



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1596/09

Dolores, 01 de julio de 2009.-

REF: " EMPLEADOS CONTRATADOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Realización de tareas administrativas de carácter permanente en el ámbito municipal. Contratación ad-hoc. Celebración de sucesivos contratos de prestación de servicios por tiempo determinado. Contratación transitoria que se mantuvo vigente por una década. PROTECCION CONTRA EL DESPIDO

ARBITRARIO. Art. 14 Bis CN. Reciente jurisprudencia de la CSJN. Principio pro homine.

Resarcimiento. Aplicación de las pautas de la Ley de Contrato de Trabajo. Arts. 232 y 245 de la Ley 20.744".-

"Betancur, Gabriela Isabel c/Municipalidad de Allen (Concejo Deliberante) S/ reclamo s/ inaplicabilidad de ley" - STJ DE RIO NEGRO - 09/06/2009

Expte N° 22020/07 - "Betancur, Gabriela Isabel c/Municipalidad de Allen (Concejo Deliberante) S/ reclamo s/ inaplicabilidad de ley" – STJ DE RIO NEGRO – 09/06/2009 EMPLEADOS CONTRATADOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. Realización de tareas administrativas de carácter permanente en el ámbito municipal. Contratación ad-hoc. Celebración de sucesivos contratos de prestación de servicios por tiempo determinado. Contratación transitoria que se mantuvo vigente por una década. PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO. Art. 14 Bis CN. Reciente jurisprudencia de la CSJN. Principio pro homine. Resarcimiento. Aplicación de las pautas de la Ley de Contrato de Trabajo. Arts. 232 y 245 de la Ley 20.744

"...la Corte asume el examen de constitucionalidad a la luz de la manda contenida en el art. 14 bis de la CN y el hilo conductor que vincula a todos ellos pasa por rescatar la centralidad de la persona humana y, particularmente, del trabajador. En este punto, no es ocioso poner de resalto la relación que hace el juez Maqueda en su voto en la causa "SANCHEZ" [Fallo en extenso: elDial - AA2A15] con lo sostenido por el Tribunal en "ITZCOVICH" [Fallo en extenso: elDial - AA2886] y en "VIZZOTI" [Fallo en extenso: elDial - AA2400] (considerandos 4 y 9), ni las citas de los precedentes "VIZZOTI", "AQUINO" [Fallo en extenso: elDial - AA242F] y "MILONE" [Fallo en extenso: elDial - AA251F] efectuadas al resolver los autos "MADORRAN" [Fallo en extenso: elDial - AA3CFF]."

"El principio de igualdad de trato y demás derechos consagrados en los arts. 40, 48 y 49 de la Const. Prov. deben ser efectivos conforme a las leyes que los reglamenten, pero jamás desconocidos o menoscabados. Cuando el empleo público degenera en formas incompatibles con la dignidad del trabajador y del trabajo humano como derecho y deber, corresponde así declararlo para normalizar lo irregular e injusto, lo ilegal e inconstitucional."

"No se demanda aquí en procura de obtener la reinstalación en el cargo en función de la reivindicación de una suerte de estabilidad propia adquirida con el devenir del tiempo (que, en nuestro caso tendría el valladar del requisito del ingreso por concurso -art. 51 Const. Prov.-), ni tampoco se trata de una relación de empleo público regida por las normas del derecho privado. Debe ponerse de resalto una vez más que en el caso en examen no se encuentra controvertido que la actora cumplió tareas administrativas de carácter permanente en el ámbito del Concejo Deliberante municipal, ni tampoco que lo hizo en virtud de sucesivos "contratos de prestación de servicios por tiempo determinado" que se renovaron sin solución de continuidad desde febrero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2004. Así aparece la necesidad de construir una fórmula de resarcimiento de acuerdo con las circunstancias del caso y, en ese marco, surge entonces la alternativa de recurrir a la aplicación de las pautas de la LCT, para evitar la notoria injusticia que supone un resultado que, en definitiva, prive al agente contratado del empleo y del derecho a una indemnización, es decir, lo deje desprovisto de toda tutela frente al despido arbitrario."

"No puede cohonestarse el fraude a la ley que significa incorporar un agente a través de la figura del personal contratado y mantenerlo en esa situación de precariedad cuando el objeto laboral (tareas administrativas) y el extenso lapso temporal de la vinculación (más de una década) no se conciben con la transitoriedad propia del género. Tampoco puede, en esa situación, compartirse una interpretación que, so pretexto de estricto apego a la ley, conduzca a un resultado que consagre una desprotección total del trabajador; esa circunstancia de notoria injusticia pudo y debió evitarse mediante el "concurso", con cuya omisión la Administración lesionó derechos fundamentales al frustrar la posibilidad de que la actora, o cualquier otro aspirante, tuviera la chance de acceder al cargo y adquirir la estabilidad que constitucionalmente le corresponde a todo agente público (arts. 51 y 53 de la Const. Prov. y 14 bis de la Const. Nac.). En ese contexto, debe buscarse una interpretación del orden normativo que permita, al menos, hacer efectiva la mínima protección frente al despido arbitrario (art. 14 bis de la Const. Nac.), pues otra solución supondría una completa dilución de aquellas garantías constitucionales (véase David Duarte: "La elusión de la estabilidad del empleado público", La Ley del 28.05.09, pág. 5)."

"En ese cuadro de situación, no parece desacertada la construcción jurídica edificada por la Cámara al recurrir al estándar de cálculo que -con bases suficientemente sólidas- aportan los arts. 232 y 245 de la LCT, pues, tratándose de servicios personales dependientes, deben respetarse sus derechos y garantías mínimos (art. 14 bis de la Const. Nac.), sin que puedan alterarse sus contenidos (art. 28 id.), sea que la administración utilice figuras del derecho público o del derecho privado, habida cuenta de que, de todos modos, el contenido de los derechos lo da la Constitución (doctr. fallo "VIZZOTI" [Fallo en extenso: elDial - AA2400])."

"... A la luz del referido principio pro homine, debe darse preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, en razón además, y en última instancia, de un imperativo de justicia."

Fallo en Extenso:

Expte N° 22020/07 - 'Betancur, Gabriela Isabel c/Municipalidad de Allen (Concejo Deliberante) S/ reclamo s/ inaplicabilidad de ley " STJ DE RIO NEGRO " 09/06/2009

///MA, 9 de junio de 2009.//

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Alberto Italo BALLADINI, Víctor Hugo SODERO NIEVAS y Roberto Hernán MATURANA, por subrogancia-, con la presencia del señor Secretario doctor Gustavo GUERRA LABAYEN, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "BETANCUR, GABRIELA ISABEL C/ MUNICIPALIDAD DE ALLEN (CONCEJO DELIBERANTE) S/ RECLAMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte N° 22020/07-STJ), elevados por la Cámara del Trabajo de la IIa. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de General Roca, con el fin de resolver el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 312/316 vlt. por la parte demandada, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES

1ra.- ¿Es fundado el recurso?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACIÓN

A la primera cuestión los señores Jueces doctores Alberto Ítalo BALLADINI, Víctor Hugo SODERO NIEVAS y Roberto Hernán MATURANA dijeron:

1.- Mediante la sentencia obrante a fs. 297/307, la Cámara del Trabajo de la IIa. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de General Roca hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la Municipalidad de Allen a abonarle a la actora la suma liquidada con base en los parámetros de los arts. 232 y 245 de la LCT en concepto de indemnización por la extinción del vínculo dispuesto por el municipio al no renovar el último de los que sirvió contratos que duraron a las partes por más de diez años.-

Para así decidir, el Tribunal de grado sostuvo que no () se hallaba controvertido que la actora estuvo vinculada con la Municipalidad de Allen en virtud de sucesivos "contratos de prestación de servicios por tiempo determinado" que se renovaron sin solución de continuidad desde febrero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2004, ni tampoco que realizaba tareas administrativas de carácter permanente en el ámbito del Concejo Deliberante.-

Añadió que ello fue así hasta que, al finalizar su último contrato, se decidió no renovarlo, lo que se le hizo saber a la actora mediante nota del 03/01/05 (fs. 30).-

En tales condiciones, la Cámara consideró que la Municipalidad violaba su propia normativa al contratar personal por tiempo determinado para realizar tareas permanentes y mantenerlo vinculado de esa manera "sine die", bloqueando su ingreso a la planta permanente y también el de terceros que tuvieran igual aspiración. Estimó entonces que, por encima de las formas, en el caso de autos se trató de una relación por tiempo indeterminado protegida constitucionalmente contra el despido arbitrario (art. 14 bis CN), por lo que las consecuencias de una ruptura injustificada debían ser reparadas con un resarcimiento razonable y equitativo. En ese orden de ideas, estimó tal el que resultaba de la aplicación analógica de los parámetros establecidos en los arts. 245 y 232 de la LCT (indemnización por antigüedad y sustitutiva de preaviso).-

2.- Contra lo así decidido, la demandada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley a fs. 312/316 vlt., que fue concedido parcialmente por el Tribunal de grado en los términos y alcances que surgen de la resolución obrante a fs. 325/327.-

En su memorial recursivo -en particular, en los agravios declarados admisibles por la Cámara-, la demandada sostiene que la actora ingresó a la Administración Pública en calidad de contratada, revistiendo el carácter de personal no permanente, por lo que carecía del derecho a la estabilidad (art. 12 inc. c del Estatuto y Escalafón del Agente Municipal de Allen) que sólo poseen quienes ingresan por concurso (art. 10, 3er. y 4to. párrafos del mencionado estatuto). Destaca que el mero transcurso del tiempo y el hecho de haber prestado servicios durante prácticamente once años no pueden trastocar de por sí la situación de quien ha ingresado como agente transitorio (contratado), teniendo en cuenta también que la aceptación de los contratos y sus pertinentes prórrogas impiden a la actora reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, dado que, de otro modo, se violaría el principio que impide venir contra los propios actos.-

Agrega que el art. 12 incs. a) y c) del Estatuto Municipal determina específicamente que corresponde exceptuar de los beneficios de la estabilidad propia al personal designado sin el recaudo constitucional del concurso y que tal es la normativa aplicable en consonancia con la remisión efectuada por la Carta Orgánica del municipio y lo previsto en los arts. 51 y 53 de la Constitución Provincial. De ello concluye que si esta última autoriza la remoción en cualquier tiempo, sin derecho a reclamo alguno, de los agentes públicos (entre los que se encuentran los municipales) que hayan sido designados sin cumplir con la condición del concurso, la decisión tomada por la accionada de no renovar el contrato no es contraria a derecho (art. 53 de la Constitución de la provincia).-

Estrechamente vinculado con lo anterior, manifiesta que la sentencia reconoce a la actora un derecho que legalmente no le asiste, y que es obligación de los jueces acatar de un modo estricto la legislación vigente aplicable al caso (art. 49 inc. 2 de la ley 1504).-

3.- Evidentemente el presente caso plantea -con la singular gravedad que le reporta el hecho de que se trata de una contratación transitoria que se mantuvo vigente por una década, es decir, más allá de todo plazo razonable- la delicada cuestión jurídica en que se encuentra el personal contratado por el Estado -en este caso, municipal- pues, por un lado, no goza de la estabilidad del empleo público por no haber ingresado por concurso (de acuerdo con las normas de nuestro derecho público local) y, por el otro, al no estar incluido en la LCT (por no mediar un acto expreso que así lo disponga), tampoco posee la protección contra el despido arbitrario de los empleados privados.-

La Cámara de grado zanjó la cuestión ordenando indemnizar el daño emergente de la extinción de ese vínculo con los parámetros de los arts. 232 y 245 de la LCT. En este punto, si bien es cierto que existe una jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, particularmente a partir del precedente "Leroux de Emede, Patricia c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (del 30-4-91), que excluye la posibilidad de aplicar analógicamente la LCT a supuestos como el de autos (por entender que dicho régimen sólo es aplicable en caso de mediar un acto expreso que incluya a los empleados en su sistema -cfr. art. 2 inciso "a" de la LCT-), las modificaciones operadas en la integración de la Corte Suprema, con miembros que no se han pronunciado sobre esta cuestión concreta -ni en ese precedente ni en otros posteriores- y, en cambio, si lo han hecho en otros fallos trascendentes, a los que debe reconocérsele verdadera "autoridad institucional" por haber fijado rumbos orientadores en el campo del derecho del trabajo y la seguridad social, dejan abierto el interrogante acerca de cuál podría ser su posición en esta materia en caso de que surgiera un nuevo examen de ella.-

Así, desde mediados del año 2004, la Corte Suprema dictó una serie de fallos en los que declaró la inconstitucionalidad del art. 46 de la LRT pues "federalizaba" una materia -responsabilidad por infortunios laborales- propia del derecho común ("CASTILLO" [Fallo en extenso: elDial - AA23AE], del 07.09.04, Fallos 327:3610); del tope indemnizatorio del art. 245 de la LCT ("VIZZOTI" [Fallo en extenso: elDial - AA2400], del 14.09.04, Fallos 327:3677); del art. 39 de la ley 24557 ya citada, en la medida en que impedía al trabajador que había sufrido un accidente o enfermedad profesional acceder a un sistema de reparación plena e integral ("AQUINO" [Fallo en extenso: elDial - AA242F], del 21.09.04, Fallos 327:3753); del art. 14.2.b de la LRT, por entender que el esquema original de la ley 24557 -que preveía pagos mensuales derivados de una renta como única prestación dineraria en caso de incapacidad permanente

parcial definitiva superior al 50%- impedía en ciertos casos que se cumpliera el sentido y la finalidad del rescacimiento ("MILONE" [Fallo en extenso: eDial - AA251F], del 26.10.04, Fallos 327:4607), y del art. 19 de la ley 24463 en cuanto establecía el recurso ordinario de apelación contra las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social ("ITZCOVICH" [Fallo en extenso: eDial - AA2886], del 29.03.05, Fallos 328:566). Asimismo, volvió a la jurisprudencia más clásica contenida en el voto en minoría en la causa "Chocobar" (Fallos 319:3241) y retomó la línea de la movilidad de las prestaciones previsionales ("SÁNCHEZ" [Fallo en extenso: eDial - AA2A15], del 17/05/05, Fallos 328:1602 y "BADARO", del 08/08/06 [Fallo en extenso: eDial - AA36CF], Fallos 329:3089 y del 26/11/07 [Fallo en extenso: eDial - AA435C] y 330:4469) para finalmente, llegar a declarar la inconstitucionalidad de la norma del convenio colectivo que, al prever una modalidad indemnizatoria, desconocía la estabilidad absoluta de los agentes que ingresaron a la Administración para prestar servicios de manera permanente ("MADORRAN" [Fallo en extenso: eDial - AA3CFF], del 03.05.07, Fallos 330:1989 y "RUIZ" [Fallo en extenso: eDial - AA3E75], del 15/05/07, TySS 2007-501).-

Pese a sus particularidades, hay que destacar que en todos estos fallos la Corte asume el examen de constitucionalidad a la luz de la manda contenida en el art. 14 bis de la CN y el hilo conductor que vincula a todos ellos pasa por rescatar la centralidad de la persona humana y, particularmente, del trabajador. En este punto, no es ocioso poner de resalto la relación que hace el juez Maqueda en su voto en la causa "SANCHEZ" con lo sostenido por el Tribunal en "ITZCOVICH" y en "VIZZOTI" (considerandos 4 y 9), ni las citas de los precedentes "VIZZOTI", "AQUINO" y "MILONE" efectuadas al resolver los autos "MADORRAN".-

En este orden de ideas, y volviendo al caso de autos, debe advertirse que según cuál sea la posición que aquí se adopte, podría suceder que la aplicación de las disposiciones del Código Civil relativas a la locación de servicios o, eventualmente, locación de obras a este tipo de trabajadores, sin derecho a estabilidad alguna, entrara en colisión con el principio instaurado por el art. 14 bis de la Const. Nacional, el cual -razonablemente interpretado- permite sostener que nuestro régimen constitucional veda que el trabajador que se desempeña en forma subordinada carezca de algún tipo de protección frente a una cesantía incausada.-

En efecto, el mentado art. 14 bis señala varias directivas que, en el caso de no cumplirse, establece la estabilidad del empleado público, y luego prevé la pauta de condiciones dignas y equitativas de labor y el precepto de igual remuneración por igual tarea. A su vez, en el ámbito del derecho público local, comenzando por lo más general, debe advertirse que el preámbulo de la Constitución Provincial señala como uno de sus objetivos el de "dignificar el trabajo". Luego, y en el caso particular, cabe destacar que las normas que establecen la "política administrativa" del Estado provincial rionegrino delinean las características principales del empleo público, concebido como régimen estatutario (art. 48), con reconocimiento de la carrera administrativa (art. 49) y de la estabilidad condicionada al ingreso por concurso de oposición y antecedentes (art. 51); como contrapartida de ello, se admite la posibilidad de que quienes hayan ingresado sin observar tales reglas puedan ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno (art. 53), a cuyo diseño responden las normas específicas aplicables en materia de empleados públicos municipales. Rigen, en este sentido, los arts. 5 de las Normas de Interpretación y 16 de las Disposiciones Complementarias de la Constitución Provincial y 225 y 228 también de la Carta Magna local, 5 y 6 de la Ley L N° 811 y, en el caso particular de la Municipalidad de Allen, el art. 9 de su Carta Orgánica (que textualmente reza: "Los habitantes de Allen y los empleados públicos de la Municipalidad gozarán, cuando menos, de las mismas prerrogativas, derechos y garantías contemplados en la Constitución de Río Negro vigente a la fecha de sanción de esta Carta Orgánica") y las normas específicas del Estatuto y Escalafón del Agente Municipal de Allen invocadas por la propia recurrente.-

Respecto de la cuestión de la estabilidad, hay que señalar que ninguna duda ofrece el hecho de que si la Administración Pública -provincial o municipal- tiene una necesidad temporánea y estacional o técnico-científica, es lógico que contrate a una persona por un tiempo determinado, sin concederle la garantía constitucional prevista por el art. 14 bis de la Constitución Nacional por el hecho de no haber ingresado por vía del concurso que el art. 51 de la Constitución Provincial manda instrumentar, a efectos de tener por debidamente acreditados los requisitos de idoneidad y eficiencia que esa misma norma establece como condición para el ingreso, ascenso y permanencia de los agentes públicos.-

Ahora bien, se observa en la práctica cotidiana que amplios sectores de la Administración Pública -entendida con el amplio alcance del art. 5 de las Normas de Interpretación de la Const. Prov.- han desvirtuado esta figura al contratar agentes transitorios para que cumplan tareas propias del personal permanente, y luego renovar indefinidamente tales contrataciones -en el sub-lite, nada menos que por espacio de una década-, pero siempre en un clima de inestabilidad por el riesgo de que en cualquier momento se decida la no renovación del contrato. Ello puede representar una "mala praxis", un supuesto de fraude o un ejercicio abusivo del derecho de contratar (art. 1071 C.C.), tanto más repudiable por provenir de la Administración, quien debe cumplir los principios sentados por el art. 47 de la Const. Prov., que la obliga a asumir un comportamiento moral ejemplar en todo su accionar y a no desentenderse de las consecuencias de sus propios actos, no frustrar la finalidad del contrato de empleo público, no aniquilar la carrera administrativa y recompensar en debida forma, capacitar y promover razonablemente todo lo conducente para el mejoramiento de la administración.-

Horacio De la Fuente describe la ocurrencia de este mismo fenómeno en el ámbito nacional en similares términos: "la Administración gozó de gran autonomía a la hora de celebrar dichas contrataciones ad-hoc y en la práctica lo hizo de un modo completamente discrecional. Se constituyó así en algo normal que los sucesivos gobiernos contrataran personal para que cumplieran tareas no extras o transitorias sino permanentes, iguales a las que cumplían los empleados de planta permanente, a través de contratos a plazo que se renovaban continuamente por varios años, hasta el momento que la Administración, a su solo arbitrio, decidiese extinguir la relación, sin derecho del personal cesante a pedir su reincorporación ni recibir ninguna indemnización. Esta modalidad operativa constituía un verdadero fraude, ya que a través del recurso a las contrataciones ad-hoc se evitaba que el agente incorporado adquiriera la estabilidad a que tenía derecho en razón de que cumplía tareas propias del personal permanente, colocándolo en una situación de total inestabilidad. Y como la Administración al contratar actuaba en virtud de facultades discrecionales y no regladas, de hecho tampoco existió ningún control judicial, lo que facilitó que se cometieran numerosos abusos y arbitrariedades" (autor cit.: "Estabilidad del empleado público. Situación del personal contratado", T.2001-D-918). Tal como destaca el propio autor citado, y siempre en el ámbito nacional, la situación de fraude para evitar que se considere empleados permanentes a quienes realmente lo son continuó aun con posterioridad al dictado de la ley 22140, que consagró un nuevo estatuto de la función pública en el que se introdujeron sustanciales reformas en lo que se refiere a la situación del personal contratado, al pasar de un sistema discrecional de reclutamiento a otro reglado (arts. 13 y 14).-

Frente a diversas modalidades de contratación que la Administración puede emplear en estados de emergencia como los que han regido desde 1989 a la fecha, es posible que algunas respondan a cargos, categorías o situaciones de naturaleza política, supuestos en los que la regla de estabilidad no puede aplicarse. También deben distinguirse estas ocupaciones políticas, cualquiera sea su denominación o forma de retribución, del grueso de empleados y funcionarios que ocupan cargos, desempeñan categorías o cumplen misiones de acuerdo con un reglamento único o con estatutos especiales, con o sin negociación colectiva.-

La sujeción a formas modernas de contratación (contratos de locación de servicios o de medios, becas, pasantías, régimen del voluntariado, etc.) no puede confundirse con el empleo público sino, más bien, diferenciarse. El principio de igualdad de trato y demás derechos consagrados en los arts. 40, 48 y 49 de la Const. Prov. deben ser efectivos conforme a las leyes que los reglamenten, pero jamás desconocidos o menoscabados. Cuando el empleo público degenera en formas incompatibles con la dignidad del trabajador y del trabajo humano como derecho y deber, corresponde así declararlo para normalizar lo irregular e injusto, lo ilegal e inconstitucional.-

Si Río Negro es una provincia fundada en el trabajo (art. 39 "in fine" Const. Prov.), nada más debe decirse en orden al fundamento de la decisión, pues la inestabilidad crónica y la discriminación son dos situaciones que perturban gravemente el vínculo contractual con el Estado, aun en tiempos de emergencia, y frustran las expectativas de las partes y la finalidad del contrato.-

De la antes aludida situación de inestabilidad surgen distintos inconvenientes para los trabajadores con contratos que se prolongan extensamente en el tiempo, tales como mayores dificultades para que ejerzan sus derechos, y en otros peticionando se haga efectiva la garantía constitucional de la estabilidad (véase fallos TSJ de Neuquén in re: "Bussalino, Gabriela C. c/ Municipalidad de Neuquén", 03/02/04, L.L. Patagonia 2004, mayo, pág. 372, en el que se confirmó la sentencia de la instancia anterior que ordenaba la reincorporación de la actora a la planta del personal municipal, y "Arias, Carlos E. c/ Provincia del Neuquén", 02/02/04, La Ley Patagonia 2004, agosto, pág. 498, en el que, además de ordenar la reincorporación definitiva del actor, se condenó a la demandada a resarcir el daño material que se fijó en el 15% de los salarios que éste dejó de percibir desde la fecha en que se dispuso su baja y hasta que se efectivizó su reincorporación provisoria).-

Ambas alternativas han motivado algunos pronunciamientos específicos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de empleados públicos contratados. En particular, cabe destacar que en el precedente "Rieffolo Basilotta" de 1987 (Fallos 310:195), la Corte resolvió el reclamo de un empleado de la D.G.I. que había trabajado primero como contratado y luego como transitorio, cumpliendo tareas en total por dos años y medio. Si bien se rechazó la demanda, el dictamen del Procurador General, que la Corte hizo suyo, puso el acento en la mayor o menor extensión del período en que el agente revistió en condiciones de inestabilidad como pauta relevante para decidir. En ese orden de ideas expresó: "Por otra parte, señalé como uno de los datos fácticos a tener en cuenta el tiempo durante el cual el actor trabajó en el organismo, el que de ningún modo me parece asaz prolongado como para hacer suponer un desvío de poder en la autoridad administrativa, que tienda a mantener al agente en una prolongada situación de inestabilidad mientras ejerce funciones administrativas comunes, burlando así la garantía contenida en el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional, reglamentada por el Régimen de la ley 22.140, en sus arts. 10, 15, 16 y concordantes".-

En esta misma causa se sentó la doctrina, cuyo argumento luego se reiteró en "Jasso" (Fallos 310:1390), en el sentido de que "[e]l mero transcurso del tiempo y el sobrepasar los 12 meses en funciones, lapso requerido por la ley para que el personal permanente adquiera estabilidad, no puede trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente no permanente y no ha sido transferido a la otra categoría por acto expreso de la Administración".-

También en esa dirección, en los antecedentes "Marignac" (Fallos 310:2927), "Gil" (Fallos 312:245) y "Galiano" (Fallos 312:1371) se reiteraron los argumentos de que el prestar servicios por más de doce meses no cambia la situación de quien ha ingresado como transitorio; que la mayor o menor conveniencia de recurrir a un sistema de incorporaciones transitorias o permanentes del personal constituye una decisión de política administrativa no revisable en sede judicial, y que el actor debió haber cuestionado oportunamente su designación temporal.-

En otro orden, deben computarse los precedentes referidos a relaciones que, no obstante corresponder al sector público, se hallaban regidas por la LCT, en los que la posibilidad de recurrir a la indemnización del art. 245 de la LCT -habría que hacer ahora la salvedad que emerge de la doctrina de la Corte en "MADORRÁN" [Fallo en extenso: elDial - AA3CFF] para los casos en que ésta resulte aplicable- funcionó como una "válvula de escape" para solucionar el problema de los contratados. En este grupo, deben indicarse los precedentes "Zacarías" (05/03/87, Fallos 310:464), "Bolardi" (27/12/88, Fallos 311:2799) y, más recientemente, "Santipolo" (sent. del 16.12.08) para entes autárquicos, y "Deutsch" (04/09/84, Fallos 306:1236) para la Municipalidad de Buenos Aires.-

Precisamente, en esta última el alto Tribunal sostuvo que la sola circunstancia de que en la redacción de los contratos no se haya manifestado, en forma expresa, la sujeción del convenio al ámbito laboral no significa, necesariamente, que deban aplicarse las normas de derecho público.-

Tal doctrina fue reiterada en "Zacarías" (ya cit.), donde la Corte expresó que la celebración de un contrato ad hoc no convierte por ese solo hecho al empleado en un empleado público, puesto que su prestación debe corresponder a las actividades comprendidas en el régimen normal de la función o empleo público y sujetarse a los requisitos que establece la reglamentación respectiva. Allí agregó que la suscripción de contratos con el Estado en ciertas condiciones, así como la creación de determinada relación con subordinación técnica, jurídica y económica, pudo haber constituido en sí misma una de las diversas formas de incluir a los dependientes en el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo.-

Finalmente, en la causa "Bolardi" (ya cit.) la Corte confirmó un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había hecho lugar a la demanda, en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo, a quien había sido contratado por más de veinte años. En esa ocasión, la Corte sostuvo: "no obstante el nomen juris utilizado (...), no pueden caber dudas de que la conducta de la demandada demostró una realidad material que no sólo no se compadecía con lo que ahora manifiesta en el pleito, sino aun con los requerimientos que su propia reglamentación le impone en relación al carácter excepcional y extraordinario que debe guiar la contratación del personal no permanente, que justifica la contratación únicamente para necesidades imposibles de cubrir con los procedimientos normales". Y más adelante afirma: "no parece admisible que sea la propia administración quien invoque prerrogativas que la ley le ha otorgado con carácter excepcional, cuando con anterioridad y a pesar de contar con servicios jurídicos de asesoramiento permanente, recurrió a sistemas de contratación no compatibles con su propia reglamentación".-

Surge claro que el supuesto de autos no encuadra en ninguno de los dos grupos de casos antes reseñados, habida cuenta de que no se demanda aquí en procura de obtener la reinstalación en el cargo en función de la reivindicación de una suerte de estabilidad propia adquirida con el devenir del tiempo (que, en nuestro caso tendría el valladar del requisito del ingreso por concurso -art. 51 Const. Prov.-), ni tampoco se trata de una relación de empleo público regida por las normas del derecho privado.-

Debe ponerse de resalto una vez más que en el caso en examen no se encuentra controvertido que la actora cumplió tareas administrativas de carácter permanente en el ámbito del Concejo Deliberante municipal, ni tampoco que lo hizo en virtud de sucesivos "contratos de prestación de servicios por tiempo determinado" que se renovaron sin solución de continuidad desde febrero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2004.-

Así aparece la necesidad de construir una fórmula de resarcimiento de acuerdo con las circunstancias del caso y, en ese marco, surge entonces la alternativa de recurrir a la aplicación de las pautas de la LCT, para evitar la notoria injusticia que supone un resultado que, en definitiva, prive al agente contratado del empleo y del derecho a una indemnización, es decir, lo deje desprovisto de toda tutela frente al despido arbitrario.-

Si bien esa opción fue desestimada por la CSJN in re "Leroux de Emede, Patricia c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (del 30-4-91), en la que declaró la exclusión de tales trabajadores de los beneficios de la LCT, el debate sigue siendo álgido, tal como lo demuestran las dispares soluciones que han dado a la cuestión las disitintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo e incluso algunos pronunciamientos de los Superiores Tribunales y Cortes de provincia. Así, por caso, la Sala 8ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala 8ª, "Marangone, Cristina c. Ferrocarriles Metropolitanos S.A. y otro", 18/04/08, La Ley Online) decidió

recurrir a la aplicación analógica del art. 11 de la ley 25164 -norma de derecho administrativo- que prevé una tarifa indemnizatoria equivalente al art. 245 de la LCT, es decir, un mes de salario por cada año de servicio o fracción mayor a tres meses; mientras que, en una situación similar, si bien la mayoría del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo que no correspondía aplicar supletoriamente la LCT para supuestos no previstos en el CCT, la minoría entendió que debían utilizarse los parámetros o estándares de cálculo de la ley provincial 9249 que estableció una reparación para el caso de extinción de la relación de empleo público de los contratados equivalente a la pauta dada en el art. 247 de la LCT, esto es, medio mes de sueldo por cada año de servicio o fracción superior a los tres meses ("Soto, Bernardo N. c. Dirección Provincial de Vialidad y Obras Públicas", 24/09/06, L. 2807 mayo, 384). Por su parte, la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sentencia del 22/08/05, in re "González Carrasco, Eliana V. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otro" [Fallo en extenso: elDial - AA2E2A], TySS 2005-760) declaró que no correspondía aplicar la doctrina sentada por la CSJN en la causa "Leroux de Emede" (antes citada) pues no resultaba admisible negar toda protección al trabajador contratado irregularmente (se trataba de quien había sido contratado como personal de maestranza y cuya relación había durado ocho años), y afirmó: "ya sea dentro del régimen legal del empleo público o del de la Ley de Contrato de Trabajo, le asiste, en el peor de los casos, el derecho constitucional de protección contra el despido arbitrario, puesto que la irregular contratación lo privó de ingresar a la carrera administrativa y de adquirir la estabilidad que para tal ámbito rige" (véase también la completa reseña jurisprudencial contenida en el artículo de doctrina de Juan Carlos Fernández Madrid: "El empleo público y la aplicación de la ley de contrato de trabajo en ese ámbito: estado actual de la cuestión", publicado en Doctrina Laboral y Previsional, Errepar, N° 282, febrero 2009, págs. 119 y sgtes.).-

En resumen, no puede cohonestarse el fraude a la ley que significa incorporar un agente a través de la figura del personal contratado y mantenerlo en esa situación de precariedad cuando el objeto laboral (tareas administrativas) y el extenso lapso temporal de la vinculación (más de una década) no se condicen con la transitoriedad propia del género. Tampoco puede, en esa situación, compartirse una interpretación que, so pretexto de estricto apego a la ley, conduzca a un resultado que consagre una desprotección total del trabajador; esa circunstancia de notoria injusticia pudo y debió ser mediada por el "común-sense", con cuya omisión la Administración lesionó derechos fundamentales al frustrar la posibilidad de que la actora, o cualquier otro aspirante, tuviera la chance de acceder al cargo y adquirir la estabilidad que constitucionalmente le corresponde a todo agente público (arts. 51 y 53 de la Const. Prov. y 14 bis de la Const. Nac.). En ese contexto, debe buscarse una interpretación del orden normativo que permita, al menos, hacer efectiva la mínima protección frente al despido arbitrario (art. 14 bis de la Const. Nac.), pues otra solución supondría una completa dilución de aquellas garantías constitucionales (véase David Duarte: "La elusión de la estabilidad del empleado público", La Ley del 28.05.09, pág. 5).-

En ese cuadro de situación, no parece desacertada la construcción jurídica edificada por la Cámara al recurrir al estándar de cálculo que -con bases suficientemente sólidas- aportan los arts. 232 y 245 de la LCT, pues, tratándose de servicios personales dependientes, deben respetarse sus derechos y garantías mínimos (art. 14 bis de la Const. Nac.), sin que puedan alterarse sus contenidos (art. 28 id.), sea que la administración utilice figuras del derecho público o del derecho privado, habida cuenta de que, de todos modos, el contenido de los derechos lo da la Constitución (doctr. fallo "VIZZOTI" [Fallo en extenso: elDial - AA2400]).-

En el contexto de las pretensiones deducidas por las partes, esa solución es -a nuestro juicio- la que mejor se adecua a la regla de interpretación reclamada en el fallo "MADORRAN" [Fallo en extenso: elDial - AA3CFF], donde, citando expresamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como sus precedentes "Aquino" [Fallo en extenso: elDial - AA242F] y "Milone" [Fallo en extenso: elDial - AA251F], la Corte expresó: "el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos..., sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales" (consid. 8º).-

Entonces, a la luz del referido principio pro homine, debe darse preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, en razón además, y en última instancia, de un imperativo de justicia.-

Resulta importante destacar que, en el derecho público provincial rionegrino, se previó que las personas afectadas por medidas de notoria injusticia, como fueron las prescindibilidades decretadas durante el último gobierno militar, tuvieran la oportunidad de reingresar a la función pública o ser indemnizadas computando la prestación de servicios a los efectos jubilatorios (Ley 1794 histórica, consolidada por la Ley 4270 -objeto cumplido-). En tal inteligencia, se encuentra reglada también en el Estatuto del Empleado Público Provincial (Ley L N° 1844) una indemnización especial y tarifada (art. 83 inc. d) que comprende supuestos donde se afecte de alguna manera la estabilidad por causas que no son las del art. 78 (muerte, jubilación, renuncia, incapacidad, cesantía o exoneración), en los que opera la indemnización del art. 84, que establece una base de cálculo muy similar a la del art. 245 de la LCT. Se puede colegir entonces que el legislador provincial ha querido también, como en el orden nacional, que una resolución contractual sin causa no quede sin la justa reparación, con el agregado de que establece un derecho de opción por la reinstalación en el puesto de trabajo.-

Ahora bien, a efectos de dejar debidamente perentoria una doctrina legal parece razonable interpretar que la señalada aplicación analógica, sea de las bases de cálculo del régimen de derecho privado o de las previstas para otros casos en la norma de derecho público precitada (art. 84 Ley L N° 1844), deberá además estar precedida por el cumplimiento de un plazo mínimo de duración del vínculo para que la extinción reconozca derecho indemnizatorio. En tal sentido, deberá indagarse en las normas de derecho público provincial a efectos de descubrir cuál ha sido la voluntad del legislador para los tiempos de emergencia, ya que si la situación fuera normal no habría fundamento para apartarse de la regla del art. 51 de la Constitución Provincial y de las demás normas implicadas (arts. 47 a 57).-

A esos efectos, partimos entonces de lo dispuesto en el art. 7 de la ley 3238, que ha contemplado, además de las contrataciones especiales, excepcionales y fundadas, las de carácter ordinario del giro de la administración. Allí se ha equiparado a los trabajadores contratados que alcanzaron una antigüedad de más de tres años con los que poseen estabilidad "strictu sensu" para el ejercicio, al menos, del derecho a ser remunerado de igual manera y a concursar para el supuesto de que existan vacantes. A partir de ello, parece razonable emplear la pauta temporal allí establecida para completar el ámbito de protección legal, reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización en el supuesto de que a partir de ese plazo el contrato de empleo público sea resuelto sin causa por parte de la administración.-

En supuestos excepcionales, cuando además se demuestra la pertenencia a una carrera administrativa o el hecho de haber recibido beneficios conforme a ella, de manera que ya no puedan distinguirse las situaciones (distintas en el origen o ingreso pero idénticas en las obligaciones), corresponderá, en cada caso y con la debida prueba, la igualación perfecta de derechos y obligaciones, para habilitar el ingreso de acuerdo con el art. 51 de la Constitución Provincial y, si esto no fuera posible por alguna razón no imputable al agente, para establecer alguna reparación del daño derivado de la ruptura sin causa de la relación que, pese a su precariedad, se mantuvo vigente por un lapso de más de tres años.-

Naturalmente que el obrar abusivo o fraudulento de la Administración no puede tener cabida ni encontrar justificación en la norma contenida en el art. 53 de la Const. Prov., que admite la posibilidad de que quienes no hayan ingresado por concurso puedan ser

removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno. Dicha norma persigue fines nobles, tales como el de garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos, la sujeción de la actuación de los involucrados a la ética pública y la publicidad de los actos de gobierno. No puede entonces ser invocada por quien incurre en un fraude al extender una contratación precaria por un plazo que excede el límite de lo razonable y cubre así sus requerimientos permanentes, exactamente igual que lo hace con personal estable.-

Tampoco puede admitirse la invocación de la llamada doctrina de los actos propios, en función de la cual se postula que la aceptación de los contratos y sus pertinentes prórrogas impedirían a la actora reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo.-

En tal sentido interesa destacar, en primer término, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual integración, ha hecho expresa excepción a dicha doctrina en un caso en el que se cuestionaba la posibilidad de que quien había seguido el trámite previsto por la LRT para obtener la indemnización por incapacidad permanente que ésta le reconoce y, aun, había percibido el importe correspondiente, pudiera luego cuestionar de inconstitucional la norma contenida en dicho régimen legal (artículo 39.1) que exime de responsabilidad civil al empleador. Fundó su decisión en la inteligencia de que ninguna interdependencia ni solidaridad inexcusable mediaba entre los preceptos de los que se había valido el actor para obtener de la aseguradora lo que le era debido por ésta y el Artículo 39.1 que exime de responsabilidad civil al empleador (in re: "Losco" [Fallo en extenso: elDial - AA3E03], del 12.06.07, Fallos 330:2696).-

En similares términos, tampoco parece posible admitir que existe la mentada "interdependencia" entre el hecho de suscribir un contrato a término y notificarse de sus sucesivas prórrogas por un lado, y la posibilidad de demandar con fundamento en la cláusula constitucional que otorga protección frente al despido arbitrario por el otro, máxime teniendo en cuenta la finalidad expresada en el Preámbulo de nuestra Constitución Provincial, en el sentido de "garantizar el ejercicio universal de los Derechos Humanos sin discriminaciones, en un marco de ética solidaria, para afianzar el goce de la libertad y la justicia social...".-

Pero, aun más concretamente, merece destacarse el voto que la actual Ministro de la CSJN, doctora Elena Highton de Nolasco, emitió cuando todavía era juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: "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". Y continúa diciendo: "Aun 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 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 jurisprudencia ha dicho que la finalidad del orden público 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... 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". Finalmente, indica: "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, ... tampoco pueden obviarse todos los principios por ser el Estado el contratante, ni puede incurrirse en fraude laboral a través de la evasión de disposiciones básicas" (CNACiv., Sala F, in re: "Bonino, Gabriel J. y otros c. M.C.B.A." [elDial - AE1A35], 09/3/2001, L.L. 2001-E,129).-

Por último, resta señalar que los límites derivados del principio de congruencia impiden abordar otras cuestiones, por lo que debe rechazarse el recurso interpuesto por la parte demandada y confirmarse lo resuelto por el Tribunal de grado.-

VOTAMOS POR LA NEGATIVA.-

A la segunda cuestión los señores Jueces doctores Alberto Ítalo BALLADINI, Víctor Hugo SODERO NIEVAS y Roberto Hernán MATURANA dijeron:

Por las razones expresadas al tratar la primera cuestión, proponemos al Acuerdo rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 312/316 vlta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de Cámara obrante a fs. 297/307 en todo lo que fue motivo de agravio (arts. 292 y cctes. del CPCCm y 56, 57 y cctes. de la Ley P N° 1504). También propiciamos que las costas de esta instancia se impongan a la demandada objetivamente vencida (arts. 68 CPCCm y 25 Ley P N° 1504) y que, por su actuación en esta vía, se regulen los honorarios profesionales de las doctoras D. E. R. y M. A. P. -en conjunto- en el 25% y los del doctor H. F. O. en el 35% de los que les correspondan en la instancia de origen, calculados en función de las sumas involucradas en la materia objeto de la impugnación (arts. 15 y ccdtes. de la LA), los que deberán abonarse en el plazo de diez (10) días de notificados. NUESTRO VOTO.-

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 312/316 vlta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de Cámara obrante a fs. 297/307, con costas (art. 68 del CPCCm).-

Segundo: Por su actuación en esta instancia, regular los honorarios profesionales de las doctoras D. E. R. y M. A. P. -en conjunto- en el 25% y los del doctor H. F. O. en el 35% de los que les correspondan en la instancia de origen, calculados en función de las sumas involucradas en la materia objeto de la impugnación, los que deberán ser abonados dentro del plazo de diez (10) días de notificados. Cúmplase con la ley 869 y notifíquese a la Caja Forense.-

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.//

FDO.: ALBERTO I. BALLADINI - VÍCTOR HUGO SODERO NIEVAS - ROBERTO H. MATURANA
ANTE MI: GUSTAVO GUERRA LABAYEN -Secretario-

Citar: elDial - AA53B9

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-