

Universidad De Belgrano
Especialización En Derecho Administrativo

**LA ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO
Y LA PARTICULAR SITUACIÓN DE
LOS AGENTES CONTRATADOS POR LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Viviana Yael Beker
Matricula: 2083

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	PRIMERAS APROXIMACIONES AL TEMA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL EMPLEO PÚBLICO. NATURALEZA JURÍDICA.....	3
III.	DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.....	6
	1. Retribución.....	7
	2. Descanso.....	9
	3. Carrera.....	9
	4. Capacitación permanente.....	11
	5. Libre afiliación sindical y negociación colectiva.....	12
	6. Derecho de huelga.....	12
IV.	EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO	13
	1. Alcance del concepto.....	13
	2. Recepción normativa.....	18
	3. Interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	
	a) El caso “Madorrán”.....	21
	b) El caso “Ruiz”.....	24
	c) El caso “Schnaiderman”.....	25
	d) El caso “Micheli”.....	28
	e) El caso “Silva Tamayo”.....	30
	f) El caso “Granillo Fernández”.....	31
V.	LAS CONTRATACIONES DE PERSONAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA ESTABILIDAD.....	32
	1. Interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	
	a) El caso “Ramos”.....	34
	b) El caso “Sánchez”.....	36
	c) El caso “Cerigliano”.....	39
	2. Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la provincia de Buenos Aires.....	40
VI.	CONCLUSION.....	41
VII.	BIBLIOGRAFIA.....	44

I. INTRODUCCIÓN.

En un contexto de congelamiento de vacantes y de proliferación de contrataciones y nombramientos por tiempo determinado, se plantea el interrogante de cuáles son los derechos que asisten a aquellos trabajadores que, habiéndose desempeñado durante un largo período de tiempo bajo las órdenes, supervisión y control del Estado, son -de un momento a otro- desvinculados de la relación de empleo que los ligaba con la Administración Pública, al no ver renovados sus contratos o al disponerse la extinción unilateral del vínculo laboral que los unía con su empleador.

El presente trabajo apunta a describir la situación en la que se encuentra el personal que se desempeña como contratado, transitorio o temporario, cuando media un ejercicio abusivo y excesivo de este tipo de regímenes por parte del poder administrador. Ello, desde la perspectiva de protección constitucional reconocida por el art. 14 *bis* de la Carta fundamental, que -en lo que aquí interesa- textualmente reza: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial...”*.

Con tal norte, y como un modo de aproximación a la problemática a analizar, se hará una breve mención de algunas cuestiones que caracterizan al empleo público, como su delimitación conceptual y la discusión en torno a su naturaleza jurídica, para luego efectuar un sucinto repaso de los derechos que alcanzan a los empleados públicos, dedicando un capítulo especial a la garantía de estabilidad que protege a esta clase de trabajadores.

Por lo tanto, y profundizando este tópico, se indagará acerca del alcance del mentado derecho, haciendo lo propio respecto de su recepción normativa en el ámbito nacional y de los ya conocidos y consolidados antecedentes de la Corte Nacional en los que se delineó su posición con relación a este puntual aspecto de la relación de empleo público.

Todo ello a efectos de dilucidar, ya sobre el final de la presente exposición, cual es la situación en la que se encuentra el personal contratado o temporario de la Administración Pública frente a este fundamental derecho, y las implicancias que, a su respecto, trajeron aparejados los recientes pronunciamientos judiciales dictados por el Máximo Tribunal nacional en esta materia, culminando con una escueta referencia en torno a la aplicación de tales decisiones en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

II. PRIMERAS APROXIMACIONES AL TEMA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL EMPLEO PÚBLICO. NATURALEZA JURIDICA.

No han sido pocas las oportunidades en que se ha planteado en doctrina un debate terminológico preliminar que encuentra su razón de ser en la coexistencia de múltiples expresiones frecuentemente utilizadas para aludir a aquellas personas que participan accidental o permanentemente del ejercicio de funciones esenciales y específicas del Estado.

Los autores han procurado definir este problema semántico, precisando el real sentido y alcance que -en este contexto- cabe atribuir a locuciones tales como *empleados públicos*, *trabajadores estatales*, *agentes administrativos*, *agentes estatales* o *funcionarios públicos*.

De un lado, hay quienes sostienen que debe distinguirse conceptualmente los términos funcionario y empleado público, aun cuando reconocen que en el derecho positivo civil, penal y administrativo se los utiliza de modo impreciso y confuso, mientras que un segundo grupo de doctrinarios considera que las diferenciaciones entre dichas voces carecen de toda utilidad práctica.

Entre los primeros se encuentra Marienhoff quien, adhiriendo a la postura de Bielsa, atribuye proyecciones jurídicas a aquella distinción conceptual, expresando que es funcionario quien, actuando en jerarquía de cierto nivel superior, está habilitado para trasuntar el pensamiento o criterio de la Administración en un determinado asunto, en tanto que empleado es el que, encuadrado en niveles jerárquicos de menor trascendencia con relación al funcionario, se limita a cumplir directivas o a ejercitar actividades materiales¹.

Canasi recuerda que para este sector de la doctrina -a diferencia de lo que ocurre con la legislación o la jurisprudencia- funcionario y empleado tienen valores distintos: el primero representa a la ley comprometiendo la voluntad del Estado, mientras que el otro es un agente auxiliar que depende del funcionario².

En la segunda posición reseñada se enrola Bastons, quien ha optado por referirse de forma indistinta a empleo público, función pública y burocracia, haciéndose eco de las palabras de Diez en cuanto expresara: *“Del examen de nuestra legislación y jurisprudencia resulta ser que se emplean en forma indistinta las expresiones funcionario y empleado público, dándoles un significado análogo. Parece lógico, en consecuencia, que no se debe distinguir donde el derecho no distingue, además de que doctrinariamente no existen motivos para hacerlo”*³. También Gordillo propugna por eliminar la distinción entre ambas expresiones en tanto, a su modo de ver, tiene como único sustento al uso vulgar que las diversifica sólo en atención a la mayor o menor jerarquía presupuestaria, concluyendo -además- que el derecho positivo

¹ v. MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. III-B, p. 39/40).

² CANASI, José: “Derecho Administrativo”, Ediciones Depalma, t. I, p. 538.

³ DIEZ, Manuel María: “Manual de Derecho Administrativo”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, t. II, p. 80, citado en BASTONS, Jorge Luis: “Las claves conceptuales del Empleo Público en Argentina”, en Bastons, Jorge Luis (director), “Derecho Público para administrativistas”, Librería Editora Platense, La Plata, 2008.

argentino no hace diferenciación entre funcionarios y empleados sino que, por el contrario, establece que todos los agentes de la Administración tienen la misma calificación jurídica⁴.

Pero las divergencias entre quienes estudian el tema no se limitan a la cuestión terminológica descripta, sino que se proyectan a un tópico que presenta mayor interés, atento las implicancias que acarrea el acogimiento de una u otra de las posturas formuladas. Me refiero -concretamente- a las distintas corrientes doctrinarias que se han manifestado sobre la naturaleza del vínculo jurídico que une al agente con la Administración, las que expresaron teorías civilistas, políticas, mixtas, de derecho público, contractual y estatutario.

Desechando que se trate de una relación regida por el derecho privado, y admitiendo que se la ubica en el ámbito del derecho público, se contiende entre posturas que sostienen el carácter contractual o estatutario de su naturaleza jurídica. En este sentido, algunos autores afirman que se trata de un contrato administrativo⁵, otros que el acto de nombramiento es un acto administrativo unilateral que necesita como condición el previo consentimiento del interesado, y en un tercer grupo se ubican los que aseveran que se trata de un acto bilateral aunque no contractual⁶.

Al abordar esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha dudado en negarle a la relación de empleo público naturaleza de contrato privado, ubicándolo en el ámbito del derecho público. Empero, no ha adoptado igual temperamento al expedirse respecto al tipo de relación de que se trata, variando su posición a través de los años.

Profundizando en el análisis de la evolución jurisprudencial, puede observarse que nuestro Superior Tribunal atravesó una primera etapa en la se inclinó por considerar a la relación del Estado con los empleados públicos casi como un acto de imperio o de mando, en virtud del cual, sin ningún acuerdo previo, aquél inviste al empleado nombrado de la función pública⁷.

Posteriormente, modificó esa postura, adoptando a partir de la causa “Corso”⁸ la teoría contractual al proclamar que *“Las relaciones de superior con subordinado en el servicio público no están regidas por los preceptos del derecho civil...pero si alguna semejanza jurídica pudiera*

⁴ GORDILLO, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, 8va. ed., t. I-X-4.

⁵ Marienhoff comparte el punto de vista de quienes sostienen que la relación de función o empleo público constituye un contrato de derecho público -contrato administrativo *stricto sensu*- por razón de su objeto y, particularmente, que se trata de un contrato de colaboración (v. ob. cit. nota 1, p. 191). Similar temperamento adopta Gordillo quien afirma que *“si un contrato existe cuando dos o más personas hacen una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, no vemos cómo puede negarse al acuerdo de voluntades entre la administración y su agente, respecto de sus derechos y deberes recíprocos, la naturaleza de contrato”*. Este autor también opta por calificar a este contrato de administrativo y, como consecuencia de ello, le asigna los caracteres de “mutable”, por cuanto la Administración tiene atribuciones para variar -dentro de ciertos límites- la forma de las prestaciones o el régimen de la función, y “de adhesión”, ya que en ocasiones el particular no puede discutir las cláusulas del régimen contractual y sólo puede aceptarlo o rechazarlo (v. ob. cit. nota 4, t. I-XIII-20).

⁶ Díez se enrola en la corriente estatutaria en tanto -en su opinión- no se configura en modo alguno una unión contractual, dado que el Estado pone las condiciones y normas que regulan la relación de empleo público, sin que participe la voluntad del trabajador estatal (DÍEZ, Manuel María: “Manual de Derecho Administrativo”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997).

⁷ C.S.J.N., Fallos 166:264, *Berges*, 1932.

⁸ C.S.J.N., Fallos 194:111, *Labella de Corso*, 1942.

encontrarse entre éstas y el derecho público administrativo, ella sería la de un contrato de adhesión”.

Al estudiar la evolución jurisprudencial Gordillo repara en que el Máximo Tribunal vuelve a retomar la teoría unilateral con acuerdo del interesado a partir de la causa “Gerlero”, postulando que *“con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte, las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público no nacen de un contrato civil de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual se inviste al empleado nombrado, que acepte su designación, de la función pública”*. No obstante ello, el autor aclara que -en su opinión- no puede sostenerse que se ha aceptado esta última doctrina, ello no sólo por los vaivenes sufridos hasta el presente, sino fundamentalmente porque en todos estos fallos no se discutía en verdad si se trataba de un relación unilateral o de un contrato administrativo, siendo las consideraciones efectuadas por el Tribunal meramente incidentales y sin valor decisivo como precedentes⁹.

Como último antecedente de esta breve reseña, resulta interesante mencionar un conocido fallo en el cual -como recuerdan Cabral y Schreginger- la Corte resolvió sobre la constitucionalidad de las reducciones salariales adoptadas por el Poder Ejecutivo en el marco de una emergencia económica, sosteniendo, sin aclarar si se trataba de una relación de naturaleza contractual o estatutaria, que *“...la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público, en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado, pero que componen el marco en que se desenvuelve su poder de gobierno...”* y que *“...por lo demás, en el marco de la relación de empleo público el Poder Ejecutivo goza -en el ámbito de su competencia- de prerrogativas exorbitantes propias del régimen iusadministrativo que le permiten, a fin de satisfacer en la mejor forma el interés público, introducir modificaciones en el contrato, siempre que ellas sean razonables y no signifiquen una alteración sustancial de sus condiciones...”*¹⁰.

En el plano jurisprudencial de la Provincia de Buenos Aires, se encuadran como casos contencioso administrativos los que se suscitan entre la Administración Pública y sus agentes en el ámbito de la relación de empleo que los liga, siempre que el objeto del servicio cumplido por el agente sea de naturaleza administrativa y aunque se invoquen normas del Derecho laboral¹¹.

La Suprema Corte provincial ha mantenido el criterio de categorizar a la relación de empleo público provincial como netamente estatutaria y, por tanto, sujeta a aquellas modificaciones que la Administración entienda pertinentes conforme su exclusivo parecer. Así, en la causa B. 50.551 “Souto” (sentencia del 01-XII-1992) sostuvo que *“...la relación de empleo público -de naturaleza estatutaria- se regula por actos unilaterales provenientes de la*

⁹ GORDILLO, ob. cit. nota 4, t. I-XIII-21.

¹⁰ C.S.J.N., Fallos 323:1566, Guida, 2000, citado en CABRAL Pablo O. y SCHREGINGER Marcelo J.: “El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 35.

¹¹ S.C.B.A. causas B. 54.475 “Armendariz”, res. del 30-VI-1992; B. 54.970 “Arias”, res. del 16-II-1993; B. 57.607 “Ardiles”, res. del 08-X-1996.

*Administración Pública...*¹², considerando -además- que resulta una facultad privativa y discrecional del Departamento Ejecutivo la organización de sus dependencias.

Puede observarse, a partir de la descripción que antecede, que existen diferentes posturas en lo que refiere a la naturaleza jurídica de la relación que vincula a la Administración y sus agentes las que fueron brevemente reseñadas a modo de introducción, atendiendo a la innegable vinculación que poseen con el tema que nos ocupa en el presente trabajo.

III. DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

Al abordar este tópico, es menester diferenciar -para no incurrir en equívocos- la cuestión referente a cuándo queda trabada la relación jurídica entre el Estado y el agente público, del momento en que nacen los derechos derivados de ésta.

Tal como apunta Marienhoff, el perfeccionamiento del vínculo en la relación de función o empleo público se produce cuando se opera el acuerdo de voluntades entre las partes, con el correspondiente “consentimiento”¹³; en cambio, los derechos de los agentes públicos nacen cuando el respectivo funcionario o empleado **toma posesión de su empleo y empieza a ejercer las respectivas funciones**, de lo contrario -aclara- los pretendidos derechos carecerían de causa jurídica.

En este sentido, agrega que “...*Mientras la persona designada para desempeñar un cargo público, no haya aceptado el nombramiento...no pertenece a la Administración Pública; por tanto, no le corresponden los derechos ni tiene los deberes inherentes a un funcionario público o a un empleado público. El “status” del agente público no le es aún aplicable, siendo por esto que no es susceptible de sanciones disciplinarias...*”.

Entonces, recapitulando, los derechos del empleo son los que resultan exigibles luego de constituida la relación y durante su ejercicio. De todos modos, cabe destacar que la adquisición de ciertos derechos, con sus correlativas obligaciones, requiere además -en muchos supuestos- el ejercicio del cargo durante un lapso más o menos prolongado (vgr. promociones automáticas, algunas licencias, etc.)¹⁴.

Efectuada la explicación anterior, nos abocaremos al tratamiento de los derechos puntualizados en la generalidad de las normativas particulares que regulan la materia (vgr. Ley marco de regulación de empleo público nacional N° 25.164, Anexo, capítulo IV y Estatuto y escalafón para el personal de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires -Ley N° 10.430-, arts. 19-60 y 118), no sin antes aclarar que desarrollaremos en el capítulo

¹² Ver en este mismo sentido S.C.B.A. causas B. 57.326 “Ramos”, sent. del 14-III-2001 (del voto de la minoría); I. 1.954 “Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) y otros”, sent. del 01-IX-2004.

¹³ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. nota 1, p. 216-219. El autor aclara que la designación puede ser *anterior* o *posterior* a la conformidad del administrado que actuará como funcionario público o empleado público, dándose lo primero cuando éste acepta el nombramiento, y lo segundo cuando solicita el cargo o empleo.

¹⁴ Vinculado con esta cuestión, recuerdan Cabral y Schreginger que la Ley de Empleo Público de la Provincia de Buenos Aires reconoce en su artículo 19 una amplia gama de derechos para los agentes que revisten en planta permanente, indicando luego en el artículo 118 cuales de esos derechos les son atribuidos también al personal de planta temporaria (v. ob. cit. nota 10, p. 356).

subsiguiente lo relativo al derecho más característico de la relación de empleo público cual es, el de la estabilidad del empleado público.

Podemos enumerar, entonces, los siguientes derechos del empleado público:

1. Retribución

Expone Dromi¹⁵ que la *retribución, sueldo o contraprestación* por los servicios o trabajos que el agente realiza y que el Estado le paga periódicamente es un derecho al cual se hace acreedor aquél (en virtud de una relación contractual), a partir de que **preste efectivamente el servicio**.

Idéntica tesitura adopta Marienhoff quien sostiene que -en principio- para que el funcionario o empleado público tengan derecho a percibir el sueldo, se requiere de parte de ellos el ejercicio efectivo de la función, de no ser así el pago carecería de causa jurídica¹⁶.

En cambio, otros autores directamente asientan el deber de la Administración de pagar la retribución cuando el agente público **pone su fuerza laboral bajo el mando legal y racional de aquella**. Tal fue el criterio seguido por la doctrina del Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires al fallar que el empleador debe al trabajador su remuneración por el sólo hecho de haber puesto sus energías a disposición de aquél (cfr. causas B. 58.053 "Pacheco", sent. del 12-IX-2001 y B. 59.349 "Domínguez Arregui", sent. del 19-II-2002)¹⁷.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en autos "Bessolo, Leopoldo c/ Osa Pedro" (1967) que la Constitución otorga a quien presta servicios el derecho a una retribución justa que contemple la índole, magnitud y dificultad de la tarea realizada, obligando a mantener una relación razonable entre la retribución que se fija y la tarea efectivamente cumplida.

El carácter retribuido de los servicios del agente se presume, reconociéndosele al sueldo carácter alimentario -esto es, que la suma pertinente se abona para que subvenga a las necesidades esenciales de su propia existencia y a las de su familia-, de lo que deriva su inembargabilidad en porcentajes superiores a los admitidos por las normas.

El sueldo a pagar es una **obligación del Estado** y, en principio, no puede ser disminuido ni suprimido (intangibilidad de las remuneraciones), pero sí puede ser aumentado o reajustado en más.

En particular, y en una posición contraria a la de Marienhoff, señala Dromi que la disminución del sueldo no se admite ni aun en el supuesto de una disposición de carácter general, que afectara por igual a todos los empleados o funcionarios públicos, pues tal situación conculcaría los derechos consagrados por la Constitución Nacional (arts. 14 *bis*, 16 y 17).

¹⁵ DROMI, Roberto: "Derecho Administrativo", 10ma. ed. actualizada, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2004, p. 590 y ss.

¹⁶ MARIENHOFF, Miguel S.: ob. cit. nota 1, p. 271 y ss. El autor reconoce las siguientes excepciones al principio reseñado: a) cuando la falta de prestación de los servicios obedezca a supuestos contemplados en las normas (vgr. ciertos casos de suspensión del agente, licencias, vacaciones); y b) cuando la no prestación del servicio no sea imputable al agente, sino a la Administración Pública.

¹⁷ Esta doctrina ha sido aplicada por la Excma. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata en la causa V-1265-D01 "Carluccio" (sent. del 05-XI-2009).

No obstante ello, recuerda este autor que la Corte Suprema convalidó -en el caso “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional” (sentencia del 02-06-2000)- las reducciones salariales llevadas a cabo mediante el decreto de necesidad y urgencia 290/95 (ratificado mediante ley 24.624), decidiéndose por su constitucionalidad¹⁸, tomando una similar posición en la causa “Müller, Miguel Ángel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Contaduría General - Ejército Argentino - decreto 430/00 s/ amparo ley 16.986”, en la que siguiendo el dictamen del Procurador General, sentenció acerca de la impugnación del decreto 430/00 que consagró un descuento salarial para los agentes del sector público nacional¹⁹.

La retribución que percibe el agente público está integrada no sólo por el sueldo o asignación básica estipulada para la función, cargo o empleo respectivo, sino que puede comprender otros conceptos -asignaciones accesorias o complementarias- cuya procedencia depende de la índole de la función desempeñada, de la jerarquía del agente o de la situación personal del mismo.

A modo de ejemplo, el régimen de la ley 10.430 de Empleo Público de la Provincia de Buenos Aires establece en el artículo 25 que la retribución se integrará con los siguientes conceptos: a) sueldo, que será el que resulte del valor establecido para las unidades retributivas asignadas a cada nivel; b) adicional por antigüedad, implicando, por cada año de antigüedad en la Administración Pública nacional, provincial o municipal, de acuerdo con el siguiente detalle: hasta el año 1995, 3%, desde 1997 y hasta 2004, 1%, desde 2006, 3% y en el año 2005, al 2% (art. 1º, ley 13.354); c) adicional por destino, cuando el agente deba cumplir sus tareas en lugares alejados o aislados; d) sueldo anual complementario; e) bonificaciones especiales y/o premios; f) adicional por función, cuando el agente desempeñe las funciones directivas, fijándose su monto en el 30% del sueldo determinado para la respectiva función; g) adicional por disposición permanente, que será equivalente al 50% del sueldo determinado para su respectiva función.

Conforme el artículo 26 de la norma mencionada, el pago de horas extras también constituye uno de los adicionales que pueden agregarse al salario principal, del mismo modo que las compensaciones legisladas en el artículo 27, las que tienden a compensar los gastos que el propio agente realice con motivo de su trabajo²⁰.

¹⁸ La Corte expresó: “...que no media lesión a la garantía del art. 17 CN, cuando como en el caso, por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público en la medida en que la quita no resultó confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada...” y que “...la intangibilidad del sueldo del empleado público no está asegurada por ninguna disposición constitucional, ya que la Ley Fundamental sólo la contempla respecto del presidente y vicepresidente de la Nación, los ministros del Poder Ejecutivo, los jueces de la Nación y los miembros del Ministerio Público (arts. 92, 107, 110 y 120, CN). No existe, por ende, un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias...”.

¹⁹ Allí se dictaminó que “...el Estado puede reducir los salarios de sus agentes, salvo que la Constitución Nacional expresamente garantice su intangibilidad, pero para que ello encuentre sustento en nuestra Ley Suprema, debe cumplir ciertos requisitos: que la reducción se adopte ante situaciones excepcionales de emergencia, que tenga efectos generales y vigencia para el futuro en forma transitoria y que no resulte confiscatoria, es decir, no desnaturalice el derecho a la retribución...”.

²⁰ Tales compensaciones pueden tener su origen en el cumplimiento de órdenes de servicios (vgr. viáticos, movilidad, cambio de destino y gastos de representación) o para compensar al agente que no gozó de sus vacaciones.

2. Descanso

El agente público tiene derecho al *descanso* o *reposo*, que puede consistir en *vacaciones* o en *licencias*.

Las primeras son de carácter general, impersonal y de orden público, se otorgan anualmente y son obligatorias, en tanto procuran mantener la salud integral -física y moral- del funcionario o empleado público. Las licencias, en cambio, tienen carácter de excepción, particular y son otorgadas *intuitu personae* a solicitud del interesado en cualquier época del año, siempre que concurra el acontecimiento que las motive (vgr. enfermedad, duelo familiar, estudio, matrimonio, etc.)

Tanto unas como otras comprenden períodos temporales distintos. Así, los días otorgados en concepto de licencias no pueden quedar comprendidos en los días que abarque las vacaciones.

Señala Marienhoff que ninguno de estos institutos -ni siquiera las licencias sin goce de haberes- podrían ser tomadas por el agente público por propia y exclusiva decisión, debiendo ser autorizadas por la autoridad correspondiente, desde que un temperamento contrario podría traer aparejado que se lo considerara incurso en abandono del servicio, con las graves consecuencias que ello acarrearía²¹.

3. Carrera

Baró asegura que un examen superficial del tema en cuestión podría conducir a sostener que el derecho a la carrera es, sin más, un derecho a la promoción o al ascenso dentro del orden escalafonario. Sin embargo, encuentra en el contenido de este derecho una serie de matices que hace que no se identifique con un simple derecho a la promoción, siendo esto último solo uno de los aspectos posibles del derecho en estudio.

La misma autora manifiesta que, como expresión mínima, el derecho a la carrera supone -por vía de principio- la existencia de una estabilidad en el nivel escalafonario alcanzado por el agente, en el sentido de que dicho nivel no puede ser alterado en perjuicio del interesado en tanto la excepción a la regla no esté válidamente establecida²².

Por su parte Fiorini sostiene que el derecho a la carrera administrativa “...*se manifiesta como un derecho administrativo del agente cuando ha ingresado a la Administración para gozar de todas las situaciones jurídicas y los beneficios que conceden los estatutos. El derecho a la carrera es el derecho que el estatuto destaca como norma general para gozar con garantía*

²¹ Al analizar este derecho, Cabral y Schreginger, observan que la LEPBA divide entre las denominadas licencias y los permisos. En el primer grupo se ubican las licencias a que el agente tiene derecho: a) para descanso anual; b) por matrimonio; c) por maternidad, paternidad y alimentación y cuidado del hijo; d) por adopción; e) por razones de enfermedad o accidente de trabajo; f) para atención de familiar enfermo; g) por donación de órganos, piel o sangre; h) por duelo familiar; i) por incorporación a las Fuerzas Armadas o de Seguridad, como oficial o suboficial de la reserva; j) por razones políticas o gremiales; k) por preexamen, examen o integrar mesa examinadora; y l) decenales (arts. 36 y 38). Dentro del segundo grupo, cuyo otorgamiento no resulta obligatorio para el empleador, se encuentran los siguientes permisos: a) para estudios y actividades culturales; b) por actividades deportivas; c) por asuntos particulares y d) especiales (arts. 37 y 61) (v. ob. cit. nota 10, p. 414-434).

²² BARÓ, Daisy L.: “La relación de empleo público”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, p. 31 y ss.

*y seguridad jurídica todos los beneficios y situaciones que se reconocen al agente en forma impersonal...*²³.

Marienhoff expresa que el derecho a la carrera consiste en la posibilidad de progresar dentro de las clases, grupos y categorías, calificándolo como un derecho fundamental que comprende el de estar constantemente bien “encasillado” o ubicado en el escalafón, el de “ascender”, que incluso puede comprender el de ser “trasladado”, para llegar finalmente, a la jubilación en condiciones óptimas.

Asimismo, explica el autor que es fundamental hallarse bien encasillado dentro del escalafón, pues ello constituye la base para que el derecho a la carrera siga su debido curso. Añade que, en cuanto al criterio para efectuar ascensos, existen dos puntos de vista esenciales: el de la antigüedad y el del mérito, reconociéndosele importancia en el ámbito doctrinal al primero de ellos cuando se trata de los grados inferiores y al del mérito en lo que respecta a los grados superiores, ya que la antigüedad no puede suplir las condiciones de idoneidad técnica que requieren los oficios superiores.

No obstante ello, aduce que el criterio del mérito es recomendable porque a la vez sirve de estímulo al agente para aumentar su eficacia, permitiendo que a medida que las categorías vayan teniendo más importancia, los cargos sean despeñados por las personas más idóneas. Agrega -finalmente- que la antigüedad, por sí sola, trasunta un medio mecánico no siempre apto para lograr que los intereses generales estén atendidos por los agentes más capacitados²⁴.

En la provincia de Buenos Aires, el derecho a la carrera administrativa se encuentra consagrado en el texto constitucional que -en su artículo 103 inciso 12- establece entre las atribuciones del Poder Legislativo la de *“Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad, escalafón, estabilidad, uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades”*, de modo que, a juicio del constituyente, el originario derecho de ascenso, producto de la estructura piramidal del Estado, fue progresivamente ampliado hasta llegar a concepciones abarcativas de varias situaciones que se presentan durante la relación de empleo público y que buscan proteger un desarrollo formal y material dentro de las funciones del trabajador estatal²⁵.

Por su parte, la ley de empleo público provincial (10.430) se apartó de esa amplia conceptualización constitucional, limitándose a afirmar que la carrera del agente será la resultante del progreso en su ubicación escalafonaria, mediante el cambio a los distintos niveles y el acceso a las funciones tipificadas como ejecutivas en los términos de la reglamentación. Así, distingue entre el **ascenso**, que radica en el pase del agente de la clase a la cual pertenece, al grado inicial de la clase inmediata superior de cada agrupamiento; y la

²³ FIORINI, Bartolomé A.: “Manual de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 559.

²⁴ MARIENHOFF, Miguel S.: ob. cit. nota 1, p. 304-308.

²⁵ CABRAL Pablo O. y SCHREGINGER Marcelo J.: ob. cit. nota 10, p. 372 y ss.

promoción, que es el mecanismo de estímulo que implica el pase a un grado inmediatamente superior dentro de su clase.

El Superior Tribunal provincial ha venido sosteniendo desde antaño que “...tanto la función o el empleo público que comprende lo que se denomina carrera administrativa están internamente estructurados en grados diversos, debiéndose tener presente que la facultad del Poder Ejecutivo de nombrar y remover a sus empleados comprende la de otorgarles ascensos y ubicarlos en las respectivas categorías del escalafón, sin que el ejercicio de tales atribuciones pueda ser revisado por el Poder Judicial, salvo el caso de irrazonabilidad, arbitrariedad o lesión de derechos consagrados en la Constitución Provincial...” (causas B. 53.564 “Negri”, sent. del 22-XI-1994; B. 54.853 “Gil”, sent. del 11-III-1997; B. 56.016 “Rolón”, sent. del 22-IV-1997; B. 54.480 “Sierra Ahumada”, sent. del 23-VI-1999; B. 57.347 “Mannino”, sent. del 29-II-2000; B. 57.595 “Espínola”, sent. del 13-III-2002; B. 61.065 “Segura”, sent. del 29-X-2003; B. 55.971 “Pulvermacher”, sent. del 29-VIII-2007; B. 66.417 “Avila”, sent. del 17-III-2010).

Finalmente, se reconoce que, en la práctica, los trabajadores públicos provinciales se ven de ordinario imposibilitados de ejercer “los derechos del empleo” (derecho a la carrera administrativa), toda vez que la falta de procedimientos de selección, las emergencias económicas y el congelamiento de vacantes, hacen que comúnmente el empleado más antiguo termine siendo “compensado” en virtud de su supuesta experiencia para ocupar cargos jerárquicos en forma interina, pero que culminan por ser materialmente permanentes²⁶.

En este orden de ideas, señala Bastons que el derecho a la carrera, salvo contadas excepciones -entre las que ubica el régimen de empleo público en la Administración Nacional- “...no suele ser más que un alto y pomposo enunciado normativo ya que en el caso de existir algo similar en la práctica, se manifiesta más como un sistema estructurado por usos y costumbres espurios que por métodos transparentes de selección de personal...”²⁷.

4. Capacitación permanente

Este derecho tiene íntima vinculación con el derecho a la carrera administrativa, toda vez que la promoción se realiza en base a la idoneidad y a las exigencias de capacitación de las funciones a realizar (arts. 8 y 16 inc. “d” del Marco Regulatorio del Empleo Público Nacional)²⁸.

Tal es así que se faculta al Poder Ejecutivo a crear un fondo de capacitación permanente y recalificación laboral, que funcionará en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de

²⁶ ANDRADE, María Juliana: “El empleo público en la Provincia de Buenos Aires a la luz del Artículo 39, inc. 4°, de la Constitución Provincial”, en Rap Bs. As. (85-86), p. 7-53.

²⁷ BASTONS, Jorge Luis: ob. cit. nota 3, p. 306-308.

²⁸ El Artículo 8° establece que: “El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto. La carrera administrativa básica y las específicas deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cubrir, de la promoción o avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y de exigencias de capacitación acorde con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar, así como la previsión de sistemas basados en el mérito y la capacidad de los agentes, que motiven la promoción de los mismos en la carrera.”

Ministros, con el objetivo de elaborar programas de capacitación, recalificación de puestos de trabajo y toda otra acción tendiente a facilitar la movilidad funcional y la readaptación de los empleados públicos a los cambios tecnológicos, funcionales u organizacionales propios de la administración moderna (arts. 43 y 44 de la norma citada).

5. Libre afiliación sindical y negociación colectiva

La incorporación de la negociación de las partes de la relación de empleo público a través de la redacción de convenios colectivos que regulan condiciones del vínculo laboral, no es sino el producto de la sindicalización de los trabajadores del sector público junto a la democratización de la sociedad argentina.

El Marco de Regulación del Empleo Público Nacional reconoce en forma expresa el derecho del empleado público a participar en organizaciones sindicales y en convenios colectivos de trabajo. A su vez, por intermedio de tales organizaciones sindicales, posibilita la participación en los procedimientos de calificaciones y disciplinarios, según lo que se establezca en el Convenio Colectivo de Trabajo (arts. 16 incs. “e” y “m” y 18 del Anexo de la ley 25.164).

Recuerda Dromi que pueden ser materia de negociación colectiva todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, con excepción de aquello que haga a la estructura orgánica de la Administración Pública nacional, a las facultades de dirección del Estado y al principio de idoneidad como base del ingreso y de la promoción en la carrera administrativa (art. 8 de la ley 24.185, vigente en virtud de lo normado por el art. 4 *in fine* de la ley 25.164). También constituyen límites a las negociaciones colectivas los derechos y garantías acordados en el Marco Regulatorio, en tanto configuran mínimos que no pueden ser desplazados en perjuicio de los empleados (art. 1)²⁹.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la ley 13.453 regula las negociaciones colectivas que se celebran entre la Administración Pública provincial y sus empleados, estableciendo -de forma análoga a la de la legislación nacional- que su contenido puede comprender todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, tanto las de contenido salarial como las vinculadas a la prestación de servicios y condiciones de trabajo, quedando excluidas la facultad de dirección del Estado en cuanto a la organización y conducción de la Administración Pública provincial, comprensiva de su estructura orgánica y el principio de idoneidad como base del ingreso y la promoción de la carrera administrativa (art. 11)³⁰.

6. Derecho de huelga

Vinculado con la posibilidad de que los agentes públicos integren sindicatos, se halla lo relativo al derecho de huelga que se encuentra consagrado expresamente tanto en los arts. 14

²⁹ DROMI, Roberto: ob. cit. nota 15, p. 595.

³⁰ Ampliar en CABRAL Pablo O. y SCHREGINGER Marcelo J.: ob. cit. nota 10, p. 460-464.

bis de la Constitución nacional y 39 de la Carta bonaerense, como en los tratados internacionales de rango constitucional y legal.

Cabral y Schreginger observan que el derecho de huelga no se encuentra reconocido en la Ley de Empleo Público de la Provincia de Buenos Aires, recordando -además- que dentro de la doctrina existen diferentes posturas sobre este derecho, ya sea en general como respecto de los empleados públicos.

Así, señalan que Cassagne -en una visión que no comparten- plantea el inconveniente que el reconocimiento constitucional de este derecho provoca, tanto en la relación empleador-trabajador como en el ámbito público al decir que *“Toda huelga afecta no solamente los derechos de los patrones o empresarios -las llamadas libertades económicas y el derecho de propiedad- sino también la libertad de trabajo de los dependientes... Pero, además, y es lo que no ha sabido verse con claridad hasta hace poco tiempo, la huelga daña profundamente el tejido social...”*³¹.

Seguendo su desarrollo, citan también a Linares Quintana quien considera que *“la huelga no es un derecho individual del trabajador, sino que constituye, por el contrario, un derecho colectivo o gremial, cuya esencia es la suspensión concertada del trabajo llevada a cabo por un pluralidad de trabajadores”*³².

Por último, repasan la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires recordando que este Tribunal ha dicho -respecto del derecho a huelga de los agentes públicos- que *“Los empleados públicos gozan del derecho de asociación con fines útiles. Admitido el derecho a agremiarse, cobra operatividad la doctrina que establece que la huelga es un derecho constitucional que no causa la ruptura del contrato de trabajo sino que suspende alguno de sus efectos, cualidad que determina que el empleador se vea obligado, mientras se ejercite legalmente, a mantener indemne la relación -en el caso de empleo público- y por lo tanto no puede obligarse en tal supuesto a los que ejercen tal derecho a que acaten los requerimientos del empleador a que retornen a sus tareas, que cumplan con la efectiva prestación del contrato”* (causas B. 53.139 “Barrios”, sent. del 04-VIII-1998; B. 53.143 “Soria”, sent. del 24-XI-1998 y B. 53.455 “Alaimo”, sent. del 16-II-1999).

IV. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO.

1. Alcance del concepto

³¹ CASSAGNE, Juan C.: “Derecho administrativo”, 7° ed. t. II, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 305, citado en CABRAL Pablo O. y SCHREGINGER Marcelo J.: ob. cit. nota 10, p. 465-466.

³² LINARES QUINTANA, Segundo V.: “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”, t. V, 2° ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 528, citado en CABRAL Pablo O. y SCHREGINGER Marcelo J.: ob. cit. nota 10, p. 465-466.

Recuerda Ziulu³³ que el término estabilidad encuentra su origen en la expresión latina *stabilitas* y se refiere a la permanencia, duración en el tiempo, firmeza o cualidad que se ha establecido de modo duradero; el mismo concepto adjetivado, esto es, estable significa constante, duradero, permanente, firme.

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 previstas³⁴.

Este derecho emergió históricamente ante la necesidad de superar el denominado “sistema de despojo”, en virtud del cual -en una organización no racional- cada gobierno entrante quitaba al saliente la inmensa mayoría de los cargos públicos. Desaparecía así la cesantía a voluntad, y el Estado sólo podía extinguir la relación cuando existiera una causa que lo justificara, la que debía ser debidamente acreditada ante la autoridad judicial.

Si bien en los Estados Unidos aquellos graves excesos motivados en razones de índole políticas o electoralistas comenzaron a dejarse de lado a partir de la creación de la Civil Service Commission en 1883 por la sanción de la Pendleton Act, en nuestro país recién en el año 1957 se consolidó normativamente el derecho a la estabilidad, primero a través de una ley aplicable a los empleados nacionales (dec. -ley 6666/57³⁵) y, poco tiempo después, mediante la incorporación del artículo 14 *bis* a la Constitución Nacional.

Lo que persigue la estabilidad no sólo es proteger a los agentes de la pérdida de sus empleos, sino también -como señala Gelli- evitar la arbitrariedad del Estado; la persecución política de los opositores y el uso del empleo público como sostén de cuadros partidarios. Pero, todo ello, sin desmedro del grado de discrecionalidad con que cuenta la Administración para enfrentar los cambios que se requieran en la organización y el funcionamiento de sus departamentos y oficinas³⁶.

De tal modo, el Estado logra fortalecerse y formar una sólida burocracia, estructurando para ello el derecho a la carrera administrativa antes referido, ya que sólo asegurándose la permanencia del empleado público se puede pensar en capacitación, escalafón, ascensos y acceso a las distintas categorías. Sin estabilidad del personal no se concibe una función pública moderna y eficaz.

³³ ZIULU, Adolfo Gabino: “La estabilidad del empleo público en la Constitución Nacional”, en Bastons, Jorge Luis (director), “Empleo público”, Librería Editora Platense, La Plata, 2006, p. 83.

³⁴ ESCOLA, Héctor Jorge: “Tratado integral de los contratos administrativos”, Tomo II - parte especial, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 465. Por su parte, Ivanega considera que comprende el derecho del agente público a conservar su empleo, el nivel escalafonario alcanzado, promocionar en la carrera administrativa, siempre que se respeten las condiciones de ingreso y promoción establecidas en el régimen jurídico aplicable, y mientras no existan causas legítimas para extinguir la relación jurídica (IVANEGA, Miriam Mabel: “Las relaciones de empleo público”, La Ley, 1° ed., Buenos Aires, 2009).

³⁵ En los considerandos del decreto-ley n° 6666/57 que aprobó el estatuto para el personal civil de la Administración Pública Nacional, el Poder Ejecutivo, al referirse a la estabilidad que dicho texto asegura, manifestó que ella constituía el núcleo central del estatuto y que su “*cabal observancia era esencial para el éxito del sistema y a fin de que el Estado no se vea frente a la contingencia de gravosos compromisos que siempre provendrán de actos administrativos contrarios a las normas legales...*”.

³⁶ GELLI, María Angélica: “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, La Ley, segunda edición, Buenos Aires, 2003, p. 121.

Se entiende por estabilidad -entonces- el derecho fundamental del agente público a no ser privado o separado del empleo o cargo, privación o separación que, según recuerda Marienhoff, se concretan en la cesantía del funcionario o del empleado.

El mismo autor se encarga de diferenciar la *estabilidad* de la *inamovilidad*, aclarando que mientras la primera se refiere a la permanencia en el cargo o empleo, la segunda alude principalmente al lugar donde la función o empleo serán ejercidos³⁷.

Ahora bien, definida del modo antedicho la estabilidad, cabe recordar que la doctrina distingue dos especies diferentes: la propia o absoluta y la impropia o relativa. Así, mientras la primera veda la posibilidad del despido arbitrario, pudiendo el empleador despedir a su empleado sólo ante la circunstancia extrema de que hubiera cometido hechos graves, previamente caracterizados por la ley y autorizados por ésta para interrumpir definitivamente la relación laboral, la segunda permite el despido, sea éste con justa causa o sea inmotivado, es decir, no imputable al trabajador. En este último supuesto, el empleador ha de indemnizar convenientemente al trabajador.

Se ha entendido que el referido art. 14 *bis* es una norma operativa, esto es, que rige aun en ausencia de ley reglamentaria. Recuerda Gordillo que así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha declarado que las condiciones requeridas para poder interpretar que una norma constitucional es operativa *“aparecen cumplidas respecto del art. 14 nuevo de la Constitución Nacional en la parte que imperativamente establece que las leyes asegurarán la estabilidad del empleado público. Porque en su recto sentido la norma proscribire la ruptura discrecional del vínculo de empleo público y es, así, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas”*³⁸.

No obstante ello, cabe señalar que en nuestro derecho la garantía de la estabilidad no es absoluta³⁹ pues, como todos los derechos, está sujeta a las leyes que la reglamenten. Ello conlleva a afirmar que existen numerosas situaciones que constituyen justas causas de su supresión (vgr. mala conducta, indebido desempeño de las funciones asignadas, etc.), siempre que la causal invocada al efecto sea cierta, efectiva, sincera, no contradiga el criterio de razonabilidad⁴⁰ y esté expresada en forma concreta en el pertinente acto administrativo⁴¹.

Asimismo, atendiendo a que la estabilidad no es vitalicia, sólo se mantiene mientras se integra el tiempo necesario para obtener la jubilación ordinaria, ya que con ésta concluye legalmente la carrera administrativa.

³⁷ MARIENHOFF, Miguel S.: ob. cit. nota 1, p. 286-287. Explica el autor que: *“Por principio, y salvo el supuesto de cargos o empleos cuya índole no admite su ejercicio en otro lugar, la inamovilidad de los funcionarios o empleados administrativos no existe: halla su negación en la potestad de la Administración Pública de “trasladar” a sus agentes. Pero, claro está, esta atribución del Estado no es ilimitada, y su ejercicio requiere el recuerdo constante de que la relación de función o de empleo públicos es contractual, por lo que todo “traslado”, que implica una “modificación” del respectivo contrato, no debe alterar la esencia o substancia misma de esa relación”*.

³⁸ GORDILLO, Agustín: ob. cit. nota 4, XIII-23.

³⁹ C.S.J.N. Fallos 315:1336; 318:896.

⁴⁰ C.S.J.N. Fallos 255:293; 261:12; 261:336; 261:361; 266:159; 269:230.

⁴¹ Señala MARIENHOFF que las causales invocadas para dejar cesante al funcionario o empleado pueden ser muy variadas. Así la estabilidad desaparece cuando: a) el empleo o cargo respectivo es suprimido; b) se suprimen agentes públicos por motivos de racionalización; c) se verifica el mal comportamiento o la mala conducta del funcionario o del empleado, o el indebido desempeño de sus funciones (ob. cit. nota 1, p. 293-294).

Se ha entendido -además- que mientras el empleo sea privado, el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional lo protege “contra el despido arbitrario”; en cambio garantiza la estabilidad para el empleo público cuando el empleador es el Estado.

Tal distinción ha llevado a afirmar que la intención del constituyente fue la de consagrar la estabilidad propia para las relaciones de empleo público, y la estabilidad impropia para las provenientes de las relaciones privadas. Empero, tales principios no son absolutos, pudiendo ser objeto de una razonable reglamentación (vgr. la estabilidad propia no abarca a los agentes temporarios, ni los supuestos de supresión del cargo, ni los empleos políticos).

Atendiendo a que la ley puede disponer que en el caso de cesantía injustificada el empleado sólo tenga derecho a ser indemnizado, ciertos autores aducen que sólo podría hablarse de una estabilidad impropia, lo que -en definitiva- significa desconocer la garantía establecida en la Constitución⁴². En efecto, en algún caso nuestro Máximo Tribunal Nacional ha declarado que la estabilidad es un derecho cuya tutela no requiere la preservación en especie de las situaciones existentes, sino que se satisface con el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía discrecional.

Finalmente, resta señalar que para las provincias también resulta obligatoria la estabilidad del empleado público, asegurada por el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, ello en virtud de: i) lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley Suprema, según el cual cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; ii) que el artículo 14 *bis* hállese incluido en el capítulo de declaraciones, derechos y garantías; y iii) la supremacía de la Constitución Nacional, respecto a las disposiciones provinciales (art. 31)⁴³.

Al analizar la estabilidad del empleo público en el Derecho público provincial, se puede observar que algunas constituciones adoptan -en este aspecto- criterios muy generales y de compleja y difícil operatividad⁴⁴. Ziulu⁴⁵ considera que estas disposiciones constitucionales

⁴² Recuerda Gordillo que: “*En el antiguo decreto-ley 6.666/57, derogado por el decreto-ley 22.140/80, el agente que consideraba que había sido separado ilegítimamente de su cargo podía recurrir en forma directa contra el acto de cesantía o exoneración para ante la CNFed. CA (art. 24). Si el tribunal disponía la reincorporación del agente -taxativamente previsto en el art. 27 del Estatuto- ella se hacía efectiva en distinta dependencia pero en funciones de categoría, clase y grupo iguales a las que tenía el agente antes de la separación. Con todo, el interesado podía optar por recibir una indemnización (art. 29), en lugar de reincorporarse a la administración*” y agrega “*El decreto-ley 22.140/80 previó en cambio un pase discrecional a disponibilidad y el pago de los salarios por un año. La ley 23.697 facultó a disponer la baja por razones de servicio, sentando bases indemnizatorias; es también lo que contempla el art. 11 de la ley 25.164...*” (ob. cit. nota 4, XIII-22).

⁴³ En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que “*Con arreglo al principio del artículo 31 de la Constitución Nacional, ella -la norma del artículo 14 bis sobre estabilidad del empleado público- rige también en el ámbito provincial, por ser verdadero asimismo a su respecto que las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella*” (Fallos 261:361).

⁴⁴ La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece, entre las atribuciones del Poder Legislativo, la de organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: escalafón, estabilidad, uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades (art. 103). La Constitución de Córdoba asegura el derecho a la estabilidad en los empleos públicos de carrera, no pudiendo ser separados del cargo, sin sumario previo, que se funde en causa legal y sin garantizarse el derecho de defensa (art. 23, inc. 13). La Constitución de Misiones establece que todos los habitantes son admisibles en los empleos sin más requisitos que la idoneidad, no habiendo para los extranjeros otras limitaciones que las establecidas en esta Constitución (art. 75). El art. 77 establece respecto del empleado público el derecho a la estabilidad. La Constitución de Santa Cruz estatuye que “*la idoneidad será la única condición para el desempeño de cargos y empleos públicos, quedando expresamente prohibido exigir para ello afiliación política alguna. Ningún empleado de la provincia y de las municipalidades, con más de seis meses de servicio, podrá ser separado de su cargo mientras dure su buena conducta, sus aptitudes físicas o mentales y su contracción eficiente a la misión*”

resultan claramente insuficientes por cuanto, en nuestra época, la sola proclamación del principio de idoneidad en el ejercicio de la función pública deja en manos de la autoridad administrativa una discreción tan amplia como inconveniente.

Otras constituciones -en cambio- adoptan criterios más estrictos, exigiendo que la idoneidad se manifieste por medio de concursos públicos de antecedentes y oposición⁴⁶.

encomendada...” (art. 32). La Constitución de Santa Fe determina que todos “...*pueden, asimismo, tener acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, según los requisitos que se determinen*” (art. 14). La Constitución de La Pampa estatuye que “*la ley reglamentará la forma de admisión, ascenso, estabilidad, jubilación, agremiación y régimen disciplinario de los agentes de la administración*” (art. 28). La Constitución de Chaco dispone que “*la Administración Pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad, con eficiencia, eficacia, economicidad y oportunidad. Todos los habitantes de la Provincia son admisibles en los empleos públicos sin más requisitos que la idoneidad y preferente domicilio en la misma. La ley propenderá a asegurar a todo empleado de la Administración Pública un régimen jurídico básico, y escalafón único...*” (art. 69). La Constitución de Corrientes se limita a expresar que “*los empleos públicos se concederán a todas las personas bajo el sistema del mérito, de acuerdo a las condiciones de la ley de servicio civil que dictará la Legislatura...*” (art. 24). La Constitución de Mendoza expresa que “*todos los argentinos son admisibles a los empleos públicos de la Provincia, sin otras condiciones que su buena conducta y capacidad, en todos los casos en que esta Constitución o la ley no exijan calidades especiales. La remoción del empleado deberá obedecer a causa justificada, y se dictará una ley especial que rija en materia de empleos, su duración, estabilidad, retribución y promoción o ascenso*” (art. 30). La Constitución de Entre Ríos establece que “*los argentinos nativos o nacionalizados sin distinción de sexos, son admisibles a los cargos públicos provinciales o municipales, sin perjuicio de las cualidades especiales exigidas por esta Constitución...*” (art. 12).

⁴⁵ ZIULU, Adolfo Gabino: ob. cit. nota 33, p. 94-100.

⁴⁶ Entre ellas, la Constitución de Río Negro estipula que “*la idoneidad y eficiencia son condiciones para el ingreso, ascenso y permanencia de los agentes públicos. A tales efectos, la ley instrumenta el régimen de concursos de oposición y antecedentes. Se asegura la estabilidad e independencia en el desempeño del cargo, prohibiéndose cualquier tipo de discriminación política, social y religiosa*” (art. 51). La Constitución de Salta establece que “*la ley organiza la carrera administrativa sobre las siguientes bases: 1) determina la jerarquía hasta la cual se extiende la carrera administrativa; 2) el ingreso se produce mediante sistemas objetivos de selección. El ascenso se funda en el mérito del agente; 3) el agente de carrera goza de estabilidad...*” (art. 64). La Constitución de Neuquén dispone que “*los empleados públicos, provinciales y municipales, serán designados por concurso de antecedentes y oposición, previa prueba de suficiencia. Los estatutos respectivos determinarán también el régimen de estabilidad, ascenso y cesantía, garantizándoseles el derecho de defensa ante tribunales especiales y las indemnizaciones pertinentes en caso de arbitrariedad. La ley no podrá impedir la actividad política de los empleados públicos, desarrollada fuera del ejercicio de sus funciones*” (art. 59). La Constitución de Chubut establece que “*los empleos públicos para los que no se establece forma de elección o nombramiento en esta Constitución o en leyes especiales son provistos por concurso de oposición y antecedentes que garantiza la idoneidad para el cargo...*” (art. 67). La Constitución de La Rioja determina que “*todos los habitantes son admisibles en los empleos sin más requisitos que la idoneidad y el domicilio en la Provincia. La designación se efectuará por concurso público de oposición y antecedentes que garanticen la idoneidad para el cargo conforme lo reglamente la ley*” (art. 43). A su vez el art. 44 establece que ningún empleado o funcionario escalafonado de la Provincia podrá ser separado de su cargo mientras dure su buena conducta, aptitudes físicas o mentales. La cesantía sólo se dispondrá previo sumario que justifique la medida. La Constitución de San Luis establece que “*todos los habitantes de la Provincia, sin distinción de sexo, son admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad y que los empleos públicos para los que no se establece otra forma de elección o nombramiento en esta Constitución o en las leyes especiales, son provistos por concursos de oposición y antecedentes que garantizan la idoneidad en el cargo. A estos empleados se les reconoce el derecho a la estabilidad, a la sede o lugar de residencia para su desempeño cuando la exigencia del servicio lo permita, al escalafón y a la carrera administrativa, esta última según se reglamenta en la ley respectiva...*” (art. 23). Además, estatuye que “*la ley no puede impedir la actividad política de los empleados públicos fuera del ejercicio de sus funciones*” (art. 24). La Constitución de Jujuy dedica íntegramente el Capítulo IV de la Sección primera, denominada Declaraciones, Derechos y Garantías a los derechos y deberes de los funcionarios y empleados públicos provinciales y municipales (arts. 60 a 64). Determina que la ley reglamentará la carrera administrativa y establecerá los casos en que los ingresos y ascensos deban realizarse previo concurso de méritos y que los funcionarios y empleados públicos de carrera gozan de estabilidad conforme a esta Constitución y la ley (art. 61). La Constitución de Santiago del Estero destina el Título VII, compuesto de un capítulo único (arts. 86 a 90) a la Administración Pública. Allí se establece que el ingreso se produce mediante sistemas objetivos de selección y que el ascenso se funda en el mérito del agente (art. 89 inc. 2). También que el agente goza de estabilidad (art. 89 inc. 3). La Constitución de San Juan estatuye que “*todos los habitantes sin discriminación alguna pueden acceder a los empleos públicos sin más requisitos que la idoneidad. El acceso a los cargos técnicos y administrativos está sujeto a la realización de concursos...*” (art. 45). Además, que “*ningún empleado de la Provincia con más de seis meses consecutivos de servicio, puede ser separado de su cargo mientras dure su buena conducta, su contracción y eficiencia para la función encomendada, a excepción de aquellos para cuya designación o cese se hubieren previsto normas especiales por esta Constitución o por las leyes respectivas*” (art. 46). La Constitución de la Provincia de Formosa establece que todos los habitantes de la Provincia, sin distinción de sexos, son admisibles en los empleos públicos, sin otra condición que la idoneidad. Será requisito indispensable para el ingreso la residencia previa en el territorio de la Provincia, excepto en aquellas actividades que deban realizarse fuera de ella. Como criterio de selección en igualdad de condiciones, se dará preferencia al nativo. Aquellos cuya elección o nombramiento no prevea esta Constitución, serán designados previo concurso de oposición y antecedentes que aseguren su idoneidad para el cargo conforme con las leyes respectivas. Serán inamovibles en sus puestos mientras

Señala dicho autor que estas formas resultan más acordes con las exigencias actuales de dotar de profesionalismo y transparencia al ejercicio de la función pública, estimando que para que estas cláusulas sean verdaderamente efectivas deberá asegurarse la amplia publicidad de los concursos y, fundamentalmente, la existencia de comportamientos y actitudes acordes con los fines que inspiraron esas normas. En ese marco -opina- adquiere verdadera significancia el principio de la estabilidad del empleo público.

2. Recepción normativa

En el ámbito de la nación, si bien las normas legales no califican a la estabilidad como propia o impropia, puede interpretarse que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (25.164) concibe a dicha garantía como propia o absoluta, en tanto contempla en el art. 11 la obligación de incorporar al agente público cuyo cargo se suprimió o de pagarle una indemnización, a su opción⁴⁷.

El primer párrafo del artículo 8 establece que: *“el régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto”*. Este personal tiene derecho a conservar el empleo, el nivel y grado de la carrera alcanzado⁴⁸.

Los agentes con estabilidad no pueden ser privados de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causales y en las condiciones que expresamente establece la ley (art. 27).

Por su parte, el art. 17 del Anexo I de la reglamentación de la ley citada, aprobada por el Decreto 1.421/2002 del 08-08-2002 puntualiza que el derecho a la estabilidad comprende la conservación del empleo, la situación escalafonaria alcanzada en la progresión vertical y horizontal de la carrera administrativa y la retribución asignada a la misma, mientras no se configuren las causales de cese previstas en la ley⁴⁹.

de su buena conducta y capacidad: la ley fijará un régimen de escalafón, derechos, deberes y obligaciones; y de traslados, remoción e indemnizaciones de los empleados (art. 89).

⁴⁷IVANEGA, Miriam Mabel: ob. cit. nota 34.

⁴⁸ Prescribe el artículo 17 que: *“El personal comprendido en el régimen de estabilidad tendrá derecho a conservar el empleo, el nivel y grado de la carrera alcanzado. La estabilidad en la función, será materia de regulación convencional. La adquisición de la estabilidad en el empleo se producirá cuando se cumplieren las siguientes condiciones: a) Acredite condiciones de idoneidad a través de las evaluaciones periódicas de desempeño, capacitación y del cumplimiento de las metas objetivos establecidos para la gestión durante el transcurso de un período de prueba de doce meses de prestación de servicios efectivos, como de la aprobación de las actividades de formación profesional que se establezcan. b) La obtención del certificado definitivo de aptitud psicofísica para el cargo. c) La ratificación de la designación mediante acto expreso emanado de la autoridad competente con facultades para efectuar designaciones, al vencimiento del plazo establecido en el inciso “a”. Transcurridos treinta (30) días de vencido el plazo previsto en el inciso citado sin que la administración dicte el acto administrativo pertinente, la designación se considerará efectuada, adquiriendo el agente el derecho a la estabilidad. Durante el período en que el agente no goce estabilidad, su designación podrá ser cancelada. El personal que goce de estabilidad la retendrá cuando fuera designado para cumplir funciones sin dicha garantía. No será considerado como ingresante el agente que cambie su situación de revista presupuestaria, sin que hubiera mediado interrupción de relación de empleo público dentro del ámbito presente régimen. La estabilidad en el empleo cesa únicamente cuando se configura alguna de las causales previstas en la presente ley”*.

⁴⁹ Y continúa rezando que: *“En el supuesto de promoción vertical del agente, la estabilidad en el grado o carrera horizontal se regirá por las disposiciones de los respectivos regímenes de carrera, debiendo respetarse la remuneración alcanzada por el agente en concepto de nivel y grado hasta dicha promoción. En caso de corresponder,*

A su vez, la ley 24.185 establece en su artículo 19 que: *“Los regímenes convencionales que se establezcan como consecuencia de esta ley se regirán por criterios de interpretación e integración de normas generales que rijan la materia, no resultando de automática aplicación las disposiciones de la Ley 20.744 (texto ordenado Decreto 390/76)”*. Es decir, se preserva la garantía de la estabilidad para el personal de planta permanente que se rija por la ley 25.164 y negocie bajo este modelo, siendo ésta la razón por la que la L.C.T. no se aplica automáticamente.

Finalmente, el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, celebrado entre el Estado empleador y los sectores gremiales que agrupan a los empleados públicos (UPCN y ATE) homologado por decreto 214/2006, establece en sus arts. 24 y 25 lo siguiente: *“Art. 24: En el ámbito de aplicación de la ley 25164 la adquisición de la estabilidad se producirá cuando se dé cumplimiento a las siguientes condiciones: a) La prestación efectiva de los servicios durante el período de prueba, el que será extensivo a doce meses. A este efecto se entiende por mes de servicio efectivo al período en el cual el trabajador hubiera cumplido con las jornadas correspondientes conforme a la naturaleza característica de su prestación, incluyendo exclusivamente el término de la licencia anual ordinaria usufructuada; b) La acreditación de la idoneidad durante el período de prueba a través de las evaluaciones satisfactorias y la aprobación de actividades de capacitación, según lo establecido por el sistema de carrera pertinente. A ese efecto, las entidades sindicales ejercerán la veeduría prevista en el presente en los respectivos procesos de evaluación; c) La obtención del certificado de aptitud psicofísica para el cargo y/o función, de conformidad con la legislación nacional en la materia. Vencido el plazo establecido en el inciso a), la autoridad competente ratificará mediante acto expreso la designación como efectuada. Transcurridos treinta días de vencido el plazo mencionado sin que se dictara el acto ratificatorio, la designación se considerará efectuada adquiriéndose el derecho a la estabilidad a partir del día*

deberá aplicarse un suplemento por cambio de situación escalafonaria de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Nº 5592 del 9 de septiembre de 1968. Dicho suplemento será absorbido hasta su extinción por los aumentos posteriores que correspondan a la remuneración del agente. Se considera cumplido el plazo del período de prueba generándose el derecho a la estabilidad por parte del agente, al vencimiento de los DOCE (12) meses de prestación de servicios efectivos y con la acreditación, dentro de dicho término, de los requisitos exigidos por los incisos a) y b) del artículo 17 del Anexo a la Ley que se reglamenta por el presente, si no se hubiera dispuesto la cancelación de la designación con anterioridad. Para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso a) del artículo 17 del Anexo a la Ley que se reglamenta por el presente, previo a la finalización del período de prueba aludido, el titular de la unidad organizativa de primera apertura de la que dependa el agente realizará un informe de evaluación sobre la acreditación de la idoneidad requerida y su pertinencia con el perfil del cargo y, en su caso, del cumplimiento de metas y objetivos de desempeño preestablecidos así como de la aprobación de las exigencias de capacitación que se hubieren dispuesto, en los plazos y según el procedimiento que dicte la autoridad de aplicación. El acto de cancelación de servicios, será dispuesto por la autoridad superior con jerarquía no inferior a Secretario de Estado o por el titular del organismo descentralizado, del que dependa el agente. La falta de acreditación de los requisitos exigidos en los incisos a) y b) del artículo que se reglamenta por el presente dentro de dicho plazo, produce la cancelación automática de la designación, debiendo dictarse el acto pertinente. La cancelación de la designación no generará derecho a indemnización alguna. Se entiende por mes de servicio efectivo el período en el cual el agente hubiera cumplido estrictamente con las jornadas de labor que le corresponda, conforme con la naturaleza de su prestación, incorporándose al mismo exclusivamente, el término de licencia anual ordinaria usufructuada. Los agentes que cambien su situación de revista presupuestaria dentro del ámbito del presente régimen sin haber mediado interrupción de la relación de empleo público, no deberán acreditar nuevamente los requisitos de ingreso ni la formalización de la renuncia, siendo el acto formal de la respectiva designación suficiente elemento de juicio para la actualización de los registros correspondientes”.

siguiente al cumplimiento del plazo previsto en el inc. a)” y “Art. 25: Durante el período de prueba la designación del agente alcanzado por la ley 25164 podrá ser cancelada en cualquier momento por la autoridad competente de quien dependa, debiendo expresar en el acto la causa que justifique la medida en los términos previstos por el párr. 5 del art. 17 del Anexo del decreto 1421/2002. La cancelación de la designación no dará derecho a indemnización alguna”⁵⁰.

El Convenio Colectivo reconoce la estabilidad propia o absoluta⁵¹ en el caso de la Ley Marco y, al igual que la ley 25.164 fija que el personal permanente comprendido en ese régimen sólo perderá esa condición por las causales establecidas en dicha normativa.

3. Interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Es dable señalar que a partir de la incuestionable ingerencia que poseen los tribunales en la interpretación y aplicación de los ordenamientos jurídicos, la jurisprudencia ha ido adquiriendo una gran importancia como fuente del derecho.

Si bien en los países de “codificación” como el nuestro, los juicios anteriores pueden ejercer cierto efecto en un nuevo fallo, sirviendo como fuente de inspiración de futuras decisiones judiciales, lo cierto es que nuestro Máximo Tribunal nacional viene realizando un giro respecto de doctrinas legales ya consuetudinariamente sostenidas que, atendiendo a sus implicancias, amerita un análisis pormenorizado.

Hasta el mes de mayo de 2007 la Corte Suprema entendía que la estabilidad consagrada en el art. 14 *bis* implicaba una protección patrimonial -estabilidad impropia-, exigiendo al Estado no remover a sus funcionarios sino mediante la comprobación de su falta de idoneidad; en caso contrario debía indemnizarlo⁵².

Así, un agente público excluido ilegítimamente de los cuadros de la Administración, que pretendía ser reincorporado a su cargo, se enfrentaba a esa inveterada doctrina del Máximo Tribunal Nacional que sostenía: “... *la aserción de que la garantía del Art. 14 nuevo se satisface con el reconocimiento de derecho a la indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía discrecional, no es objetable con base constitucional. Importa, en efecto, una categoría conocida de reglamentación del principio de la Estabilidad en el empleo y responde a razones fundadas en requerimientos de buen gobierno, que impiden su descalificación como arbitrario. Se debe recordar que la tutela de un derecho por la justicia no*

⁵⁰ Resulta elogiable la exigencia de motivación del acto que dispone la cancelación de la designación, en tanto deberá expresarse la causa del ejercicio de dicha facultad.

⁵¹ La garantía comprende no sólo el empleo sino también el nivel y el grado escalafonario alcanzado y la remuneración normal, regular, habitual y permanente de dicho nivel y grado escalafonario.

⁵² Sostuvo insistentemente la Corte que la estabilidad reconocida al empleado público por el artículo 14 *bis* C.N. garantiza su permanencia en el empleo y tiende a impedir la remoción arbitraria de funcionarios por motivos extraños al interés del servicio público, pero no les confiere un derecho absoluto, ya que la estabilidad, como los otros derechos que consagra la Carta Magna, no es una garantía absoluta. De ser así colocaría a sus beneficiarios por encima del interés general, obligando al Estado a mantenerlos en actividad aunque sus servicios dejen de ser necesarios, ya sea por economía o por otras causas razonables. El derecho a la estabilidad debe ejercerse conforme a las leyes que la reglamentan, y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidas con igual jerarquía por la misma Constitución (Fallos 254:169; 307:539; 315:1336; 323:1566).

requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existentes” (C.S.J.N. *in re* “Enrique, Héctor Máximo c. Provincia de Santa Fe” -del voto de la mayoría-, sent. del 03-05-1965, Fallos 261:336).

Esta doctrina judicial generó opiniones críticas entre los autores. Sin embargo, algunos de ellos -como Graneros- consideran que la indemnización por la cesantía constituía una razonable medida que garantizaba la tutela judicial efectiva del derecho del agente público damnificado⁵³.

De igual modo, María Castellucci sostuvo 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 en que una ley lo disponga, vale decir, que el Poder Ejecutivo no puede disponer por 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*”⁵⁴.

a) El caso “Madorrán”⁵⁵

La sentencia recaída en esta causa importó un cambio sustancial de orientación en la tradición jurisprudencial del Máximo Tribunal, a la vez que significó un giro copernicano en un tema realmente trascendente para la organización administrativa del Estado y para la gestión de los cometidos públicos encargados al mismo. Veamos:

El fallo de segunda instancia de la Sala VI de la Cámara de Apelaciones del Trabajo había declarado nulo el despido de la actora, así como nulo e inconstitucional el art. 7° del Convenio Colectivo 56/92 “E” aprobado por el Laudo 16/92 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, por entender que lo allí dispuesto resultaba violatorio de las garantías consagradas en el art. 14 *bis* C.N. Consecuentemente, había ordenado reincorporar a la demandante y que se le abonaran los salarios caídos desde el 27-11-1996 hasta su reincorporación o jubilación.

La Administración Nación de Aduanas (A.N.A.) vencida interpuso recurso extraordinario. La Corte circunscribió la cuestión litigiosa a establecer si el régimen del convenio colectivo de trabajo que disponía una indemnización en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo frente a la ruptura injustificada de la relación por la empleadora, resultaba o no compatible con la estabilidad del empleado público que prescribe el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional (considerando 3°).

Con tal mira, el Tribunal reseñó el origen en el constitucionalismo social de la protección del trabajador, tanto público como privado, haciendo hincapié en la diferente

⁵³ GRANEROS, Fernando Efraín: “El Fallo Madorrán y la recreación del derecho a la estabilidad del empleado público” en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo n° 2, p. 49-57.

⁵⁴ CASTELLUCCI, María T.: “La situación de los empleados temporarios frente a la estabilidad consagrada constitucionalmente”, RAP, año I, nro. 6, Buenos Aires, septiembre de 2003, p. 9.

⁵⁵ C.S.J.N. *in re* “Madorrán, María Cristina v. Administración Nacional de Aduanas”, sent. del 03-05-2007.

protección que la norma establece para el primero, mediante la “estabilidad del empleado público”, y para el trabajador privado, a través de la “protección contra el despido arbitrario” (consid. 4°). Así dijo: *“Esto último es así pues, si bien es cierto que el Art. 14 bis comprende al trabajo en sus diversas formas, lo cual entraña tanto al que se desarrolla dentro del campo de la actividad privada como de la pública, no lo es menos que los dos períodos normativos antes destacados encuentran su explicación precisamente en distinguir entre los mentados ámbitos, para los cuales se prevé un diferente grado de estabilidad en el empleo”*.

Afirmó que no procede interpretar que la estabilidad que se garantiza a los trabajadores del Estado (propia) puede ser suplida por una indemnización que proteja al agente contra el despido arbitrario (impropia), pues en ese caso el constituyente habría redactado un artículo de la Carta Magna, referido a un derecho fundamental, en forma superflua por repetitivo⁵⁶. Aun si todavía existieran dudas razonables sobre su interpretación, consideró la Corte que debía aplicarse el principio de hermenéutica jurídica que reza *in dubio pro justitia socialis* (consid. 5°).

Explicó que las razones expresadas por el constituyente de 1957 indicaban que su deliberado propósito 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, pretendiendo -entonces- no sólo tutelar la dignidad del agente público frente a tales situaciones, sino también tributar a la realización de los fines para los cuales existen las instituciones en las que aquéllos prestan sus servicios (consid. 6°).

Luego de estas consideraciones históricas previas afirmó el Tribunal: *“...la llamada estabilidad propia resulta el medio que guarda 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”* (consid. 7°).

Ahora bien, esta estabilidad propia beneficia también al Estado empleador, ya que, si el empleado fue seleccionado cumpliendo el requisito de idoneidad requerido por el art. 16 C.N., debiera ser de interés público contar con un trabajador capacitado. En caso de que no cumpla con el requisito de idoneidad para desarrollar la función de su cargo, justificará el cese mediante el procedimiento dispuesto legalmente⁵⁷.

⁵⁶ CARNOTA comentó que: “Los distintos votos que convergieron en una decisión unánime hacen mérito que el constituyente reformador de 1957 no iba a utilizar dos expresiones distintas, la mentada estabilidad y la protección contra el despido arbitrario, para aludir al mismo fenómeno. Si la inconsecuencia o imprevisión no se suponen en el legislador, menos aún en el constituyente, máxime cuando la consagración de los derechos sociales ocupó gran parte de la tarea de la Asamblea de 1957. No solamente hay un enfoque referido a la “dignidad del trabajador”, dado que este cartabón sería común al empleado público y al privado... en el empleo público hay otras consideraciones adicionales que computar...” (v. CARNOTA, Walter: “La interpretación constitucional de la estabilidad del empleado público”, LL 2007-C-289).

⁵⁷ CABRAL Pablo O. y SCHREGINGER Marcelo J.; ob. cit. nota 10, p. 370-372. Señalan los autores que, en cierta forma, la Corte vincula de manera rígida la garantía de estabilidad con el ingreso del agente mediante un proceso de selección que garantice su idoneidad en cumplimiento del art. 16 C.N.

Sentado ello, el fallo recordó la protección internacional de los trabajadores a través de la incorporación de tratados de derechos humanos al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; estos textos internacionales impulsan la progresividad en la plena efectividad de esos derechos y reconocen el principio *pro homine* y la dignidad del trabajador (consid. 8°).

Luego analizó la aparente oposición entre la estabilidad propia (art. 14 *bis* C.N.) y las facultades del Poder Ejecutivo de nombrar y remover a sus empleados (art. 99 incs. 1° y 7°, C.N.), considerando que estas últimas deben ser armonizadas con el respeto a aquella estabilidad y que es constitucional la atribución del Poder Judicial de imponer a la Administración la obligación de reincorporar a un agente ilegalmente exonerado o dejado de lado por ésta (consid. 9°).

Interpretó que la relatividad del derecho a la estabilidad justifica la posibilidad de desvincular a empleados públicos cuando existan causas razonables y justificadas para hacerlo, concluyendo que *“la estabilidad del empleado público preceptuada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte y dentro del contexto en cuestión, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente”* (consid. 11).

Como puede observarse del relato que antecede, las líneas argumentales centrales que el fallo abordó para fundar su criterio han sido resumidas por Ivanega en las siguientes: 1) los antecedentes y fundamentos constitucionales de la reforma del año 1957; 2) la incidencia de los tratados internacionales; 3) como derivación de los dos anteriores, la interpretación armónica que cabe efectuar respecto de los artículos 14 *bis* y 99 incs. 1 y 2 C.N.; y 4) la cuestión de que los derechos no son absolutos⁵⁸.

A partir del pronunciamiento recaído en esta causa, la estabilidad del empleado público mencionada en el art. 14 *bis* C.N., se revela como parte de un camino más general -ya iniciado años antes por el Alto Tribunal- en el que se intenta brindar un nuevo tratamiento de los derechos económicos y sociales incorporados a nuestra Constitución Nacional. Aquí la Corte repudió la doctrina autoritaria, sustituyendo el principio *pro* Estado por el opuesto de *pro* hombre y *pro* operario, con el declarado propósito de proteger, ante todo, al trabajo humano y a la persona que lo presta, después de ratificar la plena vigencia de la justicia social que impregna todo nuestro ordenamiento jurídico⁵⁹.

Finalmente, puede obtenerse de este fallo otra consideración no precisamente jurídica de importancia, cual es el obstáculo que pone la Corte a la discrecionalidad de los poderes políticos situando al accionar de la Administración dentro de la legalidad, ello así en tanto sostiene que, en materia de empleo público, no hay cuestiones no justiciables, máxime cuando se vacía de contenido a los derechos amparados por el Bloque de Constitucionalidad Federal.

⁵⁸ IVANEGA, Miriam M.: ob.cit. nota 34, p. 164.

⁵⁹ DE LA FUENTE, Horacio H.: “La Corte abandona la doctrina autoritaria en materia de empleo público”, LL 2007-E-687.

b) El caso “Ruiz”⁶⁰

En esta causa, decidida por la Corte Suprema pocos días después que la anterior, la Sala 6° de la Cámara Nacional del Trabajo también había revocado la sentencia de primera instancia, declarando la inconstitucionalidad del art. 11 inc. “c” del Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por el laudo 15/91, ordenando a la D.G.I. que reincorporase al actor y que le abonase los salarios caídos desde el 01-04-1991 hasta su reincorporación o jubilación.

Contra dicho pronunciamiento la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso recurso extraordinario. En su dictamen la Procuración General trató en forma expresa el agravio blandido contra el reconocimiento de los salarios caídos, invocando -para proponer su acogimiento- la doctrina de la propia Corte según la cual no procede, como regla, el pago de remuneraciones por tareas o funciones no desempeñadas (Fallos 312:1382; 313:62 y 473; 319:2507).

Sin embargo, el Máximo Tribunal se apartó de ese dictamen, desestimando la crítica pergeñada por el Estado mediante la fórmula que remite al art. 280 del C.P.C.C.N. Aludiendo a la doctrina sentada en la causa “Madorrán” sostuvo que la estabilidad del empleado público en sentido propio, excluye por principio, la cesantía sin causa justificada y debido proceso, y su violación trae la nulidad de la medida y la consiguiente reincorporación, en tanto el derecho a la carrera integra el concepto de estabilidad, ya que si esto no hubiera sido así, habría sido suficiente el pasaje relativo a la protección contra el despido arbitrario, que no es otra cosa que la estabilidad en sentido impropio.

También aseveró -con sustento en la doctrina sentada en el caso referido *supra*- que la estabilidad propia del empleado público consagrada en el art. 14 *bis* C.N. no entra en conflicto con el art. 99 incs. 1° y 7° C.N., en cuanto disponen que el presidente de la Nación por sí solo nombra y remueve a los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma en la Constitución, desde que la remoción de un agente público no queda fuera de la órbita de dicho mandatario por el hecho de que al no hallarse justificadas las causas de la medida, o al no haberse invocado ninguna, sea la propia Carta Magna la que prevea la reinstalación del primero.

Puede afirmarse que la Corte Suprema reiteró aquí la validez del principio protectorio que rige el Derecho del Trabajo, enmarcando el alcance de la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad del empleado público. Igualmente, como se dijo expresamente en el voto de los Dres. Highton y Maqueda, lo resuelto en este fallo -al igual que en “Madorrán”- no resulta aplicable sin más a todos los empleados de la Administración Pública Nacional, sino que será necesario analizar en cada caso cuál es la naturaleza del vínculo entre el empleado y

⁶⁰ C.S.J.N. *in re* “Ruiz, Emilio D. v. AFIP-DGI s. despido”, sent. del 15-05-2007.

la Administración, ver cómo se incorporó a las filas del Estado, examinar las normas aplicables y tener en cuenta la conducta de las partes⁶¹.

c) El caso “Schnaiderman”⁶²

El actor promovió demanda contra la Administración Pública Nacional con el objeto de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de la resolución N° 1/2000 dictada por el titular de la ex Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación con fecha 03-01-2000, mediante la que se dispuso la cancelación de su designación como asesor técnico en cuestiones de derecho inmobiliario registral, notarial y catastral en el Nivel “A” del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa. Subsidiariamente, solicitó se declare la nulidad e inconstitucionalidad del art. 25 del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública nacional (CCTGAPN), homologado por el decreto 66/1999.

La demanda fue desestimada en primera instancia, pronunciamiento que fue confirmado por la sala 3° de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al considerar que al momento del dictado de la aludida resolución el actor carecía de estabilidad en el empleo debido a que se encontraba en el llamado “período de prueba” y que, por tal motivo, dicho acto había sido emitido dentro de los límites de la competencia asignada a la autoridad administrativa por el CCTGAPN y por la ley 25.164.

Asimismo, la alzada expuso que el art. 42 inc. “a” de la Ley de Marco Regulatorio del Empleo Público (25.164) contempla como causal de extinción de la relación de empleo público la posibilidad de cancelar el nombramiento del personal sin estabilidad (art. 17). Así, atendiendo a que las normas deben ser interpretadas de modo que armonicen con el régimen jurídico restante, estimó que si se exigiera que el acto que dispusiese tal cancelación tuviera que reunir la totalidad de los recaudos previstos en el art. 7 de la ley 19.549, incluida la motivación, carecería de sentido la existencia del artículo citado en primer término.

Por otra parte, desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 25 CCTGAPN, sosteniendo que era razonable pensar que durante el período de prueba la designación del agente público puede válidamente cancelarse sin que se exprese motivo alguno, pues de otro modo no se advierte cuál sería la utilidad práctica del período de prueba.

Finalmente, aseguró que la resolución de cancelar el nombramiento de un empleado de la Administración Pública Nacional durante dicho período implica una decisión política que -en principio- el Poder Judicial no se encuentra autorizado a revisar, salvo cuando implicase el ejercicio de una ilegítima discriminación, circunstancia que no tuvo por acreditada en la causa.

⁶¹ Se dejó aclarado que sus alcances resultan aplicables a los empleados públicos que gozan de estabilidad conforme con el régimen jurídico que rige su vinculación con la Administración Pública, por lo que no serán de aplicación a los agentes contratados que no poseen dicha estabilidad.

⁶² C.S.J.N. *in re* “Schnaiderman, Ernesto H. v. Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, sent. del 08-04-2008 (Fallos 331:735).

Contra dicho pronunciamiento el accionante interpuso recurso extraordinario (art. 14, ley 48), el que fue denegado por el **a quo**, motivando la queja directamente deducida ante la Corte Suprema⁶³.

La Sra. Procuradora Fiscal analizó el eje de la cuestión a resolver por la Corte Suprema que radicó -primordialmente- en dilucidar si el acto de la Administración mediante el cual se había decidido la cancelación de la designación del actor mientras se encontraba durante el período de prueba debía reunir para su dictado los requisitos establecidos en la ley 19.549 o si, por el contrario, la ex Secretaría de Cultura y Comunicación de la Nación tenía la facultad de obviar tales recaudos, en virtud de lo dispuesto por el art. 42 de la Ley de Empleo.

Sobre el punto, señaló la funcionaria que en los considerandos de la resolución 1/2000 de la ex Secretaría, únicamente se dio cuenta de que el actor no se encontraba alcanzado por el derecho a la estabilidad y que dicha medida se dictaba en uso de las facultades conferidas por el art. 25 Convenio Colectivo de Trabajo, opinando, en un primer momento, que *“...no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo, para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba (según le autoriza el art. 25 del CCT) lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas...”*.

Recordó -además- que la Corte había reconocido en múltiples causas que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encontraba su ámbito de actuación -de un lado- en los elementos reglados de la decisión (enumerados en la ley 19.549) y -de otro- en el examen de razonabilidad.

Siendo ello así, estimó que cabía examinar si se habían acreditado acabadamente los vicios denunciados por el accionante respecto de la resolución cuestionada, citando -a tal fin- el art. 17 inc. “a” de la ley 25.164 en cuanto supedita la adquisición de la estabilidad en el empleo público a que se acrediten las condiciones de idoneidad a través de las evaluaciones periódicas de desempeño, capacitación y objetivos establecidos para la gestión durante el transcurso de un período de prueba de doce (12) meses de prestación de servicios efectivos.

Luego correlacionó tal norma con la facultad que el art. 25 del CCT confiere a la autoridad administrativa para cancelar la designación durante el período de prueba, afirmando que ello conduce a pensar que el objeto de tal potestad es la de brindar a la Administración la posibilidad de evaluar la idoneidad del agente. Consecuentemente, consideró que del análisis de las constancias de las actuaciones se desprendía que el Estado había afirmado que lo que motivó el dictado del acto no fue la ausencia de idoneidad o capacidad del agente para desempeñar el cargo ni constituyó el resultado de una medida disciplinaria o descalificativo en su contra; tampoco obedeció a un proceso de reestructuración organizativa de la dependencia.

⁶³ Sus agravios se dirigen -en prieta síntesis- a postular la arbitrariedad de la sentencia, en tanto convalida la resolución administrativa cuestionada, la que guarda una incompatibilidad manifiesta con las exigencias de la ley 19.549 y de la Carta Magna

Teniendo en cuenta tales razonamientos, la Procuradora Fiscal observó que el acto aparecía desprovisto de dos de los requisitos esenciales para el dictado de los actos administrativos cuales son, la causa y la motivación, ello por cuanto -respecto de este último recaudo- omitió invocar fundamento alguno que tornara razonable la revocación del nombramiento efectuado⁶⁴.

Por lo expuesto, adujo que *“...si se toma en cuenta que las normas...supeditan la adquisición de la estabilidad en el empleo a que se acrediten condiciones de idoneidad durante el período de prueba, ello constituye un aspecto que limita la decisión discrecional de la Administración. Desde esa perspectiva no se podía revocar el nombramiento de un agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican. Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que -por el contrario- imponen una observancia más estricta de la debida motivación...”*.

Así, manifestó que la circunstancia de que la entidad administrativa obrara en ejercicio de facultades discrecionales no podía constituir un medio de justificación de su conducta arbitraria ni la omisión para su dictado de los recaudos establecidos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, indicando -por último- que es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen las facultades discrecionales, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias.

Cabe puntualizar que la Corte hizo suyos los fundamentos de la mencionada funcionaria, considerando que el requisito enunciado en el art. 17 inc. “a” de la ley 25.164 -que supedita la adquisición de la estabilidad en el empleo a la acreditación de las condiciones de idoneidad durante el período de prueba- constituye un aspecto que limita la decisión discrecional de la Administración.

Como señala Medrano *“...en el caso en análisis se presenta, una vez más, un enfrentamiento entre la potestad que tiene la Administración Pública de dictar sus actos en forma discrecional y los derechos que amparan a los administrados expresamente enunciados en las leyes. Como en múltiples ocasiones lo ha dicho la Corte, el poder discrecional de la Administración no puede eludir el cumplimiento de ciertos requisitos expresamente enumerados en las leyes, como tampoco el principio de razonabilidad que debe regir para el dictado de todo acto administrativo...”*⁶⁵.

A la luz de este fallo, la estabilidad del agente probó que resguarda el funcionamiento del Estado debe ser protegida de la arbitrariedad, en especial si se repara en que la estabilidad

⁶⁴ La motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitir el acto, con especial mención de los antecedentes de hecho y de derecho que precedieron y justificaron su dictado. Esta justificación debe expresarse en el propio texto del acto administrativo (sus considerandos) ya que en cierta medida también se conecta con el elemento forma (CASSAGNE, Juan Carlos: “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, t. I, 6° ed. actual., Buenos Aires, 1998).

⁶⁵ MEDRANO, Juan Manuel: “Comentario y análisis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Schneiderman, Ernesto H. v. Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, Revista de Derecho Administrativo N° 67, p. 137-143.

debe ser considerada como una defensa de los intereses del Estado que debe protegerse con rigor de la arbitrariedad.

d) El caso “Micheli”⁶⁶

La actora promovió demanda contra el Estado Nacional con el objeto de que se anulara la resolución N° 313/2000, dictada por el ex Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con fecha 24-04-2000, por la que se dispuso cancelar su designación en un cargo de la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación cuando aún no había transcurrido el período de doce meses que, como período de prueba, prevén los arts. 24 inc. “a” del CCTGAPN, homologado por decreto 66/1999 y 17 inc. “a” de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional para la adquisición de la estabilidad en el empleo⁶⁷.

En primera instancia se declaró la ilegitimidad de tal resolución, ordenándose la reincorporación de la actora y el pago de los salarios caídos. Empero, la Sala 4° de la Cámara Nacional de Apelaciones revocó -por mayoría- dicha decisión y sólo consideró que como la actora estaba embarazada al momento en que fue cancelada su designación, el Estado Nacional debía indemnizarla por un monto equivalente a los haberes que le hubiera correspondido cobrar durante el período pre y post-parto, con más sus intereses.

Para así decidir, los jueces que conformaron la mayoría de la alzada expusieron los siguientes argumentos: i) la actora no adquirió el derecho a la estabilidad en el empleo, en tanto entre la fecha de designación y cancelación de la misma no medió prestación efectiva de servicios durante el período de prueba de doce meses; ii) la actora no gozó de un derecho adquirido a la estabilidad en el empleo durante la gestación, porque no notificó esta situación del modo que contempla la reglamentación, lo que resulta imputable a su propia negligencia; iii) por aplicación de principios que derivaron de distintos tratados internacionales y por analogía con las disposiciones del CCTGAPN, a fin de reparar la falta de disfrute del derecho a la licencia por maternidad, correspondía reconocer a la actora cien días de haberes por el período pre y post-parto, con más los intereses respectivos; iv) cabía rechazar el pago de salarios caídos durante el período de gestación, con la salvedad de los indicados en el inciso iii), en tanto la actora no prestó servicios y, por tal razón, su percepción constituiría un enriquecimiento sin causa, desde que no existe norma expresa que lo establezca.

Ambas partes dedujeron sendos recursos extraordinarios contra dicho pronunciamiento, los que fueron concedidos por el **a quo**.

La Procuración General de la Nación dictaminó respecto de la arbitrariedad de la sentencia impugnada, afirmando que el razonamiento de la Cámara resultaba autocontradictorio, toda vez que -de un lado- le denegó a la actora el derecho a la estabilidad (tanto la propia del empleado público como la correspondiente al período de gestación) pero -

⁶⁶ C.S.J.N. *in re* “Micheli, Julieta E. v. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, sent. del 15-12-2009 (Fallos 332:2741).

⁶⁷ Cabe destacar que al momento de la cancelación de su designación la agente se encontraba embarazada, habiendo comunicado dicho estado a su empleador al tomar licencias por cuestiones de salud mediante certificados médicos.

de otro- le otorgó una compensación por no haber podido gozar de la licencia por maternidad que, a la luz del razonamiento del fallo que había declarado la validez del acto que dispuso el cese de la relación, no le correspondía.

Así, sostuvo que *“sí el a quo afirmó la legitimidad de la decisión de la Administración que dispuso cancelar la designación de la actora en un cargo de planta permanente, y para ello entendió que no tenía estabilidad propia, porque no había transcurrido el plazo que prevé el art. 24, inc. a, del CCT, homologado por el decreto 66/1999, entre el acto de designación y el que dispuso el cese, así como que aquélla tampoco podía gozar de la estabilidad en el empleo durante el período de gestación, entonces no tiene sustento normativo ni lógico el reconocimiento de una licencia por maternidad que necesariamente se iba a producir varios meses después del cese de la actora en su puesto de trabajo...”*.

La Corte Suprema compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación respecto de la arbitrariedad de la sentencia impugnada y, sin perjuicio de ello, expuso que el pronunciamiento en cuestión tampoco había interpretado correctamente las normas federales en juego, concluyendo erróneamente que el acto administrativo que dispuso cancelar la designación de la actora era legítimo.

Con invocación de lo fallado en la causa “Schnaiderman”, el Máximo Tribunal adujo que en el *sub examine*, en el acto que decidió la separación de la actora de su cargo, la Administración se limitó a señalar que la agente no había adquirido el derecho a la estabilidad porque no había transcurrido el período de doce meses de prueba previsto en el decreto 66/1999 y que, por ese motivo, disponía la cancelación de su designación en planta permanente. Sin embargo -recordó- la mera circunstancia de que el plazo no hubiera transcurrido, no resulta suficiente para justificar la validez del acto. Ello es así porque del art. 17 inc. “a” de la ley 25.164 resulta que el período de prueba tiene como objetivo la evaluación de la idoneidad del agente y, por ello, el acto que cancela una designación sin tener en cuenta esa circunstancia no sólo carece de causa y motivación suficientes sino que, además, tiene un vicio en su finalidad, en los términos de lo normado en el art. 7 inc. “f” del decreto ley 19.549/72.

Se observa en este precedente que nuevamente se exige de la Administración una motivación sustantiva en el propio acto resolutivo de cancelación de la designación, ello en tanto, al tratarse de personal público elegido con base en su idoneidad, resulta restringida la discrecionalidad para cancelar su designación, aún dentro del período de prueba.

Desde esta atalaya, no basta con que el acto administrativo que decide la separación del agente de su cargo en la planta permanente señale que aquél no ha adquirido aún el derecho a la estabilidad por no haber transcurrido el período de doce meses de prueba previsto en la norma formal y convencional aplicable, sino que debe sustentarse en una **causa concreta** esto es, en circunstancias fácticas particulares relevantes y antecedentes relativos al actuar del agente, colectados en el expediente administrativo. De lo contrario, tal acto carecerá de legitimidad y podrá ser impugnado con éxito en sede judicial.

e) El caso “Silva Tamayo”⁶⁸

En este precedente, el Máximo Tribunal decidió revocar el pronunciamiento de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal quien, por mayoría, había confirmado la decisión de la instancia anterior que rechazaba la demanda interpuesta por Gustavo E. Silva Tamayo, con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones dictadas por el Síndico General de la Nación (n° 58/03, 59/03, 05/04 y 06/04)⁶⁹ y el cobro de una indemnización.

Para fallar en tal sentido, la Corte, luego de repasar los términos del art. 14 del Estatuto del Personal de la Sindicatura General de la Nación y de la resolución S.G.N. 30/02 -mediante la cual el Síndico General de la Nación había designado a distintos funcionarios, entre ellos al actor en el cargo de Secretario General-, interpretó que asistía razón al accionante en cuanto postulaba que la Administración había sujetado esta clase de nombramientos al acaecimiento de una condición resolutoria, o bien, como rezaba el texto de aquél artículo 14, había asumido el compromiso de que la transitoriedad de las designaciones efectuadas se extendería hasta que se sustanciaron los procedimientos relativos al desarrollo de la carrera administrativa. A su vez, observó que si bien como excepción se había previsto la posibilidad de que el Síndico General de la Nación ejerciera las atribuciones que le confiere el art. 112 de la ley 24.156 y desplazara a un agente del cargo transitorio antes de aquel acontecimiento, debían existir motivos fundados para ello (v. considerando 7°), sin que resultara suficiente para poner fin anticipadamente a dicha designación la alegación genérica de razones operativas, de reorganización o de reasignación de funcionarios.

Así, con cita de la causa “Schnaiderman”, sostuvo que no podía ser obviada la exigencia de especificar cuál sería el motivo concreto por el cual no resultaba posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpliera la condición a la que se sujetó el nombramiento, ello aún cuando se invocase el ejercicio de atribuciones discrecionales, el que - aclaró- no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549 ni la observancia estricta de una debida motivación.

En consecuencia, al verificar incumplidos aquellos recaudos en las resoluciones impugnadas, concluyó que éstas exhibían vicios en la causa y en la motivación⁷⁰ que

⁶⁸ C.S.J.N. *in re* “Silva Tamayo, Gustavo Eduardo v. EN - Sindicatura General de la Nación - resol. 58/03 459/03 s/ empleo público”, sent. del 27-12-2011.

⁶⁹ Mediante la primera de las resoluciones citadas, el actor -que pertenecía a la planta permanente de la Sindicatura General de la Nación- fue desplazado del cargo que desempeñaba en forma transitoria en una categoría superior a la de su cargo de revista inicial, designándose a otra persona en su lugar, invocando para ello razones operativas y la necesidad de continuar con la reasignación de funcionarios en distintas áreas del organismo demandado. A su vez, con idéntico carácter de transitoriedad, por medio de la segunda de las resoluciones mencionadas, se le asignó al actor la función de Asesor Legal en una categoría diez veces menor que la que desempeñaba hasta ese momento y, finalmente, el Síndico General le otorgó funciones propias de su categoría inicial (de rango aún inferior a la última desempeñada) dentro de la Gerencia de Asuntos Jurídicos (resoluciones 05/04 y 06/04).

⁷⁰ La Corte recordó que “...si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos (Fallos 314:625)”.

acarreaban su nulidad (argto. arts. 7 y 14 de la ley 19.549) y determinaban la consiguiente obligación de indemnizar el daño ocasionado.

f) El caso “Granillo Fernández”⁷¹

En el presente caso, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta por el actor en cuanto solicitó la declaración de nulidad de la resolución 748/00 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación mediante la cual se dispuso cancelar su designación como delegado de la Procuración del Tesoro de la Nación, como así también de todos los actos administrativos que rechazaron los recursos deducidos contra aquella resolución. Asimismo, le otorgó una indemnización por daño moral y denegó la restitución en el cargo. Contra dicha decisión, tanto el actor como el demandado interpusieron sendos recursos extraordinarios⁷².

En su dictamen, la Procuradora General de la Nación -Dra. Laura M. Monti-, luego de considerar que ambos embates resultaban admisibles, se abocó al tratamiento de la cuestión de fondo, arribando a la solución de que resultaba acertada la decisión de la Cámara en cuanto declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas por el accionante, pues las cuestiones discutidas en el caso eran sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en los precedentes “Schnaiderman” y “Micheli”, en los cuales el Tribunal sostuvo que la cancelación de una designación en planta permanente dentro del período de prueba constituía una facultad discrecional, más ello no eximía a la Administración de respetar los recaudos que el decreto ley 19.549/72 exige para la validez de los actos administrativos, ni tampoco podía justificar una decisión arbitraria, irrazonable o discriminatoria.

Sentado ello, examinó las cuestiones que derivaban de la declaración de nulidad de aquel acto, argumentando que, a diferencia de lo juzgado por el inferior, la reincorporación del actor era la única forma de respetar su derecho a, eventualmente, adquirir la estabilidad en el empleo. No obstante ello, consideró que, como al momento en que se había dictado la resolución que dispuso su cancelación en el cargo el agente aún no había adquirido estabilidad por no haber transcurrido un lapso de doce meses de prestación efectiva de servicios, el restablecimiento de su derecho sólo podría producirse mediante su reincorporación al empleo con la habilitación de la vacante pertinente en las mismas condiciones que ostentaba al dictarse aquella resolución, lo que permitiría a la Administración adoptar las medidas necesarias para que, en caso de corresponder, el actor adquiriera la estabilidad protegida por el art. 14 *bis* de la Carta Fundamental.

⁷¹ C.S.J.N. *in re* “Granillo Fernández, Alejandro José v. Min. de Justicia y Derechos Humanos - PEN s/ restitución al cargo y daño moral”, sent. del 14-08-2012.

⁷² El actor venía sosteniendo que la sentencia que declaró la nulidad del acto que lo removió del cargo carecía de operatividad al rechazar su reincorporación a la relación de empleo, señalando que, de haber continuado, hubiera estado protegido por el principio de estabilidad y, por lo tanto, sin perjuicio de que finalizaron las funciones de los delegados de la Procuración del Tesoro, la relación de trabajo quedó preservada para quienes se desempeñaban en dicho organismo al momento del despido. Por su parte, el Estado Nacional justificó la causa o motivo de los actos declarados nulos en el hecho de que, conforme la normativa aplicable, la estabilidad en el empleo público solamente se adquiere a partir de los doce meses contados desde la designación, planteando -además- las diferencias que presenta el caso con el precedente “Schnaiderman”.

La Corte, sin embargo, rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el actor, en virtud de no hallarse cumplido el requisito establecido en el art. 1 del reglamento aprobado por la acordada 4/2007, mientras que, respecto del recurso deducido por la demandada, decidió confirmar la sentencia apelada, remitiendo a los fundamentos y conclusiones sentadas en el precedente Fallos 331:735 (“Schnaiderman”).

Considero que, más allá de que la Corte solucionó el presente diferendo remitiendo a los fundamentos expuestos en el antecedente referido y rechazando el recurso del actor, lo cierto es que, al decidir de tal modo, omitió brindar respuesta a la cuestión vinculada con las consecuencias de la nulidad decretada respecto del acto que resolvió cancelar una designación del agente cuando éste aún se encuentra durante el período de prueba, esto es, sin que hubieran transcurrido los doce meses de prestación efectiva del servicio.

Una respuesta interesante a tal tópico podría hallarse en la propuesta por la Dra. Monti en su dictamen, desde que ello permitiría conjugar la estabilidad a que, eventualmente y en caso de corresponder, tendría derecho el empleado designado para desempañarse en la planta permanente una vez transcurrido el pertinente período de prueba, con las facultades de que se halla investida la Administración en la materia. Así, en ejercicio de tales atribuciones discrecionales, ésta podrá optar por no confirmar el nombramiento del agente que se mandó reincorporar, si el mismo no logra reunir las condiciones de idoneidad necesarias para la labor asignada, lo que -a la luz de los precedentes analizados- deberá hallarse debida y suficientemente motivado por la empleadora.

V. LAS CONTRATACIONES DE PERSONAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA ESTABILIDAD.

El personal contratado por la Administración, sea bajo la forma de contratos administrativos genéricos o contratos de locación de servicios o de obra, muchas veces se encuentra en una particular situación, ya que si bien es contratado por un tiempo determinado, luego se procede a su renovación mediante la suscripción de sucesivos contratos, prorrogándose su vinculación con el Estado en forma indefinida⁷³.

A menudo tales agentes realizan en los hechos tareas idénticas a las de los agentes de planta permanente, pretendiéndose asegurar con ellos -por un lado- las necesidades de tareas y funciones de la Administración y -por otro- que se pueda determinar a su libre arbitrio en qué momento dejarán de prestar labores, máxime cuando la ruptura del vínculo no generaba -hasta hace poco- derecho indemnizatorio alguno.

⁷³ Señala Gallegos Fedriani que en estos contratos no resulta aplicable, por principio, ni la legislación laboral ni el estatuto propio del empleado público, razón por la cual carecerían de la protección de las leyes laborales y de la que ostenta el empleado público estatutario (GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O.: “Los agentes contratados por la Administración pública y la jurisprudencia aplicable”, Rap (405), p. 191-196).

Señala Erbin⁷⁴ que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reflejado y puesto en evidencia, a lo largo de sus diversos fallos, la política de empleo del Estado Nacional, quien contrata bajo diversas modalidades la prestación de tareas y servicios de particulares a su favor, muchas veces sin otorgar ninguna garantía o tutela de índole laboral, extremo que -según opina el autor- resulta públicamente conocido pero extrañamente tolerado.

Frente a esta frágil situación de los trabajadores contratados por el Estado, se han predicado numerosas soluciones tanto desde la doctrina como la jurisprudencia, pudiendo sintetizarse -dentro de esta última- las siguientes: i) se consideró que este tipo de relación es de carácter público y no privado, por lo que se declaró la incompetencia de los jueces del trabajo⁷⁵; ii) se entendió que el solo hecho de no incluir en forma expresa en el contrato la sujeción al régimen laboral no resultaba suficiente para declarar aplicable el derecho público⁷⁶; y iii) se marcó una tendencia hacia la inaplicabilidad del régimen laboral en estos supuestos⁷⁷.

1. Interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En lo que podría considerarse como una primera etapa jurisprudencial en la materia en estudio, la Corte Suprema de Justicia Nacional ha convalidado los ceses dispuestos por la Administración respecto del personal temporario, sin importar el tiempo durante el cual éste hubiera estado laborando para aquélla. Así, se sostuvo que el mero transcurso del tiempo o el hecho de prestar servicios por un plazo mayor al año, no tenía entidad para transformar la situación de revista del empleado, pues ello atentaría contra el régimen jurídico básico de la función pública⁷⁸.

Además, ha señalado el Máximo Tribunal que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico comporta un inequívoco acatamiento al mismo que determina la improcedencia de su

⁷⁴ ERBIN, Juan: "Las contrataciones de personal por parte de la Administración Pública con sustento en regímenes especiales a la luz de dos recientes fallos de Corte. Humo sobre el agua", Revista de Derecho Administrativo N° 73, Abeledo-Perrot, p. 724-731. El autor alude específicamente a las causas "Madorrán", "Micheli" y "Schneiderman", observando que de la doctrina de estos precedentes se desprende que las diversas modalidades pueden estar reguladas por un régimen jurídico específico o bien previstas en el Régimen Básico de la Función Pública. Igualmente, el propio Estado muchas veces contrata personal bajo formas jurídicas provenientes del derecho privado, laboral o civil.

⁷⁵ C.S.J.N. *in re* "Benedetti, Celso v. Combustibles Sólidos y Minerales", sent. del 22-07-1970, entre otros.

⁷⁶ C.S.J.N. *in re* "Deutsch, Noemí A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sent. del 04-09-1984 en el que el Alto Tribunal destacó que "...no es admisible someter a los actores a una jurisdicción distinta de la que la naturaleza del contrato permitía prever, ante el solo hecho de no estar incluidos en el régimen laboral, pues en esta materia debe prevalecer aquel ordenamiento que sea más favorable al trabajador (arts. 9° y 23, Ley de Contrato de Trabajo)..." También en el precedente "Zacarias, Anibal Rudecindo y otros v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro", sent. del 05-03-1987 (Fallos 310:464) la Corte concluyó que los contratos de los actores estaban regidos por el derecho del trabajo y la indemnización por ellos reclamada debía examinarse conforme dichas previsiones, manifestando que "...la sola celebración de un contrato ad hoc no convierte por ese solo hecho al empleado en un empleado público, puesto que su prestación debe corresponder a las actividades comprendidas en el régimen normal de la función o empleo público y sujetarse a los requisitos que establece la reglamentación..."

⁷⁷ C.S.J.N. *in re* "Leroux de Emede, Patricia S. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sent. del 30-04-1991 donde se recordó que frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la demandada y la disposición de la LCT (art. 2 inc. a°) según la cual sus disposiciones no se aplican a los empleados estatales salvo acto expreso que los incluya, resultaba inadmisibles sostener que la relación de empleo se hallaba regida por el derecho laboral. En ese caso se subrayó -además- que en la contratación de la actora se había dispuesto expresamente que la relación estaba sometida a un régimen específico y distinto del personal permanente de la comuna y que no fue voluntad de la Administración incluirla en la LCT.

⁷⁸ Fallos 310:1390; 312:245.

impugnación ulterior, con base constitucional⁷⁹, a la vez que ha sentenciado que el carácter permanente de las tareas asignadas no importa borrar la limitación temporal de su nombramiento⁸⁰.

Si bien lo anterior es concluyente en cuanto a la imposibilidad de mutar la naturaleza de un nombramiento sin estabilidad por otro de sentido contrario, no es menos cierto que los principios *supra* postulados han sido atemperados por la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal, no ya para consagrar el derecho a la estabilidad de los agentes de la planta no permanente, sino para reconocerles –si bien bajo ciertas condiciones- un derecho indemnizatorio frente a un obrar de la Administración empleadora que en forma patente se aparte de la esencia de estas herramientas excepcionales de vinculación.

Así, en su actual composición⁸¹, la Corte dictó dos fallos –“Ramos” y “Sánchez”, ambos del mismo día- mediante los que se vigoriza la discusión jurídica sobre el punto, marcándose lo que podría considerarse como una nueva postura judicial en torno a la política de empleo de los organismos estatales. Veamos:

a) El caso “Ramos”⁸²

El actor promovió demanda contra el Estado Nacional -Ministerio de Defensa- con el objeto de que se le abonara la indemnización prevista por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, salarios caídos y preaviso, por haber rescindido la Armada Argentina el contrato de locación de servicios celebrado bajo el régimen del decreto 4381/1973⁸³.

En ambas instancias se rechazó la demanda interpuesta, argumentando -de un lado- que el mero transcurso del tiempo, las prórrogas y renovaciones no podían transformar la situación de revista de quien había ingresado como agente no permanente y -de otro- que la Corte Suprema tenía dicho que la conveniencia de recurrir a un sistema de incorporaciones transitorias o permanentes de personal constituía una decisión de política administrativa no revisable en sede judicial.

Contra el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, el accionante dedujo recurso extraordinario el que fue concedido por el **a quo**. La Procuradora Fiscal emitió su correspondiente dictamen para lo cual principió por recordar los antecedentes jurisprudenciales del Máximo Tribunal en los que se reconoció que el legislador puede otorgar a la autoridad administrativa un margen suficiente de discrecionalidad para hacer frente a

⁷⁹ Fallos 312:1372.

⁸⁰ Fallos 310:2927. Puede observarse que la doctrina de la C.S.J.N. ha sido observada y mantenida por el voto de la mayoría de los miembros de la Suprema Corte Bonaerense (vgr. causas B. 49.724 “Requejo”, sent. del 09-VIII-1987; B. 49.890 “Villalba”, sent. del 11-VIII-1987; B. 50.547 “Zaragoza”, sent. del 31-V-1988; B. 51.827 “Palacios”, sent. del 16-XI-1993; B. 54.512 “Pertusi”, sent. del 11-IV-1995; B. 57.364 “Capuano”, sent. del 31-VIII-1999; B. 56.138 “Moya”, sent. del 29-VIII-2001).

⁸¹ Se deja constancia que a la fecha de finalización del presente trabajo, se produjo el lamentable fallecimiento de la ministra de la Corte, Carmen María Argibay, ocurrido el día 10-05-2014.

⁸² C.S.J.N. *in re* “Ramos, José Luis v. Estado Nacional s. indemnización por despido”, sent. del 06-04-2010.

⁸³ El accionante había sido contratado para desempeñarse en el Servicio Naval de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas en el marco del decreto 4381/73. Esta situación se prolongó durante veintiún (21) años y cesó en virtud de las restricciones presupuestarias establecidas por la ley 24.938. El régimen del decreto posibilitaba el ingreso de agentes a través de contratos de locación de servicios personales con un plazo máximo de cinco (5) años, sin derecho a indemnización o pago alguno por la rescisión, falta de preaviso, despido o cualquier otro concepto.

exigencias estacionales o excepcionales, incorporando agentes que no integran los cuadros estables de la organización ni realizan tareas que imprescindiblemente difieren en su naturaleza de las del resto del personal.

Asimismo, rememoró que, conforme lo tenía dicho la Corte, “...*el transcurso del tiempo no es idóneo para 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 del poder administrador...*”, concluyendo que no era atendible el reclamo indemnizatorio basado en la LCT, en tanto en el caso el vínculo contractual se regía por un régimen específico que excluía expresamente cualquier reparación en caso de producirse la rescisión del contrato.

No obstante lo dictaminado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que resultaba atendible lo postulado por el apelante, en cuanto demandaba protección constitucional contra el despido arbitrario.

Para así decidir, observó que el hecho de que el vínculo laboral que el agente mantuvo con el Estado Nacional se prolongara por un lapso de veintiún (21) años impedía que se lo encuadrara en el régimen de contratación aprobado por el decreto 4831/73, en tanto dicha norma limitaba la posibilidad de renovación de los contratos en ella previstos a un máximo de cinco (5) años.

Por otra parte, ponderó que del legajo personal del Sr. Ramos resultaba que sus tareas carecían de la transitoriedad que suponía el mencionado régimen de excepción; que era calificado y evaluado en forma anual; que se le reconocía la antigüedad en el empleo y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador.

Bajo tales circunstancias, concluyó que el Estado utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para caso excepcionales, con una evidente **desviación de poder** que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado. En esas condiciones -agregó- el comportamiento del Estado nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una **legítima expectativa de permanencia laboral** merecedora de la protección que el art. 14 *bis* CN otorga al trabajador contra el despido arbitrario.

Calificó de ilegítimo el obrar de la Administración, generador de responsabilidad frente al actor, con el consecuente derecho a una reparación. Apuntó que en la especie debía tenerse presente el incumplimiento de los límites impuestos por el régimen especial de contratación.

Aclaró que la solución propuesta no significaba que el mero transcurso del tiempo haya modificado la situación irregular del actor, quien -a su modo de ver- tenía derecho a la reparación de los perjuicios derivados del obrar ilícito de la demandada, más no podría solicitar su reincorporación al empleo ni la aplicación de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización que le correspondiese.

En este orden de ideas, manifestó que no podía atribuirse “estabilidad” a quien no había ingresado a la carrera administrativa cumpliendo los requisitos previstos a esos fines, ya que de lo contrario 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 para financiar los gastos correspondientes al personal contratado y al personal permanente.

Finalmente, luego de diferenciar la cuestión allí debatida con la decidida en la causa “Madorrán”⁸⁴, señaló que para determinar el importe de la reparación debía subsumirse el caso en el ámbito del derecho público y administrativo. Y, ante la ausencia de normativa específica sobre el punto, consideró equitativo aplicar la indemnización prevista en la Ley de Empleo Público.

b) El caso “Sánchez”⁸⁵

El actor accionó contra la Auditoría General de la Nación por diferencias salariales e indemnizaciones por despido incausado a raíz de la falta de renovación del contrato celebrado al amparo del régimen previsto en el art. 15 de la ley 24.447 y el decreto reglamentario 92/95.

La sala 7° de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar al reclamo del accionante, condenando a la Auditoría demandada 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, en tanto los sucesivos contratos de locación de servicios suscriptos entre ellos constituían -a criterio de la alzada- “fraude laboral”⁸⁶. Contra dicho pronunciamiento la parte accionada interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria originó la queja admitida por la Corte Suprema de Justicia.

El Máximo Tribunal revocó -por mayoría- la sentencia de la Cámara al concluir que no se había acreditado en la especie que la accionada hubiera utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con desviación de poder.

Al exponer los motivos que lo llevaron a emitir tal pronunciamiento, la Corte consideró que la decisión de la Alzada carecía de sustento, en tanto se hallaba apartada de las constancias de la causa y de la normativa específica que rige la Auditoría General de la Nación, la que autoriza a contratar profesionales independientes para desempeñar el tipo de funciones llevadas a cabo por el actor.

Ponderó -además- que la tarea propia del organismo hacía necesario contar con un cuerpo de auditores externos, señalando que la específica normativa vigente impedía considerar la clase de tareas realizadas por los agentes contratados como un indicador relevante para determinar la existencia de un vínculo de empleo permanente.

Finalmente, destacó que las circunstancias del caso diferían sustancialmente de las discutidas y resueltas en la causa “Ramos”, en tanto en el *sub lite* la parte actora no había logrado acreditar que la Auditoría General hubiera utilizado figuras jurídicas autorizadas

⁸⁴ Señaló, sobre el punto, que en aquel supuesto el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en el cargo.

⁸⁵ C.S.J.N. *in re* “Sánchez, Carlos Próspero v. Auditoría General de la Nación s. despido”, sent. del 06-04-2010.

⁸⁶ La Cámara advirtió que el actor había sido contratado sucesivamente durante ocho (8) años y cumplió tareas propias de los empleados de la planta permanente.

legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado.

Si bien la doctrina ha señalado que en ambos pronunciamientos la Corte se ha encargado de otorgarle preponderancia tanto a los hechos como a los medios probatorios aportados por las partes, pretendiendo evitar que sus decisiones dieran lugar a interpretaciones generales⁸⁷, lo cierto es que numerosos autores han profundizado en el análisis de lo decidido en cada uno de estos fallos, extrayendo algunas conclusiones que les permitieron delinear el criterio seguido por el Máximo Tribunal en esta cuestión.

En este sentido, se observa que la Corte le exige al particular que **acredite** la utilización -por parte de la Administración Pública- de figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado⁸⁸.

Ahora bien, algunos opinan que, de existir un régimen normativo que autorice a aquélla a efectuar la contratación, no alcanzará -a juicio de la Corte- con acreditar una cierta continuidad temporal ni la realización de tareas propias del organismo⁸⁹. En cambio, cuando la Administración efectúa contrataciones particulares en contraposición al régimen que la habilita a hacerlo, ello resulta determinante para que se dé preeminencia a la realidad de la relación⁹⁰.

En el caso “Ramos” la Administración desarrolló un contrato excediéndose en el régimen que la habilitaba para ello, por lo que la Corte, tras sopesar una serie de elementos que –objetivamente apreciados- la llevaron a considerar que la empleadora se había valido de figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con una evidente desviación de poder que no tuvo otro objeto más que encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un nombramiento por tiempo determinado (consid. 5°), decidió que cabía reconocer al agente el derecho a obtener una indemnización como consecuencia de dicho comportamiento arbitrario e ilegítimo del Estado.

Y a tal conclusión arribó en la medida que pudo corroborar: i) que la accionada había renovado en exceso el vínculo temporario que la unía con el trabajador; ii) que con ello se había infringido la normativa -de aplicación al caso- que limitaba en el tiempo la posibilidad de renovar dichos vínculos; iii) que las tareas desempeñadas por el agente no revestían carácter estacional o eventual; y iv) que en varios aspectos inmanentes a la relación, el trabajador había sido tratado –en los hechos- como un empleado de la planta estable (conf. consid. 4°, del voto mayoritario).

Considero que el mentado precedente se trató de una valoración pergeñada en el estricto contexto de aquella causa, por lo que –a diferencia de lo que puede suponerse- la ausencia de alguno de los ingredientes de hecho o de derecho allí tenidos en cuenta no podría

⁸⁷ IVANEGA, Miriam: “Primeras reflexiones sobre un fallo cauteloso”, LL 14-04-2010.

⁸⁸ Causas “Ramos”; consid. 5° y “Sánchez”, consid. 5° y 7°.

⁸⁹ Causa “Sánchez”, consid. 5°.

⁹⁰ ERBIN, Juan, ob. cit. nota 74.

servir de justificativo para descartar –de plano- su aplicación a otros casos parangonables en los que pudiera advertirse –precisamente- el apartamiento notorio de la esencia de estas contrataciones excepcionales. Antes bien, entiendo que la labor de la Corte Nacional debería servir de patrón hermenéutico de utilidad para detectar –en el futuro y si bien no alterando su norte- nuevos supuestos fácticos en los cuales se aprecie **un uso por demás inadecuado de los modos excepcionales de vinculación del empleo público** (a tenor de las notas normativas de cada régimen de contratación), o se tengan por acreditados **abusos o arbitrariedades en el obrar del poder administrador**⁹¹.

Tal es el enfoque con el que -a mi modo de ver- debería ser leída la solución brindada en el precedente “Sánchez”, en el que todos los contratos que vincularon a las partes durante ocho años estuvieron autorizados por un régimen especial y, si bien se reconoció la posibilidad de acreditar y probar la existencia de un fraude laboral y de una relación laboral encubierta, el Superior Tribunal decidió rechazar la demanda interpuesta no por el hecho de que la legislación nacional no contemplara (como sí acontecía en “Ramos”) una limitación temporal para la designación de un agente en la planta no permanente, sino con fundamento en que las renovaciones sucesivas por ocho años, así como que el actor hubiera realizado actividades propias del organismo, no resultaban elementos relevantes ni suficientes para desvirtuar un contrato particular sometido al régimen especial de la Auditoría General de la Nación, demostrativos de una desviación de poder para encubrir un vínculo de empleo permanente⁹² (cfr. consid. 7°).

Al analizar estos fallos, advierte Erbin que si bien la Corte admite que, bajo determinadas condiciones, la Administración se sirve de los servicios y desarrollos de personas sin brindarles ninguna tutela o contraprestación más que un honorario pactado en un contrato, *“...también reconoce la posibilidad de que la Administración utilice esas figuras contractuales en forma abusiva y fraudulenta en perjuicio de los trabajadores, encubriendo la realidad bajo contratos meramente formales. Así, acepta la posibilidad de que el Estado, por su accionar, genere una legítima expectativa de permanencia laboral merecedora de la protección contra el despido arbitrario, por ejemplo”*.

De lo expuesto, desprende el autor que el corrimiento del velo contractual sobre la realidad de la relación, constituye una **carga** que deberá llevar adelante el trabajador

⁹¹ Tal ha sido la interpretación que ha pergeñado a partir de la causa C-2206-AZ1 “Acosta” (sent. del 2-VIII-2011) la Excm. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata -de cuyo cuerpo de auxiliares letrados formo parte-, haciendo aplicación de los precedentes analizados cuando lo que se demandaba era la nulidad del acto que dispuso el cese del agente municipal, su consecuente reincorporación como personal de planta permanente, y una indemnización por los daños y perjuicios que el ilegítimo proceder de la administración comunal le había ocasionado.

⁹² Conforme lo resuelto por la Corte Suprema en “Sánchez”, resulta interesante destacar el argumento utilizado en el consid. 5° en cuanto sostuvo que *“la específica normativa que rige la Auditoría General de la Nación impide considerar el tipo de tareas realizadas por los agentes contratados como un indicador relevante para determinar si existía o no una relación de empleo permanente, puesto que ese dato no pone de manifiesto una aplicación desviada de las normas que habilitan la contratación de personal externo”*. Consecuentemente, señala Erbin, la Corte tolera que para una misma calidad de tareas se puedan utilizar distintas formas de contratación, por lo que se habilita a que se den supuestos de dos clases de contratos y de trabajadores realizando idéntica función (ERBIN, Juan, ob. cit. nota 74).

agraviado, sin que resulte aplicable la fórmula *in dubio pro operario* sino, por el contrario, *in dubio pro princeps*.

Cabe señalar que resulta novedosa la incorporación a estos fallos de la figura de la **confianza legítima**⁹³, más no puede postularse idéntica observación respecto de la aclaración efectuada por la Corte en cuanto a la plena vigencia de la jurisprudencia del caso “Gil” (Fallos 312:245) consistente en que “el voluntario sometimiento a un régimen, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior”⁹⁴.

Sin perjuicio de ello, resulta interesante destacar aquí que en un nuevo fallo dictado por el Tribunal Supremo con fecha 06-11-2012, la Corte se ha encargado de aclarar que “...una vez establecido que la disputa interesa al trabajo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, el principio protectorio que éste enuncia y el carácter inviolable de los derechos que reconoce, conducen necesariamente a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo ‘en todas sus formas’, vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado” (consid. 3°). Tal ha sido la postura sentada ante el recurso de hecho deducido por la demandada en la causa “**Martínez, Adrián Omar v. Universidad Nacional de Quilmes**”, donde la recurrente pretendía que se aplicara el mencionado precedente “Gil” de esa Corte para revertir el temperamento adoptado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en cuanto confirmó la sentencia de primera instancia que la había condenado a pagar al demandante una determinada suma de dinero en concepto de indemnización por haberlo despedido sin justa causa.

Por último, y retomando el análisis de “Ramos” y “Sánchez”, se observa que el Máximo Tribunal ratifica la doctrina que sostuviera en la causa “Madorrán”, afirmando que la estabilidad propia sólo se encuentra consagrada a favor de los empleados públicos que accedan a sus cargos de acuerdo a los procedimientos de selección que establezca cada ordenamiento y a las condiciones legales establecidas para adquirir dicho **status**. Siendo ello así, aquel trabajador contratado que lograra demostrar la existencia de la relación laboral, únicamente podrá exigir una indemnización fundada en las normas del derecho público, más no reclamar un legítimo derecho a la reincorporación a su cargo y, menos aún, con carácter de permanencia.

c) El caso Cerigliano

Siguiendo con el estudio de los fallos del Máximo Tribunal en esta materia, vale traer a colación aquí lo dicho en la causa **C.1733.XLII “Cerigliano, Carlos c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As.”** (sent. de 19-04-2011), precedente en el que se declaró la plena operatividad de la doctrina establecida en “Ramos”, aún cuando el régimen aplicable a dichos

⁹³ Ello en tanto se configuraron los recaudos para su aplicación: la existencia de una situación de confianza del empleado en la renovación de su contrato, el agente ha obrado de buena fe y en forma prudente y el hecho generador ha sido idóneo para producirlo.

⁹⁴ v. causa “Ramos”, consid. 7°.

autos tampoco preveía -al igual que en "Sánchez"- una restricción temporal al ejercicio de la potestad estatal. Gravitaron a tal fin otro tipo de circunstancias, siendo la más relevante que la norma en base a la cual se habían celebrado los sucesivos contratos laborales del agente no parecía eficaz - pese a su generalidad- para instrumentar vínculos que -por sus características- resultaran ajenos a toda noción de transitoriedad y que, por el contrario, se habían mostrado aptos para generar razonables expectativas de permanencia en el trabajador (conf. considerando 4º, segundo párrafo).

Allí, sentenció la Corte -a modo de proclama- que la *ratio decidendi* de "Ramos" alcanzaba -en tanto se verifique la situación allí reprobada- a todos los trabajadores del sector público (nacional, provincial o municipal) relacionados con la Administración por un vínculo no estable, impulsando a los magistrados a efectuar un minucioso escrutinio del material probatorio de la *litis*, a la luz de los enunciados emergentes de aquella doctrina (consid. 8º) para constatar si, en definitiva, se verificaba o no en los casos que cayeran bajo su órbita alguna de las contingencias desfavorables que su mandato vino precisamente a remediar. Y a los fines de una condena indemnizatoria -no para cambiar el estatus del agente- la propia Corte Suprema de Justicia admite que la naturaleza jurídica de una institución pueda ser definida ponderando la realidad subyacente del caso, sin estar atado al *nomen iuris* que el legislador o los sujetos intervinientes le hayan atribuido.

2. Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la provincia de Buenos Aires

En el ámbito provincial bonaerense, vale aquí señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires recientemente ha practicado su lectura sobre los precedentes del Máximo Tribunal Federal en la materia. En efecto, en la causa A. 69.913 "Villafañe" (sent. de 13-XI-2012), la mayoría del Tribunal ha marcado el camino a seguir: los sentenciantes de las instancias de grado deben escrutar con celo las circunstancias que rodearon a la celebración y prolongación en el tiempo del vínculo temporario o transitorio para luego determinar si aquéllas *"desautorizan la forma en que el régimen estatutario fue aplicado al [agente]"* al quedar patentizado que: (i) la utilización del régimen excepcional por la Administración *"constituye un ejercicio reñido con las atribuciones conferidas por el régimen aplicable, contrario a la exigencia de buena fe que debe guiar la actuación del Estado con sus agentes en el marco de una contratación administrativa"* [voto del doctor Soria con adhesiones de la doctora Kogan y del doctor de Lázzari] y, (ii) la realidad material en la que se desarrolló el nexo entre el agente y el organismo estatal exhibe un desajuste entre el perfil exteriorizado por aquél y la regulación normativa en la que fue subsumido [del voto del doctor Pettigiani, que adhirió a la solución propuesta por el doctor Soria].

Repárese que con tal norte y siempre ajustándose a las circunstancias particulares de la relación que quedaron probadas, nuestro Máximo Tribunal en algunos casos ha reconocido una indemnización por el cese del personal temporario (cfr. causa A. 69.913 "Villafañe", citada)

mas, en otros, ha repelido la pretensión reparatoria articulada (cfr. causas B. 65.699 "Pace", sent. de 11-III-2013 y B. 56.755 "Coronel Román", sent. de 22-III-2013).

VI. CONCLUSION

He recordado en este trabajo que el derecho a la estabilidad del agente público plasmado en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, se erige -sin lugar a dudas- en un aspecto característico de la relación de empleo público, estrechamente vinculado con las limitaciones impuestas para su ruptura o extinción.

No obstante ello, el sólo ingreso a la función pública no genera *per se* el goce de tal derecho⁹⁵. Para corroborar la verdad de esta afirmación, he reparado en la situación de aquellos empleados de la Administración que se desempeñan en la planta temporaria, quienes -ya sea como contratados, jornalizados o mensualizados- se encuentran ligados a la Administración por una relación distinta de la que rige a la generalidad de los empleados públicos.

Comprendí que a la luz de la jurisprudencia que viene manteniendo nuestro Máximo Tribunal de Justicia a partir de los fallos "Madorrán" y "Ruiz" -que representaron la adecuación del criterio sobre la estabilidad de los agentes públicos a las exigencias del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional-, la idoneidad y la estabilidad del empleado público están destinadas a garantizar el interés público, resguardando el principio de igualdad constitucional consagrado en el artículo 16 de la Carta Magna y la necesidad de que el Estado pueda continuar funcionando ante los avatares y los cambios políticos⁹⁶.

A su vez, he advertido que el primero de esos fallos vino a resolver la disputa doctrinaria que giraba en torno al sentido y alcance del derecho a la estabilidad en el empleo público que, establecido en el artículo 14 *bis* de nuestra Carta Fundamental a partir de la

⁹⁵ CASTELLUCCI, María T.: "La situación de los empleados temporarios frente a la estabilidad consagrada constitucionalmente", RAP Provincia de Buenos, Año I -N° 6 p. 7-15. Sostiene la autora que la instrumentación de la potestad reglamentaria a través de los diversos estatutos permite advertir que, al menos en la Provincia de Buenos Aires, existen agentes públicos que se encuentran excluidos de la norma estatutaria (vgr. Ministros, Secretarios de Estado); agentes que deben cumplir primero los recaudos relativos al tiempo de servicios, además de otros, para adquirir el derecho en cuestión; funcionarios que si bien gozan de los demás derechos consagrados en la norma regulatoria de la relación de empleo carecen, por la índole de sus funciones, del Derecho a la estabilidad aunque puedan eventualmente mantenerla en un cargo de revista inferior siempre que pertenezcan a la planta permanente de la administración (vgr. Directores Generales) y empleados que cubren interinamente tareas de un cargo superior que no gozan de tal derecho en el cargo que cubren con tal cualidad. También alude a que existen limitaciones al Derecho a la estabilidad para aquellos agentes que la han adquirido y que la pierden por causas imputables a la Administración, al extinguirse la relación de empleo público (vgr. supresión de cargos o el hecho derivado de la aplicación de las leyes de emergencia), o en los supuestos en que la extinción de la relación acontece por causas imputables al agente (vgr. incompatibilidad, abandono del cargo, inhabilidad o comisión de faltas disciplinarias).

⁹⁶ Así lo ha señalado GARCIA PULLES, Fernando (dir.): "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional", 1° ed. Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005 quien agrega, que de haberse respetado como es debido la condición de idoneidad que exige aquella cláusula para admisibilidad en los empleos, es razonable pensar que resultará de interés del propio Estado que el agente continúe prestando servicios, alcanzando o manteniendo su estabilidad laboral, salvo ante razones justificadas de conducta que ameriten el cese.

reforma de 1957, daba lugar al cuestionamiento sobre si lo allí reconocido era la estabilidad plena o propia o bien, la restringida o impropia⁹⁷.

Con dicha decisión, quedó debidamente explicitado -entonces- que la estabilidad consagrada en tal precepto no es otra que la propia, lo que excluiría la posibilidad de expulsar a los agentes públicos sin causa justificada y sin debido proceso, correspondiendo que, en caso de vulneración, se declare la nulidad de lo obrado y se ordene su inmediata reincorporación y el pago de los salarios caídos. No cabe, en estos supuestos, el otorgamiento de indemnización alguna que pueda reemplazar el despido de los agentes públicos.

Empero, este criterio no resulta aplicable sin más a todos supuestos de hecho que se presenten. En este sentido, he reconocido que nuestro Tribunal cimero acaba de ponernos al corriente de cuál es su opinión sobre la situación de aquél personal contratado que, pretendiendo hacer valer la doctrina acuñada a partir del binomio “Madorrán-Ruiz”, se pudiera creer con derecho a demandar la estabilidad.

Al estudiar con detenimiento los precedentes “Ramos” y “Sánchez”, he podido vislumbrar que, en el actual estado de cosas, la estabilidad se encontraría atribuida únicamente para aquellos agentes públicos que formen parte integrante del personal de planta permanente, siguiéndose de ello que la prestación de tareas, servicios y labores bajo formas contractuales a término son válidas para la Corte y carecen de la tutela del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, en tanto el agente temporario participa de un *status* jurídico de excepción, no poseyendo más derechos que los previstos -en modo expreso o razonablemente implícito- en el régimen de derecho público que ha disciplinado su incorporación y desempeño en la relación de empleo⁹⁸.

Así las cosas, aquel trabajador que lograra demostrar que la Administración empleadora se apartó de la esencia de estas herramientas excepcionales de vinculación laboral, sólo podrá exigir -luego de un largo camino probatorio- una indemnización fundada en normas de derecho público. Ello introduce -cuanto menos- un esperanzador gran avance hacia la juridicidad en el obrar administrativo, permitiendo aventar algunas corruptelas y arbitrariedades que ya son costumbre en la Administración.

Resta, entonces, que esta última reflexione acerca de la situación del personal temporario o contratado. En mi opinión, y teniendo en cuenta el camino que viene trazando la jurisprudencia producida en la materia, resultará primordial que aquélla cumplimente en forma adecuada su deber de motivar los actos administrativos en virtud de los cuales decida incorporar agentes para la realización de actividades de carácter transitorio o eventual⁹⁹, circunscribiendo tales nombramientos a aquellos supuestos en los que realmente se verifique -y justifique- una verdadera necesidad no habitual.

⁹⁷ Recordemos que la estabilidad propia es la que impide el despido de los agentes públicos sin justa causa, mientras que la impropia es la que sí permite el despido del agente sin necesidad de justa causa.

⁹⁸ Tal es la doctrina acuñada por la S.C.B.A. en las causas B. 60.405 “Lidueña de Andrade”, sent. del 22-III-2006; B. 60.219 “Galván”, sent. del 9-XII-2009.

⁹⁹ No bastaría, a mi modo de ver, con invocar meras razones de servicio u operativas, debiendo ser mayor el deber de motivación cuando se trate de renovaciones del vínculo de trabajo.

Sólo bajo estas mínimas condiciones le será posible continuar ejerciendo su potestad de contratación o nombramiento bajo este tipo de modalidad, sin perder el dinamismo que la caracteriza. De lo contrario, cuando ese contrato no sea continuado por decisión de la Administración, después de haberse prolongado durante meses e incluso años, asumirá el riesgo de tener que indemnizar al agente por el cese, siempre que de las circunstancias de hecho y de las pruebas de la causa logre advertirse que ello tuvo aptitud para generar en el empleado una legítima expectativa de permanencia laboral, que lo hará merecedor de la protección que el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional le otorga contra el despido arbitrario.

Considero, con todo, que el criterio jurisprudencial analizado podría ser profundizado aún más, y exigir que, de presentarse la situación de una prolongación temporal excesiva del contrato con el agente, así como la prestación de servicios propios del personal de planta permanente, sea la Administración quien deba patentizar, aportando los elementos de prueba pertinentes, que -razonablemente y pese a darse aquellas circunstancias- pervivían las excepcionales necesidades que la determinaron a efectuar el nombramiento bajo la modalidad en cuestión¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Este último extremo fáctico se erigiría, en fin, en un hecho extintivo de la pretensión, por lo que la carga de probarlo pesaría sobre la demandada (cfr. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, causa C-4432-MP2 "Sosa, Susana Mabel c. Municipalidad de General Alvarado s/ Pretensión indemnizatoria", sent. del 20-03-2014).

VII. BIBLIOGRAFIA

- BASTONS, Jorge Luis (director): "Derecho Público para administrativistas", Librería Editora Platense, La Plata, 2008; "Empleo público", Librería Editora Platense, La Plata, 2006.
- BIANCHI, Alberto: "Control de Constitucionalidad", Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- BIDART CAMPOS, GERMAN: "La estabilidad del empleado público y la situación del personal contratado en forma temporaria", ED (144) 483-484.
- BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", J. Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1929.
- CABRAL Pablo O. y SCHREGINGER Marcelo J.: "El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- CASSAGNE, Juan C.: "Derecho administrativo", 7° ed. t. II, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- COMADIRA, Julio R.: "Derecho Administrativo", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.
- COVIELLO, Pedro José: "La protección de la confianza del administrado: derecho comparado y derecho argentino", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- DROMI, Roberto: "Derecho Administrativo", 10ma. ed. actualizada, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 2004.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O.: "Los agentes contratados por la Administración pública y la jurisprudencia aplicable", Rap (405).
- GARCÍA PULLES, Fernando (Director): "Régimen de empleo público en la administración pública", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005; "Empleo público", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010-II.
- GELLI, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2003.
- GORDILLO, Agustín: "Tratado de derecho administrativo", 8va. edición FDA, Buenos Aires, 2003.
- GRISOLÍA, Julio Armando: "Derecho del Trabajo", T.1, Lexis Nexis, 2007.
- IVANEGA, Miriam Mabel: "Las relaciones de empleo público", La Ley, Buenos Aires, 2009.
- LUQUI, Roberto E.: "La estabilidad del empleado público frente a las leyes de racionalización y prescindibilidad", LA LEY, 139-68.
- MAIRAL, Héctor: "Control judicial de la Administración Pública", Depalma, Buenos Aires, 1984.
- MARIENHOFF, Miguel: "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- MARRA GIMENEZ, Macarena: "La situación del personal contratado del Estado Nacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema", en Revista El Derecho N° 12.502, Buenos Aires, 2010.

- SESIN, Domingo J.: "Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.