

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO.

“¿Qué es el Derecho? ¿Qué hay detrás de esa palabra que todos tienen en las labios y muy pocos en el corazón? ¿Cómo; es posible que nadie haya acertado hasta ahora con lo que constituye el nervio de una cultura, latina, varias veces milenaria? (...) La verdadera cuestión no es el concepto del Derecho ni la determinación de sus fuentes ni su interpretación. Todo esto no son más que epifenómenos de lo esencial. Lo esencial es la actitud personal que adopta el jurista ante el Derecho. No se trata, por tanto, de una actitud intelectual sino vital. No es una teoría sino una praxis; una convicción, no una razón. Creemos estar en un laberinto y lo que sucede es que andamos con los ojos cerrados o, peor aún, con ellos tapados por erudición estéril. Encontrar la salida es, en consecuencia, muy fácil. Basta dejar de guiarnos por otros ciegos y abrir los ojos. Porque la realidad es clarísima, como vamos a comprobar inmediatamente; aunque no nos guste. De tal manera que lo único que hace falta es valor y sinceridad para confesar lo que estamos viendo.”¹

1. LOS CONDICIONAMIENTOS IDEOLÓGICOS Y SOCIALES EN LA TEORÍA JURÍDICO ADMINISTRATIVA.

En materia de empleo público se ha afirmado, tanto en doctrina como en jurisprudencia, la existencia de poderes exorbitantes (explícitos o implícitos) de la Administración para convalidar el cambio de las reglas jurídicas que disciplinan la relación jurídica entre el Estado y sus agentes. En particular, dicho principio ha sido invocado –en ocasiones ligado a la naturaleza jurídica de la relación- frente a la reducción salarial dispuesta unilateralmente por la Administración, a la vez que se postula la inexistencia de derechos adquiridos de los agentes estatales.

1.1. La literatura jurídica elaborada en torno a los referidos postulados, exhibe en gran medida, falencias de orden metodológico pues, en ciertos casos, no es posible advertir si las proposiciones enunciadas constituyen una derivación razonada de un ordenamiento jurídico previamente escogido y delimitado, es el resultado del análisis comparativo de distintos ordenamientos, de los que se extrae ciertas regularidades, o encuentran sustento en la realidad política, institucional, económica y social que subyace y condiciona la relación de empleo público en determinado tiempo y lugar.

Entiendo así, como ya lo he adelantado en otra ocasión², que esa vocación cognoscitiva apriorística y dogmática, aparentemente descomprometida, suele estar condicionada o guiada por factores extra teóricos, intencionados o inconscientes³, vinculados a una determinada “ideología del poder” que tiende a afirmar o limitar, según sea el caso, la sujeción del individuo al poder político del Estado. Esta afirmación cobra más fuerza aún si tenemos presente que los trabajadores estatales integran la burocracia que es, en definitiva, el “aparato” del cual debe valerse el poder administrador.

A partir de ese posicionamiento personal de los operadores del derecho frente al poder, suelen realizarse las construcciones teóricas que han de limitar o legitimar el ejercicio del poder político cuando se presentan en colisión con distintas categorías de derechos (individuales o sociales) de la sociedad civil.

Por su parte, es preciso advertir que toda relación jurídica trasunta una relación de poder que se manifiesta no sólo en la formación del vínculo, sino también en

¹ Fragmentos del discurso de investidura como Doctor Honoris Causa del Prof. Dr. Alejandro Nieto García. Universidad Carlos III de Madrid, acto de apertura del Curso 95/96.

² “Emergencia y Empleo Público: una distorsión ideológica en la teoría de la Contratación Administrativa y los Derechos Sociales”, en GORDILLO, A. (Director), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, mayo 2004, págs. 86 y sgtes.

³ MANNHEIM, K., *El problema de una sociología del saber*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 5.

los derechos y obligaciones que emergen de esa relación y, en nuestra disciplina, ello se torna aún más evidente, en tanto se admite que el ordenamiento jurídico atribuya potestades a la Administración que se traducen en un *poder de actuación* susceptible de generar obligaciones en otros sujetos, ajustando su accionar al contenido de las normas habilitantes que definen los contornos del obrar administrativo⁴.

De este modo, el desarrollo teórico del derecho administrativo, presupone una ideología del poder, que constituye el soporte de las distintas concepciones doctrinarias y jurisprudenciales referidas a la extensión y las limitaciones de aquellas potestades, frente a los derechos del individuo.

La relación empleo público no escapa a las consideraciones expuestas, situación que fue advertida por numerosos juristas en tanto se ha señalado, aunque desde una perspectiva positivista, que “La cuestión, tan discutida, de si la adscripción de estos últimos empleados constituye un acto administrativo o un contrato, es ociosa, si se piensa (...) que contrato y acto administrativo no son manifestaciones jurídicas que se excluyan recíprocamente, sino que más bien el contrato de derecho público puede ser entendido como una clase de acto administrativo, siempre que nos desembaracemos de los elementos metajurídicos –los que hacen referencia al poder- del concepto de acto administrativo. La adscripción al servicio no es un acto administrativo de sometimiento, como ha sido explicado bajo la influencia de esa *ideología del poder*, sino, mas bien, un acto administrativo que se encamina a la constitución duradera de un órgano individual, condicionado por la adhesión precedente o consiguiente del individuo escogido para órgano. Los deberes de obediencia y fidelidad originados por la adscripción no son afectados para nada por una construcción jurídica que tiene en cuenta el elemento contractual del acto, y que evita toda reminiscencia de esa *ideología del poder*, como tampoco lo son por cualquier otra construcción jurídica en general”⁵. Esta consideración acerca del poder, también ha sido admitida por la doctrina nacional, aunque sin reparar en su verdadera dimensión, al observar que “... dos son los elementos que en sustancia aparecen en esta variedad de soluciones: la ‘autoridad’ del Estado y la ‘voluntariedad’ del individuo, y lógicamente el ‘nomen iuris’ de la relación dependerá necesariamente de la mayor o menor gravitación de uno de esos elementos”⁶.

1.2. Por su parte, es preciso subrayar la importancia del contexto histórico – político y social en que se desenvuelven las instituciones del derecho administrativo, como un factor condicionante de las teorías en examen, las que, aún bajo la vigencia del Estado de Derecho, nunca lograron despojarse definitivamente de las concepciones autoritarias vinculadas al Estado de Policía.

En efecto, como afirma García de Entrerría, frente a la construcción religiosa o mítica, barroca y misteriosa del Antiguo Régimen, la Revolución Francesa ofreció una visión simple y “desencantada” del poder, en tanto lo reduce a un mecanismo humano, común, ordinario, racional, lo hace descender a la ciudad⁷. A partir de este hito histórico, partiendo de la idea de que todos los hombres “nacen y permanecen libres e iguales” se postula que sólo de ellos mismos puede surgir un poder que les afecte. Sólo la comunidad puede disponer sobre sí misma. A partir de este postulado surge la idea de

⁴ GARCÍA DE ENTRERRÍA, E. – FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo*, ed. Civitas, 6ta. ed., Madrid, 1993, t. I, pág. 429.

⁵ MERKL, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, ed. RDP, Madrid, pág. 398. Lo destacado me pertenece.

⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, ed. TEA, Buenos Aires, 1951, t. III, pág. 289. En igual sentido, CANASI, J., *Derecho Administrativo*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1972, vol. I, pág. 545.

⁷ GARCIA DE ENTRERRIA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 102.

representación: la nación es un cuerpo común representado por la legislatura, quien expresa su voluntad por medio de la ley⁸, que se convierte en un instrumento indispensable para legitimar el ejercicio del poder. La legitimidad social del ejercicio de la potestad administrativa surge de la ley, en tanto representa la voluntad de la nación.

Pero estos postulados de la revolución, si bien jalonaron el desarrollo y los contenidos del derecho público de la Europa continental, no lograron modificar ciertas instituciones del derecho administrativo que, como el empleo público, surgieron durante el Antiguo Régimen.

Ninguna justificación –enseña Gordillo–, ni jurídica ni política y menos aún ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Con todo, aunque nadie podrá discutir esta afirmación en principio, ello no significa lamentablemente que se la aplique. Son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espurio del pasado; la irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas, denunciar su filiación histórico-política, y suprimirlas cuando ello corresponde, para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho⁹.

Por su parte, el ideario de la Revolución Francesa –loable por cierto– se desvanece frente a la realidad social y política en que se desenvuelven hoy las instituciones. En efecto, no es cierto que todos los hombres nazcan libres e iguales: algunos ya están condenados a la miseria y la exclusión desde el momento mismo de su gestación, y el ideario que emerge como subcultura de ese estrato social –que en la Argentina de hoy supera la mitad de la población¹⁰– poco y nada tiene de común con otros sectores que se han apoderado de los mecanismos de creación del derecho. En consecuencia, tampoco es cierto que la ley sea la expresión de la voluntad general, sino de los sectores o corporaciones que dominan los órganos políticos de producción normativa. Porque –como señala Nieto– la relación sociedad-derecho no es directa: el Derecho no emana de forma inmediata de la sociedad, sino del Estado y, por ende, sólo será señor del derecho quien resulte ser señor del Estado¹¹. Pero esta situación no es novedosa: Jèze, en su análisis sobre la función pública, aunque afinca su doctrina acerca de la naturaleza de la relación de empleo público en el derecho positivo francés de su tiempo, reconoce sin embargo el apoderamiento del poder político por parte de la burguesía¹².

⁸ GARCIA DE ENTRERRIA, E., op. cit., pág. 107.

⁹ GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. FDA, Buenos Aires, 1997, t. 1, pág. II-17. Véase asimismo D'ARGENIO, I., *La Justicia Administrativa en la Argentina*, ed. FDA, Buenos Aires, 2003, pág. 157.

¹⁰ En la Argentina, los estudios sobre la pobreza infantil muestran una realidad preocupante y dolorosa. Según los datos del segundo semestre de 2003 difundidos por el Indec, el 63,4 por ciento de los menores de 14 años viven en hogares pobres. Sus familias no tienen ingresos suficientes para comprar los bienes y servicios básicos. La pobreza es elevada entre los jóvenes y adolescentes de entre 14 y 22 años, con índices que llegan al 57,8 por ciento. Del informe oficial, que comprende 28 regiones de todo el país, sin incluir las zonas rurales, se desprende que habría 3,7 millones de niños pobres. Si esos datos se proyectasen a todo el país, los menores pobres llegarían a 6 millones (*“El mapa de la pobreza”*, La Nación del 16-09-2004). Por su parte, ciento trece países del planeta suscribieron durante el año 2004 una declaración en la que se denuncia que 840 millones de personas padecen hambre y que la inanición está matando a 24.000 personas por día, entre ellas a once niños por minuto. En una reunión cumbre exigieron que el problema del hambre se transformara en prioridad política, y destacaron: “El mayor escándalo no es que el hambre exista, sino que persista aun cuando tenemos los medios para eliminarlo” (Bernardo Kliksberg, *“El hambre, un escándalo moral”*, La Nación 13-10-2004).

¹¹ NIETO, A., *“La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”*, en RAP N° 76, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, enero-abril 1975, pág. 9 y sgtes.

¹² JÈZE, G., *Los principios generales del Derecho Administrativo*, ed. Reus, Madrid, 1928, pág. 427 y 448. Este autor, concretamente señala que: “Políticamente hablando, los gobernantes no pertenecen a las

Se observa además –conforme ya ha sido señalado en otra oportunidad¹³, un desplazamiento de las decisiones políticas desde los organismos formalmente competentes a la trastienda de los acuerdos informales y de los convenios o pactos entre partidos¹⁴ para el logro de objetivos no siempre lícitos y legítimos con las consecuencias por todos conocidas¹⁵.

Esta situación ha sido caracterizada como democracias “gobernadas”, como una categoría diferenciada de las democracias “gobernantes”. En estas últimas, las decisiones políticas fundamentales son procesadas en los ámbitos previstos institucionalmente, de manera especial en el Parlamento, expresión plural y extendida de la representación de la voluntad popular, es decir, de la soberanía; mientras que en las democracias “gobernadas” aquellas decisiones son materialmente predisuestas en otros ámbitos, en los que reside el “poder real” de los grupos hegemónicos¹⁶.

Todo ello ha derivado en un problema de representatividad¹⁷ y de legitimación, que pone en crisis el principio de legalidad como fundamento del derecho administrativo actual, el cual, por las razones antes apuntadas tiende a consolidar un sistema donde el predominio de la ley, equivale a la consagración de los intereses que la inspiran y que no representan la voluntad general. La afirmación precedente no importa propugnar la desobediencia civil, sino propiciar la creación de un nuevo paradigma del derecho administrativo, que favorezca su comprensión como un fenómeno social, como el resultado de procesos políticos, históricos y culturales, donde la perspectiva ideológica del teórico del derecho, constituye un factor primordial en el desarrollo del conocimiento.

Como señalara Barcellona, es necesario, ante todo, esforzarse en recuperar el carácter histórico y objetivamente determinado de las abstracciones jurídicas, es decir, la específica relación social de la cual brota una determinada elaboración conceptual. No se trata de proponer nuevas definiciones de la propiedad o del contrato, sino de reconducir las categorías conceptuales a las específicas relaciones sociales de nuestros días, a fin de constatar en aquéllas su carácter condicionado, sus conexiones con las estructuras económicas y, por consiguiente, su parcialidad¹⁸.

2. EL CONTEXTO HISTÓRICO POLÍTICO DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO EN LA EUROPA CONTINENTAL.

La multiplicidad de teorías que han sido elaboradas con relación a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público es comprensible si se considera el

mismas clases sociales. De entre los que forman parte de la masa electoral parece que deben ser los pobres, los proletarios los que posean la fuerza mayor en razón a su número considerable, que también puede aprovecharlo la institución del sufragio universal. Pero muchos proletarios sufren la acción de las clases burguesas, y, por tanto, en Francia son estas clases las que proporcionan la gran mayoría de los diputados y la casi unanimidad de los senadores. Esta realidad permite decir que en el momento actual políticamente y de hecho, el poder público pertenece a la clase burguesa. Es evidente que si los electores proletarios, por su organización y educación política, lograsen un día sustraerse a la influencia de la burguesía, el Poder pasaría a sus manos, como en los comienzos del siglo XIX pasó a las manos de la burguesía. Pero este no es un asunto jurídico sino político”.

¹³ “*Emergencia y Empleo Público ...*”, op. cit.

¹⁴ Ver HABERMAS, Jürgen, “*Facticidad y Validez*”, ed. Trotta, Madrid, 1998, pág. 519.

¹⁵ Un ejemplo de ello es la sanción de la Ley N° 25.250 de reforma laboral, cuya aprobación levantó fundadas sospechas de sobornos pagados por el Ejecutivo a algunos de los miembros del Senado para obtener su adhesión.

¹⁶ CARCOVA, C.M., *Derecho, política y magistratura*, ed. Biblos, Buenos Aires, 1996, pág. 100.

¹⁷ Ver GARGARELLA, R., *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Miño y Dávila editores SRL, Buenos Aires, 1995, pág. 17 y sgtes.

¹⁸ BARCELLONA, P., “*La formación de jurista*”, en BARCELLONA, HART, MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1977, pág. 56

problema desde el punto de vista socio-histórico, y en función del concepto de Estado imperante¹⁹, porque todo discurso y toda indagación depende de categorías que están relacionadas con situaciones sociales, con determinantes culturales. Muchos investigadores sociales han indicado de qué manera los conceptos, como reflejo de los contextos sociales, pueden moldear indagaciones que aparentemente tienen libre campo de acción y están fuera del alcance de lo social²⁰.

En la Roma imperial existían cuatro clases de servidores públicos: los magistrados, los militares, los funcionarios civiles de menor jerarquía (prefectos, procuradores, secretarios, curadores) y los esclavos públicos que eran propiedad del Estado. Los primeros se confundían con él, en tanto que los funcionarios y militares cumplían funciones remuneradas con sujeción a órdenes de servicio. El feudalismo, fundado en una confusión entre la propiedad de la tierra y el gobierno de lo que acontecía dentro de sus límites, implicaba que los servidores del señor se ocuparan de sus intereses, que eran los del Estado, así como servían su mesa, labraban sus campos, cobraban sus tributos o lo auxiliaban en la guerra²¹.

En el régimen de policía, según el cual se podía exigir a los súbditos todo lo necesario para los fines del Estado condujo a la doctrina a afirmar que el consentimiento del requerido para incorporarse al servicio del Estado, no era más que el reconocimiento de su deber preexistente de súbdito²², situación que implicaba un total desconocimiento de la libertad de este último.

Con posteridad, bajo la vigencia del Estado constitucional, aun cuando fue objeto de controversia la naturaleza de la relación, se admitió la voluntad del agente como un elemento esencial en la formación del vínculo jurídico. Ello no obstante, la voluntad del trabajador estatal fue desconocida con relación al contenido y desarrollo de la relación, por cuanto su estatus jurídico implica un estado de libertad restringida, o una relación especial de sujeción, mediante la cual, el afectado tiene que ajustar su accionar a las exigencias de la Administración Pública.

Así, en los países continentales, bajo la influencia francesa y con claro acento autoritario en su origen, como regla general, se instala fundamentalmente el llamado sistema de Función Pública cerrado que se fundamenta en la imposibilidad de que existan intereses contradictorios en las relaciones entre el Estado y sus empleados, que son considerados la encarnación de la voluntad del soberano, y se afirma que, en todo caso, siempre deberá prevalecer el interés público, concebido como una categoría unívoca y absoluta. Por ello se entiende que la posición del Estado en la relación de empleo público debe ser de absoluta supremacía, mientras que la del trabajador será siempre de subordinación, de especial sujeción, sometido a una rígida disciplina jerarquizada. Tras una primera etapa en la que el soberano goza del privilegio de nombrar y hacer cesar a sus empleados y predomina el sistema llamado de cesantías, botín o expolio, que suponía la depuración y consiguiente renovación de los empleados tras los correspondientes cambios políticos, se consolida la idea de que la Administración debe ser un instrumento neutral al servicio de la sociedad, independiente del sector político gobernante y que, para garantizar tal neutralidad, sus

¹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, B., op. cit., pág. 290.

²⁰ WRIGHT MILLS, C., "Consecuencias metodológicas de la sociología del conocimiento", en AA.VV., *Historia y elementos de la sociología del conocimiento*, ed. EUDEBA, 3ra. Ed., Buenos Aires 1974, t. I, pág. 148.

²¹ GUIBOURG, R. A., "Observaciones sobre el empleo público", DT, 1994-B-1107.

²² Véase MAYER, O., *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV, ed. Depalma 2da. Edición, Buenos Aires, 1982, pág. 44 y los autores allí citados.

empleados deben ser dotados de un estatuto, que consagre su estabilidad en el empleo y el derecho de carrera ²³.

Sin embargo, las citadas garantías, impuestas con la finalidad de lograr una burocracia profesionalizada, no lograron modificar el sesgo autoritario de la institución, en tanto que el paso de la Administración absolutista a la Administración democrático parlamentaria no supuso, dentro de la organización burocrática, el paso de un Estado de Policía a un Estado de Derecho²⁴. Ese derrotero se consolida ulteriormente, merced a los gobiernos totalitarios que rigieron la Europa continental en la primera mitad del siglo pasado, acentuándose ciertos rasgos autoritarios de la relación funcional, sobre todo en lo que respecta a la fidelidad y el control ideológico de los dependientes públicos²⁵.

Con posterioridad, la expansión del sector público como consecuencia del intervencionismo estatal, produjo el acceso de los sectores más populares al empleo público, con la consecuente masificación y proletarización del trabajo público. Así comienza a ponerse de relieve el elemento patrimonial de la relación, que en lo fundamental es, como en el sector privado, el intercambio entre trabajo y salario²⁶, circunstancia que –junto a otras causales- ha dado lugar al fenómeno que se ha denominado “huida del Derecho Administrativo”, que se caracteriza por la utilización de normas y técnicas del derecho privado en la gestión pública. Se establece entonces en la Europa continental, un sistema dual para los trabajadores estatales, según se encuentren regidos por normas de derecho público o privado, situación que se instaló en primer lugar en Alemania, donde los empleados sujetos al Derecho del Trabajo alcanzaban en la última década del siglo pasado el 61,5% del personal de la Administración Pública; también en Italia donde la mayoría de sus empleados (salvo Jueces, Fiscales, Abogados del Estado, y Fuerzas de Seguridad) se rigen por normas laborales; en España, con un porcentaje que alcanza el 40% de los empleados del sector –generando no pocas controversias²⁷–; a excepción de Francia donde, si bien se postula la laboralización de los agentes, el número de empleados regidos por el derecho laboral es mínimo²⁸.

3. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA.

En nuestro país, la doctrina ha seguido, en general, aquella tradición del derecho administrativo continental –en particular el sistema francés-, instalando esa

²³ LOPEZ GOMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 37.

²⁴ ORTEGA, L., “*La función pública en el ordenamiento histórico italiano*” en Rev. de Adm. Pública N° 96, sep-dic. 1981, pág. 91.

²⁵ ORTEGA, L., op. cit., pág. 101; NIETO, A., “*De la República a la Democracia: la Administración española del franquismo*”, REDA, N° 11, año 1976, octubre-diciembre, pág. 575, N° 15, año 1977, octubre-diciembre, pág. 567, N° 18, año 1978, julio-septiembre, pág. 359.

²⁶ ORTEGA, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983, págs. 12 y sgtes., cit. por LOPEZ GOMEZ, J.M., op. cit., pág. 38.

²⁷ Véase VILLAR PALASÍ, J. L., “*Diez años de la ley de funcionarios*”, REDA N° 2, año 1974, julio-septiembre, pág. 215; BERMEJO CABRERO, F., “*Las relaciones de puesto de trabajo y la laboralización de la Función Pública*”, REDA N° 62, año 1989, abril-junio, pág. 229; MONTORO CHINER, M. J., “*Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones*”, RAP N° 136, Madrid, enero-abril 1995, pág. 179; CASTILLO BLANCO, F. A., “*Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público*”, REDA N° 86, año 1995, abril-junio, pág. 187; entre otros.

²⁸ LOPEZ GOMEZ, J.M., op. cit., pág. 43. Véase asimismo, YEMIN, E. “*Estudio comparado de las relaciones de trabajo en la administración pública*”, Rev. Internac. del Trab., vol. 112, 1993, N° 4, pág. 1; COMADIRA, J. R., *Derecho Administrativo*, ed. Lexis Nexis Abledo Perrot, 2da. Ed., Buenos Aires, 2003, pág. 628 y en AA.VV, *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, Editora Platense, La Plata, 2003, pág. 31; GARZINI, S., “*La situación del empleo público en la legislación comparada*”, DT 1994-B-2091.

concepción autoritaria en el derecho argentino, y reproduciendo los debates concebidos en otra realidad, otro contexto social, político y jurídico que, sin embargo, se ajustaban perfectamente al perfil totalitario que caracterizó a la Argentina del siglo veinte donde se verificó la mayor producción literaria en la materia.

3.1. La evolución jurisprudencial²⁹ evidencia una marcada influencia de los autores extranjeros en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la naturaleza de la relación de empleo con el Estado. En una primera etapa, en diversas cuestiones de competencia tendientes a determinar lo que ha de entenderse por causa civil, la Corte señaló que las materias vinculadas con el empleo público eran ajenas al derecho común³⁰, determinando que los principios del derecho civil sólo rigen supletoriamente en estos casos³¹ que se encuentran regulados por el derecho administrativo (derecho público)³², deslindando asimismo aquella relación, del derecho laboral³³. Con posterioridad, la CSJN precisó que la relación de empleo público no configura un “contrato”³⁴, señalando que el nombramiento de un empleado público (y sus consecuencias), constituía un acto de imperio o de mando³⁵, siguiendo fundamentalmente la doctrina de Jèze³⁶, aunque este autor había centrado su investigación en el derecho positivo francés³⁷ y en la Argentina no existía un régimen orgánico de la función pública, de dónde pudieran extraerse iguales principios, situación que demuestra el carácter dogmático de aquella doctrina sentada por la Corte.

Sin embargo, aquella concepción fue seguida hasta tiempos recientes por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires³⁸, quien –tomando, con ligeras variantes, la doctrina de Jèze- invocó la naturaleza estatutaria de la relación para convalidar las reducciones salariales de los trabajadores estatales.

En el año 1942 la Corte Federal rectifica la concepción autoritaria del empleo público adoptando la figura del contrato de adhesión³⁹, conforme lo había

²⁹ Véase RODRÍGUEZ MANZINI, J., “*Tendencias actuales respecto del principio protectorio frente a la relación de empleo público*”, DT 1994-B-1137.

³⁰ Fallos 22:37, “Richeri”. Doctrina reiterada en Fallos 113:71; 121:65; 146:393; 147:224; 160:160; 174:367.

³¹ Fallos 179:391, “López”.

³² Fallos 181:291, “Tey”; Fallos 187:16, “Corti”; Fallos 189:128, “Berghmans”; entre otros.

³³ Fallos 241:147, “Fasola Castaño”. Criterio que reiteró en Fallos 314:376, “Leroux de Emede” y Fallos 320:74, “Chedid”.

³⁴ Fallos 99:309, “Herrera”; Fallos 126:62, “Peisotto”; Fallos 146:393, “Del Castrillo” y Fallos 160:160”, Torres”.

³⁵ Fallos 166:264, “Bergés”; Fallos 174:367, “Tognetti”; Fallos 210:85, “Allen” y Fallos 220:383, “Gerlero”.

³⁶ Conf. VILLEGAS BASAVILBASO, B., op. cit., pág. 326.

³⁷ “Tengo la pretensión de desprender de las leyes, reglamentos, prácticas administrativas y resoluciones de los Tribunales, los *principios jurídicos* que dominan el conjunto de las instituciones del Derecho administrativo francés ...”, escribía JÈZE en el prólogo de la 2da. edición de su obra *Los principios generales del derecho administrativo* (op. cit., pág. 18). Luego, en el cap. II, sec. II (pág. 449), señalaba: “En Francia, los agentes públicos propiamente dichos están una situación jurídica legal y reglamentaria. Lo que significa, que el régimen contractual no se les aplica en ningún momento” (el énfasis me pertenece).

³⁸ “La relación de empleo público es de naturaleza estatutaria se regula por actos unilaterales provenientes de la Administración Pública. El contenido patrimonial de la relación se encuentra sujeto a las normas administrativas. De tal modo, el sueldo no tiene carácter contractual. Es objetivo, legal o reglamentario y consecuentemente puede ser modificado, tanto en su quantum, como en sus modalidades (Villegas Basavilbaso, “Derecho Administrativo”, T.III, pág. 484)”. SCBA, causas B 50.551, “Souto” y B 57.326 “Ramos”.

³⁹ Fallos 194:111, “Labella de Corso”.

postulado antes Bielsa⁴⁰, aunque no dejó de señalar que la relación de empleo público nace de un acto de imperio o de mando⁴¹.

Entre 1959 y 1960 la Corte admitió la aplicación de normas laborales (convenciones colectivas de trabajo y otros estatutos) para los empleados de empresas del Estado y entes autárquicos⁴². Aparece así, una pauta relevante para deslindar la relación de empleo público con el derecho del trabajo: la necesidad de analizar las normas que rigen la actividad del Estado⁴³. Luego, partiendo de un análisis más pragmático, la Corte valoró la inexistencia de cláusulas exorbitantes, y demás circunstancias particulares del caso para determinar la naturaleza de la relación⁴⁴.

Por su parte, la Corte, siempre ha mantenido un criterio sumamente restrictivo en punto a su reincorporación del personal contratado, cuando le es negado el derecho a la estabilidad, carrera, etc., al señalar que la administración -o sus entes autárquicos- poseen facultades suficientes para designar, fuera del marco presupuestario, agentes excluidos de los beneficios de la estabilidad que proporciona el rango de empleado público y someterlos a regímenes diversos aunque se les asigne funciones similares a las propias del personal de los planteles permanentes. Aceptado el sometimiento a dichos regímenes, consideró que les estaba vedado reclamar sobre la base de las normas que amparan a los agentes públicos, como también, virtualmente con apoyo en las disposiciones laborales, si no existió un acto expreso de inclusión del vínculo en las normas de la ley de contrato de trabajo o de las convenciones colectivas de trabajo⁴⁵. Puntualizó, asimismo, que el mero transcurso del tiempo, más allá del plazo previsto para la contratación y del carácter permanente de las tareas, no transformaba una relación que en su comienzo no se tipificó como de empleo público, en una de ese carácter⁴⁶.

3.2. Por su parte, la literatura tradicional es suficientemente exhaustiva en el análisis y tratamiento de aquellas teorías enarboladas en la Europa continental, desde dónde se pretende sentar –como señaláramos al comienzo de este trabajo- con carácter apriorístico una teoría general acerca de la naturaleza de la relación de empleo público,

⁴⁰ BIELSA, R., *Algunos aspectos de la función pública*, Rosario, 1941, pág. 22.

⁴¹ Fallos 320:74, “Chedid”.

⁴² Fallos 244:196, “Etcheverry”; Fallos 245:271, “Torres”.

⁴³ Fallos 247:363 “Benedetti”. Ampliar en FERA, M. S., “Los ‘contratados’ de la Administración Pública”, en VAZQUEZ VIALARD, A. L. R y FERA, M.S. –coordinadores-, *El Derecho Laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos Típicos*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 168.

⁴⁴ Fallos, 290:87, “Cavalcante de Mirena” y Fallos 295:80, “Alvarez de Franco”.

⁴⁵ En ciertos casos (Fallos 306:1236, “Deutsch” y Fallos 308:1291, “Ruiz”), la Corte admitió la aplicación de las normas del derecho laboral, pese a no existir una manifestación expresa del empleador al contratar, conforme a lo dispuesto por el art. 2 de la LCT.

⁴⁶ Véase Fallos 300:1138, “Morante”; Fallos 310:195, “Rieffolo Basilotta”; Fallos 310:464, “Zacarias”; Fallos 310:1390, “Jasso”, Fallos 310:2117, “Filgueira de Alvarez”; Fallos 310:2927 “Marignac”; Fallos 314:376, “Leroux de Emede”; Fallos 316:245, “Perreta Herrera”. Ampliar en RODRÍGUEZ MANZINI, J., op. cit., pág. 1138, a quien seguimos en este punto; FERA, M. S., op. cit.; ROZEMBERG, E. M., “Nuevas perspectivas en el empleo público”, ERREPAR – DEL – Nº 191 – julio/01 – T XV, pág. 597; SIMON, J.C. – RECALDE, R., “Los trabajadores contratados en la administración pública a la luz de las últimas disposiciones legales y convencionales”, DT 2001-B-2229.

tomando partido por la concepción del acto unilateral⁴⁷ o bilateral⁴⁸, o por la teoría contractual⁴⁹, que, en muchos casos, prescinden de la realidad específica de la relación.

Señala acertadamente Fiorini que la gama de variedades de las actividades del Estado contemporáneo, desconocidas o limitadas en el pasado, comprueba cuán erróneo es sustentar las opiniones jurídicas de Laband, Mayer, Jèze, Duguit y otros juristas que han abordado este tema. Los esclarecidos trabajos de estos juristas tienen elevado valor y no pueden ser desechados en ninguna forma, pero deben ubicarse, para su interpretación en un Estado muy distinto, pero muy distinto, al que fue cuando escribieron sus trabajos⁵⁰. En igual sentido, Grau -aunque refiriéndose a distintas teorías acerca del acto de nombramiento del empleado público, y su ulterior aceptación-, señala que todas aquellas opiniones jurídicas se han formulado en relación con ordenamientos jurídicos positivos particulares y extraños al argentino; afirmando su posición metodológica al señalar que, en función de la forma federal adoptada por nuestra Constitución, sólo se puede tener una noción verdadera del derecho administrativo argentino, después de hacer un análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos locales, para extraer de éstos los principios generales⁵¹.

El sesgo positivista que evidencia el análisis de estos autores, si bien constituye un avance metodológico de envergadura, es insuficiente sin embargo para lograr soluciones que se adecuen al contexto de la realidad, toda vez que, conforme a lo expuesto al comienzo de este trabajo, la aplicación lisa y llana de la ley –sin el tamiz de la realidad- puede conducir a soluciones injustas.

Asimismo, agrega Fiorini que la polémica entre las distintas teorías jurídicas sobre la naturaleza del empleo público ha sido ya superada en forma exhaustiva, mencionar las viejas teorías, es citar antecedentes de erudición que no aportan nada práctico sobre la cuestión, que se reduce a un problema de terminología, centrando el análisis en el derecho positivo⁵².

Sin embargo, la invocación de la naturaleza jurídica del empleo público por parte de algunos tribunales, como fundamento de la limitación a los derechos de los trabajadores estatales, demuestra que la cuestión, lejos de constituir un problema meramente semántico, impacta directamente en el equilibrio de las prestaciones recíprocas implicadas en la relación.

En efecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha decidido tradicionalmente que “La relación de empleo público de naturaleza estatutaria se regula por actos unilaterales provenientes de la Administración Pública. El contenido patrimonial de la relación se encuentra sujeto a las normas administrativas. De tal modo, el sueldo no tiene carácter contractual. Es objetivo, legal o reglamentario y

⁴⁷ DIEZ, M. M., *Derecho Administrativo*, ed. Pus Ultra, 2da. ed., Buenos Aires, 1979, t. III, pág. 505; GRAU, E. A., *Estudios sobre la relación de empleo público*, Centro de Estudiantes de Derecho, La Plata, 1964, pág. 14; MARAFUSCHI, M.A., “Empleo público ...”, en AA.VV, *Actualidad del Derecho Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, ed. Función Pública, La Plata, 1998, pág. 117.

⁴⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, B., op. cit. pág. 327.

⁴⁹ BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, ed. La Ley, 6ta. ed., Buenos Aires, 1964, t. III, pág. 69; MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, t. III-b, pág. 181; BERÇAITZ, M.A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, ed. Depalma, 2da. ed., Buenos Aires, 1980, pág. 619 y sgtes.; FIORINI, B. A., *Derecho Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, 2da. ed., Buenos Aires, 1976, t. I, pág. 770; ESCOLA, H. J., *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, vol. II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 315; GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. FDA, 4ta. ed., Buenos Aires 1997, t. I, XIII-29; BOTASSI, Carlos, *Contratos de la Administración Provincial*, ed. Scotti, La Plata, 1986, pág. 117.

⁵⁰ FIORINI, B., op. cit. pág. 773.

⁵¹ GRAU, E. A., op. cit. pág. 8.

⁵² FIORINI, B., op. cit., pág. 774.

consecuentemente puede ser modificado, tanto en su quantum, como en sus modalidades (Villegas Basavilbaso, “Derecho Administrativo”, T.III, pág. 484)”;

aunque en los últimos pronunciamientos vinculados a descuentos salariales establecidos por el régimen de emergencia provincial, se advierte –obiter dictum- en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte Provincial, un implícito abandono de aquella concepción, que tiende a restringir la autonomía de la voluntad del agente frente a la administración. En efecto, a partir de su integración por conjueces (causas B 63.442, “Larroque”; B 63.212, “Todisco”; B 63.177, “Barrionuevo”; B 63.279, “Flores” y B 63.099 “López”), la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha calificado a la relación de empleo público como un contrato administrativo. Ese criterio se vio luego corroborado en las causas I 2.312, “AERI” y B 64.621 “UPCN” donde la Suprema Corte, integrada parcialmente por jueces estables, reiteró dicha calificación, en sintonía con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵³ y la de otros tribunales provinciales⁵⁴.

No obstante lo expresado, aún cuando se ha postulado la caracterización de la relación de empleo público como un contrato administrativo, en la doctrina de ciertos autores, se ha sostenido simultáneamente que ello no implica postular la intangibilidad de la remuneración del trabajador estatal.

Así, Bielsa, que adscribe a la tesis contractualista, señala que los sueldos se fijan *legalmente* en el presupuesto, y *contractualmente* en casos especiales (contratación de profesores, asesores técnicos, etc.), y que la fijeza del sueldo no está asegurada por ninguna disposición legal, a no ser la ley de presupuesto⁵⁵. En igual sentido, Marienhoff, afirma que, en ejercicio de la prerrogativa contenida en la pertinente cláusula exorbitante implícita del derecho privado, la Administración Pública puede introducir “modificaciones” al contrato de función o de empleo públicos, pudiendo entonces alterar el sueldo, disminuyendo su monto, sin que ello pueda significar una alteración “substancial” del contrato⁵⁶.

Conforme a dicha posición doctrinaria, cobra relevancia la afirmación de otros autores que propician la “privatización” del empleo público, al señalar que “la discusión es sólo teórica y carece de mayores alcances prácticos, ya que el régimen jurídico a aplicar al empleo público no se altera en absoluto por el hecho de que el acto constitutivo de la relación individual sea acontractual o contractual, dado que en ambos casos los efectos serán los mismos que propicia la doctrina autoritaria: fijación unilateral de las condiciones de trabajo de un modo imperativo e inmodificable, sujeción estricta del empleado a la jerarquía administrativa, ninguna incidencia de la voluntad del empleado en el contenido de la relación, discrecionalidad del poder del Estado para variar elementos esenciales del contrato, incluso en perjuicio del empleado, etcétera”⁵⁷.

Así, partiendo de aquella premisa y con fundamento en la fusión de la relación de empleo público con las relaciones laborales del derecho privado, subsumidas

⁵³ Fallos 323:1566, “Guida”; Fallos 325:2059, “Tobar” y Fallos 326:1138, “Müller”.

⁵⁴ TS Córdoba, Sala Contencioso administrativa, causa “Rieder”, LLC-2002, 28, con nota de Alfredo Guzmán; ST Tierra del Fuego, causa “Del Valle”, -voto del Dr. Carranza, disidencia Dr. Hutchinson, quien se inclinó por la consagración de la naturaleza estatutaria del empleo público- LL 1998-A, 65, con nota de Germán J. Bidart Campos; ST Corrientes, causa “Castillo”, LL Litoral, 1998-2-817; CJ Salta, causa “Juárez Campos”, LL NOA 2003 –diciembre-, 656; CJ Catamarca, causa “Zavaleta”, LL, 1999-B, 820 -41.406S-, entre otros).

⁵⁵ BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, op. cit., t. III, pág.176. Del mismo autor: *La Función Pública*, ed. R. Depalma, Buenos Aires, 1960, pág. 135/6.

⁵⁶ MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-b, pág. 272.

⁵⁷ DE LA FUENTE, H. H., “La privatización del empleo público”, LL 2001-B, 984.

en la categoría única del “trabajo”, se reivindica la pertenencia del empleo público al ámbito del Derecho del Trabajo y la aplicación del régimen laboral para los trabajadores estatales⁵⁸.

3.3. Sin embargo, conforme lo expresara en otra oportunidad⁵⁹, la inserción de la relación de empleo público en la categoría de los contratos administrativos genera efectos concretos en punto a la protección del trabajador estatal, puesto que torna aplicables todos los caracteres que la teoría general de los contratos administrativos asigna a éstos últimos; en particular, aquellos “inherentes a la utilidad calculada”⁶⁰, es decir, el “mantenimiento de la ecuación económico-financiera”⁶¹, o el “derecho al mantenimiento del equilibrio inicial de las prestaciones”⁶². De modo que –como enseña Berçaitz– “el primer derecho que nace del contrato para el co-contratante por las prestaciones que realice de hacer o de dar, es el de cobrar a la Administración pública, en el tiempo, oportunidad, lugar y forma convenidos, el precio estipulado (...) Si se trata de un contrato de empleo público, el precio es el sueldo, viáticos, etc., mediante los cuales cubre sus necesidades alimentarias lato sensu.(...) Si las obligaciones del co-contratante son aumentadas, si la Administración pública modifica el contrato en forma que incide sobre la ecuación económico-financiera produciendo su desequilibrio, o le pone fin antes del término pactado por razones de oportunidad o conveniencia, todo lo cual constituye el hecho de la Administración, el co-contratante tendrá derecho a ser indemnizado”⁶³.

El deber de la administración de mantener incólume el equilibrio financiero indemnizando las alteraciones del mismo, surge del principio constitucional emergente del artículo 17 de la Constitución Nacional, en cuyo mérito a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento⁶⁴.

Si se acepta entonces la tesis contractualista acerca de la naturaleza de la relación de empleo público, el sueldo integra la parte no modificable del contrato, su ecuación económico-financiera. De tal suerte que, el sueldo de un agente en particular no puede ser reducido por causas no imputables a él. Y frente a una ley que estableciera una disminución general de sueldos de los agentes públicos, es dable objetar que tal medida lesiona el principio de igualdad ante las cargas públicas establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, toda vez que la condición de agente público del afectado no parece una calificación razonable para imponer una carga diferenciada respecto de los demás asalariados del país⁶⁵.

Sin embargo, la Corte Nacional, en la causa “Guida”⁶⁶, luego de admitir que “en el marco de la relación de empleo público el Poder Ejecutivo goza ... de prerrogativas exorbitantes propias del régimen ius administrativo que le permiten, a fin de satisfacer en la mejor forma el interés público, introducir modificaciones en el

⁵⁸ DE LA FUENTE, H. H., op. cit.

⁵⁹ “Emergencia y Empleo Público: ...”, op. cit.

⁶⁰ BERÇAITZ, M. A., op. cit., pág. 442.

⁶¹ DIEZ, M. M., op. cit., t. III, pág. 65.

⁶² BOTASSI, C., op. cit., pág. 50.

⁶³ BERÇAITZ, M. A., op. cit., pág. 442.

⁶⁴ DIEZ, M. M., “Los mayores costos en las obras públicas”, RADA N° 4, Buenos Aires, 1972, pág. 13, cit. por DROMI, J. R., “La imprevisión en los contratos de la administración”, en la obra colectiva *Contratos Administrativos*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 1, pág. 119.

⁶⁵ VIDAL PERDOMO, J., “Derechos de los funcionarios públicos”, en la obra colectiva *Contratos Administrativos*, op. cit., t. II, pág. 151.

⁶⁶ Véase BIANCHI, A., “De Guida a Tobar. La sinuosa ruta de los salarios de los agentes públicos”, J.A., 2002 – III - 287.

contrato, siempre que ellas sean razonables y no signifiquen una alteración sustancial de sus condiciones”; afirmó “que la intangibilidad del sueldo del empleado público no está asegurada por ninguna disposición constitucional” y que “no existe, por ende, un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias”. Pero el principio de intangibilidad de la remuneración del contratista estatal tampoco se encuentra consagrado expresamente en la Constitución, y sin embargo, es un principio indiscutido en materia de contratación administrativa ¿a qué obedece entonces esta disparidad conceptual?

En la teoría de los contratos administrativos, es admitida la potestad *variandi*⁶⁷, la que no puede ni debe ser ejercida de modo arbitrario, sino que toda alteración debe ser razonable y fundada en circunstancias objetivas y generales, debiendo respetar la sustancia de cada relación contractual⁶⁸. Pero esa potestad genera en el contratista el consecuente derecho a ser compensado de todas las consecuencias económicas que generen tales modificaciones⁶⁹. Sin embargo, conforme a la doctrina de la Corte Suprema en materia de empleo público, esa alteración que se consume con la reducción salarial, no genera ninguna compensación a los trabajadores. Se advierte así, un desequilibrio evidente en las contraprestaciones, un enriquecimiento sin causa y una desigualdad manifiesta en la valoración del derecho de propiedad.

Aquella compensación no necesariamente debe ser remuneratoria, sino que puede recaer sobre las distintas obligaciones del agente, tales como una disminución proporcional en el horario o una extensión de las licencias, a fin de mantener el equilibrio contractual⁷⁰. Lo contrario, esto es, una quita sin compensación, es lisa y llanamente una confiscación, prohibida por el art. 17 de la Constitución Nacional y frente a ello, el agente afectado puede reclamar judicialmente la devolución de la parte mermada de su salario alegando la inconstitucionalidad de la norma⁷¹.

Señala Escola, con relación al contrato de empleo público, que “las modificaciones del contrato no pueden ser arbitrarias, sino que deben ser razonables y fundadas, debiendo respetar la sustancia de cada relación contractual (...) y conservar el equilibrio económico-financiero tenido en cuenta al contratarse, por lo que las prestaciones extraordinarias o mayores, los traslados no previstos, etc., deben ser debidamente compensados, ya sea con el pago de horas extras, compensaciones especiales, pago de viáticos, etc., según fuere procedente”⁷².

Esa compensación, siempre es reconocida en los demás contratos administrativos⁷³, pero no así en el contrato de empleo público. Tomemos por caso el sistema de variaciones de precios en el contrato de obra pública: la jurisprudencia⁷⁴ ha señalado que “La remuneración del contratista está integrada no sólo del precio

⁶⁷ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., t. III-B, p. 272.

⁶⁸ ESCOLA, H. J., op. cit., vol. II, p. 424.

⁶⁹ CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 79.

⁷⁰ Un caso interesante es el de la Provincia de Tierra del Fuego, donde se dispuso una compensación por la reducción salarial del personal del sector público que se instrumentó a través de una reducción de la jornada laboral en una hora o dos horas, la disminución de un número de días en forma mensual a lo largo del año y/o mediante la extensión del período vacacional, estableciendo además una Compensación Adicional y Extraordinaria (véase BIDART CAMPOS, G J., “Medidas de emergencia que afectan derechos y se ‘compensan’ con la concesión de algún beneficio”, LL Patagonia, noviembre/2003, p. 3).

⁷¹ EKMEKDJIAN, M., “La rebaja de los sueldos de los funcionarios públicos es inconstitucional”, ED 162-1248; GAMBOA, R. A., “Ensayo sobre la inconstitucionalidad de las medidas oficiales que reducen sueldos y jubilaciones.”, LL 2001-E, 902.

⁷² ESCOLA, H. J., op. cit., vol. II, p. 426.

⁷³ CASSAGNE, J. C., “Los contratos públicos y la reciente ley de emergencia”, LL 2002-C, 1037.

⁷⁴ CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, Causa: 36016/95, “Papini Mario Néstor c. Adm. Gral. de Puertos s/contrato de obra pública”.

estipulado al inicio de la relación sino también de los mayores costos de la ley 12.910 (Fallos 311:1181 y 1576), previsión contractual que permite asegurar que los pagos se hagan de acuerdo con el valor real que les correspondería originariamente y entregar al prestador de la actividad el valor cuya expresión actual representa, con integral fidelidad, la misma sustancia económica a la que estaba obligado el promotor del certamen licitatorio cuando eligió la oferta ('Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos' de Celso Antonio Bandeira de Melo, en 'Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff', págs. 903/914)". ¿porqué no aplicar el mismo principio al contrato de empleo público? ¿o acaso el trabajador estatal frente a la pérdida del valor adquisitivo de su salario, no debe enfrentar "mayores costos", como transporte, equipamiento, etc.?

Se observa entonces, una distinta valoración jurisprudencial del derecho de propiedad: hay derechos de propiedad superlativos (contratistas del Estado), restringidos (empleo público) etc. Es decir, hay una evidente desigualdad, y consecuentemente una violación al artículo 16 de la Constitución Nacional.

Entiendo que podría oponerse como reparo a dicha afirmación, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tanto ha proclamado que la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal e igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias⁷⁵. Pero, como es sabido, este criterio de distinción no debe ser arbitrario, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución⁷⁶.

Pero de conformidad a todo lo expresado, no hay ninguna razón –al menos jurídica- que justifique aquella desigualdad de tratamiento entre el contrato de empleo público y las demás contrataciones públicas.

Siguiendo a Escola, es posible afirmar entonces que "si la relación de función o empleo público, tal como la hemos delimitado, constituye, conforme a su naturaleza jurídica, un contrato administrativo stricto sensu, va de suyo que presenta, como tal, los caracteres que son inherentes a todos los contratos administrativos y que concurren a configurarlos en ese carácter. (...) Llama la atención observar que incluso quienes reconocen que la relación de función o empleo público constituye un verdadero contrato administrativo, no han prestado la necesaria consideración a esta cuestión, tratándola sólo de manera general y a veces aun parcial, como si la afirmación del carácter contractual de esta relación no fuera suficiente como para tratar a este contrato específico, del mismo modo como se lo hace con los demás contratos administrativos"⁷⁷.

Hasta aquí hemos considerado al salario, como contraprestación derivada de una relación contractual de empleo público, desde la perspectiva del derecho a la propiedad. Pero en rigor de verdad, la dimensión social del trabajo público o privado – la Constitución no hace distinciones- no debe hacernos perder de vista la inclusión del empleo público dentro de esta categoría de derechos que poseen especial consagración en la dogmática constitucional y que, lejos de limitarlos, obliga al Estado a promoverlos, a crear las condiciones adecuadas para su goce y ejercicio (artículo 14 bis de la Constitución Nacional, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

⁷⁵ Conforme Fallos: 127:167; 137:105; 138:313; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97 (LL 131-110; 151-353); 151:359; 300:1084; 306:1560 (DT, 1988-B, 1886), 313:1513, entre otros.

⁷⁶ Doctrina de Fallos 181:203, 182:355, 246:70 y 350, 289:197, 298:256, 300:1049 y 1087, 301:1185, 302:192 y 457, 313:1513.

⁷⁷ ESCOLA, H. J., op. cit. , vol. II, p. 349.

Por ello, la Corte Suprema ha afirmado: "El trabajo tiene características que imponen su consideración con criterios propios que, obviamente, exceden el marco del mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. Ello sustenta la obligación de quienes utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan". Por ello, toda duda debe resolverse en función de la igualdad de posibilidades porque el principio "in dubio pro iustitia sociale tiene categoría constitucional"⁷⁸

En suma, entiendo que la protección de la relación de empleo público, por sus particulares características, puede hallar adecuada protección mediante la aplicación de los principios que surgen de la teoría general del contrato administrativo y aquellos que dimanen de su condición social, sin necesidad de acudir a la aplicación lisa y llana del derecho laboral, sin perjuicio de la aplicación analógica de sus normas.

4. EPÍLOGO.

Como corolario de todo lo expresado, estimo conveniente enunciar una serie de proposiciones, que a mi criterio, resultan pertinentes para el abordaje jurídico de toda cuestión vinculada a la relación de empleo público:

4.1. Es preciso señalar en primer término, que así como conviene desconfiar de las definiciones metafísicas o muy generales del trabajo, desligadas de la historia, de la sociología y la etnografía, sin referencia a la variedad de sus formas concretas de acuerdo con las sociedades, las culturas, las civilizaciones y sin consideración suficiente de la manera en que el trabajo es vivido y experimentado por quienes lo realizan⁷⁹; por idénticas razones, también es preciso dudar de aquellas concepciones apriorísticas y dogmáticas relativas a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público que prescinden del contexto social, político y económico, como así también, de la relación de poder implicada en la relación.

4.2. Toda caracterización de la relación de empleo público lleva implícita una determinada ideología del poder, según se tienda a afirmar o limitar los poderes implícitos o explícitos del Estado. Esta situación, ha sido advertida por la doctrina positivista, aunque por razones estrictamente metodológicas⁸⁰. Sin embargo, las soluciones abstractas propiciadas desde la dogmática jurídica, puede conducir a situaciones de inequidad social, en tanto que las leyes formales –y también los reglamentos- suelen no ser la expresión de la voluntad popular, sino de otros intereses prevalecientes. En consecuencia, la aplicación estricta de la ley por parte de los operadores jurídicos, implica la consagración de esos intereses, con un claro sesgo ideológico.

Es por ello que toda indagación jurídica sobre la cuestión no debe prescindir de la realidad, aún cuando para lograr su propósito deba valerse de otras disciplinas sociales que, desde otra ladera, comparten el objeto jurídico de la ciencia del derecho que es, en definitiva, la conducta humana. Ha de prevalecer entonces un enfoque holístico para la determinación, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en particular si tenemos presente que no hay una solución única para cada problema

⁷⁸ CSJN "*Mansilla, Manuela c. Cía. Azucarera Juan M. Terán, Ingenio Santa Bárbara*", 30/03/1982 LL 1982-D, 411), "*Berçaitz, Miguel Angel c/Instituto Municipal de Previsión Social*", 13/10/1974; cit. por CAPON FILAS, Rodolfo E., "*Protección constitucional del trabajo*", LL 2003-C, 1150.

⁷⁹ FRIEDMAN, G. – NAVILLE, P., *Tratado de la Sociología del Trabajo*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1963, t. I, pág.18.

⁸⁰ MERKL, A., op. cit., pág. 398.

jurídico, donde se verifica frecuentemente una colisión de derechos que determina la necesidad de hacer prevalecer unos sobre otros.

4.3. Asimismo, es preciso evitar la asimilación sin reservas de aquellas concepciones gestadas en un sistema de legislación positiva y en un determinado contexto político, social, histórico, económico y cultural; para determinar los alcances de la relación en otro país en que, el sistema de derecho positivo y el referido contexto social, pueden haber otorgado importancia a otros elementos para fijar la noción⁸¹.

4.4. Cualquier consideración jurídica acerca del empleo público no debe soslayar el contenido socio-económico de la realidad que subyace en la relación de empleo público, pues más allá del *nomen iuris* elegido, de ella nacen obligaciones para cada una de las partes: obligación relativa a la prestación laboral por un lado y obligaciones retributivas por el otro⁸².

En igual sentido, ha de tenerse presente que las condiciones de alteridad, no son equivalentes en la relación de empleo público, puesto que, como señala acertadamente Marienhoff, la situación jurídica del trabajador estatal está signada por la incertidumbre, por la falta de seguridad legal con relación a los trabajadores del sector privado, en tanto, para éstos últimos existen normas protectoras que emite el Estado y que, por tanto, los empleadores no están en condiciones de derogar o modificar. En cambio, respecto de los trabajadores estatales, dichas normas, también emitidas por el Estado, son fácilmente derogadas o modificadas por éste en cualquier momento⁸³. De modo que la relación de empleo público es precaria, y esto se advierte muy fácilmente en el contenido de diversas normas de emergencia que han limitado o suspendido los derechos del trabajador estatal.

Dicho en otros términos, la relación de poder en el ámbito de las relaciones de trabajo del sector privado, es tripartita porque el Estado establece las reglas que han de regir la relación jurídica empleado – empleador; mientras que en la relación laboral regida por normas de derecho público es el empleador quien dicta las normas. La diferencia de poder es evidente y, en consecuencia, si la legislación laboral ha establecido pautas hermenéuticas para proteger a la parte más débil de la relación, con mayor razón aún estas deben ser adoptadas para proteger al trabajador estatal.

4.6. Por su parte, se ha de considerar –como señalara ajustadamente Bielsa– que las contiendas del derecho laboral tienen un trasfondo económico y pueden resolverse con más certeza, equidad y justicia que la de los empleados y los gobernantes, porque estas contiendas suelen tener un fondo político-electoral y suelen ser decididas con presión o interés partidario⁸⁴.

4.7. Si bien desde la perspectiva que particulariza el análisis de la relación de empleo en términos de bilateralidad (empleado – empleador), no existen diferencias ontológicas con la relación laboral de derecho privado, situación que además se corresponde con el derecho positivo que brinda protección al trabajo en sus diversas formas (art. 14 bis de la Constitución Nacional)⁸⁵; no ha de perderse de vista que la actividad de los trabajadores del Estado, aún cuando se encuentre regida por normas del derecho laboral, involucra o compromete el desarrollo de los cometidos esenciales del Estado y los servicios prestados por la Administración. De modo que aquella relación,

⁸¹ Conf. STAÏNOF, *Le fonctionnaire*, París, 1933, cit. por ROYO VILLANOVA, S., “El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo derecho español”, RAP N° 44, Madrid, mayo-agosto 1964, pág. 9.

⁸² GIANNINI, M. S., *Derecho Administrativo*, fondo editorial MAP, Madrid, 1991, vol. 1ro., pág. 360.

⁸³ MAFIENHOFF, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, ed. Abeledo Perrot, pág. 11.

⁸⁴ BIELSA, R., *La Función Pública*, op. cit., pág. 4.

⁸⁵ De allí que sea más preciso utilizar, siguiendo a GIANNINI, la expresión “relación laboral regida por normas de derecho público” para denominar la relación de empleo público (op. cit., pág. 369).

al proyectar sus efectos en la comunidad como destinataria de aquellas prestaciones, determina la existencia del interés público comprometido que ha de incidir muy especialmente en la relación. De allí la necesidad de mantener la regulación del empleo público en la órbita del derecho administrativo, pero con una adecuada protección de los derechos de los trabajadores estatales. A esos fines, la aplicación de los principios de la contratación administrativa, conjuntamente con la protección que dimana de la categoría social del derecho, conjugada con la aplicación supletoria de las normas del derecho laboral, extienden un marco de protección adecuado y un equilibrio de todos los intereses implicados.