

Expte. N° 13-06811090-9, “Martinez Ana Victoria c/ Instituto Provincial de la Vivienda s/ A.P.A.”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- La actora promueve demanda contra el Instituto Provincial de la Vivienda con el objeto de que V.E. condene a la demandada a designar a la actora en la categoría Profesional dentro del IPV por FONAVI con el correspondiente encasillamiento conforme a la ley 5465 y decreto 2383/07 y abonar las diferencias salariales en concepto de recategorización desde la efectiva prestación de tareas desde el 23/9/2021, con más sus intereses legales.

Expresa que ingresa al IPV mediante sucesivos contratos de Locación de Servicios hasta que se la designa en Planta permanente como auxiliar desde el día 22 de julio 2015.

Afirma que se ha capacitado buscando recibirse de Comunicadora Social dado que presta servicios en esa área del IPV, obteniendo el título de Comunicadora Social (5 años), el día 6 de diciembre de 2019.

Refiere que como presta servicios como comunicadora social en el Área de Comunicación y Prensa del IPV, solicita se le otorgue la categoría que le corresponde según su título y sus tareas y el empleador reconoce el derecho a solicitar su re-encasillamiento pero rechaza los recursos argumentando que se requiere una excepción previa que debe emanar del Sr. Gobernador de la Provincia.

Señala que actualmente reviste en la categoría administrativa dentro del IPV por FONAVI y en el régimen 15, agrupamiento 1 administrativo y técnico, clase 6, sin embargo si se la considerara como profesional, le correspondería la categoría de profesional dentro del IPV por FONAVI y en el régimen 15, agrupamiento 3 profesional, clase 13 a 15 por su plan de estudios de 5 años, conforme decreto 2383/07.

Agrega que posee una carga horaria mensual

de 146 horas, por lo que según la paritaria de octubre del 2021, debería haber cobrado aproximadamente \$75.915 por ser profesional, pero cobró \$53.975 porque está considerada como administrativa, siendo la diferencia salarial cuantiosa y justifica se haga lugar al reclamo.

Alega que el decreto cuestionado por un lado celebra que se haya capacitado y sostiene que es un derecho pero que beneficia a la administración, reconoce el error en el encasillamiento y sin embargo rechaza el Recurso por no contar con autorización previa del Gobernador y aprobación de Hacienda, apartándose de la ley e ignorando la situación de los agentes y la realidad del Organismo.

Sostiene que la falta de reescalafonamiento resulta no solo discriminatoria sino arbitraria y constituye un vicio del acto administrativo, que merece ser reparado por esta SCJMza.

Indica que de acuerdo a los bonos de sueldo que se acompañan y la categoría que debería revestir, la diferencia entre la categoría, agrupamiento y clase que detenta, y la categoría profesional del IPV por FONAVI, el agrupamiento 3 Profesional y Clase N° 13 a 15, que es la que les corresponde, existe una diferencia salarial mayor a un 40%.

Arguye que desde el punto de vista práctico el IPV no analiza su situación, ni su posibilidad de excepción, no tramita la autorización ni su aprobación, no indaga en las posibilidades presupuestarias, ni tiene en cuenta las bajas o sobrantes de partidas, ni tampoco dicta un nuevo acto administrativo ni le concede régimen de subrogancia abonando el salario que le corresponde, colocándola en situación de desprotección, al no atender su reclamo pese a su mismo reconocimiento.

Denuncia que el decreto cuestionado ignora el derecho a la carrera como el derecho al reencasillamiento conforme las reales funciones que desempeña dentro de la estructura interna del IPV.

II- En su responde, el Instituto Provincial de la Vivienda demandado solicita el rechazo de la demanda, indicando que la actora debe cumplir con los requisitos aludidos por el Decreto N° 1685/21 a fin de poder obtener su inclusión en el agrupamiento profesional y que no hay un rechazo definitivo porque la situación de la agente queda condicionada al cumplimiento de determinados procedimientos: existencia de partida

disponible o de cargos vacantes y certificación que la Lic. Martinez realiza tareas propias del agrupamiento profesional; ante la falta de concurso se sugiere recurrir a un ajusta interino en la situación de revista hasta tanto se cumpla ese requisito legal, siendo el rechazo procedimental que carece de carácter definitivo.

Explica que más allá de que la actora trabaje en el Area de Prensa del IPV, continúa realizando la misma tarea que venía desarrollando como administrativa antes de obtener el título profesional, es decir no hay una tarea diferente a la que ya realizaba, por lo tanto no es irrazonable que se mantenga la misma situación de revista.

Refiere que la actora minimiza las limitaciones legales que le impiden al IPV acceder a su solicitud, olvida que la normativa vigente exige contar con la previa autorización del Sr. Gobernador y tampoco plantea la inconstitucionalidad de la norma.

Sostiene que el ascenso a la categoría de profesional requiere concurso y en caso de resultar la mejor calificada le correspondería la clase 13 (artículos 13 y 14 de la ley 7897).

Destaca que el IPV carece de facultades legales suficientes para hacer lugar a la petición de la actora, legalmente no puede tomar decisiones si no cuenta previamente con la autorización expresa del Sr. Gobernador de la Provincia, por lo que existe una imposibilidad jurídica que deviene de numerosos decretos dictados por el Poder Ejecutivo que impiden los cambios en la situación de revista (Decreto 1/12, 43/13, 155/14, 285/15, 1928/16, 2544/17, 2316/18, 3102/19, 544/20).

Alega que no obstante ello, el decreto impugnado abre la posibilidad de obtener un nuevo encasillamiento con carácter interino hasta tanto se cumpla con la exigencia constitucional y legal del concurso.

Entiende que la igualdad constitucional es una garantía reconocida para cumplir con las leyes vigentes, no para apartarse de ellas ya que es común ver que quienes no han cumplido la ley, por ejemplo ingresando en la administración sin concursar, pretenden los mismos derechos de quienes la han cumplido, lo que tipifica la invocada discriminación, violatoria de la igualdad prevista en el art. 33 de la Constitución de Mendoza.

III- Fiscalía de Estado en observancia al mandato contenido en el art. 177 de la Constitución Provincial y la Ley 728 y en cumplimiento de sus obligaciones de contralor de la legalidad y custodio del patrimonio Fiscal, sostiene que actuará limitándose al control de legalidad pertinente.

IV- Analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio; los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio entiende que no correspondería hacer lugar a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- Se advierte que la actora fracasa en el intento de demostrar la procedencia de su pretensión, reiterando argumentos ya expuestos en instancias anteriores que no logran desvirtuar, en concreto, los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados al emitir la resolución puesta en crisis ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución dictada.

ii- Las constancias de autos, confirman la posición adoptada por la accionada en las decisiones impugnadas las cuales resultan legítimas y ajustadas a derecho.

Obtenido el título profesional de Comunicadora Social y efectuado el reclamo del pago del ítem de título universitario y el encasillamiento en la categoría profesional, el Instituto Provincial de la Vivienda, decidió aprobar el pago del adicional por título universitario desde el 23 de septiembre de 2020 (fecha del reclamo) pero no hizo lugar a la modificación de la situación de revista atento a las restricciones presupuestarias (Decreto Acuerdo N° 2544) y la necesidad de tramitar la excepción, mediante autorización previa del Sr. Gobernador y aprobación del Ministerio de Hacienda y Finanzas al cambio de agrupamiento en los términos de los Decreto Acuerdo N° 1928/16, 2544/17, 2316/18, 3102/19.

En los considerandos del Decreto N° 1685 se expresa que Asesoría de Gobierno ha emitido dictamen en un caso análogo, también en Recurso de Alzada proveniente del IPV, en el cual concluye: “En

cuanto al fondo del reclamo y recurso:... esta Asesoría considera que, sin embargo y en las condiciones actuales de las actuaciones, no están acreditadas las condiciones –que deben ser actuales y no futuras e hipotéticas- para que proceda la revocación de la resolución venida en recurso”. “De conformidad al criterio sentado en anterior dictamen de Asesoría de Gobierno (N° 119, de fecha 17 de febrero de 2020), sería menester, efectiva, fehaciente y previamente, cumplir con esos trámites administrativos esenciales o necesarios, acreditándose el real cumplimiento, en el caso de los requisitos escalafonarios y autorizaciones presupuestarias que condicional al IPV en la posibilidad legal de acceder al cambio de agrupamiento pretendido por su agente”. “En efecto se debiera cumplimentar la debida instrucción del reclamo, realizándose los actos preparatorios y disponiendo la autoridad competente la excepción a las prohibiciones actualmente existentes. Esto es contar con la autorización previa del Sr. Gobernador y aprobación del Ministerio de Hacienda y Finanzas al cambio de agrupamiento...”.

Agrega en otro considerando que en el dictamen de orden 28 se entiende que respecto del reclamo analizado, le asiste razón a la agente sobre el fondo de la cuestión, no obstante para poder hacer viable el reencasillamiento, se requiere de actos previos y preparatorios de la voluntad administrativa que son ineludibles y que claramente no se han cumplido, ya que no existe constancia de haber presentado la excepción al Señor Gobernador.

iii- Tal decisión a criterio de este Ministerio Público Fiscal no resulta arbitraria dado que obsta al reconocimiento la falta de prueba respecto a la existencia de cargo vacante y crédito presupuestario tal como V.E. lo señala en el precedente “*Falcon Esteban Alejandro c/ Hospital Humberto Notti s/ A.P.A.*”, Expediente N° 13-04022715-0, Sala I, 15/05/2018).

Por lo expuesto, procede que V.E. no haga lugar a la demanda conforme los argumentos expuestos precedentemente.

Despacho, 02 de marzo de 2023.