



**ACUERDO Nº 55.** En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de septiembre del año dos mil quince, 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: **"MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. 3069/10**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: I.- La accionante se presenta a fs. 13/15, por apoderado y promueve acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén con el fin de obtener la nulidad de los Decretos 415/10 y 617/10 por entender que adolecen de vicios graves y gravísimos.

Requiere que se condene a la demandada a reconocer el carácter de Licenciada en Enfermería -título y categoría- conforme la graduación obtenida y su desempeño, con más las diferencias salariales adeudadas, sus intereses y costas.

Manifiesta que se recibió, el 19 de noviembre de 2005, de Enfermera Profesional en el Instituto de Enseñanza Superior de la Cruz Roja Argentina, filial Plaza Huincul y mientras estudiaba se desempeñó como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Castro Rendón de esta Ciudad capital.

Dice que su empleador propició la capacitación, tal como surge del Decreto 2186/08 mediante el cual le reconoció el adicional por el título correspondiente a su condición de Enfermera Profesional.

Agrega que ese reconocimiento se efectuó sin concurso previo, en atención a la necesidad del sistema público de salud de contar con personal capacitado, pues la vacante fue cubierta por conversión del cargo que ostentaba y



en virtud del cual dejó de cumplir una función para comenzar a desempeñar otra de mayor relevancia y necesidad.

Expresa que el 28 de marzo de 2008 se recibió de Licenciada en Enfermería en la Universidad Maimónides, de la Facultad de Ciencias de la Salud.

Indica que, pese a ello, al momento de solicitar el reconocimiento de su mayor formación, se objetó, infundadamente, una adecuación de tareas dispuesta por la Junta Médica, mediante la cual se dictaminó que no podía levantar pesos mayores a 5 kgs.

Entiende que esa prescripción no obsta al desempeño profesional como Licenciada en Enfermería, ni se encuentra inhibida para efectuar tareas asistenciales.

Por ello, requiere el reconocimiento retroactivo del carácter de Licenciada en Enfermería -título y categoría- conforme lo ha acreditado en debida forma, que, dice, se corresponde además, con el desempeño efectivo de las tareas asignadas y realizadas en dicho nosocomio.

Efectúa el encuadre jurídico de la situación y cita jurisprudencia. Alude al principio de la primacía de la realidad.

Ofrece prueba.

**II.-** Declarada la admisión del proceso, mediante la R.I. 283/11, la accionante optó por el trámite sumario a fs. 29.

**III.-** A fs. 41/45 obra la contestación de la Provincia de Neuquén.

Niega los hechos sostenidos por la actora. Enumera los antecedentes del caso, conforme el expediente administrativo acompañado a autos.

Sostiene que la demanda es poco clara, e incluso dificulta la actuación del Tribunal, porque ataca genéricamente dos decretos que rechazan el reconocimiento de título y categoría de Licenciada en enfermería pero, luego



pide que se le reconozcan los títulos obtenidos, la categoría de revista y las diferencias salariales y, también el pago retroactivo de tales reconocimientos; ello, sin aclarar desde cuando pretende el retroactivo y cual es el fundamento.

Cuestiona los vicios que se atribuyen a los decretos atacados.

Señala que, en la demanda, no se brindan motivos fácticos y/o jurídicos con entidad suficiente para invalidar o descalificar el proceder administrativo.

Alude a las facultades discrecionales de la Administración y refiere que la actora no puede pretender tener un derecho absoluto y automático a que se le reconozcan y abonen, algunos y/o todos, los ítems señalados y por el tiempo que lo indique.

Afirma que, si hubiese existido en su momento la posibilidad, de acuerdo a la normativa legal, de hacer lugar a la pretensión, existiesen vacantes y la necesidad de cubrirlas a juicio de la autoridad competente, ello sería una facultad discrecional de la Administración Pública.

Cita antecedentes en los cuales el Tribunal reconoció las facultades discrecionales de la Administración Pública para otorgar o no la categoría pretendida por el interesado.

Expresa que la actora está percibiendo correctamente su salario por la tarea que efectivamente realiza. Plantea que la falta de prueba conducente generará el rechazo de la demanda.

Subsidiariamente, para el supuesto que hipotéticamente se haga lugar a la demanda, destaca que el reconocimiento de diferencias y/o intereses sería procedente por el período fáctico y legal correspondiente.

Además, agrega que se deberán remitir oportunamente al ISSN los importes respectivos en concepto de aportes personales y contribuciones patronales.



IV.- A fs. 47/50, se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo y propicia el rechazo de la demanda.

V.- A fs. 52 se dicta la providencia de autos para sentencia; llamado que fue suspendido (fs. 60) y reanudado a fs. 63, colocando a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VI.- Expuestas las posiciones de las partes, cabe resumir las pretensiones de la actora: el pago de la bonificación "por título" -Licenciada en Enfermería- y el reencasillamiento en el escalafón, desde que obtuvo dicho título profesional.

VII.- En punto al "adicional por título", corresponde tener presente lo dispuesto por la Ley 2562, que incorporó al artículo 1º de la Ley 2265 el apartado "E" y establece:

*"E- PERSONAL DE LA SUBSECRETARÍA DE SALUD Y SUS DEPENDENCIAS: ...Punto 2 (Bonificación por título):*

*"...Se establecen para el escalafón Salud los siguientes adicionales: antigüedad, título, dedicación exclusiva, compensación por turnos rotativos, nocturno y semana no calendaria, actividad técnico asistencial/sanitaria, disponibilidad permanente para agentes sanitarios rurales, riesgo por insalubridad y responsabilidad del cargo. No percibirán estos adicionales los cargos que no están incluidos en la carrera sanitaria..." y se regula la liquidación de dichos adicionales conforme a los títulos (ap. E - 2.b) TÍTULO).*

Desde allí, la disposición exige para que proceda la bonificación, que la capacitación sea requerida para el puesto de trabajo.

Entonces, el caso requiere dilucidar dos cuestiones:

a) el impacto de las necesidades del servicio en el sistema remuneratorio y



b) la efectiva acreditación de los presupuestos de hecho para ser acreedor del adicional.

Así, para la procedencia de la bonificación, además de la obtención del título, tal capacitación profesional debe ser requerida para el puesto de trabajo.

Ello porque la organización del servicio se ajusta a sus necesidades y, en tal línea, es la Administración, en ejercicio de sus facultades propias, quien determina el régimen laboral al que deben adecuarse los agentes en su prestación laboral.

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.

En otros términos: el margen de discrecionalidad que cabe reconocer a la Administración, se corresponde con la estimación de las necesidades que llevan a incluir a los profesionales del sector, bajo distintas modalidades de trabajo.

Pero, pese a reconocer que la organización del servicio constituye una facultad discrecional de la Administración, lo cierto es que la cuestión se presenta más compleja en su formulación, tiñéndose de aspectos reglados, si se constata que, efectivamente acontecieron en el caso, los requisitos establecidos en el artículo.

**VIII.-** En los presentes, se encuentra acreditado conforme las constancias administrativas acompañadas, la culminación de los estudios de la actora pero, el segundo de los puntos, no aparece demostrado con la actividad probatoria realizada que se limitó a las constancias de los expedientes administrativos vinculados al reclamo en aquella sede.

Sobre el particular, según la información brindada por la Directora de Personal de la Subsecretaría de Salud (fs.



69, Expte. 4100-012523/2009) a partir del 1º de septiembre de 2008, la actora comenzó a cumplir funciones como enfermera profesional y ello fue plasmado en el Decreto 2186/08 que reconoció el cambio de agrupamiento, percibiendo el 13% de bonificación por título.

En dichas actuaciones se informa que la Sra. Muñoz Antonina del Carmen cumple con funciones de auxiliar técnico en el servicio de esterilización, con adecuación de tareas a partir del año 2000; sin atención de pacientes, razón por la cual pasó a cumplir funciones como preparadora de material al servicio de esterilización (fs. 5, expte. administrativo; del 24/11/08).

En esas actuaciones, luce la nota dirigida a la Subsecretaría de Salud desde el Departamento de Recursos Humanos del Hospital que indica:

*"...de corresponder reagrupamiento, el mismo debe realizarse una vez que la misma comience con actividad asistencial..."*

Como ya quedara señalado, ningún otro elemento probatorio se ha adjuntado en pos de acreditar la efectiva prestación del servicio en la forma alegada o, al menos, contar con su legajo, cuya agregación no fue instada por la accionante.

Estas circunstancias determinan que la pretensión no pueda prosperar.

Como hemos visto, el otorgamiento del adicional no es automático, sino que depende del ejercicio efectivo de la función en los términos previstos en la normativa.

Por lo tanto, la actora debió haber producido las pruebas necesarias para demostrar que se encontraban cumplidos los recaudos exigidos por la norma para su reconocimiento.

La falta de prueba respecto de la situación de hecho alegada impide aplicar la norma que la contempla dado que no resulta posible comprobar si los elementos fácticos del



caso conjugan con el enunciado normativo. Y las consecuencias de ese déficit deben ser soportadas por quien tenía la carga de probar.

**IX.-** 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.

Concretamente, en punto al derecho a la carrera, se ocupa el Capítulo V del E.P.C.A.P.P. (arts. 11 a 20) y una atenta lectura de su articulado permite advertir que éste es un derecho que no se adquiere en forma automática sino que está supeditado a la reunión de ciertos recaudos (vgr., título habilitante, capacitación específica, idoneidad suficiente, existencia de vacante en la categoría y clases superiores, que sea necesario cubrirlas, etc.).

En ese ámbito, dispone el artículo 16 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 fue nombrado.

De esta reglamentación surge entonces que, se consagra el derecho a la carrera y al ascenso, pero éste no es automático, sino que se encuentra supeditado a la existencia de vacante, a la necesidad de su cobertura y, al cumplimiento de las condiciones y calificaciones establecidas en el Estatuto.



En este caso, retomando la premisa con la cual se inició el análisis de este punto, conforme las constancias administrativas acompañadas surge que la función que cumplía la accionante no requería título.

Desde allí, no se advierte que la Administración haya actuado en forma ilegítima atendiendo a las necesidades del servicio. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar la pretensión examinada.

**X.-** Por último, la actora alega que han percibido el reconocimiento que reclama compañeros de trabajo que se recibieron en el mismo año, en la misma Institución y bajo las mismas políticas públicas.

Como ya se señalara, al limitarse en los presentes la prueba aportada sólo a los reclamos administrativos efectuados, no puede tenerse por acreditado que haya existido una situación arbitraria que lesione el principio de "igual remuneración por igual tarea" y con ello, que haya existido discriminación en el otorgamiento de lo que a otros le fue dado en igualdad de condiciones (*Fallos*: 329:2986, con cita de *Fallos*: 153:67).

En supuestos como el planteado -tratos discriminatorios- adquiere vital importancia la prueba arrojada a la causa debiendo la actora aportar los elementos que lo acrediten, ya que no basta una mera alegación, sino que ha de acreditarse la existencia de conductas que induzcan a creer sobre la posibilidad de su existencia.

Por las razones expuestas propicio al Acuerdo rechazar la demanda, imponiéndose las costas a la actora vencida. **ASÍ VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E MASSEI**, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, 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, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1º) Rechazar la demanda incoada por la señora Antonina del Carmen Muñoz contra la Provincia del Neuquén; 2º) Las costas serán soportadas por la actora (art. 68 del C.P.C. y C); 3º) Regular los honorarios profesionales a la Dra. ..., en el doble carácter por la actora, en la suma de \$6.000,00 y al Dr. ..., apoderado de la Provincia demandada, en la suma de \$2.462,00 y del Dr. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de \$6.155,00 (arts. 6, 9, 10, 38 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 Actuaría que certifica.

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