

Expte. N° 13-06865197-7, “Gracia María Florencia c/ Instituto de Juegos y Casinos de Mendoza s/ A.P.A.”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Se ha corrido vista a esta Procuración General de la acción procesal administrativa iniciada por María Florencia Gracia contra el Instituto Provincial de Juegos y Casinos Mendoza, ante la denegatoria tácita producida en expediente administrativo N° EX- 2021-037056856- GDE- MZA, en relación al reclamo de otorgamiento de clase, en la que solicita se resuelva el mismo y se paguen las diferencias salariales por la clase de revista a la cual pertenece y en la cual realiza sus tareas, con intereses de la tasa activa del Banco Nación desde que debió otorgarse hasta el día que se haga el pago de lo devengado.

Señala que el día 23/06/2021 presentó un reclamo administrativo solicitando el otorgamiento de clase correspondiente a las funciones desempeñadas, por ante la mesa de entrada del Instituto de Juegos y Casino de Mendoza dando lugar al expediente citado, el cual quedó detenido en la Oficina de Presidencia prácticamente desde el inicio, sin lograr una respuesta hasta el día de la fecha de esta acción.

Refiere que ante la falta de impulso de las actuaciones y de la realización de actos útiles para el dictado de la resolución administrativa, luego de numerosos reclamos, planteó pronto despacho en fecha 04/02/2022, sin obtener respuesta alguna, configurándose una clara situación de mora administrativa.

Alega que el accionar de la administración es violatorio de sus derechos subjetivos toda vez que no se reconoce jurídicamente la realidad de los hechos en su perjuicio (Art. 1 y 2 de la Ley 3918).

II- En su responde el Instituto Provincial de Juegos y Casinos solicita el rechazo de la demanda, por las razones que

expone.

Destaca lo confusa que es la demanda y que la presente causa no se trata de un amparo de urgimiento o amparo por mora, sino que en definitiva se trataría de una A.P.A. por desistimiento tácito de una petición de la accionante de un reclamo de clase, para que por un acto administrativo específico se la designe en una clase superior, a lo que no ha hecho lugar.

Indica que los motivos medulares jurídicos por los cuales no debe acogerse la solicitud de la parte actora, se encuentran debidamente acreditados en los numerosos fallos de este Tribunal (Sala I) referidos a casos similares al de autos relativos a *la promoción o ascenso* (v. L.S. 153-132; 196-200; 242-205; 283-463), en los que se ha sostenido que un agente cuyas funciones no lucen como manifiestamente incompatibles con la categoría en la que revista, no es titular de un derecho a la promoción o ascenso automático a un tramo superior por la sola circunstancia de tener capacitación y experiencias suficientes; más cuando el cargo pretendido no está previsto en el organigrama (L.S.: 452-27); la facultad de disponer el ascenso del agente es privativo del órgano administrador por lo que en principio es irrevisable judicialmente, salvo que ello implique una cesantía encubierta o importe una arbitrariedad manifiesta (L.S.: 202-192; 204-104; 368-172); resulta improcedente la jerarquización pretendida si sólo consta una asignación de funciones no cuestionada por el reclamante, sin que exista prueba respecto a la existencia de la vacante y partida presupuestaria pertinente (L.S. 222-209; 297-39; 354-36; 388-168; 388-171; 403-133, entre otros). Por lo mismo, si de las actuaciones no surge que exista el puesto jerárquico pretendido, la mera asignación de funciones no traduce la creación de hecho de un cargo inexistente en el organigrama (L.S.: 398-106), entre otros.

Expresa que, de las propias constancias de los autos administrativos arriba referenciados, surge sin hesitación alguna, la improcedencia de la presente acción, por lo que corresponde sea rechazada sin más trámite, toda vez que con la documentación que se adjunta al presente EX 2021-037056856-GDEMZA-INPJYC#MHYF, la solicitud de la contraria deviene en improcedente, solicitando el rechazo de la presente acción con costas a la actora.

III- Fiscalía de Estado manifiesta que en esta instancia, coincide con lo expuesto por el IPJYC, en cuanto a los argumentos jurídicos para rechazar en lo sustancial el pedido de recategorización, es decir ser nombrada en una clase superior, cuando no se cumplen los extremos requeridos por la legislación para ello, pretendiendo además un improcedente pago de diferencias de haberes, entre las clases en pugna.

Señala que en primer término se va a expedir sobre la vía utilizada por el accionante para que sea resuelto su reclamo y en tal sentido entiende al igual que la demandada principal que no resulta adecuada la vía elegida por la actora para remediar la supuesta mora de la Administración en la resolución de su pedido, quien lo intenta en virtud de lo previsto en la Ley 3918.

Alega que lo expuesto, además de estar mal planteado, no resulta ser la vía apropiada, dado que opta por el art.162 de la Ley 9003 y art. 6 de la Ley 3918, para fundar normativamente su reclamo, cuando el mismo aparece como improcedente por no darse los requisitos exigidos por la norma; la parte actora invoca la denegatoria tácita por el transcurso del tiempo de un expediente que no estaba en estado de resolver, como exige el art. 162 de la LPA.

Afirma que independientemente del aspecto formal, el reclamo de la Srta. Gracia igualmente debería ser rechazado sobre el fondo del asunto, al no corresponder el derecho de jerarquización automática objeto del mismo, menos aún el pago de diferencias dinerarias por un cargo que no detenta.

En tal sentido manifiesta que “Tiene dicho este Tribunal que el ejercicio de la facultad de disponer el ascenso del agente es privativo del órgano administrador por lo que en principio es irrevisable judicialmente, salvo que ello implique una cesantía encubierta o importe una arbitrariedad manifiesta (L.S.: 202-192; 204-104; 368-172), situación en la cual el agente interesado que ha sido objeto de una indebida postergación puede invocar su derecho a que se cumplan los procedimientos selectivos que estuvieran establecidos y se ajuste la decisión administrativa al principio de igualdad de oportunidades en la carrera (L.S.: 153-132); En razón de ello, se ha dicho que es improcedente la jerarquización pretendida si sólo constaba una asignación de funciones, no cuestionada por el reclamante, pero no había

prueba respecto a la existencia de la vacante y partida presupuestaria pertinente (L.S.: 222-209; 297-39, 354-36, 388-168; 388-171; 403-133, entre otros).

Resalta la reiterada jurisprudencia de la Suprema Corte (ver, entre otras, sentencia del 1/3/2016, Causa 13-02123606-8 “Martínez c/ Hospital Central s/ APA”,) que rechaza peticiones cuyo objeto eran reclamaciones como la tratada en marras, la que determina la inviabilidad de la demanda, dado que los actores pretenden su jerarquización sin que se realicen los procedimientos de selección y determinación de la idoneidad (concursos), sin que existan cargos vacantes ni partida presupuestaria, invocan funciones que no son manifiestamente incompatibles con el cargo que revisten, y consintieron la asignación de funciones otorgadas oportunamente por la autoridad administrativa competente sin cargo vacante ni partida presupuestaria.

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 Público Fiscal entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- La actora fracasa en el intento de demostrar la procedencia de su pretensión, argumentando circunstancias que no han sido probadas en esta instancia judicial.

ii- La prueba rendida en autos resulta insuficiente para dar sustento a la pretensión, de allí que la denegatoria cuestionada no resulta arbitraria ni ilegítima.

iii- Asimismo obsta al reconocimiento la falta de prueba respecto a la existencia de vacante y crédito presupuestario tal como V.E. lo señala en el precedente “Falcon Esteban Alejandro c/ Hospital Humberto Notti p/A.P.A.”, Expediente N° 13-04022715-0).

iv- V.E tiene dicho que *el sólo ejercicio de funciones inherentes al cargo es insuficiente máxime si solo existía una*

*asignación de funciones sin que se haya acreditado la existencia de vacante para cubrir el cargo pretendido y la partida presupuestaria pertinente que designe al actor Jefe de la División de Inspectores. Respecto del derecho al pago por la función ejercida por subrogancia, si bien está reglamentada en distintas normas referidas a la liquidación de haberes del personal municipal, si el cargo no existe, mal puede subrogarse, y no habiéndose acreditado la existencia de disposición que prevea expresamente el pago de un adicional por subrogancia, solo se considera el reclamo por mayor dedicación (horas adicionales de trabajo) y el suplemento por función crítica (dedicación exclusiva, incompatibilidad, responsabilidad extraordinaria, etc.), como situaciones no denunciadas en autos. En consecuencia, se impone el rechazo de las pretensiones ejercidas (LS 398-121, Autos N° 89179 – “Musri, Roberto c/ Municipalidad de Godoy Cruz s/ A.P.A”, de fecha 10/03/2009).*

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

Despacho, 02 de noviembre de 2023.