RAWSON, 5 de junio de 2017.

------ **VISTOS**: ----------

------ Estos autos caratulados: **"G., J. C. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. Nº 24.564-G-2016)**.----------

------ **DE LOS QUE RESULTA**:----------

------ 1.- Que a fs. 8/11 y vta. el señor J. C. G. promueve demanda contencioso administrativa contra la Provincia del Chubut. Solicita el cobro de diferencias salariales correspondientes a las horas de guardias pasivas no abonadas y efectivamente trabajadas, por los períodos no prescriptos desde la interposición formal del reclamo administrativo que formuló en fecha 09/05/2012, a partir de que cada obligación debió ser liquidada, conjuntamente con los intereses legales. Ello, según lo establecido en el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación. Solicitó asimismo la imposición de costas.----------

------ En el apartado III –Reclamación Administrativa Previa- comenta que, mediante Resolución N° XXI 220/2016, de fecha 16 de Junio de 2016, el Ministerio de Salud rechazó el reclamo formulado. Con lo que se agotó la vía administrativa, y quedó entonces expedita, la vía judicial.-

------ En el punto IV.1 -Antecedentes- el actor relata que es jubilado del Ministerio de Salud de la Provincia del Chubut, y que, en actividad, se desempeñó como Técnico de Hemoterapia en el Hospital Subzonal de la ciudad de Rawson.----------

------ Manifiesta que, hasta el año 1998 cumplía 660 horas pasivas mensuales. Y agrega que desde aquel momento, una decisión "verbal" del director del nosocomio dispuso que "las horas pasivas que no se cumplían, no se abonaban más"; y que se abonarían 200 horas sin discriminar que correspondieran a días sábados, domingos o feriados. Insiste en que, no obstante aquello, la cantidad de horas trabajadas ascendía a 660. ----------

------ Señala que a partir de entonces reclamó, insistente y regularmente, el pago de las diferencias sobre el resto de las horas (460) trabajadas en forma mensual los días no laborables, en el Servicio Hospitalario de Hemoterapia de la mencionada entidad sanitaria. ----------

------ Afirma que, de las planillas de programación de guardias pasivas surge que el actor cumplió las 660 horas, y que se abonaron 200 en un

primer momento, y luego 400, sin llegar a la totalidad de las horas reclamadas. ----------

------ Reitera que el 9 de mayo de 2012, formalizó el reclamo de los conceptos mencionados, en forma retroactiva y para el futuro. Añade que dicho pedido, abarcó también la dedicación especial que brindaba diariamente, en su calidad de personal Técnico de Hemoterapia con los 34 años de antigüedad que detentaba en ese momento.----------

------ Esgrime el accionante que la Ley Provincial I N° 105 establece que los agentes del sector sanitario tienen derecho a percibir una justa retribución y un adicional por dedicación exclusiva, conforme surge de los arts. 65 y 66 de la citada normativa. Comenta que las prestaciones que cumplía en el Servicio eran inherentes a una dedicación especial y exclusiva de aquel.----------

------ Alega que es el Estado Provincial, Ministerio de Salud, en el carácter de empleador de sus dependientes, quien tiene la responsabilidad y el deber de abonar las remuneraciones que por ley correspondan. Ello, continúa, sin dejar de observar las normas reglamentarias en materia salarial, y con la adopción de medidas necesarias en resguardo del trabajador.----------

------ Expresa que, la omisión en el cumplimiento de esas obligaciones hace incurrir al empleador en responsabilidad de resarcir el perjuicio económico causado. ----------

------ Estima que en autos, el incumplimiento de dichas normas por parte de la Provincia del Chubut, le ha provocado un perjuicio económico debido a que no se le garantizó su haber mensual conforme lo dispuesto por la Ley Provincial antes citada. Aduna que esto ocurrió “al menos, en los últimos cinco años a partir de su reclamo (mayo/2012)”.----------

------ Argumenta, que el principio de legalidad contemplado en la Ley I N° 18 de la Provincia del Chubut, prescribe que todos los órganos administrativos deben proceder y decidir conforme a la ley y a las disposiciones fundadas en ella. Postula que aquel se ha visto vulnerado debido al incumplimiento del Ministerio de Salud de la Provincia del Chubut, en las liquidaciones de haberes de sus dependientes.----------

------ Recuerda el actor, que el Estado Provincial tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir las leyes. Añade que, en el caso de marras, es este quien tiene la responsabilidad de abonar los haberes de su personal, conforme las normas que sancionó. Seguidamente, trae jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia y de la Cámara de Apelaciones en lo

Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Transcribe citas doctrinarias. ----------

------ Esgrime que, al haberse abonado sus haberes sin considerar las horas de guardias pasivas efectivamente cumplidas, y sin reconocer la especial dedicación exclusiva, se ha producido un E.cimiento sin causa del Estado Provincial.----------

------ Concluye con que el presente reclamo se encuentra legitimado por los derechos y garantías que lo asisten. Itera la petición de pago de diferencias de haberes. ----------

------ 2.- Corrido el traslado pertinente, la accionada contesta demanda y opone defensa de falta de jurisdicción (fs. 165/183 y vta.).----------

------ La demandada relata brevemente la pretensión actoral. Transcribe fragmentos de doctrina acerca de la jurisdicción como concepto y como recaudo de admisibilidad. Cita jurisprudencia de este Cuerpo.----------

------ Asevera que la parte actora se limita a mencionar, sin especificar ni liquidar, las horas pasivas efectivamente laboradas que reclama.----------

------ Realiza un repaso de los artículos 63, 64, 65 y 66 de la Ley Provincial N° 2976 (ex ley 2672). Comenta los requisitos previstos en la citada norma, para acceder al adicional por dedicación exclusiva. Resalta que la percepción de dicho suplemento es “incompatible con toda otra tarea rentada o no, relacionada con su profesión u otra que altere el normal desempeño de sus funciones, excepto la docencia secundaria y universitaria e investigación”.----------

------ Expone también, que conforme aquella ley, las necesidades de servicio y razones extraordinarias, serán determinadas y fundamentadas por el Jefe de Servicio, y autorizadas por el Director de la dependencia en que cumpla tareas el agente. Ello, con la posibilidad de apelar la decisión ante la Junta Local de Carrera y llegar hasta el Comité de Carrera. --------

------ Luego de hacer la salvedad respecto de la extensión temporal del reclamo del actor, la Provincia demandada menciona que se encuentra en vigencia el Convenio Colectivo de trabajo de los empleados de Salud, homologado mediante Resolución N° 163/13.----------

------ Explica que esa convención tampoco consagra como regla, un derecho de los agentes de la salud sobre el adicional por dedicación exclusiva. Destaca que puede accederse a aquel, previa decisión de la autoridad competente y vía acto administrativo, otorgado como excepción

a quienes hayan cumplido funciones con dedicación exclusiva en un período mayor de diez años. ----------

------ Dice que, si bien el acuerdo aludido fue celebrado con posterioridad a la renuncia del sr. G., y aún para el caso hipotético de que las circunstancias del caso fueran analizadas bajo su órbita, tampoco correspondería la percepción del adicional por dedicación exclusiva por parte del actor. Ello pues, asevera, que no obstante haber cumplido el accionante los diez años de antigüedad en el mes de marzo de 1988, prestó además funciones en el ámbito privado desde el año 1977.----------

------ Seguidamente remarca, que de las probanzas de autos surgirá que el actor no reunía las condiciones exigidas por la normativa aplicable al caso, para acceder al adicional por dedicación exclusiva y a las horas pasivas que pretende.----------

------ Aclara la accionada que, sin perjuicio de la improcedencia del reclamo, para revisar la situación de revista del actor, conjuntamente con el adicional y las horas pasivas pretendidas, resulta necesario remover previamente las decisiones administrativas dictadas, Resolución N° 1076/1991 del Siprosalud, y Resoluciones N° XXI-164/2000, N°12/2012 y N° XXI-220/2016 del Ministerio de Salud, mediante la correspondiente acción de nulidad.----------

------ Expresa que la Resolución N° 1076/1991 del Siprosalud no contempla un derecho del agente sobre el adicional por dedicación exclusiva ni sobre las horas pasivas, otorga 40 horas semanales de labor a favor del actor y limita la subrogancia al cargo de Jefe de División, que ejercía el agente. ----------

------ Refiere que, mediante las Resoluciones N° XXI-164/2000, N°12/2012 y N° XXI-220/2016 del Ministerio de Salud, se rechazó el reclamo del accionante. A su vez, la última de ellas dispuso que, tal como surgía de las Planillas de Programación de Guardias Pasivas del Servicio, hasta mediados de 2008 el cupo era de 200 horas mensuales de guardia pasiva, y luego pasó a ser de 400 horas. ----------

------ Agrega que, entre los principales fundamentos del rechazo del reclamo, se encuentra el hecho de que el accionante cuestionó el número de horas de guardia pasiva que la Dirección del Hospital programaba para la atención del servicio, pero nada argumentó ni probó al respecto. Ello, sin perjuicio del emplazamiento que se le hizo al administrado, a los fines de alegar y ofrecer la prueba atinente a su derecho. ----------

------ Acota la demandada que no surge del reclamo resarcitorio previo, ni de la demanda instaurada, que el actor haya realizado siquiera un precario pedido de nulidad de las Resoluciones N° 1076/1991 del Siprosalud, N° XXI-164/2000, N°12/2012 y N° XXI-220/2016 del Ministerio de Salud. ----------

------ Comenta que en fecha 11/02/2000, el sr. G. interpuso un Recurso de Revisión contra la Ley de Carrera Sanitaria N° 2672, su modificatoria N° 2976 y la Resolución N° 1076/91-MS. En este sentido sostiene, que el planteo efectuado contra las dos primeras resulta incorrecto por pretender interferir en una materia delegada a la Honorable Legislatura provincial.-

------ En relación a la Resolución citada en último término, dice que el recurso era improcedente, pues aquella se encontraba firme y consentida. Y añade, que además de haber transcurrido en exceso el plazo previsto por la ley administrativa, fue articulado sin la alegación de un hecho nuevo y carente de nuevas pruebas. ----------

------ Aduna a su relato, una cita de doctrina sobre la presunción de legitimidad de los actos emanados de la administración, y del recorrido sobre la vía administrativa que necesariamente debe transitar quien se sienta lesionado por uno acto en particular. ----------

------ Insiste, en que la parte actora debió requerir y fundamentar expresamente, la nulidad de los actos administrativos que motivan su reclamo. ----------

------ Interpreta que la cuestión en debate presenta un supuesto de falta de jurisdicción para entender en la pretensión del actor.----------

------ Transcribe fragmentos de jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia; y amplía con citas de doctrina.----------

------ Concluye en que, de acuerdo al criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta inadmisible la acción contencioso administrativa instaurada por el actor. Ello, por tratarse de un reclamo cuyo objeto versa sobre diferencias salariales incompatibles con la normativa vigente, así como con lo dispuesto oportunamente por la Administración; y sin que se verifique una solicitud de nulidad sobre aquellos actos.----------

------ Acota, que no es de aplicación al caso, la doctrina del derecho privado que admite en ciertos supuestos y a opción del interesado, la reparación del daño sufrido como consecuencia de un acto jurídico inválido, sin requerir su anulación.----------

------ Finalmente, solicita a este Cuerpo que resuelva, y haga lugar a la excepción de falta de jurisdicción.----------
----- En los capítulos titulados “IV. Contesta Demanda.”, “V. Cuestiones Planteadas por el Actor.” y “VI. Antecedentes- Realidad de los Hechos”, en forma subsidiaria, contesta la acción. Solicita su rechazo, con costas. -

------ Hace reserva del caso federal, funda en derecho, ofrece prueba y realiza petitorio de estilo. ----------

------- 3.- Conferido el traslado de rigor, la parte actora responde a fs. 189. ----------

------- Señala que en fecha 09/05/2012, interpuso reclamo administrativo en los términos del art. 138 de la Ley I N° 18 (antes Decreto Ley N° 920). ----------

------ Agrega el accionante, que el 26/12/2012 interpuso un pronto despacho, por encontrarse ampliamente vencido el plazo que establece el art. 76 de la normativa de procedimiento, sin que la Administración se hubiera expedido. ----------

------ Aduce que el Ministro de Salud de la Provincia del Chubut siguió con su actitud de indiferencia, sin satisfacer su reclamo, pese a la interpelación deducida.----------

------ Manifiesta que en el mes de octubre de 2016, se notificó de la Resolución N° XXI 220/2016, dictada por el Ministerio de Salud, que rechazó su reclamo. Dice que, agotada la vía administrativa previa, queda expedita esta vía judicial que deduce. Infiere, que debido a esa razón, este Cuerpo deberá rechazar la excepción instaurada; con expresa imposición de costas.----------

------ A fs. 190 se giran los presentes a dictamen del Señor Procurador General, quien se expide a fs. 191 y vta.----------

------ Expone que del análisis y desarrollo del escrito inicial no surge, en forma clara y determinada, alegación de la actora respecto a la nulidad de los actos administrativos que tengan relación con su reclamo. ----------

------ Señala que el actor, sólo se refiere a la circunstancia de haber instado la reclamación previa y el respectivo pronto despacho. Pero que no refiere al pedido de nulidad de acto administrativo alguno. Adjunta jurisprudencia en la que este Superior Tribunal de Justicia se ha expedido acerca de la Falta de Jurisdicción. ----------

------ Por ello, el Magistrado opina que corresponde admitir la falta de jurisdicción acusada por la Provincia del Chubut.----------
----- **CONSIDERANDO**: ----------

------ I. Que el objeto de la pretensión del actor, y la advertencia de la demandada, obligan a este Tribunal a verificar su aptitud cognoscitiva en esta instancia. Ello obedece a razones de ahorro procesal, a fin de evitar el desarrollo de un pleito que luego podría culminar con la declaración de falta de jurisdicción. ----------

------ II. Este Superior Tribunal posee amplia jurisprudencia en la materia, que data desde 1990. Allí ha asentado -en concordancia con la Corte Suprema de Justicia de la Nación- el criterio que indica que, en mérito a la presunción de legitimidad propia de los actos administrativos, y al republicano principio de la división de poderes, está vedado a los jueces el controlar la validez de aquellos por propia iniciativa -esto es, de oficio- lo cual induce a declarar la falta de Jurisdicción cuando la declaración de nulidad no ha sido expresamente peticionada, y ella constituye el presupuesto necesario de la condena pretendida (SD Nº 13/90, 10/91, 69/92, 9, 37 y 38/93, 4,5,7,26, 38 y 51/94, 20, 22 y 23/95, 6/SCA/97, 8/SCA/98, 4, 8, 9, 15/SCA/00 y 57/SCA/01 - CS Fallos 190:142, 205:165, 291:499,310:1014 - Cam. Nac. Cont. Adm. en pleno - ED 118-391 - Sala IV - 19/6/96 LL 1/4/97). ----------

------ Con apoyatura en los argumentos arriba mencionados, se ha expedido recientemente el Cuerpo, en SD N°67/SCA/2017. Allí, resolvió declarar su falta de jurisdicción para entender en una acción contencioso administrativa instaurada.----------

------ En dicho fallo, se entendió que "...la relación jurídica de empleo en cuyos derechos y obligaciones emergentes puede encontrar sustento esta acción, se cualifica por la presencia del Estado como empleador. Está regida por el Derecho Administrativo, la voluntad de aquél se expresa por actos de esta naturaleza de características y efectos propios...". Cabe considerar que "...la circunstancia de intervenir el Estado o cualquiera de sus órganos descentralizados, en calidad de poder público en la relación, le otorga una impronta y determina consecuencias que se extienden al control judicial al que necesaria e indefectiblemente están sujetos. Una de estas consecuencias es justamente la imposibilidad de acceder a este control si no media instancia de parte, como modo de preservar la independencia de los Poderes, garantía del sistema republicano..." (SD N° 51/94)".----------

------ Además, es pertinente puntualizar que tal circunstancia debe ser analizada en cada caso concreto (SD Nº 20 y 22/95; 02/SCA/02, 9 y

69/SCA/09, 34 y 50/SCA/10, entre otras), pues la doctrina de la falta de jurisdicción no es de empleo automático y se aplica a las denominadas demandas "impugnatorias" en las que media un acto de la Administración presumido legítimo, que puede obstaculizar -o no- la pretensión directa constitutiva o de condena perseguida (cfr. SI N° 6/SCA/14).----------

------ Según lo reiteró la Sala en la Sentencia Interlocutoria citada en último término, ya en las Sentencias Definitivas N° 20 y 22/95, con cita de Rodolfo Barra - "Aspectos Procesales de la nulidad del acto administrativo" (ED 121- 278)- se ha explicado la necesidad de determinar, previo a su aplicación en cada caso concreto, cuándo el acto afecta la situación jurídica de las partes, o si simplemente le introduce una modificación accesoria a la relación jurídica que no la afecta esencialmente. Esto es, cuándo la reclamación que es objeto de la acción depende de la invalidez del acto, siendo su declaración imprescindible para su procedencia o no (cfr. SD N° 02/SCA/02). ----------

------ Entonces, es de recordar que cuando el administrado voluntariamente concurre a reclamar un derecho público subjetivo ante la administración, procura, en esencia, un pronunciamiento expreso por parte del poder público. En tal circunstancia, la decisión obtenida importa modificar la situación jurídica del reclamante frente al derecho pretendido y frente a la administración. ----------

------ De ello se sigue que la manifestación de voluntad administrativa formalizada por el acto, al modificar la situación jurídica sustancial por vulneración o conculcación expresa del derecho o interés pretendido, acota la jurisdicción a la revisión, la que solo puede producirse a pedido de la parte interesada. En este caso, la declaración de inexistencia del derecho reclamado, crea con presunción de legitimidad, un estado jurídico que la sentencia solo puede remover, previa declaración de ilegitimidad del acto, aun cuando su existencia (la del derecho o interés) no dependa -en definitiva- de la validez o invalidez del aquel (cfr. SI N° 39/SCA/98). ----------

------ III. Que, a través de la presente, el actor pretende el cobro de las diferencias salariales de las horas de guardia pasiva que dice no abonadas y debidamente trabajadas como Técnico de Hemoterapia en el Hospital Subzonal de la ciudad de Rawson; por los períodos no prescriptos desde la interposición formal del reclamo administrativo de fecha 09/05/2012. Todo con más los intereses legales. ----------

------ Que ciertamente el objeto de la litis requiere examinar la validez de los actos administrativos que rechazaron el reclamo que dedujera el

accionante en sede administrativa. ----------
----- A este fin debe tenerse presente la Resolución N° XXI-220/2016 del Ministerio de Salud (fs. 6/7). Mediante ese acto, la administración tuvo a la vista el Expediente N° 689/12-HSRW; consideró la extensión temporal del reclamo y la normativa citada por el agente, analizó las planillas de programación de guardias pasivas del servicio al que pertenecía el actor, e interpretó que hasta mediados de 2008 el cupo del servicio era de 200 horas mensuales de guardia pasiva y que luego se amplió a 400 horas mensuales. Corroboró que el cobro de tales horas fue efectuado por una o dos personas, según fuera la integración de agentes del servicio.----------
---

------ Concluyó el Ministerio de Salud, en que la presentación del Sr. G. resultaba ser un mero cuestionamiento del número de horas de guardia pasiva que eran programadas por la Dirección del Hospital para la atención del servicio. Y que al respecto, nada había argumentado ni probado. Con base en los argumentos señalados, resolvió rechazar el reclamo formulado por el agente G..----------

------ Expuesta de ese modo la voluntad administrativa, solo será posible admitir -si procediere- la acción deducida, previa declaración de nulidad del acto que rechazó su reclamo, la que no ha sido peticionada en autos por el sr. G..----------

------ IV. Es que de la lectura minuciosa de la pretensión esgrimida, tal como señala el Señor Procurador General, no surge que la actora requiera la declaración de nulidad de acto administrativo alguno. Solo se limita a comentar que, en esa sede, ha instado la reclamación previa y solicitado el respectivo pronto despacho. Sin perjuicio de advertir esta Sala, que la Resolución N° XXI-220/2016 fue notificada al accionante, y que este la acompaña en autos a fs. 6/7.----------

------ Su omisión en tal sentido, sella fatalmente la suerte de su acción en tanto su curso implicaría la revisión de un acto administrativo presumido legítimo.----------

------ En consecuencia, corresponde hacer lugar a la defensa opuesta por la accionada y declarar la falta de jurisdicción de esta Sala para conocer en autos.----------

------ V. Que las costas de este incidente y del proceso deben imponerse al accionante vencido (arts. 69 y 70 CPCC).----------

------ VI. En cuanto a los honorarios, procede valorar los trabajos profesionales del apoderado del actor y de los representantes procesales

de la Provincia demandada, por la primera etapa cumplida en el proceso y, además, por su intervención en este incidente (arts. arts. 5° inc. b) a f), 6, 7, 9, 32, 37 y 46 de la Ley XIII N° 4). Los estipendios se fijan para el Dr. E. A. M., en 3,33% (1/3 del 10%) del monto reclamado; y para los Dres. N. F. T. y J. A. T., de manera conjunta, en 5,33% (1/3 del 16%) sobre la misma base de cálculo. Por este incidente, al Dr. E. A. M., en el 10% de los antes fijado; y a los Dres. N. F. T. y J. A. T., en conjunto, en el 20% de la regulación dada para el proceso. En todos los casos, siempre que ello supere el mínimo legal, con más IVA si correspondiere.----------
---

------ Por ello, la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia; -

---------- **R E S U E L V E**:----------

------ **1º**) **HACER LUGAR** a la defensa de falta de Jurisdicción interpuesta por la demandada Provincia del Chubut. ----------

------ **2º**) **COSTAS** del incidente y del principal a la actora (arts. 69 y 70 del CPCC).----------

------ **3º**) **REGULAR** los honorarios de los profesionales intervinientes, por una etapa del proceso: al apoderado del actor, Dr. E. A. M., en 3,33% (1/3 del 10%) del monto reclamado; y para los letrados representantes de la Provincia del Chubut, Dres. N. F. T. y J. A. T., de manera conjunta, en 5,33% (1/3 del 16%) sobre la misma base de cálculo. Por este incidente, al Dr. E. A. M., en el 10% de los antes fijado; y a los Dres. N. F. T. y J. A. T., en conjunto, en el 20% de la regulación dada para el proceso. En todos los casos, siempre que ello supere el mínimo legal, con más IVA si correspondiere.----------

------ **4º**) **REGÍSTRESE** y notifíquese. ----------

------ La presente resolución es dictada por dos miembros de la Sala (art. 28, Ley V N° 3). ----------
Fdo:
MIGUEL ANGEL DONNNET **MARIO LUIS VIVAS**

RECIBIDA EN SECRETARIA EL DE JUNIO DE 2017,
REGISTRADA BAJO EL N°33/SCA/17.----------