NOTIFIQUESE.

DR. ALEJANDRO PEREZ
Ministro

HUALDEDR. JORGE
Ministro

HORACIO NANCLARES

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO

(en
Ministro

DISIDENCIA)