ACUERDO N° 12. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve 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 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: **"BAZAN RODOLFO ARMANDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2711/09**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** El Sr. Rodolfo Armando Bazán se presenta a fs. 10/12, por derecho propio, con patrocinio letrado y promueve acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén.

Solicita se declare la nulidad del Decreto 441/09 por entender que adolece de vicios graves y gravísimos que afectan su validez y, consecuentemente, se le reconozcan las diferencias salariales que reclama.

Menciona que, tal como surge del reclamo administrativo, solicitó que se corrijan las omisiones incurridas por las autoridades del Hospital Castro Rendón, de la Subsecretaría de Salud y del Ministerio de Salud y Seguridad Social de la Provincia respecto a la creación del "Servicio de Automotores, Conserjería y Teléfonos" y del "Servicio de Vigilancia y Seguridad" dependientes del Hospital Castro Rendón.

Aclara que ello no sería objeto de su acción sino fuera por el hecho que fue designado como "Jefe del Servicio de Automotores, Conserjería y Teléfonos" mediante Disposición 88/97 emanada del Director del Hospital Castro Rendón el 17/3/97, funciones que desempeñó hasta el 22/12/03 que fue nombrado como "Responsable del Área de Seguridad y

Vigilancia", mediante Disposición 320/03, dictada por la misma autoridad.

Señala que luego de las designaciones y transcurridos algunos meses, el expediente de reencasillamiento era devuelto, advirtiendo que no se contaba con el cargo solicitado en la estructura orgánica del Hospital; pese a ello, dice, se le prometía la creación del Servicio y el reconocimiento retroactivo de la bonificación pertinente.

Agrega que, no obstante, efectuó varios reclamos a efectos de que se le abonara la mayor responsabilidad que esos cargos representaban y nuevamente se le respondía que ello era improcedente en atención a que no se contemplaban los mismos en la estructura orgánica del Hospital.

Expresa que, sin perjuicio de los reconocimientos al mérito en el desempeño de las responsabilidades asignadas, efectuados por autoridades hospitalarias, cuando se reformó la estructura orgánica del Hospital se omitió agregar las Jefaturas en las cuales fue designado.

Efectúa el "encuadre jurídico de la situación".

En definitiva, alega que en atención a haber desempeñado efectivamente las tareas encomendadas, corresponde inferir que ha adquirido el derecho al cobro de los emolumentos que establece el art. 7 inc. 3, apartado B-2 de la Ley 2265 de Remuneraciones de la Administración Pública.

Indica que el Decreto 441/09, reconoce la efectiva prestación de esos servicios laborales de mayor responsabilidad desempeñados y desconoce el derecho al cobro de los mismos en razón de que el cargo asignado no se encontraba en la estructura orgánica funcional del nosocomio.

Sostiene que dicho acto adolece de vicios muy graves (conforme el art. 66 inc. c) de la Ley 1284) y, por lo tanto, es inexistente en los términos de los arts. 71 y 72 del mismo cuerpo legal.

Alude al derecho de propiedad conforme el mandato constitucional.

Invoca el principio de primacía de la realidad.

Ofrece prueba. Funda en derecho.

II.- Declarada la admisión del proceso mediante la R.I. 7037/09, el accionante optó por el trámite ordinario a fs. 31 y se corrió traslado de la demanda.

III.- A fs. 38/40 obra la contestación de la Provincia de Neuquén.

Interpone la defensa de prescripción al pago retroactivo de adicionales, desde el 17/3/97 hasta el 4/11/05, por mayor responsabilidad o responsabilidad en el cargo.

Señala, en base a las previsiones del art. 191 inciso a) de la Ley 1284 y 4027 inc. 3 del Código Civil, que cabe aplicarse un plazo máximo de cinco años para el cómputo respectivo.

Considera como fecha de inicio del cómputo de la prescripción liberatoria el 4/9/08, fecha de presentación de la reclamación administrativa.

Para el supuesto de prosperar eventualmente la demanda, dice que el único período que podría ser reconocido es entre el 4/9/03 y el 4/11/04 o, eventualmente, el 4/11/05 dependiendo de la prueba a realizarse en autos, siendo improcedente los períodos anteriores.

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

Destaca que la Ley 2265 en la que el actor funda su derecho no resulta de aplicación en tanto se derogó en su totalidad el art. 7 por medio de la Ley 2562, resultando de observación el art. 2 Inc. E-4 (responsabilidad del cargo) que requiere que el tiempo dedicado al servicio sea como mínimo de 40 horas semanales y que, además, presten servicios en algunos de los cargos detallados en la tabla del Anexo IX.

Agrega que, si el cargo no está especificado en dicho anexo, no se le puede reconocer el derecho pretendido.

Por su parte, argumenta que, de ser aplicable la Ley 2265, tampoco sería procedente el adicional toda vez que la función cumplida no lo tiene asignado.

Señala que en sede administrativa se limitó a requerir el adicional que le habría correspondido como Jefe del Servicio de Automotores, Conserjería y Teléfono, pero no el de Responsable del Área de Seguridad y Vigilancia, por lo que en virtud del principio de congruencia –art. 8 de la Ley 1305- no correspondería incluir esta pretensión a la hora de resolver el planteo.

Manifiesta que, a todo lo anterior se suma lo dispuesto por el Decreto 2047/01 en punto a la improcedencia del pago retroactivo de bonificaciones cuando no exista norma legal respaldatoria; dice que el actor no cuestionó dicho reglamento.

Cita el artículo 40 de la Ley de remuneraciones y, como consecuencia de esa norma, enfatiza que el otorgamiento de las bonificaciones es una facultad inherente al Poder Ejecutivo de la Provincia, de carácter excepcional y restrictivo.

Reitera que el actor no acredita que haya cumplido con los requisitos para obtener la bonificación desde su ingreso y no logra demostrar los vicios que le atribuye al Decreto que impugna.

Ofrece prueba.

IV.- A fs. 50 se abre la presente causa a prueba, período que es clausurado a fojas 177/178.

V.- A fs. 183/189, se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo quien propicia se haga lugar parcialmente a la demanda, por el período comprendido entre el 4 de septiembre y el 22 de diciembre de 2003 y en lo demás se rechace.

VI.- Ahora bien, como quedara dicho, el actor postula la nulidad del Decreto 441/9 que rechazó su reclamo en sede administrativa, pues entiende que se ha lesionado su derecho de propiedad al negársele el pago del adicional por mayor responsabilidad en virtud de haber desempeñado las funciones de "Jefe del Servicio de Automotores, Conserjería y Teléfonos", primero, y después de "Responsable de Vigilancia y Seguridad".

En ambos casos, alega que ha sido designado en tales funciones mediante Disposición de la Dirección del Hospital Castro Rendón, con lo cual, en su caso, debería ser de aplicación lo dispuesto por el art. 7, inc. 3, apartado B-2 de la Ley 2265 de Remuneraciones.

VI.1.- Según surge del informe obrante a fs. 146 de autos, *"por Disposición interna N° 88/97 se lo designa como responsable del Servicio de Automotores y Conserjería, a partir del 17/3/97 y hasta el 21/12/03. Por Disposición interna N° 320/3 se lo designa responsable del Área de Vigilancia y Seguridad Hospitalaria a partir del 22/12/03 y hasta el 28/2/4, fecha en que se le otorga licencia sin goce de haberes por art. 77 inc. a)…."*

Entonces, queda así delimitado el período reclamado (desde el 17/3/97 al 28/2/04) pues, en lo posterior, ya excede a las "designaciones internas" que han sido invocadas.

También, teniendo en cuenta ese período, queda claro que resulta de aplicación la Ley 2265 y no la Ley 2562 –sancionada el día 8/11/07- (postulada por la demandada).

VI.2.- Recuérdese que el art. 7 de la Ley 2265 establecía que las bonificaciones correspondientes a la carrera sanitaria del personal de la Subsecretaría de Salud, se regirían a partir del 1 de mayo de 1998 por esa normativa.

Así, en lo que aquí importa, el art. 3 se ocupaba de la "RESPONSABILIDAD DEL CARGO", estableciendo en el apartado B. "Responsabilidad de conducción y/o supervisión de

los sectores de Enfermería, técnicos, administrativos y de servicios generales" que percibirá esta bonificación el personal designado para estas funciones por disposición de la Subsecretaría de Salud, para desempeñarse en puestos de conducción dentro de estructuras orgánicas previamente aprobadas por norma legal en las siguientes funciones:

B - 2. Para jefes de servicios de Hospital Provincial Neuquén (Complejidad VIII)… se fija el monto de la bonificación en doscientos cuatro (204) puntos. B - 3. Para jefes de sectores del Hospital Provincial Neuquén (Complejidad VIII)… se fija el monto de la bonificación en ciento cuarenta y un (141) puntos. B - 4. Para jefes de sección en Hospitales de Nivel de Complejidad VIII… se fija el monto de la bonificación en ochenta (80) puntos.

VI.3.- Ahora bien, el mismo actor asume en su demanda que los cargos que desempeñó no estaban contenidos en la estructura orgánica funcional del Hospital y, tanto así, que según indica "las autoridades hospitalarias se comprometieron a gestionar la creación del cargo y el reconocimiento retroactivo de la bonificación permanente", hecho que finalmente no sucedió [al menos en el período reclamado no hay constancias de que, efectivamente, éstos se hubieran incorporado a la estructura orgánica].

Entonces, siendo así, se carece de uno de los recaudos de procedencia de la bonificación reclamada que es el "haberse desempeñado en puestos de conducción dentro de estructuras orgánicas previamente aprobadas por norma legal", tal como prevé el art. 7, inc. 3, ap.B de la Ley 2265, lo que alcanzaría para sellar la suerte adversa de la pretensión.

Pero, además, tampoco contó con la "designación efectuada por disposición de la Subsecretaría de Salud", toda vez que la función fue encomendada mediante una Disposición Interna del Director del Hospital.

Y aún cuando se pudiera avanzar en el análisis de las tareas efectivamente cumplidas por el accionante (tal como lo hace el dictamen del Sr. Fiscal) lo cierto es que no hay modo de poder reconocer que le asiste el derecho a la percepción del adicional, cuando no se da el presupuesto básico de que el cargo del que derivaría el pago, esté previamente establecido en la estructura orgánica de la dependencia.

VI.4.- En efecto, en reiteradas oportunidades, se ha sostenido que para el otorgamiento de adicionales resulta necesario valorar si se dan los elementos exigidos por la norma. En ese contexto, la prestación de las funciones que determina la Ley como merecedoras de un adicional es uno de los aspectos, pero no el único.

En este orden de ideas, por ejemplo, en supuestos en que el cargo jerárquico sí estaba creado en la estructura orgánica de la dependencia y se encontraba acreditado que el agente cumplió las funciones inherentes a dicho cargo, este Cuerpo ha estimado que “la demora injustificada en la emisión del acto de nombramiento en la función no puede tener consecuencias disvaliosas para el empleado”.

Es decir, se ha considerado que el tiempo transcurrido mientras se tramita el otorgamiento del adicional no puede serle imputado al agente, por lo que el acto administrativo que finalmente lo otorgó debió establecerlo desde la fecha en la que se cumplió el presupuesto de hecho previsto normativamente” (Ac. 1680/9 “Acosta”).

Pero, en este caso, no puede seguirse tal temperamento puesto que lo que no se cumple es, precisamente, el presupuesto de hecho previsto normativamente; esto es que los “cargos”, entendiendo por tal, las “Jefaturas” de las que se desprendería el derecho a percibir el adicional previsto en la Ley, hayan sido efectivamente creadas como tales en la estructura del Organismo; y ello no es un dato menor pues de

allí se desprenden las “necesidades del servicio” que justifican el pago del plus y la eventual previsión presupuestaria que ello apareja.

VI.5.- En este escenario se inscribe, además, el Decreto 2047/1 (publicado el día 16/11/01) citado por la demandada que, en vistas a la Ley de Remuneraciones 2265 y sus complementarias, y a fin de “lograr una Administración Pública ordenada y eficiente” estableció una serie de medidas, tales como: *“ A partir de la vigencia del presente decreto, el Poder Ejecutivo se avocará a la determinación, y/o asignación de funciones y/o readecuación de tareas de todos los agentes de la Administración Pública provincial, entes centralizados y descentralizados, imponiéndose como requisito previo e ineludible de las mismas, su aprobación por decreto debiendo contar con la intervención del Ministerio de Planificación y Control en el pertinente trámite” (art. 1); “Prohíbase el reconocimiento retroactivo de los adicionales previstos por el cumplimiento de funciones desarrolladas sin norma legal respaldatoria y en transgresión al procedimiento previsto en el artículo 1° de la presente norma” (art. 2). “Todas las reubicaciones de personal que se resuelvan a nivel ministerial, deberán contar con la debida intervención del Ministerio de Planificación y Control de Gestión quien verificará el cumplimiento de la presente en materia de adicionales y bonificaciones (art. 3).*

Con ello se quiere significar que, evidentemente, la cuestión aquí presentada no es novedosa en el ámbito de la Administración Pública y, precisamente por ello, se reglamentó con mayor detalle los recaudos a los se ajusta el derecho al cobro de los adicionales; como puede verse, el cumplimiento de una determinada función, por sí sola, no conlleva a su percepción.

Y no se advierte que ello resulte irrazonable puesto que, de otro modo, bastaría con que internamente se

distribuyan funciones o tareas y se designe a agentes como “Responsables” o “Jefes” en Jefaturas inexistentes, para hacerlos acreedores de los adicionales previstos en la Ley de Remuneraciones.

Claro está que este Reglamento, para que cumpla enteramente su finalidad, debería activar, también, las responsabilidades funcionales de los superiores que actúen en forma desajustada a sus previsiones, de manera que sean los funcionarios los que soporten las consecuencias de transgredir las “prohibiciones” señaladas.

Retomando, debe señalarse que en las oportunidades que este Tribunal estimó que no era aplicable el Decreto 2047/1 en punto a la prohibición del reconocimiento retroactivo de adicionales, ello obedeció a que se trataba de *“situaciones de hecho anteriores a la vigencia de la norma, por cuanto ésta no contenía una disposición que permitiera su aplicación retroactiva”.*

Desde dicho vértice, en este caso, vale observar que aún cuando pudiera soslayarse el argumento principal que funda el rechazo de la pretensión de pago del adicional (esto es la inexistencia de los cargos en la estructura orgánica), lo cierto es que el período contemplado a partir del mes de noviembre de 2001 a febrero de 2004 también quedaría alcanzado por dicho reglamento.

VII.- Entonces, toda vez que de reconocer al accionante el derecho a cobrar el adicional reclamado en las condiciones que aquí han quedado patentizadas, implicaría tanto como convertir en letra muerta el texto de la Ley de Remuneraciones para suplantarla por una decisión desapegada al principio de legalidad o meramente voluntarista impropia de la labor jurisdiccional, la suerte del reclamo se encuentra sellada.

En este estado de situación, entonces, no cabe más que concluir que no existe mérito para descalificar el acto

administrativo impugnado, esto es el Decreto 441/9 que denegó el reclamo del accionante en sede administrativa.

VIII.- Todas estas razones llevan a desestimar la demanda impetrada. Y, de tal forma, deviene innecesario tratar la defensa de prescripción opuesta por la demandada.

En cuanto a las costas, éstas serán impuestas en el orden causado. Ello así, en función de que la forma en que se ha conducido la Administración en relación con el actor (principalmente en cuanto le atribuyó funciones de Jefaturas inexistentes en la estructura orgánica del Hospital) pudieron ciertamente crear el convencimiento de la necesidad de plantear formalmente la acción para obtener el pago de las diferencias salariales que, estimaba, le correspondían (art. 68, segunda parte del CPC y C). **MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor RICARDO TOMAS KOHON** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. 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 Sr. Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º)** Rechazar la acción procesal administrativa incoada por el Sr. RODOLFO ARMANDO BAZAN contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN; **2°)** Imponer las costas en el orden causado (art. 68 C.P.C.y C., segunda parte, de aplicación supletoria); **3°)** 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