ACUERDO N° 124. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los diecisiete días del mes de octubre de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctor OSCAR E. MASSEI** y **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI,** con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez,** para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"PEREZ PIJOAN MARIA SOLEDAD C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3275/2011**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** A fs. 32/43 vta. se presenta la Sra. Maria Soledad Perez Pijoan, por apoderado, y promueve demanda contra la Provincia del Neuquén. Solicita que se declare la nulidad del Decreto 2295/10 del Poder Ejecutivo Provincial y se disponga que la demandada dicte los actos administrativos necesarios para reencuadrarla en la categoría profesional que, a su entender, corresponde de acuerdo a los grados universitarios obtenidos, categoría "P40", con la bonificación de dedicación exclusiva y reconocimiento de la especialidad académica obtenida. También requiere que se le reintegren los haberes indebidamente descontados.

Refiere que ingresó a la Administración Pública para prestar servicios en el Centro de Salud dependiente de la Zona Metropolitana como auxiliar administrativa (categoría AUB). En el año 2001 obtuvo título habilitante de Técnico Superior en Administración Pública y fue reencasillada en la categoría OSD sin que se le abone el adicional por título. Agrega que en el año 2003 obtuvo el título de Licenciada en Administración Pública. Sin embargo, en el año 2007, con el dictado de la Ley 2562, la vuelven a encuadrar laboralmente con la categoría "A40" (equivalente a la categoría anterior

AUB). Afirma que hubiera correspondido el encuadramiento en la categoría “P40” (PRO) o, en su defecto, en la categoría TCN que es la equivalente a la OSD.

Continúa su relato y expone que, desde el año 2004 –aún con la categoría OSD- se le liquidó el adicional por título como licenciada hasta agosto de 2009, oportunidad en la que, sin iniciar proceso legal alguno, comienzan a descontarle la diferencia entre el 11,5% que corresponde a un título secundario con el 25% que se le abonaba por título universitario (computando para el descuento desde enero de 2009 a agosto de 2009).

Menciona que realizó su reclamo administrativo, lo que motivó el dictado del Decreto 2295/10. Tacha de inconstitucional al referido Decreto por violentar garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional, Tratados y Convenios Internacionales.

Así, respecto a su pedido de recategorización en función de su formación universitaria, considera que la Administración yerra al denegar el mismo en base a sus facultades discrecionales y afirma que el derecho a la carrera administrativa, es una actividad reglada para la administración.

Entiende que a partir de la sanción de la Ley 2562 fue retrogradada a la categoría de auxiliar administrativo cuando su correcta interpretación la hubiera llevado al agrupamiento profesional, o al menos técnico, y que esa revocación en sede administrativa a su derecho subjetivo a la categoría OSD fue utilizada por la demandada para justificar la baja en el adicional por título universitario.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba, efectúa reserva de caso federal y formula petitorio.

II.- A fs. 52/52 vta., mediante RI N° 307/11 se declara la admisión del proceso.

III.- A fs. 59, la actora formula opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 67/72 contesta la demanda la Provincia del Neuquén, mediante apoderado y con el patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado, efectuando las negativas de rigor.

Sostiene que "la demanda es poco clara, e incluso dificulta la actuación del Tribunal", porque "ataca genéricamente las resoluciones que rechazan de la manera y alcance pretendidos por la accionante." (sic)

Afirma que la actora no brinda motivos fácticos y/o jurídicos que tuviesen entidad suficiente para invalidar o descalificar el proceder administrativo.

Reproduce los términos del Decreto 2295/10 y pide que sean valorados en esta instancia como fundamento del rechazo de la pretensión de la actora.

Expone 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.

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.

Ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda.

V.- A fs. 455 se clausura el período probatorio y se ponen los autos a disposición de las partes para alegar.

VI.- A fs. 459/465 obra dictamen del Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 468 se dispuso el llamado de autos, providencia que, consentida y firme, coloca a las presentes en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Planteadas las posturas de las partes, la primera cuestión se centra en determinar la procedencia del encuadramiento de la actora en la categoría y agrupamiento que entiende le corresponde en función del título universitario obtenido –categoría "P40"- con la bonificación de dedicación exclusiva; luego, la segunda cuestión será resolver si cabe hacer lugar al pedido de reintegro de las sumas descontadas de sus haberes desde agosto de 2009 –fundada en incorrecta liquidación de adicional por título entre diciembre de 2007 y julio 2009-.

A fs. 106/313 obra agregado, en copia, el legajo personal de la actora. Del mismo surge que la Sra. Perez Pijoan ingresó a la Administración Pública el 1 de septiembre de 1987, conforme Decreto 4116/87, con la categoría AUB-3 para desempeñarse como auxiliar administrativa en el Hospital Castró Rendón (confr. fs. 108/109). Por Decreto 447/91 se aceptó la renuncia de la actora a partir del 8/01/91 (confr. fs. 128).

Posteriormente, por Decreto 2142/95 se la nombró en Planta Temporaria de la Subsecretaría de Salud como auxiliar administrativa, desde el 01/10/1995 al 31/12/95 y por Disposición Nro. 045/95 le asignan funciones a partir del 24 de Octubre de 1995 para desempeñarse como Auxiliar Administrativa-Estadísticas en el Centro de Salud Sapere (confr. fs. 133/137); la actora cumplió funciones en el Centro de Salud de Sapere hasta el 1 de febrero de 1999 oportunidad

en que, por permuta, fue trasladada a la Dirección de Ejecución Presupuestaria dependiente de la Dirección General de Administración de la Subsecretaría de Salud (conforme Disposición Nro. 45 agregada a fs. 211).

Por Disposición Nro. 164 del 30/3/2000 se dispone trasladar a la actora a la Dirección de Recursos Humanos y Organización, dependiente de la Dirección General de Gestión de Calidad, y el 4 de octubre de 2000, por Disposición 633, se dispone la adscripción provisoria al Consejo Provincial de Educación (conf. fs. 225/226 y 229) para desempeñarse en el Departamento de Seguros (conf. fs. 234).

El 27 de febrero de 2001, por Decreto N° 0459 se reencasilla a la actora de la categoría OFD a la OSD.

El 10 de enero de 2002 se dispone dejar sin efecto la Disposición 633/2000 y asignar destino a la Sra. Perez Pijoan en el Hospital Provincial Dr. Eduardo Castro Rendón, para cumplir funciones que serán designadas por el Director General del mencionado nosocomio (conforme surge de Disposición Nro. 015 obrante a fs. 256). El 17 de enero de 2002, el Departamento de Recursos Humanos del Hospital Provincial Neuquén informa que la actora cumple funciones administrativas en el Servicio de Guardias de Emergencia.

Hasta el 2008, la Sra. Perez Pijoan se desempeñó en el Hospital Provincial Dr. Castro Rendón cumpliendo funciones de auxiliar administrativa, tal como se desprende de las planillas obrantes a fs. 285 y del Expte. 5000-003946/2010 (fs. 67 y 109), del que se desprende que cumplió funciones en el servicio de Tomografía desde abril de 2003 y, a partir de agosto de 2005, en el Servicio de Medicina Laboral.

Por Disposición N° 045 (agregada a fs. 286), se destaca en comisión de servicios a la agente Maria Soledad Perez Pijoan (auxiliar administrativa del Hospital Provincial Dr. Castro Rendón) en el Nivel Central de la Subsecretaría de Salud desde el 14 de Octubre de 2008 hasta el 21 de diciembre

de 2009, oportunidad en que se da por finalizada la comisión de servicios en el nivel Central de la Subsecretaría de Salud (conf. fs. 295) y, por Disposición Interna Nro. 145/2010, se le asignan funciones en el servicio de hemoterapia para cumplir funciones como auxiliar administrativa.

De lo expuesto, surge que la actora desde su ingreso se desempeñó como auxiliar administrativa aun después de la acreditación de las sucesivas especializaciones obtenidas (Licenciada en Administración Pública y Magister en Gerencia y Administración de Sistemas y Servicios de Salud), su función siempre consistió en tareas administrativas.

El 17 de octubre de 2003 la actora presentó su título de Licenciada en Administración Pública y solicita su reescalafonamiento; el 21 de abril de 2004 reitera su pedido solicitando se tramite su recategorización (FUA) y el 18 de mayo de 2004 la Directora de Recursos Humanos informa que su solicitud quedó registrada en los archivos y que por el momento no se están gestionando recategorizaciones (conf. fs. 159/164). Luego, en el año 2009 solicita su encasillamiento en el agrupamiento Técnico Administrativo y, a fs. 169 se informa que, dado que implica una erogación, no es posible tramitar el reencasillamiento por razones presupuestarias (conf. fs. 280/294).

IX.1.- Reseñados los antecedentes laborales de la actora, en cuanto al encuadramiento pretendido en la categoría profesional, se adelanta que no resulta procedente por la sola circunstancia de haber alcanzado los títulos de grado universitarios obtenidos, desde que ello sin más, no le otorga derecho a percibir una categoría mayor.

Como se ha sostenido en anteriores precedentes: *“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, pues se vincula con el derecho a estar correctamente encasillado) no corre en forma separada de las necesidades del servicio en el que se inserta (cfr. Ac. 55/15: "MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN").

En éste sentido, la Constitución de la Provincia del Neuquén establece en su art. 153 como "Principios Orientadores de la Administración del Estado", que *"Sólo se crearán los empleos estrictamente necesarios y justificados".*

Luego, claro está, la creación de "empleo" se vincula directamente con las "vacantes" que se asignan a las plantas funcionales de los Organismos de la Administración Pública, cuestión que tiene su reflejo en el "Presupuesto" que, para funcionar, es proyectado por el Poder Ejecutivo y aprobado por la Legislatura Provincial.

De allí que las "vacantes o la creación de cargos" siempre se encuentra sujeta a las razones de servicios que justifican su existencia, a la previsión presupuestaria y a la decisión de la Administración de cubrirlas.

Y concordante con ello es que el artículo 16º del EPCAPP prevé *"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"*.

IX.2.- En el caso, según surge de los antecedentes de la causa, la Sra. Perez Pijoan fue designada y revistaba en el agrupamiento administrativo, cumpliendo las funciones para las cuales fue nombrada; ergo, la posterior obtención del título de Técnica Superior en Administración motivó la asignación de la categoría OSD –en el año 2001- no obstante, las funciones asignadas continuaron siendo las de un auxiliar administrativo; en éste punto cabe destacar que, conforme surge de las constancias de fs. 131/133 del Expte. 5000-003946/2010, para el desempeño de las tareas asignadas no era

necesario la aplicación de los conocimientos adquiridos en la Licenciatura.

Luego, con el dictado de la Ley 2562 (publicada el 7/12/2007) se fijan para el escalafón de salud los siguientes 4 agrupamientos –según la función y capacitación específica-: Profesional; Técnico; Auxiliar Técnico/administrativo y Operativo. La actora queda encuadrada en el agrupamiento de AUXILIAR ADMINISTRATIVO "A40", encuadramiento que se ajusta a la función que desarrollaba la actora.

De los elementos aportados se desprende que, la obtención de los títulos de grado por la actora, no la hace pasible, sin más, de otorgarle el derecho a ser encuadrada en el agrupamiento pretendido; más, si se atiende a la circunstancia que las funciones –tal como afirma- no variaron antes y después de la obtención de los títulos mencionados.

Es que, como se dijo, ya sea que se trate de un ascenso o de un reencuadramiento del personal, ello se encuentra condicionado a que exista vacante en un grupo distinto al de su clasificación, y la autoridad competente resuelva cubrirla. O bien se creen nuevos cargos y reúnan los antecedentes, calificaciones y demás requisitos reglamentarios y especiales para su provisión.

En el caso, tal como se consignó en la reseña de los antecedentes obrantes en la causa, la autoridad administrativa en dos oportunidades había manifestado que por razones presupuestarias no era posible acceder al encuadramiento pretendido.

IX.3.- No se advierte en este caso que haya existido de parte de la Administración un actuar arbitrario o irrazonable, desde que, se reitera, las funciones que la actora dice haber desempeñado antes y después de la obtención de los títulos de grado no se modificaron y, conforme se informa a fs. 133 del Expediente Administrativo, tampoco requerían título de grado.

Desde allí, no se advierte que la Administración haya actuado en forma ilegítima atendiendo a las necesidades del servicio en el marco del presupuesto asignado.

En conclusión, el derecho que la actora esgrime en su demanda (vinculado con la carrera administrativa) no puede ser entendido como absoluto ni automático, sino que en él confluyen cuestiones tales como: vacantes (no encontrándose acreditada su existencia), previsión presupuestaria y acto administrativo que justifique la creación del cargo.

En base a lo expuesto, no se ha acreditado que existan razones que conmuevan los fundamentos expuestos por la Administración al dictar el Decreto 2295/10 que deniega el encuadramiento solicitado por la actora en función de los títulos de grado obtenidos, por lo que su reclamo habrá de ser rechazado.

X.- En punto al pedido de reintegro de las sumas descontadas de sus haberes desde agosto de 2009 –fundada en incorrecta liquidación de adicional por título entre diciembre de 2007 y julio 2009- cabe acotar que su solución no puede escindirse del análisis del porcentual que corresponde liquidarle a la actora por el ítem adicional por título.

Conforme surge del informe agregado a fs. 454, en agosto de 2009 se realizó una auditoría de legajos personales y se detectó que la Sra. Perez Pijoan se encontraba percibiendo incorrectamente el ítem adicional por título, de acuerdo a lo establecido en la Ley 2562, ya que su puesto en la Planta Funcional era de Auxiliar Administrativa y el título requerido para ese puesto es solamente el título secundario.

De los recibos acompañados a dicho informe –agregados a fs. 438/442- surge que, efectivamente, a partir de agosto de 2009 y hasta Diciembre de 2009, se procedió a descontarle la suma de $189,92 y, a partir de allí, se liquidó el título a un porcentaje del 11,5%.

No hay constancia de que se dictara acto administrativo alguno que precediera a la detracción de la suma indicada en los recibos de haberes de la actora (agregados a fs. 438/442 concordantes con los acompañados por la accionante a fs. 21) con el código AJ 5 CTA por $189,82, de modo tal, que tal situación puede encuadrarse en lo que la Ley de Procedimientos Administrativos identifica como “hecho administrativo”.

Sabido es que la vía de hecho importa una actuación de suyo irregular que vulnera el principio de legalidad y en base a ello, en principio, le asiste razón a la actora.

No obstante la irregularidad de éste proceder obsta a la pretensión de la actora la circunstancia de que a partir del dictado de la Ley 2562, atendiendo a la función desempeñada por la actora y la categoría de revista de la misma, queda ubicada en el agrupamiento de “Auxiliar técnico/administrativo” del nuevo escalafón y por ello, el adicional por título debería ser liquidado al 11,50% y no al 25%.

A tal conclusión se arriba a partir de la solución expuesta en el acápite anterior y conforme el dictamen elaborado por el perito Contador designado en autos.

En este sentido, el perito informa que, según el Escalafón para el Personal de la Subsecretaría de Salud y sus dependencias, el agrupamiento que corresponde según su función y capacitación específica es el de “auxiliar técnico/administrativo” conf. art. 2 inc. E-1 .

Agrega, que no efectúa cálculo de diferencia de haberes y en especial adicional por título, debido a que no hay diferencias por recategorización y se encuentra bien aplicado el adicional título secundario del 11,5% en base a la Ley 2562, art. 2 Inc. E, apartado 2 b) (conf. fs. 364) y, al responder las explicaciones solicitadas por la actora, ratifica su dictamen agregando que no podría ser encuadrada

dentro del escalafón profesional porque la actividad desarrollada por la Sra. Perez Pijoan es administrativa, con lo cual su desarrollo no requiere la acreditación de formación universitaria o superior, señalando que, en el caso, se encuentra sobrecalificada para la función que cumple y dado que no hay norma que establezca que para el puesto asignado deba contar con formación universitaria, el título por el cual debe percibir el adicional es el secundario.

A ello, cabe agregar que a la actora comenzó a abonársele el adicional por título bajo la vigencia de la Ley 2265. Dicha ley establecía el pago de éste adicional para el personal (en forma general) independientemente de la función que desarrolle, sólo tenía en cuenta el tiempo de duración de la carrera para la determinación del porcentual a aplicar. Asimismo, establecía un incremento para el caso de que se trate de especializaciones en administración pública, como así también, que no podía abonarse más de un título por empleo reconociendo en todos los casos el título que corresponda a un adicional mayor. En otras palabras, el pago de la bonificación por título no exigía la efectiva prestación de la función para la cual el título habilitaba, por ello, es que con la sanción de la Ley 2562 la actora queda encuadrada en el agrupamiento de auxiliares administrativos (categoría A40) toda vez que al efecto se atiende a las funciones que efectivamente cumplía.

Lo expuesto lleva a concluir que la actora, a partir de la vigencia de la Ley 2562, no tenía derecho a percibir el adicional por título al 25%. Es precisamente ello lo que impide hacer lugar a la pretensión de reintegro, pues su percepción daría lugar a una posterior acción de repetición por las sumas indebidamente liquidadas. De modo tal que, si bien el yerro de la administración y la posterior corrección sin que mediara un acto administrativo, que en el marco del principio de legalidad justificara la detracción realizada de

sus haberes –desde agosto a diciembre de 2009-, cuestiones de economía procesal llevan al rechazo de su pretensión.

XI.- En cuanto a las costas, entiendo deben ser impuestas en el orden causado. Ello así pues, dada las especiales características del caso, la situación mencionada precedentemente pudo generar en la actora la convicción de su razón en el reclamo y justificar el apartamiento del principio general. **MI VOTO.**

La señora Vocal **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI** 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 General, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR** la demanda incoada por la Sra. MARIA SOLEDAD PEREZ PIJOAN contra la Provincia del Neuquén. **2°)** De conformidad a lo establecido en los considerandos que integran el presente, imponer las costas en el orden causado (art. 68 2do. párrafo del C.P.C. y C.). **3º)** Diferir los honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. **4°)** 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. OSCAR E. MASSEI - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria