

RES. 2328/2020

RESOLUCION ADOPTADA POR EL

TRIBUNAL DE CUENTAS

EN SESION DE FECHA 25 DE NOVIEMBRE DE 2020

(E. E. N° 2020-17-1-0004921, Ents. N°s 3761/2020 y 3854/2020)

VISTO: la consulta remitida por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) relacionada con la aplicación del artículo 32 del Decreto N° 354/018 para el pago de una partida indemnizatoria a los funcionarios del establecimiento Nogaró;

RESULTANDO: 1) que por Nota de la Ministra de Economía y Finanzas de fecha 10 de noviembre de 2020, se remite consulta a este Tribunal respecto a si es posible de aplicar nuevamente la previsión del artículo 32 del Decreto N°354/018, para el caso de entenderse como un nuevo hecho fortuito, el impedimento del ingreso a la Sala a los funcionarios públicos dependientes de la Dirección General de Casinos (DGC) por parte de los arrendadores del inmueble del establecimiento Nogaró (firma Vidaplán S.A), que trajo como corolario la no percepción de la retribución variable, por parte de los antedichos funcionarios;

2) que en virtud de la emergencia sanitaria declarada en el país, se dispuso el cierre temporal de todas las salas de juego explotadas por la referida Dirección, motivo por el cual, la parte variable del sistema retributivo a los funcionarios, fue abonada mediante reparación indemnizatoria prevista en el Artículo 32 del Decreto N° 354/018, así como en las sucesivas prórrogas de su aplicación, por Decretos 162/020 y 245/020 de fechas 9.6.2020 y 2.9.2020;

3) que de entenderse este cierre un evento nuevo, sería de aplicación el mencionado artículo no siendo de necesidad el dictado de una disposición reglamentaria especial;

4) que la opinión técnica que acompaña la consulta es expresada por informe de la Unidad Asesoría Letrada de la DGC de fecha 18.8.2020 (D.239/020) de donde surgen los siguientes extremos:

4.1) que por Decreto del Poder Ejecutivo N° 93/020 de fecha 15.3.2020 se resolvió declarar el estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19, disponiéndose la implementación inmediata de las medidas adoptadas en el citado Decreto;

4.2) que en cumplimiento de ello, por Resolución N° 41 del MEF de fecha 15.3.2020 se resolvió “disponer el cierre temporal al público de todas las Salas de Juego de Azar administradas por la Dirección General de Casinos del MEF”, lo que motivó a que la DGC concediera a la totalidad de los funcionarios, la reparación indemnizatoria de naturaleza salarial que los mismos dejaron de percibir (Art. 32 del Decreto 354/018), quedando agotada en su oportunidad la norma precitada, solicitando oportunamente dos prórrogas del mismo (Resultando 2);

4.3) que una vez dispuesta la reapertura de las Salas para el 6 de agosto de 2020 (Resolución de la DGC de fecha 3.8.2020) Casino Nuevo Nogaró no abrió sus puertas, dado que la firma Vidaplán informó que no prestaría los servicios a los que está obligado contractualmente (cláusula octava del contrato oportunamente celebrado entre ambas partes) constatándose mediante Escribano público, la total ausencia del personal de Vidaplán que cumpla con las obligaciones de seguridad, contralor, vigilancia, mantenimiento, conservación, limpieza, servicio de bar y de cambio de moneda, situación que se mantiene incambiada a la fecha;

4.4) que de lo antedicho la Asesoría de la DGC entiende que la norma prevé dos límites, uno temporal de 45 días de remuneración, y otro económico, consistente en no superar el promedio que por todo concepto hayan percibido en el mismo mes del año inmediato anterior de que se trate;

4.5) que el referido límite de 45 días no distingue entre diferentes eventos o causales de fuerza mayor que puedan verificarse, siendo la reparación prevista única y acotada a ese límite temporal absoluto, por lo que, una vez agotada la misma, requiere de una norma de igual rango que expresamente autorice su prórroga, como se realizó en dos oportunidades (Decretos Decretos 162/020 y 245/020 de fechas 9.6.2020 y 2.9.2020) sugiriéndose proceder a una nueva prórroga, siendo la remuneración de dichos funcionarios con un importante componente de contenido variable conforme las ganancias obtenidas;

5) que asimismo luce informe del sector contencioso de la DGC mediante Memorando N° 74/020 de fecha 8.9.2020, discrepando con el juicio de la asesoría letrada de la misma Dirección - siendo que el servicio jurídico de la misma se encuentra fragmentado-, en el que se establece que, los 45 días establecidos en el Artículo 32 del Decreto N° 354/018 no son un máximo por ejercicio, sino que es un plazo máximo de indemnización por cada causa concreta que amerite la aplicación del mismo. Siendo que la causa de la emergencia nacional cesó, surge luego otro hecho diferente que provoca el cierre de una dependencia. Asimismo establece que para el cálculo de la indemnización de referencia se debe tener en cuenta, como lo establece la citada norma, el promedio de las sumas fijas y variables del mismo mes del año anterior y al monto que resulte, descontarle las sumas fijas o variables que, eventualmente, los funcionarios hubiesen percibido por el mismo período para el cual se calcula la indemnización;

6) que mediante informe de la División Jurídica de la Oficina de Planeamiento y presupuesto (OPP) de la Presidencia de la República, y de conformidad con el dictamen del Sector Contencioso de la DGC (Resultando 5), la situación planteada conforma una nueva situación de

fuerza mayor que impide a los funcionarios afectados a dicho servicio a desempeñar sus tareas, debiendo tenerse presente asimismo, que dado el plazo transcurrido, se debería de prorrogar dicha indemnización para cubrir el término transcurrido al menos hasta el momento presente;

7) que la División Contabilidad y Finanzas de la Dirección General de Secretaría del MEF con fecha 17.9.2020 informa que la misma cuenta al día con una disponibilidad financiera de \$ 425.336.498 producto de su operativa normal;

8) que la División Empresas Públicas de la DGC emite informe con fecha 22.10.2020, entendiendo por esta vez razonable la aplicación de la previsión del Artículo 32 del Decreto N° 354/018, dado el impacto que la partida “Participación en Recaudación” tiene en los funcionarios del Casino Nogaró, siendo la misma estimada en \$ 4:506.616 (del 6.8.20 al 4.10.20);

9) que luce Proyecto de Resolución de la Presidencia de la República mediante el que se dispone: 1°) autorizar en forma excepcional a la DGC a aplicar lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto N°354/018 de 26.10.2018, en caso de mantenerse el cierre del Casino del Estado Nogaró, siempre que dicho organismo tuviera disponibilidad financiera para atender la erogación resultante de la reparación indemnizatoria, por un término máximo de 60 días, a contabilizar a partir del 6 de agosto de 2020; 2°) establecer que en ningún caso la reparación a ser percibida por cada funcionario afectado puede superar el equivalente al 80% del promedio de las partidas variables percibidas por el funcionario, por la misma cantidad de días en el mismo mes del año inmediato anterior mismo; 3°) autorizar en forma excepcional a la DGC a prorrogar la cobertura prevista en el artículo 1° del presente proyecto, por un término máximo de 30 días para el caso de mantenerse las condiciones de cierre y de contar con fondos suficientes;

CONSIDERANDO: 1) que la norma del A° 32 del Decreto 354/18 de 9 de noviembre de 2018 presupone, en su acápite, dos extremos para su configuración: por un lado, el cierre transitorio de alguna de las dependencias de la D. Gral. De Casinos que gire en el marco del sistema Mixto de Explotación y, por el otro, que ello ocurra por fuerza mayor o la realización de obras;

2) que, en el caso concreto, estamos ante una hipótesis de cierre transitorio, desde que, dispuesta la apertura de las salas de entratamiento por el Poder Ejecutivo, el operador privado del local Nogaró (Vidaplan S.A.) se niega a continuar con la ejecución del contrato. No aplicando en la especie la hipótesis de la “realización de obras”, cabe analizar entonces si esta situación puede ser considerada una fuerza mayor que permita abonar la reparación indemnizatoria que el decreto prevé para aquellos funcionarios que dejan de percibir la parte variable de su sistema retributivo;

3) que, en nuestro derecho, la fuerza mayor es tratada en el artículo 1342 del Código Civil como causa extraña no imputable, previendo la norma: “Cuando el incumplimiento es imputable al deudor, este es responsable; cuando no le es imputable se exonera de responsabilidad”. La doctrina nacional ha interpretado la norma exigiendo que la causa extraña sea externa a la relación y fuera de control de quien la invoca;

4) que en el caso que nos ocupa, hay prima facie un incumplimiento del operador privado, por circunstancias ajenas al operador público, que imposibilita a éste el funcionamiento de la sala que trae aparejado la pérdida de parte del salario variable de los funcionarios afectados al local Nogaró, cuyos emolumentos no pueden estar condicionados a la viabilidad del negocio ni al desequilibrio financiero que alguna de las parte pretenda invocar o hacer valer para incumplir sus obligaciones;

5) que, en tal sentido, ha operado la condición de “fuerza mayor” y, como consecuencia de la misma, es viable abonar la reparación indemnizatoria en las condiciones previstas en el art. 32 citado, especialmente respetándose los dos límites que la misma prevé (temporal y económico);

6) que, para instrumentar el pago de la indemnización, se hace necesario el dictado de un nuevo acto porque es de buena administración motivar debidamente tal decisión, especialmente cuando las circunstancias son diferentes a las que se venían sucediendo;

ATENTO: a lo precedentemente expuesto;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** Evacuar la consulta en los términos de los presentes Considerandos; y
- 2)** Comunicar al organismo.

aa