



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA PLATA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

“LA ESTABILIDAD DEL EMPLEADO ESTATAL Y EL FRAUDE LABORAL”

Director: Juan Manuel Granillo Fernández

Selva Gloria Illescas
Año 2021

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
ABOGACÍA

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....Pág. 3

CAPÍTULO 1: Aspectos Generales –Estabilidad.

1.-Empleado o agente público o estatal. Concepto.....Pág. 7

2-1.-Concepto de Empleo Público.....Pág. 9

2-2.-Principios de la relación de Empleo Público. Naturaleza jurídica.....Pág. 12

2-3.-Calificación de la relación de empleo público.....Pág. 15

2-4.-Postura Jurisprudencial del marco regulatorio de la relación del empleo.....Pág. 17

3.-Estabilidad en el empleado público.....Pág. 20

3-1.-Posturas doctrinarias sobre la estabilidad del agente público.....Pág. 20

3-2.-Formas de estabilidad del empleo público.....Pág. 22

3-3.-Principios doctrinarios sobre la estabilidad propia e impropia.....Pág. 22

3-4.-Criterio Jurisprudencial de la estabilidad.....Pág. 24

3-5.-Régimen Legal - El derecho a la estabilidad del empleado público.....Pág. 25

CAPÍTULO 2: Fraude Laboral. Principales causas

1.-Fraude laboral. Los cambios en materia de empleo público.....Pág. 32

1-2.-Definición de fraude laboral.....Pág. 32

1-3.-El derecho al orden público.....Pág. 32

1-4.-Alteración normativa y hechos que afectaron derechos de los empleados estatales.....Pág.33

CAPÍTULO 3: La Estabilidad en la jurisprudencia.

Jurisprudencia: supuestos casos de inamovilidad no contemplados de empleados públicos de planta permanente.....Pág. 44

Caso Madorrán.....Pág. 44

Fallo “Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido” ..Pág. 45

Conclusión.....Pág. 47

Bibliografía.....Pág. 49

Introducción

El objetivo general es analizar la estabilidad del empleo público garantizado en la Constitución Nacional y Leyes reglamentarias, la situación del personal de planta permanente del Estado y el fraude laboral.

En el presente trabajo me propongo analizar el derecho de estabilidad de los empleados públicos que históricamente coexiste en el ámbito de la Administración Pública nacional, provincial y/o municipal, con el objeto de demostrar que la protección o garantía, es la regla que se debe seguir para evitar el abuso de poder del Estado cuando se pretende despedir a un trabajador.

Empleo el modelo descriptivo cualitativo, recolecto la información mediante la técnica de la búsqueda y análisis de fuentes, a través de los datos obtenidos en la doctrina, legislación y jurisprudencia de los ámbitos nacional, provincial y municipal.

Se trata de un trabajo de investigación cuyo objeto de estudio es investigar, el motivo por el cual se encuentra debilitada la estabilidad garantizada constitucionalmente e identificar las causas y consecuencias de la pérdida de la misma y la relación existente con el tema presupuestario y con el fraude laboral.

La doctrina, legislación y jurisprudencia analizadas, reflejan la situación del empleado que realiza tareas propias de la Administración Pública y tratan de establecer sus derechos, obligaciones y régimen legal aplicable al vínculo que tiene con la entidad pública nacional, provincial y/o municipal. Para ello se hace referencia a la evolución del régimen normativo que lo regula y a las transformaciones que sufrió, contextualizando los cambios en función de lo ocurrido en el sistema de relaciones laborales. Se recorren los principales cambios normativos en las formas de contratación en el sector público y su relación con el fraude laboral.

El T.I.F. se divide en tres líneas de investigación:

En la primera parte, capítulo 1, se trata de conceptualizar al empleado estatal, la relación de empleo público, se enuncia el concepto de estabilidad y sus variantes: absoluta y relativa con sus correspondientes opiniones doctrinarias.

En la segunda parte, capítulo 2, se analizan las principales causas del fraude laboral. Los cambios en materia de empleo público. Las formas de contratación en el Estado a partir de las leyes de emergencia y hechos que afectan derechos de los empleados estatales nacionales, provinciales y/o municipales.

Y en la tercera, capítulo 3, se aborda la temática de la evolución de la estabilidad y el fraude laboral en la jurisprudencia, analizando fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales provinciales. Finalmente, con el fruto de lo estudiado se realizarán las conclusiones.

Palabras claves: Empleo Público, constitucionalidad, estabilidad del empleo público, flexibilización laboral, fraude laboral.-

CAPÍTULO 1

ASPECTOS GENERALES - ESTABILIDAD

Iniciando con el análisis del derecho de estabilidad,¹ es menester mencionar que se considera como un empleado público a aquella persona que ingresa al Estado nacional, provincial y/o municipal para realizar una actividad de manera permanente y bajo la garantía constitucional de estabilidad, de manera transitoria mediante la celebración de un contrato o bajo modalidades de convenios colectivos de trabajo.

Es un tema de vital importancia ya que los constituyentes incluyeron dentro de las declaraciones, derechos y garantías de la Carta Magna Nacional, en su artículo 14 bis la protección contra el despido arbitrario y estabilidad en el empleo público.-

Como se sabe, el derecho a la estabilidad del empleo público es consagrado constitucionalmente con la reforma introducida a la Ley Fundamental en 1957 y es el resultado de la influencia del constitucionalismo social; corriente ésta que aparece como el producto de una profunda transformación social y política.

A partir de entonces, el art. 14 bis establece que el trabajo en sus diversas formas -lo que incluye al trabajador estatal- gozará de la protección de las leyes, las que aseguran la estabilidad del empleado público.

Según se ha señalado, esa estabilidad debe entenderse como “el derecho a no ser privado o separado del empleo o cargo” garantizado en el Artículo 14 bis de la protección contra el despido arbitrario y estabilidad en el empleo público; “sino por las causas y los procedimientos establecidos en las normas” y su razón de ser se halla en proteger al empleado público de la arbitrariedad estatal, de la persecución política de los opositores y de los avatares partidarios que determinaban que frente al ingreso de un nuevo gobierno fueran cesanteadas en grandes cantidades aquellas personas que habían sido incorporadas por las gestiones de diferentes banderas políticas.

Los organismos estatales de nuestro país funcionan a raíz de las tareas que realizan los empleados públicos, preocupación constante de los convencionales constituyentes, desde el momento de la organización nacional por el simple hecho de

¹ ISSA, Ricardo, “Los derechos económicos y sociales, en AA.VV., Manual de Derecho Constitucional”, 2ª ed. act., Advocatus, Córdoba, 1995, t. I, p. 361

evitar el abuso de la discrecionalidad de las autoridades y que fueran utilizados como material descartable conforme a la conveniencia del gobierno de turno, motivo por el cual surge una de las principales garantías del empleado público plasmado en la Constitución Nacional, “la Estabilidad”, en pos de permitir a los organismos públicos cumplir con el objetivo para los que fueron creados mediante la función que cumpla cada empleado.

La estabilidad garantiza al empleado público el derecho a conservar el empleo, la situación escalafonaria y la retribución asignada.

Para abordar el tema del derecho de estabilidad es indispensable analizar lo que significa empleado o agente público y la relación del empleo público

1.- Empleado o agente público o estatal. Concepto.

Conceptualizando el término agente o empleado público expreso que: es aquella persona que presta servicios remunerados a favor del Estado enajenando su fuerza de trabajo.

Según José Alberto Garrone el empleado público es el destinado por el gobierno para el servicio público de la nación y pagado por ésta.²

Marienhoff opina que el empleado público no tiene relación con la forma de ingresar al Estado, sino con el cumplimiento de funciones específicas propias de la Administración Pública. La calidad de empleado público tiene que ver con la actividad ejercida por la persona y no con la duración de los servicios prestados, entonces puede haber agentes que ejerzan funciones en forma permanente, temporaria o accidental.³

Escola dice que estos individuos que actúan al servicio del Estado son los empleados o funcionarios públicos.⁴

2 José Alberto Garrone, Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot – Ed Artes Gráficas Candil S:H., Buenos Aires

3 Conf. MARIENHOFF; Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4º Ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires pág. 20

4 Escola, Hector Jorge. (1984)- “Compendio de Derecho Administrativo”-Volumen I, Buenos Aires: Depalma, pág 374.

En cambio Ivanega opina que dentro de las estructuras orgánicas existen tres tipos básicos de empleados: con estabilidad, contratado y de gabinete.⁵

Sin embargo Alfonso Buteler dice que el empleado público es la persona que ingresa al Estado para realizar una actividad de manera permanente y bajo la garantía constitucional de estabilidad⁶ y no a las que lo hacen en un cargo político, de manera transitoria mediante la celebración de un contrato⁷, o bajo las modalidades, tales como el sometimiento a convenios colectivos de trabajo⁸, como monotributistas, etcétera.

El artículo 77 del Código Penal define al “funcionario o empleado público” como aquella persona que participa en el ejercicio de la función pública o dicho de otro modo, “que tiene la facultad, exclusiva de colaboración con otras, de formar, ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público, por delegación permanente o accidental del Estado”.

Esta definición coincide con la establecida, en la Convención Interamericana contra la corrupción que establece que la función pública es.....”Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos...” y al funcionario público, como: “...cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para

5 Ivanega, Miriam Mabel. (2009) “Las Relaciones del Empleo Público” Buenos Aires: La Ley, pág 128

6 Cabe recordar que durante muchos años de la Corte nacional aplicó la teoría de los actos propios para negar los reclamos de quienes no se les había renovado el contrato al entender que el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico comportaba un inequívoco acatamiento que determinaba la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional, y que la aceptación, por quien ingresaba a la función pública, de un contrato presidido por un régimen permanente de inestabilidad le vedaba la posibilidad de reclamar a *posteriori* los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, tal como demuestran las sentencias dictadas en las causas “Filgueira de Álvarez” (*Fallos*: 310:2117), “Galeano” (*Fallos* 312:1371) y “Gil” (*Fallos*: 312:245), entre muchas otras. Como se sabe, a partir del caso “Ramos”, del 6-4-2010, el alto tribunal modificó su doctrina sosteniendo que frente a determinadas circunstancias el trabajador tiene derecho a una indemnización. Para ampliar puede verse nuestro comentario a dicho fallo: BUTELER, Alfonso, *El derecho de los contratados a una indemnización*, en L.L. del 14-4-2009.

7 Como muestra de ello puede citarse la ley 24.185, reglamentada por el decreto 447/93, por medio de la cual se autorizan las negociaciones colectivas entre la administración pública nacional y sus empleados, pudiendo resultar materia de negociación todas aquellas cuestiones laborales que integran la relación de empleo.

8 Como muestra de ello puede citarse la ley 24.185, reglamentada por el decreto 447/93, por medio de la cual se autorizan las negociaciones colectivas entre la administración pública nacional y sus empleados.

desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

En definitiva la función pública es ejercida por personas físicas, de las que se vale la Administración para el cumplimiento de sus fines específicos.

En conclusión el concepto de funcionario o empleado público no puede separarse de la responsabilidad y de las posibles consecuencias que conlleva toda conducta irregular ocurrida en el ámbito de la actuación de la Administración Pública y en representación del Estado.

Quienes se desempeñan en el ámbito de la Administración pública resultan responsables por el modo en el que obran y también por aquello que omiten.

2.- Empleo Público

2.1.-Concepto

El Empleo Público es considerado el vínculo jurídico entre la persona que desempeña un determinado puesto de trabajo en la Administración Pública.

Dromi expresa que “una relación de empleo, es de subordinación del sujeto particular respecto del Estado, que cumple las funciones asignadas al órgano institución, sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe”.⁹

García Pullés enuncia que es la “actividad cumplida por personas físicas para concretar la realización de actividades esenciales y específicas del Estado”.¹⁰

El artículo 1 del Decreto Ley N° 6.666/57, Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional, formula que el empleo público es el “personal que en

⁹ Dromi, Roberto, (1998) “Derecho Administrativo”, 7ª edición, Buenos Aires, Depalma.

¹⁰ García Pullés, F. (2005) - Serie de Legislación Comentada – “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional” –Buenos Aires: Lexis Nexis.

virtud de nombramientos emanados de autoridad competente prestan servicios remunerados en organismos dependientes de la Administración Pública”.

De todo esto surge que al empleo público lo caracteriza la naturaleza de la actividad que ejerce, es decir, la realización de funciones esenciales y propias de la Administración Pública.

Dromi, considera que el empleo público engloba características donde la nota esencial de la relación es el ejercicio personal; considerando al empleado público, un órgano persona porque no puede delegar en otra el desempeño de sus funciones, aunque la competencia le haya sido conferida expresamente al órgano institución, la misma es ejercida por el órgano individuo, la delegación o sustitución deben estar expresamente autorizadas.¹¹

En otra de las características hace referencia a que sólo las personas físicas pueden ser empleados públicos y no las personas jurídicas.

Por último alude a que produce efectos para el futuro (ex nunc). Se rechaza la posibilidad de efectos retroactivos (ex tunc) de la designación, porque estaríamos en presencia de una persona que habría cumplido funciones en la Administración sin estar regularmente designada, ejerciendo ilegítimamente la competencia en cuestión.

Cabe destacar que el régimen del empleo público está regulado a nivel nacional por la Ley 25.164”Marco de Regulación del Empleo Público Nacional” y en su artículo 5 excluye al personal del Poder Legislativo y del Poder Judicial de la Nación, los cuales se rigen por sus respectivos regímenes especiales, al jefe de Gabinete de Ministros - Los Ministros - El secretario general de la Presidencia de la Nación - Los Secretarios - Subsecretarios - El jefe de la Casa Militar - Las máximas autoridades de organismos descentralizados e instituciones de la Seguridad Social - Los miembros integrantes de cuerpos colegiados - El personal militar - El personal perteneciente a las Fuerzas de

¹¹ Dromi, Roberto, (1998) “Derecho Administrativo”, 7º edición, Buenos Aires, Depalma.

Seguridad y Policiales - El personal diplomático comprendido en la ley de Servicio Exterior de la Nación.

En el ámbito provincial la Suprema Corte de Justicia bonaerense, a partir del fallo “Souto, Susana y otros. V. Municipalidad de General Pueyrredón s/demanda contencioso administrativa” del año 1992, tiene establecida la doctrina que se inclina a considerar que la relación de empleo público es de carácter estatutario.

La reforma constitucional del año 1994 en el artículo 39 incs. 2 y 4 de la Constitución provincial de Bs As habilita expresamente a la Administración y a los agentes estatales a establecer normas generales o sectoriales que regulen su relación contractual a través de negociación colectiva.

A raíz de ello se sancionó la ley 13453 de alcance general y en su artículo 2 enunció un catálogo de cargos y sectores excluidos y en su inc. g) señaló que los docentes y judiciales tendrán su régimen propio de negociación.

Se dictó la ley 13552 para el personal docente pero aún no se reglamentó el régimen para el personal del Poder Judicial.¹²

La Asesoría General de Gobierno tiene una posición sostenida en dictámenes y en causas judiciales en las que ha representado a la provincia que expresa que “el agente administrativo sólo adquiere los derechos normados en el Estatuto del Empleado Público” de la Ley 10430, t.o. Decreto 1869/96 y su reglamentación número 4161/96 y en dicha inteligencia, siendo la relación de empleo de naturaleza estatutaria se regula por actos unilaterales provenientes de la Administración”.¹³

A nivel municipal, la Constitución Nacional de 1994 al introducir el art. 5º asegura la autonomía municipal y regula su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

¹² Cabral, Pablo O. Marcelo J. Schreginger “El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires. 1º ed. Buenos Aires – Abeledo Perrot – 2009

¹³ Fallos Guida, Tobar

La ley orgánica municipal reglamenta la manda del art. 123 inc 3 de la constitución provincial lo que quita asidero a una supuesta intromisión provincial en la esfera propia del municipio. La ley 11757 “Estatuto para el personal de las municipalidades de la provincia”, no se muestra ajena a la esfera de la competencia otorgadas al municipio por el art 192 de la constitución provincial, cuya atribuciones en última instancia el constituyente ha otorgado conforme al art. 191 al legislador provincial.

En el artículo 1 de la Ley 14.656 del Régimen Marco de Empleado Municipal, establece que “las relaciones de empleo público de los trabajadores de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires se rigen por las Ordenanzas dictadas por sus Departamentos Deliberativos y los Convenios Colectivos de Trabajo.

El régimen, constituye el contenido mínimo del contrato de empleo municipal, de orden público, y son de aplicación los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador.

Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en las Secciones I y II de esta Ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción

Los mayores derechos adquiridos por los trabajadores a la fecha de la sanción de la presente norma, no podrán ser modificados en perjuicio de los trabajadores”.

Tanto por la doctrina como por la jurisprudencia pocos cambios realizaron en cuanto a la situación jurídica de las comunas de nuestra provincia, a pesar de las reformas constitucionales, tanto a nivel nacional como provincial.

2.2.-Principios de la relación de Empleo Público. Naturaleza jurídica.

Para explicar la naturaleza jurídica del vínculo que une la Administración Pública y el funcionario o empleado público, cronológicamente se recurrió primero al derecho privado.

Posteriormente, como consecuencia de las ideas predominantes en el Estado Político, según las cuales el Estado podía exigirle a sus súbditos todo lo necesario para el cumplimiento de sus fines, se sostuvo que ese vínculo sólo trasuntaba un acto unilateral del Estado, y que el consentimiento que daba la persona designada sólo implicaba el reconocimiento de su preexistente deber de servir.¹⁴

Pero con el advenimiento del Estado constitucional, del Estado de Derecho, tal punto de vista fue abandonado, pues resultaba inconcebible que, sin ley expresa que lo estableciera, el Estado pudiese obligar a que una persona le sirviese; como consecuencia, la relación de servicio entre el Estado y el funcionario o empleado público sólo podía crearse en base al consentimiento del interesado.

Esto último dio lugar a la polémica, que aún perdura, acerca de si ese vínculo es o no de carácter contractual.

Las teorías del derecho privado, trataron de explicar la naturaleza jurídica de la relación de función o de empleo público, ubicaron a ésta, fundamentalmente, dentro de las figuras del mandato y de la locación (de obra o de servicios personales), las cuales fueron desechadas, por cuanto la relación de función o empleo público ofrece notas específicas que no aparecen en la relación contractual de derecho privado: ante todo, en esta última las partes se hallan en un pie de absoluta igualdad, en tanto que en la relación de función o empleo público existe subordinación del agente a la Administración.

Si bien hoy se discute si la respectiva relación es contractual o no, en modo alguno se discute si ella corresponde al derecho privado o al derecho público.

¹⁴ Conf. MARIENHOFF; Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª Ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires

Actualmente se descarta en absoluto la vigencia del derecho privado en esta esfera de actividades: éstas se gobiernan por el derecho público. Esta posición doctrinaria es unánime; también es aceptada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁵

La relación de función o de empleo público es "contractual", pero no se trata de un contrato de derecho privado por los siguientes motivos: 1º por la índole de una de las partes intervinientes: Administración Pública, actuando como tal; 2º por el objeto o contenido de esa relación contractual, que se refiere a una materia extraña a la posible actividad privada interindividual; 3º por la finalidad perseguida a través del contrato: satisfacción del interés público y cumplimiento de funciones propias de la Administración; 4º porque ese contrato, aparte de las respectivas cláusulas exorbitantes implícitas, generalmente contiene cláusulas exorbitantes expresas del derecho común.

Pero entre el empleo público y el empleo privado existen algunas semejanzas, ambas relaciones jurídicas tiene el mismo objeto, la prestación de servicio es *intuitu personae* de una persona física a favor de otra que ejerce prerrogativas de supraordinación a su respecto.

Las dos categorías de trabajadores tienen con su empleador una dependencia jerárquica, técnica y económica, su retribución o remuneración como contraprestación constituye un crédito alimentario y asistencial para sí y su familia, su jornada laboral se encuentra limitada, existe la libre agremiación, el derecho a huelga, normas de seguridad e higiene del trabajo, obras sociales y jubilación¹⁶.

Marienhoff, Dromi, Gracia Pulles, Gordillo y Cassagne sostienen que el contrato de empleo público es una expresión de una relación de subordinación en la que los poderes, prerrogativas y derechos del Estado, como defensor del interés general, deben prevalecer siempre sobre los derechos del empleado.

¹⁵ Corte Suprema, fallo publicado en DT 1952 –XII – 665. Fallos 323 – 1566

¹⁶ Conf. GARCÍA PULLÉS, BONPLAND Y UGARTE, ob.cit., p. 19

Tal es así que “es el Estado quien fija las pautas de la relación habida entre las partes, eliminando la autonomía de la voluntad del empleado. Reconociéndose al Estado la facultad de modificar unilateralmente las condiciones esenciales que rigen esa relación”¹⁷.

La postura de Jorge Docobo, doctrinario del derecho administrativo, considera que el elemento principal de esta relación es la prestación de servicios para el Estado, siendo indiferente la naturaleza jurídica como la actividad del organismo empleador¹⁸.

La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen del contrato civil entre particulares de los llamados contrato de la Administración parcialmente regidos por el Derecho Civil o Comercial, o también llamados contratos privados de la Administración.

2.3.-Calificación de la relación de empleo público

La doctrina y la jurisprudencia en el ámbito nacional han atribuido a la relación de empleo público dos categorías jurídicas: la relación estatutaria y la relación contractual.

Según Marienhoff, la relación estatutaria (unilateral) está regida por un Estatuto, siendo el mismo el conjunto de normas que establecen los derechos y obligaciones de los empleados, donde se reglamentan las normativas de ingreso y egreso a la Administración Pública.¹⁹

¹⁷ Conf. PETRELLA, Alejandra, *Contratos administrativos (en particular): I. Empleo público... El empleo público en la órbita de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires: perspectivas a la luz de una Constitución garantista*, en J.A. 2002-III-1580.

¹⁸ Jorge Docobo, “Tendencias actuales respecto del principio protectorio frente a la relación de trabajo en el sector público”, RDA 1996-18-145.

¹⁹ Conf. MARIENHOFF; Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, ps. 93 y ss., y t. III-B, p. 187; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Ateneo, Buenos Aires, 1947, t. II, ps. 30, 102 y ss.; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, p. 429;

La relación es contractual (bilateral) porque la relación de empleo público tiene naturaleza contractual y constituye una especie entre los contratos administrativos²⁰.

Villegas Basavilbaso explica que “cualquiera sea la teoría: que se acepte — la del acto unilateral, la del contrato de derecho público o la del acto bilateral—, siempre y en todos los casos ocurrentes predomina la voluntad del Estado, en cuanto se presume que representa los intereses generales, y, por consiguiente, ningún interés personal puede ser un obstáculo insuperable”²¹.

Existen dos grandes corrientes que realizan una calificación de los contratos administrativos y su distinción con los contratos civiles: una lo califica como finalística o sustantiva, que apoya la distinción en la causa fin (finalidad u objeto) de naturaleza objetiva, propia del Derecho Público y en el régimen jurídico peculiar, que deriva de su finalidad pública; mientras que la otra se basa en la presencia subjetiva de uno de los contratantes, sosteniendo que el régimen jurídico resulta una consecuencia de las prerrogativas jurídicas que posee la Administración como sujeto (siempre que uno de los contratantes sea la Administración Pública, el contrato será administrativo).

La calificación de contrato administrativo puede venir también de la misma legislación que lo califica como tal, cuando prescribe expresamente que determinados contratos revisten carácter administrativo y en forma implícita cuando se estatuye la jurisdicción contencioso administrativo para dirimir la controversia²².

Que la relación sea contractual no implica desconocer la existencia de estatutos o reglamentos que regulan los derechos y las obligaciones de los trabajadores que prestan servicios en el Estado, a los cuales se somete al momento de ingresar como agente público.

20 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Cap. III, ps. 2 y ss; FIORINI, Bartolomé A., *El trabajo que se aliena al Estado*, en D. T. 1964-342.

21 Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo...*, cit., p. 337

22 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. III-A, p. 47.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reformada en el año 1994, en su art. 39, inc. 4o, al regular el derecho de negociación de los trabajadores estatales, dispone que “todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo”.

La nueva Constitución vino a poner fin a la polémica en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, ya que al referirse a “contrato” está reconociendo que el instrumento mediante el cual se establece el vínculo entre el trabajador estatal y su empleador es de carácter contractual.

La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido cambiante aunque, por lo general, prevalece la postura de considerar dicho vínculo como un contrato administrativo²³.

El mismo tribunal, antes de aceptar la teoría contractual, afirmó que existía: “...Un acto de imperio o de mando, en virtud del cual sin ningún acuerdo previo, el Estado inviste al empleado nombrado de la función pública”²⁴.

2.4.-Postura de la Jurisprudencia respecto el marco regulatorio de la relación del empleo público

La tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que las relaciones del empleado público con el Estado están regidas por el derecho constitucional y el derecho administrativo²⁵.

La Corte plantea de manera terminante la diferencia entre derecho público y derecho privado, cuando al sentenciar en autos “Fasola, Castaño y otro c. Obra Social del Poder Judicial”, una causa de empleo público, afirmando que: “la relación de empleo con la Nación y el personal de administración de ella es de carácter público y no

23 Causa “Labella de Corso” (1942), Fallos 194:111.

24 Causa “Berges” (1932), Fallos 166:264.

25 Corte Sup., autos “Zelaya v. Provincia de Mendoza”, publicado en DT 1942-11—447; autos “Labella de Corso v. Municipalidad de la Capital”, Fallos 194:111 (1942); autos “Gerlero v. Gobierno Nacional”, publicado en DT 1951-XXI-589.

de derecho privado, laboral o no laboral. Y las reclamaciones que con motivo de aquélla puedan dar lugar a intervención judicial, no son, en consecuencia, de competencia de los jueces de trabajo”²⁶.

Según explica Justo López, el Máximo Tribunal, al resolver esta causa mantuvo la línea que separa la relación de “empleo público”, considerándola regida por el derecho administrativo, de la de “empleo privado”, regida por las normas del derecho laboral, de modo que lo que en él se decide es la incompetencia *ratione materiae* y no *ratione personae*²⁷.

En el ámbito provincial, la Corte al expresarse sobre la naturaleza de la relación de empleo público, en autos “Provincia de Buenos Aires v. Bemberg, Luis y otros” dijo que: “Las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público no nacen de un contrato civil sino de un acto de imperio por virtud del cual se inviste al empleado nombrado, que acepta su designación, de la función pública reglamentada por leyes, decretos y resoluciones que, en su conjunto constituyen el derecho administrativo que les es aplicable, entre cuyas disposiciones figuran las que determinan la remuneración (Fallos 189:228; 193:352; 210:85; 220:383 y los en ellos citados) por ello y porque corresponde a la Nación y a las provincias, en sus respectivas esferas, la adopción de esas normas de derecho público, no cabe hablar aquí de la supremacía constitucional de la legislación común, ni de infracción a los preceptos de ésta (...)”²⁸.

La Suprema Corte de Justicia bonaerense tiene establecida la doctrina que se inclina por considerar a la relación de empleo público como de carácter estatutario. En la causa “Souto, Susana y otros v. Municipalidad de General Pueyrredón s/demanda contencioso administrativa”, sentenciada en el año 1992, dijo el Máximo Tribunal

²⁶ Fallos 239:214.

²⁷ Lopez, Justo, “El trabajador del Estado”, DT 1974, p. 443.

²⁸ Corte Suprema fallo publicado en DT 1952-XII-665

provincial: “La relación de empleo público — de naturaleza estatutaria— se regula por actos unilaterales provenientes de la Administración Pública (...)”²⁹.

Como señala Luis Arias³⁰, esta postura fue modificada, primero, con la integración de la Suprema.

Corte de Justicia con conjuces en las causas “Larroque”³¹, “Todisco”³² y “Barrionuevo”³³, “Flores”³⁴ y “López”³⁵, en las que calificaron a la relación de empleo público como un contrato administrativo, criterio luego reiterado con una conformación compuesta parcialmente por magistrados estables del Tribunal, en las causas “AERI”³⁶ y “UPCN”³⁷.

Hoy en día, como explican Gastón Valente y Ricardo Cornaglia, la regulación del empleo público se desarrolla a partir de una contradictoria y complicada relación entre el derecho administrativo y el derecho del trabajo.

Más allá de esta contradictoria y complicada relación entre el derecho administrativo y el derecho del trabajo, Ivanega expresa que quien tiene garantizado todos los derechos propios de la relación de empleo público, conserva el empleo, la carrera administrativa y no debe ser removido salvo por las causas y condiciones que la ley establece expresamente, haciendo referencia a la estabilidad del empleado público, tema a analizar a continuación.

29 Sup. Corte Bs. As., causa B-50.551

30 Arias, Luis F., “Emergencia y empleo público: una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales”, Suplemento especial de la revista jurídica Argentina LL: “El contrato administrativo en la actualidad”, mayo de 2004, p. 86.

31 Sup. Corte Bs. As., B-63.442.

32 Sup. Corte Bs. As., B-63.212.

33 Sup. Corte Bs. As., B -63.177.

34 Sup. Corte Bs. As., B-63.279.

35 Sup. Corte Bs. As., B-63.099.

36 Sup. Corte Bs. As., 1-2312.

37 Sup. Corte Bs. As., B- 64.621.

3.-Estabilidad en el empleado público

La estabilidad se manifiesta en base a la necesidad de la organización administrativa, el conocimiento específico de las políticas del burócrata implicaba una función y una capacitación especial, la que está dada por una función preestablecida, ergo necesita estabilidad en la misma y la misma es propia de un tipo de organización administrativa.

En el diccionario de la lengua española, Aristos, define a la estabilidad expresando que, es: “permanencia, duración, firmeza en el rumbo”.

Ivanega dice que el concepto de agente o empleado público se relaciona con el empleo público y la estabilidad del mismo.

Existen diversas posturas en las doctrina sobre la estabilidad del agente.

3.1.-Posturas doctrinarias sobre la estabilidad del agente público

Ivanega dice que la estabilidad en relación al empleo público implica el derecho a no ser privado o separado del cargo, salvo por motivos o por las causas legalmente previstas.³⁸

Marienhoff expresa que la estabilidad es un derecho fundamental del agente público.³⁹

Para Cassagne, la estabilidad del agente público es una conveniencia del Estado ya que la Administración como toda organización humana, necesita utilizar el conocimiento y experiencia de las personas para su mejor servicio, cuando se prescinde de los empleados públicos, sin que medie justa causa se rompe el ordenamiento

38 - Ivanega, Miriam Mabel. (2009) “Las Relaciones del Empleo Público” Buenos Aires: La Ley. pàg 139

39 - Marienhoff, Miguel S., (1998) “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. III-B pàg 285

administrativo. Resultando consecuencia, un presupuesto inexcusable del buen obrar del Estado.⁴⁰

Ricardo Mercado Luna define a la estabilidad del empleado público afirmando que consiste en la facultad de conservar el cargo y gozar de los derechos estatutarios -referidos en particular a la carrera administrativa-, mientras una causa legal no determine la extinción del vínculo o altere la relación funcional creada en virtud del empleo público.⁴¹

Según Pablo Oscar Gallegos Fedriani, la estabilidad del empleado público no importa un derecho absoluto a permanecer en la función, sino un derecho al cargo presupuestario, por el sólo hecho de ser un tema presupuestario la estabilidad en el empleo.⁴²

La garantía constitucional de la estabilidad en el empleo queda debidamente considerada si se modifica la función del empleado (*ius variandi*), pero se respeta su retribución presupuestaria, excepto el supuesto extremo en que tal modificación resulte groseramente vejatoria o merezca el calificativo de cesantía encubierta, lo cual debe ser invocado y probado en cada caso⁴³.

El Estado como empleador tiene la facultad de variar, dentro de ciertos límites, las condiciones laborales pactadas originalmente con el trabajador, siempre respondiendo al principio de buena fe que debe prevalecer en toda relación laboral especialmente en el caso de la Administración, resguardando necesidades técnicas o administrativas, en base a alguna razón objetiva, a una necesidad real, excluyendo el uso arbitrario, caprichoso, inmotivado, discriminatorio o persecutorio⁴⁴.

40 - Cassagne, Juan Carlos. (1987) – “Cuestiones de Derecho Administrativo” - Buenos Aires: Depalma. pág 6

41 Mercado Luna, Ricardo “La estabilidad en el empleo Público” - Buenos Aires Astrea 1974 pág 172

42 Gallegos Fedriani, Pablo ... Oscar c/ GCBA”

43 Conf. CSJN, Fallos: 295:276;259:265; CNFed.CAdm., sala IV, 22-3-2001, causa 14.596/96.

44 Conf. URIARTE; Oscar E., *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989; conf. CNed.CAdm., sala II,

12-12-96, “Diaz, Víctor Raúl s/Empleo público”.

De las diversas posturas doctrinarias surge que la estabilidad se manifiesta en diferentes formas.

3.2.-Formas de estabilidad del empleo público

Según la doctrina, la Constitución Nacional otorga al trabajador en general una protección contra el despido arbitrario, esto ocurre cuando por voluntad unilateral del empleador la relación laboral se rompe sin que exista una causa que lo acredite.

Para entender el derecho a la estabilidad del empleo público es necesario explicar las diferentes formas en la que se pueden manifestar, tales como: la estabilidad propia y la estabilidad impropia.

La estabilidad propia o absoluta: implica todo lo que se considera el derecho que se reconoce al trabajador de continuar en su empleo hasta cuando pueda y quiera hacerlo salvo en los casos de cesantía o exoneración con sumario previo por violación a las obligaciones en cabeza del trabajador.

La estabilidad impropia o relativa: es la que permite la separación del agente de su cargo, transformándose en un derecho indemnizatorio.

La diferencia existente entre ambas es que la garantía conocida por la doctrina como estabilidad impropia o relativa, la caracteriza al contrato de trabajo privado, en cambio la estabilidad propia o absoluta es exclusiva del empleo público.

3.3.-Principios doctrinarios sobre la estabilidad propia e impropia

Algunos juristas estiman que la estabilidad propia, implica el derecho a la reincorporación en caso de ruptura ilegítima del vínculo laboral y otros opinan lo contrario de lo que la constitución establece asegurando que la impropia permite su reemplazo por una indemnización.

Belasio (1991, pág. 18, 20) opina que la estabilidad puede ser “absoluta o propia” en caso de despido por injusta causa, el agente tiene el derecho a ser

reincorporado mientras que en la “relativa e impropia” permite reemplazar la reposición al cargo por indemnización y que se la otorgaron los constituyentes al empleado público en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Si el constituyente hubiera deseado dar igual tutela al empleo público y al privado, seguramente hubiese empleado la misma fórmula protectora de la indemnización suficiente y no tendría sentido desdoblar la fórmula.

Entonces la diferencia existente entre la estabilidad absoluta o relativa radica en la obligación de reincorporar al agente luego de la disolución del vínculo laboral o reemplazarla por indemnización.

Ivanega, de la doctrina administrativa, opina que la cuestión sería evaluar o investigar si la cesantía fue declarada ilegítima, de ser así, se debe reincorporar al agente o sea restablecer la situación a su estado anterior y en el debido caso que hubiere una causa legítima, puede originar el deber de reubicar al agente en otro cargo con funciones similares, o abonar una indemnización que sustituya el vínculo disuelto.⁴⁵

Asimismo, sostiene que en el régimen con estabilidad absoluta o propia, para separar al agente tiene que existir un sumario previo, de no ser así, debe reincorporar al agente, mientras que en el régimen de estabilidad relativa o impropia, el vínculo se puede disolver por medio de indemnización.

La estabilidad impropia es la posición opuesta y ésta no garantiza al trabajador la perduración en el empleo, no requiere de la justa causa para extinción del vínculo jurídico, por ende la única garantía para el agente es la indemnización.

Además opina que para evitar el reconocimiento de la estabilidad absoluta o propia, la doctrina se fundamenta basándose en el principio de que no hay derechos absolutos.

⁴⁵ Ivanega, Miriam Mabel. (2009) “Las Relaciones del Empleo Público” Buenos Aires: La Ley. pág 142

Sin embargo, piensa que comparar la estabilidad absoluta con la existencia de derechos absolutos es erróneo porque todos los derechos constitucionales pueden ser reglamentados y la estabilidad no es ajeno a ello, tal como lo establecen los Estatutos de la Función Pública o Leyes Marcos que la reglamentan.

Así como el derecho a la propiedad privada no es absoluto, porque puede ceder por razones de utilidad pública, previo pago de indemnización, el derecho a la estabilidad en el empleo también puede ceder por razones de utilidad pública (ej. racionalización administrativa) mediante indemnización.⁴⁶

Los autores Diez, Escola y Marienhoff defienden el criterio de la estabilidad relativa mientras que Balbín, Belasio, Comadira, Fiorini, García Pullés e Ivanega interpretan que dicha garantía es absoluta.

3.4.-Criterio Jurisprudencial

La Corte federal dispuso que el derecho a la estabilidad, al igual que los demás que consagra la ley fundamental, no es absoluto y debe ejercerse de conformidad con las leyes que lo reglamentan y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la Constitución Nacional⁴⁷.

También sentó como criterio jurisprudencial que la estabilidad del empleado público no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función sino el derecho a una equitativa indemnización cuando, por razones que son de exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado sin culpa de este último⁴⁸.

⁴⁶ Marienhoff, Miguel S., (1998) “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. III-B, dice que en nuestro derecho no existe la estabilidad absoluta., sino que es un derecho reconocido por la Constitución Nacional en su artículo 14 bis, como todos los derechos tampoco son absolutos porque están sujetos a las leyes que lo reglamentan. pág., 287

⁴⁷ Corte Sup., Fallos 254:169; 270:299.

⁴⁸ Corte Sup., Fallos 272:99 y 120; 274:397; 280:311; 283:340.

La Corte, en el fallo del Caso Madorrán⁴⁹ afirmó que la estabilidad del empleado público es propia o absoluta, sentando un precedente importante en jurisprudencia, pero muy criticada por la doctrina. -

María Castellucci: dice que, “Una atenta lectura de los fallos del Alto Tribunal en relación al tema permite advertir que la posibilidad de sustituir el derecho a la estabilidad (o a la permanencia en el cargo por una indemnización), sólo resulta viable en la medida que una ley lo disponga, vale decir, que el Poder Ejecutivo no puede disponer per se el cese incausado de los agentes públicos y reconocer el derecho a una indemnización a favor de éste, sosteniendo, si bien en un aislado fallo que en el contrato de empleo o de función pública debe ser nota esencial, la estabilidad propia”⁵⁰.

RÉGIMEN LEGAL

3.5.-El derecho a la estabilidad del empleado público

Es necesario repasar las características que definen el derecho constitucional a la estabilidad del empleado público, incorporado por el constituyente como una garantía específica y exclusiva de los trabajadores del Estado.

Para Marienhoff, 1998, pág. 54, el Estatuto es el conjunto orgánico de normas establecen los derechos y obligaciones de los empleados públicos, en el cual se reglamentan las normas de ingreso y egreso a la Administración Pública.⁴⁹

El Decreto Ley N° 6666/57 aprobó el Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública Nacional⁵⁰, actualmente la Ley N° 25.164 es la Ley Marco que regula la relación de empleo público⁵¹ y fue dictado por los siguientes motivos, para:

- Evitar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo

49 - Marienhoff, Miguel S., (1998) “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. III-B pág., 54

50 Decreto – ley 6666/57, ratificado por Ley 14.467 B.O. 26/06/57

51 Ley 25.164. B.O: 8/10/99

- Dignificar la Administración Pública.
- Dignificar la situación de las personas que trabajan en la Administración Pública
- Asegurar la estabilidad del personal administrativo, en la forma que prevé el Estatuto.

Además, pregona que la estabilidad es “el núcleo central” de dicho estatuto y su “observancia es esencial para el éxito del sistema”. Es un derecho fundamental del agente público.

La estabilidad está dispuesta constitucionalmente como un derecho propio de los agentes estatales, tanto en la Carta Magna nacional como en la Constitución bonaerense.

En la Constitución Nacional el artículo 14 bis de establece que: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador... protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público...”.

Marienhoff manifiesta que esta garantía constitucional otorgada en el artículo 14 bis de la Carta Magna Nacional, es una norma operativa, tiene vigencia aún en ausencia de ley reglamentaria. Establece que las leyes aseguran la estabilidad del empleado público, proscribiendo la ruptura discrecional de la relación de empleo público.⁵²

Por la jerarquía que tiene la Carta Magna Nacional dentro del ordenamiento jurídico del país, la misma debe ser respetada y garantizada por todas las normas nacionales, provinciales o municipales que regulen el empleo público.

El artículo 14 bis es un manifiesto que en la historia se conoce como constitucionalismo social, respondiendo a una etapa en la que se incorporan a los textos constitucionales diversas cláusulas con contenido social y económico.

⁵² Marienhoff, Miguel S., (1998) “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. III-B págs., 61, 62, 63 y 285

De lo expresado en el artículo 14 bis se observa que la voluntad del constituyente fue considerar al empleado público como una especie heterogénea de trabajador, diferenciado del privado, protegiendo más la relación vinculada con el interés público.

Claramente se diferencia la protección para las dos clases de naturaleza de empleo, el privado y el público.

En el año 1957, en la Convención Constituyente con respecto a la reforma del artículo 14 bis emergieron dos posturas sobre la conveniencia de la incorporación del derecho de estabilidad.

El convencional González Bergez se manifestó en contra de dicha incorporación argumentando que la relación jurídica del empleado con el Estado constituía un contrato administrativo y no un contrato civil o de trabajo.

Postura rechazada con los siguientes fundamentos:

El convencional Corona Martínez, expresa que los empleados públicos constituyen una categoría especial de trabajadores, pero son trabajadores.

El convencional Crespo dice que no es posible dejar reservada exclusivamente a la ley esa garantía constitucional porque puede ser cercenada por otra ley, de manera que los azares de la política pueden transformar esa garantía y dejar totalmente desamparado al empleado público.

El convencional Ricci opina que la estabilidad consagrada no sólo se limita a la protección contra el despido, sino que tiene mayor amplitud en cuanto ella se vincula a la justicia en el ingreso, al escalafón; en definitiva, a la garantía de la defensa frente a la posibilidad de la cesantía⁵³.

⁵³ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 1957, t. II, ps. 1492 y ss. Citado por Mercado Luna, Ricardo, Estabilidad del empleado..., cit., p. 25.

La estabilidad del empleado público es el derecho equivalente al que protege al trabajador privado contra el despido arbitrario. Ha dicho la Cámara Nacional del Trabajo, sala 6, en autos “Farías, Angélica v. Instituto de Obra Social para el Personal de los Ministerios de Bienestar Social y Trabajo”: “En todo contrato por tiempo indeterminado, sea en el régimen público o en el privado, la estabilidad es un derecho constitucionalmente protegido y en este sentido el art. 14 bis de la Constitución Nacional prevé, con carácter genérico, la protección contra el despido arbitrario y, para los empleados públicos, el derecho a la estabilidad que se satisface con el otorgamiento de un resarcimiento equitativo”⁵⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “García, Raúl y otros v. Provincia de Santa Fe”, estableció el carácter operativo de la cláusula constitucional, enfatizando que, en su recto sentido, la norma que asegura la estabilidad de los empleados públicos proscribe la ruptura inmotivada del vínculo y es así susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas⁵⁵.

La estabilidad laboral del empleado público se encuentra garantizada por la Constitución Nacional por el Artículo 14 bis. No obstante ello, en la actualidad, el Estado tiene en sus estructuras empleados que desarrollan sus tareas sin contar con las garantías antes mencionadas.

Es así, que fundándose en la necesidad de contar con recursos humanos frente a la exigencia política de reducir el gasto público impuesta o consensuada por medio de diversas leyes dictadas en consecuencia tales como, las de reforma del Estado y otras, recurre a diversas herramientas que le permiten burlar en principio el precepto constitucional.

⁵⁴ Publicado en la Revista De Fecho del Trabajo, 1998-B-1503.

⁵⁵ Corte Sup., Fallos 261:361.

Se detectan actualmente en la Administración Pública, contrataciones innominadas que revisten de hecho todas las características propias de las relaciones laborales del Estado, pero que carecen de la estabilidad de las mismas.

El art. 14 bis de la Constitución Nacional con claridad expresa que el empleado público goza de "estabilidad propia" mientras que el trabajador privado de la "estabilidad impropia".

El concepto de "estabilidad propia" fue desvirtuada en la práctica, por las numerosas leyes y con el aval jurídico de la Jurisprudencia de la Corte.-

La Carta Magna bonaerense, en su artículo 103, inc. 12 dice que: “Corresponde al Poder Legislativo..... organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades”.

La Ley 25.164, llamada Ley Marco de Regulación de Empleo Público, establece que el empleado público tiene derecho a conservar el empleo, el nivel y el grado de la carrera administrativa alcanzado⁵⁶.

Jurisprudencialmente se decidió que “Cuando no ha mediado un supuesto de prescindibilidad, cesantía encubierta o disponibilidad, sino el ejercicio de una facultad legal en cuyo marco se ha decidido la modificación de tareas del actor, no verificando afectación de su derecho a la estabilidad, pues el empleo fue mantenido, así como el nivel escalafonario y las funciones en similar jerarquía e importancia, el obrar administrativo no ha vulnerado el derecho a la estabilidad, sino que se ha cumplido dentro de sus límites naturales y razonables”⁵⁷.

La Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, respecto al traslado del agente, dice que “Corresponde decretar la nulidad de la resolución por la que se dispuso el traslado del actor, pues aún cuando el hecho de que

56 Artículo 17 de la Ley N° 25.164. B:O: 8/10/99

57 Conf. .CNFed. CAdm, sala II, 7-8-97, “Bianchi, Victor s/Empleo público”.

el traslado de un agente público no vulnera la garantía constitucional de la estabilidad, no le quita ilegitimidad cuando esa medida no sólo no aparece fundada en razón alguna que le acuerde justificación, sino que además se presenta como lesiva a la dignidad y decoro del agente (...) y se perfila como el primer paso previo a la posterior prescindibilidad que se decreta”⁵⁸.

La estabilidad en el empleo cesa únicamente cuando se configura alguna de las causales previstas en la presente ley”.

Es fundamental enfatizar que el legislador al encasillar la ley marco como una ley de principios generales y contenidos impositivos mínimos, los derechos enumerados en la misma constituyen el régimen básico que se puede ampliar por vía de la negociación colectiva, quedando sujetos a las modalidades establecidas en las leyes, normas reglamentarias y en los convenios colectivos⁵⁹.

En el caso de incumplimiento de estos preceptos constitucionales y legales se estaría configurando un fraude laboral.

Considero que es loable tratar el tema del fraude laboral por la relación con el vínculo de empleo público que existe.

⁵⁸ Sentencia del 16-4-98, E. D. 178-733.

⁵⁹ Conf. GARCÍA PULLÉS y otros, ob. cit., p. 176

CAPÍTULO 2

FRAUDE LABORAL – PRINCIPALES CAUSAS

1.-Fraude laboral. Los cambios en materia de empleo público

Una importante doctrina⁶⁰ pronosticó apenas la República Argentina ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción y así como ocurrió en otras áreas del Derecho Administrativo⁶¹, que la normativa que se dictó para luchar contra este flagelo influyó también en los medios de selección de los empleados públicos.

Y como en el transcurso de los tiempos se fue agudizando el tema del fraude laboral, amerita destacar, mencionar e indagar sobre el tema.

1.2.-Definición de fraude laboral

El FRAUDE es un intento de evasión que trata de no acarrear responsabilidad ni consecuencias patrimoniales.

Es una forma de SIMULACIÓN tendiente a evitar el cumplimiento de normas imperativas sin tener sanciones.

Es crear un VELO que oculta la realidad o la verdad disfrazando la relación laboral por otro tipo de contrato de carácter civil o comercial que no es alcanzado por las graves sanciones de la ley laboral.

El que simula ilícitamente, viola la ley ocultando la violación tras una apariencia falsa. El que defrauda a la ley, la viola, no la oculta y sigue torcidamente caminos legales que alguna deficiencia de las normas le han dejado abierto, está cometiendo un fraude laboral.

1.3.- El “derecho de orden público”: es el conjunto de normas y principios que se consideran esenciales para la subsistencia de una sociedad en un momento histórico dado.

⁶⁰ Gordillo, Agustín, “Un corte transversal en el Derecho Administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción, en I. I. 1997-E-1091.

⁶¹ La expresión “procurarán adoptar” da cuenta de la obligación de los Estados parte de promover medidas tendientes a la implementación de estos principios (RAIGORODSKY, ob. cit., p. 36)

Una norma se considera de orden público cuando, ni la voluntad, ni la firma de las partes pueden modificarla.

Justamente la Constitución Nacional en su art. 14 bis refleja los principios, derechos y garantías de orden público que deben ser preservados frente a la autonomía de la voluntad ilimitada.

En cambio el derecho civil y comercial en general puede ser modificado por las partes por sus contratos que son ley para las partes, Art. 1.197 del CC: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

1.4.-Alteración normativa y hechos que afectaron derechos de los empleados estatales

Los primeros pasos en torno al achicamiento del Estado argentino se registran, cuando se implementan políticas de ajustes al interior del aparato estatal a partir de la reducción del personal de la Administración Pública por medio de mecanismos de retiro voluntario, hecho éste que expulsó empleados estatales de todos los organismos y niveles sin prioridades de tipo funcional.

Luego, comenzarán a plantearse las primeras propuestas de privatización de empresas de servicios públicos junto a la desregulación y desmonopolización de los mercados. A esta situación de progresiva "liberalización" se le suma el deterioro generalizado de la infraestructura social y de los sueldos del sector público.

Es necesario aclarar que el empleo público tanto en Argentina, como en otros países de Europa y América Latina, tiene históricamente un régimen laboral específico. Los empleados del Estado de "planta permanente" gozan del régimen de estabilidad

garantizado por la Constitución Nacional⁶², que comprende tanto la conservación del empleo, como de la situación escalafonaria alcanzada y la retribución asignada⁶³.

Posteriormente en base a las recomendaciones del Consenso de Washington, se inició una reforma neoliberal en el Estado que implicó transformaciones en la relación del Estado-empleador con sus trabajadores, en el marco de un proceso más amplio de privatizaciones y de reducción de las funciones del Estado en una variedad de ámbitos, tornándose un ambiente muy hostil a través de la violencia laboral afectando la salud de los trabajadores.

Estableciendo, mediante el artículo 42 de la Ley de Emergencia Económica N° 23.697 de 1989 “que todo ente estatal estaría impedido, por un plazo de 180 días, de efectuar contrataciones o designaciones de personal que implican incrementar el gasto por ese concepto”.

El artículo 27 del Decreto N°435/1990, la prorrogó y a su vez profundizó las medidas tendientes a reducir el gasto de la administración pública a partir del congelamiento de todas las vacantes, ordenando la prohibición de cubrir las vacantes existentes salvo casos de excepción fundada autorizada por Poder Ejecutivo Nacional.

Los empleados de planta permanente al no soportar la presión y persecución, renunciaron o solicitaron el retiro voluntario y la vacante no podía volver a cubrirse, de manera que la planta de empleados públicos se iría reduciendo paulatinamente.

62 La estabilidad propia del empleado público se encuentra garantizada en el artículo 14bis de la Constitución Nacional incorporado en 1957 (Bidart Campos, 1993).

63 La planta permanente del empleo público se asocia con un grado de estabilidad inexistente en el ámbito privado. De acuerdo con la normativa actual, transcurridos doce meses desde la prestación de servicios, los trabajadores gozan de estabilidad hasta el momento de su jubilación. Esto implica que sólo pueden ser despedidos luego de la aplicación de sanciones severas por mal desempeño. Incluso ante medidas de reestructuración por supresión de organismos, dependencias o funciones, los empleados deberían ser reubicados en otro sector, con un mecanismo establecido de prioridad ante puestos vacantes. Si no se hallase un puesto vacante, pasarían a estar “en disponibilidad” por hasta 12 meses, contando con el sueldo y los mismos beneficios que tenían mientras estaban en funciones. Sólo si sigue sin encontrarse un puesto transcurrido ese tiempo, puede suceder el despido, con el pago de una indemnización similar a la de un trabajador del sector privado.

A fin de mantener los “servicios esenciales para la población”, podía autorizarse el cubrimiento de las vacantes que resultaren imprescindibles⁶⁴ y el acceso a la planta permanente quedó virtualmente cerrado, al congelarse primero la planta y luego las vacantes tornándose masiva la contratación bajo otras formas, tales como la provisión de servicios y la asistencia técnica.

El artículo 60 de la Ley N° 23.696 autorizó a todos los entes y organismos de la Administración Nacional centralizada y descentralizada a “contratar con el sector privado la prestación de servicios de administración consultiva”, profundizando aún más con el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2476 de 1990 cuando habilita en sus artículos 43 a 47 la contratación de empresas privadas para la realización de los servicios considerados no esenciales, tales como la liquidación de haberes, control de horarios, limpieza y mantenimiento de los establecimientos públicos, reemplazando el trabajo realizado hasta ese momento por personal del Estado, por servicios contratados a empresas consultoras y prestadoras de servicios.

Mediante la Ley Nacional de Empleo N° 24.013, se regularon diversas modalidades de contratación determinando que los Estados de nivel nacional, provincial o municipal podían hacer uso de los contratos por tiempo determinado, en el marco de programas de emergencia ocupacional, que debía ser declarada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en atención a “catástrofes naturales, razones económicas o tecnológicas”.

Según Poblete (2008) todas las provincias, al menos durante un año, fueron declaradas en emergencia ocupacional.

El Decreto N° 92/95 reglamentó las “condiciones bajo las cuales se autorizará la contratación de personal especializado”, el cual autorizaba a los Ministros y Secretarios de Estado a realizar contrataciones para la prestación de servicios técnicos o

⁶⁴ Por medio de ese mismo decreto se dispuso la jubilación de todos los empleados que tuvieran aportes previsionales suficientes y se pasó a condición de disponibilidad a todos aquellos a los que les faltaran hasta dos años para el retiro. También se fijaron salarios mínimos y máximos para el sector público, se prohibieron las horas extras, la promoción de categorías y la pluralidad de cargos (artículos 16, 19, 20, 23, 24 y 25).

especializados y/o ejecución de obras, mediante contratos de locación de servicios o de locación de obra con cláusulas que establecen su duración, rescisión o renovación a favor de la Administración pública.

Si bien en lo formal las personas contratadas en los términos de este Decreto estaban vendiendo un servicio en calidad de trabajadores independientes, en los hechos nada distinguía a la mayor parte de estos empleados y su relación con el Estado empleador del caso de otros asalariados.

Sin embargo, la relación laboral no estaba reconocida en la normativa y estos empleados debían inscribirse ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) como si fueran trabajadores independientes⁶⁵, eran llamados de diversas formas, una de las más habituales es “contratados”, aunque precisamente lo que no tienen es un contrato laboral sino un contrato de locación de servicios o locación de obra⁶⁶.

Se dictaron normas que habilitaban y regulan la contratación de personas para desempeñarse en la APN en carácter de locación de servicios y al no estar reconocida la relación de dependencia, los trabajadores no tenían acceso a derechos como la cobertura previsional, el sistema de salud de las obras sociales, vacaciones pagas⁶⁷, aguinaldo, indemnización, etc. hasta incluso su contrato podría no renovarse al momento del vencimiento o incluso podía ser rescindido en cualquier momento.

La proliferación de estas situaciones, que implican además un riesgo legal para el Estado por las potenciales denuncias por fraude laboral, y la presión de los trabajadores organizados⁶⁸, llevó a que se regule y se fomente otra forma de contratación flexible: la “planta transitoria”.

65 Con la creación del régimen impositivo simplificado para pequeños contribuyentes “Monotributo” en 1998, los trabajadores pudieron adherirse a ese régimen, con el fin de pagar por su cuenta, unificadamente, el aporte a una obra social y al sistema jubilatorio.

66 En el año 2001 un nuevo Decreto (N°1.184) reemplazó al N°92/1995, poniendo un límite a las nuevas contrataciones para ese ejercicio fiscal y ordenando las escalas de remuneraciones (artículos 4 y 8).

67 Según Poblete (2013), en 2002 un 22,8% de los contratos por locación de servicios de la Administración Pública Nacional tenía una duración de 10 meses, precisamente para no pagar vacaciones. Esa proporción se había reducido al 1,9% en 2007.

68 El papel de los sindicatos frente a las reformas no fue, sin embargo, uniforme. En el caso de los trabajadores de la administración pública nacional, por ejemplo, la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) encarnó la oposición a las reformas, mientras que la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) apoyó y facilitó su implementación (Duhalde, 2009).

La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164, promulgada en el año 1999 y reglamentada por el Decreto N° 1.421/2002, introdujo cambios en la regulación de la contratación en planta permanente (el “régimen de estabilidad”) y en el personal de gabinete⁶⁹ y estableció las características de las contrataciones de personal por tiempo determinado y la designación en plantas transitorias, “careciendo de estabilidad y su contrato pudiendo ser rescindido o la designación en la planta transitoria cancelada en cualquier momento”.

En el artículo 5 del Decreto N° 1.023/01, rige las contrataciones de la APN, excluyendo las contrataciones de empleo público.

Luego sufrió varias modificaciones este Decreto y en su artículo 25, se habilitó la contratación directa de servicios, cuando se contrate una Universidad Nacional.

Sintetizando, en la APN conviven tres formas principales de contratación, con nivel creciente de precariedad: el contrato de planta permanente, el de tiempo determinado o planta transitoria (también conocido como “Ley Marco”) y los mal llamados “contratados”, que agrupan a todos aquellos que facturan sus servicios como trabajadores independientes, ya sea en forma directa a algún organismo público, o mediante algún organismo internacional o alguna Universidad Nacional que no figuran en las estadísticas de empleo que publican los organismos, quedando invisibilizados en su carácter de empleados públicos informales.

Posteriormente, se redujeron relativamente estas modalidades de contratación, avanzando en la regulación y expansión de los contratos por tiempo determinado, que podrían pensarse como un híbrido entre el régimen de estabilidad y el contrato de locación de servicios, donde la principal pérdida de derechos para el trabajador son la “estabilidad y el derecho a una indemnización por despido”.

69 El personal de gabinete de las autoridades superiores realiza tareas de asesoramiento o de asistencia administrativa. Cesa en sus funciones simultáneamente con la autoridad cuyo gabinete integran y su designación puede ser cancelada en cualquier momento (art. 10).

Con el objetivo de mejorar las condiciones laborales se sancionaron sucesivos Decretos⁷⁰, disponiendo que las personas “contratadas” con honorarios⁷¹ mensuales hasta determinados montos tenían que ingresar al régimen de la Ley Marco, implicando un mayor reconocimiento de derechos, aun cuando no quedarán protegidos contra el despido al momento de finalizar el contrato.

Mediante el Decreto N° 214 de 2006, se homologó el convenio colectivo de trabajo general actualmente vigente para la APN⁷² incorporándose derechos, en particular, las remuneraciones para el personal por tiempo determinado que equiparan a las propias del personal de planta permanente del escalafón correspondiente, manteniendo la condición de temporario, sin derecho a indemnización al finalizar el contrato.

Luego de un extenso período, se abrió la posibilidad de incrementar –limitadamente– la planta de empleados públicos, mediante sucesivos llamados a concurso.

A posteriori revive la necesidad de ajuste y recorte respecto de las funciones del Estado y el número de empleados públicos y surge la creación del Ministerio de Modernización, que incluye entre sus funciones el diseño y coordinación de las “políticas de transformación y modernización del Estado” buscando centralizar la información respecto de las contrataciones en el Estado nacional⁷³.

A través de la información difundida se instaló en la opinión pública la necesidad de ajustar el gasto salarial del Estado en todos sus niveles, a través de despidos y finalizaciones de contratos de trabajadores llamados “ñoquis”⁷⁴.

70 Decretos N° 707/2005 (art. 2), N° 2.031/2006 (art. 1) y N° 480/2008.

71 Se denomina “honorario” y no salario o remuneración, atento a que, precisamente, no está reconocida la relación salarial.

72 Con anterioridad, regía el primer convenio colectivo de trabajo general de la Administración Pública Nacional, que había sido homologado en 1999 (Decreto N° 66/1999).

73 Con respecto a la reforma del Estado implementada en la década de 1990, Oszlak (1993) afirmaba que “Llamar «modernización» o «transformación» del Estado a simples medidas de contracción y ajuste a ultranza es un verdadero contrasentido” (p. 98).

74 En lenguaje coloquial, en Argentina se llama despectivamente “ñoqui” al empleado público que cobra una remuneración sin asistir al lugar de trabajo ni cumplir ninguna tarea (Diccionario de la Real Academia Española).

En los artículos 1 y 5 del Decreto N° 254/2015 y artículo 1 del Decreto N° 336/2016 se establecieron procedimientos para revisar los procesos de concurso en trámite destinados a la incorporación de personal en planta permanente; dispusieron la renovación de los contratos Ley Marco y los realizados en el marco del Decreto N° 2345/2008 sólo por un período de tres meses.

Nuevamente se buscó limitar normativamente la ampliación de la planta del Estado; esta vez, haciendo alusión a todas las modalidades de contratación, no sólo a la planta permanente, salvo excepciones autorizadas por el Ministerio de Modernización.

Con la firma de un Acuerdo del país con el Fondo Monetario Internacional se intensificó, al establecerse un objetivo de acelerada reducción del déficit fiscal.

El artículo 1 del Decreto N° 632, dictado en el mes de julio, prohibió hasta diciembre de 2019 efectuar en el ámbito del P.E.N. nuevas designaciones y contrataciones de personal en cualquiera de sus modalidades tanto al régimen de planta permanente⁷⁵ y Ley Marco como a los “contratados”:

Se dejó sin efecto todos los convenios de asistencia técnica, incluso los firmados con las universidades, se prohibió la celebración de nuevos convenios de servicios de asistencia técnica mediante servicios personales, cuya justificación fue el “principio de economía”, “el uso racional de los recursos públicos” y la “política de austeridad y disminución de costos” la necesidad de ajuste fiscal en la APN.

Por medio del Decreto N° 174/2018 se modifica el organigrama del Estado, eliminando o reduciendo al máximo la cantidad de Subsecretarías en algunos ámbitos tales como Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Educación; y Cultura.

⁷⁵ Con la excepción de aquellas designaciones que resulten de “procesos de selección ya iniciados o aquellos que se inicien en el futuro únicamente por convocatoria interna”. 27 Decreto N° 575/2018.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional consagra a los empleados públicos de “planta permanente” el goce del principio de inamovilidad, mientras dure su buena conducta y no haya razones para el cese de la relación de empleo público.

En estos casos la relación laboral está regida por el Derecho Público, en donde el empleador es el Estado nacional, provincial o municipal y el empleado es un funcionario o agente público. Tema muy discutido por la doctrina tanto nacional como internacional de que, si se trata de un contrato o una situación estatutaria, pero lo cierto es que en ambos casos, su régimen es propio y los conflictos que resulten de él no pueden ser esclarecidos por la justicia del trabajo, sino por ante la justicia en lo contencioso administrativo correspondiente.

Para el máximo tribunal, la estabilidad es relativa, entendiendo que los derechos constitucionales no son absolutos, sino que lo condicionan las leyes que reglamentan su ejercicio, en cuanto que por causas ajenas al agente, éste es removido de la Administración, pudiendo reemplazarse por un reconocimiento pecuniario.

Tal como en el caso en que las partes pretendían o bien una indemnización por daños y perjuicios por haber sido despedidos sin motivo o bien su reincorporación como empleados de planta permanente.

Hay un caso que trata de un empleado estatal de carácter estatutario regido por una norma de categoría inferior que se vio privado de su derecho de estabilidad que sienta el precedente y por esta razón la estabilidad del empleado público es precitada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, donde el empleado no pudo ser separado sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente, declarando nulo e inconstitucional el artículo 7º del Convenio Colectivo 56/92 “E” según el texto dispuesto por el laudo 16/92 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la medida que impedía que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional produzca los efectos mencionados. Me refiero al caso “Madorrán, Marta C. c/DGA”, el 3 de mayo de 2007, la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, la sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo hizo lugar a la reincorporación de la empleada de la DGA.

En el “caso Madorrán”⁷⁶ Ivanega considera que nació un hito en la jurisprudencia argentina reconociendo a los empleados protegidos por el estatuto del empleado público la estabilidad que reza el art. 14 bis de la Carta Magna, propia o absoluta, por lo tanto las partes tendrán una indemnización por daños y perjuicios por haber sido despedidos sin motivo o bien su reincorporación como empleados de planta permanente.

En este caso el máximo Tribunal, se expidió manifestando, que la estabilidad garantizada en la Constitución es la llamada propia o absoluta y al sustituirse por una indemnización la reincorporación del empleado removido sin justa causa, volverían las prácticas que los constituyentes de 1957 quisieron erradicar, con sus efectos jurídicos adversos y los consecuentes gastos que demandarían al Estado.

La Corte expuso de igual manera en el caso Cerigliano,⁷⁷ en relación a los contratados precarios, quienes realizan tareas en forma continua y cumpliendo órdenes jerárquicas, a favor de la Administración Pública, Nacional, Provincial o Municipal gozan de la protección conferida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Asimismo la Corte Suprema hace diferencia entre empleados permanentes (Madorrán) y contratados (Ramos, Cerigliano) en estos últimos analiza la causa del vínculo jurídico, estableciendo el derecho a la indemnización cuando se advierta obrar fraudulento o se encubra una relación de carácter permanente, pero de ningún modo ha ordenado la reincorporación⁷⁸

Cortés y Marshall expresan que la tendencia orientaba hacia una mayor flexibilización y precarización de las relaciones laborales en los últimos años, en el sector público, había debilitado la estabilidad del empleo estatal.

76 C.S.J.N. “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación” M. 1488. XXXVI (2007).

77 C.S.J.N. “Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control” -C. 1733. XLII (2011).

78 C. Apel. Civ. y Com. - Formosa, “Gómez, S. c/Municipalidad de la Ciudad de Formosa”, Juez Boonman, por su voto. (2013) L.L. Litoral 18(2) marzo 2014, 219-222.

Se realizaron algunos cambios normativos en el ámbito del empleo público que implican una disminución del grado de precariedad e inestabilidad de las nuevas contrataciones. Fue un proceso encaminado a cubrir vacantes en el empleo público nacional, nuevamente, por medio de concursos.

La visión del Estado como una organización elefantiásica e ineficiente, generadora de gastos innecesarios que se traducen en una enorme presión fiscal y refugio para trabajadores poco idóneos, buscó justificar tanto los despidos como el atraso real de los salarios.

Todas las reformas realizadas en la relación laboral entre el Estado y el agente público conlleva abusos de poder de lo que surge una inseguridad en el empleo violentando el derecho a la estabilidad del agente público, por lo tanto se requiere de un análisis jurisprudencial.

CAPÍTULO 3

LA ESTABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

1.-Jurisprudencia de los supuestos casos de inamovilidad no contemplados de empleados públicos de planta permanente

1.1-Caso Madorrán⁷⁹

Madorrán María Cristina, trabajó como empleada de planta permanente en la Administración Nacional de Aduanas durante 26 años, bajo el régimen de estabilidad hasta que fue cesanteada sin sumario previo aduciendo incumplimientos.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo declaró la nulidad del despido de la actora, ordenó su reinstalación y el pago de los salarios caídos.

La Administración Nacional de Aduana, interpuso recurso extraordinario, y la máxima magistratura confirmó la sentencia de la Cámara, debiendo la Administración Nacional de Aduanas proceder a reincorporar a la agente.

El Juez Lorenzetti⁸⁰, expresa que uno de los principales objetivos de incorporar la garantía del Art. 14 bis en la Constitución, fue proteger el trabajo y al trabajador, pero el mencionado artículo, distingue en: “protección contra el despido arbitrario” y la “estabilidad del empleado público”, abarcando al trabajo “en sus diversas formas”, tanto para el que se desarrolla en la actividad privada como en la pública. Pero con un diferente grado de estabilidad en el empleo.

Los Jueces, Highton de Nolasco y Maqueda⁸¹, plasmaron que es indudable que la estabilidad del empleado público introducida en el art. 14 bis de la Constitución es la propia o sea que no puede ser separado de la administración sin causa y sumario previo, cuya violación es causal de nulidad de la misma y debe ser reincorporado a su lugar de trabajo. De lo contrario, sería suficiente la expresión: “protección contra el despido arbitrario”, que es la llamada estabilidad en sentido impropio.

79 C.S.J.N. “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación” M. 1488. XXXVI (2007).

80 C.S.J.N. “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación” Juez Lorenzetti, por su voto, consideró. 7 - M.1488. XXXVI (2007).

81 C.S.J.N. “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación” Juez Lorenzetti, por su voto, consideró. 7 - M.1488. XXXVI (2007).

Los derechos consagrados en la Ley Suprema no son absolutos, están sujetos a reglamentación, pero, la constitución al reconocer derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, máxime si está en discusión un derecho humano como el presente caso⁸². Esta sentencia de la Corte, produjo un quiebre en la jurisprudencia del régimen de empleo público.

Afirmar lo que expresa el Art. 14 bis de la Constitución Nacional que la estabilidad es propia condice con los principios de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

1.2-Fallo “Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido”

El actor había sido contratado sucesivamente durante ocho años en la Auditoría General de la Nación cumpliendo tareas propias de los empleados de planta permanente.

Llegándose a la conclusión de que la Auditoría General de la Nación había utilizado la renovación de contratos para evitar incorporar a Sánchez a su planta permanente y reconocerle la protección laboral contra el despido arbitrario que ello implicaba.

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar al reclamo del actor y condenó a la Auditoría General de la Nación a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización, por los perjuicios derivados de la ruptura del vínculo de empleo que unía a las partes.

Contra este pronunciamiento, la Auditoría demandada interpuso el recurso extraordinario que fue denegado. La sentencia apelada de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo condenó a la Auditoría General de la Nación por diferencias salariales, indemnización por despido incausado y multas a la ley, por estimar que los

82 C.S.J.N. “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación” Juez Lorenzetti, por su voto, consideró. 8- M.1488. XXXVI (2007).

sucesivos contratos de locación de servicios que suscribió el actor con la demandada encubre un fraude laboral.

El a quo expresó que las tareas del actor eran propias de los empleados de planta permanente y que, al extenderse por un período de ocho años, quedaba demostrada la existencia de un abuso de las formas legales para privar al vínculo de la protección constitucional contra el despido arbitrario.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que la resolución de la Cámara no tiene sustento en la prueba producida como así tampoco tiene en cuenta las normas específicas que regulan el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación y señala que el hecho de que Sánchez realizará tareas típicas de la actividad de la Auditoría General de la Nación no resulta suficiente, por sí solo, para demostrar que existe una desviación de poder a encubrir, mediante la actitud de la renovación de sucesivos contratos a término, un vínculo de empleo permanente, incurriendo en fraude laboral.

Deduciendo, de que si no existe tal desviación de poder, no hay ilegítimo accionar de la Administración y en consecuencia no existe el deber de reparar el daño porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación revoca una sentencia de la Cámara Laboral reconociéndose a Sánchez la indemnización propia del derecho específico de trabajo.

CONCLUSIÓN

El empleo público es considerado como un régimen contractual en el cual una de las partes es la Administración Pública y del otro lado se encuentra un empleado o funcionario público que goza de la estabilidad en el empleo garantizada en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Se trata de un contrato regido por el Derecho Público diferencial del régimen privado y de la Ley de Contrato de Trabajo, donde se reconoce a la Administración poderes propios del *ius variandi* que en un principio son discrecionales y no revisables por el Poder Judicial siempre que cumplan con los requisitos exigidos de todo acto administrativo.

Pero la protección otorgada por la Constitución Nacional al empleado público se encuentra disminuida y precarizada con las leyes de prescindibilidad, disponibilidad y congelamiento de vacantes, reemplazando la estabilidad en el cargo por un reconocimiento monetario.

Por lo tanto el Poder Judicial es el que debe velar para que el Estado no efectúe fraude laboral y para que no se desvirtúen los derechos de los agentes garantizados en la Ley Suprema y normas que reglamentan el empleo público.

El máximo Tribunal sentó un precedente en la jurisprudencia del régimen de empleo público, al fallar en el caso Madorrán, que la estabilidad para el empleado garantizada en la Ley Suprema, es la llamada propia o absoluta.

La estabilidad en el empleo público es una cláusula desarrollada en el Siglo XX por el constitucionalismo social e incorporada en la Constitución Nacional para evitar que el empleado público esté sujeto a las cesantías en masa, durante los cambios de gobierno.

La constitución Nacional en el artículo 16 establece que la idoneidad es una condición para ser empleado público, por lo tanto, el Estado al despedir al trabajador debe probar la causa, o sea demostrar que dejó de ser idóneo.

En el artículo 14 bis, considera que, la estabilidad del empleo público es una cláusula operativa, según ya lo entendió la Corte en su recto sentido, la norma proscribe la ruptura discrecional del vínculo de empleo público y es así susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.

Los fallos han sido un importante avance en el reconocimiento de los derechos de trabajadores precarizados de la administración pública, pero todavía falta recorrer un largo camino.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias, Luis Federico, (2006) “Algunas reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público”, La Plata : Platense.
- Bianchi, Alberto B. (1990) “La delegación legislativa”. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública - Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.
- Bidart Campos Germán J.(1993) “El Derecho”-Universitas S.R.L.-Id SAIJ:DACA930189
- Botassi, Carlos A., (1996) “Contratos de la administración provincial”, La Plata,
- Buteler, Alfonso, (2016) “Derecho administrativo argentino” Ed.Abeledo Perrot.
- Cabral , Pablo O. “Los principios del derecho laboral y su operatividad en la relación de empleo público, con particular referencia al derecho a la estabilidad”, LNBA 2005-6-654.
- Cassagne, Juan Carlos. (1987) – “Cuestiones de Derecho Administrativo” - Buenos Aires: Depalma.
- Diez, Manuel M.,(1979) “Manual de derecho administrativo”, Plus Ultra, Buenos Aires.
- Docobo, Jorge I, (1996) “Tendencias actuales respecto del principio protectorio frente a la relación de trabajo en el sector público”, RDA.
- Dromi, Roberto, (1998) “Derecho Administrativo”, 7º edición, Buenos Aires, Depalma.
- Escola, Hector Jorge. (1984)- “Compendio de Derecho Administrativo”-Volumen I, Buenos Aires: Depalma.
- Gallegos Fedriani, Pablo Oscar, “El Ius variandi en el empleo público” Abeledo Perrot, Buenos Aires, ISSN 1851-0590, Vol. 24.
- García Pullés, F. (2005) - Serie de Legislación Comentada – “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional” –Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Gordillo, A. (1977) – “Tratado de Derecho Administrativo”- Parte General Tomo 1- Buenos Aires: Macchi.

- Ivanega, Miriam Mabel. (2009) “Las Relaciones del Empleo Público” Buenos Aires: La Ley.
- Luqui, Roberto E., “La estabilidad del empleado público frente a las leyes de racionalización y prescindibilidad”, en L. L. 139-68.
- Lopez Justo. “Evasiones en el Derecho de Trabajo, Simulación ilícita y fraude”, Rev. Legislación del Trabajo, T. XVII.
- Marienhoff, Miguel S., (1998) “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. III-B
- Villegas Basavilbaso, Benjamín, (1951) “Derecho administrativo”, T. III, TEA, Buenos Aires, , cap. II: “Naturaleza jurídica de la función y empleo público”.
- Zeller, N y Rivkin, A.- (2002) “Políticas y Técnicas en los procesos de Reforma del Estado”. [Versión electrónica], Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

LEGISLACIÓN:

- Constitución de la Nación Argentina Art. 14 bis
- Decreto P. E. N. N° 435-06/03/90 Art. 27 (www.infoleg.gov.ar)
- Decreto P. E. N. N° 612-17/04/90 Art. 1 (www.infoleg.gov.ar)
- Decreto P. E. N. N° 1201-25/06/91 Art. 1 (www.infoleg.gov.ar)
- Decreto P. E. N. N° 1184-20/09/01 Art. 2 (www.infoleg.gov.ar)
- Decreto P. E. N. N° 25-23/12/01 Art. 1 (www.infoleg.gov.ar)
- Decreto P. E. N. N° 1421-09/08/02 Art. 9, 10 y 17 (www.infoleg.gov.ar)
- Decreto P. E. N. N° 2345-30/12/08 Arts 2, 5, 6 y 10 (www.infoleg.gov.ar)
- Ley N° 17.343 – B. O. 14/07/67, Art. 1
- Ley N° 20.549 – B. O. 12/11/73, Art. 1
- Ley N° 20.744 – B. O. 27/09/74, Art. 2
- Ley N° 23.696 – B. O. 23/10/89, Art. 1
- Ley N° 25.164 – B. O. 08/10/99, Art. 16 y 17

JURISPRUDENCIA:

- C.S.J.N. “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación” M 1488. XXXVI (2007)
- Cámara Contenciosa Administrativa- Mar del Plata, “Suarez, Juan B. c/Municipalidad de Mar Chiquita s/pretensión indemnizatoria” (2011) L.L. Administrativo (7) noviembre 2011, 42-50