Ministerio Público Fiscal
PROVINCIA DE MENDOZA

Expte. Nº 13-04782296-8, "Angulo Judith María c/ Obra Social de Empleados Públicos (OSEP) p/ Acción Procesal Administrativa"

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i.- La demanda

La actora, licenciada en enfermería, solicita la revocación por ilegitimidad del Decreto N° 393/2019 emanado del Sr. Gobernador de la Provincia de Mendoza, así como la Resolución HD-2018-275-GDEMZA-OSEP#MSDSYD emitida por el Honorable Directorio de la Obra Social de Empleados Públicos, mediante la cual se rechaza el reclamo referente al pago de las diferencias salariales correspondientes al régimen 27, desde la matriculación (marzo de 2015) hasta la fecha en que se efectiviza el reencasillamiento con más los intereses correspondientes.

Refiere que es Licenciada en Enfermería y trabaja para la OSEP en el Hospital Fleming dependiente de la OSEP; fue primeramente contratada para trabajar como enfermera profesional en el año 2011, renovándose los contratos hasta fines del año 2014 que es pasada a Planta Permanente.

Indica que realizó sus estudios en el Instituto de ATSA, pero luego a fin de poder especializarse y ascender en sus trabajó realizó el postgrado y obtuvo el título de Licenciada en Enfermería en el mes de marzo de 2015 en la Universidad Nacional de Cuyo.

Expresa que la OSEP solamente modificó en lo que respecta a la remuneración, el adicional por título, pero no el resto de las disposiciones legales, desde entonces se abonó el Item Título Universitario (5 años) bajo el código 1729.

Sostiene que ante la falta de encuadramiento en las disposiciones de la Ley N° 7799, que rige para los Lic. en Enfermería, es que realiza el correspondiente reclamo administrativo que tramitó en Expte. N° 000576-8A-2015 iniciado el 24/06/2015, en el cual se reconoce que le corresponde la recatego-

rización pero la misma no se materializó por lo que debió interponer una acción de amparo en el 22 Juzgado Civil en el que solicitaba que la Obra Social se expidiera respecto a lo solicitado.

Alega que primeramente dictó la Resolución N° 1497 de fecha 03/08/2016 por la cual si bien se reconoce que la reclamante cumple con los requisitos para acceder al reclamo, se expresa que no se hace lugar en tanto carecen de partida presupuestaria y posteriormente el 01/02/2017 la Resolución N° 0101 por la cual SI se le reconoce su recategorización "a partir de la fecha de la notificación", es decir el 14/02/2017.

Considera que le corresponden las diferencias salariales desde el día en que obtuvo el título profesional y cumple con la jornada laboral así como el pago del retroactivo con más los intereses legales, por lo que interpuso recurso de revocatoria en el que pedía la subsanación de los defectos relacionados al nombre, al cambio de situación de revista desde el momento en que obtuvo el título (mayo de 2015) o bien desde que hizo el reclamo administrativo (24/06/2015) porque desde aquel momento se acreditó que estaban cumplidos los requisitos de la Ley 7799 y que tampoco se ordena el pago de las diferencias salariales desde esa fecha hasta la fecha del reconocimiento.

Afirma que se dictó la Resolución HD-2018-275-GDEMZA-OSEP#MSDSYD emitida por el Honorable Directorio de la Obra Social de fecha 01 de marzo de 2018 por la que se deniega su reclamo y contra esa decisión interpuso Recurso de Alzada que fuera denegado por Decreto N° 393 de fecha 11/03/2019 por razones presupuestarias y por no existir vacante, sin evaluar que le hacían cumplir la jornada y las funciones que le corresponden como Licenciada en Enfermería , por lo que su actividad estaba encuadrada en las disposiciones de la Ley 7799 y Decreto 772/15.

Funda su pretensión en el artículo 14 bis y 16 de la C.N. y en fallos jurisprudenciales de este Tribunal.

ii.- <u>La contestación</u>

La Obra Social de Empleados Públicos accionada en el responde de fs. 25/32 solicita el rechazo de la demanda por los motivos que

expone.

Describe lo actuado en los expedientes administrativos, en los que en fecha 03/08/2016 se dictó la Res. N° 1487 HD por medio de la cual se resolvió no hacer lugar al pedido de cambio de situación de revista hasta tanto se proceda a la creación de cargos y la modificación presupuestaria correspondiente (fs. 31 expte. N° 576-8A-2015), la que fue notificada a la accionante en debida forma en fecha 09/08/2016, sin que la misma la recurriera en ningún momento, por lo que quedó firme y consentida; luego y conforme lo reconoce la actora el H.D. de OSEP en fecha 01/02/2017 dictó la Resolución N° 101 por cual modifica la situación de revista de la actora a partir de la notificación (17/02/2017), contra la cual interpuso recurso de revocatoria dando lugar a la Resolución HD-2018-275-GDEMZA-OSEP#MSDSYD que rechaza en lo sustancial el recurso y posteriormente Recurso de Alzada que fuera rechazado por Decreto N° 393.

Sostiene que el acto atacado se encuentra debidamente fundado y destaca que en todo momento se expresó que el cambio de situación de revista solicitado quedaba sujeto a la normativa y disponibilidad presupuestaria.

Alega que la actora no se encuentra amparada ni encuadrada en la situación prevista por el Acta Acuerdo celebrada en fecha 7 de mayo de 2015, homologado por Decreto N° 772/15 y ratificada por Ley 8798, por cuanto aquélla no poseía matrícula habilitante como licenciada en enfermería a diciembre de 2014 , sino que la obtención de su título data de una fecha posterior, de modo que no le resulta aplicable la disposición paritaria, resultando improcedente el reclamo de retroactividad a la fecha de matriculación.

A fs. 36/39 y vta. interviene Fiscalía de Estado quien solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Considera que no corresponde ningún reconocimiento de diferencias salariales derivado del cambio de régimen salarial 27, en tanto se carece de norma legal vinculante que sustente la pretensión ejercida en autos.

Entiende que el cambio de régimen salarial y la inclusión en el Régimen 27, emerge a partir de la sanción de la Ley N° 8798, publicada en el Boletín Oficial el 23 de junio de 2015, que ratificó el Decreto N° 772/15.

Cita como antecedente a su favor un precedente del Tribunal.

II- Consideraciones

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, se realizan las siguientes consideraciones:

i- A criterio de esta Procuración General resultan de aplicación al caso- aun cuando no es idéntico- los criterios sentados por V.E. en el Expediente N° 13-04221864-7, carat. "*Carrion, Valeria Fernanda c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza",* de la Sala I, en fecha 11/10/2019, en el cual también se solicitaba el pago del retroactivo correspondiente a una reubicación jerárquica otorgada por Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 1158 de fecha 30 de junio de 2015.

En el precedente señalado V.E., atento a las circunstancias particulares del caso, entendió que las diferencias reclamadas no se adeudaban por entender que el Decreto N° 1158 del Poder Ejecutivo Provincial, no revocó la designación originaria ni la actora lo impugnó, ni tampoco retrotrajo los efectos del reencasillamiento al ingreso de la actora, sino que determinó la vigencia de sus disposiciones desde el dictado del acto, esto es el 30 de junio de 2015.

En la especie la Resolución N° 101 que reconoce la incorporación al Régimen 27, determinó la vigencia a partir de la notificación de la misma, sin retrotraer sus efectos y sin que la actora impugnara la misma, quedando el acto administrativo firme y consentido.

ii- No obstante ello, esta Sala II en autos N° 13-04879893-9, *"Montenegro Ana María c/ Hospital Dr. Humberto Notti p/ APA",* de fecha 23 de agosto de 2023, cuyas circunstancias fácticas y jurídicas son similares a la de autos, decidió hacer lugar a la demanda, con base en lo razonado y sostenido en la sentencia recientemente dictada en la causa CUIJ: 13-04623893-6 caratulada

"PEREYRA JOSE ANTONIO C/ HOSPITAL CENTRAL P/ APA" (cfr. también autos N° 13-04879900-5, caratulados "Martínez Ester c/ Hospital Central p/ Acción Procesal Administrativa", de fecha 24/08/2023, Sala Segunda).

Allí se sostuvo, en una apretada síntesis que en el caso la actora pretende el reconocimiento de las diferencias salariales derivadas del ajuste de su situación de revista, desde que lo reclamó y fueron acreditados sus requisitos legales de procedencia. En otras palabras, su pretensión se orienta a que el Tribunal se pronuncie sobre un aspecto omitido por la administración al reconocer su derecho a revistar dentro del régimen 27 en la categoría de profesional Licenciado en Enfermería, esto es, las diferencias remunerativas emergentes entre su anterior clase en el régimen 15 y la reconocida por la Resolución N° 295/16 en el régimen 27 (CUIJ: 13-04403321-0, "GÓMEZ, PATRICIA RUTH C/ PROVINCIA DE MENDOZA P/ APA, sentencia del 08/07/2021; asimismo, causas "Abalos" y "Pereyra" citadas).

Puntualizó que tanto la demandada como Fiscalía de Estado plantean que la acción no debe prosperar porque la incorporación de la actora al régimen 27 tiene vigencia hacia el futuro, puntualmente, desde el 01/04/2016, fecha fijada en la Resolución N° 295/16 (art. 4, "a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de su dictado"); también señalan que la actora tenía la carga de impugnar ese acto y que, no habiéndolo hecho, quedó firme; y que el cambio del régimen salarial surge a partir de la vigencia de la Ley 8798 (B.O. 23/06/2015) que ratificó el Decreto N° 772/15 el cual a su vez homologó el acta acuerdo para el traspaso al régimen 27 de licenciados en enfermería, reconociendo en definitiva el reescalafonamiento reclamado, pero a partir de la fecha antes mencionada; sin embargo, debe señalarse que esa circunstancia no puede serle opuesta a la actora por cuanto, como se ha expuesto, su pretensión (y sus anteriores reclamos) se orienta a que el Tribunal se pronuncie sobre un aspecto omitido por la Administración al reconocer su derecho a revistar en el régimen 27, en la categoría de Profesional de la Salud-Licenciado en Enfermería.

Detalló que recientemente, esta Sala II admitió pretensiones similares a la examinada en este caso, considerando que la retroactividad de las diferencias salariales pretendidas fueron un aspecto omitido por la administración al reconocer el derecho a revistar dentro del régimen 27 en la categoría de profesional Licenciado en Enfermería, y que la aplicación de la normativa (Ley 7759) se acordó a partir del dictado de la Ley 8798 (B.O. 23/06/2015). Por ello, se reconoció lo peticionado desde la vigencia de esta última normativa, considerando que fue operativizada por medio de la

Resolución N° 209 emanada del Ministerio de Hacienda y Finanzas el 25/08/2015 (que dejó sin efecto la aplicación del régimen salarial 33, computable desde el 01/04/2010, e incorporó los códigos de estructura y clases escalafonarias del régimen 27), con efectos a partir del 01/09/2015 según la Resolución N° 1516 dictada por el Ministerio de Salud (CUIJ: 13-05074002-6, "ABALOS ALEJANDRO ELISEO C/ HOSPITAL CENTRAL DE MENDOZA P/ APA" y CUIJ: 13-04623893-6 "PEREYRA JOSE ANTONIO C/ HOSPITAL CENTRAL P/ APA", sentencias del 30/03/2023).

Finalmente, se indicó que los argumentos que opone la demandada no pueden ser acogidos, por cuanto convalidar la omisión de tratamiento, liquidación y pago de las diferencias salariales que se originaron entre el reclamo y el dictado del acto de reconocimiento, implicaría sesgar el contenido específico del derecho a estar correctamente encasillado, el que se relaciona con el derecho a percibir una remuneración conforme a su ubicación en el respectivo régimen que corresponda al carácter de su empleo.

Agregó que a más de ello, al formar parte del derecho vigente, la administración se encuentra obligada a los términos de los acuerdos paritarios por virtud del principio de juridicidad (confr. art. 1, II, b, LPA 9003; ver Sala II, CUIJ: 13- 04194765-3, "BENITEZ VANINA ANDREA C/ DIRECCION DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/ APA", sentencia del 01/10/2019; asimismo, causas "Abalos" y "Pereyra", ya citadas).

iii- Teniendo en cuenta lo antes señalado, 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, 03 de octubre de 2023.

Firmado digitalmente por: ROUSSELLE Laura
Fecha: 5/10/2023 14:18:39