Ministerio Público Fiscal
PROVINCIA DE MENDOZA

Expte. Nº 13-06829301-9, "Mercado Pablo Federico c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa"

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i.- La demanda

Pablo Federico Mercado interpone acción procesal administrativa, a fin de que V.E. ordene se proceda a recategorizar o modificar el encasillamiento y abonar las diferencias salariales adeudadas desde el 28 de marzo de 2019 en adelante (fecha en que se inició el reclamo administrativo), como también la disminución de la carga horaria de 140 horas a 100 horas mensuales.

Refiere que se encuentra registrado como "SCPA Subof. Subalt. Subof. Subayte." en clase 2 y le corresponde encasillarlo en el escalafón "Profesional y Administrativo" cargo subadjutor con clase 8, en base a las tareas de nutricionista que viene cumpliendo desde su ingreso, en diferentes establecimientos penitenciarios de la provincia.

Pide además que se le restituya a su horario de 100 horas mensuales, ya que desde enero de 2019 hasta la actualidad le fue modificado su régimen horario y se lo aumentaron de 100 a 140 horas mensuales, siendo que los demás profesionales que se desempeñan en las penitenciarias de la provincia tienen un régimen de 100 horas mensuales.

Describe lo actuado en sede administrativa, indicando que sus reclamos no han sido resueltos y que el 18 de enero de 2019 le fue notificada una resolución en la cual le informaban que debía cumplir con una carga mensual de 140 horas, la cual firmó en disconformidad e interpuso recurso de revocatoria contra la misma, sin obtener respuesta hasta el día de hoy.

Indica que obtuvo el título universitario de nutricionista el día 10 de marzo de 2006 y que ingresó a trabajar en la Penitenciaría en

Planta Permanente el día 01 de diciembre de 2012, tal como figura en sus r4cibos y justamente lo contrataron porque necesitaban un nutricionista para que cumpliera las tareas propias de su profesión.

Refiere que en sus comienzos fue encasillado como "agente" en clase 0 (cero), cumplía un régimen horario de 100 horas mensuales y que siempre realizó tareas de "nutricionista" acordes a su título universitario las cuales detalla.

Agrega que desde sus comienzos estuvo incorrectamente encasillado, ya que según las disposiciones de la ley provincial N° 7493, a los profesionales que se desempeñan para el servicio penitenciario les corresponde el cargo de subadjutor con clase 8 y expresamente nombra a los nutricionistas.

Resalta que el reclamo encuentra su razón de ser en lo normado por los arts. 19 y 20 de la Ley N° 7493 y en la práctica efectuada de los Decretos N° 1158/2015 y N° 2838/2008, donde se procedió a la reubicación jerárquica de personal- Escalafón Cuerpo de Seguridad, ocurrida en los meses de junio y julio de 2019.

Cita jurisprudencia a su favor y menciona que incluso en el año 2015 se reencasilló a aproximadamente 100 agentes del servicio penitenciario provincial sin haber sido incluido.

ii.- <u>La contestación</u>

El Gobierno de la Provincia en el responde de fs. 25/27 reconoce como hechos jurídicamente relevantes que el actor ingresó en el cargo de Agente del Servicio Penitenciario Provincial el 31/12/2012; que desde el 20/12/2018 en que fue ascendido se desempeña como Suboficial Ayudante del Servicio Penitenciario Provincial; que mediante expediente N° 282-M-2019-00213 impugnó la Resolución 250/19 que rechazar su reclamo relacionado con la carga horaria a cumplir; que conforme surge de la documentación acompañada por el actor peticionó su reubicación jerárquica mediante pieza administrativa de fecha 29 de marzo de 2019.

Sostiene que el planteo formulado por el administrado y conforme lo establece el art. 20 de la Ley 7493 resulta improcedente, toda

vez que el administrado ni ha cumplido exclusivamente funciones relacionadas con el título que posee, tal como surge del legajo acompañado, donde surge que ha prestado servicios en diversos complejos, en mesa de entradas, Asesoría Jurídica, Educación, Sanidad, etc (años 2016, 2017). Jóvenes Adultos Area General (4/6/21).

Refiere que el administrado fue designado en el grado de agente, y promocionado con posterioridad al cargo de Suboficial Ayudante, habiendo sido las promociones ajustadas a derecho, conforme lo normado por el art. 17 y 18 de la Ley N° 7493 y consentidas por el interesado.

Señala que sin perjuicio de ello y en caso de considerar V.S. que puede el administrado revistar en el escalafón pretendido, cuenta con el procedimiento establecido por el art. 20 y 28, previo concurso de antecedentes y oposición, de conformidad con lo dispuesto por el art. 19, todos de la Ley 7493.

Finalmente y a todo evento, deja planteada la excepción de prescripción prevista en el art. 2553 del C.C.C.N, a tenor de lo previsto por el art. 38 bis del Decreto 560/73, respecto de cualquier diferencia salarial que exceda los 2 años desde su primer reclamo.

Fiscalía de Estado se hace parte y manifiesta que la representante legal de la Provincia de Mendoza ha procedido a contestar la demanda en términos que se ajustan a derecho, con lo cual la defensa del interés provincial ha sido asumido por dicha entidad, siendo adecuada y suficiente, y cubre íntegramente la defensa de los intereses fiscales, adhiriendo a la misma y remitiéndose a lo allí expuesto, lo que pide se tenga presente.

A mayor abundamiento, señala que conforme se desprende de la compulsa de autos, la pretensión del Actor resulta infundada, ya que conforme al régimen legal aplicable y vigente, la jerarquía detentada por el accionante Sr. Mercado de Sub Oficial Ayudante, es conforme a derecho, y no corresponde el ascenso sino existe la vacante presupuestaria pertinente, como así también el cargo y la necesidad de cumplir esa función, ya que no estamos en presencia de un ascenso de carácter automático como interpreta la actora.

Refiere que en sentido contrario de lo que afirma la actora el hecho de que esté percibiendo el adicional de “pago por título”, (el que corresponde abonar), encuentra sustento en otras normas legales, no siendo equi-

valente a un ascenso o promoción y en ese contexto, se advierte que no asiste razón a la actora en su pretensión de cobro de salarios, pues tal pretensión implica la retroactividad de clase desde el reescalafonamiento hacia atrás en el tiempo, lo cual se encuentra vedado por el propio acto de reescalafonamiento.

Entiende que como lo que pueda adeudarse por el re-encasillamiento no tiene efectos retroactivos, resulta innecesario analizar la prescripción pues a partir del re-encasillamiento los salarios se ajustaron al cargo de revista ostentado, razón por la cual, la accionante nada podía reclamar, y por tanto, la prescripción nunca empezó a correr (art. 2254 del CCyC).

Destaca que tanto el acto administrativo por el cual fue originariamente designado el Actor, por el cual ingresó como agente penitenciario y luego confirmado, como asimismo el acto administrativo por el cual se produjo su ascenso no fueron impugnados, ni cuestionados oportunamente por el mismo, por tanto considera que son improcedentes las afirmaciones de la actora en cuanto afirma que desde sus comienzos estuvo incorrectamente encasillado, como agente en clase 0, y que además el re-encasillamiento por el cual lo pasaron al cargo de suboficial con clase 2, también es incorrecto. Respecto del cargo inicial de fecha 01/12/2012, se le pagaron los salarios correspondientes a la situación de revista de ingreso, hasta el momento de su reescalafonamiento ocurrido en fecha 20/12/2018, fecha a partir de la cual lo ascienden a Sub-Oficial Ayudante, conforme a su nueva situación de revista.

En conclusión, entiende que conforme a las normas legales vigentes, y los criterios jurisprudenciales citados, no le corresponde al Actor el cargo de subadjutor y la clase 8, debiendo ser declarada la inviabilidad de la demanda interpuesta, siendo en consecuencia el acto administrativo dictado y hoy cuestionado, “Resol n° 250/19 dictada por el Director Gral. del Servicio Penitenciario” un acto legítimo, regular, que goza de presunción de legitimidad, con los caracteres propios de ejecutividad y ejecutoriedad, conforme al art. 28 y ccs. de la Ley 9003; y por ende, carente de vicios groseros o graves en sus elementos, que puedan atacar la validez del mismo, y que se invocan como fundamento de la pretensión.

II- Consideraciones

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 Público Fiscal entiende que no correspondería hacer lugar a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- En punto a la Ley N° 7493, V.E. ha tenido oportunidad de expedirse en un caso similar al de autos en el que destacó que la ley mencionada en el Título I, Capítulo III, precisa las jerarquías y grados del personal penitenciario (Personal Superior y Personal Subalterno) surgiendo la existencia de diversos escalafones y subescalafones, esto es: Escalafón Cuerpo de Seguridad Personal Superior, Escalafón Cuerpo de Seguridad Personal Subalterno, Escalafón Profesional y Administrativo Personal Superior y el Escalafón Profesional y Administrativo Personal Subalterno.

Señaló que *la norma establece que el personal penitenciario del Escalafón Profesional y Administrativo Personal Superior desempeña funciones científicas, docentes, asistenciales y de asesoramiento técnico, que requieran título universitario y/o terciario; el que a su vez se subdivide en los subescalafones: criminología, sanidad, servicio social, jurídico, docente, clero, trabajo, construcciones y contable y que la legislación aplicable es clara cuando establece que la incorporación de los aspirantes que poseen el título habilitante requerido al Escalafón Profesional y Administrativo, Personal Superior, se efectúa previo concurso de antecedentes y oposición y con el Grado de Subadjutor -Clase 08- (arts. 19, 20 y 28 Ley N° 7493 y art. 1 Decreto N° 603).*

Además sostuvo que *sin ingresar a analizar si las funciones que realiza el actor, particularmente desde que se recibió como Técnico en Procesos de Comunicación y Trabajo Grupal en el mes de marzo de 2014, requieren el título terciario que ostenta conforme lo dispone el art. 19 de la Ley N° 7493, lo cierto y determinante para arribar a la solución aludida es que el quejoso no ha probado haberse sometido al procedimiento de selección predispuesto -en función de los cupos de oficiales que anualmente el Ministerio a cargo requiere incorporar al Servicio Penitenciario (art. 25 Ley N° 7493, Anexo I)- a los fines*

de revistar en la jerarquía pretendida (Subadjutor, Clase 08), todo lo cual obsta por sí mismo a la procedencia del reclamo (cfr. Autos N° 13-04843312-4, carat. "Fabri Bruno Sebastián c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa ", Sala Primera, 12/08/21 y autos N° 13-05028448-9; "Olivares Gustavo Adrián c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa ", Sala Primera, 16/02/221).

ii- Teniendo en cuenta lo antes expuesto así como las normas legales en juego, la pretensión del actor no tiene sustento fáctico ni jurídico por lo que la negativa se ajusta a derecho.

Además tal como lo señala la accionada la obtención del título no genera un derecho subjetivo al rescalafonamiento, a lo que se suma que no se ha acreditado en autos que el actor cumpla exclusivamente funciones acorde con su título profesional, lo que impide que la pretensión pueda prosperar.

Finalmente se señala que para la reubicación jerárquica es necesario que exista partida presupuestaria y cargo vacante, extremos que tampoco han sido acreditados en autos.

En relación al argumento del actor, de que otros agentes que se encontraban en una situación análoga a la suya fueron oportunamente reescalafonados, se recuerda que el precedente administrativo no tiene carácter vinculante.

V.E. tiene dicho que es doctrina del Tribunal que el error, en su caso, no puede ser esgrimido como fuente generadora de derechos y aparece incuestionable que el poder administrador revise y corrija aquél. Se ha dicho que no viola el principio de igualdad ante la ley el hecho que la Administración haya acordado erróneamente, en casos anteriores, una indemnización que legalmente no corresponde y ahora lo niegue, pues la Administración no está obligada a persistir en el error (L.S. 296-186; L.S. 436-032).

iii- Consecuente con lo anterior, resulta inadmisible la pretensión relacionada con la disminución de la carga horaria y la compensación económica pretendida.

III.- Dictamen

En definitiva, por las razones que anteceden, esta Procuración General considera que corresponde que V.E. no haga lugar a la demanda incoada.

Despacho, 28 de septiembre de 2023.

Firmado digitalmente por: CAPIZZI
Sebastian Andres
Fecha: 29/9/2023 08:01:49