

**Estabilidad, Planta Permanente y La Problemática en las
contrataciones de la Administración Pública**



Universidad: Universidad Nacional de Río Negro.

Autor: Carlos Gastón Aguirre

Tutor: Dr. Fernando Casadei

Fecha: 19 de Octubre de 2017.

Contenido

INTRODUCCIÓN	2
DESARROLLO:	5
El Empleo Público.-	5
Empleo Público y Estabilidad. Artículo 14 bis.-	6
La situación de los Contratados.-	10
La Precarización del empleo público. El “Trabajo indecente”. El Estado, principal violador de normas.	11
Derechos y garantías conculcados.	14
“Deutsch” y “Zacarías”	15
“Gil” y “Leroux de Emedé”	17
“Madorrán” y “Ruiz”	18
“Ramos”	21
Los fundamentos utilizados para rechazar el derecho a la estabilidad del personal contratado por la Administración Pública.-	25
Reflexión final	34
Alternativas o posibilidades para solucionar la situación de los contratados	35
Conclusiones:	42
Referencias.....	43
Bibliografía:	44

INTRODUCCIÓN

En el siguiente trabajo intentaré desarrollar la problemática actual, aunque basada en larga data, acerca del empleo público y las grandes irregularidades existentes en las contrataciones de la administración pública en sus diversas jurisdicciones, ya sea nacional, provincial o municipal.

Durante la década de los 90 y con la llegada de las políticas económicas liberales y neoliberales, se produjo en nuestro país un modelo de flexibilización laboral que produjo una falta de garantías de las condiciones socioeconómicas y un empeoramiento de las condiciones de trabajo derivando lo cual afectó de manera directa la contratación y acentuó precarización del empleo público.

Según datos del Ministerio de Trabajo de la Nación, en el año 2013, el empleo público abarcaba un 17% de la población económicamente activa en Argentina.

Los empleados públicos se encuentran excluidos del régimen de contratación establecido en la Ley de Contratos de Trabajos, ya que su relación laboral se rige por medio de estatutos. Si bien poseen símiles derechos y obligaciones, en la contratación del empleado público se resalta el derecho a la estabilidad y la teórica exigencia de diversos procedimientos para el reclutamiento y selección del personal, lo cual en la contratación privada regida por la LCT queda a criterio del empleado. El hecho de la existencia (al menos en la teoría) de estos procedimientos, califica al régimen como completo y complejo, tendiente a la protección de los empleados ante las posibles subjetividades de las autoridades políticas.

Si bien estas leyes se encuentran en plena vigencia, a lo largo de los años han sido ignoradas, designando y administrando en muchas ocasiones al personal de manera irregular o “a dedo”, lo cual genera que muchas veces las contrataciones o el ingreso a la planta permanente sea dado por contactos políticos y/o amiguismos, imposibilitando el acceso a personas que poseen vocación para dichas tareas y se encuentran mejor preparadas, las cuales le brindarían un mejor funcionamiento al estado.

Para realizar un análisis completo y exhaustivo debemos tener en cuenta diversos factores. La privatización de las empresas públicas y la asociación de eficiencia con reducción del personal originó la expulsión de empleados públicos en Argentina mediante los sistemas de jubilaciones anticipadas, retiro voluntario de los trabajadores, entre otros mecanismos.

De la mano de esta reducción del empleado público, vino la contratación de personal temporal, flexible, pero sobre todo sin esa garantía de estabilidad laboral que caracteriza al trabajador.

Esta transformación política y económico trajo muchas dificultades, como por ejemplo la situación de precariedad del empleado público, el cual comenzó a ingresar al estado mediante modalidades “oscuras” y no por medio de un concurso preestablecido.

Si bien la contratación eventual existió en los '80, siempre fue la excepción a la regla, pero con la llegada de las políticas neoliberales, esta dinámica se revirtió, la excepción pasó a ser la regla. Como dice Boglioli¹, debemos preguntarnos si al empleado público le asiste esa garantía y derecho a la estabilidad en el empleo y de ser así, eso ¿Es la regla

¹ Dr. Diego F. Boglioli. Abogado graduado en 1978 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Especializado en Derecho Laboral.

o la excepción? Solo así podremos resolver la problemática de quienes se encuentran contratados en forma irregular o por motivos no concurrentes.

Hay un cambio de paradigma tal como lo expresa el Dr. Duarte² en su obra más importante sobre la globalización del Derecho del Trabajo, salimos de la ignominia de los '90 y de los primeros años del siglo XXI para asumir la necesidad de un cambio. La reforma Constitucional de 1994 tuvo sus frutos después de una década, cuando se hicieron operativas las normas de derechos humanos mediante diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los cuales desde el año 2004 impulsaron este rotundo “cambio de paradigma” (Duarte, 2010-2, p. 172)³. Esta nueva era no llega de forma casual, fue producto de la conflictividad social la cual generó la necesidad de que se disolviera la Corte menemista denominada “automática” que adoptó el neoliberalismo de las corporaciones económicas de la década de los '90 para integrar el nuevo Máximo Tribunal con una actitud más comprometida con los intereses de las personas que padecieron fuertes desigualdades sociales⁴.

² Dr. Duarte David. Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires en carreras de grado y posgrado. Secretario Letrado de la Procuración General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³ Duarte David, “Enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el derecho del trabajo (de ‘Ekmekdjian’ a ‘Simón’), en Revista de Derecho Laboral 2010-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 172.

⁴ Singman, Ezequiel, Justicia para todos. Como cayó la Corte Menemista, Bs As. Editorial Euros Editores 2008.

“En tanto subsista el derecho del trabajo que consiste en la limitación de la libertad absoluta del sujeto económicamente-jurídico, y en tanto subsista, en el texto de la Constitución Nacional, las llamadas “garantías sociales”, tendremos la posibilidad de sostener la estabilidad del trabajador en el empleo” (Lopez, 2007, p. 398)

DESARROLLO:

El Empleo Público.-

A lo largo de los años, las funciones y responsabilidades del estado han ido cambiando, integra la voluntad del estado, aunque posee la facultad de reclamar derechos y está obligado a cumplir con ciertas obligaciones. En tal sentido, se dice que el empleado público es un trabajador más intentando demostrar que la única diferencia entre la relación laboral y la del empleado público es el diferente tratamiento que recibe por parte de la legislación.

Ahora bien, es necesario diferenciar al empleado público del funcionario público. Para Marienhoff, desde un punto de vista amplio, la noción conceptual de funcionario público u empleado público incluye a toda persona que realice funciones esenciales y específicas del Estado, es decir fines públicos propios del mismo; En tanto que, desde un punto de vista más restringido, a toda persona que realice o contribuya a realizar funciones esenciales y específicas propias de la Administración Pública, considerada

ésta en sentido sustancial, material y objetivo. Según Marienhoff (1970) “la actividad debe encuadrar en el régimen de función o empleo público”(p.16)⁵.

Finalmente, desde una perspectiva más amplia, se incluye a todo aquel que preste servicios para el estado en todos sus niveles jerárquicos, incluidos aquellos que han sido seleccionados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del estado o al servicio de éste.

Empleo Público y Estabilidad. Artículo 14 bis.-

La estabilidad del empleo público es la regla y la transitoriedad en su contratación la excepción, así lo podemos observar en el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional:

“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) estabilidad del empleado público (...).

Si bien el mencionado artículo tiene sus precedentes en el derecho del trabajo, el mismo fue ignorado durante largos años, discutiendo si dicha estabilidad era propia o impropia. Ese debe ser el norte del análisis sobre la contratación de los empleados públicos y su problemática actual.

⁵ Cfr. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, tomo III-B, pág. 16

Lo estable es aquello que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer. Es lo que permanece en un lugar durante mucho tiempo.

En su relación con el empleo público, implica el derecho a no ser privado o separado del cargo, salvo por motivos o por las causas legalmente previstas.

En el empleo público la estabilidad del empleado es un componente natural del mismo. Hace a la organización del estado.

En consecuencia, salvo la emergencia o las leyes de prescindibilidad, la estabilidad del empleo público es la que se conoce como estabilidad propia o absoluta, en la que como hemos dicho el empleado solo puede ser separado de su cargo por un mecanismo especialmente previsto y por motivos dispuesto por las normas; frente a la estabilidad impropia o relativa que si puede ser sustituida por una indemnización.

De todos los derechos reconocidos al empleado público, el de estabilidad tiene una dimensión desmesurada. Al no cumplirse con la selección, capacitación permanente y el régimen disciplinario que habilita las causales de egreso; la estabilidad es el único límite al cual debe enfrentarse la administración a la hora de realizar un ajuste fiscal y así poder separar al agente de carrera de la administración.

Para adquirir el beneficio de la estabilidad en el empleo, el agente deberá cumplir con los requisitos establecidos en la reglamentación, según cada caso⁶

El agente puede perder su estabilidad cuando se dan alguna de las causales de extinción de la relación de empleo público, como puede ser la renuncia, razones de salud, jubilación, fallecimiento, cesantía, exoneración, entre otras. En caso de recibir alguna

⁶ La Ley Marco de Empleo Público exige un periodo de prueba de 12 meses y la ratificación de la designación al término del mismo. Se entiende ratificada si transcurre un mes después de cumplido el período de prueba.

sanción, dentro de su protección constitucional, el empleado que goza de estabilidad puede ser separado de su cargo únicamente a través de un sumario administrativo, en el cual la carga de la prueba recae sobre el Estado.

En relación al empleo público la doctrina y la jurisprudencia debatían si la estabilidad del empleado público en nuestro país era “propia” o “impropia”.

La evolución de la estabilidad en Argentina tuvo sus vaivenes y se refirió específicamente a esta discusión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Cuello”⁷ con voto del Dr. Boffi Boggero consagró la postura de la estabilidad propia con sustento en el art. 14 bis de la CN, que implica el derecho del agente público a la reincorporación, y la percepción de los haberes caídos, cuando ha sido objeto de una injusta cesantía.

Hasta “Madorrán”⁸ la postura de la CSJN era la de la estabilidad relativa del empleado público, interpretando que la garantía constitucional se satisfacía con el reconocimiento de una indemnización suficiente.

En tal sentido los precedentes “Enrique”⁹, “Calandria”¹⁰, entre otros, en donde nuestro máximo tribunal judicial sostuvo que los derechos constitucionales no son absolutos sino que estaban condicionados por las leyes que reglamentan su ejercicio.

Actualmente después de “Madorrán” y con algunas salvedades que desarrollaremos más adelante, no existe duda alguna que en materia de empleo público, con apoyo en el art. 14 bis de la CN, la CSJN precisa que la estabilidad del empleado público es absoluta.

⁷ C.S.J.N., “Héctor Luis Cuello”, Fallos, 255:293, (1963).

⁸ C.S.J.N., “Madorrán, M.C. c. Administración Nacional de Aduanas”, 3-5-2007.

⁹ C.S.J.N., “Enrique, Héctor Maximino c. Provincia de Santa Fe”, Fallos 261:336 (1965).

¹⁰ C.S.J.N. “Calandria, Orlando Norberto v. Obras Sanitarias del Estad”, Fallos, 310:1065 (1987).

Así y como resumen es preciso mencionar en tal sentido el voto de la Dra. Argibay (2007) que es contundente aclarando dos extremos centrales:

(...) a) que la reglamentación del derecho no puede desnaturalizar la garantía transformando el derecho a ser reincorporado en caso de cesantía injustificada en un mero derecho indemnizatorio que por su carácter sustitutivo debe ser reservado para supuestos excepcionales de justicia objetiva, y b) que las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo deben ser ejercidas con respeto a la estabilidad, pues así como los derechos y garantías no son absolutos, tampoco lo son las potestades previstas en la Constitución.(...)(p.24-25)

En el fallo mencionado, la Corte concluyó:

Se puede advertir que la llamada estabilidad propia resulta el medio que guarda la mejor correspondencia con los propósitos constitucionales últimamente recordados (...) Dicha estabilidad, a su turno, concuerda con el art. 16 de la Constitución Nacional dado que, si ha sido respetada, como es debido, la condición de idoneidad que exige esta cláusula para la admisibilidad en los empleos, es razonable pensar que el propio Estado estará interesado en continuar teniendo a su disposición un agente salvo que, si de su conducta se trata, medien razones justificadas de cese”

(Madorrán, M.C c. Administración Nacional de Aduanas, 2007, Considerandos 4,5 y 6.)

En consecuencia, actualmente el criterio reinante consagra la estabilidad propia o absoluta del empleado público que ingresó mediante concurso acreditando su idoneidad para cubrir un cargo público o vacante dispuesta por la administración.

La situación de los Contratados.-

Respecto a la situación del empleo público en Argentina, el Dr. Agüero Piñero afirma que (Aguero Piñero, 2008) “los distintos estatutos que regulan en la nación, provincias y municipios los derechos, deberes y prohibiciones de los agentes públicos son quienes establecen quienes han adquirido el derecho a la estabilidad y quienes no” (p.16/27). Asimismo, podemos distinguir en primer lugar, entre aquellos que ingresan a la Administración por medio de procedimientos preestablecidos y cumpliendo con los requisitos, los llamados “planta permanente” a quienes se les reconoce la estabilidad de forma expresa o implícitamente una vez transcurrido el período de prueba; y en segundo lugar, la legislación vigente establece que el personal “no permanente” es aquel que si bien presta un servicio personal al estado, lo hace en el marco de una relación de carácter transitorio. Dentro de esta metodología, podemos encontrar, a los contratados, al personal transitorio, político y de gabinete; quienes se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.

Finalmente, podemos observar supuestos en el que la Administración intenta no crear relaciones de dependencia con algunas personas y por ende recurre a figuras contractuales tales como la locación de obra, locación de servicios o contratos de consultoría en los cuales los hace facturar como proveedores particulares.

Cabe destacar, que si bien todos los empleados de la administración son contratados (su ingreso a la función pública se realiza por un acuerdo con el empleador), la denominación “contratados” se le aplica colonialmente a aquellos que tienen una

relación con el Estado sujeta a un plazo determinado y es sobre estos trabajadores que intentaré basar mi tarea.

La figura del empleado público contratado se encuentra regulada en el artículo 9 de la Ley Nacional N° 25.164. La misma, establece que la Administración Pública posee la libre facultad de contratar a una persona por un tiempo determinado en caso de necesidad temporal y sin la necesidad de otorgarle la garantía constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional anteriormente mencionado. Incluso, el empleado contratado tiene la facultad, en caso de existir necesidad, de trabajar por un tiempo superior al del término de prueba, ya sea mediante un contrato o sucesión de contratos.

La problemática está dada en que, lastimosamente, la figura de los empleados contratados se encuentra desvirtuada a fin de que estos cumplan con las tareas propias del personal permanente, bajo el régimen de contrataciones renovadas permanentemente. En este caso, a fin de quitar al empleado su derecho de estabilidad, se lo tienen “amenazado” con que deberá obedecer al jefe de turno, bajo pena de no renovación de su contrato, vulnerando así la independencia de los trabajadores. Vale tener presente la frase de Petracchi cuando en la disidencia del fallo “Molinas” indicó, citando a la corte Norteamericana, que “No cabe esperar que, quien depende de la voluntad de otro para permanecer en su cargo, actue en forma independiente respecto de este último” (Fallos 314:1091 1960).

La Precarización del empleo público. El “Trabajo indecente”. El Estado, principal violador de normas.

Tal como expuse precedentemente, la precarización del empleo público, se produjo como consecuencia de la profundización de un modelo neoliberal político y económico.

El estado ocupó el centro de la escena como el principal violador de normas antievasión, adoptando distintas formas fraudulentas bajo un ropaje jurídico civil y laboral para precarizar la contratación de su personal optando por el contrato transitorio, precario, eventual y sin estabilidad; dejando de lado la carrera administrativa, la cual debió ser su objetivo.

En este marco socio-cultural de los años 90, se pusieron en práctica una serie de mecanismos clientelares en los que el acceso al trabajo estatal se materializa como un favor del político de turno por cierto “acompañamiento” político del contratado y no por medio de un proceso de selección del recurso humano en el cual se ponderen los conocimientos en el cargo asignado.

En este contexto, el rol de los sindicatos ha sido negativo durante toda la década del 90, ya que han sido cómplices de esta precariedad del empleo público en la Argentina.

No obstante ello, es preciso mencionar que el personal contratado se encuentra afectado en su libertad sindical, por cuanto rara vez se afilia y participa en el sindicato por temor a que no le renueven su contrato o que cese su vinculación, ya que la misma carece de estabilidad.

Ese estado de situación, es el denominado “Spoil System”¹¹ o “Sistema de Botín” por el cual cada partido político designaba por completo su personal. En este sistema, la planta de personal se encontraba totalmente politizada, no existía una rotación total del personal, los cargos eran asignados a los allegados o simpatizantes del partido político de turno.

¹¹ Boglioli obra citada, pág. 228

Hutchinson¹² luego de describir este sistema, precisa que la elección del presidente Jackson en EE.UU implicó la iniciación de la aplicación de este criterio y recién en 1883 el acta Pendelton instituyó las primeras garantías de reclutamiento y de la carrera en provecho de los funcionarios.

En nuestro país esta práctica por la cual el trabajador mantenía una suerte de contratación con su padrino político y no con el estado, por el cual asumía la existencia de una deuda vinculada con la contratación precaria que éste le había proporcionado a cambio de su acompañamiento electoral, se completaba con el pase a planta masivo previo a la finalización del mandato del político de ocasión en la función pública.

En este marco, el estado era el principal generador del fraude laboral, dándose la situación de que quien debía controlar como poder de policía de distintas normativas destinadas a controlar el fraude laboral, el empleo en negro, la precarización del vínculo laboral, sea en realidad un violador sistemático de las normas.

Así pueden citarse diversas modalidades de contratación precaria utilizada por el estado como los contratos de empleo público administrativos de plazo determinado, relación de empleo público eventual, locación de servicios, locación de obra, pasantía, beca, etc.

Estas figuras fraudulentas se apoyaron en el marco de ese neoliberalismo y de las políticas apoyadas desde distintos organismos internacionales que fomentaban la reducción del estado, achicamiento de gasto público, la poca inversión del estado y por ende cuanto menos empleados públicos más se cumplía con lo indicado por la economía mundial.

¹² Hutchinson, Tomás Breves reflexiones acerca de la función pública. Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, 2004-1, Pags 35 y s.s

El fondo monetario internacional indicaba una sobredimensión del estado, pero contrariamente, el estado argentino ni por cerca se encontraba sobredimensionado, siendo en comparación y más allá de su objetable eficiencia, absolutamente proporcionado en la cantidad de empleo público por habitante.

Así, para detallar algunos números, mientras en Argentina solo el 4,9% de los ciudadanos son empleados públicos, en Suecia ese porcentaje asciende a 16,3%, en Dinamarca al 12,5%, en EEUU 8,7%, en el Reino Unido al 13,2%, entre otros.

Lamentablemente, las directivas de los organismos internacionales fueron receptadas por la clase política de turno y se fomentó la reducción del estado, el ajuste en las políticas públicas y con ellos la proliferación de los contratos de flexibilización laboral referidos precedentemente.

Derechos y garantías conculcados.

Para analizar los derechos y garantías conculcados puede sostenerse inicialmente que son tres las características comunes de todos los sistemas de contratación de precarización laboral en el estado:

- No se conoce la garantía de estabilidad.-
- Las normas expresamente indican el carácter transitorio, excepcional o temporal.-
- El personal cumple la misma función o actividad que el resto del personal empleado con estabilidad..

En este contexto los derechos y garantías lesionados se encuentran estrechamente vinculados con la evolución jurisprudencial de nuestro máximo tribunal jurisprudencial.

“Deutsch”¹³ y “Zacarías”¹⁴

En una serie de decisiones y con diversos argumentos, la Corte Suprema reconoció la aplicación de la ley de contrato de trabajo a quienes se desempeñaban en la administración bajo regímenes contractuales separados de las normas generales de empleo.

De estos precedentes, se desprende que la Corte identificaba el régimen aplicable con el tipo de actividad desempeñada. Es decir si ésta no constituía una tarea propia de los cuadros de la administración –lo que se entiende como una actividad propia del personal con estabilidad- la relación se regía por las normas del derecho del trabajo.

Así, en “Deutsch” la Corte distinguió el caso de los empleados sujetos al régimen constitucional y administrativo, de aquellos a los que el Estado contrata para “funciones no previstas en el cuadro de la administración ni en el presupuesto, sin horarios, oficinas, jerarquía, ni sueldo, supuestos estoss que se rigen por el derecho común.

Expresamente el Tribunal dispuso

“Es arbitraria la sentencia que por entender que el vínculo cuya ruptura dio lugar al reclamo tuvo su origen en un acto administrativo rechazó la demanda de diversas indemnizaciones laborales. Ello así, puesto la sola circunstancia que en la redacción de los contratos que el Teatro Municipal General San Martín formalizó con la actora no se haya manifestado, en forma expresa, la sujeción del convenio al ámbito del derecho laboral (art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo) no significa necesariamente, que deben aplicarse al caso las normas del derecho público máxime cuando de los términos

¹³ C.S.J.N. “Deutsch, N.A c. MCBA”, fallos 306:1236, 28-2-84

¹⁴ C.S.J.N. “Zacarías, A.R y otros c/ CNAS, LT XXXV-A-458

pactados resulta que se excluía a la apelante de los beneficios sociales y previsionales que gozan los agentes de la administración.”

En el año 1987, en “Zacarías” la Corte reiteró su postura consagrada en “Deutch” interpretando que:

“... la incorporación al Estado de trabajadores por la vía de la suscripción de contratos que, si bien los excluía del régimen propio de los empleados permanentes de la institución, les reconocía derechos tales como licencias, sueldo anual complementario, asignaciones familiares y beneficios de la seguridad y previsión social en un vínculo que suponía la creación de una relación de subordinación técnica, jurídica y económica, podía haber constituido una de las formas de incluir a estos trabajadores en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, según admite y reclama el inciso a, del artículo 2° de este cuerpo normativo”.¹⁵

La corte en estos casos, por exclusión del régimen público por el cual los jueces de grado habían pretendido incluir a los actores, dispone que no constituye obstáculo para considerar que la relación se rige por el derecho privado, lo dispuesto en el artículo 2 inc. A de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que la posibilidad de que se suscriban contratos como el que unió a los actores y que se cree una relación en sus tres facetas,

¹⁵ Ackerman, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo X, Actualización de los tomos I al IX, Rubinzal Culzoni, pág. 15.

pudo haber constituido en si misma una de las diversas formas de incluir a los dependientes en esa ley.-

“Gil”¹⁶ y “Leroux de Emedé”¹⁷

Este criterio fue rápidamente dejado de lado unos pocos años después, primero en el caso “Gil” y posteriormente en “Leroux de Emedé”.

En “Gil” con un plantel fáctico similar al de “Zacarías” y al de “Deutsch”, el alto tribunal asume una posición completamente opuesta a la sostenida en éstos al afirmar:

“El mero transcurso del tiempo y el hecho de prestar servicios por un plazo superior a los doce meses, no pueden trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la administración, pues lo contrario desvirtuaría el régimen jurídico básico de la administración pública establecida por la ley 22.140. La mayor o menor conveniencia de recurrir a la contratación del actor, así como la de poner fin al contrato, constituye una decisión de política administrativa no revisable en sede judicial por estar limitado el control jurisdiccional de los actos administrativos a los aspectos vinculados con su legitimidad” (considerando 4).

¹⁶ C.S.J.N. “Gil, C. c UTN” 28-2-84

¹⁷ C.S.J.N. “Leroux de Emedé, P.S c MCBA” 30-4-91

“La aceptación de los contratos y sus pertinente prórrogas, presididos por un régimen de inestabilidad, veda al actor reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, dado que, de otro modo, se violentaría el principio que impide venir contra los propios actos.” (considerando 5).

Dos años después en “Leroux de Emedé”, la CSJN retomó y amplió la doctrina de “Gil” y, subrayando la diferencia con la doctrina de “Deutsch” y “Zacarías”, consideró que la contratación de un trabajador con sumisión a un régimen jurídico específico –que admite la contratación temporaria-, distinto al del personal de planta permanente, impide interpretar que se haya producido el acto expreso de inclusión previsto en el inciso a, del artículo 2° de la LCT.

“Madorrán” y “Ruiz”

La Corte en “Madorrán” y “Ruiz” volvió a sostener un criterio similar al oportunamente desarrollado en “Deutsch” y “Zacarías”.

Así, consagró en “Madorrán” la vigencia de la estabilidad absoluta estableciendo la inconstitucionalidad del artículo 7° del Convenio Colectivo 56/92 “E”, aplicable al caso de la actora –empleada de la Administración Nacional de Aduanas- cuyo despido con invocación de causa fue considerado injustificado por la sala VI de la CNAT.

La inconstitucionalidad se apoyó en el hecho que la condición de empleada pública de la actora la hacía acreedora de la garantía de estabilidad asegurada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Sin embargo, el precedente “Madorrán” se trata de un caso específico ya que las concretas circunstancias de la causa: un convenio colectivo posterior al ingreso de la

actora con estabilidad propia o absoluta disponiendo la posibilidad de disponerse convencionalmente la estabilidad impropia es lo que resultó tachado de inconstitucional por la corte.

En este precedente, la Corte al pronunciarse sobre la validez constitucional del referido artículo 7° del CCT 56/92 “E”, que diseña el régimen de estabilidad relativa impropia para los empleados de la Administración Nacional de Aduanas, privando así a estos de la estabilidad absoluta o propia garantizada por la Constitución Nacional, luego de hacer un prolijo repaso de los fundamentos y antecedentes constitucionales y jurisprudenciales esta garantía afirma que

“... el propósito deliberado de los hombres y mujeres reunidos en Santa Fe consistió en poner a los servidores del Estado al abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política. Pero no fue asunto exclusivo tutelar la dignidad del agente público frente a dichas situaciones sino, también, tributar a la realización de los fines para los cuales existen las instituciones en las que aquéllos prestan sus servicios. Fue visto, y con razón, que las mencionadas circunstancias y sus negativos resultados no conducían a otro puerto que el deterioro de la función pública con notorio perjuicio de quienes son sus destinatarios: los administrados” (considerando 6°).

“... la llamada estabilidad propia resulta el medio que guarda la mejor correspondencia con los propósitos constitucionales últimamente recordados. Sustituir la reinstalación que pretende

el agente injustificada o incausadamente segregado por una indemnización, dejaría intacta la eventual repetición de las prácticas que la reforma de 1957 quiso evitar, con sus notorios y contraproducentes efectos, e introduciría, a la vez, una evidente carga sobre la bolsa estatal” (considerando 7°).

“... sostener la estabilidad propia del empleado público en las concretas circunstancias de esta causa, es solución que concuerda con los propósitos y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, en buena medida implícitos en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados a ésta por vía del artículo 75.22, al dar jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia (considerando 8°).”

Los ministros Maqueda y Highton de Nolasco afirmaron, sin disentir con la solución final, que:

“... es preciso destacar que lo aquí resuelto no resulta aplicable sin más a todos los empleados de la Administración Pública Nacional. La solución de cada caso está condicionada por la naturaleza de la vinculación del empleado con la Administración y requiere, en consecuencia, el examen de la forma de incorporación del agente, de la normativa aplicable y de la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación (considerando 10).”

Esa precisión en el voto de los ministros Maqueda y Highton de Nolasco y la mención en el considerando 7 del voto de los restantes ministros cuando afirma en las concretas circunstancias de la causa, daban ya una pauta sobre el criterio que se adoptaría para el caso de los contratados de la administración pública.

“Ramos”¹⁸

Luego de los precisos conceptos expuestos y la toma de posiciones asumida por la Corte en “Madorrán”, se esperaba una decisión de nuestro máximo tribunal judicial vinculada a los contratados de la administración pública y su situación de irregularidad.

Una fuerte corriente doctrinaria esperaba que la Corte tuviera una respuesta en esa línea que, recogiendo el criterio inicialmente jurisprudencia y luego normativo del derecho español e incluso, algún precedente judicial nacional.

Así surgiría “Hutchinson”, esto es que aún cuando se considera que no se trata de empleados públicos hasta que no se designe mediante el concurso correspondiente a la persona titular de un cargo que se encuentra vacante, debe mantenerse en el mismo la persona designada mediante contrato administrativo.

Esta posición era menos radical que la de proyectar directamente sobre la relación de empleo público los principios y medios técnicos propios del Derecho del Trabajo, para reconocer sin más estabilidad absoluta al trabajador contratado, en la inteligencia de que el Estado empleador habría actuado en fraude a la Ley..

La corte en “Ramos” no siguió su doctrina de “Gil y “Leroux de Emedé”, pero optó por una solución similar a la de “Zacarías”. En el caso de “Ramos” resulto por la Corte en

¹⁸ C.S.J.N. “Ramos, J.L c. Estado Nacional (Ministerio de Defensa), 6-4-2010

su sentencia del 06 de Abril del 2010, se trataba de un trabajador contratado por la armada a través de una locación de servicios bajo un régimen normativo –decreto 4381/73, artículo 17-, que permitía tal contratación excepcional por un plazo máximo de cinco años. Cuando ya se había excedido holgadamente –la relación se prolongó por 21 años- ese plazo, la Armada dio por extinguido el vínculo sin reconocer al trabajador derecho indemnizatorio alguno-

La corte en “Ramos” consideró que:

“... la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo por objeto encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado” (considerando 5°).

“... el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el despido arbitrario y por ese motivo, cabe concluir que la demandada ha incurrido en una conducta ilegítima, que genera su responsabilidad frente al actor y justifica la procedencia del reclamo indemnizatorio (considerando 6°)”.

La Corte enmarcó la situación en el terreno del derecho a la protección contra el despido arbitrario y no en el de la estabilidad del empleado público, en razón que entiende que el mero transcurso del tiempo no modificó la situación irregular del trabajador quien, así,

si bien no tendría derecho a la reincorporación, si, en cambio, resulta acreedor de una reparación de los perjuicios sufridos derivados del obrar ilícito del estado.

“.... Si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164, sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes al personal contratado y personal permanente” (considerando 8°)

“ la procedencia de la demanda no se funda primordialmente en el cuestionamiento del régimen aprobado por el decreto 4381/73, sino en el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos y la consiguiente obligación de responder que cabe al trasgresor, en el caso, el Estado Nacional” (considerando 7°).

La Corte explícitamente en “Ramos” marca la diferencia con “Madorrán”, ya que en este último caso el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en el empleo.

Reconocido, así, el derecho a una reparación –a partir del obrar antijurídico del Estado-, la Corte se diferencia también de lo resuelto en “Zacarías” pues, en la inteligencia de que por el:

“... modo en que se desarrolló la relación a lo largo de los años, el tipo de tareas que desempeñaba el actor y las figuras contractuales utilizadas, las partes no tuvieron la intención de someter el vínculo a un régimen de Derecho Privado y por ello, y considerando que se trata de la reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, la solución debe buscarse en el ámbito del Derecho Público y Administrativo” (considerando 9°).

Al margen de la crítica que podría merecer esa afirmación del alto tribunal –en cuanto parece aceptar que el trabajador y el estado empleador podrían haber optado por someter la relación al régimen de la LCT-, la conclusión a la que llega explica que el monto indemnizatorio se fije, por analogía, siguiendo la pauta establecida en el artículo 11 de la ley 25.164, cuyo quien párrafo, muy similar al artículo 245 de la LCT, impone el pago de una indemnización cuyo monto es de un mes de sueldo por cada año o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Esa fórmula, a criterio de la Corte Suprema, resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor en este caso a tenor de lo expuesto en el considerando 9º del fallo.

Fundamentos utilizados para rechazar el derecho a la estabilidad del personal contratado por la Administración Pública.-

En este caso, analizaré y confrontaré los argumentos utilizados en los diversos fallos citados emanados de nuestro máximo tribunal judicial destinados a rechazar el derecho a la estabilidad del personal contratado por la administración pública.

- **Que la administración cuente con facultades discrecionales para contratar y descontratar personal.**

Ese argumento, tal como lo afirma “Boglioli” En el trabajo citado, puede refutarse con la propia cita de la Dra. Argibay en el fallo “Madorrán” cuando afirma que:

“...si los derechos y garantías deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan tampoco son absolutas las potestades que se consagran en el texto constitucional...”.

Esa discrecionalidad, aún admitida, no puede llegar al extremo de crear unilateralmente modalidades de contratación que sean el medio para afectar garantías constitucionales del trabajador.

- **Que la relación de empleo público tiene, entre otros requisitos esenciales, carácter formal y que no se puede predicar la estabilidad de quien no ha sido investido en tal carácter mediante acto administrativo emanado de autoridad competente.**

Este argumento se vincula con la necesidad de que todo personal adquiera la estabilidad del empleo público mediante concurso y al no haber cumplimentado el personal contratado irregularmente con dicho requisito formal que deriva en el acto administrativo correspondiente, la doctrina judicial entiende que mal puede reclamar para si el goce de la estabilidad.

Este argumento tiene la particular característica de que ante la omisión de la administración pública de realizar el concurso, de visualizar la conveniencia de incorporar al personal que utiliza como recurso humano desde mucho tiempo antes, se hace recaer totalmente sobre el trabajador la irresponsabilidad, violación de ley, mala fe y actitud fraudulenta de la administración, cuando debiera ser el estado quien se comporte como un empleador modelo, respetando el principio de legalidad y los derechos constitucionales.

Esa violación del estado de turno de las formas de contratación, adoptando modalidades que precarizan el vínculo y se extiende en el tiempo se descarga con consecuencias negativas sobre el trabajador afectándolo y quitándole todo grado de tutela.

- **Que el mero transcurso del tiempo no puede trastocar la situación jurídica de quien ingresó bajo un régimen de inestabilidad; tampoco puede producir tal efecto la mera circunstancia de desarrollar las mismas funciones o tareas que el personal estable.**

Se soslaya en absoluto el principio de primacía de la realidad, las formas prevalecen absolutamente sobre la realidad de la relación entablada, aun a sabiendas de la violación por la administración pública de las más elementales normas sobre empleo público.-

- **Que el trabajador se ha sometido voluntariamente y sin reservar a un régimen jurídico (contractual) signado por la inestabilidad laboral, por el cual renunció a revistar como personal de plante permanente.**

Este argumento utilizado por los fallos citados se deriva de la aplicación al caso de la doctrina del supuesto voluntario sometimiento del trabajador a un determinado régimen jurídico -DVSJR-, derivación de la doctrina de los actos propios.

Esa doctrina se ha venido utilizando desde hace décadas y ha sido planteada por la administración para responder las numerosas demandas entabladas por trabajadores siendo utilizada en los precedentes citados “Gil”, “Leroux de Emede” y “Perreta”, entre otros.

En esos fallos se le asignó relevancia jurídica al supuesto sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin reservas expresas, lo que supone para quienes utilizaron ese argumento, un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional.

Se parte de la premisa que el trabajador contratado estaría voluntariamente aceptando quedar exceptuado de su derecho a la estabilidad por haber consentido un régimen contractual signado por la inestabilidad laboral.

Ese acto ilegítimo de origen puede mantener su relevancia jurídica frente a los claros preceptos constitucionales que lo descalifican, evidentemente no, puesto que la conducta inicial, jurídicamente vinculante hacia el futuro, y oponible a quien luego

pretende desconocerla, debe ser lícita, y no como en este caso, producto de un fraude a la ley.

Ese fraude es ideado por quien luego pretende –la administración-, valerse de dicho fraude en perjuicio del trabajador.

En tal contexto, como puede invocarse la existencia de una conducta voluntaria del trabajador, de sometimiento a un régimen determinado, cuando la única conducta positiva del mismo es colocar o “vender” su fuerza laboral, en este caso, a la administración pública a cambio de una retribución económica.

El marco en el cual esa decisión se materializa, esto es las condiciones de contratación o incorporación misma, no dependen de la voluntad del trabajador, ya que la misma carece de relevancia o incidencia alguna.

Ese razonamiento podría ser cuestionado afirmando que la irrelevancia o inexistencia de un acto voluntario del trabajador en la aceptación de los contenidos del contrato sólo es válida para la contratación típica (sea sólo para ingresar a la planta permanente o, inclusiva, en el caso de los contratos para el personal no permanente; esto es, bajo las tipologías regladas de reclutamiento previstas en los estatutos del personal, que ya tienen sus contenidos predispuestos –reglados- en dichos estatutos, pero que la voluntad del trabajador juega su rol en los contratos no permanentes atípicos, como por ejemplo la locación de servicios, cuando el Estado actuaría allí como persona jurídica de Derecho Privado y no se vería entonces limitado en sus facultades regladas.

Esa aseveración también encuentra respuesta, en que dado que la normativa estatutaria vigente sólo prevé determinado tipo de figuras para la contratación transitoria (y excepcional), debe concluirse en que la legislación le ha cerrado el camino a la discrecionalidad de la administración a la hora de elegir las topologías de contratación

no permanente de su personal, la cual se encuentra solamente prevista para las modalidades específicamente previstas.

La contratación por mecanismos como la locación de servicios no se ajustan a las previsiones legales y fuera de los contratos de empleo típicos, las restantes contrataciones entrarían en el terreno de la ilegalidad, por lo que mal podría aceptarse un razonamiento que autorice que la voluntad o consentimiento del trabajador sea suficiente para legalizar un accionar ilegal de la administración.

A esa supuesta complicidad de la ilegalidad por parte del trabajador se le pretende otorgar consecuencias jurídicas que sólo perjudican al dependiente y no al estado violador de las normas.

Ese razonamiento se profundizaría si en las figuras atípicas se considera aplicable la LCT y los principios que de ella derivan, lo que en función del derecho protectorio limitaría la posibilidad de actuar en fraude a la ley mediante la voluntad del dependiente.

Ahora bien, en cualquier caso es preciso mencionar con claridad que la administración pública debe guiar su accionar bajo el principio de legalidad, mientras que las personas privadas tienen ante sí un ámbito de libre desenvolvimiento sólo limitable por la ley (art. 19 C.N.).

El estado en cambio, solo puede hacer valer aquello que la ley le permite y hacerlo del modo en que la ley se lo permite.

La ley, la constitución, todos los principios que conforman el bloque de legalidad deben regir el actuar de la administración, por lo que mal puede invocar para sí, para justificar su accionar, para utilizar una manifestación de voluntad del trabajador, que un accionar solo o en conjunto –con el dependiente- en un marco de ilegalidad.

De todo lo expuesto se extrae, que no hay manifestación de voluntad alguna del trabajador, ni sometimiento voluntario, ni renuncia alguna, sino, en el peor de los casos para éste, la adhesión a las cláusulas de un contrato, cuyo contenido en consecuencia no puede discutir a riesgo de no ser contratado o recontratado.

A lo dicho deben sumarse como argumentos adicionales, el de la inderogabilidad de las normas de las normas de orden público mediante actos particulares, el de la invalidez por nulidad absoluta de la renuncia anticipada de derechos fundamentales, como también la repulsa que la DVSRJ debe generar en el ámbito del Derecho del Trabajo a la luz, en particular, del principio protectorio (art. 14 bis. C.N.).

A pesar de que la doctrina del voluntario sometimiento al régimen jurídico fue y es utilizada por muchos tribunales, parecería haber ingresado en un camino de franco retroceso.

La Corte en materia de accidentes de trabajo comenzó un apartamiento de esa doctrina permitiendo al trabajador la vía de la acción de reparación integral aún cuando no había objetado la existencia del régimen de riesgos de trabajo e incluso había recibido prestaciones y hasta la indemnización dispuesta por el mismo.

Así en “Llosco” ⁽¹⁹⁾ dijo el alto tribunal nacional:

“... Es doctrina permanente en esta Corte, que el voluntario sometimiento, sin reserva expresa, a un régimen jurídico, a una decisión judicial o a una determinada jurisdicción, comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de impugnación posterior con base constitucional (fallos: 3161802,

¹⁹ C.S.J.N. “Llosco, Raúl c. Irmi S.A. yotra”, 12-6-2007.

1804, considerando 7º y sus citas, entre otros). Empero no es menos cierto que la aplicación de este enunciado, por su carácter general, no puede soslayar las precisiones o matices. Al respecto, dada su vinculación en lo esencial con la problemática sub discussio, es de cita oportuna el caso “Cubas”. En efecto, en esa oportunidad el Tribunal advirtió, después de reiterar el principio general antedicho, que éste no era aplicable en el caos, puesto que el actor al invocar determinados preceptos no renuncia tácitamente a derecho de impugnar aquellos otros que se le opongan y que conceptúe contrarios a la Constitución o leyes nacionales o tratados con las naciones extranjeras. Un código, una ley o un reglamento pueden contener preceptos nulos que no invalidan el resto del estatuto ni inhabilitan a los interesados para amparar en éstos sus pretensiones salvo que entre unos y otros exista interdependencia o solidaridad inexcusable...”

La Dra. Highton de Nolasco con suma claridad en el fallo citado en sus considerandos expuso:

“... 4º) Que, como surge de tal doctrina, en el ámbito de aplicación de la ley 24.557, debe efectuarse un escrutinio estricto de la conducta del trabajador a efectos de determinar si, efectivamente, las circunstancias en cuyo marco invocó ciertos preceptos o ejerció determinados derechos propios de ese régimen legal –al cual, en principio, tenía la obligación de

sujetarse- autorizaban a considerar que actuó en forma incompatible con la posterior promoción de un reclamo judicial basado en la inconstitucionalidad de la norma que, dentro del mismo régimen, exime de responsabilidad civil al empleador (art. 93 inc. 1º) ... 5º) ... La exigencia de no contraria los propios actos debe ser valorada en consonancia con la situación real del trabajador incapacitado y su posibilidad de abstenerse de percibir una indemnización que considera insuficiente, en aras de preservar intacta su acción para demandar la intensa protección que la Constitución Nacional otorga a sus derechos ...”.

Esa postura del voto de la Dra. Highton de Nolasco seguido por el Dr. Maqueda en el considerando 4º de su voto, suponen un apartamiento de la Corte de la aplicación, cuanto menos sin reparos, de la DVSRJ utilizada reiterada y sistemáticamente en la temática que nos ocupa. -

- **Que la intervención del Poder Judicial en la materia constituye un apartamiento de sus funciones propias e implica la destrucción del principio republicano de la división de poderes.**

Este es un argumento utilizando históricamente para evitar el juzgamiento constitucional del accionar del Poder Ejecutivo.

Se suele decir que el Poder Judicial pretende cogobernar con el Poder Ejecutivo si controla la legalidad y el ajuste constitucional del obrar del poder administrador.

Los jueces han sido, por decirlo, sumamente cuidadosos y en algunos casos ciertamente conniventes, con la administración pública manifestando que una de las misiones más delicadas del Poder Judicial es mantenerse dentro de la esfera de sus funciones sin inmiscuirse en otros poderes.

Eso es totalmente correcto. Ahora bien, es misión esencial y prioritaria de los jueces ejercer su deber de garante de la aplicación de la Constitución, leyes y Pactos Internacionales incorporados como derecho positivo argentino, controlando como corresponde el accionar de la administración pública.

Así el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires en autos “Corne”⁽²⁰⁾ dijo:

“... por lo contrario ello responde a la matriz institucional de la CBA y de la Nación, y constituye una aplicación correcta de la función establecida para el Poder Judicial en las constituciones respectivas, criterio seguidamente ratificado por el ministro Luis F. Lozano en el considerando 2º de su voto, cuando afirma que: Resulta insuficiente para modificar lo dicho la invocación ritual del principio de división de poderes (arts. 102 y 104 de la CCBA), sin indicar como el control de legitimidad realizado por el Poder Judicial, en el marco de una causa y referido a un acto concreto, llevaría a exceder las potestades asignadas a esa rama, al tiempo que recortaría otras privativas del poder administrador ...”.

²⁰ C.S.J.N. “Corne Roberto M. c. GCBA s. amparo, 5-7-2005.

Al amparo de la división de poderes, nuestro país tiene una trágica historia de consentimiento de arbitrariedades por parte del Poder Judicial al poder político de turno que resultan sumamente reprochables y que en modo alguno pueden consentirse al amparo de la imposibilidad de inmiscuirse el Poder Judicial en los actos del Poder Ejecutivo cuando la Constitución, Pactos Internacionales o leyes se encuentran seriamente afectadas.

Reflexión final

La discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la contratación de los empleados públicos, su permanente vinculación con los compromisos políticos, evidentemente ha influido en un análisis ciertamente connivente del Poder Judicial con la ilegalidad en el accionar de la administración pública.

Ese prejuicio social contra el empleado público ha permitido que se reiteren hasta el hartazgo fórmulas genéricas y fundamentos que no por su permanente repetición han cobrado mayor virtualidad jurídica.

Los mismos siguen teniendo la misma fragilidad inicial e incluso hemos visto que la propia Corte, en otros casos o temáticas como la reparación integral de los accidentes laborales, ha tenido una postura diferente.

Las connotaciones financieras o presupuestarias que una decisión de la Corte pudiera tener vinculada a los empleados contratados por el estado, es seguramente también un valladar que el propio juzgador ha colocado delante de su posición jurídica.

Sin embargo, no es menos cierto que los contratados no pueden recibir una justicia de segundo orden o una ponderación diferente del magistrado variando la aplicación o no

de conceptos o fundamentos jurídicos según se trate de una temática u otra que sea sometida a su análisis.

De allí que los tribunales del trabajo sigan una postura más proteccionista del trabajador y los del fuero contencioso administrativo evidentemente signada por los preconceptos que venimos mencionando.

En cualquier caso, las soluciones a la problemática deben buscarse legalizando la situación y no haciendo caso omiso a su existencia justificando el accionar de la administración de turno. -

Alternativas o posibilidades para solucionar la situación de los contratados

Frente a la realidad, el inconveniente, flagelo o como se quiera describir la realidad actual, lo cierto es que el Poder Judicial ha tenido y tiene que intervenir decisivamente en una problemática actual que tiene distintas visiones y análisis, como hemos visto precedentemente.

Sin embargo, la adopción de posiciones absolutistas es lo que genera mayor controversia y que implicó el actual estado de situación.

Las distintas soluciones ensayadas por la jurisprudencia ante un contratado que solicita la reincorporación al empleo y su designación como personal de planta permanente se han suscitado distintas alternativas, a saber:

- Fallos que ordenan a la administración pública reincorporar al trabajador y su directa designación en planta permanente:

Este criterio ha tenido excepcional aplicación por nuestra jurisprudencia y por lo general referido a casos de relaciones irregulares mantenidas durante muchísimos años, considerándose configurada una desviación de poder por parte de la administración pública, al mantener a un trabajador en una prolongadísima situación de inestabilidad para burlar así la garantía consagrada en el artículo 14 bis.²¹.

En principio y salvo en determinados supuestos muy excepcionales, una sentencia no puede ordenarle al estado que éste, obviando el sistema de selección para acceder al empleo y la comprobación de los demás requisitos exigibles previstos en el ordenamiento administrativo aplicable, designe a un trabajador como personal estable.

Allí si se establecería una evidente intervención violatoria de la división de poderes entre el Poder Judicial y el Ejecutivo.

Nada obsta, como se verá, que el Poder Judicial pueda y deba, ordenarle al Estado que cumpla con aquellas previas exigencias jurídicas que había omitido, a fin de viabilizar la obtención de la estabilidad por parte del trabajador irregularmente contratado, alternativa que seguidamente analizaremos.-

- Sentencias que no ordenan reincorporara, pero imponen el pago de una indemnización:

La alternativa de condenar al Estado a pagar una indemnización al trabajador contratado irregularmente, cuyo contrato ha vencido sin renovársele o no ha sido rescindido ante tempus, ha tenido y tiene favorable acogida en varios tribunales.

²¹ C.S.J. Santa Fe, “Musre, Beidún c. Municipalidad de Rosario s. RCAPJ”, 4-10-95.

Se lo justifica, en otorgarle al agente afectado, cuando menos, la tutela atenuada que contra el despido arbitrario garantiza el artículo 14 bis. de la Constitución Nacional y echa mano, por aplicación analógica, del art. 245 de la LCT.

Este criterio ha sido muy utilizado, admitido por la CSJN y varias salas de la CNAT.

Como variante de este criterio, se ha recurrido a la tarifa indemnizatoria que fija el propio estatuto para el supuesto de cesantía arbitraria del trabajador de planta permanente, cuyo monto es por lo general superior al que resultaría de la aplicación del art. 245 de la LCT (criterio que evita, además, la innecesaria remisión a una norma laboral análoga cuando el propio ordenamiento laboral administrativo ya prevé una tarifa indemnizatoria para supuestos asimilables).

Para algunos esta postura es una solución compatible con el art. 14 bis de la CN, en tanto equipararía la situación del personal irregularmente contratado que es dejado cesante, reconociéndole la protección que contra el despido arbitrario reciben los trabajadores de la actividad privada, consagrando al menos algún nivel de protección.

Para otros, esa solución, implica la monetización de la pérdida injustificada del trabajo, excepto si sólo se la admitiese como opción a favor del trabajador e invocable por éste.

Con ese argumento se corre el riesgo de precarizar o degradar la estabilidad absoluta del empleo público y convalidar asimismo, la prevalencia de la forma del acto administrativo por sobre la realidad.

La CSJN tampoco parecería avalar esta alternativa en “Madorrán” cuando ha dicho que:

“... Sustituir la reinstalación que pretende el agente injustificada o incausadamente segregado por una indemnización, dejaría intacta la eventual repetición de las prácticas que la reforma de 1957 quiso evitar, con sus notorios y

contraproducentes efectos, e introduciría, a la vez, una evidente carga sobre la bolsa estatal...”.

- Sentencias que ordenan la reincorporación del trabajador, pero condicionando el goce del derecho a la estabilidad.

Esta corriente jurisprudencial, novedosa, es la que dispone judicialmente el reintegro del trabajador cuya relación se dio por finalizada, pero no bajo un régimen de estabilidad absoluta sino, de alguna manera, condicionada a que la administración convoque a concurso; mientras ello no ocurra deberá mantenerse en el cargo a la persona designada mediante contrato administrativo.

Quienes sostienen esta postura afirman que la solución de cada caso debe efectuarse, en primer término, sobre la realidad de la relación misma (modalidad fáctica y vinculación jurídica), para posteriormente verificar si la figura jurídica o modalidad de vinculación eventualmente utilizada por la administración pública para regularla, y aún en el ámbito jurídico en que fue encuadrada la relación –de derecho administrativo, derecho del trabajo o derecho civil- se condice o no con dicha realidad –laboral- en función del instituto jurídico contractual que debió aplicarse al caso (en ejercicio de facultades regladas, ya que lo común es la regulación de las figuras contractuales aplicables, lo que aventa –debería hacerlo- la discrecionalidad administrativa); constatado el fraude a la ley, deberá darse al caso la solución acorde al bloque de juridicidad que corresponda (por aplicación del principio de primacía de la realidad, el cual no es patrimonio exclusivo de determinada rama del derecho, conf. CSJN en autos: “Parke Davis”).²²

²² Boglioli, obra citada, pág. 251)

En la búsqueda de una solución armónica a esta compleja situación, los principios generales del Derecho Administrativo, los del Derecho del Trabajo y, en definitiva, la Constitución Nacional y los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes serán una guía insoslayable.²³

La alternativa judicial, jurídica y tácticamente viable pasa, por la compatibilización entre los derechos fundamentales del trabajador y las exigencias jurídicas propias del régimen administrativo de empleo público, y allí es en donde están anclados, según veo, los mayores escollos para arribar a la solución justa de buena parte de los casos de contratación irregular en la administración pública, puesto que se asumen como inconciliables la tutela de los derechos del trabajador (al trabajo, a la estabilidad, a la carrera) con el cumplimiento formal y sustancial de los requisitos para el ingreso a la planta permanente.

Producto de ese enfrentamiento, se han emitido no pocos fallos que en lugar de armonizar y compatibilizar derechos y exigencias jurídicas más que razonables y vigentes, las ponen en conflicto insoluble, expresando, en el fondo, una tensión constante entre laboristas y administrativistas. Esto es, no se trata ni de imponerle a la administración pública el nombramiento liso y llano del trabajador afectado mediante una sentencia judicial, ni tampoco de consagrar la impunidad del Estado en la materia y la absoluta desprotección del trabajador irregularmente contratado.

La razonabilidad de esta alternativa radica en que a la par que tutela efectivamente el derecho al trabajo del agente afectado (mediante su reincorporación al empleo), no hace depender la adquisición del derecho a la estabilidad de una sentencia, sino, antes bien,

²³ CCA N° 2 Rosario, “Brizuela, Alberto y otros c. Municipalidad de Fray Luis Beltrán s. RCA, 12-8-2008.

de un futuro y eventual concurso que la administración pública debiera llevar a cabo, lo cual permitirá a ésta comprobar la idoneidad y/o aptitud del agente para pasar a formar parte de la planta de personal permanente, oportunidad que le fuera negada por el obrar antijurídico de la administración pública.

Puede citarse sobre el particular el considerando 3º del voto del juez Lozano en el precedente citado “Corne”:

“... la invocación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre gravedad institucional queda huérfana de sustento, toda vez que no se ha demostrado en forma razonable en qué medida una decisión sobre la situación particular de un empleado, compromete gravemente el interés general o afecta el adecuado funcionamiento del poder de policía del trabajo en el ámbito de la Ciudad, más aún, cuando el fallo recurrido supedita la estabilidad en el empleo público al ingreso por concurso ...”

24.

Los requisitos para el ingreso se encuentran previstas en los estatutos del personal y se vinculan con cuestiones formales y con las que hacen al examen de incorporación en sí mismo.

El agente tendrá derecho a continuar en su puesto de trabajo hasta la formalización del concurso y tendrá derecho a presentarse al mismo y de salir airoso, obtener la estabilidad como derecho subjetivo perfecto. De resultar perdidoso, recién allí podría

²⁴ TSJ GCBA, “Rébora, Horacio N. c. GCBA s. recurso queja, 19-4-2000.

prescindirse de sus servicios sin derecho a indemnización; siendo similar consecuencia a la que habría ocurrido en caso de haber resultado perdidoso en un concurso realizado en tiempo y forma.

La alternativa propuesta no deja de ser, en definitiva, una forma de reconstitución de una relación jurídica (de empleo), que deja subsistente –preserva- lo que de regular pudo tener la relación y remueve aquellos vicios jurídicos que la afectaban, para reemplazarlos por las condiciones de trabajo impuestas por el Estatuto y , mediatamente por la propia Constitución Nacional –art. 14 bis-; labor ésta no extraña a los jueces de lo contencioso administrativo o a los jueces del trabajo, cuando se ven en la necesidad de resolver nulidades en la contratación y tienen que proceder a la sustitución de unas cláusulas nulas por aquellas obras que vienen impuestas por el orden público y/o las normas imperativas aplicables.

Nadie podría afirmar que en esto hay creación de Derecho por parte del juez o invasión por parte de éste en la esfera de competencias propias de la administración pública, sino lisa y llanamente el pleno ejercicio de su función judicial de control de legalidad y de la constitucionalidad del obrar de la administración pública.

Podría cuestionarse hasta qué punto el Poder Judicial se encuentra facultado para ordenarle al Poder Ejecutivo que éste lleve a cabo un concurso para la provisión de un cargo o, más aún, para imponerle al Poder Legislativo la previa creación de cargos en el presupuesto, a ser eventualmente ocupados por personal contratado irregularmente.

Existe jurisprudencia por la cual el Poder Judicial le ha ordenado al Ejecutivo hacer lo que la Constitución le ordena a este último y que había omitido, incluso llevándolo a tener que afectar partidas presupuestarias o a crearlas, puesto que la supuesta

discrecionalidad del Ejecutivo en materia de asignación de recursos y gastos no puede desentenderse de los derechos y garantías constitucionales.²⁵

Conclusiones:

Luce evidente que la Corte Suprema de Justicia ha venido dando un giro muy interesante en su jurisprudencia con precedentes que han calado muy profundo en nuestra materia como los conocidos “Aquino”, “Vizzoti”, “Castillo”, “Milone”, “Madorrán”, “Badaro”, etc.-

Sin embargo y pese a que en “Madorrán” el máximo tribunal judicial del país sentó doctrina legal en relación a la estabilidad del empleo público, se esperaba una solución acorde con toda esa línea doctrinaria que en “Ramos” no se observó.

Algunos tildaron de retroceso la solución delineada en “Ramos” por la CSJN, por cuanto esperaban una solución distinta que procurara la protección del contratado y no una solución indemnizatoria.

Existe entonces una deuda de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación para con los contratados de la administración pública que sea más compatible con la idea del mantenimiento de la fuente laboral.

En el mismo sentido, cabe preguntarse si la “solución indemnizatoria” elegida resulta acorde al daño padecido por aquel agente que suponía contar con un empleo con estabilidad absoluta como el resto de sus compañeros de labor.

Esa reparación ¿coloca la situación razonablemente en el estado anterior a la producción del daño ?. ¿La utilización de la fórmula del art. 245 de la LCT resulta, en el supuesto, una indemnización acorde con el daño en exégesis ?.

²⁵ C.S.J.N. Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES s. reajustes varios”..

Esos interrogantes, entiendo, deben formar parte de la problemática general en análisis en este trabajo.

De igual modo entendemos que una solución judicial a la problemática tampoco pondrá fin a la cuestión de fondo, la que sólo podrá alcanzar algún viso de definitiva erradicación de la precarización del empleo público desde un cambio de enfoque del sector político.

La solución sustancial es política, vinculada a la formulación de políticas de Estado en materia de función pública con el definitivo destierro de las prácticas de contratación precaria o irregular que han tenido su auge en la década del noventa, instalándose para quedarse, siendo hoy un problema real y tangible de difícil erradicación.

No obstante ello, una decisión judicial más acorde con la protección del trabajador, de su fuente de ingreso, de su trabajo, parece un aporte muchísimo más interesante de la justicia a la solución definitiva, política por cierto, de la problemática en exégesis.

Bibliografía:

- Ackerman, Mario, Tratado de Derecho del Trabajo, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005.-
- Ackerman, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo X, Actualización de los tomos I al IX, Rubinzal Culzoni, 2010.
- Boglioli, Diego Fernando, Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, 2009-2.
- Duarte, D. (2010-2). Enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el derecho del trabajo (de 'Ekmekdjian' a 'Simón'). *Revista de Derecho Laboral*, p 172.
- Grau, César, Panorama en el Derecho Comparado sobre el empleo público, en Microjuris digital del 19-7-2007.-
- Hutchinson, Tomás Breves reflexiones acerca de la función pública, Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, 2004-1.
- Ivanega, Miriam Mabel, Las Relaciones de Empleo Público, Ed. La Ley, 2.009.-
- Lopez, J. (2007). ¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad? *Rev. Legislación del Trabajo*, 398.
- Madorrán, M.C c. Administración Nacional de Aduanas, Considerandos 4, 5 y 6. 1488 XXXVI (C.S.J.N 3 de 5 de 2007).

