ACUERDO N° 105. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treintaiún días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, 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: **"CATALAN BÁRBARA CECILIA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3815/12**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** A fs. 25/31 vta. se presenta la Sra. Bárbara Cecilia Catalán, e interpone demanda contra la Provincia del Neuquén. Peticiona que se declare la nulidad del Decreto PEP Nº 703/11 que dispuso el reencasillamiento a la categoría P40 y el pago de las bonificaciones y adicionales de la Ley 2562 a partir de su dictado. Sostiene que los actos cuestionados adolecen de los vicios previstos en los Arts. 66, 67 y 68 de la Ley 1284.

En base a su condición de Licenciada en Enfermería desde diciembre de 2008, reclama se la encuadre en el agrupamiento y categoría P40 a partir de la presentación de la documentación que acredita la licenciatura ante la Dirección de Recursos Humanos del Hospital Provincial Heller y, además, se le abone el retroactivo de diferencias salariales por los adicionales y bonificaciones que corresponden en la actualidad al agrupamiento mencionado según Ley 2562 (hoy S-40 según Ley 2783), entre ellos, el adicional por título.

Enuncia que fue designada en Planta Permanente de la Subsecretaría de Salud – Hospital Heller, a partir del 15/11/1999 para desempeñarse como Enfermera Profesional en el citado nosocomio.

Sostiene que el día 03/12/2008 finalizó la carrera de Licenciatura en Enfermería obteniendo el título respectivo.

Continúa, indicando que presentó ante su empleador el título citado y la constancia de matrícula otorgada por la Subsecretaría de Salud de la Provincia; que el 27/04/2010 requirió el pago de la bonificación por título y cambio de agrupamiento para ser reubicada como P40 y se le reconocieron los adicionales respectivos –título de licenciada en enfermería- pero a partir de la fecha del acto que así lo reconoció.

Evoca que la administración rechazó su pretensión, con el argumento de que el título habilitante no era condición determinante, por sí solo, para el pago del cargo sino que, a tal efecto, debía revistar efectivamente en el cargo o función para la que fue nombrada (cfr. Art. 16 EPCAPP) y que para la recategorización requerida debían darse los presupuestos fijados en los Arts. 17, 18 y 19 EPCAPP.

Luego, destaca la contradicción en la que incurrió la demandada, puesto que ya contaba con un acto de tales características. Concretamente, la Disposición Nº 13/10 del Director del Hospital Heller, que la reubicó como Licenciada en Enfermería a partir de la notificación de dicho acto, y que desde ese momento desempeña las funciones asignadas en el mismo, con todos los recaudos establecidos en el EPCAPP y el Art. 2º de la Ley 2562. Sostiene, entonces, que debería hacerse lugar a su pretensión.

Posteriormente, postula que desde la obtención de la matrícula respectiva, desempeña tareas de Licenciada en Enfermería, toda vez que le resultaba imposible actuar frente a un paciente con su condición anterior, es decir, como Enfermera Profesional.

De modo que, según lo disponen los Arts. 14 y 15 del EPCAPP, y 14 bis de la Constitución Nacional, considera que deben reconocérsele los adicionales atinentes a la

Licenciatura en Enfermería que oportunamente obtuvo, a contrario de lo dispuesto por el Decreto Nº 1037/12.

Considera que el Art. 16 del EPCAPP no invalida su pretensión puesto que en realidad está dirigido a evitar la asignación de tareas incongruentes con aquellas descriptas en la categoría, que pudieran significar una subestimación de la capacidad profesional del empleado o la indebida atribución de una responsabilidad superior a su condición profesional.

No obstante, rechaza la aplicación a su caso de los Arts. 17, 18, 19 y 20 del EPCAPP, toda vez que considera que los mismos regulan los ascensos y promociones y esto último no es lo que solicitó, sino que su pedido consiste en el pago de una adicional (título) por agrupamiento en los servicios profesionales prestados en el marco de la matrícula habilitante que le otorgó la Subsecretaría de Salud y que fueron reconocidos por el Director del Hospital Heller en la Disposición Nº 13/10.

Sostiene que el puesto de trabajo que ese último acto le asignó, exigía una formación o título como el que ella detentaba, tal como surge de sus considerandos, dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 2783 inciso E-2.2 (derogatoria de la Ley 2562) y Decreto Nº 168/11.

Enfatiza, que la Dirección de Recursos Humanos de la Subsecretaría no rechazó la Disposición Nº 013/10, y se limitó a informar que su reclamación administrativa (recategorización y pago de título de Licenciada de Enfermería) estaba sujeta a la partida presupuestaria que permitiera efectivizarlo.

Concluye, aclarando que no reclama ascenso de categoría (conforme los Arts. 17, 18, 19 y 20 EPCAPP), como erróneamente interpreta la demandada. Asimismo aduce que la correcta lectura del Art. 16 de ese estatuto, integrada con sus Arts. 14 y 15, justificaría el pago retroactivo exigido – diferencias por bonificaciones correspondientes al

agrupamiento P40 (hoy S-40) y por adicional “título” conforme dicho agrupamiento y documentación presentada-.

Denuncia también un enriquecimiento sin causa a favor de la administración a partir de lo resuelto en el Decreto Nº 703/11, en tanto se usufructúan sus servicios profesionales abonándole una remuneración menor.

Ofrece prueba, funda en derecho y peticiona.

II.- A fs. 52/52 vta. se dicta la RI 342/13 que declara la admisión del proceso. A fs. 56, la actora formula opción por el procedimiento sumario.

III.- Efectuado el traslado, a fs 62/66 contesta la demanda la Provincia del Neuquén y solicita su rechazo. Practica las negativas de rigor y expone los antecedentes y fundamentos.

Admite que por Disposición Nº 13/10 del Director del Hospital Heller, de fecha 29/04/2010, la actora fue reubicada como Licenciada en Enfermería a partir de la notificación del acto, y que luego fue recategorizada (en P40), otorgándole las bonificaciones correspondientes; en este último supuesto, a partir del mes de Abril de 2011.

Entiende que antes de dicha recategorización, resultaba imposible abonarle una remuneración correspondiente a una categoría y agrupamiento que no tenía.

Arguye que el derecho de la actora a percibir un salario conforme la categoría P40 recién nació con el dictado del acto de reencasillamiento (Decreto Nº 703/11), independientemente de que con anterioridad a esa fecha ya contara con el título de Licenciada en Enfermería y lo hubiera presentado ante su empleador.

Repite los argumentos esgrimidos en el Decreto Nº 1037/12 para desestimar el reclamo administrativo de la agente Catalán, esto es, lo dispuesto en los Arts. 11, 16, 18 y 19 del EPCAPP, y el carácter no absoluto y no automático del derecho al ascenso de los empleados públicos en tanto el mismo

se encuentra sujeto a cuestiones de mérito y posibilidades de la administración.

Aduna que hasta el Decreto Nº 703/11, la accionante únicamente cumplió funciones de Enfermera Profesional –Categoría T40, pese a contar con título de Licenciada en Enfermería desde diciembre de 2008. Agrega que la actora no invocó ni alegó la existencia de razones o exigencias de servicios que le hubieren impuesto la necesidad de desempeñarse bajo la modalidad especial de trabajo de Licenciada en Enfermería.

Resalta que conforme lo dispuesto en el Art. 2º inc. e) de la Ley 2562, los agentes solo tienen derecho a percibir el adicional por título cuando el mismo corresponda a la capacitación requerida para el puesto de trabajo desempeñado, y que en el caso de la agente ello recién se produjo –respecto al título de Licenciada- a partir del 20/04/2011 cuando fue reagrupada en la categoría P40 mediante Decreto Nº 703/11.

Entiende que los adicionales revisten carácter transitorio y revocable.

Por ello, deniega que se hubiera producido enriquecimiento sin causa a favor de la Provincia, que exista norma o disposición legal que le garantice a la actora retroactividad en el nuevo encuadre ni circunstancia alguna que le confiera a esta última, derecho en tal sentido.

Retoma la idea de que el derecho a percibir los adicionales propios de la función de Licenciada en Enfermería que comenzó a desempeñar, y por ende el suplemento correspondiente a dicho título, nació recién con el agrupamiento P40.

Sostiene la carencia de fundamento del planteo actoral, y solicita su rechazo.

Subsidiariamente, plantea que ante el pago retroactivo de adicionales, éstos no podrán ir más allá de la

fecha de notificación de la Disposición Nº 13/10 del Director del Hospital Heller, por lo que es improcedente su otorgamiento desde la obtención del título de Licenciada de Enfermería, puesto que faltaría un requisito esencial al efecto

IV.- A fs. 68/74 vta. emite opinión el Fiscal General, quien entiende que debe rechazarse la demanda.

V.- A fs. 75 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VI.- A fin de analizar la cuestión propuesta, cabe realizar un breve repaso de los elementos principales aportados a la causa.

Así, consta designación de la Sra. Bárbara Cecilia Catalán, para desempeñarse como Enfermera Profesional en el Hospital Heller, categoría OSC-1, a partir del 15-11-99. Se establece que la agente percibirá la bonificación de la carrera sanitaria por Tiempo Pleno, con una prestación de 40 horas semanales de labor.

También luce agregado el Título de Licenciada en Enfermería, extendido por la Universidad Maimónides el 2-12-2009; e inscripción en el libro de enfermeros en fecha 23-4-2010, extendida por el Ministerio de Salud y Seguridad Social, Subsecretaría de Salud de la Provincia del Neuquén.

Con fecha 29-4-2010, se emite la Disposición Nº 013/10 del Director Ejecutivo del Hospital Dr. Horacio Heller, mediante la cual se manifiesta que la Sra. Catalán ha completado sus estudios universitarios con el título de Licenciada en Enfermería, y que es conveniente adecuar sus actividades según los requerimientos de funcionamiento de los distintos sectores del hospital; y cambiar la función dentro del nosocomio a efectos de normalizar su situación laboral.

En dicho acto, se dispone “Reubicar” a la agente como Licenciada en Enfermería del Hospital Heller, con

dependencia en la División Enfermería de la Gerencia de Servicios Intermedios, a partir de la fecha de su notificación. Ordena notificar a la interesada, al Jefe de División Enfermería y Gerencia de Servicios Intermedios, con copia a Zona Metropolitana y Subsecretaría de Salud.

El día 1-10-10, la Dirección General de Recursos Humanos de la Subsecretaría de Salud, informa al Hospital Heller, que el cambio de agrupamiento solicitado se encuentra en aquella Dirección a la espera de contar con la partida presupuestaria que permita efectivizarlo.

Posteriormente, con fecha 20-4-2011, el Vicepresidente 1º de la Honorable Legislatura Provincial en Ejercicio del Poder Ejecutivo emite el Decreto Nº 703/11 que, con fundamento en la Mesa Técnico Salarial del Sector Salud del día 19-4-2011, Decreta la recategorización de –entre otros agentes- la Sra. Catalán de T-40 a P-40.

Con fecha 23-9-2011, la Sra. Catalán interpone reclamo ante el Poder Ejecutivo, solicitando se le abonen los adicionales correspondientes al Agrupamiento P40 y Título E.2.b2 desde que obtuvo el título de Licenciada en Enfermería.

Como respuesta, en fecha 31-5-2012, el Poder Ejecutivo rechaza el planteo mediante Decreto Nº 1037/12, en el cual interpreta el petitorio como parte del derecho a la carrera administrativa, en especial al ascenso.

En tal contexto, el Poder Ejecutivo entiende que no existe automaticidad para el otorgamiento de bonificaciones “fundada simplemente en la antigüedad y título, requiriéndose ineludiblemente, un acto administrativo que así lo disponga”.

Finalmente, la actora interpone demanda con fecha 03-08-2012.

VII.- Ahora bien, el EPCAPP, en el acápite vinculado con los “Derechos” de los agentes públicos, establece que:

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”.

El art. 15, 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”.

El Artículo 16 prevé que: *“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 fuera nombrado”.*

Y va de suyo que tanto para ser reencasillado como ascendido, debe existir un cargo disponible; es decir, debe existir la correspondiente vacante presupuestaria. A ello se refiere el art. 18 del mismo Cuerpo legal que se viene citando.

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.

Como se ha sostenido en otros precedentes *“En cuanto al reencasillamiento de categoría profesional, …no 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" (Ac. 55/15 autos:"Muñoz Antonina").

VII.2.- Sentado lo anterior, puede observarse que, en este caso, la accionante –quien venía desempeñándose en el puesto para el que fue designada; enfermera profesional, agrupamiento T40- tras obtener el título universitario de "Licenciada en Enfermería", el Director Ejecutivo del Hospital Heller emitió la Disposición Nº 13/10 y la reubicó en una función acorde a dicha capacitación a partir de la fecha de la notificación de tal acto.

Puntualmente, como antes quedara sentado, fundó tal decisión en que *"es conveniente adecuar sus actividades según los requerimientos de funcionamiento de los distintos sectores del Hospital y cambiar la función dentro del nosocomio a efectos de normalizar la situación laboral".*

Luego, si bien podría discurrirse en punto a la incompetencia de dicho funcionario para provocar el mentado reencasillamiento, lo cierto es que este acto impone su consideración pues, no habiendo prueba en contrario, debe asumirse que a partir de su dictado surge, objetivamente, la circunstancia que conlleva a matizar el análisis de la cuestión; es decir, el cambio de funciones. Máxime, considerando los fundamentos del acto que dan cuenta que obedeció a "requerimientos" del servicio.

Dicho de otro modo, haciendo prevalecer la realidad que emerge de las actuaciones administrativas [al menos, se insiste, no hay elementos que las desvirtúen], a partir de dicho acto, a la accionante se le hizo cumplir una función acorde al título obtenido pues, en los hechos, ello significó que siendo su puesto [en lo formal] de "Enfermera Profesional" pasara a desempeñar las funciones inherentes al puesto de "Licenciada en Enfermería".

Por tanto, se desempeñó en una “modalidad distinta a su clasificación” -en palabras del citado artículo 15 del EPCAPP-, con lo cual hubiera correspondido que perciba la retribución de acuerdo a la prestación del servicio cumplido.

Y, de ello también se desprende la razón por la cual 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.

Así, 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 Disposición 13/10, por ese tramo temporal, aplica el artículo 16 del EPCAPP.

Retomando, lo que se viene expresando se patentiza con mayor énfasis si se repara que, cuando fue finalmente reencasillada en el agrupamiento P-40 a través del Decreto Nº 703/11, tampoco hay constancias de que las tareas se hayan modificado; consecuentemente, cabe inferir que continuó con aquellas que venía desempeñando en función de lo decidido en la Disposición 013/10.

VII.3.- Por su parte, en relación con el *“adicional por título”,* vale señalar que éste es contemplado por la Ley 2562 –vigente al momento de los sucesos-, que incorporó al artículo 1° de la Ley 2265 el apartado "E": 2.b) TÍTULO: cuando el mismo corresponda a la capacitación requerida para el puesto de trabajo, se percibirá un adicional según el siguiente detalle…” [similar redacción otorga la Ley 2783 en el apartado E2.2, en cuanto enuncia “es el emitido por autoridad competente, tanto pública como privada, reconocida oficialmente, y cuando el mismo corresponda a la formación requerida para el puesto de trabajo”].

Luego, si la agente realizaba tareas en calidad de “Licenciada en Enfermería” desde el momento en que fue

"reubicada" por la Dirección del Hospital, también es claro que le hubiera correspondido percibir el adicional por título ya que la capacitación profesional obtenida fue lo que conllevó a la modificación de las tareas por parte del Director Ejecutivo del Hospital.

En este sentido, vale volver sobre lo expresado en la Disposición 13/10: *"es conveniente adecuar sus actividades según los requerimientos de funcionamiento de los distintos sectores del hospital y la capacitación que los agentes posean".*

VIII.- En este escenario, entonces, las circunstancias que emergen de las constancias administrativas aportadas resultan suficientes para concluir que asiste razón a la actora en su planteo en punto a que la Administración debió proceder a otorgarle el agrupamiento P40 y abonarle las remuneraciones inherentes a dicho puesto, con anterioridad a la fecha en que le fue efectivamente reconocido por medio del Decreto 703/11.

Ello, en atención a que ha quedado probado que a partir de la Disposición Nº 013/10 [al menos no hay elementos de prueba en contrario] comenzó a desempeñarse en una modalidad distinta de la que estaba encuadrada de [Enfermera Profesional a Licenciada en Enfermería] y que dicha circunstancia obedeció a la mayor capacitación obtenida y a las necesidades del servicio hospitalario.

Se insiste, aun cuando no deja de advertirse que el Director Ejecutivo del Hospital no podría, por sí mismo, provocar el reencuadramiento de la actora en el mentado agrupamiento, lo cierto es que, de cara a lo que cabe resolver, ello no enerva los efectos que acarreó la decisión plasmada en la Disposición 13/10.

En efecto, lo relevante aquí es la acreditación de que, por razones vinculadas al servicio [tampoco de ello hay prueba en contrario] se le otorgaron a la actora funciones

acordes a la capacitación alcanzada, es decir del título de Licenciada en Enfermería, y que esas tareas no se modificaron en oportunidad de haber sido finalmente reencasillada, con lo cual aparece claro que venía desempeñando una tarea en una modalidad distinta a la de su clasificación.

En su caso, la decisión que permitió que la actora fuera ubicada en la situación que ha quedado patentizada, debería dar lugar a tomar las medidas administrativas que correspondan para evitar o erradicar esas prácticas, pero en modo alguno alcanza para justificar el desconocimiento del derecho a obtener la retribución que corresponde de acuerdo a la prestación cumplida.

De otro modo, el Estado se estaría beneficiando con el trabajo prestado sin soportar la debida contraprestación que ello irroga.

IX.- Consecuentemente, corresponde reconocer las diferencias salariales existentes entre el agrupamiento P40 y la efectivamente abonada [T40] y la bonificación por Título pertinente, en el período comprendido entre el 29/4/10 [fecha en la que tuvo efectividad la Disposición 13/10] y la emisión del Decreto Nº 703/11 [por el que finalmente se le otorgó el agrupamiento pretendido].

A dichas sumas se le adicionarán intereses desde que cada una fue debida a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén. A la par, se deberán realizar sobre dichas sumas y en su debida proporción, los correspondientes aportes y retenciones previsionales y asistenciales que correspondan. La determinación del monto se diferirá para la etapa de ejecución de sentencia.

En cuanto a las costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota, deben ser soportadas por la demandada vencida (cfr. art. 68 del C.P.C. y C. aplicable por reenvío previsto en el art. 78 del C.P.A.). **TAL MI 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 Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR** a la demanda incoada por la Sra. Bárbara Cecilia Catalán contra la Provincia del Neuquén y condenar a la demandada al pago de las diferencias salariales existentes entre el agrupamiento P40 y la efectivamente abonada [T40] y la bonificación por Título pertinente, en el período comprendido entre el 29/4/10 y la emisión del Decreto Nº 703/11. A dichas sumas se le adicionarán intereses desde que cada una fue debida a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén. A la par, se deberán realizar sobre dichas sumas y en su debida proporción, los correspondientes aportes y retenciones previsionales y asistenciales. La determinación del monto se diferirá para la etapa de ejecución de sentencia. **2°)** Las costas serán soportadas por la demandada vencida (Art. 68 del CPCyC). **3º)** Diferir la regulación de 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. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria