

Expte. N° 13-07253975-8, “Castellino Oscar Daniel c/ Obra Social de Empleados Públicos (OSEP) p/ Acción Procesal Administrativa (Art. 2 inc. 4 Ley 9.423; Art. 187 Ley 9003)”

Secretaría Competencia Originaria

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Se ha corrido vista a esta Procuración General de la acción procesal administrativa iniciada por Oscar Daniel Castellino contra la Resolución de Directorio O.S.E.P. N° 2019-1550- GDEMZA-OSEP#MSDSYD, aprobada por Acta N° 52, Sesión ordinaria de fecha 21.11.19 y sus consecuentes, Resolución de Directorio de O.S.E.P. N° HD-2020-823-E-GDEMZA-OSEP#MSDSYD HD de fecha 7 de julio de 2020 (notificada el 8.7.2020), que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto y contra Decreto N° 355/23, del Sr. Gobernador de la Provincia de Mendoza, Dr. Rodolfo Suarez, en el que se resuelve admitir en lo formal y rechazar en lo sustancial el Recurso de alzada interpuesto, en contra de resolución emanada de la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP); y mediante los cuales se ha resuelto no hacer lugar al pedido de reescalafonamiento o reagrupamiento conforme la antigüedad que tiene en la OSEP, como así también el correspondiente pago de diferencias salariales.

Explica que comenzó a trabajar en la O.S.E.P, el 1 de mayo de 2004, tal como se registra el alta en el legajo correspondiente, bajo el régimen de locación de servicio según Resolución H D 542/04; en fecha 1 de julio de 2008 se modificó su situación de revista a Planta Permanente en el cargo de clase 01-Agrupamiento 3- Tramo 04- Subtramo 03- cód. esc. 27- odontólogo; el 01 de enero de 2011 se procedió a promocionar, conforme a derecho, a la clase 03 en el agrupamiento 3 Tramo 04 Subtramo 03, y en fecha 1 de abril de 2015 se procedió a la promoción a la clase 04.

Refiere que desde el 2015 y conforme a la antigüedad que ostenta en la administración pública (OSEP) no fue promovido, re- escalafonado, en las clases correspondientes ni efectuado el pago de

diferencias salariales que por tal situación de revista se le deben consignar, conforme la antigüedad que lleva en la institución.

Expresa que es recién al resolver el Recurso de revocatoria interpuesto, ante la Resolución del Directorio 1550/2019, que la administración al rechazarlo indica que por Resolución N° 449/20 de fecha 8 de abril de 2020, se reconoció la promoción de clase a partir del 1 de enero de 2020, clase 05-Agrupamiento 3- Tramo 04- Subtramo 03- cód. esc. 27-odontólogo, 24 hs semanales, sin embargo, dicho encasillamiento resulta erróneo ya que no reconoce los años de servicios prestados desde que se diera el alta en la OSEP, siendo el 1 de mayo de 2004.

Denuncia vicios que afectan el acto impugnado, mencionando que Resolución del H. Directorio de la OSEP N°1550/2019 en su considerando del párrafo 5 indica que se encuentra *“bien encasillado debido a su ingreso en Planta permanente a partir del 01/07/2008, donde continúa a la fecha, por lo que no corresponde hacer lugar a la promoción peticionada de autos”*, lo que es falaz, por cuanto no tuvo en cuenta la antigüedad en la OSEP, ya que el ingreso, conforme se encuentra en su legajo, es a partir del alta registrada en el sistema de recursos humanos de la OSEP, es decir, el 1 de mayo de 2004.

Sostiene que aun cuando la OSEP no quisiera reconocer desde esa fecha, período que le corresponde, indica expresamente que el *“ingreso en planta permanente a partir del 01/07/2008”*, lo cual se deriva que tiene, según la interpretación arbitraria que hace el H Directorio de la OSEP, al momento de dictar la Resolución H. Directorio 1550/19, es de 11 años (01/07/2008 al 01/07/2019), debiéndosele haber otorgado la clase 05, y no la clase 04; recién en abril de 2020, al responder el recurso de revocatoria planteado por el Dr. Castellino que OSEP le reconoce a partir del 1/01/2020 la clase 05 cuestión que sigue estando en discordancia entre la realidad (prestación efectiva de servicios a partir del alta en la OSEP) y lo preceptuado por la normativa vigente.

Alega que pretender desconocer lo dispuesto en la Ley 7759 (BO 5/10/2007) que ratificó la homologación que mediante decreto 1630/07 realizó el Poder Ejecutivo Provincial del acuerdo paritario al que las partes intervinientes arribaron, conculca los más elementales derechos humanos que asisten a cualquier trabajador.

Entiende que el artículo 6 es operativo y no necesita de interpretación o juzgamiento; así al cumplir los once años de antigüedad en la carrera profesional en el Estado, a mi representado le correspondía la promoción en la clase 05, y es decir desde el 2 de mayo de 2015, y a los catorce años de antigüedad, es decir, desde el 2 de mayo de 2018, la clase 06; muy por el contrario, se le otorgó la clase 05 a partir del 1 de enero de 2020.

Alega que no es competencia del H. Directorio de la OSEP interpretar o juzgar la validez de los acuerdos paritarios formalizados conforme a la normativa vigente; ya que viola derechos esenciales del Estado democrático y la República, art. 1 CN y Constitución Provincial.

Advierte que la Ley N° 7759, la que es aplicable al caso, para la promoción automática no realiza distinción entre médicos interinos y efectivos, lo cual reafirma su posición que la decisión del H. Directorio de la OSEP es arbitraria y nula, contraria, además, a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza realiza, en la causa “Montero, Luis A. y ots. c /IPV p/ APA (Sala Segunda SCJMza, sentencia 15/06/2021) en la que se sostuvo expresamente que: *“Las actuaciones administrativas tenidas a la vista, los hechos que involucran las mismas, el derecho aplicable, la jurisprudencia del Tribunal y las demás probanzas permiten determinar que los servicios prestados por los actores bajo el régimen de locación de servicios, cumplidos con anterioridad a su pase a planta permanente, deben ser tenidos en cuenta al efecto del cómputo del adicional por antigüedad que los mismos perciben.*

Señala que en definitiva existe una irregular y errónea interpretación respecto al correcto encasillamiento del Dr. Daniel Castellino, siendo que le corresponde la promoción en la clase 05 desde el 2 de mayo de 2015, y a los catorce años de antigüedad, es decir, desde el 2 de mayo de 2018, la clase 06, cuestión que no ha sido reconocido a la fecha; muy por el contrario, se le otorgó la clase 05 a partir del 1 de enero de 2020 y todo ello vulnera el progreso de la carrera profesional como los derechos a la propiedad (salarios correspondientes a la clase que tiene derecho a ostentar).

II- La Obra Social de Empleados Públicos en su responde, como cuestión preliminar, plantea que la presente acción procesal administrativa debe dividirse en dos partes, una que ya está resuelta y otra que deberá ser resuelta por V.E.; en relación a la primera solicita se declare **MOOT CASE** parcialmente respecto del objeto de la presente acción, esto es el cómputo de la Antigüedad para la promoción de clase durante la planta temporaria, dicha situación ha cambiado, y en su momento las dos Resoluciones atacadas ahora de OSEP (HD N.º 2019/1550 y 2020/823) y el Decreto del Gobernador (N.º 355/23), fueron dictadas conforme a derecho y criterio que se venía aplicando en el ámbito OSEP, Ministerio de Salud y Asesoría de Gobierno, pero luego de las negociaciones paritarias de año 2023 la situación fáctica y de derecho mutó, y por lo tanto se ha reconocido por paritarias el derecho de los Agentes del Régimen 27, al cómputo de la antigüedad para la promoción de clase durante la plante temporaria.

Expresa que cuestión distinta a la planteada es el pago del adicional por antigüedad y respecto de la Licencia Anual Reglamentaria, dichos ítems siempre fueron reconocidos por OSEP durante la planta temporaria (acompaña informe de RRHH que así lo acredita), por lo tanto eso no deberá ser discutido y por ello sostiene que no es de aplicación la jurisprudencia citada por la actora respecto al fallo, n.º 13-03670743-1, carat. “De la Roza Bustos, Elcira Georgina c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza (Poder Judicial) p/ Acción Procesal Administrativa”, puesto que en ese fallo se discutió el pago del ítem adicional antigüedad y lo relativo a las Licencias Anuales, pero no se discute el tema de la antigüedad para la promoción automática de la clase, que es exclusivo del Régimen 27 que es regulado específicamente por la Ley 7759, y que ahora dicho derecho fue reconocido por la Nueva Fuente del derecho, como son las paritarias.

Indica que por tal motivo, el cómputo de la antigüedad para la promoción automática de la clase ha quedado resuelto, y como prueba de ello acompaña: Acta de Conciliación Obligatoria de la Comisión Negociadora del Régimen 27 de fecha 17/07/2023; Acta Régimen 27 Salud – Subcomisión Técnica OSEP, de fecha 13/07/2023, Decreto N ° 1095-2023 Gob. de la Prov. – Antig. Residencia Ley N ° 9471, Resolución de OSEP DG N° 720/2023 y HD N° 964/2023, y caratula de expediente donde tramitará el reconocimiento de otra lista de agentes de Régimen 27, en la que está

incluido el Agente Castellino Oscar Daniel (expediente N° 2023-6184683), e informe de la Subdirección de Recursos Humanos, donde expresamente se concluye: ***“Por lo expuesto esta Subdirección informa que por EX-2023-06299895- -GDEMZAOSEP#MSDSYD, se tramita el Ajuste de Clase a favor del agente Castellino Oscar Daniel – DNI N° 25.357.068, de Clase 06 a Clase 07. Ello de acuerdo a que el agente de referencia, ingresó en Planta Temporaria el 01 de Agosto de 2005 y en Planta Permanente el 01 de Julio de 2008, por lo que al 31 de Diciembre de 2022, ostenta una antigüedad de 17 años y 5 meses , lo que le correspondería acceder a la Clase 07 – Cód. Esc. 27 - 3 04 03 – Odontólogo – 24 hs. semanales – Subdirección del Sistema Odontológico- Dirección General. Dado lo resuelto por la S.C.J. “.-***

Entiende que las Resoluciones y el Decreto atacados fueron plenamente válidas y carecen de cualquiera de los vicios mencionados en el escrito de la demanda, y fueron ajustados a derecho, por lo que el posterior reconocimiento que se efectuará a partir de las paritarias de 2023, y acto administrativo que en su consecuencia se dictará, es que legalmente reconocerá el derecho del agente a su nuevo encasillamiento ajustado a lo que las partes acordaron en paritarias y que de ninguna manera puede ser aplicado con efecto retroactivo (ya que no fue tratado en paritarias) más allá del que legalmente corresponde conforme el art. 38 bis del Decreto Ley N.º 560/73, y luego del dictado del acto administrativo de OSEP que así lo reconozca y que tramita en expediente N° 2023-6184683.

Solicita se declare abstracta la causa, por haber desaparecido la causa de la controversia y que la imposición de costas proceda por el orden causado, dado que resulta inaplicable la regla general al no haber vencido no vencedor.

Considera que toda la discusión debe centrarse ahora en el período que abarca el contrato de locación de servicios, que unía al actor con OSEP, que además está decirlo fue solo de un período brevísimo de un año y tres meses (desde 01/05/2004, odontólogo, contratado bajo el régimen de locación de servicio según resol. 542/04 del HD, hasta el 01/08/2005 que pasa a planta temporaria mediante resolución N.º 1355/05, según consta en foja de servicio acompañada como prueba en expedientes administrativos donde tramitó el pedido original y revocatoria y luego la alzada.

Apunta que del relato de los hechos efectuado por la parte actora, tanto en el reclamo originario, el recurso de revocatoria y el recurso de alzada, aparentemente confunde Contrato de locación de servicio con contrato en planta temporaria y los considera iguales, no siendo claramente lo mismo y ser figuras totalmente distintas y con sus consecuencias distintas y destaca que el contradictorio del presente caso debería girar en torno solo al pazo de contrato de locación de servicio y no el periodo que estuvo en planta temporaria por ser considerado por esta parte como se solicitó en el Primer punto preliminar que tiene las características de moot case, es decir no hay contradictorio puesto que en el período de planta temporaria OSEP siempre reconoció ítem adicional por antigüedad, Licencia anual reglamentaria según Ley 5811 y desde las paritarias de año 2023 ya citadas se reconoce la promoción automática de clase, logrando el correcto encasillamiento que en paritarias las partes acordaron.

Aclara que por lo expuesto, efectúa contestación de la vista conferida en la presente acción procesal administrativa, solo respecto de ese período de un año y tres meses que abarca desde el 01/05/2004 y hasta el 1/08/2005) y en tal sentido solicita el rechazo de la demanda, por las razones que expone.

Afirma que las decisiones cuestionadas respetan el principio de estabilidad del acto administrativo, no presentan vicios en el objeto ni tampoco en los elementos forma y voluntad, encontrándose motivadas y fundadas en lo actuado en sede administrativa, normativa vigente y aplicable como también en los criterios sostenidos por el Ministerio de Salud y Asesoría de Gobierno de la Provincia.

Indica que desde el acuerdo paritario de año 2023, específicamente actas acompañadas y específicamente la técnica OSEP – AMPROS, se reconoce el cómputo de la antigüedad para la promoción de clase, cuestión objeto de la presente acción, contando con una antigüedad de 17 años y 5 meses y correspondiendo una clase 07 del código escalafonario 27-3 04 03 - Odontólogo – 24 hs semanales, cuestión que se materializará por resolución de OSEP en expediente administrativo en trámite N° 2023-06184683.

Agrega que respecto del período que el agente estuvo bajo la modalidad de contrato de locación de servicio, claramente

conforme a la postura de OSEP, Ministerio de Salud, Asesoría de Gobierno, Tribunal de Cuentas de la Provincia, no se computa antigüedad para el pago del ítem adicional antigüedad, LAR de ley 5811 (durante el contrato de locación de Servicio poseen días compensatorios de descanso) y mucho menos se computa la antigüedad para la promoción automática de la clase, conforme Ley 7759 por no estar dentro del régimen de la carrera médica y por no estar expresamente incluido de la paritaria de 2023 (solo incluyó residentes y contrato planta temporaria), no incluyó esa paritaria el contrato de locación de servicio.

Puntualiza que debido a ello resultó necesaria la intervención de la Subdirección de Recursos Humanos de OSEP para la aplicación del Acta Paritaria, respetando la carga horaria y la clase alcanzada en el anterior régimen por los agentes, pero adecuando ello al Régimen Salarial 27 - Ley 7759; Se informa la equivalencias de clases en general, del que resulta que un agente con 36 horas con clase 14 equivale a un cargo clase 3 del régimen 27 (Ley 7759), por lo que concluye que se encuentra debidamente encasillada.

Consecuente con lo anterior expresa que al período en discusión del vínculo que unía al Odontólogo con OSEP, que era un contrato de Locación de servicios, le resulta plenamente aplicable el criterio sostenido por Asesoría de Gobierno en el dictamen 85/15, el cual fue expresamente citado en la ampliación de dictamen legal y tenido en consideración en las resoluciones ahora atacadas y el Decreto del Gobernador también, toda prueba ya acompañada por OSEP en los dos expedientes administrativos.

Cita las normas legales aplicables al caso y las transcribe (Ley N° 7759, Decreto 1630, Ley 4872), así como los dictámenes de Asesoría de Gobierno N° 85/15 y 356/2022 que dieron sustento legal a las resoluciones y al Decreto del Gobernador ahora atacados, sin perjuicio que la situación se encuentra en algún punto mutada por la paritaria de 2023, donde las partes Ministerio de Salud, OSEP y AMPROS acordaron contemplar la contratación de planta temporaria para la promoción automática de la clase, son plenamente aplicables al contrato de locación de servicios, que quedó sin ser incluido en la paritaria 2023.

III- La Fiscalía de Estado, manifiesta que con el objeto de evitar un innecesario desgaste jurisdiccional y una reiteración redundante de defensas y argumentos con un mismo fin y a un solo efecto, adhiere a la contestación de demanda efectuada por la demandada directa, Obra Social de Empleados Públicos, a cuyos términos se remite “brevitatis causae”.

Sostiene que las normas legales y principios jurídicos que sustentan la resistencia a la pretensión material que se dirige contra la demandada directa, resultan adecuados a los hechos invocados en el referido responde, de modo que por las razones jurídicas expuestas por ella en la contestación, Fiscalía de Estado petitiona el rechazo de la demanda, con costas.

IV- A fs. 5/7 y vta. V.E. no hizo lugar al pedido de sobreseimiento parcial de la causa al entender que el conflicto, tal como ha sido planteado por el accionante, subsiste aún a pesar de lo dispuesto por la referida paritaria, lo cual, si bien concuerda con parte de la cuestión traída a estudio, no significa la consagración de lo pretendido en los términos expuestos sin perjuicio de que aporte al marco jurídico que será considerado al momento de dictar sentencia.

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 corresponde hacer lugar parcialmente a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

Tal como lo ha reconocido la demandada directa –OSEP- luego de las negociaciones paritarias del año 2023 la situación fáctica y de derecho mutó, y por lo tanto se ha reconocido el derecho al cómputo de la antigüedad para la promoción de clase durante la planta temporaria, situación que llevó a que OSEP solicitara en este aspecto, la declaración de moot case.

En tal sentido, y no habiéndose materializado tal reconocimiento, corresponde hacer lugar a la demanda aunque no en la extensión pretendida por el actor, por cuanto el período en el que estuvo

trabajando bajo el contrato de locación, no se encuentra alcanzado por el acuerdo paritario mencionado y respecto a ello las decisiones impugnadas resultan legítimas y ajustadas a derecho.

Así las cosas, procede que V.E. haga lugar a la demanda con los alcances explicitados anteriormente.

Despacho, 25 de marzo de 2024.