



ACUERDO N° 57. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**OLIVARES MARÍA CRISTINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**", Expte. N° 4135/13, en trámite por ante la mencionada Secretaría y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** A fs. 93/108 se presenta la Sra. María Cristina Olivares, por derecho propio y con patrocinio letrado, y promueve demanda contra la Provincia del Neuquén, peticionando la nulidad del Decreto PEP N° 2502/12 que rechazó su reclamo administrativo de pago de diferencias salariales retroactivas, correspondientes al período comprendido entre noviembre de 2008 y el dictado de la Res. N° 1016/10 del Ministerio de Salud, por el incorrecto agrupamiento y categorización, en tanto sostiene debió ser encuadrada en P40 (Profesional 40).

Narra haber prestado servicios desde agosto de 1977, como enfermera auxiliar en diversas instituciones hospitalarias de la Provincia del Neuquén, y que -al momento de la demanda- lleva 21 años de desempeño en el Hospital Castro Rendón.

Afirma, que en 2008 fue operada de ganglión de antebrazo derecho, por lo que debió hacer uso de licencia médica por largo tratamiento, y se reincorporó el 20/08/08 con readecuación de tareas.

Describe que la Junta Médica de fecha 03/02/09, dispuso continuar con la medida de adecuación de tareas, y establecer que no levantara peso superior a 5 kg, por lo cual



se le asignaron labores de esterilización y preparación de material de servicio.

Agrega que el 11/11/08 informó al Depto. de Recursos Humanos de la Subsecretaría de Salud sobre la obtención del título de Licenciada en Enfermería, acompañando una copia del mismo y, en base a ello, solicitó cambio de funciones, reencasillamiento, y pago de adicionales respectivos, lo que le fue denegado.

Sostiene que entre los fundamentos dados por la administración, se menciona que la agente cumplía labores de auxiliar técnica en el servicio de esterilización (preparación de materiales) con adecuación de tareas desde el 2002 y con indicación de no atender pacientes, circunstancia que le impedía cumplir funciones propias de enfermera profesional.

Enuncia toda su actividad reclamatoria e impugnatoria en sede administrativa, y las respuestas negativas dadas por la Provincia a sus presentaciones. Entre otras, menciona la Disp. Interna N° 54/10 del 16/03/10 del Director General del Hospital Castro Rendón.

Agrega que por Res. N° 1016/10, notificada el 06/07/10, el Ministerio de Salud le asignó a partir de la fecha de emisión, el agrupamiento P40 - puesto de licenciada en enfermería en la planta funcional del nosocomio anteriormente mencionado.

Detalla que a partir de agosto de 2010, se le comenzó a liquidar en sus haberes, la categoría P40 en lugar de T40, no obstante lo cual formuló reserva para reclamar diferencias salariales correspondientes al período comprendido entre Noviembre de 2008 y la Res. Int. N° 1016/10.

Prosigue, relatando que realizó los reclamos y recursos respectivos, que también fueron denegados mediante Disp. Interna N° 54/10 y Decreto N° 2502/12.

Argumenta que el pago retroactivo de la categoría P40 le corresponde, por poseer el título de Licenciada en



Enfermería, que presentó en noviembre de 2008 junto con un pedido de agrupamiento.

Reclama la aplicación del principio de igual remuneración por igual tarea desempeñada por sus colegas (Licenciados en Enfermería).

Ataca los informes producidos por la Lic. Cristina García -Jefa del Dpto. Enfermería del Hospital Castro Rendón- y aclara que la adecuación de tareas comenzó el 20/08/08, y no en el año 2002. Que la misma implicaba no levantar pesos superiores a 5 kg y que no se encontraba imposibilitada de cumplir labores de enfermería.

Cita las normas y funciones del Departamento de Enfermería (jefe de área de enfermería, supervisora de enfermería, enfermera jefe de unidad y enfermera).

Pone de resalto, que la recategorización a P40 efectuada por la administración en agosto de 2010 implica un reconocimiento del derecho que aquí reclama conforme doctrina de los actos propios. Cita jurisprudencia.

Reclama indemnización de los daños causados, los que resultan equivalentes a las diferencias salariales (sueldo básico, antigüedad, zona desfavorable, título) devengadas desde noviembre de 2008 hasta la efectiva recategorización ocurrida en agosto de 2010.

Practica planilla. Ofrece prueba, funda en derecho, hace reserva del caso federal, y formula petitorio.

II.- Mediante R.I. N° 322/13 a fs. 118/vta., se declara, de conformidad con el dictamen Fiscal, la admisión del proceso. La actora formula opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba a fs. 120/vta., de lo que se corre traslado, conforme la providencia de fs. 121.

III.- A fs. 130/134 vta. contesta la Provincia del Neuquén. Niega, por imperativo legal, todos los hechos esgrimidos, el derecho invocado y la documental acompañada en la demanda, que no fueran objeto de expreso reconocimiento.



Entiende que la actora realiza un ataque genérico de diversos actos administrativos referidos a cambios de sus funciones por razones de enfermedad, y por diferencias salariales motivadas en su recategorización, pero no individualiza ni cuestiona, con indicación de vicios, ninguno de ellos. Así, sostiene que la demanda no se sustenta.

Refiere a los hechos principales relatados por la actora en su escrito de demanda sin formular corrección o aclaración alguna, y agrega que previo a su reagrupamiento y recategorización en P40, la Junta Médica ya había establecido en el control médico del día 29/09/09, que la agente podría realizar todas las actividades habituales inherentes a su tarea.

Afirma que mediante Decreto PEP N° 2502/12 se puso fin al reclamo iniciado por la Sra. Olivares.

Interpreta que la actora carece de un derecho absoluto y automático a que se le reconozcan y abonen diferencias salariales por título de Licenciada en Enfermería, y encuadre en agrupamiento P40 desde que obtuvo aquel (Noviembre de 2008).

Pone de resalto, que siempre abonó salarios y adicionales ajustados a la ley, conforme las labores que realizaba la actora, y categoría que detentaba, teniendo en cuenta las limitaciones establecidas de la Junta Médica.

Evidencia que el reagrupamiento y encuadre en categoría P40 (cfr. Res. Interna N° 1016/10) se produjo luego de otorgada el alta médica y que materialmente resulta imposible asignarle carácter retroactivo, puesto que, la agente no había desempeñado labores acordes a esa nueva categoría en virtud de la readecuación de tareas ordenada anteriormente por la Junta Médica.

Remarca que la administración cuenta con facultades discrecionales a la hora de disponer el avance en la carrera administrativa de su persona, y que en el caso hizo uso de las



mismas, respetando las normas estatutarias, sin incurrir en arbitrariedad o irrazonabilidad alguna.

Entiende que no existe deuda por diferencias salariales, y expresamente se opone a la estimación y planilla practicada por la actora.

Manifiesta desinterés en la prueba pericial contable de la contraria. Ofrece prueba y formula petitorio.

IV.- A fs. 140 se ordena la apertura de la causa a prueba. Clausurada la etapa, a fs. 443 se ponen los autos para alegar.

V.- A fs. 447/452 dictamina el Fiscal General, quien propicia rechazar la acción intentada.

VI.- A fs. 453 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- En función de lo descripto, la cuestión principal reside en establecer si corresponde el abono de diferencias salariales, inherentes al agrupamiento P40 de la Subsecretaría de Salud, generados a partir de la obtención del título de Licenciada en Enfermería por parte de la actora.

El período en cuestión, abarca entre Noviembre de 2008 y el dictado de la Res. Ministerio de Salud N° 1016/10 del 22/06/10, que le otorgó el encuadre P40.

No existe discrepancia acerca de que hasta esa fecha, la Sra. Olivares se desempeñaba como Enfermera E2T según Ley 2265 en el Hospital Provincial Castro Rendón (Decreto PEP N° 1026/07 del 03/07/2007 con efectividad a partir de esa fecha -fs. 379-).

En base a los antecedentes administrativos obrantes en autos, es dable afirmar que el 11/11/08, tras recibirse de licenciada, la Sra. Olivares solicitó a la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Salud de la Provincia, el cambio de funciones a Licenciada en Enfermería con el



reencasillamiento escalafonario y el pago de salarios y adicionales pertinentes (Expte. N° 4420-19232/2008).

De igual manera, consta que el 10/04/08, a partir de una intervención quirúrgica, la actora usufructuó licencia por enfermedad hasta el 19/08/08. En esta última instancia, se le otorgó el alta con readecuación de tareas, por lo que fue reasignada al Servicio de Esterilización, con la condición de no levantar pesos mayores a 5 kg (ver actas a fs. 11, 15 y 16 de autos).

Con posterioridad, la Junta Médica dictaminó el 29/09/09 que la agente se encontraba en condiciones de realizar tareas habituales (fs. 12 de autos).

Luego, a través de la Resolución del Ministerio de Salud N° 1016/10 -notificada el 06/04/10- la Sra. Olivares pasó de E2T en la planta del Hospital Provincial Castro Rendón, al Agrupamiento P40 - puesto de "Licenciada en Enfermería" E1P, de conformidad a la Ley 2562 (a fs. 6/vta. y fs. 7 del Expte. N° 4420-62656/2010).

En cuanto a las instancias reclamatorias de la actora, hasta la emisión de la Res. N° 1016/10, la administración rechazó los planteos de reagrupamiento en P40, formulados desde noviembre de 2008, momento en que obtuvo su título de Licenciada en Enfermería.

Como argumentación, sostuvo que la agente no prestaba servicios como licenciada, y que la readecuación de tareas dispuesta por la Junta Médica, la asignó al servicio de esterilización con restricciones laborales.

De igual manera, la Provincia del Neuquén sostuvo que la obtención del título pretendido no habilitaba por sí solo la recategorización pretendida, ni el pago de adicionales, los cuales están sujetos a mérito y las posibilidades de la administración, en base a la existencia de vacantes y su necesidad de cobertura.



Las negativas pueden observarse a fs. 19/20vta., 48 y 91/95 del Expte. N° 4420-19232/2008: Dictamen legal, Disposición Interna N° 54/10 y Decreto N° 1563/10, respectivamente.

Luego, sin perjuicio del reconocimiento otorgado mediante Res. N° 1016/10 a la categoría P40, la Sra. Olivares continuó reclamando las diferencias salariales devengadas desde 2008, con resultados adversos, según se desprende del Decreto N° 2502/12 (fs. 121/123 del Expte. N° 5500-004376/12), acto en el cual se destacó la claridad de la Resolución precitada, en torno a que sus efectos no son retroactivos.

VIII.- Conforme lo expuesto, la actora sostiene como elemento fundante de su demanda, la posesión del título de Licenciada en Enfermería, como elemento determinante para su recategorización en el año 2008.

Ahora bien, realizado el análisis de las actuaciones, cabe destacar dos cuestiones principales que -adelanto- conllevan al rechazo del planteo incoado en autos.

VIII.1.- La primera de ellas, reside en el derecho a la carrera administrativa, contemplado en el acápite vinculado con los "Derechos" de los agentes públicos, y su delimitación normativa.

Así, el EPCAPP establece en su Artículo 13: "los agentes de la Administración Pública tendrán derecho a la retribución de sus servicios con arreglo a las escalas que se establezcan en función de sus categorías de revista y de las modalidades de su prestación, la que estará integrada por el sueldo o jornal y las asignaciones complementarias".

A continuación, en el art. 15, prevé que "los agentes tendrán derecho a ser clasificados en grupos, categorías y clases de acuerdo a las modalidades de prestación del servicio. Los que se desempeñen en una modalidad distinta a su clasificación, percibirán la retribución de acuerdo a la prestación del servicio que cumplan".



Luego, en su Artículo 16, indica que: *"El título habilitante o la especialidad que adquiriera el personal no será, por sí sola, condición suficiente para pertenecer a determinada clase, categoría o grupo, debiendo revistar en aquella función o tarea para la cual fuera nombrado"*.

Por su parte, este derecho a la carrera, importa como causal objetiva la existencia de un cargo disponible para el reencasillamiento, de conformidad a lo establecido en el Artículo 18° del Estatuto: *"Para que el personal tenga derecho a ser ascendido deberá concurrir las siguientes circunstancias; inc. a): Que existan en su grupo, vacantes en las categorías y clases superiores y sea necesario cubrirlas a juicio de autoridad competente, o sean creados nuevos cargos de acuerdo con las necesidades del servicio"*.

De la correlación de los artículos transcritos, surge que el derecho a ser ascendido (o, en su caso, a ser reencasillado) no es un derecho absoluto o automático, sino que responde a cuestiones de mérito y de posibilidades de la Administración, con lo cual depende entonces de circunstancias personales del agente y la existencia de vacantes o la creación de cargos -sujeta siempre a razones de servicios-, la previsión presupuestaria y la decisión de la administración de cubrirlas.

Esta cuestión ha sido tratada en varios precedentes de este Cuerpo. Recientemente, mediante Acuerdo 55 del 2015, en autos: "MUÑOZ ANTONINA", se expresó: *"En cuanto al reencasillamiento de categoría profesional, se adelanta que tampoco resulta procedente por la sola circunstancia de haber alcanzado el título profesional; ello sin más, no le otorga derecho a percibir una categoría mayor. Cabe recordar una premisa básica: los cargos no han sido creados por la ley para el empleado o funcionario sino en razón del servicio. En ese contexto, entonces, el derecho a la carrera del agente público (cuestión que aquí se encuentra involucrada) no corre en forma*



separada de las necesidades del servicio en el que se inserta". En lo que aquí importa, la regla es que el título habilitante o la especialidad que adquiera el personal no constituye por sí sola, condición suficiente para tener derecho a un reencasillamiento.

En consecuencia, tanto para ser reencasillado como ascendido, debe existir un cargo disponible; es decir, que la Administración debe contar con la correspondiente vacante presupuestaria habilitante.

Bajo esta primera premisa de análisis, la pretensión de reencasillamiento por el mero hecho de la obtención de un título de licenciado, no puede prosperar.

No puede soslayarse, que no constan elementos relacionados con la estructura de planta funcional del Hospital Castro Rendón, anteriores a la Resolución Ministerial N° 1016/10, que permitan interpretar la vacancia o generación de cargos propicios para el encasillamiento de la Sra. Olivares hasta la fecha de dicho acto.

VIII.2.- La segunda cuestión, es la causal de encasillamiento de la agente, a partir de la Res. N° 1016/10 (fs. 56 de autos), y sus alcances.

Surge de autos, que dicho acto fue dictado por la autoridad, para su cumplimiento a partir de la fecha de emisión (22/06/10), es decir, sin efecto retroactivo.

En otras palabras, establece una intención clara de destacar la disponibilidad técnica de la agente, supeditada a la existencia real de vacantes y presupuesto, tal ocurriera cuando se acordó el reencasillamiento.

En casos análogos al presente, este Cuerpo ha dicho que "las necesidades del servicio, conforman valoraciones discrecionales atinentes a la política conductiva que en un momento determinado realiza el poder administrador y no son susceptibles de control judicial, en la medida que sean ejercitadas razonablemente.



Y, en este punto es necesario efectuar una precisión: el margen de discrecionalidad que cabe reconocer a la Administración no se relaciona con el otorgamiento o no de la bonificación a quienes se encuentran efectivamente incluidos en este régimen especial, sino que se corresponde con la estimación de las necesidades que llevarían a incluir a profesionales del sector bajo esta modalidad de trabajo, de la que luego se deriva la bonificación en comentario.

Determinada la necesidad del servicio, nuevamente cabe reconocer el uso de una modalidad discrecional en la elección de los profesionales -dentro de una misma especialidad y con cumplimiento de los requisitos legales- que serán incluidos en el régimen, puesto que al respecto, la disposición nada establece (cfr. Domingo Sesin, Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Depalma, pág. 292).

Bajo este vértice, el Poder Judicial no podría suplir a la Administración en el juicio acerca de las necesidades del servicio o en la decisión de si corresponde o no, que un agente sea incluido en este régimen especial; sólo le cabe controlar que esas decisiones sean razonables o, en otros términos, que no sean arbitrarias" (cfr. Ac. 68/10 "Araneda", Ac. 45/12 "Ansorena").

Dicho control jurisdiccional no alcanza aquello que integra el ámbito de apreciación razonable de la administración, ya que no corresponde que el poder judicial sustituya con su criterio personal, el también personal criterio del administrador. Tal el supuesto de autos, en el cual no se otorgó el nuevo encasillamiento porque la actora se encontrara prestando tales tareas y funciones, sino a partir de la creación de la vacante, en base a las facultades de organización de su personal.

Con idéntica consecuencia, la sola invocación de la Resolución N° 1016/10 tampoco sería susceptible de mutar el



análisis que se viene realizando, en tanto la actora no ha acreditado la prestación de tareas inherentes al agrupamiento P40, con anterioridad a dicha Resolución.

A mayor abundamiento, tal como fuera resaltado por el Fiscal General en su dictamen, la prestación de tareas de Licenciada en Enfermería por parte de la Sra. Olivares, luego del alta médica de fecha 19/08/08, fue materialmente imposible,

Ello así, ya que la reincorporación se realizó bajo el régimen de readecuación de tareas en el sector de esterilización -no como enfermera profesional-, y con la restricción de no levantar objetos con peso superior a 5 kg.

Esta modalidad de trabajo con tareas limitadas, se extendió hasta la junta médica de 29/09/09, donde recién se aprobó el retorno de la agente a sus tareas habituales.

VIII.3.- A la luz de estas observaciones, se desprenden las razones por las cuales no corresponde retrotraer la situación al momento de la presentación de la documentación que acreditó la obtención del título (tal como propone la actora) pues como se dijo, esa sola circunstancia no apareja el derecho a ser reencasillada, requiriéndose que exista la vacante y que ello resulte imprescindible para el servicio.

Asimismo, toda vez que no se encuentra acreditado que la actora haya desempeñado las tareas inherentes al puesto de Licenciada en Enfermería con anterioridad a la Resol. N° 1016/10, por ese tramo temporal resulta de aplicación el artículo 16 del EPCAPP.

IX.- En función de las consideraciones vertidas, es que propicio al Acuerdo desestimar la demanda interpuesta en todas sus partes.

En relación con las costas, en mi opinión, deben ser soportadas por la actora vencida, en función de la inexistencia de motivos que lleven a apartarse de la regla



general de la derrota (cfr. art. 68 del C.P.C. y C. aplicable por reenvío previsto en el art. 78 del C.P.A.). **ASI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor RICARDO TOMAS KOHON**, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor OSCAR E. MASSEI, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE**: **1º)** RECHAZAR la demanda incoada por la Sra. María Cristina Olivares contra la Provincia del Neuquén; **2º)** Imponer las costas a la vencida, de conformidad al art. 68 del C.P.C.y C., de aplicación supletoria; **3º)** Regular los honorarios profesionales a los Dres. ... y ..., apoderados de la demandada, en la suma conjunta de \$3.300,00; y al Dr. ..., patrocinante, en la suma de \$8.250,00; a la Dra. ..., patrocinante de la actora, en la suma de \$8.085,00 (cfr. arts. 6, 7, 9, 10, 38 y ccs. de la Ley 1594). **4º)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. RICARDO TOMÁS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria