

## CAPÍTULO VIII

### EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Cuestiones previas en el ámbito del empleo público.— III. Los regímenes de empleo público.— IV. El derecho a la estabilidad en la relación de empleo público. Los otros derechos y obligaciones.— V. La relación entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo en el empleo público.— VI. Los déficit del empleo público en nuestro país.— VII. La responsabilidad de los agentes públicos. La responsabilidad penal, civil y administrativa.

#### I. INTRODUCCIÓN

Hemos dicho ya en los primeros capítulos de este Tratado que el poder de regulación estatal corresponde al Congreso y que, a su vez, el Poder Ejecutivo no tiene una zona de reserva propia en el campo regulador. Consecuentemente, entre nosotros, es el Legislador quien debe regular el empleo público (es decir, las situaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes).

Por otro lado, también dijimos en el capítulo anterior que el Estado, centralizado y descentralizado, está internamente estructurado por órganos y que éstos están integrados por personas físicas que se incorporan y ocupan esos lugares. Las relaciones entre estas personas físicas y el Estado están reguladas por el régimen de empleo público con matices y modalidades, según el caso, tal como analizaremos más adelante.

En este marco es posible y conveniente distinguir dos planos, a saber,

- a) las relaciones entre el Estado y los terceros. En este contexto, el Estado y el agente constituyen un mismo sujeto respecto de terceros, y
- b) las relaciones entre el Estado y el agente. En este escenario, el agente es un tercero respecto del Estado. En este cuadro está inserto el estudio de las relaciones entre ambos y el régimen jurídico aplicable.

Si bien la relación de empleo público reviste diferentes formas, el aspecto sustancial en cualquier caso es el objeto o contenido de las tareas que realiza el agente, esto es, las actividades o funciones propias del Estado. Cabe aclarar que la Corte ha dicho que dentro del concepto de empleo público están comprendidos tanto los supuestos de incorporación permanente a los cuadros de la Administración como aquellos del personal contratado y temporal<sup>(1)</sup>. A su vez, el agente recibe básicamente como contraprestación una remuneración dineraria y periódica.

Los agentes públicos son, entonces, las personas físicas de que se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines y, consecuentemente, sus conductas, en el marco del ejercicio de sus funciones, constituyen actuaciones del propio Estado<sup>(2)</sup>.

En el capítulo anterior estudiamos las estructuras estatales (el marco de organización) y en el presente estudiaremos el régimen del personal del Estado; en especial el vínculo entre los agentes públicos y el Estado en términos jurídicos. Creemos que este aspecto es básico porque el Estado sólo puede hacer todo aquello que intentamos explicar en este tratado por medio de sus agentes. Por eso, es necesario y razonable

(1) CSJN, "Romeo c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sent. de 3 de marzo de 1988, Fallos 311:216.

(2) GORDILLO explica con absoluta claridad la distinción entre funcionarios y empleados: "el derecho positivo argentino y supranacional no hacen distinción entre funcionarios y empleados; por el contrario establecen que todos los agentes de la administración tienen a esos efectos la misma calificación jurídica", GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 4. FDA, 2003, tomo I, ps. XIII-4.

dedicar mayor esfuerzo en el conocimiento y análisis crítico de este asunto, es decir el régimen del personal, demasiado descuidado por el Derecho Administrativo. Quizás sea paradójico porque, por un lado, incorporamos más y más principios y avances tecnológicos pero, por el otro, no estudiamos los aspectos propios del personal de la Administración (por caso, el régimen de las carreras administrativas y las técnicas de perfeccionamiento del personal).

Antes de avanzar conviene quizás recordar que históricamente se desarrollaron dos modelos. Por un lado, el régimen de estructuras con carreras y categorías rígidas por especialidad, ingreso por concurso, ascenso escalonado e inamovilidad de los agentes. Por el otro, el modelo con escalafón único, movilidad entre cargos y funciones e ingreso en cualquier escalón. En la práctica estos dos modelos se cruzan con más o menos matices.

## II. CUESTIONES PREVIAS EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO

### II.1. Consideraciones previas

Los rasgos más relevantes del modelo jurídico de empleo público entre nosotros son los siguientes:

- (a) La diversidad de regímenes y la dificultad de su conocimiento y sistematización. Esta diversidad responde a criterios disímiles (por ejemplo, las funciones y su especialidad —así el personal docente y de las fuerzas de armadas y de seguridad—, el carácter autárquico del ente —AFIP y entes reguladores— o los otros poderes del Estado —el personal judicial y el del Congreso—).
- (b) El proceso de negociación colectiva entre partes como factor central de regulación.
- (c) El ingreso discrecional.

(d) La regulación por el Derecho Privado. Por ejemplo, el personal alcanzado por la Ley de Contrato de Trabajo y las personas contratadas por tiempo indeterminado o prórrogas sucesivas, además de las pasantías. Más adelante explicaremos estos caracteres con mayores detalles.

## II.2. El carácter reglamentario o contractual del vínculo

Durante mucho tiempo los operadores jurídicos discutieron si el vínculo entre el Estado y sus agentes es contractual o reglamentario, ensayándose diversas teorías al respecto, por caso el contrato, el acto bilateral o simplemente el acto administrativo.

En otros términos, ¿la relación de empleo público reviste naturaleza contractual o es de carácter estatutario? Quienes postulan el *contenido contractual* del nexo parten del hecho de que el ingreso nace del acuerdo de voluntades entre el particular y el Estado y que es instrumentado mediante el convenio que tiene por objeto realizar, por parte del agente, funciones estatales esenciales<sup>(3)</sup>.

Otros dicen que el vínculo nace del *acto unilateral estatal*, por ello, el cuadro es legal y no convencional. De modo que el contrato es reemplazado por el reglamento. En este marco, el consentimiento del agente es interpretado simplemente como elemento o condición de perfeccionamiento del acto estatal cuyo objeto es el nombramiento del agente pero no es parte de su contenido esencial<sup>(4)</sup>.

(3) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit. 4º ed., Abeledo-Perrot, 1998, tomo III-B, p. 185. El consentimiento del agente es fundamental para que exista relación de empleo público. Por su parte GONZALEZ también sostiene el carácter contractual administrativo del vínculo y dice que "si un contrato existe cuando dos o más personas hacen 'una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos', no vemos cómo puede negarse al acuerdo de voluntades entre la administración y su agente respecto de sus derechos y deberes recíprocos, la naturaleza de contrato", autor y obra citados, ps. XIII-20.

(4) DIEZ, MANUEL, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Plus Ultra, 1975, tomo III, p. 505.

Por último, el tercer criterio distingue entre la formación del vínculo (acto bilateral) y el desarrollo de las relaciones de empleo que constituye situaciones de orden reglamentario (acto unilateral) y, consecuentemente, en sus aspectos más relevantes es susceptible de ser modificado unilateralmente por el Estado.

¿Cuál es nuestro criterio? Creemos que la relación es claramente contractual porque es esencial y necesario el consentimiento del agente con el propósito de perfeccionar el vínculo. Así, el ingreso en el cargo exige de modo inexcusable voluntad y acuerdo entre partes. Esto es, justamente, el núcleo de cualquier contrato. En este sentido, la Corte ha sostenido que "las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público, no nacen de un contrato de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual se inviste al agente que acepte su designación, de la función pública, reglamentada por leyes, decretos y resoluciones del Superior... En tal sentido puede afirmarse que la relación de función o de empleo público es de naturaleza contractual, pero no configura un contrato de derecho privado"<sup>(5)</sup>.

Por su parte, el decreto 1023/01 establece el carácter contractual de las relaciones de empleo público<sup>(6)</sup>. En igual sentido, y en un pronunciamiento de la Corte más reciente que el citado anteriormente, el Tribunal refirmó el carácter contractual del nexo<sup>(7)</sup>.

(5) CSJN, "Chedid, Gabriela s/licencia por maternidad", sent. del 14 de febrero de 1997, Fallos 320:74. Ver entre otros antecedentes, Fallos 194:111.

(6) Decreto 1023/2001, artículo 5: "Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público..."

(7) CSJN, "Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público", sent. del 2 de junio de 2000, Fallos 323:1566. Dicen los jueces que "la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público, en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado, pero que componen el marco en que se desenvuelve su poder de gobierno... Que, sin embargo, esas prerrogativas no son absolutas ni irrestrictas, sino que encuentran su límite en la imposibilidad de alterar la sustancia del contrato celebrado. La reducción salarial, producto de la emergencia, no puede modificar la relación de empleo público originariamente establecida hasta desvirtuarla en su significación económica..."