

Título: La regulación legal del contrato de empleo público

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 23/09/2010, 1 - LA LEY2010-E, 1025

Cita: TR LALEY AR/DOC/6237/2010

Sumario: 1. La jerarquía normativa y el papel de la analogía. 2. La Ley 25.164. 3. Las convenciones colectivas de trabajo. 4. La ley de contrato de trabajo. 5. Régimen de contrataciones de servicios personales. 6. Los estatutos especiales.

"No se puede desconocer que la tendencia actual en Argentina ha girado hacia la laboralización de la relación de empleo público, potenciando el papel de los sindicatos, principalmente para establecer las condiciones del ejercicio de la función y la remuneración del personal."

1. La jerarquía normativa y el papel de la analogía

La situación en que se encuentra actualmente el marco legal del contrato de empleo público es la de coexistencia de regímenes y derechos que resultan incompatibles en muchos aspectos con el carácter público del vínculo que une a la Administración con los agentes, carácter que ha sido reafirmado en la jurisprudencia de la Corte Suprema. (1)

Esa proliferación de regímenes obedece no sólo a razones inherentes a la especialidad de las teorías (lo cual se justifica en cada caso) sino también a circunstancias de carácter general que le restan unidad al conjunto del sistema, originando la concurrencia de prescripciones y principios propios del derecho administrativo con la normativa del derecho laboral.

Frente a ese cuadro, verdaderamente anárquico, diseñado en algunos casos para escapar de las reglas del acceso a la función por concurso público, se plantea el problema de dilucidar lo concerniente a la jerarquía de las normas y principios aplicables.

Conviene notar que esa jerarquía se impone por imperio del precepto constitucional que deslinda el empleo público del contrato de trabajo regido por el derecho laboral (art. 14 bis C.N.). En ese sentido, no puede dudarse de que, en virtud de la naturaleza administrativa de la relación, prevalece el ordenamiento que regula el empleo público. (2) Los otros regímenes generales, como el que organiza las convenciones colectivas de trabajo en el sector público, se aplican de dos maneras:

a) por analogía, (3) cuando la norma de la convención colectiva sea compatible con el régimen del empleo público; y,

b) por subsidiariedad, cuando exista una remisión expresa al ordenamiento de la ley 25.164. La técnica de la subsidiariedad difiere de la analogía en que la norma se aplica directamente, sin necesidad de adaptarla a los principios pertenecientes al derecho público.

No se puede desconocer, sin embargo, que la tendencia actual en Argentina ha girado hacia la laboralización de la relación de empleo público, potenciando el papel de los sindicatos, principalmente para establecer las condiciones del ejercicio de la función y la remuneración del personal. Seguidamente, veamos, someramente, los distintos regímenes del frondoso "puzzle" armado por nuestros legisladores.

2. La Ley 25.164

Como se ha señalado, la ley 25.164 constituye el régimen jurídico básico que prevalece en razón de su naturaleza y jerarquía, sobre otros regímenes generales (ya sean anteriores o posteriores). Esta ley, con su reglamentación, (4) regula el contrato de empleo público estableciendo los derechos, garantías y deberes de los funcionarios, su ámbito de aplicación, los requisitos para el ingreso, el régimen disciplinario y de incompatibilidades, las personas y sectores excluidos y otras instituciones que completan el marco de la regulación básica.

En lo que concierne al personal abarcado por la ley 25.164 prescribe que comprende a todo el que se desempeña en el ámbito del Poder Ejecutivo (administración central y descentralizada), excluyendo de su aplicación al Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios, Subsecretarios y autoridades máximas de los entes descentralizados, al personal militar y de las fuerzas policiales y de seguridad, personal diplomático, al clero y al personal incluido en los convenios colectivos del sector privado.

A su vez, también se halla excluido el personal de determinados entes reguladores, (5) que se rige por la ley de contrato de trabajo 20.744. Cabe, asimismo, advertir que a los empleados de las empresas y sociedades del Estado la ley básica se les aplica en forma limitada. (6)

Una muestra clara del embrollo jurídico que exhibe el régimen argentino del empleo público lo proporciona

la propia ley básica al prescribir la posibilidad que el personal alcanzado por la LCT o convenios colectivos del sector privado (ley 14.250) pueda incorporarse al régimen del empleo público, con motivo de la celebración de convenios colectivos de trabajo. (7)

Por su parte, tampoco se aplica directamente la ley 25.164 (sin perjuicio de su aplicación analógica) al personal que se desempeña en los poderes Legislativo y Judicial, el cual se rige por los respectivos ordenamientos especiales. (8)

Entre los derechos de los agentes el ordenamiento básico de la función pública prescribe la estabilidad (de la que antes nos ocupamos), el derecho a una retribución justa, igualdad de oportunidades en el desarrollo de la carrera, capacitación permanente, libre afiliación sindical, licencias, renunciaciones y participación en los procedimientos de calificaciones y disciplinarios.

En cuanto a los deberes los funcionarios públicos, además de los expresamente tipificados en la ley, (9) tales como la obligación de prestar el servicio en forma personal, observar las normas y obedecer las órdenes del superior con competencia y fines legítimos, junto a los deberes de fidelidad, excusarse en supuestos de parcialidad, existen otros, de carácter inherente o implícito, que derivan de principios generales, como el principio de continuidad de la prestación que, en principio, implica un valladar para el ejercicio libre e ilimitado del derecho de huelga en los servicios esenciales. Esta limitación o interdicción se impone aun cuando el ordenamiento hubiera guardado silencio al respecto.

Asimismo, la ley básica regula las garantías y el procedimiento del régimen disciplinario, el cual se rige por un conjunto de principios que encuadran en el derecho al debido proceso adjetivo, (10) que integra una garantía más amplia que conforma una tutela administrativa efectiva, entre cuales prescribe que:

- a) El procedimiento respete el derecho de defensa;
- b) El agente no pueda ser sancionado dos veces o más, por un mismo hecho;
- c) La sanción debe graduarse según la gravedad del hecho y los antecedentes del agente;
- d) La sustancia del procedimiento disciplinario es independiente del proceso penal, lo que no obsta la posibilidad de que, como consecuencia del proceso penal, el Estado pueda sustituir la sanción aplicada por otra de mayor gravedad;
- e) La imposición de sanciones menos graves (apercibimiento y suspensión hasta cinco (5) días;
- f) Los plazos de prescripción serán de seis meses a dos años (según la gravedad del hecho), computándose a partir del momento de su comisión;
- g) El término para la resolución del sumario no podrá exceder de seis meses, contados a partir de la comisión de la falta que se le impute al agente.

Las sanciones aplicables van desde el apercibimiento y suspensión de treinta (30) días a un (1) año hasta, en los casos más graves, la cesantía y la exoneración. Contra la resolución que aplica las sanciones disciplinarias la ley básica mantiene el antiguo recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el cual debe interponerse dentro del plazo de noventa (90) días computados a partir de la notificación de la resolución sancionatoria. (11)

En resumidas cuentas el régimen de la ley 25.164 contempla cuatro clases de funcionarios:

1. Aquellos subjetivamente excluidos (Jefe de Gabinete, Ministros, etc.) sin perjuicio de la aplicación analógica de los principios generales del instituto;
 2. Los empleados permanentes;
 3. Los agentes públicos contratados por un plazo fijo; y,
 4. Los asesores y agentes "ad-honorem".
3. Las convenciones colectivas de trabajo

Lejos de constituir un fenómeno nuevo han venido celebrándose, en el ámbito de determinados organismos del sector público, desde hace varias décadas (a partir de 1970), convenios colectivos de trabajo. De ese modo, una importante cantidad de funcionarios pasaron a regirse por el derecho laboral (Aduana, Dirección General Impositiva, Organismos Nacionales de Previsión Social etc.). (12)

Esa tendencia, culminó en el dictado de la ley 24.185, que generalizó la posibilidad de regular por el derecho laboral la relación de empleo público, y fue impulsada por diversos tratados internacionales, celebrados en el marco de la OIT (ej. Convenio 154 concerniente al Fomento de la Negociación Colectiva, aprobado por ley 23.544 del año 1988). Con anterioridad a la ley 24.185 el Congreso Nacional sancionó la ley 23.929,

incorporando el sector docente (público y privado) al régimen de convenciones colectivas de trabajo. (13)

Aunque no todas las materias de la relación contractual de empleo público puede ser objeto de las convenciones colectivas, lo cierto es que la ley establece un marco abierto de posibilidades para incorporar nuevas regulaciones a condición -como ya se dijo- que no alteren las prescripciones de la ley básica 25.164. Las materias excluidas son las relativas a:

1. La estructura orgánica de la Administración Pública Nacional;
2. Las facultades de dirección del Estado; y,
3. El principio de idoneidad como base de ingreso y de la promoción en las carreras administrativas. (14)

Ese marco abierto para regir una porción importante de la relación de empleo público contrasta con la tendencia que se observa en países de gran tradición administrativa como Francia, en los que prevalece el principio de jerarquía combinado con el derecho de los funcionarios a participar en las negociaciones con el gobierno (15) que, en definitiva, es quien adopta las decisiones.

En cambio, la tendencia que exhibe el ordenamiento positivo en cuanto asimila el agente público al trabajador privado, es tan desatinada como perjudicial a sus intereses, como ha sido advertido por la doctrina. (16)

Lo cierto es que, la circunstancia de ser el empleo público un contrato administrativo de colaboración, permite —por la implicancia de su régimen jurídico— que la Administración Pública ejerza su "potestas variandi" y proceda a modificar aspectos de la convención colectiva propios de la organización administrativa, dentro de los límites constitucionales y legales. Con ello queda en evidencia que la pretendida laboralización del empleo público carece de su razón de ser básica (la plena autonomía negocial) constituyendo —sobre todo en épocas de crisis— una fuente inagotable de conflictos sociales tanto colectivos como de carácter individual.

En el régimen de negociación de las convenciones colectivas de trabajo los empleados públicos se encuentran representados por las asociaciones gremiales o federaciones con personería sindical, que actúan en el ámbito nacional. A su vez, la representación del Estado es asumida por el Ministro de Economía y el Secretario de la Función Pública o por representantes de jerarquía no inferior a Subsecretario y el objeto de la convención puede tener tanto alcance general como sectorial.

4. La ley de contrato de trabajo

Otra regulación que revela la dispersión y consecuente anarquía del régimen del empleo público concierne a la posibilidad de aplicar al personal de la Administración Pública la ley de contrato de trabajo (Ley 20.744), pues no obstante prescribir que sus disposiciones no serán aplicables a los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal agrega que "excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo". (17) ¿Qué clase de acto expreso? La ley no lo dice y creemos que ello no puede quedar librado a la voluntad de las partes de una convención colectiva sino que debe establecerse por ley, aunque subsistan dudas acerca de su constitucionalidad, por las razones que hemos expuesto precedentemente. Así ha ocurrido en el plano de la realidad normativa en el caso del Enargas (18) y del ENRE. (19)

5. Régimen de contrataciones de servicios personales

En ejercicio de la delegación que hizo la ley 25.453 (denominada de déficit cero) el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1184/2001 subdelegando, en el Jefe de Gabinete, el dictado de un régimen destinado a contratar servicios personales que tengan por objeto "desarrollar estudios, proyectos y/o programas especiales en los términos que determina la reglamentación". (20) Este régimen, si bien excluye al personal permanente y no permanente, admite la contratación de docentes o investigadores de las Universidades Nacionales, y también prescribe que los servicios que se contratan comprendan a estudiantes universitarios de las carreras de grado y postgrado, con más de un año de antigüedad.

6. Los estatutos especiales

La especialidad de ciertas actividades ha conducido, generalmente por la presión del sector gremial respectivo, a que se dicten regímenes jurídicos de carácter sectorial que se denominan estatutos. (21) El problema que se plantea concierne a su congruencia con el régimen general de la ley marco, pues de instrumentarse por leyes del Congreso éstas prevalecerán sobre el régimen general, en la medida que fueran compatibles con los principios constitucionales. De ese modo, si un estatuto consagrara el derecho de huelga en forma irrestricta y absoluta, contrariando el principio de continuidad de la función o servicio público y sin reglamentar un mínimo indispensable para que la población no se perjudique, ello conculcaría el principio de razonabilidad o justicia, comprendido en el concepto amplio de legalidad que enuncia el art. 19 de la C.N.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

- (1) Vid: Fallos 320:74 ("Chedid") de 1997 entre otros.
- (2) Ley 25.164 (Adla, LIX-E, 5252), cuyo art. 1º prescribe que: "la relación de empleo público queda sujeta a los principios generales establecidos en la presente ley, los que deberán ser respetados en las negociaciones colectivas que se celebren en el marco de la ley 24.184".
- (3) GARCÍA PULLÉS, Fernando (Director) con la colaboración de BONPLAND, Viviana y UGARTE Marcelo L., Régimen de empleo..., cit., ps. 72-74.
- (4) Decreto 1421/2002 (Adla, LXII-D, 4078).
- (5) Cfr. Art. 60 ley 24.076 (Entre Nacional Regulador del Gas) (Adla, LII-B, 1583) y art. 64 ley 24.065 (Entre Nacional de Regulador de la Electricidad) (Adla, LII-A, 82).
- (6) En la medida en que resulten aplicables los capítulos relativos al ingreso, deberes y prohibiciones, conforme a las cláusulas convencionales homologadas por Decreto 66/1999.
- (7) Ley 25.164, art. 3º, in fine (Adla, LIX-E, 5252).
- (8) Los agentes administrativos que se desempeñan en el ámbito del Poder Judicial están sujetos de un régimen integrado por una acordada de la Corte Suprema de 1952 (Cfr. Decreto 1285/58) (Adla, XVIII-A, 587), la ley 24.946 (Ministerio Público) (Adla, LVIII-A, 101) y 24.937 (Consejo de la Magistratura) (t.o. 1999) (Adla, LIX-C, 2797), mientras que los empleados del Poder Legislativo se rigen por la Ley 24.600.
- (9) Ley 25.164, art. 23.
- (10) CANOSA, Armando N., El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 57 y ss.
- (11) Ley 25.164, arts. 39, 40 y 41.
- (12) Ampliar en: GARCÍA PULLÉS, Fernando, en Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional; con la colaboración de BONPLAND, Viviana y UGARTE, Marcelo E., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 32 y ss.
- (13) T.o. ley 14.250 (Adla, XIII-A, 195).
- (14) Ley 24.185, art. 8º (Adla, LIII-A, 3).
- (15) Véase: MARCOU, Gérard, La función pública en Francia, en Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas de la Universidad Austral, ed. RAP, Buenos Aires, 2005, p. 45.
- (16) LUQUI, Roberto Enrique, Revisión judicial..., cit., t. 2, pp. 69-71, apunta que una prueba de ello "...la tenemos en las convenciones colectivas que, por un lado, establecen el sumario previo como requisito para sancionar a los agentes y, por otro, la facultad de la Administración de despedirlos sin causa, aunque indemnizándolos, lo que permite burlar la regla antedicha" (op. cit. t. 2, p. 71).
- (17) Ley CCT, art. 2.
- (18) Ley 24.076, art. 60 (Adla, LII-B, 1583).
- (19) Ley 24.065, art. 64 (Adla, LII-A, 82).
- (20) Decreto 1184/2001 (Adla, LXI-D, 4237).
- (21) En el sector público, uno de los sectores que se rige por un estatuto especial es el docente (Ley 14.773 y sus modificaciones) que, además, puede ser objeto de ampliaciones a través del procedimiento de negociación colectiva.