



Empleo público temporario, Vol. 27, (2015), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

EMPLEO PÚBLICO TEMPORARIO

LOS TRIBUNALES DAN UN PRIMER PASO HACIA SU CABAL RECONOCIMIENTO

PEDRO LUIS ARROUY¹

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. Introducción

La contratación de personal temporario por parte de las distintas Administraciones públicas, Nacional, Provincial y Municipal, ha sido una práctica reiterada en los últimos tiempos.

Como veremos, legislativamente permitidas, pero bajo un régimen de excepción, esta modalidad se fue extendiendo a lo largo de los años, dejando de tener la nota de singularidad que las distinguía, para pasar a ser un sistema que se superpone, en muchos casos, con la contratación típica del empleo público, que es la contratación de empleados dentro de su planta permanente.

Así se fue creando dentro de la administración un distingo entre dos tipos de empleados públicos, los permanentes y los temporarios, siendo estos últimos, los que

¹ El autor es docente en las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de UNICEN.

desarrollando tareas idénticas por largos períodos de tiempo, no gozaban de los mismos beneficios y protecciones que los primeros.

Sino muchas, hay una característica esencial que distingue un tipo de contratación del otro, y no es nada menos que la protección – garantía - de la estabilidad² que otorga el art. 14 bis de la Constitución Nacional a los empleados públicos de planta permanente. Mientras éstos gozan de una estabilidad en sentido propio, el agente contratado en forma temporaria una vez que hubo finalizado en sus funciones, ya sea por la realización de la tarea encomendada o por la finalización del plazo por el cual se lo contrató, termina su vínculo laboral con la Administración.

Ahora bien, el contrato temporario tiene un dato objetivo que hace a su propia razón de ser y es la necesidad de contratar personal - temporalmente - para hacer trabajo que de otra manera no se podría hacer con el personal de planta permanente, he ahí su esencia.

Esta distinción es realizada por la mayor de las Reglamentaciones legales en materia de empleo público, solo para tener una referencia:

La Ley 25164 en su art 9 y en lo pertinente afirma que: *“El régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente”*.

La Ley 10.430 que regula el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires señala en su art 115 que: *“El personal contratado será afectado exclusivamente a la realización de tareas profesionales o técnicas que, por su com-*

² La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho 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, 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”. (T 330: P 1989)

plejidad o especialización, no pueden ser cumplidos por personal permanente, no debiendo desempeñar tareas distintas de las establecidas en el contrato” y en su art 117 reitera el razonamiento “El personal transitorio será destinado exclusivamente a la ejecución de servicios, explotaciones, obras o tareas de carácter temporario, eventual o estacional, que no puedan ser realizados por personal permanente, no debiendo cumplir tareas distintas a las asignadas”.

Para las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires rige la Ley 11.757, la que en armonía con su símil provincial refiere en su art. 92 *“Personal temporario mensualizado o jornalizado son aquellos agentes necesarios para la ejecución de servicios, explotaciones, obras o tareas de carácter temporario, eventual o estacional, que no puedan ser realizados con personal permanente de la administración municipal diferenciándose entre sí por la forma de retribución, por mes o por jornal”.*

Esta distinción, en principio, no parece irrazonable o arbitraria en la medida que la contratación hubiera sido hecha por circunstancias excepcionales o trabajos especiales³.

Hasta aquí no parece haber mayores problemas en la distinción, sí es que ésta se hubiera mantenido como tal, pero los continuos avatares económicos sociales que han venido aconteciendo en los últimos años en nuestro país, han ido deformando el sistema de la contratación temporaria hasta el punto de transformar la excepción en la regla.

I.

1. Breves notas sobre el empleo Público en nuestro País.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del empleado público, no es nuestro propósito mediar en esta discusión que por lo pronto divide, en su opinión,

³ Ejemplo de estos se pueden dar desde trabajos estacionales más rudimentarios (poda de árboles, pintura de espacios públicos, etc) a necesidades específicas que requieren la contratación de personal técnico especializado (auditorías., capacitación, etc).

a la Suprema Corte Nacional y a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Mientras la primera sostiene el carácter contractual⁴ de la relación de empleo público, la segunda entiende que la relación está regida por actos estatutarios provenientes de la Administración⁵.

Como sostiene Bastons (2006), son evidentes las profundas asimetrías jurídicas existentes entre los derechos de los empleados contratados por una u otra modalidad - dentro del marco del Derecho Público o del Derecho Privado -, cuando es de público conocimiento que las más de las veces cumplen exactamente las mismas tareas. Situación ésta que obviamente se da de bruce con los principios constitucionales de igual de remuneración por igual tarea, de igualdad, de legalidad, tanto como de razonabilidad y justicia (arts. 14 bis, 16, 18, 19, y 28 de la C.N.)

En esta doble alternativa de contratación, nos encontramos por un lado con las contrataciones del derecho privado, de locación de servicios y de obra del Código Civil⁶, en las cuales existe un rango de oscilación mucho más extremo entre los riesgos y beneficios de la parte débil de la relación que en el empleo público propiamente dicho. Vale decir, un régimen de contratación de agentes públicos del tipo estadounidense.

El Prof. Comadira (2004) ha dicho, sobre este tipo de modelo contractual que “la función pública en los Estados Unidos se inscribe en el marco de una democracia unida a un liberalismo económico que a la vez otorga preeminencia absoluta al sector privado, desconfía de los cuadros de la burocracia estable y del funcionario permanente”, “el funcionario es nombrado para desempeñar un cargo determinado y no para ejercer una carrera vitalicia, puede ser despedido por razones funcionales sin

⁴ Fallos T 194 P 111.

⁵ Fallos. B 50.551; B. 57. 326

⁶ Sección tercera. “De las Obligaciones que nacen de los contratos” Título VI de la Locación. Capítulo VIII, de la locación de servicios. Arts. 1632 a 1647 bis.

derecho a reclamar permanencia alguna, siendo frecuente su trabajo alternado en la función pública y la privada”.

Por otro lado, encontramos al empleo público tradicional: el del Derecho Administrativo, el de la estabilidad y permanencia de los agentes en el trabajo, la carrera administrativa. Es decir, de régimen de personal del Estado de tipo continental europeo tradicional de cuño francés. Como bien sabemos, la reforma a la Constitución Nacional, en el año 1957, incluyó en su art 14 bis el principio de la estabilidad del empleado público, que como sostiene la Dra. Gelli (2008), además de tener por objetivo el de proteger al trabajador de la pérdida de su empleo, tiene como finalidad evitar la arbitrariedad del Estado; la persecución Política de los opositores y el uso del empleo público como sostén de cuadros partidarios.

Fiorini (1972) en su revelador y premonitorio artículo “La Estabilidad del Agente Público” sostiene que “la garantía de la estabilidad del agente público, con carácter constitucional, tiene razones históricas, políticas y de orden público. No ha sido obra del error de la Constituyente, menos de una demagogia irresponsable; tampoco el traslado a la Carta de los Argentinos de una norma de origen foráneo. Son testimonio de su inteligente sanción, la historia del Estado Liberal de todos los países, y también de nuestra maltrecha historia política después de la organización nacional. La garantía de la estabilidad tiene un supuesto de profunda desconfianza a los actos del poder administrador que hace enaltecerla como norma de orden público”.

Como sostiene Diaz Cafferata (2009), la diferencia entre el empleo público y el privado es esencial en nuestro sistema republicano y no se limita a una distinción de derecho positivo. En el empleo público conviven principios propios, ajenos a la relación entre privados, tales como la igualdad de oportunidades para el acceso a los cargos públicos, la sujeción de los involucrados a la ética pública, la publicidad de los actos de gobierno o el derecho de acceso a la información pública, porque antológicamente la finalidad de contener grupos de trabajadores estables tiende a la ne-

cesidad de la profesionalización del agente como capital humano del gestor del bien común, que es el Estado.

Como enseña Fiorini (1972) la inestabilidad del agente público, además de sumirlo en la inseguridad permanente y debilitar su independencia ante las autoridades inmorales, reside en primer grado la actividad de toda la administración pública, ya sea en servicio de promoción o en la eficacia de cualquier labor. La empresa del Estado, como empresa pública integral, es muy distinta a la empresa privada. El Estado jamás podrá estar en falencia, pero sus necesarios servicios pondrán ser ineficaces. Una empresa privada puede estar en quiebra y si no es eficaz cerrarse. Esto no puede acontecer con las actividades que realiza el Estado administrador. Estas son las razones de esencia por lo cual la relación de empleo adquiere carácter público, no para amparar individualmente al empleado, sino porque lo exige la misma actividad estatal.

Ahora bien, en nuestro universo de contrataciones estatales conviven dos modelos más, el tradicionalmente ecléctico, donde la administración actúa tanto adentro como afuera de ella con prerrogativas de derecho público, mientras que su dotación personal está regida por normas del derecho laboral⁷ y la aún más preocupante, que ocupara este trabajo, que es la modalidad de contratación temporaria que con reglas del derecho público excluye a los trabajadores contratados bajo esta modalidad de los derechos de estabilidad, permanencia, derecho a la carrera administrativa y demás beneficios.

II.

2. Respuesta Judicial a la contratación Temporaria.

Durante mucho tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la contratación del empleo temporario, negando cualquier tipo de reparación o derechos a

⁷ Los contratos de los empleados de la AFIP o de los Bancos Estatales son dos ejemplos de eso.

los empleados que una vez fenecido el contrato reclamaran su igualación a los empleados de planta permanente.⁸

Tradicionalmente la Corte Nacional, ante el planteo judicial de un agente temporario al que no se le renovaba el contrato sostenía, más allá de los hechos del caso y en forma casi dogmática⁹, que:

1. El transcurso del tiempo no hace variar de por sí la situación de revista.
2. La necesidad de acto expreso que transforme la relación temporaria en permanente¹⁰.
3. La discrecionalidad que tiene la administración a la hora de completar su planta laboral, sólo es revisable desde la legitimidad de sus actos por el poder judicial.
4. La teoría de los actos propios o el sometimiento voluntario del empleado a la relación jurídica que lo unía con la administración hacia improcedente cualquier reclamo.
5. El empleado no puede ser reincorporado judicialmente, puesto que ello vulneraría la división de poderes, en tanto es el Congreso Nacional el que fija los gastos de la Administración.

En particular, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adicionaba dos cuestiones más:

6. Carecen de estabilidad por haber sido contratados dentro de un régimen de excepción, al cual deben sujetarse, no poseyendo más estabilidad en el empleo que la que surge del acto de designación¹¹.

⁸Fallos 310:195, 1390; 312:245, 1371; entre otros

⁹ Un ejemplo de ello es el caso “Carlos Rafael Gil v. Universidad Tecnológica Nacional. (T312: P 245)

¹⁰ conf. doct. C.S.J.N., Fallos 310:195, 1390 y 2027; 312:245 y 1317

¹¹ doct. causas B. 50.547, “Zaragoza”, sent. de 31-V-1988; B. 51.827, “Palacios”, sent. de 16 XI-1993; B.54.512, “Pertusi”, sent. de 11-IV-1995; B. 54.753, “Batista”, sent. de 12-V-1998;

B. 57.364, “Capuano”, sent. de 31-VIII-1998; B. 56.876, “Torres”, sent. de 24-XI-1999, entre otras.

7. El hecho de que hagan la misma tarea no da derecho a tener la misma situación de revista¹².

Probablemente receptando la propuesta del Dr. Gordillo que sostiene que “en la emergencia el Estado de Derecho se preserva con la debida intervención judicial (...) ese activismo judicial es la respuesta del Estado de Derecho a la emergencia” (Gordillo, 2002:8), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto la problemática del empleo público temporario nuevamente en el candelero.

Desde los casos “Madorran”¹³ y “Ruiz”¹⁴, donde la Corte reafirmó el alcance de la garantía estabilidad en el empleo público, según consagra el art 14 bis de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, reafirmando la Interpretación que de estos Instrumentos Internacionales, en la materia, ha hecho la Corte Interamericana de Derecho Humanos¹⁵, el Superior Tribunal Federal no había vuelto a tratar cuestiones inherentes al empleo público con la trascendencia institucional, que estimamos, ha tenido los fallos que reseñaremos.

Decimos que las decisiones han sido trascendentes porque en ellas giraron dos grandes preguntas:

- a) ¿Puede la Administración contratar empleados por fuera de su planta permanente?,
- b) de hacerlo, ¿bajo qué modalidades y condiciones?.

Como veremos, la respuesta no fue sencilla, ni unívoca.

En lo que sigue intentaré responder estas preguntas sobre la base de los argumentos que dio la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Intentando posteriormente, ha-

¹² SCBA causa B. 57.107

¹³ CSJN, "Madorrán, María Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas, causa M.1488.XXXVI

¹⁴ CSJN, "Ruíz, Emilio David c/ D.G.I.", causa R.129.XXXVII

¹⁵ CSJN, “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, Sent. del 2 de febrero de 2001, causa R.129.XXXVII.

biendo ya pasado algún tiempo de estas decisiones, advertir la incidencia que tuvieron las mismas en el plano local de la Provincia de Buenos Aires.

III.

3.1 Caso Ramos y Sánchez¹⁶

El 6 de abril del año 2010 fue un día curioso para los seguidores de la jurisprudencia del Superior tribunal argentino. El mismo día, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciaba en dos fallos que, aunque directamente no tenían ninguna vinculación entre ellos, trataban sobre un mismo tema y tenían, a primera impresión, resoluciones disímiles¹⁷.

Abocados en su lectura, la impresión fue variando, desde un primer sentimiento de razonable aplicación de justicia a un dejo amargo de excesivo formalismo.

Comencemos por “Ramos”¹⁸. Cuál es la situación de fondo de los casos en análisis.

IV. La Corte Suprema se encontraba ante una decisión donde podía establecer líneas doctrinales, que iban mucho más allá del caso particular que se le presentaba. El contexto de las decisiones que el Tribunal iba a tomar, como ya sostuvimos, se inscribía en un proceso estructural del Estado Argentino de contratación de empleados bajo una modalidad jurídica de temporario, para en muchos de esos casos, desarrollar tareas habituales, típicas de los empleados de planta permanente, poniendo así en discusión la normativa constitucional respecto del empleo público.

La que, como sabemos, está formada por dos principios esenciales:

- a. La estabilidad del empleado público del art. 14 bis y

¹⁶ CSJN, Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido. S 2225. XLI

¹⁷ Una estrategia similar adoptó la Corte el día 13/07/2007, cuando por un lado permitió la incorporación de Bussi a la Cámara de Diputados y por el otro decreto la inconstitucionalidad de los Indultos (“Mazzeo”).

¹⁸ CSJN, Ramos José Luis c/ Estado Nacional s/ Indemnización por Despido. S.C. R. 354, L. XLIV.

- b. La condición de idoneidad para la admisibilidad en tales empleos, como garantía de la igualdad del art. 16.

Contratados en el Estado Argentino existieron siempre, pero fue a partir del congelamiento de vacantes dispuesto por la Ley de Presupuesto del año 1995 (art. 11 Ley 24447) y el consiguiente establecimiento del régimen de contrataciones del Decreto 92/95, que ese fenómeno pasó de ser la excepción a ser la regla, en la provincia de Buenos Aires y en las municipalidades, cada una con sus particularidades, la mecánica de la realidad fue similar.

Como sostiene Thury Cornejo (2010) la Corte Nacional, se encontraba entonces ante un desafío de enorme magnitud institucional, ya que debía fijar una posición no sólo respecto de la situación de Sánchez y Ramos, sino, más en general, sobre la política de empleo que el Estado Argentino viene desarrollando -con modulaciones- desde hace más de quince años.

El Tribunal fue consciente de esta situación y por ello meditó esta decisión escuchando a las partes involucradas, llevando adelante en una de las cuatro audiencias públicas del año 2009.

Frente a este panorama y las expectativas que en principio parecieron generar estos pronunciamientos, es preciso sostener que, más que torcer el rumbo de su anterior jurisprudencia en materia de empleo público, una detenida lectura de los precedentes citados no hace más que reafirmar que la CSJN, por lo menos en su voto mayoritario, mantuvo un status quo en lo que se refiere al empleo público transitorio.

Si como sostiene Thury Cornejo (2010), en Badaro I y II la CSJN se le había animado al sistema de movilidad jubilatoria a partir de un caso particular, en Ramos – por lo menos su mayoría - adopta un minimalismo¹⁹ decisonal que pretende atarse a los hechos concretos del caso y no ir más allá.

¹⁹ En prieta síntesis, el minimalismo judicial, según el Prof Cass Sunstein, busca que los jueces no impongan, a través de sus sentencias, sus propias visiones del mundo, ni tampoco teorías abstractas

Desde este lugar, el voto concurrente mayoritario se inclina por la indemnización en Ramos, bajo el argumento que la norma habilitante de la contratación preveía expresamente un plazo máximo de 5 años y la relación se extendió por 21. No haciendo lo mismo en el caso Sánchez²⁰, donde esa limitación legal no existía.

En el resto, como veremos más adelante, adopta un criterio formalista respecto a las funciones que cumplen los contratados, reafirmando su jurisprudencia de que el paso del tiempo no permite cambiar la naturaleza de la relación (de transitorio no se puede pasar a permanente).

Así, la regla que la Corte establece, siguiendo el voto de la mayoría, es su doctrina tradicional, por el simple motivo de que la mayoría de los contratos vigentes en el Estado Nacional, de acuerdo a la normativa que los rige, no tienen un plazo máximo de vigencia.

Por lo que, siguiendo este razonamiento podríamos entender que, sino está ese elemento normativo limitante que se encuentra en “Ramos”, es de aplicación el caso “Sánchez”.

A las preguntas que nos hicimos precedentemente, ahora habría que agregar dos más:

1. ¿Se le aplican al personal contratado las normas sobre estabilidad del empleado público?,
2. ¿Tienen derecho el personal contratado a indemnización frente al despido?

y “ominimodas” sobre el resto de la sociedad política. Sugiere que los jueces deben utilizar en sus fallos “principios de baja abstracción”, es decir, aquellos principios que no derivan de sólidas teorías sobre lo bueno y lo correcto, sino que son compatibles con varias de ellas y recurrir a “acuerdos teorizados de modo incompleto”. Los jueces deben, en su opinión, alentar – en lugar de ocupar el lugar de – la deliberación de las ramas políticas del gobierno y de la sociedad en general. Sunstein, Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

²⁰ Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido. S 2225. XLI

A la primera pregunta, la Corte contesta un rotundo no. Deslindando así la situación bajo examen de la de los empleados “de planta” alcanzados por la doctrina de la estabilidad propia del caso Madorrán. Mientras que los Ministros que hacen el voto en minoría se dirigen directamente a tratar la segunda cuestión.

V.

3.2 Los votos de “Ramos”:

En el precedente citado no hay disidencias en cuanto al resultado final, pero sí distintos votos que con sus matices van a cobrar relevancia en el análisis futuro de la cuestión.

Mientras los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay y Petracchi suscriben un voto conjunto, los Dres. Fayt, Maqueda y Zaffaroni votan conjuntamente señalando importantes diferencias, que en este caso no alteran el resultado final.

Dice el Voto concurrente mayoritario: “En particular, no puede sostenerse que el actor tenga derecho a la reincorporación en el cargo. Esa conclusión vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (artículos 75, inciso 8° de nuestra Carta Magna y 29 de la ley 24156).

Al respecto, cabe recordar que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25164 establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen como planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias (...) En tales condiciones, si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25164, sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente.” (Considerando 8°, 2do y 3er párrafo, voto de la mayoría).

VI. Pero entonces ¿Cuál es la razón que hace que Ramos sí y Sánchez no?.

La respuesta es el juego de las mayorías y la inclinación a tomar una decisión institucional o un rol minimalista por parte del Superior Tribunal Nacional.

No es la intención de este trabajo repasar el rol institucional que le cabe a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mucho se ha escrito y diferentes posturas hemos oído, lo cierto es que la propia Corte en cada caso decide qué rol tomar y en algún caso, como en éste, los propios integrantes pugnan por rumbos disímiles.

En resumen, el voto que hace la mayoría, conformado por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay y Petracchi, en “Ramos” sostiene:

“Que el decreto 4381/73 autoriza a contratar personal a la administración para proyectos de investigación y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a la indemnización por rescisión. Sin embargo, la norma limita la posibilidad de renovación de estos contratos a un máximo de cinco años. La demandada contrató sucesivamente por 21 años, “...en abierta violación al plazo máximo previsto por la norma”. Se podría haber quedado ahí, pero va un poco más allá y dice “... del legajo personal de Ramos resulta que sus tareas carecían de la transitoriedad que supone 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”.

Este conjunto de circunstancias fácticas – dice la CSJN – unido a la violación de las normas que limitan la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años, permiten concluir que la administración utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado.

Ergo, la ecuación sería: tareas habituales más violación al plazo legal: desviación de poder. En Ramos se da.

Los Ministros que votan concurrentemente y hacen la minoría tiene una visión menos coyuntural y más principista, al sostener que:

El vínculo entre las partes exhibió varias características típicas de una relación de dependencia de índole estable "... del legajo personal de Ramos resulta que sus tareas carecían de la transitoriedad que supone 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".

Empero, la relación fue sucesivamente renovada en claro exceso de las previsiones normativas que la autorizaron. "la demandada se valió de una figura legalmente permitida para cubrir necesidades que, conforme las circunstancias relatadas y el tiempo transcurrido, no pueden ser calificadas como transitorias. De esta manera, en su condición de contratado, el actor quedó al margen de toda protección contra la ruptura discrecional del vínculo por parte de la administración (art 14 bis C.N)". (Cons 7).

La conducta de la administración pugna con la normativa constitucional recientemente referida, cuyo principio protectorios, comprenden, por un lado, al trabajo "en sus distintas formas", incluyendo al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público y reconoce, por otro, derechos "inviolables" del trabajador que el congreso debe asegurar como deber "inexcusable". Cita entonces normativa y jurisprudencia internacional de D.D.H.H.

Sostiene, en lo que entiendo es la divisoria de aguas entre los dos votos que componen el fallo, un argumento principista, "La naturaleza jurídica de una institución, conviene recordarlo, debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador – o los contratantes – le atribuyen; cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo ropaje del nomen iuris sería inconstitucional".

Este pasaje es particularmente importante puesto que la corte decide indagar en la “verdad material”, en los verdaderos hechos de la relación jurídica que unía a las partes desacreditando que el ropaje jurídico de la naturaleza que dieran las partes al contrato – conviniendo que en el contrato de empleo público hay un acuerdo de partes iguales, cosa discutible por cierto – y ahondando en la realidad tangible de los hechos.

Esta interpretación no es nueva en la Jurisprudencia de la CSJN, ya tuvo oportunidad de sostener en precedente “Bolardi”²¹, de 1988, que el entre el nombre jurídico que les dan las partes y la realidad, debe estarse ante esta última.²²

Esto no quiere decir que la administración no pueda contratar personal temporario, pero lo puede hacer siempre que estas tareas no puedan ser realizadas o satisfechas por el personal de planta permanente.

Reafirma contundentemente el principio “No es el nomen iuris utilizado sino la realidad material, el dato en el que se ha centrado el tribunal para esclarecer el aspecto antedicho. En igual línea se encuentra la Recomendación n° 198 sobre la relación de trabajo de la OIT, en cuanto para determinar “la existencia de una relación de trabajo” remite principalmente al examen de los hechos, más allá “de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”. Evidentemente la minoría remite a reglas y principios del derecho laboral.

²¹ Fallos 311:2799

²² “no obstante el nomen iuris utilizado (“contrato administrativo”, “contrato de servicios personales”, “contrato de locación de obra”, y nuevamente “contrato de servicios personales”), no puede caber dudas de que la conducta de la demandada demostró una realidad material que no sólo no se compadece con lo que ahora manifiesta en el pleito, sino aun con los requerimientos que su propia reglamentación le impone en la relación al carácter excepcional y extraordinario que debe guiar la contratación de personal no permanente (Ver. Cap. VI, art 30 incs. A,b y siguientes de la reglamentación agregada por la demandada a fs. 58/61 de los autos principales), que justifica la contratación únicamente para necesidades imposibles de cubrir con los procedimientos normales, por el plazo máximo de un año, renovable previo concurso por del periodos más.” (Fallo 311:2799)

También marca un principio de interpretación para estos casos, “ la acreditación de los extremos que habiliten la contratación de agentes sin permanencia, habrá de ser examinada con criterio restrictivo, atendiendo en cada caso en particular a la transitoriedad y especificidad del requerimiento”, Lo contrario llevaría a un resultado inaceptable – sostiene el voto - la contratación sin razones serias y objetivas que justifiquen y expliquen el uso de esta modalidad elegida y su compatibilidad con la constitución. “En cualquier materia, inclusive en la laboral (...), la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derecho humanos (CIDH “Caso Baena c/Panamá).

Ecuación: Utilización indebida del instituto de la contratación temporaria (habitualidad en la prestación más prolongación indebida) + violación de principios constitucionales: desviación de poder.

Como se advierte, la opción tomada por los Ministros que suscriben el voto en minoría rechaza el formalismo legal y se sustenta en principios generales del derecho y reglas del derecho constitucional de los DDHH, por lo que su decisión es eminentemente institucional, trascendiendo a “Ramos” y la norma que regía su relación contractual y perfectamente trasladable a todo el empleo público nacional, ¿y provincial?, veremos...

Sin perjuicio de las importantes diferencias que tienen los votos, reúnen coincidencias, a saber:

-En el caso hubo exceso de poder.

-El tiempo transcurrido no torna al trabajo temporal en permanente, no hay derecho a transformar la relación jurídica y por tanto a reincorporar.

-¿Qué hacemos entonces se pregunta la Corte?

- Indemnizamos.

-¿Cómo?

La CSJN trae la habitual jurisprudencia en materia de derecho público cuando se carece de una norma que regule específicamente el supuesto en análisis, hay que acudir a la analogía (art 16 CC), por lo que lo conveniente es acudir al art 11 de la ley 25.164²³ e indemnizar a Ramos con un sueldo por cada año trabajado

3.3 Veamos que paso con el Sr Sánchez

a) El Sr. Sánchez fue contratado sucesivamente por la Auditoría General de la Nación por el lapso de ocho años. Durante todo ese periodo cumplió tareas propias de un empleado de planta permanente, hasta que finalmente la administración Nacional decidió no renovarle el contrato y por tanto finalizar la relación laboral que lo unía.

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

²³Artículo 11. — El personal alcanzado por el régimen de estabilidad que resulte afectado por medidas de reestructuración que comporten la supresión de organismos, dependencias o de las funciones asignadas a las mismas, con la eliminación de los respectivos cargos, será reubicado en las condiciones reglamentarias que se establezcan. A este objeto se garantizará la incorporación del agente afectado para ocupar cargos vacantes. Asimismo en los convenios colectivos de trabajo se preverán acciones de reconversión laboral que permitan al agente insertarse en dichos cargos. En el supuesto de no concretarse la reubicación, el agente quedará en situación de disponibilidad. El período de disponibilidad se asignará según la antigüedad del trabajador, no pudiendo ser menor a seis (6) meses ni mayor a doce (12) meses.

Si durante el período de disponibilidad se produjeran vacantes en la Administración Pública Central y Organismos descentralizados, deberá priorizarse el trabajador que se encuentre en situación de disponibilidad para la cobertura de dichas vacantes.

Vencido el término de la disponibilidad, sin que haya sido reubicado, o en el caso que el agente rehusare el ofrecimiento de ocupar un cargo o no existieran vacantes, se producirá la baja, generándose el derecho a percibir una indemnización igual a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía.

La Cámara laboral considero que al caso le era aplicable el precedente “Zacarias”, por el cual, cuando el Estado contrata particulares sin la intención de incorporarlos a su planta permanente debe acudir a la normativa que regula la actividad privada, por ende debe acudir a la Ley de Contrato de Trabajo.

Hasta aquí no habría mayores diferencias entre “Ramos” y “Sánchez”, pero hay un dato que sellará una suerte distinta para este último y que generara opiniones encontradas en el Fallo, produciendo un voto en mayoría y un voto disidente que quedara en minoría.

La central diferencia entre “Ramos” y “Sanchez” para la mayoría es que:

El hecho de que Sánchez realizara tareas típicas de la AGN no resulta suficiente, por sí solo, para demostrarle a la mayoría la existencia de desviación de poder para cubrir, mediante la renovación de sucesivos contratos a término, un vínculo de empleo permanente. Ello es así porque la legislación nacional autoriza a la AGN a contratar profesionales independientes para desempeñar, precisamente, este tipo de funciones (art 118 Ley 24.156)

B) En este punto, para la mayoría que compone el voto en Sánchez, lo decisivo es si hay habilitación legal en la norma, sin importar tanto la habitualidad en la prestación, las características de las mismas o el transcurso del tiempo.

Los Dres. Fayt, Maqueda y Zaffaroni, con el argumento dado por la mayoría, dejan de tener diferencias en un voto concurrente, como lo hicieron en “Ramos” para pasar a conformar una minoría disidente, por lo que vuelven a “Ramos” y lo refuerzan de principios, diciendo:

Sí, es cierto. La Ley 24156 permite la contratación de empleo temporal, pero esta ley debe guiarse por la normativa posterior en la materia, a saber Ley 24.447 y el Decreto 92/95, que sin entrar en lo particular, sostienen la posibilidad de la contratación de servicios personales, pero siempre que estos estuvieran “destinados a desarrollar estudios, proyectos y/o programas especiales en los términos que deter-

mine la reglamentación”, por lo que para que se pueda dar este tipo de contratación se debe reunir tres requisitos:

Que su objetivo fuese la realización de tareas complementarias a la labor de la repartición.

Que esta labor este inserta en programas de trabajos o proyectos especiales.

Que el requerimiento del servicio personal resultare transitorio y por un plazo.

Pero para ver si esto se cumplió la Corte debía entrar a hurgar en cuestiones probatorias, que aunque por definición no es una cuestión que pueda analizarse vía Recurso Extraordinario Federal, la Corte – en este caso la minoría – lo hace.

Un dato accesorio, pero no menor, es que en esta causa se celebró una de la pocas Audiencias Públicas que se llevaron adelante por ente el Tribunal y en el que intervinieron las partes y dos *amicus curiae* como la Asociación de Trabajadores del Estado y la Asociación de los Trabajadores de Organismos de Control.

En esta labor la minoría advierte que la Administración no logró acreditar el cumplimiento de los requisitos señalados y que el argumento de que el Sr Sánchez fuera un profesional independiente no es por sí suficiente para desconocer la habitualidad de la prestación.

Por el contrario, dice la minoría “la vinculación de la demandada con el actor obedece a requerimientos propios de la actividad permanente, normal y regular de la primera” (cons 8).

En suma, sostienen “ha quedado comprobado en el caso que el actor quedo al margen de toda regulación protectoria contra la ruptura discrecional de vinculo por parte de la administración. En esas condiciones, la cuestión planteada en el sub lite resulta análoga a la debatida en la causa Ramos”.

Como se advierte, aunque muchas esperanzas de cambio se cifraron en una primer lectura de los fallos comentados, la realidad es que una lectura más detenida de los mismo nos revela que, hasta acá, poco cambió.

Sí, es cierto que se vislumbra un voto en minoría – que adelantamos – tendrá sus consecuencias, y que marca una divisoria de aguas en lo que a Empleo Público se refiere, pero según el estándar sostenido por la mayoría tanto en “Ramos” como en “Sanchez”, la renovación habitual y consecutiva de los contratos temporarios será procedente tantas veces posible como la Ley que regule la materia no lo prohíba y por ende, si la norma nada dice, como es en el caso de las leyes de empleo Público Provincial y Municipal, la justicia no esta para contradecir al legislador.

Reiteramos, nada “nuevo” trajo “Ramos” y “Sanchez”, salvo la mecha que encendió la minoría y que pareció convocar, poco tiempo después, un nuevo adepto para la causa y así pasar de ser unos disidentes a ser la voz cantante en este juego de la democracia decisional de los Tribunales Superiores.

3.4 Cuando parecía que todo estaba dicho...

Un año después, la Corte tuvo oportunidad de tratar nuevamente la cuestión, esta vez se trató de un caso con varias particularidades.

Al Sr Cerigliano²⁴, empleado contratado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el marco del Decreto 2138/GCABA/2001, se le renovó en forma consecutiva un contrato temporario por el lapso ininterrumpido de siete años para realizar tareas de operario.

El fallo no dice mucho sobre los hechos de la causa, pero parece que el actor demandó a la CABA, requiriendo se lo coloque dentro del personal permanente de la Administración porteña. Así inició una demanda por ante la Justicia Nacional del Trabajo para que declare la inconstitucionalidad del art 2 de la norma que regía su vínculo, en la medida que esta requería un acto expreso de la administración para que sea incluido en el régimen de empleo permanente con estabilidad.

²⁴ Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. De Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control. C. 1733. XLII

A la hora de la decisión, la Corte cuenta los votos y la minoría de “Sanchez” advierte que se le ha sumado un nuevo ladero, el Dr. Lorenzetti, y ni lentos ni perezosos van derecho al grano, pegan donde duele y dicen: “la doctrina establecida en la causa “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional - Min. de Defensa – A.R.A. s/ indemnización por despido”, fallada el 6 de abril de 2010 —voto de la mayoría y votos concurrentes— (Fallos: 333:311) es de indiscutible aplicación al presente caso, de modo tal que a la luz de sus enunciados deberán ser valoradas las cuestiones de hecho y prueba propias de este pleito”. (Cons 4º)

Hasta acá todo bien, pero “Ramos” vino con “Sanchez”. Entonces ¿hurgamos a ver si la norma (Decreto 2138/GCABA/2001) tiene un límite temporal en la posibilidad de contratación?

La corte entiende que eso ahora no es necesario, tal vez porque son la mayoría y prefieren tomar lo mejor de ellos como conjunto y así elevan al nivel de *ratio desidendi* del fallo lo sostenido por ambas posturas:

“En efecto, la doctrina aludida, en lo que interesa, encuentra sustento en dos circunstancias fundamentales: por un lado, la relativa a que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan; por el otro, la atinente a que resulta una evidente desviación de poder la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanente (“Ramos” cit., voto de la mayoría y votos concurrentes).” (Cons 5º).

Así la corte en pocos párrafos parece dar por terminada la cuestión, abstrayéndose del caso y tal como lo hicieran en otros precedentes²⁵ se pone el traje institucional y sostiene para el análisis de estos casos habrá que advertir:

²⁵ CSJN: “Verrochi” (CSJN, del 19 de agosto de 1999), “zacarias” (310:464); “Badaro”.

Que la naturaleza jurídica de la institución deberá ser definida, justamente, por su naturaleza y no por el nombre otorgado por la Administración al contratar.

Que hay una evidente desviación de poder en la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones de carácter permanente.

Que los que no se encuentran sujetos a la LCT, en tanto desempeñen tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública Nacional o Local igualmente gozan de la protección conferida por el art 14 bis de la constitucional Nacional (Cons. 6°) .

En este último punto la Corte, pone un bocadillo poco habitual en materia de Derecho Público, el que sin tapujos rubrica en el considerando octavo: “Que, en suma, la ratio decidendi de “Ramos” alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como el considerado en ese precedente, ya sea con la Administración Pública Nacional, Provincial, Municipal o, como en el presente caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”

Está claro que esto en algún punto lo tenía que decir, porque aunque la Corte trata el caso vía un Recurso Extraordinario Federal, desde un principio estaba claro que había un serio problema de competencia.

En el proceso se estaba juzgando la actuación Administrativa de un Órgano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en ejercicio de una típica función administrativa como es la contratación de empleo público, por lo que no pudo haber sido nunca la competente la Justicia Nacional del Trabajo, sino más bien la justicia ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la encargada de juzgar la cuestión. La Corte entiende, en buena lógica, que según el precedente “Trellez”²⁶ cuestiones de naturaleza alimentaria hacían necesario su tratamiento sin perjuicio de cuestiones formales.

²⁶ Fallos 308:552

Nadie en este punto puede dudar de lo loable y necesario que fue que la Corte Suprema de la Nación tratara y resolviera la cuestión. Pero en este caso da la sensación de que la Corte tenía la intención de mandar un mensaje institucional y en algún punto pegar un golpe de timón del barco institucional que se encaminaba hacia “Sanchez” y encarrilarlo hacia las aguas más principistas de “Ramos”.

¿Sino por qué decir lo que dijo?, ¿por qué sostener que la *ratio decidendi* de “Ramos” alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como el considerado en ese precedente, ya sea con la Administración Pública Nacional, Provincial, Municipal o, como en el presente caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?. (Cons 8°).

¿No había la Corte en el precedente “Barreto”²⁷, al delimitar el concepto de “Causa Civil”, sostenido que las cuestiones de derecho público local debían dirimirse en la esfera local?

¿Hay algo más de derecho público local que la regulación del Empleo Público?

Esta tajante afirmación de la Corte Nacional de la aplicación de su precedente a las distintas esferas del derecho estadual, sin duda implicaba grandes cambios y generaba un novedoso pronunciamiento, que como veremos empezaron a replicarse en otras esferas judiciales.

3.5 Caso González

²⁷ Considerando 8°) Que una calificación de esa naturaleza (causa civil) se ha atribuido a los casos en los que su decisión hace sustancialmente aplicables disposiciones de derecho común, entendiendo como tal el que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Por el contrario, quedan excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sgte.. de la Constitución Nacional (Fallos: 180:87; 187:436; 311:1597, entre otros)

VII. Recientemente a finales del año 2013, la Corte Nacional embistió contra el empleador que faltaba, si en Ramos cuestionó la Política de empleo temporario del Estado Federal y en “Cerigliano” acometió contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ahora se topaba con la Provincia de Buenos Aires, la que cuenta con seguramente, la mayor cantidad de empleados públicos del País y es en donde se encuentran las administraciones Municipales que ha recurrido históricamente a este tipo de contratación.

El caso Gonzalez²⁸, que llegó a la Corte Federal en Queja por haberle sido denegado el Recurso Extraordinario Federal y luego de desoír la opinión de la Sra. Procuradora Fiscal, que sostenía la inadmisibilidad de la misma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al planteo, dejando sin efecto la sentencia del Superior Tribunal Bonaerense y remitiendo al mismo para que, por quien corresponda, dicte un nuevo fallo de acuerdo a los precedentes del Tribunal Nacional.

Lo medular del fallo se reduce a tres párrafos, en donde la Corte Federal cuestiona la interpretación que hiciera la Corte Provincial en cuanto a que el Estatuto del Banco de la Provincia de Buenos Aires permitiría la renovación sucesiva del contrato del actor por 23 años.

En el considerando 4, segundo párrafo sostiene que la Corte provincial se limitó a sostener que, “la mayor diferencia entre un régimen y el otro radica, justamente, en que el personal de planta permanente consiste en la aptitud de perdurar en él toda la vida laboral”. Esto, dice la CSJN, resta importancia a la antigüedad del actor en el empleo, 23 años, y admite implícitamente que las categorías normativas de “personal permanente” y de “personal contratado”, resultan indistintamente aplicable a las relaciones laborales que perduran en el tiempo, sin advertir que dicha finalidad es contraria a la interpretación armónica del Estatuto de empleo público (en este caso

²⁸ Gonzalez Lorenzo Ramón c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s Demanda contenciosa Administrativa. 2013-10-08. G. 117. XLVI

del Banco de la Provincia de Buenos Aires) y el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Finalmente, y avanzando sobre la doctrina que venimos comentando, la CSJN, sostiene que la relación encubrió una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado y generó en el actor un legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art 14 bis de la Constitución Nacional otorga al despido arbitrario”.

Nada más dice la Corte y en la utilización de la figura del despido arbitrario y la remisión al art. 14 bis de la constitución nos vuelve a dejar con algunas dudas. ¿Deberá la Justicia Provincial reincorporarlo en aplicación de la estabilidad del empleado público que concede el art. 14 bis? o ¿deberá indemnizado por haber sido arbitrario el despido?.

Tradicionalmente la doctrina constitucional ha señalado que el art. 14 bis de la constitución Nacional formula una distinción entre la estabilidad absoluta y la estabilidad relativa. Respecto al empleo Público garantiza la “estabilidad”, respecto al empleo privado, sólo la protección contra “el despido arbitrario”.

Veremos que esa discusión se suscitó en la Suprema Corte Provincial.

Como apostilla final es bueno señalar que el fallo fue rubricado por seis de los siete Jueces del alto Tribunal, no habiendo disidencias ni distintas opiniones.

3. Situación del empleo público temporal en la Jurisprudencia de los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires.

Reiteradamente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha sostenido que el personal de planta temporaria -v. gr., agentes mensualizados y jornalizados - participa de un estatus de excepción, no poseyendo más derechos que

los previstos, en modo expreso o razonablemente implícito, en el régimen jurídico que ha disciplinado su incorporación y desempeño en la relación de empleo²⁹.

De modo tal que el punto de partida para determinar la naturaleza del vínculo habido entre las partes, sostiene la Corte Provincial, está dado por la modalidad de la designación y no por la modalidad de la prestación personal.

Por ende, para el Superior Tribunal provincial, tampoco frente a las sucesivas renovaciones del contrato cabe efectuar una interpretación diferente, toda vez que ni la antigüedad en el nombramiento con carácter de personal contratado, ni la índole de las tareas realizadas en una situación idéntica a la del personal de planta permanente, habilitan a tener por modificada la situación de revista, desde que es el acto de designación el que imprime el régimen aplicable a la relación³⁰.

Por ello, para la interpretación de la SCBA, la mayor diferencia entre un régimen y otro radica, justamente, en que el personal contratado tiene un vínculo sujeto a plazo cierto, mientras que el derecho a la estabilidad del personal de planta permanente consiste en la aptitud de perdurar durante toda la vida laboral. De ningún modo, entonces y bajo este prisma interpretativo, ha podido un empleado temporario, consolidar una relación de empleo estable ni aspirar a ejercer los derechos de ella derivados³¹.

²⁹ Doct. causas B. 50.547, "Zaragoza", sent. de 31-V-1998, "Acuerdos y Sentencias", 1988-III-324; B. 51.827, "Palacios", sent. del 16-XI-1993; B. 54.512, "Pertusi", sent. de 11-IV-1995; B. 56.748, "Guevara", sent. de 14-IV-1998; B. 57.364, "Capuano", sent. de 31-VIII-1998; B. 56.876, "Torres", sent. de 24-XI-1999; B. 56.547, "Hermosilla", sent. de 2-VIII-2000; B. 57.700, "Montes de Oca", sent. de 10-IX-2003; B. 57.741, "Iori", sent. de 18-II-2004; B. 61.215, "Zocchi", sent. de 1-III-2006; B. 60.405, "Ludueña de Andrade", sent. de 22-III-2006; B. 57.551, "Portillo", sent. de 19-IX-2007, entre muchísimas otras.

³⁰ Doct. causas B. 57.235, "De la Faba", sent. de 2-XI-2005; B. 57.741, "Iori" y B. 57.551, "Portillo" ya citadas; B. 62.513, "Gundín", sent. de 22-X-2008; conf. doct. C.S.J.N., Fallos 310:195, 1390, 312:245, 1371, citados in re V. 223. XXXV, "Vaquero", sent. de 22-VIII-2001.

³¹ Galvan, Carlos Héctor contra Municipalidad de Quilmes s/ Demanda contenciosa administrativa. Ac 2078 del 9/12/09.

En este punto la Jurisprudencia de las cortes Nacional y Provincial coinciden, el transcurso del tiempo no puede hacer variar la naturaleza de la relación. El tiempo no transforma lo transitorio en permanente.

Muy probablemente esto se deba a que en este punto transformar la calidad de un empleado, sería modificar un estatus jurídico y atribución típicamente administrativa, en la selección y administración de su personal.

Este panorama que ha dejado la Corte Nacional, como veremos, ha traído profundos cambios en la órbita de la Provincia de Buenos Aires, pues la Corte Bonaerense ha debido releer su propia opinión mayoritaria en materia de empleo temporario. Intentaremos reflejar esos cambios.

Tradicionalmente, la corte Provincial ha tenido dos posturas en cuanto a la influencia de los precedentes Federales, por un lado ha sostenido que los tribunales de provincia pueden apartarse fundadamente de los fallos de la Corte Suprema de la Nación con relación a cuestiones de derecho público local, en virtud del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional (arts. 67 inc. 11, 100, 104 y 105, en su numeración anterior)³².

Por su parte en una reiterada postura el Dr Hitters sostiene que La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto en los temas federales como en aquéllos que no lo son, resultan vinculantes hacia los tribunales inferiores, en el primer caso por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra Carta Fundamental y en el segundo, por imponerse su seguimiento moral, sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal³³.

En lo que hace al tratamiento dado por los tribunales inferiores de la Provincia de Buenos Aires, es dable destacar el recurso que tuvo oportunidad de tratar la Cámara en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de Mar del Plata en los

³² Conf SCBA C 102213 S 14-7-2010.

³³ SCBA, C 99858 S 17-8-2011

autos “Acosta, María Ana Lourdes c. Municipalidad de Tapalqué s. Impugnación de Acto Administrativo – daños y perjuicios” en donde, si bien desecha la posibilidad de la reincorporación del agente, fundado en la propia doctrina de la Cámara³⁴, reconoce –si bien bajo ciertas condiciones- un derecho indemnizatorio frente al obrar de la Administración empleadora, que en forma patente se apartó de la esencia de la herramienta excepcional de vinculación, que es el empleo temporario.³⁵

En cuanto a la reparación, la Cámara en parangón con lo sostenido por la Corte Nacional y ante la inexistencia de norma específica en la materia, recurre a la analogía aplicando la indemnización prevista por el artículo 24 inc. 2° de la ley 11.757 (Estatuto del Empleado Municipal)³⁶.

4. Recepción de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

En este acápite trataremos la interpretación que hiciera el Superior Tribunal Bonaerense de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en materia de empleo público temporario. Como señalamos en párrafos anteriores, la corte Bonaerense tenía una

³⁴ causa C-1307-BB1 “Pisani”

³⁵ En el caso el Municipio demandado, renovó trimestralmente y durante diez años, contratos de empleo público transitorio para desempeñar tareas de auxiliar hospitalaria.

³⁶ ARTICULO 24º: Será acordada indemnización por los siguientes motivos: Por enfermedad del trabajo y/o accidente sufrido por el hecho o en ocasión del servicio. Esta indemnización será la que establezca la Ley de Accidentes de Trabajo en el orden nacional y las que en su consecuencia se dicten. Por cese a consecuencia de la supresión del cargo y función, a que se refiere el artículo 9º inciso b). Esta indemnización no comprenderá a los agentes que estén en condiciones de acogerse a los beneficiarios jubilatorios. El monto de la indemnización será equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuese menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente a TRES Y MEDIA (3 ½) veces el importe mensual de la retribución correspondiente al básico de la categoría uno (1) del régimen de cuarenta y ocho (48) horas de la Ley 10.430 o aquella que la reemplace en leyes posteriores. Asimismo, el importe de indemnización no podrá ser inferior a dos (2) meses de sueldo del primer párrafo.

consolidada doctrina en materia de empleo público temporario que evidentemente se vio conmovida por los precedentes “Ramos” y “Cerigliano”.

El caso en el que tuvo oportunidad de expedirse la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires - en adelante SCBA - se denomina “Villafañe Blas Galo contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley” (A. 69.913). Las particularidades del mismo y la disparidad en los votos de los Sres. Ministros, por los fundamentos y por el resultado a los que llegan, hace necesario su tratamiento particular y por separado.

La acción llegó al Superior Tribunal Bonaerense en grado de apelación y luego que tanto en primera instancia como en Cámara se desestimara el planteo de la Actora.

Como en los precedentes de la CSJN, el caso fue ampliamente debatido por los Ministros del Superior Tribunal, lo que dio lugar a extensos y fundado votos que fueron conformando finalmente un Voto mayoritario que fija un nuevo estándar en la Jurisprudencia del superior Tribunal Bonaerense y que receptaba, con sus particularidades, el camino trazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como hemos señalado el camino a desandar por la SCBA no era fácil. El Tribunal, con esta misma composición, por mucho tiempo sostuvo, por mayoría, una jurisprudencia contraria a cualquier tipo de reclamo patrimonial de los agentes temporarios ante la disolución del vínculo laboral.³⁷

A los efectos de un mejor desarrollo, señalaré en forma separada y de acuerdo al orden de votación que sigue el fallo, los principales argumentos de cada uno de los Magistrados Bonaerenses.

³⁷Doct. causas B. 50.547, "Zaragoza", sent. de 31-V-1998, "Acuerdos y Sentencias", 1988-III-324; B. 51.827, "Palacios", sent. del 16-XI-1993; B. 54.512, "Pertusi", sent. de 11-IV-1995; B. 56.748, "Guevara", sent. de 14-IV-1998; B. 57.364, "Capuano", sent. de 31-VIII-1998; B. 56.876, "Torres", sent. de 24-XI-1999; B. 56.547, "Hermosilla", sent. de 2-VIII-2000; B. 57.700, "Montes de Oca", sent. de 10-IX-2003; B. 57.741, "Iori", sent. de 18-II-2004; B. 61.215, "Zocchi", sent. de 1-III-2006; B. 60.405, "Ludueña de Andrade", sent. de 22-III-2006; B. 57.551, "Portillo", sent. de 19-IX-2007, entre muchísimas otras.

Primeramente es preciso hacer un pequeño relato de los hechos que motivados la causa:

Hechos del Caso.

El Sr Villafañe, Policía Federal retirado, comenzó a trabajar en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, el día 16 de julio de 1979, desempeñándose como agente de vigilancia y seguridad ininterrumpidamente en la entidad bancaria hasta el día 31 de abril del año 2000, fecha en la cual le comunican la no renovación del contrato. Motivado el reclamo ante la intempestiva ruptura del vínculo laboral formuló reclamo administrativo ante la demandada, el que le fue denegado, con fundamento en la inexistencia de relación de dependencia entre las partes.

Entre la prueba documental que señalan los distintos votos, se destacan que el actor firmó, durante los veintiún años que duró el vínculo, distintos contratos de carácter temporario, siendo el primero en el año 1984 y siendo los posteriores por distintos períodos, de tres, seis o doce meses. Habiendo períodos de tiempo en el que laboró sin contrato alguno. Se acredita que el Banco realizó aportes previsionales durante los años de labor del actor. Nada de esto fue rebatido por la demandada.

Habiendo tenido un final adverso a su pretensión tanto en primera, como en segunda instancia, dedujo recurso extraordinario fundado en la inaplicabilidad de ley o doctrina legal y absurdo en la valoración de la prueba por parte de los Jueces pre actuantes.

En este punto, parecen los votos indicar, que el Sr. Villafañe fundó su recurso y su agravio en el voto, hasta el momento minoritario, que durante mucho tiempo llevó adelante el Dr. Negri y que no hacía a la mayoría del tribunal.

5. 1 Análisis de los Votos

6.1.1 Voto del Dr. Negri.

En la argumentación de su voto, el Dr. Negri, advierte que la instancia ordinaria solo valoró el último contrato celebrado por las partes y en función de ello declaró la falta de estabilidad en el cargo del Villafañe y, en consecuencia, el rechazo de la pretensión.

Afirma, que este hecho torna absurda la valoración de la prueba efectuada por las instancias inferiores, puesto que el vínculo se manifestó por veintiún años y no es posible la subsunción en el análisis jurídico al último contrato. Esta apreciación implicó el detenimiento de la real naturaleza del vínculo laboral demostrada con la documentación aportada.

Posteriormente el Magistrado se remite a sus propios votos³⁸ en donde desde mediados de los años ochenta diferenciaba el carácter del empleo según la actividad de que éstos realizaran y que la contratación de empleados temporarios a los efectos de realizar tareas habituales y permanentes, no solo es contrario a la Ley sino que también es subsumida por el art 14 bis de la constitución, puesto que, citó: “ cuando la relación laboral se ha consolidado en mérito del desempeño efectivo de tareas propias del personal permanente y de la continuidad en ellas durante el plazo señalado precedentemente, la garantía de estabilidad no puede ser desconocida mediante una conducta irrazonable y abusiva de la autoridad administrativa”. (cons c. 4 parrf).

Es por ello que el Dr. Negri acoge el Recurso, dispone la reincorporación del actor y estipula el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos en un 70 % de los sueldos dejados de percibir desde la separación en el cargo.

6.1.2 Seguidamente tiene oportunidad de votar el Dr. Soria:

³⁸B. 49.890, "Villalba", sent. del 11-VIII-1987; B. 50.547, "Zaragoza", sent. del 31-V-1988, L. 67.396, "Faraci", sent. del 30-IX-1997; B. 54.753, "Batista", sent. del 12-V-1998; B. 57.369, "Oli-va", sent. del 10-IV-2001; B. 56.138, "Moya", sent. del 29-VIII-2001; A. 68.916, "Soverón", sent. del 1-X-2008

Este voto es de gran trascendencia por dos motivos, primero porque será el que hará la mayoría y segundo, por la influencia doctrinaria que en la materia cuenta el Dr. Soria.

A mi entender, este voto es el que modula los precedentes del tribunal Federal con la Jurisprudencia de la Corte Bonaerense.

En el tratamiento de la alegada violación a la doctrina legal es donde el Magistrado desarrolla la cuestión de fondo. en principio sostiene que tal apartamiento no existe, puesto que el argumento del recurrente se cimienta en la opinión minoritaria del tribunal, por lo que no puede alegarse que las instancias inferiores se hayan apartado de la doctrina del tribunal.

Sin perjuicio de ello, conocedor de la reciente Jurisprudencia Nacional, acomete en su tratamiento.

Para ello, se detiene en los puntos en común con la doctrina del tribunal, que ciertamente son muchos:

- a. Los agentes de planta temporaria participan de un estatus de excepción, no poseyendo más derechos que los previstos, en modo expreso o razonablemente implícito, en el régimen jurídico que ha disciplinado su incorporación y desempeño en la relación de empleo (Cons 2.a)³⁹.
- b. El punto de partida para determinar la naturaleza del vínculo habido entre el agente y la administración está dado por las modalidades de la designación, sin que las sucesivas renovaciones del contrato o la antigüedad en el nombramiento, habilite a tener por modificada la situación de revista.
- c. Hasta ahí, la interpretación de los tribunales inferiores no era contradictoria con los precedentes de la Casación Bonarense, ni contrarios al los nuevos parámetros que fijo la CSJN, sin embargo - dice el Dr. Soria - esta conclusión ha

³⁹causas B. 57.741, "Iori", sent. de 18-II-2004; B. 61.215, "Zocchi", sent. de 1-III-2006; B. 57.551, "Portillo", sent. de 19-IX-2007, entre otras

de modularse a la Luz de la Jurisprudencia de la CSJN sobre el punto, cuyos alcances cabe valorar en cada caso, comparando las peculiaridades de la litis bajo decisión con las circunstancias relevantes que han informado lo resuelto en las causas “Ramos”, “Sanchez” y “Cerigliano”.

- d. Posteriormente destaca dos puntos muy importantes, estos precedentes muestran un cambio en los precedentes del propio Tribunal Federal y - lo que señalamos precedentemente - la materia es eminentemente local, privativa - por los dichos de la propia CSJN - de los Jueces locales.
- e. El mero transcurso del tiempo no modifica la situación de revista del Agente.
- f. Los jueces - parece decir el Dr. Soria - no pueden modificar la situación de revista del agente, lo contrario sería contradecir el presupuesto de la administración y lo establecido por la norma (en este caso el estatuto del BAPRO).
- g. Ahora bien, a partir de ahora hay ciertas cosas que después de “Ramos” y “Cerigliano” ya no se pueden hacer, o si se hacen se debe pagar:

g.1: Si el contrato es temporal o no permanente no se puede tener a una agente indefinidamente (en el caso 21 años) sin motivos, bajo un régimen jurídico que predica la posibilidad de contratar de manera permanente o temporario. Ergo, intentar justificar que durante 21 años se tuvo a un agente como temporario cuando se lo puedo tener como permanente y que se obro bajo la legalidad (Estatuto del BAPRO) es irracional. (Cons. 3.b).

g.2 El demandado, contratando temporalmente por 21 años al Sr. Villafañe obró con Mala Fe (Cons 3.c).

g.3. La mecánica infundada de contratación temporaria para trabajos habituales por repetidos períodos de tiempo, sin estar acompañados de una fundamentación específica que sustente la singularidad del vínculo difumina los parámetros legales delineados a la hora de discernir quienes deben revisar en planta permanente, excede el margen de discrecionalidad de que dispone la Administración en punto a la organización de su planta personal, desembo-

cando, en virtud de tal desborde, en un apartamiento de la finalidad que procura realizarse mediante el régimen aplicable. (Cons.3.c).

g.4. El actor, en su recurso logra demostrar que el BAPRO utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales incurriendo en desviación de poder.

Como se advierte el voto del Dr Soria pone serios cuestionamientos a los principios del obrar de la Administración: irracional, de mala fe, arbitrario, con desviación de poder.

La propia profundidad jurídica que tienen estos conceptos, no emanan, o podrían no emanar, de una nueva interpretación de la Jurisprudencia Federal, sino de un reconocimiento de los Derechos Constitucionales que gozan los empleados públicos y las reglas a las que deberes sujetarse la administración en su calidad de empleadora y que posiblemente se encontraban en precedentes anteriores del Tribunal en donde tuvo oportunidad de juzgar conductas similares con disímil resultado⁴⁰.

Esto es particularmente paradójico, pues en el precedente “González, Lorenzo Ramón contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda Contenciosa administrativa”⁴¹, de fecha 6 de mayo de 2009, que señalamos en párrafos anteriores, se planteó un caso de muy similares características⁴² y la Mayoría del Tribunal no encontró los supuestos que sí hizo en “Villafañe”.

⁴⁰Causas SCBA: B. 54.512, "Pertusi", sent. de 11-IV-1995; B. 54.222, "Paez", sent. 11-III-1997, "Acuerdos y Sentencias", 1997-I-430; B. 51.756, "García Domínguez", sent. 13-V-1997; "Acuerdos y Sentencias", 1997-II-790; B. 54.753, "Batista", sent. de 12-V-1998; B. 57.364, "Capuano", sent. de 31-VIII-1998; B. 56.876, "Torres", sent. de 24-XI-1999; B. 56.457, "Hermosilla", sent. del 2-VIII-2000; B. 57.700, "Montes de Oca", sent. de 10-IX-2003; B. 57.741 citada; B. 56.694, "Tissot", sent. del 18-V-2005; B. 61.553, "Díaz", sent. del 10-VIII-2005; B. 57.235, "De la Faba", sent. del 2-XI-2005; B. 61.215, "Zocchi", sent. del 1-III-2006; B. 62.513, sent. del 22-X-2008, entre otras

⁴¹ Causa B.62.481. En el caso se rechazó el planteo del actor con votos de los Dres Kogan, Genou, de Lazzari y Soria.

⁴² En el caso el Actor trabajo bajo planta permanente, desempeñando actividades de Seguridad, en

h. En cuanto al reclamo reparador, El Ministro Soria entiende que no es posible el restablecimiento del actor en su puesto de trabajo y que la referencia al Art. 14 bis de la Constitución Nacional en el Caso “Cerigliano” no es de aplicación directa al caso. Sin perjuicio de ello como en “Ramos” el voto reconoce el derecho reparatorio del actor, en cuanto a las expectativas que 21 años habrían generado en el mantenimiento del vínculo laboral, por lo que recurre a la aplicación analógica de los art. 11 y 30 inc b) de la Ley 10.430.

En oportunidad de votar la Dra Kogan adhiere a los sostenido por el Dr. Soria, reiterando dos de los conceptos medulares de los precedentes Federales, la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por lo elementos que la constituyen, con independencia de las denominaciones que se le otorguen y que la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir relaciones laborales de carácter permanente implica un desviación de poder. El Dr. de Lázzari Adhiere al este Voto.

El Dr. Pettigiani también refiere adhesión al voto del Dr. Soria y la interpretación que este hiciera de los precedentes Federales, poniendo especial atención a que en el caso el transcurso del tiempo por el que se lo contrató al actor y las sucesivas renovaciones fue un dato significativo, que aunque no expresamente prohibidas por el estatuto del Banco, no se correspondían con la situación de revista importando, en los hechos, la cobertura de una vacante en forma permanente mediante una modalidad no apta para ello.

Voto del Dr. Hitters: La opinión del Dr. Hitters en el “Villafañe” sin duda es la más novedosa en cuanto a su estructura y, fundamentalmente, en cuanto al resultado al que llega. En principio el voto se aparta de la estructura típica de las sentencias judiciales, para ello divide su opinión en segmentos, yendo de lo general (las relaciones de empleo público) a los particular (el caso en análisis), introduce citas al pie de

el Banco de la Provincia de Buenos Aires por veintidós años.

página y dialoga con sus colegas, con la Cortes Suprema de Justicia de la Nación y hasta con sus propias opiniones precedentes.

En materia de Empleo Público, el magistrado entiende que hay dos grandes universos, el empleado contratado para incorporarse permanentemente a las filas de la administración y aquellos, que por el contrario, son contratados para laborar en forma temporaria dentro de la Administración Pública.

Dentro de este sub grupo, también se pueden revestir distintas características pero todos tienen una nota en común, que su contratación obedece a razones especiales y particulares, ya sea del propio agente (especialista, técnico) o a determinada coyuntura ocasional o circunstancial. Estos trabajadores carecen del derecho a la estabilidad que consagra tanto la Constitución Nacional como la Constitución Provincial, por cuanto su razón de ser es la provisionalidad y excepcionalidad. Este tipo de regulación es lícita y razonable en la medida en que no se altere su finalidad. Si eso sucede, como en el caso, la garantía de la estabilidad en el empleo público también le es aplicable al empleado que fue contratado como temporario y en los hechos laboraba cuál empleado de planta permanente. En este punto el voto traza una diferencia sustancial con sus colegas – salvo el Dr. Negri – y con la anterior Jurisprudencia del Tribunal⁴³, por cuanto el agente deja de pertenecer al status de excepción

⁴³ *"El personal de planta temporaria -vgr. agentes mensualizados y jornalizados- participa de un estatus de excepción, no poseyendo más derechos que los previstos, en modo expreso o razonablemente implícito, en el régimen jurídico que ha disciplinado su incorporación y desempeño en la relación de empleo"* S.C.J.B.A., doct. causas B. 50.547, "Zaragoza", sent. del 31-V-1998, "Acuerdos y Sentencias", 1998-III-324; B. 51.827, "Palacios", sent. del 16-XI-1993; B. 54.512, "Pertusi", sent. del 11-IV-1995; B. 56.748, "Guevara", sent. del 14-IV-1998; B. 56.876, "Torres", sent. del 24-XI-1999; B. 56.547, "Hermosilla", sent. del 2-VIII-2000; B. 57.700, "Montes de Oca", sent. del 10-IX-2003; B. 57.741, "Iori", sent. del 18-II-2004; B. 61.215, "Zocchi", sent. del 1-III-2006; B. 60.405, "Ludueña de Andrade", sent. del 22-III-2006; B. 57.551, "Portillo", sent. del 19-IX-2007; B. 60.219, "Galván", sent. del 9-XII-2009; entre tantas otras.

que había disciplinado su ingreso, en donde no tenían estabilidad, para ser arropado por la garantía constitucional de la estabilidad del empleo público.

¿Cuál es la llave que destraba el candado?.

La utilización abusiva y contraria a la buena fe que hace el empleador de una figura que reguló el legislador para otra cosa.

¿Cómo se descubre este mecanismo ilegítimo?.

Descubriendo el velo, contrarrestando la “realidad jurídica” – el contrato entre las partes - con la “realidad documentada” – el trabajo efectivo que desarrollaba el agente y el tiempo por el que lo hizo - , dando lógica primacía a esta última por sobre aquella.

¿Qué consecuencias tiene?.

El trabajador tiene derecho a ser resarcido y reincorporado como planta permanente. “Si se encubrió una relación permanente es porque tenía esta característica y, consecuentemente, no cabe sino reconocerla como tal.” (Tercer párrafo, acápite D.1.i).

Tanto la Corte Nacional, como la Provincial sostuvieron que la decisión jurisdiccional no podría tornar un trabajador en permanente puesto que ello implicaría modificar la estructura de la planta de la administración y el presupuesto que se otorgó para ella.

El Dr. Hitter señala, entiendo muy acertadamente, que esta imposición presupuestaria no puede serle opuesto al trabajador en su desmedro. Él que no tiene injerencia en la proyección presupuestaria, ni en la variación que pudiere estimar la administración en cuanto a la idoneidad requerida para ingresar como planta permanente al momento del distracto. Por otro lado, no sería válido el argumento por el cual se sostiene que tal decisión jurisdiccional implicaría una intromisión en el reparto presupuestario, puesto que el mismo se podría hacer por los canales habituales y legales de ejecución de sentencias.

En cuanto a la reparación, entiende que la aplicación analógica, que tanto la Corte Nacional como la Provincial hicieron de la norma que establece la indemnización

para el caso de que el empleado permanente, ante una restructuración o supresión del cargo, estime conveniente abandonar las filas de la administración⁴⁴ no es la adecuada. Ello por cuanto en el caso se estaría aplicando las mismas consecuencias para un actuar lícito que para uno que no lo es. Por ello propicia que la indemnización deba hacerse bajo el prisma de los precedentes que ha adoptado el Tribunal en oportunidad de juzgar cesantías irregulares⁴⁵. Sin perjuicio de ello, por razones de celeridad y economía procesal acata la doctrina del Tribunal Federal.

Es muy saludable que los tribunales hayan corrido el velo que cubría el fraude de la contratación temporaria y hayan empezado a reconocer algunos derechos de los trabajadores que laboraban en esta fraudulenta condición. Es también auspicioso la recepción que ha tenido los tribunales inferiores y estaduales, que por su inmediatez, cercanía y competencia constitucional⁴⁶, son los encargados de dirimir este tipo de cuestiones.

Cierto es que como afirma Federico Morgenstern, “sería deseable que los distintos componentes de los tribunales pluripersonales funcionaran más como equipo o tribunal colegiado y no tanto como iusfilósofos que encuentran permanentemente matices diferenciadores, para lo cual debe haber una disposición del juez a subsumirse en cierta medida en el rol institucional del tribunal, suprimiendo, en aras de la obtención de consensos y estabilidad del derecho, su agenda ideológica o los deseos

⁴⁴ Arts 11 Ley 25.164; art 30 inc b) Ley 10.430 y art 24 de la Ley 11.757. Leyes Nacionales, Provinciales y Municipales respectivamente.

⁴⁵ causas B. 49.176, "Sarzi", cit.; B. 48.945, "Moresino", sent. del 26-II-1985, "Acuerdos y Sentencias", 1985-I-203; B. 49.076, "Correa", sent. 18-XI-1986, "Acuerdos y Sentencias", 1986-IV-128; B. 53.291, "Alvarez", sent. del 22-IV-1997, "Acuerdos y Sentencias", 1997-II-271; B. 55.364, "Tamborini", sent. del 10-VI-1998, "Acuerdos y Sentencias", 1997-III-271; B. 56.396, "Ceccomancini", sent. del 14-IV-1998, "Acuerdos y Sentencias" 1998-II-419; B. 59.013, "Meza", sent. del 4-IV-2001

⁴⁶ Art 5, 75 inc 22 y 123 Constitución Nacional.

de obtener reconocimiento personal⁴⁷, sobre todo en materias tan neurálgicas para la Administraciones Publicas y para tantos miles de agentes público que se encuentran en situaciones análogas a las descritas, evitando la necesidad de fallos “aclaratorios” o “reiteratorios” de su propia doctrina.

VIII.

6. Conclusiones

Hemos tratado de advertir que el camino hacia una decisión de tipo institucional como ha tomado la Corte Nacional en “Cerigliano” y “Gonzalez” ha sido el final de una segura ardua discusión que se dio en el seno de la Corte Nacional y el principio de discusiones que se están dando en los tribunales de todo el País. En esta materia, como en otras, es innegable el peso específico que tienen las decisiones de la Corte Nacional, que aunque en cuestiones típicamente locales, empieza a trazar una jurisprudencia incipiente hacia el reconocimiento de un problema estructural de las plantas administrativas y de los derechos de los trabajadores públicos.

La contratación de empleados públicos bajo el ropaje de empleados temporarios, para la realización de tareas habituales, ha sido una práctica sistemática de la administración pública Nacional, Provincial y Municipal en franca contradicción con el espíritu de las distintas leyes de empleo público y lo que es aun más importante, con la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y los convenios internacionales suscritos en la materia, como es la Carta Iberoamericana de la Función Pública⁴⁸.

⁴⁷ Federico Morgenstern, “ Sentencias de Tribunales Colegiados: problemas relacionados con la formación de mayorías” <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=8648&tipo=2>

⁴⁸ Esta carta fue suscrita por nuestro País en la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Publica y Reforma del Estado. (Junio del año 2003) y entre sus principios rectores sostiene: Principios rectores: Son principios rectores de todo sistema de función pública, que debe-

En el punto II⁴⁹ del trabajo resaltamos una serie de argumentos que encontraban los tribunales para distinguir al empleado temporario del trabajador de planta permanente, señalando las diferencias entre uno y otro y las consecuencias jurídicas que esas diferencias traen aparejadas. Hemos visto a lo largo de este trabajo que muchos de estos argumentos continúan separando en derechos a unos trabajadores de otros.

Cierto es que con los silencios en “Cerigliano” y “González” la Corte Nacional ha dicho más que con sus palabras en “Ramos” o “Sánchez”.

Nos queda preguntarnos si aún persisten las razones que han permitido a la administración evadir la reincorporación y el reconocimiento de la estabilidad a los empleados contratados temporalmente en fraude a la ley.

Los Tribunales Federales y Provinciales no han dejado dudas de que hoy ante la no renovación de una contratación temporaria que fue ilegítima en los “hechos” deviene una indemnización económica.

rán inspirar las políticas de gestión del empleo y los recursos humanos y quedar en todo caso salvaguardados en las prácticas concretas de personal, los de:

- Igualdad de todos los ciudadanos, sin discriminación de género, raza, religión, tendencia política u otras.
- Mérito, desempeño y capacidad como criterios orientadores del acceso, la carrera y las restantes políticas de recursos humanos.
- Eficacia, efectividad y eficiencia de la acción pública y de las políticas y procesos de gestión del empleo y las personas.
- Transparencia, objetividad e imparcialidad.
- Pleno sometimiento a la ley y al derecho.

⁴⁹ 1. El transcurso del tiempo no hace variar de por sí la situación de revista. 2. La necesidad de acto expreso que transforme la relación temporaria en permanente. 3. La discrecionalidad Administrativa que tiene la administración a la hora de completar su planta laboral, cuestión solo revisable desde la legitimidad de sus actos por el poder judicial. 4. La teoría de los actos propios o el sometimiento voluntario del empleado a la relación jurídica que lo uno con la administración.

5. El empleado no puede ser reincorporado judicialmente, puesto que ello vulneraría la división de poderes, en tanto es el congreso nacional el que fija los gastos de la Administración.

En particular la Suprema Corte de Justicia de la Provincia adicionaba dos cuestiones más:

6. Carecen de estabilidad por haber sido contratados dentro de un régimen de excepción, al cual deben sujetarse, no poseyendo más estabilidad en el empleo que la que surge del acto de designación.

7. El hecho de que hagan la misma tarea no da derecho a tener la misma situación de revista

Sin embargo en materia de estabilidad y consecuente reincorporación los tribunales, por lo menos en sus votos mayoritarios, no ha avanzado, manteniendo infranqueable muchos de los principios que por años dividieron aguas en la materia.

Me permito, someramente, analizar los diferentes argumentos que, sin una definición concreta de la Corte, siguen apareciendo como limitativos del reconocimiento de los derechos de los trabajadores.

Como principio una aclaración previa, cuando los tribunales han señalado la diferencia entre la contratación temporaria y la de planta permanente⁵⁰ la hacían sobre la base de entender que la contratación no había sido hecha de manera fraudulenta, ilegítima y en abuso del derecho. Con el corrimiento del velo que ha hecho la CSJN y compartido la SCBA esos argumentos deben ser reexaminados, puesto que ninguno de ellos se sostiene en una relación que nació viciada por una simulación que escondía una contratación objetivamente permanente.

No es, por tanto, pacífica la convivencia ni trasladable las razones que sustentan la contratación temporaria legítima con la contratación temporaria fraudulenta.

Repasemos los argumentos que siguen sosteniendo los por los tribunales a los efectos de no reconocer la estabilidad del empleado contratado fraudulentamente como temporario y veremos que los mismos no son conciliables con los propios que se dan los mismos tribunales para señalar la actitud abusiva y de mala fe de la administración en esta clase de contratación.

a) ¿Parece posible que a la luz de la búsqueda de la verdad material que ha propiciado la CSJN, sea posible sostener que el transcurso del tiempo no varíe la situación de revista?

Como sostiene Messineo en un sistema de derechos donde hemos asumido que el tiempo es un hecho jurídico pues constituye un dato del cual depende el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones y calificaciones jurídicas, no parece ra-

⁵⁰ Véase nota al pie 61.

zonable, en los términos del art 16 y 28 de la Constitución Nacional, que el mismo no sea el reflejo de una realidad jurídica. Las continuas renovaciones contractuales no son más que una prueba incontestable del interés de la administración que el trabajador desarrolle una tarea con notas de permanencia y continuidad. Sostenemos que (2009) lo que como una moneda de dos caras, evidencia que el trabajo para el cual fue contratado carecía de las notas de excepción y especialidad que permiten la contratación temporal. Es cierto que nuestro sistema jurídico se ha acostumbrado a la excepción y a la emergencia, pero la costumbre no puede ni debe legitimar conductas ilegítimas, máxime cuando el que las lleva adelante es el Estado.

b) La exigencia de un expreso acto administrativo que haga que el trabajador integre el régimen de “planta permanente”, parece también un exceso de rigor formal a la luz de la verdad material. Tradicionalmente el derecho administrativo ha sido proclive a exigir como requisito de validez de un contrato administrativo la existencia de un acto jurídico generador de esa relación. Esto fue avalado y sostenido por los tribunales en materia de contratos administrativos⁵¹, en el caso del empleo público no parece analógicamente utilizable esta doctrina, pues ello sería convalidar el formalismo y cerrar los ojos a la realidad material, pues si algo no ha enseñado la CSJN en “Ramos” es que ante la contradicción entre la forma y la realidad no puede hacerse prevalecer a la primera, especialmente si una de las partes ha actuado de mala fe⁵².

Como sostiene Baró:

"aceptar...que el mero incumplimiento por parte de la Administración del trámite reglado al que debe ajustarse y que no es ajeno al interés del servicio, puede ser causa para dejar sin efecto una designación o para

⁵¹ Fallos “Espacio”(316:3157); “Cadipsa” (323:1146); “Mas Consultores Empresas” (323:1515); “Ingeniería Omega” (323:9424).

⁵² Diaz Caffetara. Ob. cit.

transformar indefinidamente -es decir, sin término- en inestable la situación de sus agentes, lo que evidentemente no parece conciliable con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional ni ajustado a requisitos esenciales de los actos administrativos” (Barò, 1982: 23).

Sería una exigencia circular y contradictoria exigir un acto administrativo expreso de reconocimiento de una contratación fraudulenta, pues como venimos diciendo, es el fraude a la ley y a la realidad jurídica lo que diferencia de una legítima contratación temporaria de la que no la es.

c) En cuanto al punto de la discrecionalidad que tiene la administración para nombrar a sus agentes, merece algún comentario. Es más que evidente que no hay sujeto más competente – legal y técnicamente – que la propia administración para designar a sus empleados, debiendo ser la idoneidad (Art 16 C.N) su requisito rector. Ahora bien, no hay discrecionalidad en la posibilidad de cumplir la ley o no hacerlo. Si la Ley estipula las razones por las cuales se puede contratar a un personal temporario, no es discrecional el contratarlo para que haga otra cosa. Las facultades o potestades de ejercicio discrecional se dan cuando el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal, al no imponer por anticipado la conducta a seguir. Ahora bien, la discrecionalidad, dice la CSJN⁵³, no se identifica con la falta de norma sino que por el contrario proviene de una ley que la limita y acota. Toda decisión discrecional tiene elementos legalmente reglados.

d) En cuanto a la teoría de los actos propios o el consentimiento voluntario, en el ámbito del derecho privado y laboral se ha entendido hace largo tiempo ya, que en una relación laboral hay una parte fuerte y otra débil, que necesita protección. En efecto, por lo general el trabajador no se encuentra en condiciones de elegir con total libertad qué trabajo ha de tomar, y mucho menos de discutir bajo qué condicio-

⁵³ Fallos 315:316

nes el trabajo se va a llevar a cabo. Por el contrario, necesita su sustento y protección dado que se encuentra en un mercado laboral agresivo. Tal es el fundamento de que el derecho laboral sea por naturaleza tuitivo.

Así, no puede utilizarse en contra del trabajador la doctrina de los actos propios con la misma fuerza que en las demás ramas del derecho, ya que el trabajador no es enteramente libre para tomar decisiones, sino que actúa compelido por las circunstancias adversas y la necesidad de sustento⁵⁴.

Los distintos fallos que hemos comentados han asumido que los actores tenían razonables expectativas de continuar en su relación laboral, esta "razonables expectativas" no son más que la afirmación que el empleado no consintió ni pacto libremente desarrollar un trabajo idéntico a la par de sus compañeros, pero sin los derecho de aquellos.

A esta altura de la evolución de los derechos en general y los laborales en particular es impensado que se pueda tolerar que ciertos sujetos débiles en la relación puedan resignar o postergar derechos esenciales.

La propia Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Higton de Nolasco, cuando se desempeñaba como camarista Civil y Comercial advirtió esta situación y sostuvo "Resulta a mi entender palmario que en principio, no se puede aplicar la doctrina de los propios actos a un trabajador al que se lo somete a un régimen jurídico, por el sólo hecho de no haber cuestionado desde el origen el sistema.. Es decir, si bien en lugar de ingresar por nombramiento, el actor comenzó sus tareas bajo contrato, se trata de un contrato que se suscribe por adhesión, absolutamente ajeno a la autonomía de la voluntad del operario". (...) "Aún cuando no sea estrictamente aplicable al caso la normativa sobre contrato de trabajo, hay ciertos principios generales -legales y constitucionales- que no pueden ser obviados; menos

⁵⁴ Diaz Cafferatta. Ob cit.

por el Estado que -como dice el actor- debe garantizarlos. Ciertamente el orden público laboral obtiene normas imperativas e impide determinados actos o conductas, restándoles validez, o establece situaciones que pueden ser solamente alteradas en beneficio del trabajador. La naturaleza imperativa del derecho laboral lo distingue del derecho privado y lo integra en un orden público, siendo explicable tal característica en función de la naturaleza misma de las relaciones económicas que exigen una regulación inderogable, mínima, acorde con el concepto de los derechos sociales del individuo. La jurisprudencia ha dicho que la finalidad del orden público laboral es la de corregir abusos de derecho y evitar injusticias en la organización social, y que para ello se establecen normas de aplicación obligatoria e independientes de la voluntad de las partes, a la cual incluso sustituyen. El criterio se basa en que se trata de una relación originariamente de carácter privado, más las características económicas y educativas de las partes conforman un elemento de instauración de determinadas políticas dentro del Estado moderno.

Continua diciendo la hoy Ministra de la Corte suprema de Justicia de la Nación “No puede meramente predicarse la igualdad ante la ley como un mero formalismo, sino que debe lograrse un equilibrio diferente para que ésta sea una realidad ejercitable. Es decir que cuando se trata de una relación empleado- empleador hay límites a la autonomía de la voluntad, dispuestos en miras del interés general. De ahí que existan derechos irrenunciables, lo cual impide que el empleador fije las condiciones de trabajo aprovechando la desigualdad económica y cultural que existe con el trabajador (...) Es de toda evidencia que no puede pasarse por alto que no se trata de una relación contractual privada sino de derecho administrativo. Mas, si el Estado no puede permanecer indiferente ante la renuncia de derechos que ha reconocido expresamente a favor de los trabajadores, teniendo en cuenta circunstancias de carácter social y económico, ni la naturaleza imperativa del derecho laboral que lo distingue del privado, tiene consistencia la queja del apelante según la cual tampoco pue-

den obviarse todos los principios por ser el Estado el contratante, ni puede incurrirse en fraude laboral a través de la evasión de disposiciones básicas”⁵⁵.

Sostener lo contrario sería ir contra el Orden Público Laboral, que por ser tal, es de aplicación tanto en la órbita privada como en la Pública. El orden público laboral fija mínimos inderogables con la finalidad de corregir abusos de derecho y evitar injusticias en la organización social. Su aplicación es obligatoria e indisponible para las partes.

Por encima de esos mínimos y en todo el derecho del trabajo, están los principios protectorios y el de irrenunciabilidad, presidiendo y protegiendo toda situación en la que exista una relación laboral, cualquiera sea el beneficio que obtenga el trabajador. Por lo tanto, el principio de irrenunciabilidad está presente defendiendo todo derecho y todo beneficio que hubiere obtenido el trabajador aún por encima del mínimo inderogable⁵⁶.

e) El argumento de que una sentencia que reincorpore al trabajador violaría la división de poderes puesto que implicaría que la administración deba asumir un compromiso económico no presupuestado tampoco es tal, en los supuestos en que la contratación cuenta con un vicio de origen, por varios motivos.

Hay sobrados ejemplos, en la jurisprudencia reciente, en donde los tribunales han obligado a la administración a efectuar actividades positivas, prestacionales, erogaciones pecuniarias de gran envergadura y hasta políticas públicas (“Mendoza” y saneamiento del Riachuelo es un ejemplo, satisfacción de necesidades de salud o vivienda son otros) en donde a nadie se le ha ocurrido decir que es un violación de principio de separación de poderes. Tampoco en el caso que la Justicia ha dispuesto reincorporar a un trabajador de planta permanente (“Madorran”).

⁵⁵ “Bonino, Gabriel J y otros c M.C.B.A.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F 09/3/2001. LL 2001-E, 129

⁵⁶ Roberto García Martínez. Tomo Derecho del Trabajo Nro. 1986, pág. 1752. LA LEY S.A.E. e I.

Otra alternativa que vedaría este argumento es el que sostiene el Ministro de la SCBA, Dr. Hitter en el punto D.1.II , del Fallo “Villafañe” en cuanto nada obstaría que la creación del empleo se haga en el marco de la ejecución de sentencia. En todo caso, si el trabajo en cuestión solo tiene de “temporal” su “*nomen iuris*” ya que en el plano de la realidad no es más que una forma de contratación de planta permanente, sería ineficaz desde que fue originalmente concebido, y “sustituido” por lo que realmente es, es decir uno con estabilidad propia. Viéndolo así, resulta irrelevante la cuestión vinculada a la irrupción presupuestaria, ya que el Juez no le estaría pasando un empleado de una planta a otra, sino que lo único que existió es una contratación de planta permanente, denominada invalidamente temporaria. Es que no debemos olvidar que el empleador estaba obrando de mala fe y en contradicción con el espíritu de la Ley. Bien sabido es que cuando se comprueba el abuso de poder y la utilización fraudulenta de la figura, la necesidad laboral persiste y en muchos casos la realidad indica que el empleo no se suprime, sino que se deja vacante para tomar a otro empleado con la misma modalidad. Por lo que una sentencia judicial no estaría obligando a la administración a mantener un empleado que no necesita, sino “blanqueando” la realidad del vínculo que los unía.

f) Cierto es que el régimen jurídico del trabajo temporario es de excepción y que el contratado bajo este régimen no tiene más estabilidad en el empleo que la que surge del acto de designación. Es cierto, pero lo es en la medida que el trabajo sea realmente temporario, excepcional, estacional, de imposible realización por los empleados de la planta permanente. Si la administración contratara a una decena de científicos para llevar adelante un proyecto tecnológico que requiere altísimos conocimientos técnicos, no es irrazonable que una vez terminado el trabajo finalice la relación entre las partes, sin más condiciones que las pautadas. El trabajo era de excepción y la relación jurídica también. Pero lejos están los ejemplos que hemos visto de tener estas características. ¿Por qué debería un empleado que realiza tareas de segu-

ridad en un Banco por más de veinte años estar vinculado en un régimen de excepción que limite su estabilidad?.

El axioma que traía a cuento las Cortes del régimen excepcional es verdadero pero su aplicación a siegas y automático es injusto, puesto que como sostiene Alexy (1989) con cita de Nino “las normas jurídicas no son razones autónomas para justificar decisiones, sino que toda justificación es una justificación moral”.

g) El argumento de que aunque desempeñen iguales tareas no tienen los mismos derechos, no solo es contrario a cualquier principio de igualdad, sino a los propios del derecho laboral, cuando el constituyente en el art 14 bis sostiene que deberá haber “igual remuneración por igual tarea” no imaginó nunca que se podría sostener el principio de “desiguales derechos por iguales tareas”.

La remuneración no es solo el salario, es un conjunto de derechos que hacen al patrimonio del trabajador (vacaciones, aporte a la seguridad social, beneficios escolares, aguinaldos, etc) que en muchos casos los trabajadores temporarios carecen. La Corte ha sostenido inveteradamente que “La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución.”⁵⁷ El mandato no es solo para el legislador, como es obvio, sino más aun al aplicador de la norma. El científico de ejemplo no está en igualdad de condiciones y circunstancias que un camillero de un hospital público, pero éste de un compañero de guardia (empleado temporario) sí. Por ello es intolerable constitucionalmente que dos personas desempeñen la misma

⁵⁷ (C. 623. XLI; REX. Cía. Azucarera Bella Vista S.A. c/Cía. Nacional Azucarera S.A. y otros s/incidente de ejecución de honorarios. 06/11/2007).

tarea por años, bajo el los mandatos del mismo empleados, cumpliendo las misma carga horaria y las mismas obligaciones, mientras una de ellas goce del derecho a la estabilidad, a la jornada limitada, al pago de contribuciones sociales, a las vacaciones, a la carrera administrativa, entre otros beneficios, y su compañero de labor, no solo no tenga ninguno de ellos, sino que ante la no renovación de su contrato deba tolerar, por parte de la Administración y ahora parcialmente por parte de la Justicia, que esta decisión sea legítima y apegada al marco de la Ley y la naturaleza de la contratación que unía a las partes.

Finalmente, nos queda una reflexión sobre el camino tomado por los Tribunales para resarcir el daño producido por la Administración. Como dijimos más arriba, la decisión fue indemnizar y no habiendo, lógicamente, norma que regule esta situación anómala se recurrió a la analogía. Tanto en el ámbito Nacional como Provincial se entendió que la norma que mejor acudía a cubrir este bache legislativo era la indemnización que prevén las Leyes de empleo público para los casos en que se reestructuren o supriman cargos y los agentes no puedan se reasignados, con su consentimiento, a nuevas tareas. Esta indemnización está en el marco de la actividad legítima del estado y por ende le son alcanzadas todas las previsiones y límites que la responsabilidad lícita del estado contiene y han ido delimitando los tribunales. Pero en los casos aquí estudiados no encontramos ninguna de las notas de interés público que hacen posible y caracterizan el daño lícito del estado.

En la contratación temporal de agentes para desempeñar tareas idénticas a la de sus pares estables el Estado obró de mala fe, en abuso del derecho y en contradicción al ordenamiento jurídico, por lo que su responsabilidad patrimonial es extracontractual de carácter ilícito. Debiendo, por tanto, exigirse una reparación integral del dañado, lo que implica su reincorporación y la satisfacción de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales producidos.

Los precedentes reseñados son un primer paso, de un seguro largo camino que transcurre entre sendero poblados de problemas estructurales de las Administracio-

nes públicas, políticas institucionales, clientelismo político y urgencias económicas que han depreciado la importancia de tener cuadros eficientes, capacitados e independientes de trabajadores públicos.

Referencias bibliográficas:

ALEXY, Robert, (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales;

ARROUY, Pedro Luis. (2009): “Fuentes del Derecho Administrativo. La costumbre y el precedente Administrativo a la Luz del Principio Republicano de Gobierno”, en *Revista Cartapacio de Derecho*, Vol. 16, Facultad de Derecho de UNICEN, 2009. En www.cartapacio.edu.ar

BASTONS, Jorge Luis (2006): *Las nuevas coordenadas del empleo en el sector público. Empleo Público*. La Plata: Librería Editorial Platense.

COMADIRA, Julio R., (2002): “La profesionalización de la Administración”, en *La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*, España: Instituto Nacional de Administración Pública

GORDILLO, Agustín “La Estabilidad del empleo público fraudulentamente contratado”, en *El Dial*, Suplemento de Derecho Administrativo; (2002) “El Estado de Derecho en Emergencia”.

Disponible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc1/elestado.pdf. Consulta realizada el día 22/6/2015.

FIORINI, Bartolomé A. (1972): “La estabilidad de Agente Publico”, en Napoli (Director), *Aspectos de la Estabilidad en el Empleo*, Instituto de Derecho Social (del Trabajo y de la Previsión) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata

GARCIA MARTINEZ, Roberto (1986): *Derecho del Trabajo*: LA LEY S.A.E.

GELLI, María Angélica (2008): *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires: La Ley.

MESSINEO, Francesco, (1979): *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires: Ejea

NINO, Carlos S. (1985): *La validez del Derecho*, Buenos Aires: Astrea

THURY CORNEJO, Valentín - “Ramos y Sánchez (I) decodificando el mensaje respecto de los contratados del Estado”

Disponible en <http://todosobrelacorte.wordpress.com/2010/04/27/ramos-sanchez-i-decodificando-el-mensaje-respecto-de-los-contratados-del-estado/>. Consulta realizada el día 22/6/2015.

ZIULU, Adolfo Gabino. *La estabilidad del Empleo Público en la Constitución Nacional. Empleo Público*, La Plata: Librería Editorial Platense.