

Javier Indalecio BARRAZA*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

drjavierbarraza@gmail.com

ORCID iD:<https://orcid.org/0009-0005-5471-2868>

Recibido: 30/05/2023 - Aceptado: 05/06/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Barraza, Javier Indalecio (2023). Estudio doctrinal y jurisprudencial del empleo público en la Argentina.

Revista de Derecho, 22(43), 15-40. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.2>

Estudio doctrinal y jurisprudencial del empleo público en la Argentina

15

Resumen: El empleo público en la República Argentina ha seguido una evolución accidentada, signada por la ausencia de una norma que regule adecuadamente la cuestión, la corrupción y factores económicos y políticos, lo cual impide que la pretendida carrera administrativa sea una realidad.

Este artículo hace un estudio de la evolución jurisprudencial de la temática, en el que se abordan temas como la estabilidad y las condiciones para el ingreso (nacionalidad, edad, etc.). Se trata de un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la materia.

Palabras clave: Empleo Público, Derecho Administrativo, Argentina.

* Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Director del Master en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Prof. Regular Adjunto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. .

Doctrinal and jurisprudential study of public employment in Argentina

Abstract: Public employment in the Argentine Republic has followed an uneven evolution, marked by the absence of a rule that adequately regulates the issue, corruption and economic and political factors, which prevents the intended administrative career from becoming a reality.

This article makes a study of the jurisprudential evolution of the subject, addressing issues such as stability, conditions for entry (nationality, age, etc.). It is a doctrinal and jurisprudential study on the subject.

Key words: Public Employment, Administrative Law, Argentina.

Estudo doutrinário e jurisprudencial do emprego público na Argentina

Resumo: O emprego público na República Argentina tem tido uma evolução irregular, marcada pela ausência de norma que regule adequadamente o tema, pela corrupção e por fatores econômicos e políticos, o que impede que a carreira administrativa pretendida se torne realidade.

Este artigo é um estudo da evolução jurisprudencial do tema, abordando questões como estabilidade, condições para ingresso (nacionalidade, idade, etc.). Trata-se de um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Emprego Público, Direito Administrativo, Argentina.

1. Obstáculos

1.1 Múltiples aspectos

Para llevar adelante un estudio sobre empleo público surgen una serie de obstáculos, tales como la falta de disposición de los fallos, información insuficiente que surgen de pronunciamientos judiciales o la imprecisión de los sitios de internet.

1.2 Indisponibilidad

La totalidad de los fallos sobre esta temática no están disponibles en los sitios oficiales. En algunos casos, la CSJN solamente ha publicado un resumen del fallo (v.gr. fallos “Fasola” o “Lugo”).

1.3 Información insuficiente

Los fallos no contienen una serie de datos que serían de sumo valor para un adecuado estudio cuantitativo (v.gr. calidad de la parte actora, tomo y folio), nos encontramos en la tarea de constatar mediante sistemas informales, donde a su vez no siempre es posible conseguir la información necesaria. Esta tarea nos insume una gran pérdida de tiempo.

1.4 Dificultades

Resulta dificultosa la búsqueda de fallos, pues la CSJN –en muchos casos– se remite a dictámenes emitidos por la Procuración General de la Nación, organismo cuyo sitio de búsquedas se encuentra desactualizado, revela cierta precariedad y poca efectividad.

A su vez, varios de los fallos no surgen en los buscadores de jurisprudencia bajo la voz “empleo público”, sino de menciones y referencias aleatorias dentro de las sentencias que debemos verificar individualmente para constatar que sea información relevante a la investigación que estamos realizando. Así, el fallo “Rivademar” se estudia para autonomía de los municipios, pero también es un caso donde se debatió un tema de empleo público.

- a) Imprecisión. Los sitios de consulta de causas no son precisos, lo cual torna lento y tedioso el proceso de recopilación de información. Esa imprecisión, sumada a la lentitud, entorpece el proceso, pues debemos buscar, comparar y chequear información en diferentes fuentes para confirmar que sea correcta (v.gr. bases de datos privadas, como La Ley, El Dial, El Derecho, Jurisprudencia Argentina). En suma, los sitios oficiales son imprecisos, carecen de fluidez y se pierde mucho tiempo no solo recopilando información artesanalmente, sino también para la realización del cálculo estadístico.
- b) Precariedad y desactualización de los motores de búsqueda. Por ejemplo en algunos casos el buscador no da resultados correctos aun cuando se proporcionan datos básicos como el nombre y apellido del actor. Es común tener que probar diferentes combinaciones de datos para encontrar un fallo. Ej. “Peluffo, Horacio”.
- c) Publicidad. A veces se observa, la falta de publicación de algunos fallos en el sitio web de la CSJN. Es común que en sentencias muy antiguas se publique el tomo completo.

Esta circunstancia nos obliga a desglosar manualmente página por página la sentencia. Esta tediosa tarea demanda mucho tiempo para algo que debiera ser tan simple como descargar un documento.

- d) Insuficiencia de datos. Son pocas las sentencias que cuentan con todos los datos básicos (v.gr. calidad del actor u organismo específico que se demanda, etc.). En algunos casos, solo se publicó un resumen de la sentencia. Esto complica la obtención de información y datos básicos para el desarrollo de una investigación exhaustiva.

En suma, resulta dificultoso hacer un estudio total, pues los sistemas de internet y plataformas de búsqueda son anacrónicas.

2. Aspectos generales

2.1 Una evolución accidentada

El empleo en nuestro país ha seguido una evolución accidentada. Originariamente la problemática surgió para el tema de cobro de haberes. De hecho, el primer fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es sobre un tema salarial (v.gr. Ricchieri).

Luego de ello, apareció la discusión acerca de la estabilidad. Para solucionarlo se incorporó esto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Posteriormente, se empezó a discutir acerca de los trabajadores contratados. Más tarde, el empleo público plantea temas acerca de la edad y nacionalidad para ingresar en el ámbito de la función pública.

En la actualidad se discute acerca de los rubros que integran el salario de un agente estatal (v.gr. caso “Cello”)

Paradójicamente temas como el concurso para el ingreso a la función pública o el derecho a la carrera administrativa no ha sido objeto de tratamiento por parte de la CSJN.

2.2 Una realidad devastadora

La Administración Pública –tanto en el orden federal, provincial o municipal– no es un ente virtuoso. Los agentes viven en ese ámbito una guerra silenciosa, secreta, no hablada; no con armas de fuego, pero con instrumentos tan o más letales como son el chisme, la delación y el engaño. Miles de vidas quedan devastadas luego de su paso por un órgano o ente estatal.

Yo mismo –que trabajé casi veinte años en ese ámbito– he podido ver jefes sin dirigidos. Sí, parece inverosímil, pero ví jefes que no tenían personal para conducir. También, pude observar agentes sin *expertise*, pero con altos cargos; obsecuentes y holgazanes. Todos deseosos de succionar de las ubres estatales, pero ninguno interesado en gestionar el bien común.

Deberíamos reflexionar que tenemos una Administración ineficiente, con gente que ni siquiera sabe leer ni escribir. Los dictámenes jurídicos están redactados con errores básicos de ortografía y un lenguaje artificioso. Ni qué decir de las citas doctrinales, algunas se remontan a la década de 1960. En otros casos los dictámenes ostentan una

miseria moral donde se cree que lo extenso determina su valor. En tanto el mundo sigue girando vertiginosamente, muchos jerarcas de la Administración padecen la tragedia de no comprender lo que está pasando.

2.3 Múltiples debates

La discusión sobre el empleo público va desde lo político a lo jurídico, pasando por la perspectiva que tiene el proverbial hombre de la calle sobre el tema.

Las obras doctrinales abordan la temática con el orden jurídico positivo, lo cual es necesario, aunque insuficiente para lograr una comprensión cabal. Además, esta cuestión presenta zonas muy delicadas y de alta sensibilidad, por lo que se guarda un notable silencio. Así, carecemos de datos acerca del número de empleados de la Administración Pública Nacional; no existen mediciones de eficiencia; el derecho a la información que está reconocido en la Constitución Nacional, tratados internacionales y en una ley especial, brilla por su ausencia. En suma, múltiples cuestiones que es necesario abordar y que el orden jurídico positivo resulta impotente y desbordado.

- a) Una visión negativa. Para el ciudadano común, el agente o funcionario público (del ámbito legislativo, ejecutivo o judicial) es un holgazán con un doble objetivo: salario y vacaciones. Es una inmoralidad, pero muchos agentes públicos ingresan al Estado para servirse, no para servir.
- b) Ausencia de datos. Desconocemos cuántos empleados tiene la Administración, el sueldo que perciben, la situación jurídica que ostentan, si prestan funciones en la planta permanente, en la planta transitoria o si son contratados. ¿Cuánto se gasta en sueldos estatales anualmente? ¿Qué órganos o entes son deficitarios?
- c) Mediciones de eficiencia. Tampoco existen indicadores que midan diariamente los niveles de eficiencia con los que se despliega el empleo público. Ni mucho menos podemos medir si un órgano o ente es útil para la consecución del interés general.
- d) Derecho a la información. El empleo público está signado por la desinformación. Hoy no es posible saber ¿Quién es el titular de las distintas áreas? ¿El correo electrónico institucional y el teléfono? ¿Los horarios en que despliegan funciones? Eso no es posible saber ingresando en la página web.

Resulta paradójico, se habla de modernización, de expediente electrónico, de inteligencia artificial, pero esto que resultaría fácil ingresando en la página web respectiva, no es posible.

2.4 La política

Para los políticos vencedores en una elección el empleo público constituye un tema central. Basta simplemente observar –luego de la asunción del cargo de un nuevo presidente– cómo los puestos se van repartiendo y llenando con personeros del poder, quienes sin pericia técnica ocupan los más altos cargos de la carrera administrativa. Esta circunstancia afecta la moral y desmotiva, pero nadie parece preocupado por esto. Que una persona ingrese a un cargo por pertenecer a una facción político-partidaria y que –simultáneamente– violente el orden jurídico positivo debe ser objetado.

- a) La devaluación de un cargo. Dentro de la carrera administrativa, el más alto cargo es el de Director General o Director Nacional, el cual debería quedar reservado para quien ha demostrado una alta pericia técnica y su dedicación. Acceder a ese cargo debería ser mediante concurso de antecedentes y oposición. Debería ser la culminación de una carrera administrativa signada por el esfuerzo y el *expertise*. Por lo contrario, dicho cargo se ha constituido en el primer peldaño de una carrera política, o para que representantes de los distintos partidos políticos –luego de una elección, en la que no pudieron vencer– sean premiados con aquel cargo. La pericia y la experiencia brillan por su ausencia.
- b) La distorsión de un concepto. Otro aspecto que contribuye a generar confusión es la distorsión de un término: “política”. Así, cuando se pregunta por qué ingresó una persona sin pericia técnica, la respuesta que surge es la siguiente: “por política”.

Esto es la coartada para impedir un análisis concreto sobre la cuestión. Si una persona ingresa en la función sin concurso de antecedentes y oposición, esto significa que ha violado la ley y que ha cometido un acto de “corrupción” y no por “política”. La política es la actividad suprema de organización de la sociedad. De ninguna manera, podemos admitir que un término sublime como es política, sea distorsionado.

En suma, no percibimos la prodigiosa diversidad de juegos que genera el lenguaje porque su revestimiento externo, hace que todo parezca igual (Wittgenstein). Si seguimos utilizando el término política para justificar las groseras violaciones al régimen general de concursos, lo que estamos haciendo es colocar una valla para que no se discuta la cuestión. Por eso, es necesario denominar a las cosas correctamente, que una persona ingrese a la función pública sin concurso es corrupción, de ninguna manera “política”.

2.5 Lo jurídico

Desde esta perspectiva se debate en torno a múltiples cuestiones, que van desde la protección del empleo público como derecho fundamental, la competencia, pasando por el sistema de ingreso y lo relativo a la estabilidad del personal contratado.

- a) El empleo público como derecho fundamental. El trabajo en sus diversas formas está protegido por la Constitución Nacional y por los tratados con jerarquía constitucional.

En el caso del empleo público, esto ha merecido un tratamiento especial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la Opinión Consultiva OC-18/03 “Condición jurídica de los migrantes indocumentados” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha señalado que el Estado empleador “debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente”

- b) Competencia. ¿Qué fuero debe dirimir la cuestión litigiosa? ¿El fuero laboral o el contencioso administrativo federal?

Para los laboristas la cuestión es muy simple, dado que estamos discutiendo una cuestión en la que está involucrado un trabajo, por lo tanto la competencia es del fuero laboral. Por su parte, los administrativistas consideran que la presencia estatal determina la competencia del fuero contencioso administrativo federal.

- 1) El desborde de lo jurídico. La determinación del fuero competente para dirimir conflictos de empleo público, hunde sus raíces en aspectos que exceden lo jurídico. En el imaginario colectivo existe la siguiente presunción:

Juez contencioso pro Estado; juez laboral pro trabajador

Desde esa perspectiva, se cree que los jueces del fuero contencioso administrativo federal son permeables a las directivas presidenciales, por ende cuando se interpone una acción sobre empleo público las probabilidades de ganar son escasas. Entonces, el empleado estatal considera que los jueces laborales son más proclives a concederles lo peticionado. Por esa razón, aquel quiere dirimir sus cuestiones en el fuero laboral.

En otras palabras: fuero contencioso administrativo federal adverso al empleado público; fuero laboral favorable al empleado estatal.

- 2) Perfil del juez. Un tema del que no se habla es que los jueces del fuero laboral provienen –en muchos casos– de las filas sindicales o dichas entidades inciden en la designación de estos magistrados. ¿Alguien puede negar que los sindicalistas inciden en la designación de estos jueces? Si se hiciera una medición de los amigos y parientes de los dirigentes sindicales que ocupan cargos de magistrados en el fuero laboral esto nos daría una clara pauta, pero esta cuestión permanece en la penumbra. Esto nos permitiría advertir cómo influyen los representantes gremiales en la integración del fuero laboral. Se requiere un profundo estudio al respecto.

Por otra parte, esos jueces que condenan a una empresa o a una persona física o a un órgano o ente estatal, parece que son pro-empleados. ¿Qué ocurrirá cuando esos jueces deban dirimir una cuestión en la que está involucrada una entidad sindical? ¿Serán objetivos? ¿serán independientes? Este es un tema que requiere una medición en términos cuantitativos, pero eso no es posible, porque se tiende a ocultar el perfil y el origen del magistrado¹.

Ahora bien, supongamos que finalmente, triunfa la tesis por la cual el fuero competente en empleo público es el laboral. A partir de ahí, el órgano ejecutivo incidirá fuertemente en la designación de tales jueces. Entonces, cuando las demandas por empleo público resulten adversas ¿Qué diríamos? ¿Qué el competente es el fuero contencioso administrativo federal? ¿Qué es necesario crear un fuero específico de empleo público? Esto demuestra que analizar la cuestión a lo meramente jurídico es insuficiente. Aquí asoman intereses económicos y compromisos político-partidarios, de los que nadie quiere hablar.

- 3) Diferencias. Entre el empleo público y el empleo existen diferencias sustanciales, aunque la Constitución Nacional proteja al trabajo en sus diversas formas. En efecto, el agente público goza de la garantía de la estabilidad, el empleado privado tiene una garantía patrimonial.

¹ De un estudio realizado en el período 2000-2018 sobre violencia en el ámbito de trabajo, se puede observar una amplia aceptación de la cuestión en el fuero nacional del trabajo. Sin embargo, cuando en la cuestión está involucrada una entidad sindical la recepción no es tan amplia. En efecto, sobre la totalidad de los fallos en los que está involucrada una entidad sindical, solo prosperaron un cincuenta por ciento. (v. BARRAZA, JAVIER INDALECIO, *Las torturas psicológicas en el ámbito de trabajo en Prevención de la violencia laboral*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017, p. 61 y sigtes.)

Por otra parte, en el empleo público existe una persona que dirige, pero subordinada al orden jurídico positivo; en el empleo privado existe un patrón que manda y decide por su propia voluntad.

En el empleo público si se decide en el ámbito judicial que el despido fue arbitrario corresponde la restitución del agente al puesto de trabajo; en el empleo privado el trabajador –como se dijo– solo tiene una protección patrimonial, lo cual significa que debe ser indemnizado.

En suma, estas diferencias permiten afirmar que es inadecuado trasladar principios de derecho laboral al empleo público, pues en esa rama de la ciencia jurídica existen garantías que le son desconocidas como la estabilidad. Asimismo, el régimen sancionatorio y los requisitos y elementos del acto administrativo para la cesantía o exoneración son ajenos al derecho laboral.

2.6 El ingreso

El modo en el que se ingresa a la Administración Pública ha generados dos posiciones enfrentadas. Para algunos se debería acceder por estricto concurso de antecedentes y oposición. Para otros, esto no es conveniente, pues se debe ingresar mediante una designación directa ya que el funcionario de turno, necesita de personas de confianza para llevar adelante su gestión.

Si se admite la segunda postura, surge otro problema, pues lo que ingresan sin concurso, al cabo de un tiempo –y como la memoria es muy frágil– pretenden tener los mismos derechos de los que ingresaron por concurso. ¿Es lo mismo el que ingresa por concurso que aquel que violentó el régimen legal? ¿Pueden tener los mismos derechos? ¿Deben estar amparados por la estabilidad? ¿El paso del tiempo cubre estas falencias? ¿Cómo se interpreta la mala fe de quien ingresó mediante la violación al régimen jurídico? ¿Cómo sancionamos al funcionario que procedió a firmar esta designación?

¿Por qué nos cuesta tanto organizar un concurso de antecedente y oposición? ¿Por qué no establecemos penas severas para los que violan este régimen? Un caso puede servir de muestra, para esta penosa realidad, el cargo de Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia de la Nación, el último concurso se organizó en 1991. Es decir, hace más de treinta años que no existe concurso de antecedentes y oposición para cubrir este cargo.

a) *Designación directa.* Se aduce que el concurso es un procedimiento engorroso y que el funcionario de turno necesita contar con personas de su confianza para formar su equipo de trabajo. En consecuencia, el principio general debe ser la designación directa, y solo frente a una previsión expresa legal se debe organizar un concurso.

Esta postura es objetable, su sentido republicano también lo es. Esto solo sirve para que el funcionario o político de turno pueda tomar y disponer a voluntad.

b) *Concurso.* El ingreso por concurso debe ser un requisito ineludible. Es el mecanismo apto para que los más idóneos ocupen sus cargos. Asimismo, siempre será un obstáculo para los arrestos arbitrarios de los políticos de turno, quienes quieren tomar y disponer a voluntad.

La necesidad de organizar un concurso se funda en:

- arts. 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional
- art. 21 inc. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos
- art. 25 inc. c) del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos

El art. 16 de la Carta Magna garantiza el principio de igualdad y el acceso a los cargos públicos con idoneidad. Sobre dicho artículo la CSJN afirmó además de la idoneidad se pueden imponer requisitos éticos (v.gr. la integridad de la conducta). En el fallo “Peluffo”² se dijo: “la declaración constitucional no excluye la facultad de la ley para establecer condiciones de admisibilidad en los empleos, distintas de la competencia de las personas, siempre que ellas por su propia naturaleza no creen un privilegio (Estrada, *Derecho Constitucional*, tomo I (considerando penúltimo)

A su vez, esto se complementa con la obligación del Congreso de legislar y disponer medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75 inc. 23). Esa igualdad de oportunidad y trato solo se puede garantizar mediante un concurso.

También, el artículo 21 inc. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Por último, el artículo 25, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que dispone el acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país.

23

1) Crítica. Los concursos han sido objetados pues presentan una profunda crisis debido a:

- la lentitud,
- la falta de probidad de quienes los sustancian,
- un mecanismo de selección en el que prevalece la pertenencia a un partido político antes que los antecedentes académicos y profesionales.

Los concursos son procedimientos que pueden prestarse a múltiples irregularidades. A veces, simplemente son la búsqueda de un candidato predeterminado, la cual se advierte en la etapa de convocatoria. Es decir, se arma el perfil del candidato buscado, se establecen determinados requisitos, se ponderan ciertos antecedentes en desmedro de otros, lo que en definitiva enmascara un carácter subjetivo. También, en esta etapa, se pueden apreciar anormalidades en la integración del Jurado que juzgará los antecedentes y examinará a los concursantes en las pruebas de oposición. Por tales razones, se ha acuñado el célebre adagio español:

“Para hacer oposiciones
lo primero y principal
es tener un tribunal
dispuesto a hacer favores”

2 CSJN, 1/7/1957, “Peluffo, Angel A.I”, Fallos 238:183

Otras veces el llamado a concurso sirve para suprimir el puesto de trabajo o separar a una persona de su cargo. Así, se convoca para cubrir un cargo, con otro nombre y alguna pequeña variante, a una persona que responde fielmente a las directivas superiores. Tal persona desplegará su accionar transitoriamente. Posteriormente se convoca al concurso, valorando de manera particular la prestación de tales servicios.

Sin perjuicio de los inconvenientes e irregularidades que surgirían de un concurso, siempre será un obstáculo ante los arrestos arbitrarios del funcionario que quiere imponer caprichosa o nepóticamente a una persona.

Por lo demás, si bien los perfiles pueden ser manipulados y se pueden orientar en un determinado sentido, siempre será dificultoso, pues se requieren múltiples voluntades antes que la voluntad unipersonal de un funcionario. Tal vez ésta sea la razón por la que en la Administración Pública Nacional no se convoca a concurso. Así, la mayoría de las personas que han ingresado lo han hecho mediante la violación al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos³. Basta simplemente recorrer las páginas del Boletín Oficial para constatarlo; y más grave aún, esos ingresantes —en muchos casos— hasta incumplen con los requisitos de titulación para el cargo que ocupan. Si existiera una estadística (que nunca va a existir), se advertiría que los funcionarios que detentan un cargo gerencial, lo han obtenido por ser amigo o pariente de algún funcionario o autoridad política y no por su pericia técnica. Los gabinetes ministeriales y los cargos directivos están formados por amigos, compañeros de colegio, parientes o amantes.

24

- 2) Noción conceptual. El concurso es un procedimiento que, mediante pautas de publicidad, imparcialidad e igualdad, selecciona a quien ostenta mayor idoneidad para la designación en un cargo o determina la persona que recibirá un bien o servicio.

Cierta doctrina limita el concurso a la designación de un cargo. Si bien, en la mayoría de los casos, se organizan para buscar a alguien más idóneo para ocupar un cargo, esta noción es insuficiente. En efecto, la Administración puede organizar un concurso para otorgar un premio (una medalla, un diploma, un monto en dinero para la compra de material bibliográfico, etc.). En este caso, el concurso no está organizado para designar una persona en un cargo, sino para el otorgamiento de un bien.

- 3) Naturaleza jurídica. La doctrina debate en cuanto a la naturaleza jurídica de los concursos, si es un acto complejo o una serie de actos que pueden ser separados.

Es indudable que el concurso comprende estas etapas:

- Convocatoria. Signada por la publicidad. En efecto, cuando se convoca a un concurso, lo primero que debe observarse, como una derivación del principio republicano es que todos puedan acceder y tengan información adecuada sobre las bases concursales, lo cual sólo será posible, si se da a publicidad adecuadamente. Llama la atención que los concursos docentes de la Universidad de Buenos Aires o de las Universidades Públicas no se publiquen en el Boletín Oficial. ¿Cuál es la razón para no publicar un acto administrativo de un ente autárquico?

3 v. Barraza, Javier Indalecio, “La Administración Pública y un principio olvidado”, artículo publicado en Revista Jurídica LA LEY-Suplemento Actualidad del 2 de octubre de 2008.

- Admisión. caracterizada por la igualdad. En esta fase todos deben concurrir en un pie de igualdad, se deben otorgar los mismos plazos, se deben valorar adecuadamente e igualitariamente las condiciones personales de cada uno de los que se han anotado al concurso.
- Evaluación. Cuyo rasgo distintivo es la idoneidad. Esta etapa es también conocida como de “antecedentes y oposición”. Se evalúan por parte del Jurado los antecedentes de los concursantes y se examina la prueba oral. En esta fase del concurso lo esencial es que prevalezcan los que ostentan mayor idoneidad. A veces, los Jurados hacen prevalecer la oposición por sobre los antecedentes. En este caso, resulta claro que se están violentando las bases concursales, pues se daría el caso que el que empezó ayer podría acceder a un cargo, alegando para ello que su prueba oral fue satisfactoria. Lo que debe evaluar el Jurado son los antecedentes y la prueba de oposición.

Por lo demás ¿Puede una persona en 20 minutos –tal el tiempo promedio de las oposiciones– exponer adecuadamente acerca de un tema que ofrece dificultades técnicas y científicas como son los temarios de los concursos?

- Designación. Basada en la idea de satisfacer el interés público, lo que en el caso se traduce en el alto *expertise* y la excelencia de la función pública. Al momento de designar un empleado público, lo que debe guiar a los cuerpos colegiados que deben dirimir quien es el más apto, deben evitar que prevalezcan factores políticos por encima de la idoneidad. En definitiva el acto administrativo de designación debe tener en mira la excelencia, la cual sólo será posible si se nombra a la persona que mejores antecedentes y mayor pericia técnica ostenta. Si prevalece la pertenencia a un grupo político partidario, pues entonces, se estaría desviando seriamente las bases del concurso.

- 4) ¿Acto complejo o separable? Como se puede advertir, el concurso comprende varias etapas. Cabe preguntarse ¿Se trata de un acto complejo o es simplemente una sucesión de actos, cada uno separables entre sí?

Al respecto, hay dos tendencias en el derecho continental europeo. Por un lado, encontramos la tesis de la indivisibilidad, de origen francés, considera que el concurso es un todo homogéneo, y si una de las fases del mismo ostenta una irregularidad, pues entonces cae el concurso. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha seguido esta línea doctrinaria y denominó a esta cuestión “la indivisibilidad de las operaciones del concurso” (Jéze, 1936, pp. 464 y ss.).

Por otro lado, la tesis de la separabilidad. De cuño italiano, estima que si en un concurso una de las fases que lo componen ostenta alguna irregularidad, ello no puede viciar los actos anteriores y sucesivos, los que quedan inmunes, salvo en el caso de que éstos se encuentren con aquél en una relación de causa a efecto.

La CSJN resolvió un conflicto entre la Universidad Nacional de La Pampa y la Prof. Mónica Boeris, en el que se entendió que los actos del concurso pueden ser impugnados individualmente, adhiriendo a la tesis de la separabilidad.

2.7 Lo económico

Tampoco es posible abordar la cuestión, bajo pautas económicas, pues no tenemos cifras que nos informen exactamente cuánto se gasta en empleados estatales. Ni mucho menos, podemos saber los sueldos que percibe un agente o funcionario.

En fin, necesitamos contar con cifras para responder a estas preguntas: ¿Cuántos empleados tiene el Estado? Me refiero a los tres órganos de gobierno, legislativo, ejecutivo y judicial. Esa cifra no es posible conocerla. Resulta paradójico, pero se habla de derecho a la información, de inteligencia artificial, pero este dato –que solo requiere contar– no es posible saberlo. Diría más, es una cifra secreta, que nunca se supo, no se sabe, ni se sabrá, pues aquí asoma la corrupción en los distintos niveles de gobierno.

Por último, desconocemos ¿Cuánto se gasta en sueldos estatales? ¿Las tareas que cumplen los funcionarios o agentes son eficientes? En fin, múltiples cuestiones, que deberían ser medidas y cuantificadas, pero no hay voluntad política para tal fin. Se oculta lo que no conviene.

2.8 Nepotismo

El otro aspecto que no se ha estudiado en el empleo público es la cantidad de parientes, amigos y amantes que acceden a la función pública. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en los cursos que dicto, los alumnos admiten en un 97% que para acceder a aquella se requiere un contacto, antes que pericia técnica.

En el ámbito de la Secretaría Legal y Técnica se constataron más de cien designaciones sin concurso de parientes y amigos del titular de ese organismo⁴. Eso sin tener en cuenta que no podemos saber el número real. Desde mi experiencia, he podido ver cómo se designó al titular del área de jurídicos por ser vecino del country del Subsecretario Técnico.

2.9 Enriquecimiento ilícito

Otro aspecto del que no se habla es el grado de enriquecimiento con el que salen los empleados estatales. Esto debe ser motivo de una regulación especial. ¿Cómo es posible que desde 1983 hasta 2022 solo se hayan pronunciado diez condenas?⁵

En este punto, deberíamos rever el mecanismo judicial, los obstáculos administrativos, y un sistema probatorio que no nos permite condenar. En efecto, si un funcionario gana mil pesos mensualmente al año solo puede tener doce mil. De ninguna manera puede tener un millón de dólares de patrimonio. Con una simple operación matemática podríamos demostrar esta circunstancia, pero nadie quiere abordar la cuestión. Bajo

4 Cít. “Zannini nombró cien parientes y amigos como funcionarios”, Diario La Nación del 11 de diciembre de 2016, https://www.clarin.com/politica/zannini-nombro-parientes-amigos-funcionarios_0_Bkakd-9me.html; y “El nepotismo, una plaga sin freno en la política argentina”, Diario Infobae del 9 de mayo de 2014, <https://www.infobae.com/2014/05/09/1563127-el-nepotismo-una-plaga-freno-la-politica-argentina>

5 Los condenados por casos de corrupción, desde 1983 hasta el 31 de enero de 2022, son los siguientes: Carlos Menem, Ricardo Jaime, Juan Pablo Schiavi, Domingo Cavallo, Felisa Miceli, María Julia Alsogaray; José Manuel Pico, Amado Boudou, Julio De Vido y Ricardo Jaime. Se podría decir, para distorsionar las cifras, que en la Administración la corrupción es mínima, pues son muy pocos los casos en los que fue necesario condenar. Por lo demás, la justicia funciona bien, pues hasta llegó a condenar a un expresidente y un vicepresidente (casos Menem y Boudou, respectivamente). Desde otra perspectiva, sabemos que esto no es así, pues tenemos una visión negativa de la Administración Pública y del órgano judicial.

la argucia de la plena prueba, vemos absortos cómo crecen desmesuradamente los patrimonios de los agentes.

2.10 Mediciones de eficiencia

Por último, un aspecto que debería incorporarse en el ámbito de la función pública son mediciones de eficiencia. Existen organismos que no pueden justificar su accionar⁶, ni la razón de su creación. Por otra parte, los organismos que son esenciales para la vigencia del Estado de Derecho como es un servicio jurídico, carecen de personal idóneo. Basta simplemente mirar el Boletín Oficial para advertir cómo ingresan abogados sin el menor conocimiento de Derecho Administrativo.

En los servicios jurídicos, se puede observar letrados sin pericia técnica, que no saben redactar un dictamen, ni siquiera saben el concepto. Yo he escuchado decir a varios letrados algunas de estas frases:

- “un dictamen es acompañar una gestión”
- “un dictamen debe ser autosuficiente”
- “hacé un dictamen lavado”
- “que el dictamen diga ni”

En consecuencia, se escriben muchas hojas, creyendo que de esa forma se hace un buen dictamen.

En otros casos, he visto frases vacías de contenido con las que concluye un dictamen jurídico, a saber:

“de compartir la superioridad el criterio expuesto, la medida se encontrará en condiciones de proseguir su trámite”.

Esa frase demuestra la insignificancia de un servicio jurídico.

Hoy lo que se hace en la Administración Pública es controlar el horario, mediante sistemas electrónicos.

Los nuevos jefes para justificar su nueva posición jerárquica y dada su impericia, ciñen su accionar al control del horario, la corrección de errores ortográficos, o peor a constatar el cumplimiento de meras formalidades en los escritos administrativos. He conocido una persona con un cargo jerárquico, que se dedicaba a controlar que se escribiera el vocablo “ley” con mayúscula. Esa era su gran tarea. Por lo demás, esa persona como tenía miedo de emitir instrucciones, se comunicaba vía correo electrónico, aunque el personal estuviera enfrente suyo. Esto no mejora la eficiencia de la función pública, sino que hace más angustiada la situación de los agentes.

Cuantas veces, quienes hemos transitado los oscuros pasillos de la Administración Pública, hemos visto jefes sin dirigidos, o superiores (que por una estructura bondadosa o creada por algún amigo) realizan las mismas faenas que sus regidos, limitan su tarea al

6 El caso del Astillero Río Santiago es un ejemplo de la ineficiencia –entre otras cuestiones– se cree que desde 2008 no ha construido ningún barco (v. https://tn.com.ar/politica/astillero-rio-santiago-la-caja-negra-de-la-politica-y-el-sindicalismo_886162).

control del horario, la corrección de errores ortográficos, a repartir expedientes, organizar el mobiliario del área, o donde se puede poner una maceta, funciones intrascendentes para lo que debe ser un líder de la Administración. Si a esos mismos jefes se les preguntara sobre los nuevos aspectos del derecho administrativo y las nuevas tendencias del procedimiento administrativo, seguro que no sabrían responder.

Por lo demás, el control del horario es un derroche de tiempo, dinero y energía. Se trata de un procedimiento anacrónico, pues el mundo ya avanzó hacia el teletrabajo, hacia modalidades laborales fluidas, dinámicas y cambiantes. No obstante, muchos consideran que la eficiencia se logra mediante un control severo del horario, con un reloj electrónico. El horario resultaba crucial durante la Revolución Industrial, en el siglo XIX, pues el proceso de producción no podía detenerse, esto se lograba mediante una conexión vital: el hombre y la máquina; pero en el siglo XXI, seguir sustentando esta idea es perverso e indigno de la condición humana.

De ninguna manera propicio la falta de control, por lo contrario, deberían existir severos controles. ¿Qué debería controlarse? En el caso de los abogados del Estado debería controlarse esto:

- grado de actualización en la ciencia jurídica,
- tiempo que tardan en realizar un dictamen y su complejidad técnica,
- aportes a la ciencia jurídica,
- grado de actualización del material utilizado.

Pero para eso, no hay un reloj, sino que se requiere jefes con pericia técnica, y altamente especializados, para fijar las variables del control y algún método para matematizar y cuantificar el desempeño de los agentes.

3. El orden jurídico positivo

3.1 Decreto-ley 6666-1957

La primera regulación legal del empleo público fue mediante el decreto-ley 6666 del 17 de junio de 1957 (ratificado por la ley 14.467). Hasta ese momento el tema fue una construcción pretoriana escasa y limitada a un aspecto: el cobro de haberes. El mérito de este decreto-ley fue el reconocimiento de la estabilidad del empleado público. Asimismo, constituyó un verdadero Estatuto con derechos y obligaciones.

También, surge algo fundamental, la diferencia entre empleo público y empleo privado. El primero está amparado por la estabilidad; el segundo, contra la arbitrariedad del empleador. El empleo público tiende a la conservación y continuidad del empleo; el empleo privado solo goza de una protección patrimonial.

3.2 Ley 14.250

Con esta ley surgen los primeros esbozos por trasladar principios del derecho laboral al ámbito público. Así, se celebró un Convenio Colectivo de Trabajo para el personal de la Dirección General Impositiva y la Dirección Nacional de Aduana.

3.3 Ley 22.140

Con la sanción de esta ley se deroga el decreto-ley 6666/1957 y se establece el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública

3.4 Convenio 154

Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Posteriormente, fue ratificado por la ley 23.544 (promulgada el 11 de enero de 1988). El referido acuerdo fomenta de la negociación colectiva.

El artículo 2º del citado Convenio dispone que “en el ámbito de la Administración Pública, se hará efectivo en oportunidad de entrar en vigencia la nueva legislación que regulará el desempeño de la función pública en la cual se fijarán las modalidades particulares para la aplicación del aludido convenio”.

3.5 Ley 24.185

Estableció las pautas para la negociación colectiva de los trabajadores del Estado. En virtud de esta ley, se puede afirmar que existen dos tipos de convenciones:

- convenciones que celebran los trabajadores y empleadores en el ámbito privado.
- convenciones colectivas de los agentes de la Administración.

a) Aspectos excluidos. La ley, en su artículo 2º, excluyó de sus disposiciones a los siguientes funcionarios:

- Presidente, Vicepresidente de la Nación, y Procurador General de la Nación;
- Fiscal General de Investigaciones Administrativas y los Fiscales Adjuntos
- Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo de la Nación, el Procurador del Tesoro de la Nación, funcionarios superiores y asesores de gabinete;
- Las personas que, por disposición legal o reglamentaria emanadas de los poderes del gobierno, ejerzan funciones asimilables o de jerarquía equivalente a los cargos mencionados;
- El personal militar y de seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Policía Federal, Servicio Penitenciario Federal u Organismos asimilables;
- El personal diplomático comprendido en la Ley de Servicio Exterior, que reviste en jerarquías superiores que requieran acuerdo del Senado;
- El Clero Oficial;

- Las autoridades y funcionarios directivos o superiores de entes estatales u organismos descentralizados nacionales;
 - El personal que requiera un régimen particular por las especiales características de sus actividades cuando así lo resolviere el Poder Ejecutivo Nacional mediante resolución fundada;
 - Los sectores de la Administración Pública Nacional que a la fecha de la sanción de esta ley se encuentren incorporados al régimen de las convenciones colectivas de trabajo, a no ser que por acuerdo de las partes se optara por el sistema que aquí se establece.
- b) Organización interna. En otro orden, también está excluido de las previsiones de la ley todo lo relativo a cuestiones de organización interna de la Administración, tal el caso del ingreso o lo concerniente a la estructura interna.

3.6 Ley 25.164

Denominada “ley marco de regulación de empleo público nacional”, consta de 10 capítulos, a saber:

- Marco normativo y Autoridad de aplicación
 - Requisitos para el ingreso
 - Naturaleza de la relación de empleo público
 - Derechos
 - Deberes
 - Sistema Nacional de la Profesión Administrativa
 - Régimen disciplinario
 - Recurso judicial
 - Causales de egreso
 - Fondo Permanente de Capacitación y Recalificación Laboral
- a) Cláusula de garantía. El artículo 1° del Anexo de la referida ley dispone que el empleo público queda sujeto a los principios generales que establece la ley. Asimismo, dichos principios deben ser respetados en las negociaciones colectivas que se celebren en el marco de la ley 24.185.

Finalmente, el citado artículo dispone que los derechos y garantías acordados a los trabajadores que integran el servicio civil de la nación constituyen “mínimos” que no pueden ser desplazados en perjuicio de estos en las negociaciones colectivas

- b) La objeción de Luqui. Señala que hubiera sido lógico que al sancionarse una Ley marco del empleo público nacional, cuyas disposiciones deben ser respetadas en las “negociaciones” colectivas que se celebren en el marco de la ley 24.185, abarquen a todas las convenciones colectivas de los agentes públicos” (Bielsa, 2017, p. 1311).

4. Evolución jurisprudencial

4.1 De un acto de imperio a lo contractual

Cuando el Estado designaba a un empleado esto era entendido como un acto de imperio estatal. Es decir, la persona ingresaba y quedaba sometida a una relación especial de sujeción.

Así, se dijo que el ingreso al empleo público implicaba el tácito acatamiento por parte del ingresante (CSJN, 23/10/1942, Fallos 194:111). Posteriormente, se afirmó que: “Las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público no nacen de un contrato civil de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual inviste al empleado nombrado, que acepte su designación, de la función pública, reglamentada por leyes, decretos y resoluciones del Superior, que establecen sus deberes, atribuciones y derechos y que, en su conjunto, constituyen el derecho administrativo que le es aplicable” (CSJN, 27/6/1951, Fallos 220:383).

Luego de ello, la idea del imperio del Estado fue desplazada y prevaleció la noción de la naturaleza contractual del empleo público. Desde esta perspectiva, la voluntad del agente resultaba esencial para la existencia de esa relación jurídica. Esto se puede apreciar en los fallos “Chedid” (CSJN, 14/2/1997, Fallos 320:74) y “Guida” (CSJN, 2/6/2000, 323:1566).

4.2 El derecho a la carrera administrativa

Una vez superada la idea del acto de imperio, se empieza a elaborar lo relativo al derecho a la carrera administrativa. En el caso “Madorrán” (CSJN, 3/5/2007, Fallos 330:1989) se dijo que los empleados públicos gozan del derecho a la estabilidad y a la carrera administrativa, lo cual encuentra sustento en el art. 14 bis de la CN, la que posee carácter operativo.

4.3 La estabilidad del empleado público

Este derecho está previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Implica el derecho a no ser privado del cargo, salvo fundadas razones y mediante un sumario administrativo.

La estabilidad surgió como consecuencia de una práctica, por medio de la cual cuando cambiaba un gobierno se procedía a prescindir de los servicios de los agentes. A partir del decreto 6666/1957 y luego con la incorporación de la estabilidad en el artículo 14 bis de nuestro Texto Fundamental, se intentó evitar aquella situación.

El objetivo era proteger al empleado público frente a los arrestos arbitrarios de las autoridades políticas y mantenerlo al margen de los avatares y vicisitudes de la vida política. También, se intenta crear un grupo de empleados y funcionarios que –ajenos a la actividad política– puedan brindar su *expertise* técnico en la buena marcha de la Administración.

Nuestro Máximo Tribunal reconoce este derecho en los casos “Madorran” (CSJN, 3/5/2007, Fallos 330:1989); “Ruiz, Emilio” (CSJN, 15/5/2007); “Delfino, Laura” (CSJN, 9/3/2011, Fallos 334: 229) y “Granillo Fernández” (CSJN, 14/8/2012, Fallos 335:1523).

4.4 Personal contratado

En la Administración desde 2003 se ha incrementado el número de personal bajo formas precarias (planta transitoria o contratados). Esta circunstancia obedece a que se designan diariamente personas violentando un principio republicano: el acceso a la función pública mediante concurso de antecedentes y oposición. Asimismo, porque las personas que ingresan carecen del *expertise* y el grado de titulación para ocupar el cargo.

En una primera etapa la CSJN tuvo una posición negatoria a reconocer algún tipo de indemnización al personal contratado que concluía su vínculo contractual. Posteriormente, se modificó este criterio a partir del caso “Ramos” (CSJN, 6/4/2010, Fallos 333:311)

a) Postura negatoria. El Alto Tribunal consideró que cuando una persona que había desplegado funciones como contratado y concluía el pacto, no tenía derecho a indemnización alguna.

Esta postura se fundaba en el hecho de que la persona se había sometido voluntariamente a un régimen jurídico, de lo cual se derivan algunas consecuencias:

- inequívoco acatamiento a un régimen inestable
- imposibilidad de reclamar los derechos emergentes de la estabilidad
- si se admite el reclamo del particular se violentaría el principio *venire contra factum proprio*

Este criterio se puede apreciar en “Filgueira de Álvarez” (Fallos 310:2117); “Galeano” (Fallos 312:1371) y “Gil” (Fallos 312:245)

A tal fin, se aplicó la doctrina de los actos propios. Estas circunstancias impedían formular reclamo alguno.

b) El reconocimiento de una indemnización. Con el correr del tiempo nuestro Máximo Tribunal modifica el criterio, y sienta las bases para que le reconozca algún tipo de indemnización al personal que ha prestado funciones bajo un régimen contractual.

1) Caso “Ramos”. El actor trabajó como contratado de la Armada Nacional durante veinte años. Luego, por razones presupuestarias no se le renovó el contrato. Ante tales circunstancias se demandó al Gobierno Federal y se solicitó una indemnización.

La CSJN sentó que si corresponde indemnización, se debe determinar el tipo y monto.

Los argumentos del Máximo Tribunal se pueden resumir así:

El actor contratado realizaba las mismas tareas que el personal estable. Por lo demás, aquel era calificado anualmente; se le reconocía antigüedad y gozaba de los servicios sociales del empleador (considerando 4º).

Por otra parte, el Máximo Tribunal señaló que se había violado el régimen vigente, el que permitía la renovación contractual hasta los cinco años. En consecuencia, se consideró que la Administración había utilizado la figura del contratado “con una evidente desviación de poder que tuvo por objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo indeterminado” (considerando 5°).

En otro orden, el Alto Tribunal señaló que las renovaciones contractuales durante un largo tiempo generaron en el demandante la legítima expectativa a permanecer en el cargo (considerando 6°).

Por otro lado, la CSJN desecha la doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico (fallo “Gil”) en tanto el actor no había cuestionado el régimen aplicable, sino el incumplimiento de los límites temporales establecidos por el orden jurídico y la consiguiente obligación del transgresor, en el caso, el Estado Nacional (considerando 7°).

Luego de ello, se señaló que no le correspondía al demandante el derecho a la reincorporación, pues eso vulneraría el régimen de la función pública. Aquí la CSJN diferencia el personal permanente y el contratado. Los primeros están amparados por la estabilidad; los segundos no. En efecto, los trabajadores de planta permanente tienen estabilidad, pues han sido incorporados cumpliendo los requisitos de idoneidad y de selección y su salario está previsto en el Presupuesto. Los segundos no cumplen con estas exigencias (considerando 8°).

Finalmente, la CSJN dado que no existía previsión legal para determinar la indemnización se aplica por analogía el artículo 11 de la ley 25.164 (considerando 9°)

- 2) La línea de “Ramos”. Posteriormente, la CSJN reitera el criterio sentado en “Ramos”, en los siguientes casos “Cerigliano, Carlos F c/GCBA” (CSJN, 19/4/2011, Fallos 334:398); “González, Lorenzo c/Bco de la Pcia. de Buenos Aires” (CSJN, 8/10/2013, Fallos 336:1681) y “Martínez, Adrián c/Univ. Nacional de Quilmes” (CSJN, 6/11/2012, Fallos 335:2219).

4.5 La nacionalidad

El tema de la nacionalidad para el ingreso a la función pública es un tema delicado, del que muchas personas no quieren hablar por temor a ser consideradas xenófobas o discriminadoras. Es más, existen temas que son altamente delicados del que la mayoría no quiere opinar libremente, tales como la raza, la religión, el sexo, la nacionalidad, la edad, el aborto, el derecho a portar armas, etc.

Nuestros fallos judiciales para responder a esta cuestión han elaborado el concepto de “categorías sospechosas”, por el cual ciertas regulaciones que afectan derechos fundamentales se presumen inconstitucionales.

- a) Repetto. En este caso (CSJN, 8/11/1988, Fallos 311:2272), se declaró inconstitucional un reglamento de la provincia de Buenos Aires que estableció el requisito de nacionalidad argentina para el ejercicio de la docencia. Por aplicación de aquel, se le impidió a una persona de nacionalidad estadounidense –aun que con residencia desde los tres

años en el país – que se desempeñara como Profesora de Educación inicial (lo que usualmente se denomina “maestra jardinera”)

El Máximo Tribunal destacó que cuando surge una distinción puede afectar los derechos fundamentales (v. gr. nacional o extranjero) surge una presunción de inconstitucionalidad. Para desvirtuar esa presunción existen dos requisitos se debe probar que existe un interés estatal urgencia y que la medida adoptada es razonable.

- b) Calvo y Pesini. La Lic. en Psicología, Rocío Calvo y Pesini (CSJN, 24/2/1998, Fallos 321:194) de nacionalidad española cuestionó la constitucionalidad del artículo 15 de la ley 7625 de Córdoba, lo que le impedía ingresar como personal permanente al régimen del “equipo de salud humana” de la referida provincia.

En primer lugar, la Corte reseña los argumentos que fijó en Repetto (considerando 5°)

Luego, de ello señala que el principio general que consagra el art. 16 en favor de los habitantes y el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión, es un rasgo predominante de la vocación igualitaria de la Constitución. En este sentido, se requiere para establecer una diferencia una justificación suficiente del artículo cuestionado, lo cual no fue satisfecho por la demandada, limitada a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal.

- c) Hooft. En este caso (CSJN, 16/11/2004, Fallos 327:5118), el actor había nacido en Utrech, Holanda. Luego se naturalizó como argentino. Posteriormente, consideró que la Constitución bonaerense establecía una limitación inconstitucional para el acceso al cargo de magistrado.

En primer lugar, la CSJN señala que el demandante es discriminado por la Ley Fundamental bonaerense, no por ser argentino, sino por ser argentino “naturalizado”. No por ser nacional, sino por el origen de su nacionalidad. En efecto, Hooft es argentino, no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal) (considerando 4°)

La CSJN consideró que el artículo 177 de la Constitución bonaerense se encuentra afectado por una presunción de inconstitucionalidad. En efecto, dicho artículo establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”), y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor). Dicha presunción sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique (considerando 2°, segundo párrafo)

Por otra parte, el Máximo Tribunal dijo que esa presunción o sospecha de ilegitimidad, desplaza la carga de la prueba (considerando 4°)

En otro orden, señaló que la mencionada presunción sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. Los primeros deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los

promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

- d) Gottschau. La actora se inscribió en un concurso organizado por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires para acceder al cargo de secretaria judicial. Sin embargo, dicha inscripción le fue rechazada debido a que no cumplía con el requisito de la nacionalidad. En efecto, la demandante era una ciudadana alemana. Ante tales circunstancias, interpuso un recurso administrativo, cuyo resultado fue adverso.

La CSJN para resolver esta cuestión se remite a lo resuelto en el caso “Hooft” y señala que el origen nacional es una categoría sospechosa (considerando 5º, segundo párrafo)

Posteriormente, el Máximo Tribunal aclara que el art. 20 de la Constitución Nacional y su equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros en lo que hace al goce de los derechos que la norma enumera no está en juego en autos: aquí, de lo que se trata, es del derecho a acceder a un empleo público (considerando 3º)

Luego de ello, se señala que lo que aquí está en juego es el artículo 16 de la Constitución Nacional que dispone todos son iguales ante la ley y admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad. Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas (considerando 4º)

Por otra parte, la CSJN destaca que la demandada no podía contentarse con la sola alegación de que la exigencia de nacionalidad argentina a un secretario de primera instancia era razonable o aun conveniente para la Ciudad de Buenos Aires y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debió acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado como es, por ejemplo, la jurisdicción que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado.

- e) Mantecón Valdés. El demandante de nacionalidad cubana le fue desestimada su participación en un concurso para bibliotecario de la CSJN. Aquí se declaró la invalidez del acto administrativo y la inconstitucionalidad del reglamento que dio base a esa decisión (CSJN, 12/8/2008, Fallos 331:1715).
- f) Pérez Ortega. La actora había sido designada en la planta permanente de la Cámara de Diputados de la Nación. Posteriormente, el Presidente de la referida Cámara revocó el nombramiento, porque no cumplía con el requisito de la nacionalidad para ingresar, tal como lo disponía el art. 7º, inc. d), de la ley 22.140 (CSJN, 21/2/2013, Fallos 336:131).

- 1) Sentencia de primera instancia. El juez de grado rechazó la acción interpuesta. En primer lugar, consideró que si la actora consideraba inconstitucional aquella disposición de la ley 22.140, tendría que haberla cuestionado al iniciarse el vínculo de empleo público porque “el voluntario sometimiento a un régimen jurídico resulta incompatible con su ulterior impugnación”.

En segundo término, el magistrado entendió que había existido conocimiento del vicio. En consecuencia, la designación podía revocarse en sede administrativa dado que el art. 9º de la ley 22.140, señala que “Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 7º y 8º, o de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido”.

- 2) Sentencia de Cámara. Declaró desierto el recurso impetrado por la demandada contra la sentencia, al entender que no se había rebatido adecuadamente el argumento de la aplicación de la teoría de los actos propios.
- 3) Fallo de la Corte. En primer lugar, la CSJN se remite a los fundamentos de la Procuración General de la Nación y se basa en los precedentes “Calvo y Pesini” y “Gottschau”.

Luego de ello, se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional y 11, punto 1.3, de la resolución 1331/2004, y se declaró la nulidad de la resolución por la cual se denegó al actor la inscripción en el concurso (art. 16, segunda parte, de la ley 48). En suma, se admitió la acción de amparo.

4.6 Edad

Esto también constituye otra de las discusiones que corresponde solucionar. En el caso Argüello (CSJN, 16/11/2004, Fallos 327:5002), se trató de una persona que por su edad debía egresar del ámbito universitario como docente.

- a) Hechos del caso. Luis Rodolfo Argüello había sido designado profesor por concurso en 1987. Posteriormente, antes de que finalizara el plazo de su cargo, fue elegido vice decano y luego decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Dicho mandato concluyó en 1998.

Cabe señalar, que el concurso y su consecuente nombramiento se realizaron bajo el imperio de las normas vigentes en 1987. Más tarde su situación jurídica se modificó dos veces.

- b) Modificación de la situación jurídica. El demandante sufrió dos modificaciones a su situación jurídica. La primera vez en 1995, con la aprobación del nuevo Estatuto Universitario, dictado en virtud de la ley 24521. En esa oportunidad, el actor resultó favorecido, por cuanto se le concedía una prórroga equivalente al tiempo por el que cumplió sus funciones como vicedecano y decano (conf. artículo 55 de la citada ley).

La segunda vez, el cambio perjudicó los intereses del actor. En efecto, la Resolución N° 11/96 del Consejo Superior de la UNT estableció que en ningún caso el docente podrá continuar en actividad después de haber cumplido setenta años (art. 21 del Anexo).

En suma se trata de un docente que con un sistema jurídico debería permanecer en su cargo y con el otro resultaría jubilado.

- c) Argumentos de la CSJN. El Máximo Tribunal se remite a los fundamentos esgrimidos por la Procuración General de la Nación. En primer lugar, señala que la fijación de los límites temporales para el nacimiento o la extinción de los derechos, cuando se produce un cambio en el régimen jurídico, es un recurso legítimo, con el que no se

vulnera la igualdad constitucional (doctrina de Fallos: 278:108 y 300:893, entre otros) y que la modificación de las normas por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (doctrina de Fallos: 283:360; 315:839 y muchos más).

En segundo lugar, se destaca que si se admite la pretensión del actor esto implicaría la aplicación parcial del ordenamiento jurídico, que sólo produciría efectos en aquellos aspectos que conllevan beneficios y no en aquellos que perjudican su situación.

En tercer término, se dijo que la Resolución N° 11/96, sólo prevé que las excepciones a la regla que sienta deben ser resueltas por el Consejo Superior (v. art. 101), sino que, además, expresa en forma categórica “En ningún caso”. Tampoco, cabe endilgarle una supuesta contradicción con las disposiciones del Estatuto Universitario, toda vez que ambos regulan distintas hipótesis. El Estatuto fija un derecho de los docentes que se desempeñen como decanos y vice decanos; la reglamentación fija un tope de edad, límite que no parece irrazonable.

En fin, una adecuada interpretación permite concluir que gozarán del beneficio previsto por el art. 55 del Estatuto quienes se encuentren en la situación allí descrita siempre que no hubieran cumplido la edad de setenta años. Los que cumplen esa edad deben cesar en sus funciones.

4.7 Remuneración

Este es un aspecto que siempre ha preocupado a los agentes, sobre todo en aquellos supuestos en que se cobran sumas no remunerativas. En el caso “Cello” (CSJN, 25/4/2023), la actora interpuso una demanda a fin de que se declarara la nulidad de una serie de actos administrativos y se incorporaran en el rubro sueldo las sumas de dinero que cobraba desde 1991 bajo el rubro “Estímulo, contracción al trabajo, presentismo, incentivo”.

a) Hechos. La actora señaló que –de acuerdo con el régimen de cooperación técnica y financiera creado por las leyes 23283 y 23412– a los agentes de la Planta Permanente de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios, y de otros órganos o entes del Ministerio de Justicia deben otorgárseles incentivos para la asistencia a cursos y jornadas que los capacite y perfeccione.

Por otra parte, manifestó que durante veintinueve años percibió esos montos, pero nunca se cumplieron con las actividades de capacitación.

En suma, el pago del incentivo no cumplió con los fines previstos en las leyes de creación, por lo que corresponde asignarle carácter remunerativo, conforme lo establecido por el artículo 6° de la ley 24.241

b) Argumentos de la CSJN. Señala su doctrina tradicional sobre el carácter remunerativo. Así recuerda que poseen carácter remunerativo aquellos adicionales cuyo pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por el personal, en la medida en que se dispuso su pago habitual y general juntamente con los haberes mensuales. Así, la naturaleza jurídica de un suplemento salarial se

determina objetivamente, de acuerdo al modo implementado, la contraprestación que retribuye y la finalidad que persigue su concreción, sin depender de las necesidades presupuestarias (Fallos 326:4076).

- 1) Pruebas. El Máximo Tribunal señala hechos que están probados
 - Percepción de la asignación con regularidad por más de veinte años
 - Disposición del Secretario de Justicia del pago de incentivos con carácter general desde el 1° de febrero de 1987.
 - Numerosos procesos similares, donde surge el carácter generalizado estos incentivos
 - Informe de la SIGEN sobre la generalización de estos incentivos
 - Falta de pruebas del Gobierno Federal que los incentivos son excepcionales, precarios y discrecionales
- 2) Significación económica. Los incentivos constituyen una parte sustancial del sueldo, no son sumas meramente accesorias o adicionales, circunstancia que la CSJN ha considerado relevante para determinar si un suplemento constituye parte del sueldo.
- 3) Naturaleza del empleo público. La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan.
- 4) Aumento encubierto del sueldo. Luego de ello, la CSJN destaca que: "...la demandada utilizó una figura jurídica autorizada legamente para propender a la capacitación y perfeccionamiento de los agentes para, en definitiva, acrecentar con habitualidad, generalidad y permanencia sus salarios...circunstancia que permite otorgar a tales asignaciones la condición de parte integrante del haber mensual de los agentes públicos.
- 5) Origen de los fondos. También, se discutió que dado que los fondos con los que se pagan son de origen privado, ello generaba dudas sobre el carácter remunerativo del sueldo. A este argumento el Máximo Tribunal señaló: "...esos fondos, si bien no se incorporan de un modo formal en el presupuesto nacional, poseen un origen y un destino vinculados con cometidos públicos. Para ser aplicados a la finalidad pública determinada por el legislador, ingresan al Ministerio de Justicia con afectación específica" (considerando 14). También, señala que esos fondos están sujetos al control del Estado.
- 6) Carácter salarial. Por último, se dijo: "negar el carácter salarial de sumas regularmente percibidas por el agente dependiente del Estado por la mera invocación de dificultades en el control del sistema mediante el que ellas son obtenidas, significaría consentir que se lesionen los derechos de aquel por circunstancias que le son ajenas, incumpliendo el deber enunciado en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador de un retribución justa".

7. Algunas reflexiones

Como se ha podido observar el empleo público necesita una reformulación conceptual. Pensar que una persona pueda ingresar a la Administración Pública sin concurso afecta la moral y desmotiva. Debemos propiciar la obligatoriedad de los concursos y objetar a quienes ingresan por mecanismos irregulares. Si bien, el orden jurídico positivo es claro, debemos reiterar esta exigencia fundamental para la vigencia del Estado de derecho. En efecto, cuando alguien ingresa a la Administración Pública sin concurso, lo que hace es violentar un principio fundamental: la igualdad.

Por otra parte, el mecanismo de promociones, mediante el nepótico índice, los privilegios injustos y las arbitrarias discriminaciones, todo contribuye a devastar esa pretendida carrera administrativa.

En otro orden, aplicar principios de derecho laboral al empleo público no es conveniente. El empleo privado está guiado por el afán de lucro con un patrón que toma decisiones personales, el empleo público está orientado a la consecución del interés general y el jerarca de la Administración no puede –de ninguna manera– tomar decisiones personales, sus decisiones deben cumplir con las exigencias del orden jurídico positivo, con los elementos del acto administrativo. Si bien, ambos empleos constituyen trabajo, en el caso del empleo público este requiere modulaciones y debe ser objeto de un tratamiento especial. El ámbito en el que se despliegan uno u otro; los fines que se persiguen, la relación especial de sujeción a la que se somete el empleado público, la forma en que se lo puede exonerar o cesantear, todo hace que uno u otro empleo sean diferentes, aunque el ojo del jurista desatento pretenda que son iguales.

Sé de lo utópico que es propiciar una Administración Pública eficiente y con funcionarios que accedan por concurso de antecedentes y oposición. Soy consciente de la distancia que existe entre lo intelectual y lo real, donde reina la corrupción y los desvaríos constitucionales. Sin embargo, confío en el tamaño de nuestros juristas, que será mucho más grande y extenso, que este artículo que intenta lograr nuestros anhelos.

Referencias bibliográficas

Bielsa, R. (2017). *Derecho Administrativo*, 7ª edición, actualizada por Roberto Luqui, Buenos Aires, La Ley, t. III.

CSJN, 23/10/1942, “Labella de Corso, Gilda c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” Fallos 194:111.

CSJN, 27/6/1951, “Gerlero, Joaquín c La Nación” Fallos 220:383.

CSJN, 8/11/1988 “Repetto, Inés María c/Pcia. de Buenos Aires”, Fallos 311:2272.

CSJN, 14/2/1997, “Chedid, Gabriela” Fallos 320:74.

CSJN, 24/2/1998, “Calvo y Pessini, Rocío c/Pcia de Córdoba” Fallos 321:194.

CSJN, 2/6/2000, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 323:1566.

CSJN, 16/11/2004, “Argüello, Luis Rodolfo c/Univ. Nacional de Tucumán” Fallos 327:5002.

CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” Fallos 327:5118.

CSJN, 3/5/2007, “Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación” Fallos 330:1989.

CSJN, 15/5/2007, “Ruiz, Emilio”.

CSJN, 12/8/2008, “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)” Fallos 331:1715.

CSJN, 6/4/2010, “Ramos, José Luis c/Est. Nac.-Min. de Defensa- ARA s/indemnización por despido” Fallos 333:311.

CSJN, 9/3/2011, “Delfino, Laura Virginia c/Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos” Fallos 334: 229.

CSJN, 19/4/2011, “Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, Fallos 334:398.

CSJN, 14/8/2012, “Granillo Fernández, Alejandro c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, Fallos 335:1523.

CSJN, 21/2/2013, “Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Honorable Cámara de Diputados de la Nación” Fallos 336:131.

CSJN, 8/10/2013, “González, Lorenzo Ramón c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa. Fallos 336:1681.

CSJN, 25/4/2023, “Cello, María Mónica c/ EN – M° Seguridad – disp. 268/09 212/10 s/ proceso de conocimiento”.

Jéze, G. (1936). *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, París, Marcel Giard, t. II.