

Los contratados en la Administración Pública. El régimen de contratación para la prestación de servicios profesionales autónomos aprobado por el Decreto 2345/08.

Por Diego Calonje

Revista de Derecho Administrativo N° 93, abril de 2014, pag. 567, Depalma Abeledo Perrot Thompson Reuters, dirigida por el Dr. Juan Carlos Cassagne.

I- Introducción.

La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 es el régimen general a cuyo amparo la Administración Pública nacional se provee del personal necesario para el cometido de sus funciones.

En la misma se prevén dos regímenes principales. Por un lado aquel al que el art. 8 de la norma denomina como régimen de estabilidad, compuesto por quienes conforman la planta permanente de empleados, a quienes como característica esencial se les reconoce el derecho a la carrera y a la estabilidad. Por otro lado, en el art. 9 se regula al personal que reviste en el régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado, que comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente, y a quienes no se les otorgan los derechos a la carrera y a la estabilidad.

Los mencionados en último término se incluyen dentro de la categoría que usualmente se denomina personal contratado, pero este régimen no es la única modalidad de contratación que cuadra incorporar dentro de este concepto.

Con la expresión "funcionarios contratados" se hace referencia a personas que figuran en los cuadros de la Administración Pública merced a un contrato distinto -contrato "ad-hoc"- del que rige a la generalidad de los funcionarios o empleados públicos¹

Además del personal contratado de conformidad con el art. 9 de la Ley Marco, existen varios regímenes de contrataciones, algunos especiales para determinados órganos a o entes de la Administración.

Entre estos regímenes de contrataciones se encuentra el que pretendemos abordar en este trabajo, que es el previsto por el artículo 64 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (t.o. 2005), que faculta al Jefe de Gabinete de Ministros a disponer un régimen de contrataciones de servicios personales destinados a desarrollar estudios, proyectos y/o programas especiales en los términos que determine la reglamentación.

Al amparo de de esta previsión normativa se dictó el Decreto 2345/08 que estableció el régimen de contratación para la prestación de servicios profesionales autónomos al que nos dedicaremos, reglamentado a su vez por

¹ Marienhoff, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, t. III-B, N° 865.

la Resolución 37/2009 de la Secretaría de la Gestión Pública.

Este régimen sustituyó al régimen aprobado por el Decreto 1184/01 –que también había reemplazado al régimen aprobado por Decreto N° 92/95-, introduciendo varias innovaciones pero manteniendo su esencia en varios aspectos.

En los años previos al dictado del Decreto 2345/08, la Administración había desplegado una política de reducción del personal autónomo por ese entonces contratado bajo el Decreto 1184/01.

Con el dictado del Decreto 1251/2007 se homologó el Acta Acuerdo del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, que en su cláusula Sexta preveía que el Estado, en su carácter de empleador efectuaría los estudios necesarios para establecer el nuevo nivel de honorarios de personal contratado por el régimen del Decreto N° 1184/01, cuyo contrato podría ser convertido con los alcances previstos en el artículo 9° del Anexo de la Ley 25.164, o en el Título II Capítulo II de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. Decreto N° 390/76 y modificatorios), según sea el régimen laboral de aplicación.

A su vez, se habían dictado los Decretos 707/2005, 2031/2006 y 480/2008, por los que se implementó una política de sinceramiento y disminución de las contrataciones celebradas bajo el régimen reglamentado por el decreto 1184/2001. Para ello, en estos decretos se consideró conveniente y oportuno que quienes se hallaran contratados bajo el régimen del decreto indicado en todas las jurisdicciones y entidades descentralizadas, cuando los honorarios mensuales fuesen no superiores a las sumas que de manera creciente se fueron fijando en cada decreto, debían ser contratadas mientras continúen las razones de servicio que así lo justifiquen, mediante los regímenes de empleo contemplados en el Artículo 9° del Anexo de la Ley N° 25.164 o en el Título III, Capítulo II de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (T.O. Decreto N° 390/76 y modificatorios), de conformidad con lo previsto en el régimen laboral de aplicación al personal de las respectivas dependencias.

En virtud de estos decretos, miles de contratados variaron su modalidad contractual, pasando a tener una relación de dependencia laboral con la Administración.

Sin embargo, estas políticas parece haber sido olvidadas, y si bien es cierto que no resulta per se ilegítimo que el Estado contrate personal bajo la variedad de formas jurídicas no menos cierto es que la realidad muestra un ejercicio abusivo, excesivo de este tipo de contrataciones².

Los datos muestran que esta modalidad del Decreto 2345/08 de contratación de profesionales autónomos, que emiten facturas a la Administración por sus servicios y que no cuentan con varios de los beneficios de una relación de dependencia declarada formalmente, se ha extendido nuevamente, en una gran cantidad de organismos estatales.

Ello surge de lo que informa el Registro Central de Personal Contratado, que da cuenta de que son varios miles las personas sujetas a este régimen de contratación³ y las propias previsiones del régimen establecen que la utilización

² Ivanega, Miriam Mabel, "Las relaciones de empleo público", LA LEY, mayo de 2009, p. 209.

³ El Registro Central de Personal Contratado, de la Oficina Nacional de Empleo Público que depende de la Jefatura de Gabinete de Ministros, indica un total de 3419 personas con contratos vigentes al 12/2013 bajo la

del mismo podrá alcanzar el quince por ciento (15%) de la cantidad de cargos de planta permanente que tuviera asignada cada jurisdicción o entidad contratante, lo que representa un número de importancia. Todas estas cuestiones son las que nos mueven a abordar esta temática, y destacar los principales aspectos del régimen en cuestión.

II- Inexistencia de estabilidad. Posibilidad de la Administración de interrumpir el vínculo unilateralmente.

Al igual que en las otras figuras de contrataciones de personal al margen de la estabilidad, el régimen de contrataciones del decreto 2345/08 prevé la posibilidad de la Administración de no continuar con el vínculo una vez cumplido el plazo de duración establecido para el mismo, sino que más aun, contempla la atribución para interrumpirlo unilateralmente antes de ese término.

Dicho régimen determina que el contrato por el que se instrumente la relación deberá fijar el plazo de duración del contrato y una cláusula de renovación y rescisión en favor de la Administración Pública Nacional⁴.

También se deja sentado que no es intención ni se deriva del contrato, el establecimiento o la creación de una relación laboral de dependencia o una relación de principal y agente entre la contratante y el contratado, quedando entendido que el contratado es una persona independiente y autónoma en su relación con la contratante⁵, y que el contrato no importa una expectativa o derecho a prórroga a beneficio del contratado, pudiendo ser prorrogado o renovado únicamente de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro contrato⁶.

En esta línea, se dispone que cada una de las partes podrá, en todo momento, rescindir el contrato notificando por escrito a la otra parte con treinta (30) días de anticipación, pero que en caso de incumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato por parte del contratado, la contratante podrá rescindirlo sin necesidad de notificarlo por anticipado⁷.

De la reseña formulada, es entonces clara la atribución de la Administración de no continuar con el vínculo una vez arribada la fecha de contratación prevista en el contrato, sin que haya un derecho del contratado a que el mismo se extienda en el tiempo, así como la posibilidad de la Administración rescindirlo unilateralmente, notificando de ello a su contraparte con 30 días de antelación, exigencia que no será siquiera exigible cuando se argumentase que tal decisión obedece al incumplimiento de las obligaciones fijadas.

modalidad del Decreto 2345/08.
<http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onep/movimientos/movimientos.html#personal>

⁴ Artículo 5º, incs. d) y e) del Régimen de Contrataciones aprobado como Anexo I del Decreto 2345/08.

⁵ Clausula 2, inciso a), del Contrato Tipo de Locación de Servicios obrante como Anexo 3 del Régimen de Contrataciones aprobado como ANEXO I del Decreto 2345/08.

⁶ Clausula 3, del Contrato Tipo de Locación de Servicios obrante como Anexo 3 del Régimen de Contrataciones aprobado como ANEXO I del Decreto 2345/08.

⁷ Clausula 8, del Contrato Tipo de Locación de Servicios obrante como Anexo 3 del Régimen de Contrataciones aprobado como ANEXO I del Decreto 2345/08.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosas oportunidades ha abordando las distintas modalidades de contratación sin estabilidad que el ordenamiento jurídico autoriza a celebrar a la Administración en cuanto a la posibilidad de su interrupción unilateral, estableciendo pautas generales en la materia las que sin duda comprenden al régimen del Decreto 2345/08.

Al respecto el Alto Tribunal exhibe un asentado criterio respecto a la falta de estabilidad del personal contratado, a partir de la doctrina asentada en la causa "Gil"⁸, en virtud de la cual "La aceptación de los contratos y sus pertinentes prórrogas, presididos por un régimen de inestabilidad, veda al actor reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, dado que, de otro modo, se violentaría el principio que impide venir contra los propios actos". También en dicha causa se dejó asentado que "...el tiempo no trastoca la situación de revista de quien ha ingresado a la administración como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto administrativo expreso", reiterando un criterio antes expuesto en las causas "Rieffolo Basilotta"⁹ y "Jasso"¹⁰.

Si bien a partir de la causa "Ramos"¹¹ se produjo una importante y valorable modificación del criterio del Alto Tribunal respecto de los derechos de los contratados al que nos referiremos más adelante, esta conclusión referente a la improcedencia del reconocimiento de estabilidad, no ha sido abandonada.

En el considerando 8º de este precedente se reitera la postura antes destacada en cuanto a que el mero transcurso del tiempo no puede modificar una situación irregular, y que no puede sostenerse un derecho a la reincorporación en el cargo, ya que esa conclusión vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (artículos 75, inciso 8º de nuestra Carta Magna y 29 de la ley 24.156).

III- Exigencia de motivación de la decisión de no prorrogar el vínculo o extinguirlo anticipadamente.

No obstante la consolidada línea jurisprudencial abordada en el acápite anterior en cuanto a la falta de estabilidad del contratado y el consecuente reconocimiento de la potestad de la Administración de interrumpir el vínculo unilateralmente, ya sea no disponiendo su prórroga al vencimiento del plazo estipulado, o aun rescindiéndolo antes de su vencimiento, creemos que esta potestad de la Administración no debe considerarse exenta de la exigencia ineludible que alcanza a todo el actuar administrativo, en cuanto a motivar adecuadamente las decisiones que se adopten, aun cuando se trate del ejercicio de facultades discrecionales.

⁸ CSJN, "Gil, Carlos Rafael c/Universidad Tecnológica Nacional s/nulidad de acto adm.", del 28/2/1989, Fallos: 312:245.

⁹ CSJN, "Rieffolo Basilotta, Fausto s/ recurso de hecho", del 5/2/87, Fallos, 310:195.

¹⁰ CSJN, "Jasso, Ramon Enrique y Fragueiro Jose Maria s/ Amparo", del 30/06/1987, Fallos: 310:1390.

¹¹ CSJN, R. 354. XLIV., "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa - A.R.A.) s/ indemnización por despido", del 06/04/2010, Fallos: 333:311.

Ello es indudable si se parte de entender que la obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar el acto administrativo de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1º, C.N.) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público¹².

Amén de lo expuesto, en el orden nacional, esta es una exigencia que expresamente impone sin ninguna discriminación el art. 7 inc. e) de la Ley 19.549/72 de Procedimientos Administrativos para la validez de los actos administrativos.

No dejamos de tener en cuenta que la decisión de continuar o no con el vínculo contractual es una facultad de valoración discrecional, pero ello no obsta esta postura, ya que la jurisprudencia, lejos de excluir la obligación o relativizar en este recaudo, sostiene que el ejercicio potestades discrecionales impone una observancia más estricta de la debida motivación¹³.

Esta necesidad de motivación deriva de que los jueces deben contar con los datos indispensables para ejercer el control de la legalidad y razonabilidad de los actos discrecionales¹⁴.

En la causa "Schnaiderman"¹⁵ la Corte Suprema, si bien en el contexto de un planteo distinto, estableció un principio que entendemos es plenamente aplicable a cualquier materia, incluso a la extinción del vínculo del personal "contratado"¹⁶. Allí se determinó que en la decisión de cancelación de una designación en planta permanente dentro del período de prueba -en el cual, al igual que en el caso de los contratados, no hay estabilidad-, si bien se trata de una facultad discrecional, se debe invocar los fundamentos que tornen razonable la revocación del nombramiento efectuado, ya que de otro modo carecería de uno de sus requisitos esenciales, como es el de motivación.

También en la causa "Silva Tamayo"¹⁷ la Corte Suprema destacó que "no bastaría para poner fin anticipadamente a una designación, con alegar genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de

¹² SCJBA, causa B 62.241 "Zarlenga", del 27/12/2002, JA 2003-II-522, causa B 64.685, "Rodríguez", sent. de 22/8/2012, causa Q.72.700 "Marcó", del 6/8/2013, con cita de C.S.J.N., "Fallos", 315:2771, 2930; 319:1379; 320:1956, 2590; 321:174; 322:3066; 324:1860; Scarciglia, Roberto, "La motivazione dell Atto Amministrativo", Milano, 1999, ps. 53 y ss.; Fernando Pablo, Marcos M., "La motivación del acto administrativo", Madrid, 1993, ps. 36 y ss.; De Laubadère, A - Venezia, J.C. - Gaudemet, I., "Traité de Droit Administratif", 14e. Ed. París, 1996, t. I, p. 677 y ss.; Chapus, René, "Droit Administratif General" 9e. Ed., París 1995, t. I, ps. 1000 y ss.; Boquera Oliver, José María, "Estudios sobre el acto administrativo", 4ª ed., Madrid, 1986, p. 218; entre otros.

¹³ Fallos 324:1860.

¹⁴ Comadira, Julio Rodolfo, "Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada", con la colaboración de Laura Monti, 2002, La Ley, p. 202.

¹⁵ CSJN, S. 2488. XLI, "Schnaiderman, Ernesto Horacio c. Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación", del 08/04/2008, Fallos 331:735.

¹⁶ Bogut Salcedo, J. Esteban, "Los contratados en la actual jurisprudencia de la Corte o sobre la revisión de la tradicional doctrina convalidante de excesos", La Ley, Sup. Adm.2010 (agosto), 237.

¹⁷ CSJN, "Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN - Sindicatura General de la Nación - Resoluciones Nros. 58/03 459/03 s/ Empleo público", del 27/12/2011.

funcionarios, ni es correcto lo afirmado por el a quo en el sentido de que la motivación de aquella medida no requería que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, puesto que, por el contrario, habría que especificar cuál sería el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla la condición a la que se sujetó el nombramiento”

Si bien este precedente se refiere a una situación distinta, referida a la necesidad de que la Administración motive adecuadamente la decisión de poner fin anticipadamente a una designación transitoria que se había dispuesto hasta tanto se sustanciase el procedimiento reglado para cubrir el cargo, en tanto esa designación no tenía estabilidad, como también ocurre en el caso de los contratados, creemos que esta pauta es extensible a estas situaciones.

En suma, sostenemos que cuando la Administración decida no continuar con una contratación por tiempo determinado como es el caso de las del régimen aprobado por el Decreto 2345/08 -ya sea al vencimiento del plazo estipulado o rescindiéndola anticipadamente¹⁸-, como condición de legitimidad, deberá exponer los fundamentos que sostienen tal decisión.

Este modo de razonar se ve abonado también por las prescripciones de propio régimen en comentario, que prevé que para posibilitar la contratación, al solicitar la misma, la autoridad propiciante deberá informar, entre otras cuestiones, las razones que aconsejan la celebración del contrato¹⁹.

De tal modo, si para que la contratación fuese viable se debieron exponer los fundamentos que aconsejaban su celebración, para que legítimamente sea posible no continuarla, deberán de igual modo expresarse los fundamentos que en ese momento determinan el cambio de criterio de valoración, que hace que ya no sea aconsejable su mantener el vínculo.

La inexistencia o insuficiencia de motivación en la decisión de extinción del vínculo del personal contratado debiera configurar un dato a más a la hora de la evaluación judicial desarrollada a fin de controlar la concurrencia de la desviación de poder exigida para habilitar la protección contra el despido a través de una indemnización, según abordaremos en el punto siguiente.

Si la Administración no ha justificado debidamente las razones que determinan la posibilidad de encuadrar el vínculo y su desarrollo en un régimen de contratación transitorio y carente de estabilidad, así como los motivos que sustentan su extinción, deberá cargar con las consecuencias de su obrar, y corresponderá presumirse que existe una desviación de poder con el objeto de encubrir bajo una contratación aparentemente transitoria, una designación permanente, tal como exige la jurisprudencia vigente que seguidamente examinaremos para habilitar la protección contra el despido a través de una indemnización.

Cabe aclarar para dar por terminado este punto, que la potestad extintora que acabamos de abordar no se refiere a aquellos casos en que esta está sustentada en el incumplimiento de obligaciones por el contratado, supuesto al

¹⁸ En este caso la exigencia de motivación cobra aun mayor relevancia, ya que deberá explicarse de que manera el criterio de valoración de oportunidad que determino que la contratación era necesaria y debía realizarse por un determinado periodo, ha cambiado como para sostener la extinción del vínculo antes del transcurso del tiempo previsto.

¹⁹ Artículo 3º, inc. a) del Régimen de Contrataciones aprobado como Anexo I del Decreto 2345/08.

que nos referiremos más adelante, al abordar si esta modalidad de contratación esta alcanzada por la potestad disciplinaria de la Administración.

IV- Protección contra el despido arbitrario.

El reconocimiento de la protección contra el despido arbitrario en el caso del personal contratado por la Administración, es de reciente factura en la jurisprudencia de la Corte Suprema, y se ha plasmado en los precedentes que a continuación brevemente reseñamos. Esta línea jurisprudencial, entendemos es claramente aplicable a los contratos anudados al amparo del decreto 2345/08²⁰.

a) Causa "Ramos".

Si bien en la causa "Ramos", como precedentemente destacamos, se mantuvo el criterio jurisprudencial en cuanto a la improcedencia del reconocimiento de estabilidad a los contratados por tiempo determinado, en este precedente se produjo un avance sustancial en estas situaciones, ya que se reconoció en estos casos la protección constitucional contra el despido arbitrario.

El objeto de la demanda en esta causa consistía en la obtención de una indemnización por la ruptura del vínculo que había unido al actor con la Armada Argentina durante veintiún años de servicio, que en un principio había sido realizado como locación de obra y, posteriormente encuadrada en el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas, aprobado por decreto 4381/73, que autoriza a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión.

El Alto Tribunal consideró que el vínculo laboral que había mantenido el actor con el Estado Nacional por el lapso de veintiún años no podía válidamente ser encuadrado en el régimen de contratación aprobado por el decreto indicado.

En atención a que las tareas encomendadas al actor carecían de la transitoriedad que supone un régimen de excepción, y que la norma utilizada limitaba la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de tiempo que había sido ampliamente excedido, concluyó que el Estado había utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con el objetivo de encubrir una designación permanente, incurriendo por ende en una desviación de poder. Concluyó que el comportamiento del Estado Nacional había generado en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merecía la protección que el artículo 14 bis otorga al trabajador contra el despido arbitrario. Agregó que la demandada había incurrido en una conducta

²⁰ En esta postura, numerosos precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo han adoptado este línea jurisprudencial de la Corte y la han aplicado a contrataciones celebradas al amparo del Decreto 1184/01, que como antes indicamos es sustituido por el Decreto 2345/08. En este sentido, Sala IV Expte N° 31.185/06 Sent. Def. N° 95.377 del 29/4/2 011 « Marrochi, Adriana c/ Superintendencia de AFJP s/despido, Sala IV Expte. N° 19.714/2005 Sent. Def. N° 95.531 del 28/ 06/2011 "Pais Abrantes Antonio c/Consejo Nacional de Niñez Adolescencia y Familia s/despido", Sala IX Expte N° 10.706/07 Sent. Def. N° 17.121 del 30/6/2 011 « Di Salvo, Graciela Susana c/Estado Nacional Ministerio de Economía Coordinación de Entes liquidados s/despido", Sala V Expte N° 24.564/07 Sent. Def. N° 73.470 del 28/9/2 011 « Patalano, Claudia Alejandrina c/Registro Nacional de las Personas s/despido"

ilegítima, que generaba su responsabilidad y justificaba la procedencia del reclamo indemnizatorio.

A fin de determinar el importe de la reparación, y considerando que se trata de la reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, valoró que la solución debía buscarse en el ámbito del derecho público y administrativo. Ante falta de previsiones legislativas específicas, concluyó que debía acudir por analogía a la indemnización prevista por el artículo 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164).

b) La causa "Sánchez"²¹.

En la misma, la pretensión consistía en obtener una indemnización por la ruptura de la relación de empleo que unía al accionante con la Auditoría General de la Nación, donde había sido contratado sucesivamente durante ocho años, bajo el régimen del artículo 15 de la ley 24.447 y del decreto reglamentario 92/95, luego sustituido por el decreto 1184/2001, que como señalamos ha sido reemplazado por el régimen del Decreto 2345/08. La Corte Suprema —con disidencia de los ministros Fayt, Maqueda y Zaffaroni— rechazó la pretensión estimando que el hecho de que el actor realizara tareas típicas de la actividad de la Auditoría General de la Nación no resultaba suficiente, por sí solo, para demostrar la existencia de una desviación de poder para encubrir, mediante la renovación de sucesivos contratos a término, un vínculo de empleo permanente. En virtud de que la normativa que regía la contratación autorizaba a la AGN a contratar profesionales independientes para desempeñar tareas de planta permanente, se consideró que el tipo de tareas realizadas por los agentes contratados —en el caso, tareas de auditoría— no podía ser un indicador relevante para determinar si existía o no una relación de empleo permanente, y una aplicación desviada de las normas que habilitan la contratación de personal externo.

c) Causa "Cerigliano"²².

En este precedente en el que se aclaran y amplían las conclusiones antes abordadas en el fallo "Ramos", la demanda había sido iniciada a los fines de obtener el pago de una indemnización por despido sin causa y otros rubros previstos en la Ley de Contrato de Trabajo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por quien se había desempeñado durante siete años como operario, y había suscripto sucesivos contratos de locación de servicios, hasta que la demandada le negó la posibilidad de trabajar, dejándolo al margen de la protección contra el despido arbitrario. Frente a la situación descripta, el Alto Tribunal determinó la doctrina emanada del precedente "Ramos" era de indiscutible aplicación al caso y que "Quienes no se encuentran sometidos a la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto desempeñan tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración

²¹ CSJN, S. 2225, L. XLI, "Sánchez, Carlos Prospero c/ Auditoría General de la Nación s/despido", del 06/04/2010, Fallos: 333:335.

²² "Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- U. Polival. De Inspecciones ex Direc. Gral de Verif. y Control s/despido", del 19/4/2011, Fallos 334:398.

Pública nacional o local, gozan de la protección conferida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional”.

Destacó que el decreto 2138/2001 invocado en la causa, faculta a los funcionarios del GCBA a autorizar la contratación de personas bajo los regímenes de locación de servicios o de obra, y que si bien, por su extrema generalidad, podía ser idóneo para enmarcar relaciones de muy diversa índole, no parecía eficaz para enmarcar vínculos como los del accionante con la demandada, ajenos a la noción de transitoriedad, y aptos para generar razonables expectativas de permanencia.

También es de gran relevancia la aclaración en el sentido que lo decido en "Ramos" alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como el considerado en ese precedente, ya sea con la Administración Pública nacional, provincial o municipal.

d) Causa "González"²³.

De manera más reciente aun, la Corte Suprema decidió esta causa en la ratificó los lineamientos iniciados en "Ramos" y los precedentes reseñados que le siguieron, determinado su aplicación al ámbito provincial, tal como lo había señalado en "Cerigliano”.

En la causa, el Alto Tribunal revocó la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que había rechazado la demanda interpuesta, censurando la interpretación del Tribunal que había fundado su sentencia en que el art. 9 del Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires prevé que personal contratado tiene un vínculo sujeto a plazo cierto, restando importancia a la antigüedad del actor en el empleo (23 años), y admitiendo implícitamente que las categorías normativas de "personal permanente" y de "personal contratado", resultan indistintamente aplicables a las relaciones laborales que perduran en el tiempo, sin advertir que dicha finalidad no puede presumirse del Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, si se lo interpreta en armonía con lo dispuesto en' el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Expuso que "... las sucesivas continuas y renovaciones del contrato que vinculaba a las partes pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, y generar en González una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el arto 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el "despido arbitrario", (confr. "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional- Min. de Defensa - A.R.A.", Fallos: 333:311), corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada”.

Entendemos que la importancia de este fallo radica en poner el foco sobre la duración del contrato, y en exponer claramente que no sería compatible con el art. 14 bis de la Constitución Nacional la interpretación de una normativa que admita que se aplique la categoría "personal contratado" a relaciones laborales que perduran en el tiempo.

²³ G. 617. XLVI. RECURSO DE HECHO "González, Lorenzo Ramón cl Banco de la Provincia de Buenos Aires si demanda contencioso administrativa", del 8/10/2013.

e) Criterios que se extraen de los precedentes examinados.

Es claro que el fallo recaído en la causa "Ramos" significó un avance en la situación de los contratados al poner término a una clara situación de injusticia, en tanto que en la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema estos se veían excluidos tanto de la estabilidad como de toda protección contra el despido.

En esta serie de fallos se indica claramente que quienes desempeñan tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública nacional o local, gozan de la protección conferida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Esta afirmación conforma una premisa de gran importancia, pues el considerar que la protección contra el despido arbitrario es sólo aplicable al trabajo privado, frente al criterio que por otro lado sostiene el Tribunal en cuanto a que la estabilidad del empleado público no es predicable respecto del personal contratado, llevo a la consecuencia de que en la jurisprudencia tradicional, se excluyó a esta categoría de personal de los dos tipos de cobertura que brinda el art. 14 bis de la de la Constitución Nacional, poniéndolo en una situación de notoria injusticia y seria desprotección.

La importancia de esta doctrina jurisprudencial radica también en el impacto que ha producido en el derecho administrativo en distintos ámbitos, ya que ha sido seguida por tribunales inferiores en el ámbito federal y nacional²⁴, así como por tribunales provinciales²⁵.

No obstante es importante tener presente que la protección contra el despido arbitrario a través del reconocimiento de una indemnización, no abarca a todas las situaciones de interrupción de un contrato por tiempo determinado.

En todos estos fallos puede encontrarse una clara línea interpretativa en el sentido de que la protección contra el despido arbitrario será procedente cuando se configure y pruebe la desviación de poder, que es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, que debe enmarcarse en el ordenamiento jurídico dentro de una interpretación dinámica, realista y justa²⁶.

²⁴ C. NAC. CONT. ADM. FED., Sala 3ª, 3/2/11, "GOMEZ ORLANDO MARIO c/ EN – M° JUSTICIA - PFA s/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV Expte N° 31.185/06 Sent. Def. N° 95.377 del 29/4/2 011 « Marrochi, Adriana c/ Superintendencia de AFJP s/despido, Sala IV Expte. N° 19.714/2005 Sent. Def. N° 95.531 del 28/ 06/2011 "Pais Abrantes Antonio c/Consejo Nacional de Niñez Adolescencia y Familia s/despido", Sala IX Expte N° 10.706/07 Sent. Def. N° 17.121 del 30/6/2 011 « Di Salvo, Graciela Susana c/Estado Nacional Ministerio de Economía Coordinación de Entes liquidados s/despido", Sala V Expte N° 24.564/07 Sent. Def. N° 73.470 del 28/9/2 011 « Patalano, Claudia Alejandrina c/Registro Nacional de las Personas s/despido"

²⁵ SCJBA, causas B. 69.913, "Villafañe, Blas Galo contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", del 13/11/2012; B. 65.699, "Pace", sent. del 11-III-2013; B. 56.755, "Coronel", sent. del 22-V-2013, causa B. 66.336, "Riestra, Ricardo Alberto contra Municipalidad de La Plata. Demanda contencioso administrativa", del 9 de octubre de 2013, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II "Caballero, Sergio Ernesto c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", del 14/11/2011.

²⁶ Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo, 6ª ed. Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As. 1998, t.II, pag. 205.

La desviación de poder se configurara cuando se haya seguido un fin público distinto²⁷ al tenido en miras por las normas que autorizan esta modalidad contractual y, en palabras de la Corte, se demuestre que se han utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con el objetivo de encubrir una designación permanente.

A fin de valorar la existencia de desviación de poder en la utilización de estas figuras, el fallo "Ramos" señalan dos parámetros, el tiempo por el que se extendió el vínculo y la realización de tareas no caracterizadas por su transitoriedad sino propias del personal de planta permanente.

No obstante, en el caso "Sanchez" se relativizó la importancia de esta última pauta, al considerarse que el tipo de tareas realizadas por los agentes contratados no podía ser un indicador relevante para determinar si existía o no una relación de empleo permanente, y una aplicación desviada de las normas que habilitan la contratación de personal.

La postura de este fallo planteó el interrogante de si los efectos de "Ramos" podían extenderse a otros casos en donde no se verificara un tope normativo de tiempo para que la administración pública renovara los contratos²⁸.

Si embargo, entendemos que la Corte despejó este interrogante en el sentido afirmativo en las causas "Cerigliano" y "Gonzalez", en las que, más allá de la inexistencia en el régimen normativo aplicable de un límite temporal para la extensión de estos vínculos, expuso claramente que no sería compatible con el art. 14 bis de la Constitución Nacional la aplicación de la categoría "personal contratado" a relaciones laborales que perduran en el tiempo, ajenas a la noción de transitoriedad.

De tal modo, verificada la extensión del vínculo más allá de lo que razonablemente pueda entenderse como transitorio según las circunstancias de cada caso, deberá entenderse configurada la desviación de poder exigida para habilitar la protección contra el despido a través de una indemnización.

Creemos que tanto el tiempo de extensión del vínculo como la transitoriedad o no de las tareas desarrolladas, son importantes para examinar la presencia o no de una desviación de poder con el objeto de encubrir una designación permanente en una contratación anudada como transitoria. Para ello deberán analizarse la situación de hecho y el régimen normativo aplicable a cada caso, y realizar un balance ponderado de ambas circunstancias, y ante la verificación con notoria claridad de una de estas pautas, atenuar el rigor con que se mide la comprobación de la otra.

V- Fijación unilateral de la retribución. Exclusión del marco de negociaciones colectivas para la Administración Pública Nacional. Atraso en las retribuciones.

²⁷ Ivanega, Miriam M., "De nuevo sobre el personal contratado de la administración pública nacional", Sup. Const. 2010 (mayo), 05/05/2010, 33 - LA LEY 2010-C, 282.

²⁸ Buteler, Alfonso, "El derecho de los contratados a una indemnización", LA LEY, 14/04/2010, 3

Otra de las cuestiones que menoscaba la posición en la que se encuentran los contratados por el régimen del Decreto 2345/08, es la falta de adecuación periódica de sus remuneraciones.

Desde la sanción del decreto 2345/08 la escala de honorarios del régimen de contrataciones prevista en el ANEXO 2 del ANEXO I de la norma fue incrementada en dos oportunidades. Primero, por el Decreto 1318/11, del 30 de agosto de 2011, que luego de dos años de vigencia de la escala de honorarios anterior estableció un incremento del 54% en promedio para los distintos rangos y funciones previstos en la misma. Luego de un nuevo período de un año y ocho meses, el decreto 485/13 del 9 de mayo de 2013, estableció un nuevo incremento, esta vez de un 21% en promedio.

De lo relatado en el párrafo precedente se observan dos cuestiones negativas respecto de la utilización del régimen que venimos comentando, que se materializan en una marcada pérdida del valor y poder adquisitivo de la retribución de las contrataciones en cuestión, que se hace más evidente aun si se la compara con la situación de otros trabajadores del sector público.

Por un lado, en el caso de los contratados bajo el régimen del decreto 2345/08 debe destacarse que los periodos en que no se incrementó la remuneración se extendieron, en una primer término por dos años, y luego por un año y ocho meses, mientras que el personal bajo la ley marco de regulación de empleo público nacional, ya sea el del régimen de estabilidad, y aun el del régimen de contrataciones²⁹, obtienen que normalmente de manera anual su retribución sea ajustada en el contexto del régimen aplicable a las negociaciones colectivas entre la Administración Pública Nacional y sus empleados según el mecanismo establecido por la Ley N° 24.185.

Esta elongación de los periodos de ajuste de la remuneración, ya de por si produce un serio deterioro en la remuneración.

Pero además, por otro lado, los aumentos otorgados para los contratado bajo el régimen del decreto 2345/08 hasta el presente por los decretos indicados, alcanzaron solamente un total del 75% para todo el periodo transcurrido de casi cinco años y medio desde la sanción del decreto, mientras que los aumentos establecidos para los trabajadores del sector privado, y en particular en el marco de la negociación colectiva entre la Administración Pública Nacional y sus empleados han alcanzado en los últimos años sumas en el orden del 25% anual³⁰.

Estas circunstancias que apuntamos denotan un deterioro de las condiciones en que se desarrollan estas contrataciones, en un aspecto tan fundamental como es la remuneración por los servicios prestados.

²⁹ Art. 8 y 9 del Anexo de la ley 25.164. El personal del régimen de contrataciones comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente, de lo cual se desprende que las situaciones que justifican su contratación son similares a las del régimen del Decreto 2345/08.

³⁰ “Caída del salario real y crecimiento del conflicto en el sector público. Informe Anual 2013, Negociación Colectiva, Conflicto Laboral y Mercado de Trabajo”, Observatorio del Derecho Social CTA, Marzo 2014, http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CD4QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.obderechosocial.org.ar%2Fdocs%2FInforme_anual_rl_2013.pdf&ei=uHooU4COE8bAkQfvYIDgAg&usg=AFQjCNEq7iw19XP0lbaryHHsznDjCnItZg&bvm=bv.62922401,d.eW0

Estos datos facticos que resaltamos advierten sobre la inconveniencia de excluir a este régimen de contrataciones de los acuerdos de remuneraciones establecidos en el marco de la negociación colectiva para la Administración Nacional, a cuyo resultado debería atarse el ajuste de la escala de honorarios, o en su defecto preverse otros mecanismos de adecuación automática, que no dependan de la decisión política unilateral de otorgar estos aumentos.

VI- Carácter de las contrataciones comprendidas en el régimen.

Del Art. 64 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto Nº 11.672 (t.o. 2005) que autoriza el régimen que estamos comentando se desprende que el mismo podrá ser utilizado para celebrar contrataciones de servicios personales destinados a desarrollar estudios, proyectos y/o programas especiales. Además, que las contrataciones referidas no podrán realizarse con agentes pertenecientes a la planta permanente y no permanente de la ADMINISTRACION NACIONAL o con otras personas vinculadas laboral o contractualmente con la misma, excluidos los docentes e investigadores de las Universidades Nacionales.

El Decreto 2345/08 establece que el régimen que se aprueba será aplicable a contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios profesionales autónomos a título personal³¹, que sean necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos u o programas especiales y con término estimable que complementen la gestión de cada jurisdicción o entidad³².

Parecería evidente que este régimen no debería ser aplicable a aquellos casos en que el contratado está sujeto a una eventual relación de dependencia, confesada por las sucesivas prórrogas usualmente utilizadas, donde exista una subordinación jerárquica, cumplimiento de horario, etc., y especialmente cuando las tareas encomendadas sean las propias del organismo o jurisdicción³³.

Ante la comprobación de la violación del objeto para el cual este régimen está autorizado y su aplicación para anudar vínculos que no se compadecen con las características que la misma normativa establece, debiera concluirse que, de acuerdo con el estándar fijado por el Alto Tribunal en "Ramos", se ha utilizado esta figura jurídica autorizada legalmente para casos excepcionales, incurriendo en una desviación de poder, lo que habilitará la protección contra el despido a través de una indemnización, en los términos que analizáramos precedentemente.

VII- Ámbito de aplicación

El Art. 64 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto Nº 11.672 (t.o. 2005) señala que el régimen que se establezca a su amparo será de aplicación en el ámbito del Sector Publico Nacional, quedando excluido de la Ley de Contrato de Trabajo.

³¹ Artículo 2º del Decreto 2345/08.

³² Artículo 1º del Régimen de Contrataciones aprobado como Anexo I del Decreto 2345/08.

³³ García Pullés, Fernando Raúl, "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional", 2º ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pag. 136.

Debe entenderse que esta previsión se refiere al Sector Público Nacional descrito con amplitud en el art. 8 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156. Esto se ve también corroborado por el Art. 7 del Decreto 2345/08 que expresamente menciona esta norma al regular distintos aspectos del régimen de contrataciones que aprueba.

El Art. 8º indicado establece que el Sector Público Nacional está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social; b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado Nacional tenga control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado Nacional tenga el control de las decisiones; d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional.

Claramente, este régimen no es de aplicación en otros Poderes u Órganos del Estado como el Legislativo y el Judicial³⁴.

En cuanto a la aplicabilidad del Régimen de Contrataciones a las contrataciones celebradas en el marco de convenios para proyectos o programas de cooperación técnica con financiamiento externo, bilateral o multilateral y a los administrados por organismos internacionales, la Oficina Nacional de Empleo Público dependiente de la Secretaría de Gabinete y Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros concluyó que "... no corresponde para esta modalidad contractual la aplicación de las restricciones impuestas por el Artículo 7º del Anexo I al Decreto 2345/ 08. En tal sentido, se aclara que del citado régimen solo resultan aplicables al caso el artículo 5º del Decreto 2345/ 08 y los artículos 11 y 12 del Anexo I del Decreto 2345/ 08"³⁵.

VIII- Límites cuantitativos

El Art. 7 del Decreto 2345/08 la cantidad de contratos de locación de servicios prestados a título personal bajo ese régimen en cada jurisdicción y entidad comprendida en el artículo 8º de la Ley N° 24.156 y modificatorias, incluyendo las entidades bancarias oficiales, no podrá superar el quince por ciento (15%) de la cantidad de cargos de planta permanente que tuviera asignada dicha jurisdicción o entidad contratante.

En el mismo sentido el Art. 3 inc. g) del régimen aprobado como Anexo I determina que la solicitud de contratación deberá contener la certificación

³⁴ Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 5882/09, del 30/12/2009, Expediente N° 3133/09 – Biblioteca del Congreso de la Nación.

³⁵ Dictamen ONEP 2587/ 09, del 17/6/09.

extendida por el Director o equivalente del área de Personal que acredite que con la contratación propuesta no se superan los porcentajes establecidos en el artículo 7º.

IX- Competencias en la contratación.

Según el Art. 1 del régimen aprobado como Anexo I del Decreto están facultados para realizar las contrataciones previstas en el mismo el Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros, Secretarios de la Presidencia, el Jefe de la Casa Militar y los titulares de entidades descentralizadas y Fondos Fiduciarios nacionales. Los Ministros podrán delegar esta facultad en los Secretarios Ministeriales o en el funcionario de nivel político que ejerza la máxima responsabilidad sobre los servicios técnico-administrativos.

Las contrataciones que se realicen tendrán por objeto la prestación de servicios especializados técnicos o profesionales, debiendo observarse las prohibiciones establecidas en el tercer párrafo del artículo 64 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto Nº 11.672 (t.o. 2005).

Por otro lado, la competencia para solicitar o propiciar estas contrataciones corresponderá a órganos con jerarquía no inferior a Subsecretario o titular de entidad descentralizada, según el Art. 3 del régimen aprobado como Anexo I del Decreto.

Por otro lado, deben distinguirse estas competencias para celebrar la contratación y solicitarla, de competencia para aprobarla.

En este punto cobra aplicación el Decreto Nº 577/03, modificado por el Decreto Nº 485/13, que expresamente incluye en sus previsiones a los contratos de locación de servicios personales celebrados en virtud de lo dispuesto por el Decreto Nº 2345/08.

El Art. 1 de esta norma determina que toda contratación será aprobada por el JEFE DE GABINETE DE MINISTROS en aquellos supuestos en los que se pacte una retribución mensual u honorario equivalente superior a la suma de PESOS DOCE MIL (\$ 12.000.-).

A su vez, el Art. 2 establece que en aquellos supuestos en los cuales la retribución mensual o el honorario equivalente pactado fuera inferior a la suma consignada en el artículo anterior, o se propicien renovaciones o prórrogas de contrataciones, las mismas serán efectuadas por el Ministro, Secretario de la Presidencia de la Nación o Jefe de la Casa Militar, según corresponda. En el caso de los organismos descentralizados y demás entidades, dichas facultades serán ejercidas por el titular del Ministerio o Secretaría de la Presidencia de la Nación en cuya área desarrollen sus funciones dichos Entes. Al respecto, el Art. 3 aclara que lo establecido en el artículo 2 respecto de las renovaciones o prórrogas no resultará de aplicación en aquellos contratos en los cuales se modifique alguna de las condiciones pactadas en el contrato cuya renovación o prórroga se gestione. En tales casos, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 1.

Cuando se propicia aprobar la contratación de la misma persona bajo el mismo régimen contractual, en la misma unidad organizativa, función y rango, ello que

implica la renovación de su contrato, por lo que la aprobación de la respectiva renovación queda comprendida en el mencionado artículo 2º del Decreto N° 577/03³⁶.

X- Incompatibilidades

El Art. 64 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (t.o. 2005) establece que las contrataciones referidas no podrán realizarse con agentes pertenecientes a la planta permanente y no permanente de la Administración Nacional o con otras personas vinculadas laboral o contractualmente con la misma, excluidos los docentes e investigadores de las Universidades Nacionales

El Art. 1 del régimen aprobado como Anexo I, reitera que deberán observarse las prohibiciones establecidas en la norma indicada, y a tal efecto el Art. 11 exige que el titular de la Unidad de Personal de la jurisdicción o entidad contratante, deberá informar con carácter previo a la aprobación de los contratos, los datos de las personas respectivas a la Secretaria de Gabinete y Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, no pudiendo celebrarse contrato alguno sin la certificación que dicha Secretaría deberá emitir en el plazo de DOS (2) días hábiles de recibido el requerimiento, el cual deberá agregarse a la actuación respectiva, informando que el consultor propuesto no registra incompatibilidades ni rescisión con causa informada por parte de un organismo nacional. La norma agrega que las contrataciones efectuadas en violación a lo dispuesto resultarán nulas en los términos de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549, sin perjuicio del reconocimiento de las prestaciones cumplidas.

Asimismo, el Art. 12 del régimen requiere que dentro de los 5 días hábiles de aprobada cada contratación, las jurisdicciones y entidades contratantes deberán informar la misma Secretaria de Gabinete y Gestión Pública para su publicación en la página WEB correspondiente y asiento definitivo en el Registro Central de Personal Contratado. En caso de que la jurisdicción o entidad rescinda el contrato por incumplimiento u otra causa imputable al contratado deberá disponer en el mismo acto administrativo de rescisión que se informe de ello a la Secretaria indicada.

El Modelo de Contrato que como ANEXO 3 integra régimen de contrataciones en la cláusula 11 prevé que el contratado pondrá en conocimiento toda ocupación, empleo o actividad profesional pública o privada que haya ejercido o ejerza, aún encontrándose en goce de licencia de cualquier tipo, con el Estado Nacional, los Estados Provinciales, Municipales, Organismos Descentralizados y/u Organismos Internacionales, como así también los beneficios previsionales y de retiro que perciba, lo que se hará con los alcances de Declaración Jurada.

De resultar falsa esta declaración o si tales actividades resultan incompatibles a juicio de la contratante, esta podrá ésta rescindir el presente contrato, sin derecho a indemnización o compensación alguna a favor del contratado, reservándose el derecho de accionar legalmente, si de tal violación pudiera surgir un daño o perjuicio.

³⁶ Dictamen ONEP N° 28310/2011, del 21/7/2011.

XI- Exclusión de la potestad disciplinaria.

La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene un criterio de acuerdo al cual no corresponde aplicar a los contratados un régimen disciplinario cuando este no estuviera establecido en el régimen en que se encuadran. Ha indicado que la inaplicabilidad mencionada encuentra sustento en que cualquiera fuese la medida disciplinaria que se impusiere, habida cuenta de la inexistencia de norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica, resultaría violatoria del principio de legalidad de las penas consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional.³⁷

En este sentido, el régimen al que nos estamos refiriendo no prevé ningún tipo régimen disciplinario. No obstante, si se establece que la Administración podrá, en todo momento, rescindir el contrato notificando por escrito a la otra parte con treinta (30) días de anticipación, pero que en caso de incumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato por parte del contratado, la contratante podrá rescindirlo sin necesidad de notificarlo por anticipado³⁸

Se ha sostenido que la extensión del régimen disciplinario a los agentes contratados presenta beneficios evidentes, ya que la exclusión de la potestad correctiva no beneficia la mejora de la prestación del servicio³⁹.

Además, puede concluirse que la exclusión del sistema disciplinario debilita la posición del personal contratado, ya que podrá extinguírsele el vínculo sin el desarrollo de un sumario en el que se garantice su derecho de defensa y las demás garantías que le asisten al respecto.

Ello más aun frente a las previsiones de régimen en comentario que recién reseñamos que permiten a la Administración rescindir el contrato notificando por escrito con 30 días de anticipación, y aun sin necesidad de esta notificación en caso de incumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato por parte del contratado.

Este dispositivo normativo pone a disposición de la Administración la atribución de extinguir el contrato unilateralmente y sin dar oportunidad al contratado de ser oído previo a la adopción de una decisión de tamaña importancia para sus intereses.

Ello se exhibe claramente violatorio de la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549 que en su Art. 1º, inc. f) apartado 1º, prevé el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Pero más importante aún, la admisión de tal posibilidad sería evidentemente contraria el derecho a la tutela administrativa efectiva que ha que en los últimos años ha merecido reconocimiento expreso por el Máximo Tribunal⁴⁰, y

³⁷ Dictámenes 284:80 del 5/3/13, 267:632, 261:112, y 221:102.

³⁸ Clausula 8, del Contrato Tipo de Locación de Servicios obrante como Anexo 3 del Régimen de Contrataciones aprobado como ANEXO I del Decreto 2345/08.

³⁹ García Pullés, Fernando Raúl, "Régimen de Empleo Público...", ob.cit., pag. 313.

⁴⁰ CSJN, 14/10/04, A. 937. XXXVI. "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER C dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986". La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado la trascendencia del art. 18 de la Constitución Nacional "... y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía

que comprende, entre otros derechos el derecho a ser oído, que se traduce en la posibilidad de exponer las defensas y pretensiones en forma previa a que la Administración adopte un determinado curso de acción o se pronuncie sobre una cuestión que pueda afectar la esfera jurídica de una persona⁴¹.

XII- Conclusiones.

Con el presente trabajo creemos que hemos destacado las cuestiones más salientes del Régimen de contrataciones aprobado por el Decreto 2345/08.

Hemos visto que en la jurisprudencia reciente, aun sin reconocerse estabilidad en el cargo, ha habido avances en la tutela de estas situaciones, sobre todo en cuanto a la protección contra el despido arbitrario cuando se demostrase un abuso en el uso de estas figuras, caracterizadas por la transitoriedad, para encubrir una relación peramentemente que se prolonga en el tiempo.

No obstante, subsisten muchas cuestiones que generan una situación de vulnerabilidad en el personal sujeto a este régimen de contratación, y a otros similares sin estabilidad.

Entre ellas, la necesidad que se observe una debida motivación en las decisiones que se adoptan cuando se extingue una relación contractual, que no es cumplida en la práctica, y que es ineludible para permitir un control judicial de la razonabilidad de estas decisiones.

Además, la precariedad indicada tiene como aspecto saliente la fijación unilateral por la Administración de la política remuneratoria, la que no ha sido atendida con la regularidad y en la dimensión adecuadas.

Expusimos también que la exclusión de los contratados bajo esta modalidad y otras similares de todo régimen disciplinario, determina que en la práctica, el cese de vínculo sea adoptado por la Administración sin tramitar una instancia en la que se asegure el respeto del derecho a tutela administrativa efectiva.

Creemos que debiera revisarse las políticas de gobierno respecto de los contratados en virtud de este régimen, que emiten facturas a la Administración por sus servicios -corriendo por su cargo el cumplimiento de las obligaciones impositivas-, y que no cuentan con varios de los beneficios de una relación de dependencia declarada formalmente, tales como licencia anual y otro tipo de licencias, y cobertura de salud y de seguridad social.

constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)".

⁴¹ Perrino, Pablo E., "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en AAVV, "El derecho administrativo hoy, 16 años después", 1° ed., Buenos Aires, RAP, 2013, pag. 81.