

Expte. N° 13-06865205-1 “Grasso Verónica
Andrea c/ Instituto de Juegos y Casinos de
Mendoza s/ A.P.A.”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Verónica Andrea Grasso, promueve acción procesal administrativa contra el Instituto Provincial de Juegos y Casinos, en relación al expediente administrativo EXP-2019-04762706-GDEMZA, en el que reclama el otorgamiento de clase de revista a la cual pertenece y realiza sus tareas y el pago de las diferencias salariales, con más los intereses de la tasa activa del Banco Nación desde que debió otorgarse la clase correspondiente hasta el día que se haga el pago de lo devengado, frente al cual la administración ha guardado silencio.

Indica que el día 5/09/2019, en su carácter de agente del Instituto de Juegos y Casino de Mendoza, presentó ante la mesa de entrada del Instituto, un reclamo administrativo solicitando el otorgamiento de clase correspondiente a las funciones desempeñadas, como también el ajuste de sus haberes.

Refiere que el expediente administrativo transitó por distintas oficinas como Gerencia de Legales, Directorio, quedando detenido en la Oficina de Presidencia desde fecha 13/04/2021, sin lograr una respuesta al reclamo al día de la fecha de esta acción.

Explica 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 silencio y mora de la administración.

II- El Instituto Provincial de Juegos y Casinos en su presentación aclara que debe desecharse y rechazarse cualquier pedido de dictado de resolución de su parte por cuanto, pese a su confusa redacción, 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 superior, para que por un acto administrativo específico del Instituto, se la designe en una clase superior, a lo que no ha hecho lugar, por cuanto tal como se lo señalara en dictamen legal obrante en el expediente administrativo: *“Bajo el régimen de la Ley de Concursos 9015, no es posible otorgar clases sin el concurso respectivo, lo que si admite la ley es el otorgamiento de subrogancia por 1 año, debiéndose al finalizar el plazo el concurso pertinente. Lo solicitado es función del Directorio en virtud del art. 21 inc. e) de la Ley 6362 que reza: “E) Nombrar, Promover y/o Remover a todo el personal del Instituto, Aprobar su estructura orgánico funcional y la dotación del mismo, como asimismo aprobar el Régimen de Licencia, Convenir horarios y proponer su propio Escalafón de acuerdo a la especificidad de cada área para la aprobación legislativa”.* Ahora bien, En primer término se debe tener en cuenta el Dec. 2316/19 que en su art. 1 establece el Dec. 2316/19 establece en su art. 1: *“Artículo 1º - Prohíbese toda nueva contratación por el sistema de locaciones de servicio, de obra u honorarios determinados en horas módulo deportivo y todo incremento de la partida de personal por: a) Designaciones, b) Ajuste de la situación de revista y c) Suplemento por subrogancia, quedan exceptuadas de lo aquí dispuesto: las altas de personal que provengan por reemplazos en la Dirección General de Escuelas; la renovación de contratos de locación de servicios, de obra u honorarios determinados en horas módulo deportivo, siempre que se trate del mismo sujeto, objeto e importe; los incrementos que provengan de cumplimiento de acuerdos paritarios, adscripciones, transferencias de personal que no impliquen mayor costo y los cargos ganados por concurso...Las excepciones a las limitaciones antes expuestas deberán contar previo al inicio de la pieza administrativa correspondiente con la autorización del señor Gobernador y aprobación del señor Ministro de Hacienda y Finanzas...”* Por lo que se requerirá autorización del Gobernador de la Provincia y aprobación de la Sra. Ministra de Hacienda y Finanzas.

Alega que los fundamentos y/o motivos medulares jurídicos por los cuales no debe acogerse la solicitud de la parte actora, se encuentran debidamente acreditados en los numerosos fallos de ese Tribunal (Sala I) referidos a casos similares al de autos, en lo que V.E. tiene dicho: *el aspecto relativo a la promoción o ascenso, como lo menciona el art.*

30 de la Constitución Provincial, constituye una diferente expresión del derecho a la igualdad, que implica no sólo el derecho a conservar el empleo sino también la jerarquía y nivel alcanzados, cuestión que no resulta extendible a las funciones asignadas si estas no han sido acompañadas del respectivo decreto escalafonario (v. L.S. 153-132; 196-200; 242-205; 283-463). En relación a lo anterior, 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). Es 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), entre otros que menciona.

III- Fiscalía de Estado en su intervención, menciona que coincide en lo expuesto por el IPJYC, en cuanto a los argumentos jurídicos expuestos como fundamentos para el rechazo en lo sustancial al 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.

Resalta que la vía utilizada por la accionante para que sea resuelto su reclamo, no resulta adecuada 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.

Sostiene que independientemente del aspecto formal, el que eventualmente podría entender el Tribunal la presentación de la actora lo supera, al considerar que ya no resulta exigible agotar la vía administrativa para iniciar la acción que nos ocupa, el reclamo de la accionante 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.

Resalta la jurisprudencia del Tribunal que establece 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).

Considera que conforme lo expresado por el IPJYC, y la contestación obrante en autos, la prueba aportada y la legislación que rige en la materia, deberá rechazarse la acción impetrada con costas expresas a la contraria.

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, la cual tal como lo señala la demandada directa, es confusa en su redacción por cuanto en su demanda alude a que promueve acción procesal administrativa por mora, cuando la vía apta para remediar la mora de la administración es el amparo y en otros pasajes de su presentación refiere a la existencia de denegatoria tácita que habilita la presente acción.

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

V.E. tiene dicho que el ejercicio de la facultad de disponer el ascenso es privativo del órgano administrador por lo que es irrevisable judicialmente, salvo que implique una cesantía encubierta o importe una arbitrariedad manifiesta (L.S. 202-192; 204-104; 368-172), situación en la que el agente que ha sido objeto de una indebida postergación puede invocar su derecho a que se cumplan los procedimientos selectivos establecidos y se ajuste la decisión administrativa al principio de igualdad de oportunidades en la carrera (LS153-132), circunstancias que no acontecen en autos.

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 *“Falcón Esteban Alejandro c/ Hospital Humberto Notti p/A.P.A.”*, Expediente N° 13-04022715-0 de la Sala I, de fecha 15/05/18.

Se ha sostenido 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* (L.S. 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, 09 de abril de 2024.