



ACUERDO N° 2. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON** y **OSCAR E MASSEI** con la intervención de la Secretaria de Demandas Originarias Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"DÍAZ MARIA CLOTILDE C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. 3343/11**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el **Doctor RICARDO TOMAS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 130/160 se presenta la Sra. María Clotilde Díaz, por su propio derecho y con patrocinio letrado e interpone formal acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Solicita se declare la nulidad de la Resolución 2154/10 del Ministerio de Salud.

Manifiesta que prestó, durante 24 años, servicios como enfermera auxiliar, en dos instituciones hospitalarias; los últimos 22 años en el Hospital Provincial Castro Rendón.

Explica que en el año 2006, debido a su enfermedad, hizo uso de licencia hasta que se reincorporó el 4 de diciembre de 2007, con adecuación de tareas y horario reducido. Luego, a partir del 1 de abril de 2008, se le otorgó el alta de reducción horaria y se mantuvo la adecuación de tareas (no levantar ni trasladar peso mayor a 1 kg, no realizar movimientos repetitivos que involucre miembro superior izquierdo) desde el 4/4/08 al 4/7/08.

Alega que se realizó nuevo informe médico de tareas adecuadas el 28/8/09 a raíz de la presentación de un certificado médico expedido por su profesional, a resultados del cual se certificó "tareas adecuadas desde el 28/8/09 al 28/2/10".



Indica que el 17 de octubre de 2008 la supervisora, Sra. Nilda Castillo, elevó un nuevo informe sobre su desempeño a la Lic. Cristina Castillo, Jefa del Departamento de Enfermería y, como consecuencia de ello, se dictó la Disposición interna N° 327/08 en la que le asignaron tareas administrativas.

Menciona que a partir del 31 de agosto de 2009, se le informa que desde esa fecha debía desempeñarse como auxiliar administrativa en guardia de adultos, cumpliendo con la rotatividad completa (turno nocturno, franco no calendario, turno rotativo) y, además, con fecha 23/11/09 se le solicitó que prestara consentimiento para el cambio de función de auxiliar administrativo a auxiliar de estadísticas con gestión de pacientes ya que sólo con ese puesto podría percibir la bonificación por rotatividad al 9%.

Dice que el día 7/12/09 contestó dicha nota y que en ese mismo mes se dictó la Disposición interna 279/09 por la cual se justifica el mantenimiento de la decisión adoptada y se rechaza el reencasillamiento solicitado por ella, al haber obtenido el título de enfermera profesional.

Manifiesta que recurrió tal decisión, el día 2/2/10, pues tanto la Disposición 327/08 como la Disposición 279/09 fundan la adecuación de tareas en la certificación médica del Servicio de Medicina Laboral que establece que es permanente e incompatible su estado de salud con las tareas de enfermería pero, en ninguna de las evaluaciones médicas que le realizaron en Medicina laboral se aludió a una adecuación de tareas "permanentes". Alega que su médico de cabecera certificó lo contrario y en cada una de las Juntas médicas se amplió y modificó la tarea que podía desempeñar.

Relata que el 9 de abril de 2010 se realizó una nueva Junta médica y allí se dictaminó que podía cumplir sus tareas de acuerdo a su nombramiento y no ameritaba ningún cambio de función por indicación médica.



Por su parte, comunica que el recurso jerárquico interpuesto fue rechazado mediante la Resolución 2154/10 (que transcribe) y dice que, como consecuencia de ello, estuvo bajo licencia psiquiátrica y fue sometida a junta médica en fecha 14 de septiembre de 2010.

Manifiesta que si bien la Administración tiene facultades para rotar a su personal (art. 154 del EPCAPP) cuestiona que el cambio de actividad se haya justificado en una incapacidad para cumplir con su tarea en forma permanente cuando ello no figura en ningún certificado o Junta médica realizada por la Administración.

Estima que existió un exceso en el ejercicio de las facultades discrecionales, por violentar el principio de razonabilidad; cita doctrina.

Sostiene que la decisión fue arbitraria en tanto, según el manual de misiones y funciones del servicio, había otras actividades propias de la tarea de enfermería que podía llevar a cabo.

En ese punto, informa sobre las tareas que regula la Ley 2219; y, además, describe las funciones de los Puestos: "jefe del área enfermería"; "supervisora de enfermería"; "enfermera jefe de unidad"; "enfermera"; "auxiliar de enfermería". De dicha descripción extrae que las únicas limitaciones que poseería se encuentran en la categoría "auxiliar de enfermería" pero, igualmente, apela a la Ley Provincial 2216 para afirmar que no es una tarea que ella deba realizar.

Se explaya luego sobre el derecho a la carrera administrativa conforme el E.P.C.A.P.P. con citas doctrinarias y de jurisprudencia. Denuncia la existencia de vacantes que demuestran que, durante el período en que efectuaron los reclamos, hubiera estado en condiciones de cubrir el puesto reclamado.



Acota que en noviembre de 2010 se presentó a concurso y no se le permitió participar, indicándole que debía considerar su situación respecto a la matrícula; posteriormente, dice, denegaron su intervención por estar sujeta a función administrativa.

Refiere que fue discriminada por la Administración ya que, en igualdad de circunstancias, adoptó otra conducta, en especial, con dos compañeras que tuvieron idéntica patología en similar fecha y fueron reincorporadas a sus tareas normales a pesar de contar con igual limitación física.

Se ocupa de fundar la procedencia del pago del adicional por "título" conforme las disposiciones del EPCAPP y la Ley de Remuneraciones y afirma que éste es independiente de la recategorización que le fue negada.

Denuncia los daños ocasionados por el actuar de la Administración y reclama la suma de \$267.199,99 en concepto de indemnización por el daño material, daño psicológico y daño moral sufrido.

Funda en derecho y ofrece prueba.

II.- A fs. 166/174 la actora acompaña copia del Decreto 0829/11, por medio del cual el Poder ejecutivo denegó su reclamo.

III.- La admisión de la acción fue decretada a fs. 180, mediante R.I. 356/11. Luego, a fs. 182/183, la accionante optó por el trámite ordinario y se corrió traslado de la demanda.

IV.- La Provincia, con el patrocinio del Sr. Fiscal de Estado, contestó la demanda a fs. 192/196. Allí, efectúa la negativa general de los hechos invocados.

Sostiene que la demanda no es clara ya que no se individualiza, ni se cuestionan debidamente, los actos que se impugnan.



Expone que la accionante no brinda motivos fácticos y/o jurídicos con entidad suficiente para descalificar el actuar administrativo.

Alude al informe de fecha 17 de octubre de 2008, elaborado por la Lic. Cristina Castillo (Jefa del Dpto. de Enfermería) mediante el cual requirió un cambio de funciones de la actora o la asignación en otra dependencia del Hospital, como consecuencia de lo cual se dictó la Disposición 327/08 asignándole tareas administrativas. Ello, en atención al informe médico que, según la Administración, determina tareas adecuadas permanentes.

Señala que la Resolución 2154/10 brinda los argumentos suficientes, en sintonía con dicha disposición, para decidir el rechazo de lo reclamado por la actora.

Enfatiza sobre las facultades discrecionales con las que cuenta la Administración y cita precedentes de este Cuerpo.

Sostiene que aún si hubiese existido la posibilidad, de acuerdo a la normativa, de hacer lugar a la pretensión de la actora (existiesen vacantes y la necesidad de cubrir las a juicio de la autoridad competente) ello sería una facultad discrecional de la Administración pública, sin que corresponda requerir tal decisión jurisdiccionalmente.

Manifiesta que no existen elementos, ni la Sra. Díaz acreditó, que la Provincia hubiese actuado en forma irrazonable o arbitraria.

Dice que la accionante percibió correctamente su salario por la tarea realizada. Indica que es improcedente el pago de suma alguna.

Para el hipotético caso que se resuelva la procedencia de la demanda requiere que se retengan los respectivos aportes personales y contribuciones patronales. Ofrece prueba.



V.- A fs. 199 se abre la presente causa a prueba y se clausura a fs. 281. Luego se colocan los autos para alegar, agregándose a fs. 286/300, el realizado por la actora.

VI.- El Sr. Fiscal se expide a fs. 302/309 y propicia que se rechace la demanda porque los actos impugnados por la actora no padecen los vicios endilgados.

VII.- A fs. 311 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Entonces, la accionante persigue la declaración de nulidad de la Resolución 2154/10 del Ministerio de Salud, en el entendimiento que se ha hecho un uso arbitrario e irrazonable de las facultades de reorganización con que cuenta la Administración -art. 154 del EPCAPP-, lesionando de tal modo su derecho a la carrera administrativa -art. 11 del EPCAPP-; en ese contexto, aduce que ha recibido un trato discriminatorio por desigual. Además requiere el pago de la bonificación por el título obtenido que, afirma, le fue denegada. Suma a lo anterior, el reclamo de daños y perjuicios que, dice, le fueron ocasionados.

IX.- Ahora bien, de cara a ello, corresponde en primer lugar, contextualizar jurídicamente el planteo efectuado.

Este Tribunal ha sostenido repetidamente que en el ejercicio de facultades atinentes a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes de los agentes, ha de reconocerse a la Administración Pública una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores en juego, en aras de lograr un mejor servicio.

La autoridad administrativa posee al respecto, amplias facultades para reestructurar y renovar sus cuadros de personal por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Tal potestad ha sido expresamente reconocida, por el art. 154 del E.P.C.A.P.P., norma que establece que: "*La autoridad*



administrativa podrá rotar al personal en sus funciones, por razones de reorganización o conveniencia administrativa, que no sean de carácter correccional previstas y penadas expresamente en el apartado e) del art. 111º".

La disposición transcrita faculta a la Administración a disponer traslados de personal, cuando las razones de servicio así lo requieran. La ponderación de tal extremo -existencia de razones de servicio- se enmarca en la órbita discrecional de la actividad administrativa.

En esta línea debe señalarse 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.

No obstante, "discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad", y en consecuencia, no se halla inhibido el control jurisdiccional de constitucionalidad y razonabilidad de la actividad administrativa desplegada en ejercicio de tales atribuciones. En consecuencia, los actos dictados por la autoridad, en ejercicio de la mencionada función administrativa, son revisables, si presentan ilegitimidad o arbitrariedad, sin que obste a ello el haber sido emitidos en ejercicio de facultades discrecionales, pues en tal caso la validez del acto dependerá de su razonabilidad, que debe ser verificada si se impugna judicialmente (cfr. Ac. 906/03 entre tantos otros).

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.

Es que, contrariamente a lo que sucede en el marco de los actos puramente reglados, cuando la autoridad



administrativa, ejerce una actividad que conlleva una cuota de discrecionalidad, actúa con mayor libertad, ya que su conducta no está predeterminada normativamente, sino por la finalidad a cumplir. Se efectúan valoraciones políticas y de conducción que constituyen el mérito, oportunidad o conveniencia del respectivo acto. Más que un juicio de legalidad, la Administración realiza aquí un juicio de oportunidad. Sólo así podrán las autoridades obrar con la oportunidad, la prudencia, la rapidez o energía que la apreciación del caso les aconseja como más conveniente, según el conocimiento que tiene de las personas, tiempos, lugares y demás circunstancias (Cfr. Acuerdo N°775/01, con cita del voto del Dr. Sesín en autos: "Linch Napoleón Justo c/ Provincia de Córdoba s/ Contencioso Administrativo" TSJ Córdoba. 2/6/96)).

En definitiva, los jueces pueden ejercer el control de legalidad del accionar administrativo pero el límite está dado por la imposibilidad de transformar su control, en un medio de intervención indirecta en la determinación de las políticas confiadas a los otros poderes del Estado.

En este punto, también viene al caso señalar que la garantía de estabilidad en el empleo no comprende la de desempeñar una función específica en un determinado puesto; por razones de interés, de índole organizativa, o conforme las necesidades del Servicio y las condiciones personales del/la agente, la Administración puede asignarle otras funciones, siempre que se respete la categoría escalafonaria alcanzada y tal facultad sea ejercida en forma razonable (Ac. 906/03 "Urtazun").

X.- Sentado ello, en consideración a las tachas de irrazonabilidad y arbitrariedad imputadas por la actora a las decisiones tomadas por la Administración en el marco antes referenciado, resulta pertinente efectuar un repaso del legajo personal y constancias administrativas acompañadas a la causa.



Del Legajo personal de la actora surge que, por medio del Decreto 667/86, se la nombró a partir del 15 de marzo del año 1986, en la categoría 013-2, para desempeñarse como Auxiliar de Enfermería en el Hospital "Aldo Maulú" de Cutral Có.

Luego, con su conformidad, fue trasladada al Hospital "Castro Rendón", con fecha 17 de junio de 1988, categoría OFC-2.

En el Expte. 4420-24148/09 (fs. 1), obra un informe de la Lic. Nélide Castillo, Supervisora del Área, de fecha 17/10/08, dirigido a la Jefa del Departamento Enfermería para "plantearle la situación de la Auxiliar de Enfermería Diaz y solicitarle una definición al respecto".

Allí consigna: "el agente ingresa a la institución mediante un pase desde Cutral Có en el año 1988. En los años posteriores tuvo un ausentismo imprevisto siempre alto, entre artículo 61, 62 y 78. En el año 2002 comienza con problemas de salud estando con certificado desde el 27/5/02 hasta el mes de octubre del mismo año donde se le da el alta, no queriendo la agente volver a reintegrarse a sus tareas, siendo intimada por la Dirección del Hospital para hacerlo. En el año 2004 cursa embarazo patológico por lo que presenta artículo 62 y posterior artículo 73 desde el 26/5/04 hasta el 31/10/04. En el año 2005 denuncia accidente laboral el 26/01/05 y permanece con artículo 65 hasta el 31/10/2005 donde se le da de alta con una adecuación de actividades, que no puede desarrollarlas en el ámbito de la Enfermería, por lo que se le adecuan las actividades pasando a cumplir actividades en el Servicio de Personal. En el mes de enero 2006, aún estando con la adecuación de actividades por el accidente laboral en su mano, presenta otra patología, estando con art. 62 hasta el 20/10/07; luego se le otorgan días de licencia, mientras corren los trámites jubilatorios por incapacidad. Desde ese momento y hasta el presente se la ha "reubicado" de nuevo en



el Servicio de Neonatología realizando algunas actividades relacionadas con la preparación de material ya que la indicación médica indica "media jornada laboral hasta el 4/01/08 y no levantar pesos > a 1 kg. y no realizar movimientos repetitivos que involucren miembro superior izquierdo. Por lo que puede realizar es muy poco, no puede lavar material, ni secarlo, sólo envolverlo. Observándose que luego de la jornada laboral tiene su miembro superior izquierdo edematizado. Además en el año 2001 se le inicia un sumario administrativo... por el cual fue sancionada en octubre de 2006 con 15 días de suspensión. En mayo del 2008 desde el Departamento de Enfermería se eleva nota solicitando cambio de función por la imposibilidad de realizar tareas de Enfermería para las cuales fue nombrada. Teniendo en cuenta: que su permanencia en la atención directa de pacientes, desde el año 2002 hasta la fecha, ha sido en forma discontinua (sólo lo hizo en el 2003) y sin contacto directo con pacientes en forma permanente desde enero 2005 hasta la fecha; que por su patología no puede realizar tareas en Enfermería, dentro de la atención directa de los recién nacidos; que según consta en su legajo, estaría tramitando su jubilación por discapacidad" se solicita una solución definitiva, proponiendo como alternativa: "cambio de función (el agente estuvo cursando estudios de Técnico Superior de Administración Pública) o asignación en otra dependencia del Hospital" (fs. 1/2).

Dicho informe fue remitido por la Jefa del Departamento Enfermería al Departamento de Recursos Humanos y se indicó que, en atención a los conocimientos en gestión administrativa que poseía la actora, debería proponerse el cambio de sector y liberar la vacante a fin de cubrir con un postulante que pueda cumplir con la función (fs. 3).

El Jefe del Departamento de Recursos Humanos coincidió en el cambio de función de la Sra. Díaz a los efectos de no generar mayor malestar en la misma (fs. 6, del



4/11/08). Tuvo en consideración, además, que *"dada la situación crítica por la que atraviesa este nosocomio, no estamos en condiciones de perder una vacante de enfermería, por lo que debería ser una decisión de la Dirección, gestionar la liberación del cargo, sin utilizar la vacante"*. Solicitó la intervención de la Directora Asociada de Servicios Diagnóstico y Tratamiento para dar continuidad al trámite, sin perder de vista que la Sra. Díaz necesitaba una reubicación con cambio de función en el menor tiempo posible.

Luego, se requirió la participación del Servicio de Salud Ocupacional a los fines de describir las funciones que podía desarrollar para definir el lugar adecuado para su quehacer laboral (fs. 7).

Dicho Sector informó que *"...las tareas adecuadas de dicha agente en forma permanente son: no puede levantar ni trasladar peso mayor de 1 kg.; no realizar movimientos repetitivos que involucre miembro superior izquierdo; estas tareas deben ser tenidas en cuenta a la hora de definir el lugar adecuado para su quehacer laboral"* (fs. 8).

Ese trámite fue el antecedente de la Disposición N° 327/08 del Director General del Hospital, mediante la cual le asigna funciones como "auxiliar administrativa", a partir del 18/12/08; ordenó cubrir un cargo nuevo con presupuesto 2009 y no convertir la vacante del Departamento de Enfermería. Se expresó que era necesario regularizar la situación laboral a los efectos de reflejar en la planta funcional del Hospital, los puestos de trabajo efectivamente ocupados; también, que, de acuerdo a los informes médicos de la actora si bien la tarea acorde a su adecuación debería ser la de *"receptionista"*, a los efectos de mantener su agrupamiento actual debería ser encuadrada como *"auxiliar administrativo"*.

Dicha decisión fue impugnada por la actora solicitando mantener la función de Enfermera; alegó que existían tareas de enfermería que podía realizar, con lo cual



la "adecuación de tareas" debía efectuarse dentro de sus funciones habituales y en su sector de trabajo.

Ínterin, el 18 de febrero de 2009, presentó fotocopia certificada del título de Enfermera profesional - expedido con fecha 15/12/08- y solicitó su reencasillamiento.

Dictaminó el Departamento de Asesoramiento jurídico del Hospital y propició el rechazo del cambio de agrupamiento.

La actora comenzó a cumplir tareas como personal de la Guardia de Emergencia de Adultos, con funciones como "auxiliar administrativo" con turnos rotativos, francos no calendarios y turnos nocturnos (fs. 23).

Notificada la Sra. Díaz (fs. 27) en pos de alcanzar su consentimiento respecto al cambio de función de "auxiliar administrativo a auxiliar de estadística con gestión de pacientes", ya que sólo con este último puesto podría percibir la bonificación por rotatividad al 9%, no lo aceptó y alegó que su función era Enfermera (fs. 27).

Luego, a fs. 28/30, rechazó el cambio de función y solicitó su reencasillamiento por entender que se conculcaban sus derechos laborales, su persona y su salud. Agregó que desde que se le efectuó el cambio a la guardia de adultos, el 31/8/09, se encontraba cumpliendo funciones con rotatividad completa y, por ende, percibe la bonificación por rotatividad.

En especial, mencionó la opinión de su médico tratante, Dr. Peñaloza, especialista en oncología, de fecha 28/8/09, quién dictaminó que podía desempeñarse en tareas de enfermería neonatología con pacientes no críticos, no debiendo realizar movimientos repetitivos que involucren miembro superior izquierdo, ni tareas que involucren levantar o trasladar pesos superior a dos kilos, debiendo ser reevaluada periódicamente para tal fin.

A los fines de regularizar la situación y resolver la situación laboral de la actora se dictó la Disposición N° 279 (diciembre de 2009), mediante la cual se rechazó el



recurso interpuesto contra la Disposición 327/08, como también la solicitud de reencasillamiento; se dispuso asignar a la agente Díaz la función de auxiliar de Estadística con Gestión de pacientes debiendo cumplir tareas en la guardia del nosocomio.

Se explica en sus considerandos, la incompatibilidad entre la adecuación de tareas otorgada (hasta ese momento consideradas permanentes) y las tareas de enfermería. Entre otras cosas, ponderó la certificación de medicina laboral, las potestades de organización en base a las necesidades del servicio, y la necesidad de que ambas partes se vinculen de buena fe, esto es que el agente tome las funciones encomendadas y la administración le asigne un puesto acorde a sus posibilidades técnicas y físicas. Explica que la decisión de asignarle la función de auxiliar de estadística ha sido debidamente fundada en base a razones fácticas y que no varían en lo esencial o sustancial de la primera tarea que dio comienzo a la relación laboral y que ahora no podía cumplir; que la solución encontrada ha sido elaborada a efectos de no causar perjuicio alguno a la agente y fundada en necesidades de cubrir el servicio.

Así, mediante la Resolución 737/10, del 11/5/10, el Ministro de Salud transformó el puesto de "auxiliar de enfermería" de la Planta funcional del Hospital Castro Rendón en un puesto de "auxiliar de estadísticas", asignándole el cargo a la actora en forma retroactiva -a partir del 22/12/09-, con su respectivo agrupamiento.

A la actora se le realizó una Junta médica el día 9 de abril del 2010. Allí se efectuó un repaso de los antecedentes en la prestación de su tarea y se concluyó que, podía cumplir sus funciones de acuerdo a su nombramiento, sin cambios y se ratificó lo dictaminado en Junta médica realizada en el Hospital Castro Rendón donde se indican las tareas



adecuadas que podía cumplir (fs. 358 Expte. 5000-6280/10 y su agregado 4420-51542/10).

La Jefa del Dpto. de Enfermería (fs. 361/362 del expediente administrativo mencionado) vuelve a efectuar un recuento de las antecedentes de la Sra. Díaz en atención a su ubicación. Así informa que: *"... dejó de cumplir tareas específicas como auxiliar de enfermería del servicio de Neonatología en el año 2005 por presentar adecuación de tareas, posterior a una cirugía de mano que le exigía utilizar un guante en forma permanente que le impedía cumplir con las tareas como auxiliar de enfermería. Es en ese momento cuando se le asignan tareas administrativas en el servicio de personal hasta tanto gestione su jubilación por incapacidad. A partir del 5 de enero del año 2006 hasta el 20 de octubre del año 2007 está con artículo 62 por patología oncológica. Se reinserta con adecuación de tareas y disminución a 4 hs. por día a partir del 4 de diciembre del 2007, en las indicaciones médicas no se especificó que no pudiera estar en Esterilización ... se menciona (la actora) que estaba expuesta a calor... cabe aclarar que nunca estuvo en el Sector de máquinas, el resto del servicio cuenta con aire acondicionado y solo realizaba tareas de envolver ya que no se la quería exponer a mayores riesgos y pese a querer respetarle la adecuación se observaba gran linfodema al final de la jornada de trabajo. "LA TAREA ESPECIFICA DE ENFERMERIA ES BRINDAR CUIDADOS". La agente solicitaba quedarse como administrativa de la Jefa de Sector, la realidad es que cada Jefe de Sector no tiene determinado un recurso como asistente y menos aún si es personal de enfermería ya que éste es considerado recurso crítico. Las altas médicas con las adecuaciones de tareas que especificaba la Médica Laboral son imposibles de respetar dentro de la enfermería, ejercer la función para la cual nos formamos implica contar con aptitudes físicas, condición que la Sra. Díaz no tenía..."*



En la Resolución 2154/10 también se explican los motivos que justificaron la decisión adoptada por el Ministro de Salud. Se alude a los argumentos brindados por la Jefa del Departamento de Enfermería del Hospital Castro Rendón, al decir que la "...tarea específica de enfermería es brindar cuidados...", por eso la *adecuación de tareas* es imposible de respetar dentro de enfermería. Ejercer la función, para la cual se han formado, implica contar con aptitudes físicas, condiciones que la Sra. Díaz no tenía. Se indica que no es responsabilidad de la conducción que haya elegido continuar con estudios inherentes a la formación de Licenciada en Enfermería cuando ya desde febrero del 2004 no cumplía con tareas de enfermería; agrega que toda su formación la realizó estando bajo licencia por artículo 62 y, parte, con *adecuación de tareas*. Resalta como meritorio el interés en aprender, pero se alegó que la disciplina requiere no sólo conocimientos sino capacidad física para poder trabajar, más aún en la complejidad de la Institución.

Se indica que es posible la prestación de servicios en otro nivel de atención, donde la asistencia sea al usuario ambulatorio y de auto-cuidado, que no requiera realizar esfuerzos por encima de lo establecido por Medicina Laboral. Se refiere que el Hospital, por ser el de máxima complejidad de la Provincia, ingresan pacientes en condiciones críticas que presentan altas demandas de cuidados de enfermería, lo que implica que el personal deba estar en condiciones físicas de poder dar respuestas, ya que no siempre se puede contar con alguien que complemente lo que no puede ofrecer (fs. 361/362 Extpe. 5000-006280/2010).

Y, por último, el Decreto 829/11 dictado por el Sr. Gobernador de la Provincia, luego de transcribir todos los antecedentes, decisiones y recursos promovidos, decide también rechazar el reclamo.



En lo que aquí importa destacar, expresa "que en realidad en los distintos informes médicos, confirmados por la última Junta Médica realizada, se realiza una adecuación de tareas...; que más allá del carácter de permanente o no de la incapacidad, lo cierto es que mientras esté indicada esa adecuación, las tareas a cumplir deben respetarla, al menos hasta que exista una nueva adecuación; que es importante destacar que el pedido de cambio de funciones surgió del sector de enfermería y no por capricho de las autoridades del Hospital; que sin perjuicio de la descripción de los puestos que realice la norma, nadie conoce mejor las necesidades de cada sector que quienes prestan servicios en él. De modo que lo manifestado en los informes obrantes por integrantes del Departamento de Enfermería, resultan antecedentes de gran importancia en la resolución del tema, en cuanto son los hechos que justifican el dictado de la norma que determinó el cambio de funciones; que así la Supervisora del Área de Enfermería, de fecha 17/10/08, realiza un resumen del historial de la agente donde describe las funciones que cumplía en ese momento, así como las dificultades y perjuicios que las mismas le producían; que, del informe, de fecha 14/5/10, emitido por la Jefa del Departamento de Enfermería del Hospital Castro Rendón, describe la actividad de la institución y refiere las enormes dificultades que acarrea contar con personal que no pueda cumplir todas las funciones... dada la gravedad de sus afecciones, como la escasez de personal; que ...incluso en los últimos años, tampoco cumplió tareas de auxiliar de enfermería... que, además, para ejercer la enfermería no se requiere solo conocimientos, sino condiciones físicas. Su desempeño en el sector ha resultado antifuncional...; que, a lo que está obligada la Administración es a asignarle tareas según la adecuación indicada, respetando su categoría. Todo esto se cumplió...; que, en cuanto al pago del adicional por poseer título, no corresponde en cuanto no



realiza tareas para las que se requiera tal capacitación [cita el art. 2º inc. E-2 de la Ley 2562]; que,...los actos que generaron todos los recursos posteriores,... se han dictado dentro del marco de las facultades conferidas a los superiores jerárquicos para el orden de los recursos a su cargo, por el EPCAPP y la Ley 1284, debidamente fundados en circunstancias de hecho y con el único fin de optimizar el servicio y preservar la salud de la trabajadora. Por otra parte, se respetó la estabilidad de la agente, así como la indicación médica de readecuar tareas...".

XI.- De la descripción de los antecedentes más relevantes que ha sido llevada a cabo, no se advierte que se haya ejercido en forma irrazonable [al punto de justificar su descalificación] las facultades de organización con las que cuenta la demandada.

Se ha acreditado que las condiciones personales de la agente -referidas a su salud- hicieron necesario asignarle nuevas funciones [incluso hay constancias que en el período comprendido entre el año 2008 y 2009, no se habrían respetado las indicaciones médicas dadas -cfr. informe de fs. 71-].

Los informes médicos fueron contestes en la necesidad de la "adecuación" de tareas"; es más, hasta el 09/04/10 (informe de Junta Médica de fs. 116), si bien se indica que puede cumplir sus funciones de acuerdo a su nombramiento, se ratifica lo dictaminado en Junta Médica realizada en el Hospital Castro Rendón "donde se indican las tareas adecuadas que debe cumplir" [en la demanda se omite esta última consideración].

Igual constancia surge del informe de Junta Médica psiquiátrica de fs. 71, realizado el 14/9/10 donde se le otorga licencia debido a su patología psíquica por el "cambio de funciones forzoso", indicando que "si se le restituyera sus funciones de Lic. en enfermería, estaría en condiciones de



realizar sus tareas habituales con la adecuación antes mencionada”.

Entonces, no hay dudas que no poseía una aptitud total para el desempeño de la función en el sector enfermería y, en este punto, resultan coherentes todas las constancias consideradas en sede administrativa para adoptar la decisión (dictamen de la Oficina Médico Laboral de la Subsecretaría de Salud, los informes remitidos por la Supervisora del Área donde prestaba funciones y la Jefa del Departamento de Enfermería, de los que surge que no estaba cumpliendo la función de auxiliar de enfermería; sólo las ejerció en el 2003).

Por su parte, en la causa, se ofreció una pericia médica. De acuerdo a los puntos de pericia propuestos por la actora, el experto debía pronunciarse sobre: 1) limitaciones en sus funciones e informe a su criterio si la Sra. se encuentra en condiciones de realizar tareas de Licenciada en Enfermería; 2) Determine en caso de existir incapacidad y grado de la misma; 3) informe teniendo en cuenta para éste cálculo estado anatómico y fisiológico del sector afectado, con alusión integral al organismo como un todo, si las actividades propias de la enfermería son compatibles con el estado de salud de la actora y en su caso se pronuncie sobre la viabilidad de que ésta realice el trabajo de licenciada en enfermería en forma satisfactoria; 4) informe en caso de existir incapacidad y grado de la misma en la persona de la actora y en su caso si la misma es de evolución progresiva; 5) cuáles son las tareas que la actora puede realizar teniendo en consideración lo planteado en la presente demanda; 6) en la anamnesis de la actora deberá consignar: a) médicos consultados, fechas, diagnósticos de los mismos; estudios a los que fue sometida y resultados de los mismos; 7) tratamientos instituidos médicos que los prescribió y detalles de en qué consistieron; 8) si la enfermedad presentada por la



actora es de carácter ambulatorio o requiere internación, así como fase en la que se encuentra actualmente; si del estudio de la anamnesis surge que la misma tenga una incapacidad tal que le impida desempeñarse como licenciada en enfermería.

Así, el informe del perito médico (fs. 245/246) comienza por señalar que éste se ha confeccionado en base al "detallado análisis y evaluación de las constancias documentales existentes, en el expediente judicial y la eventual documental reservada en Secretaría, el examen clínico practicado a la periciada, los puntos de pericia propuestos y la consulta de bibliografía médica y legal relacionada con este caso concreto".

Luego, en la "anamnesis directa" dice que del interrogatorio médico efectuado puede inferir que su relato resulta genéricamente congruente con las constancias documentales disponibles y/o con los hallazgos periciales. Respecto al "examen físico" comprueba la actual presencia de escasos síntomas y signos relacionados con la afección neoplásica que sufriera y que fuera motivo de tratamiento quirúrgico en el año 2006. La descripción de las mismas, no resultan de particular interés, en este caso concreto.

Contestando los puntos de pericia refiere sobre el estado actual de la actora, es decir, al momento de la pericia -1/3/12-; a su criterio ésta se encuentra en excelente estado de salud física, por lo que estima no tendría sustanciales impedimentos para desempeñar -de manera eficiente, saludable y continuada- con las tareas laborales propias de una Licenciada en Enfermería agregando que, de todos modos, ello no obsta que también puede desempeñarse en otras tareas técnico-administrativas, propias de un Servicio de Salud organizado y complejo.

A la pregunta dos, respondió que en las condiciones psicofísicas actuales no presenta ninguna minusvalía laboral mensurable, relacionada con la afección sufrida ni con su



tratamiento posterior. Luego, las respuestas a los puntos 3, 4, 5 se remiten a lo contestado en primer lugar; a la pregunta 8, se remitió a los antecedentes documentales de autos; a la pregunta 7 dijo que no presentaba manifestaciones clínicas ostensibles por lo que resulta de carácter ambulatorio; a la pregunta 8, reitera lo contestado en primer término.

De ello podría extraerse que, al momento de la pericia, según el perito, la actora no tendría "sustanciales" impedimentos para desempeñar las tareas laborales propias de Licenciada en Enfermería; pero, dado que no aclara qué comprende el término "sustanciales", no es posible asumir que las limitaciones que fueron ponderadas en sede administrativa para disponer la adecuación de tareas no hayan existido o no existan a la fecha de la pericia (no levantar ni trasladar peso mayor a 2 kg, no realizar movimientos repetitivos que involucre miembro superior izquierdo); tampoco puede soslayarse que no fue desafectada de las funciones que desempeñaba como "Licenciada en Enfermería", sino de "Auxiliar de Enfermería".

En este orden, vale advertir que no fue producida la pericial en medicina laboral en la que se solicitaba que se designe perito médico oncológico a fin de que informe "limitaciones en sus funciones e informe a su criterio si la actora se encuentra incapacitada para realizar tareas de Licenciada en Enfermería; cuál es el tratamiento habitual y cotidiano para pacientes con esta patología en relación a su ámbito laboral; hasta cuánto peso la actora puede manipular y en su caso manifieste si esto le crea una incapacidad tal que le impida desempeñarse como licenciada en enfermería, si la enfermedad la incapacita para ejercer funciones de [no terminó la frase]; etc.

Ahora bien, más allá de todo ello, lo cierto es que lo relevante aquí, es determinar si -de cara a sus limitaciones funcionales- ha resultado arbitrario o



irrazonable la decisión de otorgarle otras tareas distintas a la del sector enfermería, en lugar de adecuarle las propias del sector.

Luego, partiendo de tener por acreditado que a la actora debían "adecuarle las tareas" que realizaba como "auxiliar de enfermería" [puesto que el título de Licenciada en Enfermería lo obtuvo con posterioridad], no se presenta como irrazonable que la Administración haya sopesado las necesidades concretas del Servicio y, en atención a los motivos esgrimidos por la Jefa y Supervisora del sector [escasez de personal, urgencias y las tareas delicadas que allí se llevan a cabo] se haya dispuesto el traslado, en lugar de adaptar el servicio a las necesidades de la actora.

Es que no puede tacharse de irrazonable que se haya tratado de conciliar los intereses de ambas partes, máxime teniendo en cuenta el interés público que subyace en la prestación que brinda el organismo sanitario de mayor complejidad de la Provincia.

Y tampoco, en orden a los motivos esgrimidos en los actos atacados, podría afirmarse que se haya razonado falsa o indebidamente, como se afirma en la demanda.

Para más, no puede soslayarse que, si bien la actora obtuvo el título de Enfermera Profesional ínterin se desarrollaba el conflicto, lo cierto es que la función para la cual fue designada originariamente era "auxiliar de enfermería", con lo cual, la diplomatura posteriormente obtenida tampoco irroga la obligación por parte de la Administración de propiciarle -sin más- un puesto distinto al que motivó su nombramiento (cfr. art. 16 del EPCAPP).

XI.1.- Y ello nos introduce en el tema atinente a la supuesta vulneración al derecho a la carrera que la actora esgrime en su escrito postulatorio.

En este punto, recuérdese que el EPCAPP en su Capítulo V "DERECHOS" de los agentes, establece en su artículo



11° el derecho a la "carrera administrativa", consagrándolo como aquel que permite el progreso dentro del ámbito de actuación del agente, pudiendo ascender de un grupo, categoría o clase a otros superiores, siempre que acredite título habilitante, capacitación específica o idoneidad suficiente adquirida en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 16° del mismo cuerpo normativo reza: "El título habilitante o la especialidad que adquiera 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 fue nombrado".

Por otro lado, el artículo 18° prevé: "Para que el personal tenga derecho a ser ascendido deberán concurrir las siguientes circunstancias: 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; b) Que los aspirantes de las categorías inferiores reúnan las condiciones y calificaciones que se establecen en este Estatuto y las que se requieran por reglamentaciones especiales o de los concursos para su provisión; c) Que en un grupo distinto al de su clasificación exista vacante, y la autoridad competente resuelva cubrirla, o se creen nuevos cargos y reúnan los antecedentes, calificaciones y demás requisitos reglamentarios y especiales para su provisión".

De la correlación de los artículos transcriptos 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".

Al respecto, sostiene la actora que se encontraría acreditada la existencia de vacantes, a partir del llamado a concurso para la renovación de 4 cargos de supervisión en el Dpto. de Enfermería.

Sin embargo, ello si bien arroja como dato objetivo la existencia de vacantes [uno de los recaudos], no implica que a la par deba asumirse que hubiera correspondido su reencuadramiento en un puesto/función acorde al título de "Licenciada en Enfermería" ya que, aun cuando nada de lo aquí ventilado hubiera sucedido, tampoco sería posible conceder que hubiera tenido la chance cierta de haber obtenido uno de esos cargos (en el mejor de los casos, lo único cierto es que poseía el título requerido para poder presentarse a dicho concurso).

Y todo lo demás que argumenta, en punto a su idoneidad, experiencia y desempeño, tampoco logran sortear el hecho que, en esta materia, es la Administración la competente para evaluar la necesidad de cobertura de las vacantes y las condiciones personales de los agentes, con lo cual ninguna



relevancia posee el dato proporcionado a los fines de poder variar la solución del caso.

Desde otro lado, aún cuando se haya planteado en la demanda un capítulo específico denunciando discriminación y desigualdad de trato, afirmando que en su caso se ha actuado en forma arbitraria y discriminatoria, el análisis realizado permanece incólume.

Es que, más allá que la prueba arrojada a tal efecto (copias simples de los informes médicos que indican tareas adecuadas a dos agentes) no alcanza para extraer una conclusión determinante (no hay modo de poder concluir que se estaba ante exactamente la misma situación), lo cierto es que tal alegación tampoco sería susceptible de mutar el análisis que se viene realizando.

Entonces, hasta aquí, no advirtiéndose que las decisiones impugnadas posean las tachas efectuadas (arbitrariedad-irrazonabilidad) todo lleva a colegir que el conflicto queda reducido a una discrepancia con lo actuado por la Administración [la actora estima que, en lugar de habersele otorgado tareas administrativas, deberían haberse adecuado las tareas desempeñadas en el sector enfermería a sus limitaciones funcionales- la Administración, en función de las mismas circunstancias, ha estimado que por las necesidades imperantes en el sector, era más conveniente disponer que la actora cumpliera funciones fuera del sector].

Y es aquí, entonces, donde adquieren relevancia las premisas sentadas al inicio de este voto, en relación con el alcance del control jurisdiccional en la materia: "La actividad de la Administración vinculada con las facultades emanadas del art. 154 del EPCAPP, si bien no está exenta de contralor judicial, dicho control 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”.

“Tratándose de una relación de empleo público, el Estado, en cumplimiento de los cometidos públicos, puede modificar las modalidades de la prestación de los agentes y funcionarios, siempre y cuando no vulnere su estabilidad y tal accionar, no suponga un obrar persecutorio”.

“Las apreciaciones de oportunidad, mérito o conveniencia cuando el propio orden jurídico autoriza, explícita o implícitamente, su concreción por la administración, no pueden ser revisadas por el juez; ni siquiera con el pretexto de hacer una valoración de justicia, porque implicaría vulnerar la separación de poderes, dado que el propio sistema ordinamental quiere que tal marco de libertad sea integrado por lo que se considere más conveniente o útil. El juez controla la juridicidad, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia ya apreciada o seleccionada creativamente por la administración” (cfr. Domingo Juan Sesin. Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Depalma, págs. 222 y 251).

En función de todo ello y sin desconocer el esfuerzo argumentativo empleado en la demanda, lo cierto es que no existe mérito para descalificar los actos atacados toda vez que no ha logrado acreditarse los supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad invocados.

Antes bien, puede concluirse que las facultades de reorganización de la Administración han sido razonablemente ejercidas en función de las necesidades del servicio y, en ese contexto, no se advierte comprometida la garantía de estabilidad en el empleo, toda vez que se ha respetado la categoría escalafonaria alcanzada por la agente y sus atributos.

Siendo así, toda vez que el reclamo indemnizatorio se encuentra estrechamente vinculado con la suerte del planteo



de nulidad de los actos administrativos impugnados, deviene innecesario entrar a su consideración.

XII.- Por último, cabe abordar el reclamo en cuanto a la *"falta de pago de título de licenciada"* (pto. 5 de la demanda).

Como se dijo anteriormente, la Administración rechazó tal pedido en función de lo dispuesto por el art. 2 E2 b de la Ley 2562.

Por su parte, la actora, en su demanda, cita en su apoyo el EPCAPP y el art. 2 de la Ley de Remuneraciones (2265) a modo de acreditar que el pago del título no está sujeto a la recategorización, sino que es un adicional independiente, con lo cual, a su criterio, correspondería que se le abone el adicional en relación con el título obtenido.

Ahora bien, la Ley 2562, es la Ley que rige las remuneraciones del personal de sistema de Salud Pública Provincial dependiente de la Subsecretaría de Salud. Y es ésta Ley, la que en su art. 2. E. 2 contempla el adicional por "título".

Así, en el punto E.2.b) establece que éste se abona *"cuando el mismo corresponde a la capacitación requerida para el puesto de trabajo"*.

Desde allí, si la actora no cumple [ni cumplió] un puesto de trabajo en el que se requiera el título de "Licenciada en Enfermería", la razón que justificó su denegación por parte de la Administración, guarda compatibilidad con la norma aplicable, vértice que determina el ajuste de lo decidido al principio de legalidad.

A todo evento, vale señalar que de los recibos de haberes acompañados a la causa, surge que la actora percibe un adicional por "título" -incluso antes de haber obtenido el de enfermera profesional-, con lo cual es posible colegir que, efectivamente, se le abona este ítem en función de la



capacitación que exigía el puesto de trabajo para el cual fue nombrada [auxiliar de enfermería].

XIII.- Entonces, no surgiendo de autos que haya existido un obrar irrazonable o arbitrario por parte de la Administración, no hay motivos para descalificar los actos impugnados; en ese cuadro, jurisdiccionalmente no podría suplantarse el criterio con el que se ha conducido la demandada en la ponderación de los factores en juego, disponiendo de qué forma, en qué tareas y en qué sector debería haberse cumplido la "adecuación de tareas", pretensión que, en definitiva, es la que emerge del conflicto suscitado.

XIV.- Por todas estas consideraciones, se propone al Acuerdo desestimar la demanda interpuesta en todas sus partes, con costas a cargo de la actora en su calidad de vencida (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 OSCAR E MASSEI dijo:** en orden a los argumentos expuestos por el Sr. Vocal que abre el Acuerdo, comparto la solución acordada por lo que he de emitir mi voto en igual sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, **SE RESUELVE:**
1º) Rechazar la demanda incoada por la señora MARIA CLOTILDE DIAZ contra la PROVINCIA DE NEUQUEN; **2º)** Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 de la ley 1305); **3º)** Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; **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 Actuaría, que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria