

Expte. N° 13-07224607-6, “Meneses Marina Soledad c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa (Art. 2, inc. 4, Ley 9.423; Art. 1° CPA; Art. 187 Ley 9003)”

Secretaría Competencia Originaria

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Marina Soledad Meneses interpone acción procesal administrativa contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza a fin de solicitar el reconocimiento del subsidio establecido por la ley 6457 y ccdtes. (Subsidio para deportistas de alto rendimiento).

Aclara la peticionante que inicia la presente acción con el exclusivo fin que su caso forme un antecedente para las futuras generaciones de deportistas de alto rendimiento que representan a la Provincia, que a su vez sean dependientes del estado municipal, provincial o nacional y puedan acceder a dicho reconocimiento sin ningún impedimento, declarando en este caso concreto la inaplicabilidad e inconstitucionalidad del decreto 473/2023 emitido por el Gobierno de Mendoza, de fecha 23/03/2023, notificado vía email el día 10/04/2023.

Señala que solicitó mediante formulario de rigor el correspondiente subsidio Personal de Deportista ante la Subsecretaria de Deportes de la provincia de Mendoza, formándose EX-2021-05515521-GDEMZA-SSDEP#MSDSYD, el cual fuera rechazado mediante Resolución N° 000432 de fecha 22 de Septiembre de 2021, contra la cual interpuso recurso de revocatoria, el que también fue rechazado por Resolución N° 000005 de fecha 07 de enero de 2022; planteado el recurso jerárquico ante el Gobernador el mismo fue rechazado por el Decreto que se ataca el cual fuera notificado el día 10-04-23 lo que habilita la interposición de la presente acción procesal administrativa.

Indica las razones por las que V.E deberá ordenar la inconstitucionalidad, e inaplicabilidad de la resolución n° 432/2021, resolución n° 5/2022 y en definitiva el decreto 473/2023, entre las que

menciona: 1. La ley Provincial del Deporte, en su artículo 8° inciso 21 estableció: La Dirección de Deportes de la Provincia de Mendoza, deberá implementar la política establecida en la presente Ley y tendrá las atribuciones de Otorgar subsidios o subvenciones individuales, colectivas, a personas o entidades deportivas; en virtud de ello, y por encontrarse comprendida entre los posibles beneficiarios del subsidio, inició solicitud del mismo para viajar al mundial de Roller Hockey (in line hockey) a disputarse en la ciudad de Rocarasso, Italia en el año 2021, por no contar con los recursos económicos suficientes y el planteo que se repitió en los recursos respectivos, radican en considerar discriminatoria la denegación de un subsidio como deportista de alto rendimiento pero amateur, por ser un empleado del estado en este caso de la Provincia de Mendoza, Hospital pediátrico Humberto Notti.

Sostiene que en ningún momento el Artículo 14 inciso C) del Decreto Ley N° 560/73 (Estatuto del Empleado Público) prohíbe a los empleados públicos percibir un Subsidio como deportista sino que la interpretación que hacen Fiscalía de Estado, Tribunal de Cuentas y Asesoría de Gobierno respecto a la naturaleza contractual del subsidio, (no vinculantes) distan de una apreciación lógica en relación al espíritu de la norma contenida en el Estatuto del Empleado Público.

Considera que la norma no lo incluye dado que la finalidad de la misma es evitar cualquier caso de abuso y cohecho de las funciones en relación al carácter de empleado Público y que con la interpretación que la administración realiza, se estaría equiparando el subsidio que recibe una empleada publica deportista que va a representar a la Provincia y a la Nación, con un contrato que efectúa un empleado público para proveerle insumos a la dependencia en la cual trabaja (esto tiene lógica de aparecer como susceptible de duda en los actos contractuales), lo cual es insólito.

Resalta que en igualdad de condiciones, un deportista amateur que no trabaja para el estado se encuentra en condiciones de recibir un subsidio y quien se presenta no; es discriminatorio e inconstitucional, y además vuelve a repetirse lo alejado que esta el estado, gobierno y política de las personas que representa aún más, cuando ha estado al servicio de los mendocinos, no ha gozado de licencias durante la pandemia, se ha preparado durante más de un año para disputar un Mundial de la Disciplina.

Señala que la misma Administración reconoció su representación deportiva por la Provincia, en sendas oportunidades, cuando participó de la Selección Nacional de Hockey Sobre Hielo en el torneo Panamericano de México durante los años 2016 y 2017; el estado no tuvo reparo en asistirle con un subsidio, formándose los expedientes que detalla.

Alega que también resulta ilógico y discriminatorio reconocer el subsidio a un contratado y denegárselo a un trabajador de planta y que en el uso de la licencia deportiva no existe diferenciación entre empleado privado y público y cualquiera puede acceder al beneficio, pudiendo percibir sus remuneraciones sin descuento alguno al justificar la participación en algún evento federado.

Siguiendo ese razonamiento, afirma que en total contradicción cualquier subsidio que el estado otorgue en referencia a tarifas, (eléctricas, gas, agua etc), debería quedar sin aplicación para los empleados estatales.

II- El Gobierno de la Provincia por intermedio de apoderado contesta y solicita el rechazo por las razones que expone.

Defiende la legitimidad de los actos cuestionados y resalta que nuestra legislación ha vedado expresamente al personal *“recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones, franquicias o adjudicaciones, celebrados u otorgados por la Administración en el orden Nacional, Provincial o Municipal; contrataciones o convenios por los cuales el Estado Provincial directa o indirectamente, total o parcialmente deba asumir los costos”* (art. 14 inc. c del Decreto Ley N° 560/73 - Estatuto del Empleado Público).

Expresa que la intención del legislador que subyace a la norma, consiste en evitar -con el mayor rigor posible- la mera posibilidad de que el agente público se vea indebidamente beneficiado por su condición de tal para obtener ventajas ajenas a su retribución normal, o a aquellos beneficios específicos establecidos como propios de la función que Desempeña y ninguna relevancia tiene si en el caso concreto el agente no se ha valido o no de su condición de empleado público para obtener tales o cuales ventajas o beneficios previstos por la legislación para personas ajenas a la

administración pública, pues justamente lo que la ley pretende evitar – mediante la disposición analizada- es la generación de la casuística.

Establece que la circunstancia que la norma en trato no menciona expresamente la palabra “subsidio”, pues la misma se entiende comprendida en el concepto de la prohibición allí establecida, pues se trata sin duda de un beneficio, de una liberalidad, otorgada por la administración, y la mera pertenencia del agente a la planta de personal de aquella ya generaría un manto de sospechas y de dudas en cuanto a la transparencia, moralidad y legitimidad del otorgamiento de tales beneficios, en el caso los subsidios para el incentivo a deportistas.

Considera que si se prohíbe recibir directa o indirectamente beneficios originados de causas que implican una contraprestación por parte de quien los recibe, es obvio que también están incluidos los subsidios, los cuales no tienen ningún tipo de contraprestación por parte de su beneficiario.

Aclara que con ello no quiere decir que la actora sea merecedora o no del subsidio, o que sus méritos deportivos sean insuficientes, sino que aquella, por su mera condición de empleado de la planta de personal de la administración pública provincial se ve impedida de acceder a dicho beneficio, en virtud de la interpretación teleológica que cabe hacer de la prohibición establecida en el art. 14 inc. c) del Decreto Ley N° 560/73; el Decreto N° 2074/03 (BO 30/12/2003), que contiene la reglamentación específica en materia de otorgamiento de subsidios, establece en su art. 13 que *“Deberá tenerse presente lo dispuesto por el régimen de incompatibilidades vigente para el caso de agentes públicos que presten servicios en la Administración Central, Organismos Descentralizados, Cuentas Especiales, Municipalidades y Organismos Nacionales.”*

Destaca que Fiscalía de Estado, en Dictamen 592/17, ha interpretado acertadamente la normativa en juego.

En definitiva, sostiene que los actos administrativos atacados resultan legítimos, y constitucionales las normas en que se fundan, por lo cual corresponde que la demanda sea rechazada con costas.

III- Fiscalía de Estado manifiesta que su intervención, en orden a la plataforma fáctica controvertida, se limitará al estado de cosas descrito en el responde de la demandada directa, al que adhiere en todas sus partes y a cuya acreditación orientará su actividad probatoria.

Señala que sin perjuicio de la adhesión formulada y con el objeto de evitar un innecesario desgaste jurisdiccional y una reiteración redundante de defensas y argumentos con un mismo fin y a un sólo efecto, procederé a ampliar algunos conceptos que seguidamente expone.

Afirma que la demanda es improcedente y que en el marco jurídico normativo vigente, la satisfacción del pedido de la actora reviste indubitadamente el carácter de subsidio, y de acuerdo a las normas que rigen la materia - entre otros Decreto N°2.074/03 (BO 30/12/2003), y las Resoluciones dictadas en consecuencia por la Contaduría General y el H. Tribunal de Cuentas de la provincia – debe cumplirse con los recaudos por ellas establecidos.

Sostiene que conforme dicha normativa, el otorgamiento de fondos solicitado debe caracterizarse como actividad discrecional del Poder Ejecutivo, señalando con el conjunto de la doctrina que se trata de funciones derivadas del ordenamiento jurídico al que, mediatamente quedan subordinadas y tales prerrogativas no devienen del silencio legislativo, sino del análisis de preceptos normativos y de los principios que integran la esfera de la juridicidad.

Alega que en el caso implica la ponderación de una actividad y su relación con el interés público y de la Provincia a través de un aporte económico, dentro de las competencias propias de la Provincia, por lo tanto, la valoración de la oportunidad, mérito o conveniencia, tanto de la finalidad perseguida como del instrumento escogido que conlleva a su logro, resultan de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, sin que obste a lo dicho, el cumplimiento de requisitos previos y posteriores por parte del beneficiario, tendientes a asegurar el fin propuesto.

Refiere que dentro de las exigencias normativas se encuentra la prohibición del art. 14 inc. c) del Dec. Ley N° 560/73, en virtud del cual el dictamen N°592/2017 de la Dirección de Asuntos Administrativos de esta Fiscalía de Estado, citado en los fundamentos del rechazo, señala al efecto que “... *En lo referido a la prohibición contenida en*

*el art. 14 inc. c) del Decreto Ley N° 560/73 y mod., el suscripto considera aplicable al otorgamiento del subsidio en trato, en el marco de las disposiciones del art. 13 del Decreto N° 2074/2003 que expresamente prevé como recaudo para otorgar el subsidio que debe tenerse en cuenta el régimen de incompatibilidades vigente para el caso de empleados públicos que presten servicios en la Administración Central, Organismos Descentralizados, Cuentas Especiales, Municipalidades y Organismos Nacionales. Conviene señalar asimismo que, si bien el art. 14 inc. c) del Decreto Ley N°560/73 y mod. no menciona expresamente el término “subsidio” como generador de incompatibilidad (tal como lo consigna la Asesoría de Gobierno en su dictamen), el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia, ha considerado que su base es contractual, al expresar: “... cabe agregar que a los fines de instrumentar el subsidio , el art. 2 del Acuerdo N° 2514 dispone que entre el otorgante y el receptor debe celebrarse un convenio o contrato cuyo contenido mínimo se detalla en el articulado. Este contrato que debe celebrarse al momento de perfeccionar el subsidio cae bajo la órbita del derecho público. En efecto, en el caso concreto, independientemente de la denominación que se otorgue, existe un acuerdo de voluntades, con obligaciones recíprocas, con lo cual, ineludiblemente la situación encuadraría en el concepto de “contrato” ...”.*

Finalmente, afirma que no caben dudas que los actos administrativos atacados dictados no contienen vicios, como así tampoco el procedimiento administrativo seguido, no resultando ilegítima, ni arbitraria la actuación de la demandada directa.

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 no correspondería hacer lugar a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- La acción procesal administrativa incoada reitera argumentos ya expuestos en instancias anteriores que fueron abordados y resueltos por la administración, sin que existan nuevos antecedentes, argumentos o pruebas que justifiquen la revocación de las decisiones adoptadas.

ii- De la lectura de la acción no se advierte la existencia de pruebas o elementos de convicción que permitan afirmar y con pleno convencimiento que el obrar de la administración fue irrazonable o contrario a derecho, por cuanto los considerandos del acto atacado expresan las razones por las cuales el pedido de la actora resulta improcedente, consignando la normativa que considera aplicable al caso.

iii- La prudente deferencia respecto a la actividad propia de otro Poder del Estado, en la interpretación y alcance de la normativa en que se basa la cuestión en trato, sumado a que el otorgamiento de un subsidio reviste el carácter de actividad discrecional del Poder Ejecutivo, impiden acoger la pretensión.

V.E. en el precedente “CUYOPLACAS S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE LAS HERAS S/ A.P.A.”, del 25/02/2019 (L.S. 579-28) ha discurrido sobre los conceptos de facultades discrecionales y regladas, indicando que “... la discrecionalidad conceptualmente es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es, entonces, jurídicamente plausible e igualmente razonable. El Ejecutivo puede optar por cualquiera de ellas según su propio arbitrio o criterio. Se trata de un criterio jurídico, pero no es un criterio prefijado por el ordenamiento con densidad y profundidad y, en este sentido, es libre. Dicho en otras palabras, ese criterio discrecional está contenido en el ordenamiento jurídico, pero no existen reglas específicas predeterminadas que guíen su ejercicio y, por eso, es libre en este contexto. Por su parte, las potestades del Ejecutivo son regladas, cuando su ejercicio depende de criterios casi automáticos; es decir, cuando éste debe, en el marco de un supuesto de hecho determinado, aplicar las consecuencias prefijadas claramente por el orden jurídico. En tal caso, el operador, no puede optar entre dos o más consecuencias legalmente posibles e igualmente válidas en términos de derecho, sino que debe limitarse a aplicar cierto consecuente preciso y predeterminado (conf. Balbín, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº I, La Ley, Bs. As, 2015, pág. 860 y sgtes.).

Agrega que por último, Sesin ha definido a la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que,

*mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho (conf. Sesín, Domingo Juan, “Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica”, Depalma, Bs. As, 1994, pág. 126).*

iv- Finalmente, no se advierte violación al principio constitucional de igualdad, tal como lo sostiene la actora.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha tenido oportunidad de afirmar que el principio de igualdad debe entenderse en igualdad de circunstancias, de manera tal que debe aplicarse similar criterio en idénticas circunstancias (L.S. 324-119), de allí que el principio de igualdad supone también el reconocimiento de diferencias si son razonables (L.S. 410-100).

En definitiva, esta Procuración General considera que los agravios de la accionante no logran desvirtuar, en concreto los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados por la autoridad administrativa al emitir la resolución impugnada, ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución dictada.

Por lo expuesto, procede que V.E. desestime la demanda incoada.

Despacho, 23 de febrero de 2024.