

Capítulo XIII

AGENTES PÚBLICOS

1. *La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público*

Tradicionalmente se distinguían los conceptos de “funcionario público” y “empleado público” y para establecer la diferencia se desechaban criterios tales como el de la remuneración o su jerarquía administrativa (aunque por supuesto nadie llamaría *empleado público* al Ministro, salvo en sentido peyorativo, ni *funcionario* al ordenanza), para limitarse principalmente al siguiente: El funcionario *decide*, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado *ejecuta*, realiza comportamientos materiales para cumplir las decisiones de los funcionarios.¹

2. *Crítica conceptual*

Sin embargo, esa diferenciación fundada en el supuesto poder decisorio distaba mucho de tener sustento jurídico o real ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo en consecuencia ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. En efecto, el funcionario que se podría considerar de más jerarquía, o sea el propio Presidente de la República, no desempeña sus funciones sólo a través de órdenes o decisiones: también él

¹ En igual sentido GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), BONPLAND, VIVIANA y UGARTE, MARCELO L., colaboradores, *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 11, nota 1: “la futilidad de esta distinción que ha perjudicado el estudio de la materia durante años;” COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 74 y ss.; IVANEGA, MIRIAM MABEL, “Consideraciones acerca del empleo público (con especial referencia a la motivación laboral del empleado público),” *ED, SDA*, 31-V-01; § III; ILDARRAZ, BENIGNO, “Las nuevas modalidades en el ejercicio de la función pública,” en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VII; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, CA, 1996, 5ª ed., p. 385. Comp. BALLESTEROS, HORACIO AGUSTÍN, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y su vinculación con los delitos de acción pública,” en BASTONS, JORGE LUIS, (dir.), *Empleo público*, La Plata, LEP, 2006, pp. 439-74, esp. pp. 458-9; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 29; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 37.

realiza comportamientos materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, inaugurar una obra, etc. Lo mismo puede decirse de un empleado de poca jerarquía administrativa, p. ej. un ordenanza, quien cuando debe preparar el café que se le ha solicitado, no realiza una pura operación material, pues también debe lógicamente *decidir, en el ejercicio de su función*, qué taza habrá de emplear, si el café está suficientemente caliente, etc. En igual forma, un agente de policía actuaría como “funcionario” cuando dé la orden de detención a un sospechoso, cuando decide detener el tránsito o darle paso; pero luego actuaría como “empleado” cuando deba trasladar el preso a Tribunales, o llevar un expediente a otra oficina, etc. Ningún agente tendría así la calidad exclusiva de “funcionario” o “empleado;” todos serían al mismo tiempo, o alternativamente, tanto lo uno como lo otro. La distinción carece pues de sustento real, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado sino, a lo sumo, distintos tipos de actuación de ellos, que tampoco son jurídicamente interesantes de diferenciar. Nada impide que usemos los términos en el lenguaje ordinario como nos plazca: Sólo debemos saber que no tiene proyecciones jurídicas, ni intentar otorgárselas.

3. Continuación. Crítica legal

La distinción tampoco se ajusta al derecho positivo, en la Constitución, el derecho supranacional e internacional contra la corrupción, en la Convención Interamericana contra la Corrupción,² la igual convención de la ONU y el tratado internacional contra el cohecho transnacional. La misma solución se encuentra en el Código Civil, en el Código Penal y en la ley marco de la regulación del empleo público nacional y en el derecho administrativo internacional.³ El tema es tan categórico que dudamos ya de la necesidad de seguirlo ejemplificando como todavía lo hacemos en esta 10ª ed., pues la doctrina ya lo ha aceptado, no sin aclarar que ella “ha perjudicado el estudio de la materia durante años”⁴ y que cada tanto aparezca algún autor que intente renovar la discusión, como en tantos otros temas que uno consideraría superados.

3.1. El Código Civil establece en su art. 1112 que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son

² Que autoriza la jurisdicción extranjera sobre los hechos cometidos en el país. Ver nuestro art. “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en *ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, VIII Encuentro de Asesores Letrados, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

³ La base de datos del tribunal más antiguo y con mayor cantidad de entidades sometidas voluntariamente a su jurisdicción es *triblex*, de la OIT, que se encuentra en el sitio <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/index.htm> Las referencias que haremos más adelante pueden todas buscarse en dicha base de datos, de constante actualización y perfeccionamiento técnico.

⁴ GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p.11, nota 1.

comprendidos en las disposiciones de este Título” y agrega en la nota: “De los jueces y oficiales del Ministerio Público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado.” Como se advierte, mientras el art. utiliza el término “funcionario,” la nota habla de los demás “empleados,” aplicando también a ellos la disposición del art., con lo que en la aplicación de la responsabilidad civil no se hace distinción alguna entre funcionario y empleado.⁵

3.2. Según el art. 77 del Código Penal “Por los términos «funcionario público» y «empleado público» usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.”⁶ Como se advierte, la expresión tiene aquí un significado y extensión sumamente amplio, que excede con mucho a quienes integran los cuadros de la administración pública. El art. 268, inc. 2, se refiere a “un cargo o empleo público.”

3.3. La Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759)⁷ se refiere genéricamente a “los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (art. II.2), lo cual es también claramente amplio. Más aun, el art. I define en forma equivalente su aplicación a “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades” y aclara que se incluye la función pública “temporal o permanente, remunerada u honoraria.” Igual definición amplia de funcionario público encontramos en la ley 25.319, convención internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero. En ambos casos, la latitud del concepto en estos tratados se emparenta con la que a su vez brinda el Código Penal.

3.4. En materia de normas de derecho administrativo nacional referido a la función pública la cuestión se vuelto compleja en el aspecto normativo, pues se ha entronizado también una aplicación del derecho laboral.⁸ El así llamado

⁵ BIELSA, *La función pública*, Buenos Aires, 1960, p. 35; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 275.

⁶ La “doctrina” de CNCRIM. Y CORREC., Sala III, *Craba*, año 1989, LL, 1990-C, 147 es confusa, pero ello no altera la claridad y vigencia de la norma legal.

⁷ Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” LL, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” JA, número especial de derecho administrativo del 20-12-2001; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” *op. loc. cit.*; CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, con nuestro prólogo; MANFRONI, CARLOS A., y WERKSMAN, RICHARD, *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada. Medidas preventivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

⁸ Cuyos matices son, por cierto, cambiantes y complejos, más con la existencia ahora de jurisprudencia también de los tribunales laborales. Para el régimen normativo y jurisprudencial pormenorizado ver en especial GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*

“Régimen Jurídico Básico de la Función Pública,”⁹ aplicable residualmente¹⁰ a la administración pública nacional, dispuso en su art. 1º lo mismo que luego recoge su norma derogatoria, la ley 25.164,¹¹ en el art. 3º de su Anexo, que comprende a las personas que habiendo sido “designadas conforme lo previsto en la presente ley, prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados.”¹² Con igual criterio todo el resto del articulado de ambos cuerpos normativos se refiere a las expresiones “el personal,” “agente,” “trabajadores,” “empleo público,” “servicio civil,” etc., evitando hacer distinción entre supuestos funcionarios y empleados.¹³

3.5. La Constitución de 1853/60 decía que el Presidente y Vicepresidente de la Nación “duran en sus *empleos* el término de seis años;”¹⁴ la actual habla en tal párrafo de *funciones*, sin perjuicio de haberse reducido en el art. 90 el término del mandato a 4 años; las otras normas constitucionales mantienen la sinonimia.¹⁵ Igual solución encontramos en el art. 92. En la Constitución, pues, no hay distingo alguno.

3.6. Además, la Constitución de 1994 unifica en el art. 36 la responsabilidad política con algunos tipos de responsabilidad penal, con lo cual se remite nuevamente al concepto *penal* amplio y sin distinciones. Cabe recordar en tal sentido que el código penal invierte la carga de la prueba en materia de enriquecimiento ilícito de los funcionarios o empleados públicos,¹⁶ entendido con criterio amplio:

⁹Decreto-ley 22.140/80. Ver al respecto, entre otros, BARÓ, DAISY L., *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982 y sus referencias.

¹⁰La ley 25.164 la deroga pero, contradictoriamente, dice en su art. 4º que continuará rigiendo “hasta que se firmen los convenios colectivos de trabajo [previstos en la ley 24.185], o se dicte un nuevo ordenamiento legal que reemplace al anterior.” Sólo el tiempo permitirá develar los misterios que provoca esta oscura norma legal.

¹¹Reglamentada por decr. 1421/02.

¹²La redacción transcripta es virtualmente idéntica a la del art.1º del anterior “Estatuto del Personal de la Administración Pública Nacional,” decreto-ley 6.666/57, derogado por el decreto-ley 22.140/80. En su momento, BIELSA intentaba hallar en ella una “vaga” distinción, *op. cit.*, p. 35 pero la disposición era ya clara en asimilar los conceptos; ver VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 276.

¹³DE VEDIA, AGUSTÍN, *Derechos constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1963, p. 452, destacaba que el decreto-ley 6.666/57 utilizó también una sola expresión, “agente,” sin distinguir entre funcionario y empleado; el decreto-ley 22.140/80 se refirió de igual modo genérico al “personal.” En igual sentido CSJN, *Fallos*, 311-1: 216, *Romeo*, 1988.

¹⁴DE VEDIA, *op. cit.*, p. 452; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, pp. 272-4. Comp. SANGUINETTI, HORACIO, “Nota sobre el régimen constitucional para designar funcionarios y empleados,” *LL*, 122: 1144, quien intenta encontrar una distinción constitucional en este asunto.

¹⁵Recuerda así DROMI, *op. cit.*, los arts. 36, “empleos” y “función,” 105 y 110, “empleos.”

¹⁶Art. 268, inc. 2º, del Código Penal de la Nación: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua.” La norma es censurable por lo extremadamente benigna, en atención que la Convención Interamericana vincula este delito con el del lavado de dinero, el narcotráfico, la corrupción en general y el terrorismo, todos ellos delitos que van en camino de convertirse en delitos de lesa humanidad. Ver también CABALLERO, JOSÉ SEVERO, “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos. (Después de la reforma constitucional de 1994),” *LL*, 1997-A, 793; MORELLO, AUGUSTO M., “El derecho a probar; su perfil constitucional,” *ED*, 159: 259.

“cargo o empleo público,”¹⁷ lo cual es coherente con la norma interamericana contra la corrupción, antes citada.¹⁸

3.7. En suma, el derecho positivo argentino y supranacional no hacen diferenciación entre “funcionarios” y “empleados;” por el contrario establecen que todos los agentes de la administración tienen a estos efectos la misma calificación jurídica. Si ello es así y si además la distinción carece de base real, siendo su único sustento el uso vulgar que le asigna el nombre de “funcionario” a los agentes de mayor jerarquía presupuestaria y de “empleado” a los de menor jerarquía, ninguna razón de índole jurídica justifica mantenerla en derecho administrativo: debe por lo tanto eliminársela del uso técnico, sin perjuicio de que cualquiera puede si quiere continuar con el uso social, el que seguramente se mantendrá.

En igual sentido se ha pronunciado ya la jurisprudencia, sosteniendo que el término “funcionario público” empleado en la ley de aduana a los fines de considerar calificado el contrabando, debe interpretarse con alcance amplio, comprensivo también de los que pudieran ser considerados “simples empleados”¹⁹ y que por lo tanto también un guincherero, p. ej., reviste el carácter de funcionario público a los efectos de la ley.²⁰ En general, el uso jurisprudencial es correctamente promiscuo en utilizar indistintamente una u otra expresión.²¹

4. *El personal regido parcialmente por el derecho privado; o laboral*

Debe así entenderse que, dentro de los agentes de la administración, no existe distinción entre “*funcionarios públicos*” y “*empleados públicos*,” que todos los que están sometidos al del derecho público están bajo un mismo concepto.²²

Ello no excluye que puedan encontrarse casos de personas que trabajan para la administración pública no en relación de derecho público, sino de derecho

¹⁷ Lo cual incluye también a los funcionarios *ad honorem* que tratamos *infra*, § 6.4.2.2.

¹⁸ La norma no ha resultado eficaz. Muchos de los funcionarios o ex funcionarios corruptos tienen auditados por una consultora de nivel internacional todos los años de su actividad económica, pública y privada. Demás está decir que tales informes contables señalan la licitud y congruencia de los datos indicados en el dictamen. Aunque ello sea inexacto, procura destruir la inversión de la carga de la prueba y volverla a depositar, nuevamente, en la instrucción penal.

¹⁹ CÁMARA FEDERAL CAPITAL, SALA PENAL, *DJ*, 10-IV-1964, p. 335, *Luna*, refiriéndose al art.189.

²⁰ CÁMARA FEDERAL CAPITAL, SALA PENAL, *DJ*, 10-IV-1964, p. 335, *Franci*.

²¹ Ver CSJN, *Fallos*, 249: 140, *Silva*, 1961; 251: 497, *Llorente*, 1961; 258: 41, *Díaz*, 1964; 254: 88, *Paz*, 1962.

²² La solución es uniforme. Así CNFED. CA, SALA II, *Mayol*, 1994, *LL*, 1995-E, 500: “La relación de empleo público está sujeta a una normativa específica, diferente a la ley de contrato de trabajo que expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los empleados públicos.” CNTRAB., SALA 1^a, *Balado*, 1993, *JA*, 1994-III, 453: “Los dependientes de la administración Pública Nacional, provincial o municipal están comprendidos dentro del régimen jurídico del derecho administrativo, salvo las excepciones contempladas por el art. 2° inc. a) de la ley de contrato de trabajo, al requerir que «por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo.»” PTN, *Dictámenes*, 200: 63; CSJN, *Chedid*, año 1997, *LL*, 1998-B, 327: “El principio general aplicable a la relación que media entre el personal de la Administración Pública y el Estado, es que la misma está regida por las normas del derecho público —constitucionales y administrativas— y no por las del derecho privado —laboral o no laboral—.”

privado o incluso de derecho laboral, cuyo número parece ser creciente por la aplicación legal de convenios colectivos de trabajo.

4.1. *Personal obrero en las empresas del Estado. Convenciones colectivas de trabajo*

Tal es el caso de los obreros y empleados de inferior jerarquía de las empresas del Estado, que de acuerdo con la jurisprudencia se consideran sometidos al derecho privado en sus relaciones con aquéllas.²³ Si bien en este caso la jurisprudencia les reconoce un régimen distinto a tales personas, que no cumplen funciones de “dirección, gobierno o conducción ejecutiva,”²⁴ es de advertir que no los considera por ello “empleados públicos,” sino simplemente empleados regidos por el derecho privado.²⁵ Esa vieja definición jurisprudencial se ve reforzada en el caso del personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo, y en especial los que prestan servicios dentro de empresas públicas.

En cualquier caso, estén o no en empresas públicas, si están sometidas a convenciones colectivas de trabajo de acuerdo al art. 3º *in fine* del anexo a la ley 25.164, se encuentran por igual fuera del ámbito de aplicación del régimen de empleo público, sin perjuicio que pueda haber en algunos casos aplicación analógica de otras normas.²⁶

Dado que el derecho laboral tiene una actitud tuitiva hacia la parte más débil de la relación de trabajo, y que a la inversa el derecho administrativo tradicional tiende más a preservar el poder de la administración aún en detrimento del trabajador público, lo consideramos un avance legislativo de importancia, aunque cabe advertir que resta mucho camino por recorrer, por la gran diversidad de criterios que aparecen en los fallos, ante la multiplicidad de normas y la intervención de jueces de distintas jurisdicciones, o sea la administrativa y la laboral, lo que lógicamente produce pronunciamientos no necesariamente coincidentes.²⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reaccionado vigorosamente contra algunos de los aspectos más censurables del viejo régimen de empleo público, en materia de estabilidad, por lo que todavía puede esperarse mayor evolución. Pero nos parece que los convenios colectivos de trabajo, una vez

²³ CSJN, *Fallos*, 244: 196, *Etcheverry*, 1959; 247: 363, *Benedetti*, 1960; CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO, EN PLENO, *LL*, 104: 618, *Imperiali*, 1961, *DT*, 1963, p. 598; PTN, *Dictámenes*, 89: 245; 90: 1.

²⁴ CSJN, fallo citado, p. 197. La misma solución es recogida en el art.2º, inc. g) del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, que excluye de su régimen a “Los miembros integrantes de los cuerpos colegiados, las autoridades superiores de las entidades jurídicamente descentralizadas.” En la ley 25.164 la misma regla se introduce en el art. 3º *in fine* del anexo, al establecer que cuando el personal esté regido por la ley de contrato de trabajo, no se aplicará sino ese régimen normativo. Ello no excluye, con todo, que se les apliquen las normas de derecho público de los tratados internacionales mentados en el § 3.3 y en la ley de ética pública.

²⁵ Cámara Nacional de Trabajo, Sala I, *LL*, 115: 393, *López de Valdueza*, 1963; CSJN, *Fallos*, 244: 196, *Etcheverry*, 1959; 247: 363, *Benedetti*, 1960.

²⁶ Ver GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p. 26.

²⁷ Ver y ampliar en GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, pp. 18/9, 24/5, 26 y ss.

admitidos en la administración pública, difícilmente puedan permitir una vuelta atrás en esta materia. Es posible censurar la aplicación de convenios colectivos de trabajo a la administración pública, con la consiguiente admisión del derecho de huelga, p. ej., pero una vez dado el paso no pareciera tener retorno. Queda por delante entonces la nueva construcción de un régimen laboral dentro de la administración pública.

4.2. *El personal contratado de la administración pública*

4.2.1. *El personal contratado por el derecho privado*

En igual situación compleja puede encontrarse el personal “contratado,” en el sentido que no es de planta o de carrera, y está vinculado por un contrato que se define expresamente como de naturaleza temporal. Todos los que se desempeñen dentro de la administración lo hacen en virtud de una relación contractual ya que es necesario que su voluntad concorra;²⁸ pero en la práctica se denomina “personal contratado” a los agentes que trabajan para la administración pública no desde cargos o funciones permanentes, sino a través de convenios de plazo limitado (uno o dos años), que no los incorporan a la carrera administrativa ni les otorgan estabilidad en sus empleos.²⁹ Pero a su vez el personal contratado puede encontrarse bajo un régimen de derecho público o de derecho privado.

La Procuración del Tesoro de la Nación entendía que “Un personal contratado puede encontrarse en dos *status* diferentes. En un caso, revisten como incorporados a los cuadros de la administración invistiendo una verdadera condición de funcionarios o empleados públicos y, en el otro aunque llamados a colaborar en la prestación de un servicio público mediante el contrato, no se les atribuye aquella condición. Resulta evidente que los contratados de la primera categoría [...] se hallan equiparados en un todo al resto del personal administrativo.”³⁰ No ha sido fácil hallar la línea divisoria entre los contratados que revestirían la calidad de funcionarios o empleados públicos pero no de carrera ni con estabilidad, y aquellos que estarían sometidos al derecho privado.

Entre los criterios para distinguir si el personal no de carrera sino contratado se rige por el derecho público o por el derecho privado, se ha considerado el que

²⁸ Esta opinión es hoy pacífica, aunque ha registrado diversas opiniones en el pasado, que pueden consultarse más ampliamente en GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, pp. 18-25.

²⁹ En este sentido el dec. 2.345/08 sustituyó el régimen de contrataciones reglamentario del art. 64 de la ley 11.672, t.o. 2005, facultando al Jefe de Gabinete de Ministros, a los Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, al Jefe de la Casa Militar y a los titulares de Entidades Descentralizadas y Fondos Fiduciarios nacionales, a contratar o solicitar la contratación de personas, según sea el caso, para la prestación de servicios profesionales autónomos 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 entidad. Esto no excluye la contratación de profesionales en forma directa en razón de su especialidad, cuando así corresponda de acuerdo a la calidad del co-contratante, conforme al régimen general de contrataciones del Estado.

³⁰ PTN, *Dictámenes*, 58: 305; 76: 202; 83: 226.

no haya sometimiento a horario,³¹ o los honorarios se paguen de acuerdo con el arancel pertinente,³² solución que puede ser de aplicación cuando se contratan los servicios de un profesional. Nada impide tampoco, a nuestro juicio, que la administración contrate servicios profesionales sin un convenio expreso, a la sólo presentación de facturas.

Suele ser decisivo en estos casos, entonces, que el profesional facture conforme a las normas de la AFIP para profesionales autónomos, sea como monotribusta o como inscripto en IVA según su condición fiscal, que además esté regularmente inscripto en la respectiva caja, etc.³³

En algún caso se ha dicho que la existencia de subordinación jerárquica en el contrato lo asimilaba al derecho público,³⁴ solución errónea si se tiene en cuenta que también en el contrato de locación de servicios del derecho privado existe un vínculo de dependencia entre el empleador y el empleado. En suma, se trata de una cuestión difícil de resolver en la práctica y las más de las veces será necesario prestar atención a la calificación o al régimen que la propia administración haya dado al contrato.³⁵

En el caso *Leroux*³⁶ la Corte Suprema de Justicia dispuso la prevalencia de las normas de derecho público salvo que existiera un acto expreso que incluyera al trabajador contratado en las disposiciones laborales de derecho privado: “Frente a la existencia de un régimen específico que reglamenta los derechos de los dependientes [...] y a la disposición del art. 2 inc a) de la LCT, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común.”

Posteriormente, la jurisprudencia laboral modificó la aplicación de dicho precedente a la incidencia del antecedente *Leroux* respecto de la estabilidad del

³¹ O, como también se ha dicho, “sin horarios, oficinas, jerarquía:” CSJN, *Fallos*, 308-1: 1291, *Ruiz*, 1986.

³² PTN, *Dictámenes*, 58: 193.

³³ Que a su vez puede ser no solamente el Estado en el sistema de reparto, al haberse suprimido las AFJP, sino también los colegios profesionales provinciales, cuyo régimen de jubilación es autónomo y diferente del nacional. Por supuesto, quienes están en estos regímenes los prefieren al de la administración central, pues tienen más control sobre los fondos dado el carácter asociativo de los colegios, y en todo caso otra solución importaría una doble imposición inconstitucional.

³⁴ PTN, *Dictámenes*, 91: 274.

³⁵ P. ej., puede ser ilustrativo si se ha decidido que los aportes jubilatorios ingresan a la Caja del Personal del Estado, o a la de Comercio, etc.; en el primer caso se refuerza la solución de que existe una relación de empleo público, en el segundo, que se trata de una relación de empleo privado. CSJN, *Fallos*, 308-1: 1291, *Ruiz*, 1986: “Es preciso distinguir [...] aquellos supuestos en que el Estado contrata los servicios de personas para funciones no previstas en el cuadro de la Administración, ni en el presupuesto, sin horarios, oficinas, jerarquía ni sueldo, supuestos éstos que se rigen por el derecho común.” La principal consecuencia de esto es excluir la aplicación del régimen de incompatibilidades de los agentes públicos.

³⁶ *Fallos*, 314:376, año 1991.

agente.³⁷ Asimismo y en fallos más recientes se resolvió a favor del encuadramiento del agente en el marco del derecho privado y apartándose del precedente *Leroux* en un supuesto en el que se consideró que la utilización del contrato de pasantía era fraudulenta, *in re Bertachini*.³⁸ En este último supuesto dijo el tribunal laboral que “Resulta manifiestamente irrazonable dejar sin protección alguna a quien prestó servicios dependientes para la administración pública en forma ininterrumpida en cumplimiento de funciones propias y permanentes de esta última, bajo el ropaje fraudulento de supuestas pasantías, sin encuadramiento en el régimen jurídico de empleo público, ya sea permanente o transitorio, ni inclusión expresa en la LCT o en el régimen de convenciones colectivas de trabajo. En este cuadro de situación, el trabajador afectado queda al margen de la estabilidad del empleado público, y tampoco goza de la protección contra el despido arbitrario. De ahí que resulta justo, prudente y razonable aplicar análogicamente las normas que reglamentan e modo menos intenso la protección constitucional contra el despido arbitrario y reconocerle las indemnizaciones similares a las que percibiría un trabajador regido por la LCT en caso de despido incausado o intempestivo.”

Adviértase el énfasis en el despido incausado o intempestivo, lo que no ocurriría si el cese de la relación se produjera solamente por vencimiento del plazo, sin existir circunstancias que permitieran inferir arbitrariedad, desviación de poder, etc., de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales.³⁹

4.2.2. *Los representantes del sector privado en cuerpos colegiados de la administración pública.*

Mención aparte merece el caso de los particulares llamados a integrar cuerpos colegiados en representación del sector privado: Aunque esa función sea remunerada, a nuestro juicio no existe otro vínculo que el que determina el derecho político de los cuerpos parlamentarios. No son agentes públicos ni

³⁷ CNAT SALA X, expte n° 18025/02, sent. 13612, 12-V-05, *Bertachini*: “En el precedente *Leroux* [...] [*Fallos*, 314:376, año 1991] la CSJN sentó la conclusión de que frente a un régimen jurídico que reglamenta los derechos de los dependientes y la disposición del art. 2, inc a) LCT, no resulta admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común, excepto que resultara evidente la voluntad estatal de incluir a los empleados en el sistema de la LCT. Sin embargo, ante las modificaciones que sufriera en su integración el Alto Tribunal, con miembros que no se han pronunciado —ni en ese precedente ni en otros posteriores similares— sobre el punto, cabe dejar sentada, ahora sí, la tesis contraria en función de lo que, eventualmente, pudiera surgir de un nuevo examen de la cuestión por parte del Tribunal Supremo en su actual composición. Por ello, si bien pudiera admitirse en términos generales la señalada doctrina, ello no es así en los supuestos como el de autos, en que por aplicación de dichos principios, se pretende excluir de los beneficios de la estabilidad en el empleo a quien no es otra cosa que un trabajador, mediante el simple expediente de acudir a la figura del «contratado».” Ver *infra*, § 10, “La estabilidad del empleado público.”

³⁸ CNAT SALA V, expte n° 34595/02, sent. 68377, 28-IV-06, *González Dego*.

³⁹ Estamos aquí ante principios generales del derecho. Es parte de la búsqueda de unificación de soluciones que señala GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p. 26.

personal contratado de la administración. Por ello no se les aplica el derecho administrativo sino en todo caso por analogía el derecho parlamentario, pero sí tienen la responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

4.2.3. *El personal contratado por el derecho público*

Las normas antiguamente propiciadas por el ex Tribunal de Cuentas de la Nación y receptadas normativamente por el Poder Ejecutivo, hacen indispensable contar previamente a la contratación con la respectiva planta de personal temporario, en la cual será inevitable a su vez tener la descripción de las categorías escalafonarias disponibles, a los efectos de la equiparación. La práctica administrativa hace entonces que el contratado vea su remuneración fijada por asimilación a los niveles y grados de la planta permanente, con lo cual su inclusión dentro del régimen de la función pública queda clara.⁴⁰

En cambio, si el sistema de pago es por factura profesional y no por recibo de sueldo, el régimen es privado, tal como lo hemos señalado anteriormente, junto a otros datos como la carencia de horario, oficina, etc., de acuerdo al caso *Ruiz*.

Esa inclusión, desde luego, es efectuada dentro de las obvias limitaciones que el propio régimen establece: En particular, que el contratado carece del derecho a la estabilidad más allá del propio límite temporal de su contrato y que carece consecuentemente del derecho al ascenso, la carrera, etc. Incluso el derecho a la estabilidad está muy cercenado en la práctica, pues el contrato prevé una cláusula de rescisión a favor de la administración pública, sin indemnización. Ello lleva a normas en las cuales ambas partes se reservan el derecho de dar por terminado el contrato, con o sin anticipación o aviso previo y en todos los casos sin derecho a indemnización alguna salvo el resto del propio mes en el cual se produce la rescisión.

Esta modalidad de contratación como agente público y no como personal de derecho privado, constituye la práctica dominante; ello es congruente con lo que explicamos en el cap. VIII, § 3 y 4, respecto a la evolución de la aplicación del derecho privado a la administración pública.

En el derecho administrativo de los organismos internacionales se reconoce de antaño una suerte de expectativa de derechos, en ciertos casos, que daría lugar a una indemnización limitada. No es el caso argentino.

4.2.4. *El personal transitorio o jornalizado*

En el régimen del decreto-ley 22.140/80 se distinguía entre el llamado “personal transitorio” (art. 14), anteriormente calificado como “jornalizado,” respecto del

⁴⁰ Parafraseando al art. 9º de la ley 25.164, el régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá 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..

cual la reglamentación: a) no exigía las mismas formalidades en el contrato-tipo previsto para el “personal contratado” y b) autorizaba a designar personal transitorio extranjero en aquellos lugares geográficos en que este tipo de mano de obra, generalmente migratoria, es cuantitativamente significativa. Salvo estas pequeñas diferencias de matices en cuanto a la manera de formalizar la relación contractual, no existe en verdad diferencia jurídica alguna entre ambos supuestos. La ley 25.164 no tiene en su anexo previsión al respecto.

4.3. *Observaciones comunes*

De lo hasta aquí tratado en materia de personas físicas “contratadas” bajo el régimen genérico de lo que en derecho privado se asimila a una locación de servicios, existen dos posibilidades básicas de encuadre normativo:

a) como contratado dentro del régimen jurídico general del servicio civil;

b) como contratado fuera de ese régimen de la función pública y sin estar sometido a un régimen determinado que no sea el del propio contrato o el decreto-ley de consultoría. A su vez, la afirmación de que este tipo de personas contratadas fuera del régimen de la función pública se encuentran regidos por el derecho privado, no debe ser tomada muy estrictamente, pues existen muchos aspectos de su relación que se encuentran sometidos al derecho público.

Así p. ej., cualquier acto que dicte la administración con respecto a estas personas, como su nombramiento o remoción, a pesar de referirse a una relación calificada como de “derecho privado,” constituye un acto administrativo que debe respetar todos los principios del derecho público en lo relativo a forma, competencia, procedimiento, objeto, etc., pudiendo ser impugnado por tales motivos aunque no se aparte de las normas del derecho privado que motivaron su dictado;⁴¹ con ello queda dicho que la relación entre el agente y el Estado no es nunca sólo de derecho privado, sino siempre, a lo sumo, mixta.

Por ello, la afirmación de que estos agentes se hallan regidos por el derecho privado se refiere más que nada a la no aplicación de principios propios del derecho público, tales como incompatibilidades, prohibiciones, etc. y a la aplicación de algunos principios del derecho privado, como ser una distinta estabilidad, reconocimiento del derecho de huelga, concertación de convenios colectivos de trabajo, etc. Como la ley 25.164 a su vez contempla convenios colectivos de tra-

⁴¹ PTN, *Dictámenes*, 20-7-1966. Así, la irrazonabilidad del acto por desproporcionalidad, que explicamos en las distintas eds. de *El acto administrativo*; últimamente, *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8.2, p. 15. Conf. MARIEHOFF, “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público,” *LL*, 1989-E, 963; COMADIRA, “El exceso de punición como vicio del acto administrativo,” en *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 73 y ss. Nos llama la atención que estos autores hayan enfatizado desde sus respectivos trabajos un principio que estuvo desde siempre en nuestra jurisprudencia de la CSJN y por cierto también en la doctrina nacional y comparada. No representaba novedad alguna en el derecho argentino. Lamentablemente no se encuentran ya entre nosotros para explicarlo con más detalle.

bajo dentro del régimen del servicio civil, las diferencias se achican aun más. En cualquier caso, el marco general de la relación, en lo relativo a los señalados aspectos de competencia, voluntad, objeto, forma, procedimiento, de los actos estatales referidos a dichos agentes, sigue siendo el del derecho público.

c) Una tercera alternativa es que la persona sea contratada fuera del mencionado régimen jurídico básico de la función pública, pero dentro específicamente del régimen del decreto-ley de consultoría, como veremos en el § 8.

5. Excepciones dentro del régimen de la función pública

En suma, salvo estos u otros casos de excepción, quienes se desempeñan en la administración pública, centralizada o descentralizada, tienen la calidad de funcionarios o empleados públicos y se rigen en consecuencia —en principio y salvo norma en contrario de los convenios colectivos de trabajo— por el derecho público. Ello no significa, sin embargo, que el régimen jurídico aplicable sea exactamente el mismo en todos los casos; por el contrario, existen muchas diferencias entre los distintos agentes de la administración, derivadas de que no todos ellos están comprendidos en el régimen básico general.

5.1. Por de pronto, dentro de los agentes del Estado hay que diferenciar al ya mencionado caso de los “contratados,” que incluso cuando se rigen por el derecho público tienen en su contrato un régimen de excepción que puede apartarlos de algunas de las normas generales,⁴² por lo cual el empleo de este sistema está limitado por normas positivas.⁴³

Desde luego, existen muchas dificultades prácticas para determinar cuándo nos encontramos ante supuestos de tal naturaleza. Si se toma la norma en forma absolutamente textual, no existiría en realidad tarea alguna que no pueda ser cumplida por el personal permanente de la administración; esa interpretación reduce la disposición al absurdo, pues implica que no tiene supuesto alguno de aplicación.

A su vez, llevada al otro extremo, en una administración donde con frecuencia se aplican regímenes de austeridad, racionalización, etc., que en la práctica igualan para abajo, reduciendo cada vez más los niveles superiores y especializados de la administración pública, resultaría fácil sostener que ninguna tarea más o menos especializada entra dentro de las que puede desempeñar el personal per-

⁴² “En efecto, el régimen denominado de «contrato» es uno de los medios previstos por el ordenamiento jurídico para ingresar a la función pública y su efecto fundamental es apartarse en su regulación de las normas generales que rigen el «contrato de empleo público», en cuanto éstas son derogadas por las cláusulas especiales del convenio,” PTN, *Dictámenes*, 94: 6.

⁴³ Anteriormente se expresaba el principio en el sentido de tareas que no fueran las habituales del organismo contratante; ver en tal sentido la ley 20.172, art. 8º, 2ª parte; PTN, *Dictámenes*, 91: 274. En la actualidad el art. 9º del anexo a la ley 25.164 dispone que se debe tratar 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.”

manente, sea por recargo de tareas, falta de especialización puntual en aquello de que se tratare; hasta falta de personal de apoyo mínimo para poder realizar funciones para las que se encuentra personalmente capacitado, pero para las cuales no está dotado de los medios materiales y humanos indispensables para su ejercicio. Así p. ej., conocimos el caso de una empresa estatal con más de diez mil agentes, en cuya administración general existían con antigüedad y razonable eficiencia una media docena de personas de secretaría, pero donde no había en cambio **una** buena y eficaz dactilógrafa.

Por supuesto que no proponemos el cuasi-absurdo de que hasta un operador de computadora pueda incorporarse en situaciones normales como personal contratado, pero de todos modos destacamos que el texto normativo no proporciona solución eficaz a la cuestión. Se trata en suma de una cuestión de hecho, a ser resuelta en cada caso concreto en base a la situación fáctica y a una razonable solución de ella. Así p. ej., en el mismo caso de operadores de PC que terminamos de mencionar, la contratación puede justificarse si se trata de organizar un congreso o seminario, publicar un libro, efectuar una versión bilingüe, etc.

5.2. También quedan excluidas de la aplicación del régimen en cuestión las personas que desempeñen funciones por elección popular; los Ministros, Subsecretarios de Estado y Secretarios de la Presidencia de la Nación y las personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente.

5.3. Tampoco están comprendidos el personal militar, el incluido en la ley de servicio exterior de la Nación, el personal de seguridad y defensa y el clero oficial.

5.4. Los miembros integrantes de los cuerpos colegiados que funcionan en la administración nacional y los que tienen un estatuto propio, como p.ej. el Estatuto del Docente, el Estatuto del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, etc.

5.5. El personal administrativo que se desempeña en el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

5.6. El personal que no presta servicios remunerados. Se comprenden aquí los “servicios personales obligatorios” o *cargas públicas*: presidir mesas electorales, deponer como testigo, participar en censos, etc. Si bien constituyen en sentido lato una función o empleo público, son en principio gratuitas,⁴⁴ sin perjuicio de que exista una compensación por gastos; no por ello les es de aplicación el sistema normativo del servicio civil.⁴⁵

⁴⁴ En virtud de esta característica y de su *obligatoriedad e impermutabilidad* (hay que cumplirlas personalmente, no las puede efectuar otro por uno ni son en principio redimibles por dinero) es que se exige también que sean *temporales, ciertas* y que respeten el principio de *igualdad*. Son los principios comunes a las cargas tributarias, que son un piso mínimo cuando las obligaciones que la ley crea van sobre la persona y no su patrimonio.

⁴⁵ Ampliar en GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, pp. 79-90.

6. El personal “ad honorem” y “honorario”

6.1. La solidaridad social y su encuadre jurídico

Acabamos de ver que en materia de cargas públicas obligatorias, de carácter personal, la situación es clara en cuanto a que están excluidos del régimen básico general. Su carácter obligatorio y no remunerado no ha provocado otras disquisiciones que la puntualización de la necesidad de ley y que ella sea razonable.

En cambio, ha dado lugar a dificultades interpretativas el caso de quienes prestan voluntariamente servicios no remunerados a la administración nacional. Han existido muchos casos excepcionales en que no era sino una forma de pretender disfrazar situaciones, dando un cierto carácter oficial o público a una persona que por diversas razones no podía estar vinculado al tema: Algunos han terminado procesados. Pero casi en el extremo opuesto aparecen múltiples casos, que reputamos mayoría, en que la colaboración se realiza desinteresadamente por vocación de servicio, solidaridad o simple deseo de contribuir al mejoramiento de la administración sin por ello hacer abandono de su modo de vida habitual, ni tener tampoco una relación censurable con el tema de que se ocupa, un interés contrapuesto al del Estado en el caso concreto, etc. Si la carga pública gratuita, legalmente obligatoria, es vista sin desfavor por la práctica administrativa. No cabe decir lo mismo de la eventual colaboración no retribuida del particular con la administración, en que existe una cierta resistencia hacia ella en la administración pública. Los casos delictivos mencionados dan razón a la suspicacia,⁴⁶ pero las colaboraciones mencionadas en segundo lugar requieren ser matizadas.

Y no se crea que nos encontramos ante una mera cuestión de disquisiciones doctrinarias de interés neutro. Muy al contrario, lo que aquí está en juego es por una parte la eficacia del sistema penal para reprimir la delincuencia desde o al lado del Estado; por la otra la flexibilidad con la cual la administración está preparada para admitir la participación de los administrados y ciudadanos en la administración pública, o cuántas trabas y dificultades aquella burocracia estatal está dispuesta a poner a dicha participación ciudadana.

Ésta es, siempre, el requisito básico de una administración moderna en una democracia que merezca el nombre de tal. Por ello es importante distinguir algunos de los supuestos que se han planteado hasta ahora en la práctica administrativa.

6.2. La inexistencia de designación

Hasta ahora no se han planteado problemas con aquéllos que colaboran de modo desinteresado *sin designación alguna*: ello no ha constituido en épocas normales motivo de preocupación para los organismos de control, porque advierten que

⁴⁶ Ello ocurre cuando el asesoramiento es provisto por alguien interesado en la cuestión que asesora.

se trata de supuestos de colaboración material, insusceptibles de modificar o alterar la organización burocrática.

Se trata, como es evidente, de las distintas formas de “voluntariado,” “meritorios,” “practicantes,” etc.; cambiando de categoría podrían ser los *lobbyistas*, influyentes, “operadores,” etc. De todos modos, adelanta algo de la naturaleza de la cuestión recordar que si no ha provocado debates jurídicos, sí los ha ocasionado políticos, respecto del tipo de tarea que algunos de estos grupos puedan estar realizando, a juicio de otros de signo político opuesto.

Es de interés señalar que en la actualidad, al desbordarse el sistema carcelario y experimentarse con nuevas formas de castigo, también ha comenzado a funcionar una forma de desempeño gratuito de tareas de colaboración bajo la forma de sanción penal, con la aquí denominada “*probation*,” en tal caso tampoco la relación jurídica es la del servicio civil y ni siquiera del derecho administrativo propiamente dicho, sino del derecho penal *stricto sensu*.

6.3. *La colaboración gratuita prestada a través de personas jurídicas*

Tampoco parecen haberse presentado problemas en los casos de servicios personales prestados no exactamente a título *individual*, sino como asociado, dependiente, mandatario, etc., de otra institución jurídica distinta: Cruz Roja Argentina, Ejército de Salvación, Caritas, *Greenpeace*, distintas Fundaciones o Asociaciones sin fines de lucro: Cooperadoras escolares, bomberos voluntarios, asociaciones de usuarios, de vecinos, de indígenas, de productores agropecuarios, etc. La colaboración puede incluso asumir el carácter de cuestionamiento administrativo o judicial de decisiones administrativas, lo cual también es una forma de colaboración, en este caso a la vigencia del principio de legalidad. La administración que dicta los actos atacados, por supuesto, rara vez demuestra aceptación del rol positivo de dicha participación.

En todos estos casos la relación del individuo es con *su* institución y ningún lazo jurídico o contractual y mucho menos jerárquico lo liga con la administración eventualmente beneficiaria de sus servicios gratuitos. No ha habido pues problemas de encuadre, en situaciones normales.

6.4. *Los casos de designación formal*

6.4.1. *Las hipótesis de participación o representación formal en los cuerpos administrativos*

Cuando un graduado o estudiante es electo para integrar los cuerpos directivos de su Facultad o Universidad, o un usuario el cuerpo directivo de la entidad que le presta determinados servicios públicos, etc., tenemos el primer caso de designación formal, en un servicio normalmente no retribuido, sin que se haya hasta ahora planteado el problema del *status* jurídico de la persona: sigue sien-

do un paraticular y no adquiere la categoría de empleado público. Lo mismo se aplica en los cuerpos académicos colegiados a la elección de autoridades que representan al claustro de profesores: Su representación es asimilable a la de los demás integrantes del cuerpo.

A nuestro modo de ver, todos ellos pueden tener responsabilidades penales y civiles equiparables a las de los funcionarios públicos. Entre las penales se encuentra en primer lugar el delito de corrupción de funcionarios públicos, que se encuentra sujeto a la jurisdicción extranjera, tal como está previsto en la Convención Interamericana contra la Corrupción, que además incluye en el art. 1° a los funcionarios y empleados “seleccionados, designados o *electos*.”

No cabe, en cambio, considerarlos tales en cuanto a los demás derechos y deberes del servicio civil. En particular, p. ej., sería un total contrasentido entenderles de aplicación reglas como el deber de obediencia. Tales personas no son, pues, agentes o trabajadores públicos comprendidos en el régimen jurídico general del servicio civil y las soluciones supletorias que haya menester en los casos ocurrentes habrán de buscarse por la vía del derecho político y parlamentario, no por la del derecho administrativo. Existen suficientes desarrollos al respecto y no es necesario tratarlos aquí.

6.4.2. *Los casos de funciones administrativas sin representación política formal*

Todo se complica cuando existe designación formal y no se trata de la clara situación de representación política que venimos de exponer. Los órganos de control a veces citan como precedente de importancia, que por lo demás suscriben, un informe de un funcionario de la Secretaría de Estado de Hacienda de la Nación, del 30 de junio de 1975. Dijo aquel funcionario que tales personas, “por no estar remuneradas no están comprendidas en el alcance de los cuerpos normativos vigentes en materia de derechos y deberes” —lo que es correcto e indubitable—, pero ello le lleva a sostener la supuesta “conveniencia” de que sólo el Poder Ejecutivo pueda efectuar tales nombramientos.

El criterio fue reproducido por el hoy suprimido Tribunal de Cuentas de la Nación. También la Procuración del Tesoro de la Nación en oportunidades ha llegado a negar la facultad de los ministros para designar personal “ad honorem,”⁴⁷ admitiéndoselo en cambio al Poder Ejecutivo;⁴⁸ ello, sin perjuicio de puntualizar que, al no entrañar disposición de fondos de la hacienda pública,

⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 89: 139.

⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 107: 215; “nada obstaba en Derecho a que el Poder Ejecutivo designase, como lo hizo, consejeros «ad honorem» en el mencionado organismo.” Otra discusión es si la remuneración ha de ser motivo para diferenciar la competencia del Jefe de Gabinete para designar funcionarios “ad-honorem:” BARRAZA, JAVIER INDALECIO y SCHAFRIK, FABIANA HAYDÉE, “Las facultades del Presidente de la Nación y el Jefe de Gabinete de Ministros para designar empleados, según un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación,” *RDA*, 19/20: 589-91, Buenos Aires, 1995; primer art. citado, pp. 394-5. A los efectos de la corrupción, los supuestos quedan equiparados por el art. 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

el entonces Tribunal de Cuentas carecía de competencia legal para formular observación a este tipo de actos, en uno u otro caso.⁴⁹ Pero la cuestión central siempre fue la inadecuación funcional del viejo Tribunal de Cuentas para este tipo de función.⁵⁰

Con todo, las razones brindadas para estas soluciones no tienen suficiente fuerza de convicción; el punto de partida de estos criterios consiste en formular una distinción meramente semántica y apriorística, carente de sustento normativo, entre funciones o designaciones “honorarias” y “ad honorem.” En ambos casos nos encontraríamos ante supuestos de ausencia de remuneración o contraprestación en dinero por parte del Estado, lo cual, como bien se desprende del art. 1º del régimen jurídico básico o del anterior Estatuto, implica que tales nombramientos se encuentran excluidos de su régimen, aunque no de las normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción. (Art. 1º de ésta.) Una sensata interpretación de esa primera constatación debería llevar a la afirmación de que es bueno y deseable que el Estado procure la colaboración de particulares dispuestos a brindar sus servicios al Estado, sin percibir remuneración o emolumento alguno. Que los servicios o trabajos sean excelentes o no, en nada diferirán con ello de los que también prestan al Estado los funcionarios o agentes remunerados. En cualquier caso, es una obvia economía para el erario público, que no puede así como así despreciarse en un país endeudado y sin recursos fiscales o presupuestarios abundantes y además es un factor y un ejemplo de integración social en el cual se puede ayudar a los excluidos. Además, es claro que si el Estado no puede siempre ofrecer sueldos competitivos con el sector privado, puede con todo en algunos casos obtener colaboraciones desinteresadas para tareas determinadas, que no obliguen al particular a abandonar su *modus vivendi* habitual y le permitan de todos modos colaborar, así sea en forma limitada, con la comunidad. Sin embargo, nada de esto es visto así por la racionalidad irracional imperante en el seno de la administración pública, según veremos a continuación. Toda la cuestión, por lo demás, parte de la diferenciación efectuada sin sustento normativo alguno, entre funciones o funcionarios “honorarios” y “ad honorem.” Más aun, la CICC se refiere a funciones que pueden ser de naturaleza “remunerada u honoraria,” con lo cual borra toda distinción en su propio ámbito de aplicación.

6.4.2.1. *Funcionarios honorarios*

La función “honoraria” importa una dignidad, distinción o categoría ética, efectuada espontáneamente por el Estado, sin implicar una vinculación de “servicio.” Normalmente significa un premio o reconocimiento a la conducta del candidato.

⁴⁹ PTN, *Dictámenes*, 89: 139.

⁵⁰ Lo explicamos en el prólogo al libro de REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL, *El control público*, Buenos Aires, FDA, 1984.

Según este criterio y en palabras de la Procuración, “Las personas designadas en un cargo «honorario», en principio, no tienen funciones específicas que cumplir y, por lo tanto, no son sujetos de derechos ni de obligación alguna.”⁵¹

6.4.2.2. *Funcionarios ad honorem*

“Por su parte, los funcionarios designados «ad honorem» gozan de las facultades y tienen a su cargo las responsabilidades inherentes al cargo que desempeñan; vale decir, que son titulares de los derechos y sujetos de las obligaciones inherentes a la función pública que cumplen, con las modalidades propias de la naturaleza de su situación de revista.”

El funcionario *ad honorem* sería en este criterio aquel que debe cumplir con algún cometido o trabajo; “tales designaciones deben ser adecuadamente ponderadas, puesto que la falta de retribución puede acarrear el cumplimiento deficiente o, por lo menos, no satisfactorio de las tareas; siempre, claro está, que tal actividad no reditúa otra forma de compensación —honor, prestigio, etc.—”⁵²

El criterio tan burdamente crematístico que estamos reseñando ha llegado a su máxima expresión en un caso en que se dijo que “siendo la remuneración no sólo la contraprestación debida por el empleador, sino, fundamental, *el incentivo que determina la realización de la mayoría de las tareas humanas*, salvo los supuestos de actividades cuyo ejercicio reditúa otra forma de compensación (honor, prestigio, etc.), *la falta de esa retribución puede traer aparejado el cumplimiento deficiente o por lo menos no satisfactorio de las tareas.*”⁵³

Como se advierte, el criterio es insostenible desde el punto de vista fáctico: importa partir de la premisa expresa de que todos los que trabajan para el Estado lo hacen por dinero; importa seguir con la consecuencia de que en virtud de hacerlo por dinero, lo hacen bien; y llega así a la conclusión de que todo aquel que esté dispuesto a colaborar gratuitamente con el Estado o la comunidad seguramente lo hará ineficazmente y no, en cambio, con la eficacia que caracteriza al desempeño de los agentes que cobran el sueldo.

Se dice así que “Si bien es posible en las plantas funcionales de organismos o dependencias establecer la existencia de cargos «ad honorem» —sobre todo cuando se trate de comisiones asesoras de carácter científico, artístico, etc., a efectos de determinar la dotación del personal de ejecución que habrá de colaborar con aquéllos—, no resulta, en principio, aconsejable, por tratarse de una institución que no goza de general aceptación, ni en la doctrina ni en la legislación nacional.”⁵⁴

En esta última afirmación debemos convenir que, si bien razona falsamente en relación a la realidad, representa en cambio adecuadamente el mundo de

⁵¹ De un informe de la Procuración del Tesoro de la Nación al Secretario de Cultura, año 1981.

⁵² Del mismo informe antes mencionado, § 1 *in fine*.

⁵³ PTN, *Dictámenes*, 113: 170. La bastardilla es nuestra.

⁵⁴ Del informe mencionado, § 4 de conclusiones generales.

sentimientos y creencias que anima a la administración argentina hace ya varios decenios. Dicho en otras palabras, constituye una afirmación correcta en lo que hace al estado mental de los funcionarios de la administración nacional, e incorrecta en cuanto a las premisas de hecho que enuncia. Todos aquellos que se han hallado dispuestos a prestar su colaboración desinteresada al Estado, han tenido ocasión de comprobar las verdades emocionales y falsedades empíricas que estamos relatando. La única solución, en tales casos y mientras no cambie la mentalidad administrativa, o se dicten normas expresas al efecto,⁵⁵ es como siempre contornear el obstáculo: hacer nombramientos “honorarios” y no “ad honorem,” puntualizar entonces los méritos y reconocimientos que la designación conlleva; o, mejor aun, no hacer nombramiento de naturaleza alguna y simplemente solicitar informalmente la colaboración de que se trate. Esto último es lo más frecuente en la práctica.

Desde luego que estas últimas soluciones no son tampoco buenas, porque implican introducir falacias, en el primer caso y eludir el control de la opinión pública, en el segundo.

Quedan finalmente gran cantidad de casos que están en la frontera entre el nombramiento “honorario” y el “ad honorem” y que hasta ahora los organismos de control no han cuestionado. Los apuntamos aquí por si resolvieran también prohibirlos, en caso de haberlos olvidado: el nombramiento de un miembro de un Jurado para concursos de profesores es desde luego sin remuneración alguna salvo los gastos del viaje en su caso, y supone una distinción u honor; pero también requiere el desempeño de una tarea concreta.

Si el Jurado se convoca para discernir un premio, una distinción, una beca, etc., la situación es la misma: hay honor, hay distinción, pero también hay trabajo que realizar. El Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas está siempre pleno de tales comisiones asesoras. La Secretaría de Cultura de la Nación convoca anualmente a distinguidos jurados para discernir el Primer Premio Nacional en diversas expresiones del arte.

¿Será acaso la conclusión “jurídica” pertinente de la Procuración del Tesoro de la Nación, que no pueden designarse jurados de ninguna especie, sin retribuirles adecuadamente su labor, único modo de que realicen bien su tarea?

¿No ocurrirá tal vez, a la inversa de lo razonado por este organismo, que entonces se tratará de una sinecura evitada por los mejores y anhelada por los mediocres? ¿Ninguno de los que emitió estos dictámenes y repite estos criterios trabajó jamás desinteresadamente por la escuela de sus hijos, integró un jurado, hizo nunca tarea o función alguna que sin brindarle “puntos” para su currículum o “distinciones” para su ego, le permitieran en cambio realizar alguna tarea de

⁵⁵ En determinado momento elaboramos un proyecto en tal sentido, que luego de recibir las discrepancias de todos los organismos intervinientes fue desde luego archivado. Los funcionarios políticos, si bien compartían el criterio del proyecto, no se resolvieron a enfrentar tan formalmente la tradición administrativa.

interés para la comunidad? ¿Creen acaso sinceramente que no hay nunca la satisfacción del deber cumplido, el gusto de hacer alguna tarea generosa, el placer de prestar la colaboración desinteresada a una tarea que se valora como útil para la sociedad? ¿Es tan grande el descreimiento que se tiene apriorísticamente en el ser humano, como para no considerarlo nunca capaz de realizar tarea o función alguna desinteresada? ¿Son esos los supuestos éticos de la función pública en nuestra administración nacional? Porque nos resistimos a creerlo, postulamos una vez más la conjetura de que estas distinciones sobre las cuales se han construido las afirmaciones dogmáticas y seudojurídicas que venimos de criticar, son falsas empíricamente y contrarias por ende a derecho, por contravenir el principio fundamental de la razonabilidad de las normas estatales.

7. Régimen jurídico de los funcionarios excluidos del servicio civil

No es un problema de fácil solución el determinar cuál es la consecuencia de que una determinada categoría de agentes estén excluidos del régimen general del servicio civil, pero de todos modos incluidos dentro de la función pública y, por lo tanto, del derecho público. Cuando exista un estatuto especial el problema se simplificará, pues se tratará simplemente de acudir a él para determinar a qué principios ha sometido la función de que se trata; sin embargo, cuando ese estatuto no existe o cuando se presenten cuestiones no previstas en él ¿puede acudirse supletoriamente al régimen general? A nuestro juicio no habría inconveniente en hacerlo así cuando se trate de aplicar normas que hacen a los derechos del funcionario, pero no en cambio cuando se trate de aplicar restricciones o limitaciones. Tratándose de deberes, prohibiciones, etc., creemos que ellos deben surgir, sea del estatuto o normas específicas que el funcionario tenga, sea de los principios generales propios de la función pública, tales como deber de obediencia y otros, pero no de la aplicación analógica o supletoria del sistema general. Todo lo que hace al régimen disciplinario, a las sanciones de que el funcionario puede ser pasible, integra el derecho penal administrativo y como tal le resulta también de aplicación el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Es cierto que los precedentes son confusos en materia de derecho penal administrativo y disciplinario, pero los principios generales del derecho penal son de inevitable aplicación. Uno de ellos, a nuestro juicio, es que no puede considerarse conforme a derecho construir prohibiciones o sanciones en base a la aplicación analógica o supletoria de otras disposiciones.⁵⁶ No ocurre lo mismo con las normas generales que establezcan derechos o protecciones (prohibición de separarlo del cargo sin sumario previo, derecho a la carrera, a la estabilidad, etc.), las que podrían ser aplicadas en defecto de normas específicas dentro del régimen propio de la función de que se trate.

⁵⁶ En sentido similar MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, pp. 72-4.

8. *El contrato de servicios de consultoría*

El decreto-ley 22.460/81, sobre “Promoción y contrato de servicios de consultoría,” autoriza la “contratación de servicios de consultoría que bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios requiera la Administración Pública Nacional” (art. 1°). Este contrato, tanto en el supuesto de locación de obra como de locación de servicios, puede hacerse con una “firma consultora,” o con un “consultor” individual. En el segundo caso, el art. 2°, inc. 3°, lo define como “todo profesional universitario altamente calificado que a título individual presta servicios de consultoría.” En ese supuesto el consultor individual contratado por éste régimen de locación de servicios, no se encuentra regido por el régimen jurídico de la función pública, sino que es un particular que no encuadra en la calificación de “personal” de la administración pública, “funcionario,” “agente,” etc.⁵⁷ En cambio, ello no significa que se rija enteramente por el derecho privado, pues el contrato de consultoría se regula por el propio decreto-ley de consultoría y constituye un contrato administrativo;⁵⁸ pero cabe señalar que en la práctica ha sido más frecuente la clara inserción del texto y normas específicas del contrato en el derecho privado que en el derecho público.

Dado que el decreto-ley de consultoría trata conjuntamente tanto la locación de obra como la locación de servicios de consultoría y que existen remisiones expresas a la legislación en materia de contrato de obra pública, pensamos que es a este régimen⁵⁹ o en todo caso al derecho privado,⁶⁰ pero no al de la función pública, que corresponde acudir en todo lo no previsto en el contrato en particular, o en el propio decreto-ley de consultoría. Es éste el único caso en que un contratado está regido por el derecho público —en lo pertinente, claro está— sin ser funcionario o empleado público, ni regirse directa ni supletoriamente por las normas del régimen jurídico del servicio civil.

9. *“Naturaleza” de la relación de empleo público*

Si bien ya sabemos que hablar de la “naturaleza” o “esencia” de alguna institución jurídica no tiene sustento en la teoría general del derecho,⁶¹ lo que aquí en verdad se discute es cuál será el régimen jurídico aplicable, si derecho público o privado, o el derecho laboral, o una mezcla de todos ellos:⁶² La tendencia tradicional es que, como norma, la relación de empleo público no puede constituir un

⁵⁷ Ver MATA, ISMAEL, “El contrato administrativo de consultoría,” en A.A.D.A., *Contratos Administrativos*, t. 2, *Contratos especiales*. Buenos Aires, Astrea, 1982, cap. XXIV, pp. 227, 243 y ss.

⁵⁸ Para algunos aspectos, ver nuestro art. “El precio en el contrato de consultoría”, *JA*, 11-XI-81; ampliado bajo el título “El precio y la responsabilidad en el contrato administrativo de consultoría,” A.A.D.A., *Contratos administrativos*, t. 2, *Contratos especiales*, op. cit., cap. XXII, p.161 y ss.

⁵⁹ Leyes 13.064, 12.910, etc.

⁶⁰ Así FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 656.

⁶¹ *Supra*, cap. I.

⁶² Ver y ampliar en GARCÍA PULLÉS (dir.), op. cit., pp. 11-35.

contrato regido por el derecho privado.⁶³ Ubicada la relación dentro del derecho público, algunos autores sostienen que se trata de un contrato administrativo,⁶⁴ otros que el acto de nombramiento es un acto administrativo unilateral, que necesita como condición⁶⁵ o como “coadyuvante”⁶⁶ el previo consentimiento del interesado; por fin, también se sostiene que se trata de un acto bilateral aunque no contractual.⁶⁷ Desde luego, cabe recordar también la tesis, muy fundamental, de que se trata en verdad de un contrato regido al menos parcialmente por el derecho laboral.⁶⁸

En realidad, los argumentos con los cuales se pretende demostrar que la relación de empleo público no constituye un contrato administrativo, parten por lo general de un cierto *preconcepto* acerca de qué es un *contrato administrativo*. En otras palabras, definen primero una regla general y luego buscan si el caso particular se ajusta a la regla general por ellos definida.

Si estiman, p. ej., que sólo hay “contrato” cuando ambas partes son jurídicamente iguales,⁶⁹ entonces es claro que esta relación no sería contractual, pues el servidor público está en una relación de subordinación frente a la administración; si, en cambio, se admite que en el contrato administrativo, existe cierta subordinación, entonces aquella razón no es válida para negar a esta figura la calificación de contrato administrativo.⁷⁰ Dicha conclusión no varía aunque se

⁶³ Comp. DEVEALI, MARIO L., “Naturaleza jurídica y regulación legal de la relación de empleo público,” en la *Revista Derecho del Trabajo*, t. XI, 1951, p. 165 y ss.; DE LA FUENTE, HORACIO H., “La privatización del empleo público (Primera parte),” *LL*, 2001-B, 984; “Estabilidad del empleado público. Situación del personal contratado,” *LL*, 2001-D, 911; PETRELLA, ALEJANDRA, “El empleo público en la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: perspectivas a la luz de una Constitución garantista,” *JA*, 2000-3, 51-64. Es obvio que hay infinidad de contratos civiles en que las partes no son iguales, como lo son todas las relaciones de consumo, para dar tan sólo un ej. manifiesto. El argumento es pues insuficiente.

⁶⁴ Así BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. III, p. 65 y ss.; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 153; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, p. 187; DROMI, *op. cit.*, p. 378 y ss.

⁶⁵ La teoría del “acto condición” puede verse en JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-2º, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 29 y ss.; GRAU, ARMANDO EMILIO, *Estudios sobre la relación de empleo público*, La Plata, 1964, p. 14 y ss.

⁶⁶ Así FORSTHOFF, ERNEST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 294 y ss.

⁶⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 337 y ss., quien expone también otras teorías anteriores, p. 291 y ss. Ver también BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, San Pablo, 1972, pp. 10-4. Para un listado más completo ver FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho administrativo. Contratos*, México D.F., Porrúa-UNAM, 2000, pp. 373-83.

⁶⁸ Ver GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p. 21 y ss.

⁶⁹ P. ej., SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, 1951, p. 33 y ss., citado por GRAU, *op. cit.*, p. 25. Este es el principal argumento de la doctrina que afirma que *nunca* existen contratos entre un particular y la administración: GIACOMETTI, ZACCHARIA, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1960, t. I, p. 442 y ss.

⁷⁰ La doctrina clásica en materia de contratos administrativos, precisamente, los caracteriza por el vínculo de subordinación que suponen; si bien hoy en día esto no puede ya ser la nota típica de tales contratos, es indudable que una perfecta igualdad contractual no existe en casi ningún contrato administrativo, razón por la cual no es esa falta de igualdad argumento suficiente para negar carácter contractual a la relación de empleo público.

señale que algunos estatutos disponen que a partir de la notificación del acto de nombramiento, la persona designada queda ya investida del *status* de agente público, aunque no se efectúe el acto formal de la “toma de posesión del cargo,”⁷¹ pues ningún principio jurídico exige que para la perfección de un contrato administrativo se dé comienzo de ejecución al mismo, p. ej., tomando posesión del cargo. La toma de posesión tiene efectos salariales y presupuestarios, pero no da nacimiento al vínculo. En efecto, es típico de los contratos administrativos el ser *consensuales*, es decir, el perfeccionarse por el acuerdo de las voluntades de las partes, sin necesidad de acto formal alguno posterior, salvo que la ley disponga lo contrario.⁷²

En cualquier contrato administrativo hallamos así: *a)* un pedido de ofertas de la administración, no siempre presente; *b)* una propuesta u oferta de los interesados en celebrar el contrato con la administración; *c)* la adjudicación administrativa, el nombramiento, etc., que es la aceptación de aquella propuesta y *d)* la notificación de dicha adjudicación: esta última perfecciona el contrato, a menos que la ley requiera un trámite ulterior como condición expresa de perfeccionamiento del contrato.

En la relación de empleo público la situación es similar: *a)* hay un concurso, en el cual se presentan las personas interesadas en ingresar a la administración, en base al llamado oportunamente efectuado para seleccionar ofertas; *b)* un acto de nombramiento, aceptando la solicitud efectuada y *c)* la notificación de dicha designación, lo que de igual modo perfecciona el vínculo. Como se advierte de esto, el observar que ya con la designación queda perfeccionado el vínculo no significa en modo alguno que no estemos ante un contrato administrativo.⁷³

Por lo demás, si un contrato existe cuando dos o más personas hacen “una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos,”⁷⁴ no vemos cómo puede negarse al acuerdo de voluntades entre la administración y su agente, respecto de sus derechos y deberes recíprocos, la naturaleza de contrato, la función a desempeñar, el sueldo a percibir, el horario a cumplir, todos los cuales están desde luego antepuestos reglamentariamente.

Desde luego, no se tratará ya de la clásica figura contractual del derecho privado, sino de un contrato administrativo, o en la tendencia actual laboral, en el que por consecuencia encontramos aspectos tales como la *mutabilidad* del contrato: La administración tiene atribuciones para variar, dentro de ciertos límites, la forma de las prestaciones o el régimen de la función; el que pueda constituir en ocasiones un *contrato de adhesión*, en que el particular no puede discutir las cláusulas del régimen contractual y sólo puede aceptarlo o rechazarlo; característica ésta que también se presenta en ciertos contratos privados: seguros,

⁷¹ Así GRAU, *op. cit.*, p. 7 y ss., esp. p. 14.

⁷² SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, pp. 565-8.

⁷³ Discrepamos así con GRAU, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁴ Código Civil, art. 1137.

etc. y otras particularidades similares.⁷⁵ En lo que respecta a la formulación del problema en la jurisprudencia, puede afirmarse que ésta es coherente en negarle a la relación de empleo público naturaleza de contrato privado y ubicarlo en el derecho público; en cambio, en lo que se refiere a la determinación de qué tipo de relación de derecho público se trata, ella es oscilante e incierta.⁷⁶ Pero eso ocurre no a raíz de cuestiones concretas en las cuales la solución del caso dependiera de cuál era el encuadre, contractual o no, del contrato de empleo público, sino más bien de *dicta* en las que el tribunal da sus propias definiciones de doctrina, sin valor vinculante alguno.

En el caso *Bergés*⁷⁷ la Corte Suprema dijo que: “Sus relaciones de derecho entre aquella entidad y un empleado público, no nacen de un simple contrato civil de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual, sin ningún acuerdo previo, el Estado inviste al empleado nombrado de la función pública,” es decir, se inclina por una teoría que califica a la relación no sólo como unilateral sino también casi como de imperio: “sin ningún acuerdo previo.” Con todo el respeto que el tribunal merece, eso sólo ocurre en las cargas públicas obligatorias por imperio de la ley, no en la relación de empleo público. Nadie puede ser obligado contra su voluntad a ser funcionario o empleado público, esto es manifiesto.

Posteriormente, en el caso *Corso*, el mismo tribunal se inclinó en cambio por la teoría del contrato administrativo: “Las relaciones de superior con subordinado en el servicio público no están regidas por los preceptos del derecho civil [...] pero si alguna semejanza jurídica pudiera encontrarse entre éstas y el derecho público administrativo, ella sería la del contrato de adhesión.”⁷⁸ Allí está cerca de un encuadre razonable, sin dejar de olvidar que sigue siendo *dicta*.

Más adelante se vuelve a cambiar el criterio expositivo, no el régimen jurídico, retomando *obiter dicta* la teoría unilateral, pero ahora con el aditamento de acordarse que se requiere el acuerdo del interesado: “con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte, 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 se inviste al empleado nombrado, *que acepte su designación*, de la función pública.”⁷⁹ Como se advierte, esto es un juego de palabras, pues no se puede hablar de un acto de imperio o de mando, categoría antigua si las hay, en el que no obstante se requiera la aceptación del particular beneficiado. Es simplemente una rémora del Estado de policía que señalaríamos en el cap. II, inexplicablemente subsistente como otras tantas.⁸⁰

⁷⁵ CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 56 y ss.

⁷⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 327.

⁷⁷ CSJN, *Fallos*, 166: 264, 1932.

⁷⁸ *Fallos*, 194: 111, *Labella de Corso*, 1942.

⁷⁹ CSJN, *Fallos*, 220: 383, 404-5, *Gerlero*, 1951.

⁸⁰ Un ejemplo *supra*, cap. IV, p. 7, nota 15.

Ni siquiera un honor se puede imponer a quien no lo quiere, ni un premio, ni un beneficio. No puede sostenerse que la jurisprudencia ha aceptado esta última doctrina, en primer lugar por los vaivenes sufridos hasta el presente, pero fundamentalmente porque en todos estos fallos no se discutía en verdad si nos encontrábamos ante una relación unilateral o ante un contrato administrativo; las consideraciones efectuadas por el tribunal al respecto son meramente incidentales y por lo tanto carecen de valor decisivo como precedentes.

La cuestión no está resuelta en la jurisprudencia,⁸¹ aunque últimamente son varios los fallos en que se la considera contrato administrativo.⁸² Es que los fallos solamente deciden el régimen jurídico aplicable: La calificación conceptual de ese régimen no es tarea de los jueces sino de la doctrina, y aún si los jueces entran en ello, no se trata de un *holding* sino de un *dictum* sin carácter de fuente formal o informal del derecho.

En todo caso, quizás no sea casual que ante la desvalorización manifiesta del régimen jurídico del contrato administrativo,⁸³ ya no se haya necesitado recurrir a la teoría de la potestad unilateral para fundamentar nuevas y fuertes restricciones a los derechos del agente público, reforzando por lo demás su inmanente inseguridad jurídica,⁸⁴ paralela a la del particular frente a él mismo como siempre recordaba BIELSA.

Pero al menos un progreso notorio se ha realizado: La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado el carácter alimentario del salario del agente público,⁸⁵ con todas las consecuencias prácticas y jurídicas que de ello se desprenden y pueden a mayor abundamiento desarrollarse.

Entre los puntos débiles del sistema está el régimen jubilatorio, que la administración o el legislador constantemente devalúan, atacan o destruyen, sin que la CSJN haya podido dar remedio efectivo a la situación, a pesar de haberlo

⁸¹ VILLEGAS BASAVILBASO, refiriéndose a los casos *Bergés* y *Corso*, sostiene también que el problema no tiene solución firme (*op. cit.*, t. III, p. 327.)

⁸² Ver los casos que explica ALETTI, "La emergencia en el empleo público nacional," *op. cit.*, pp. 295-314.

⁸³ Ver supra, cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos." Ver también ARIAS, LUIS FEDERICO, "Emergencia y empleo público: una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 86 y ss. Por eso el trabajo del mismo autor, "Algunas reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público," en BASTONS (dir.), *Empleo público*, *op. cit.*, pp. 57-82, luego de relatar las peripecias jurisprudenciales del agente público, concluye, en forma deliberada y notoriamente condicionada, que "la aplicación de los principios de la contratación administrativa, conjuntamente con la protección que dimana de la categoría social del Derecho, conjugada con la aplicación supletoria del derecho laboral, extienden un marco de protección adecuado y un equilibrio de todos los intereses implicados."

⁸⁴ ALETTI, *op. cit.*, p. 304, quien además transcribe en igual sentido, en su nota 29, el importante cons. 4° del voto de PETRACCHI en el caso *Tobar*, LL, 2002-E, 428, fallo allí igualmente reseñado.

⁸⁵ ALETTI, *op. cit.*, p. 313, § 8, "El carácter alimentario del salario y la prioridad de los recortes," quien recuerda la conclusión del caso *Tobar* y los comentarios al respecto, que cita en nota 66; a lo que cabe agregar el encuadre teórico realizado por ARIAS en sus dos trabajos antes citados en la nota 83.

intentado reiteradamente. Tal vez no la tenga, en un país donde los débiles son siempre la variable de ajuste.⁸⁶ La jurisprudencia es vacilante en cuanto a la prelación del derecho administrativo y la aplicación del derecho laboral, fruto en parte del relativo galimatías normativo existente y en parte, también, de la de determinación del tribunal en cada oportunidad. A veces primero se resuelve mentalmente cuál es la mejor solución y luego se dan las razones que la sustentan.⁸⁷ En *Leroux* se adujo la prevalencia del derecho administrativo salvo un acto expreso que incluyera al trabajador en las disposiciones laborales.⁸⁸

Otros fallos se apartaron de dicho precedente.⁸⁹ En otros se argumentó el encuadramiento en el derecho privado en un supuesto en el que se consideró que el tipo del contrato era fraudulento en contra del agente.⁹⁰

⁸⁶ Para las soluciones jurisprudenciales que han podido alcanzarse aún frente a tal contexto ver DANIELE, MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87; reproducido en *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1: 31; “La emergencia en Salud. Jurisprudencia de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 129-46.

⁸⁷ Nos remitimos a lo expuesto con mayor detalle en “Cómo leer una sentencia,” *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; *Revista Universitaria La Ley*, año III, n° 4, agosto de 2001, pp. 9-21; cap. V de *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007 y edición como e-book gratuito en www.gordillo.com También en su versión inglesa y francesa, Londres, Esperia, 2003, todas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS.

⁸⁸ *Fallos*, 314:376, “Frente a la existencia de un régimen específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y a la disposición del art. 2 inc a) de la LCT, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común.”

⁸⁹ CNAT SALA X, *Bertachini*, expte n° 18025/02, sent. 13612 del 12/5/05: “En el precedente *Leroux* [...] y en muchos otros, la CSJN sentó la conclusión de que frente a un régimen jurídico que reglamenta los derechos de los dependientes y la disposición del art. 2 inc a) LCT, no resulta admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común, excepto que resultara evidente la voluntad estatal de incluir a los empleados en el sistema de la LCT. Sin embargo, ante las modificaciones que sufriera en su integración el Alto Tribunal, [...] cabe dejar sentada, ahora sí, la tesis contraria en función de lo que, eventualmente, pudiera surgir de un nuevo examen de la cuestión por parte del Tribunal Supremo en su actual composición. Por ello, si bien pudiera admitirse en términos generales la señalada doctrina, ello no es así en los supuestos como el de autos, en que por aplicación de dichos principios, se pretende excluir de los beneficios de la estabilidad en el empleo a quien no es otra cosa que un trabajador, mediante el simple expediente de acudir a la figura del «contratado.»”

⁹⁰ CNAT SALA V, *González Dego*, expte n° 34595/02, sent. 68377 del 28/4/06: “Resulta manifiestamente irrazonable dejar sin protección alguna a quien prestó servicios dependientes para la administración pública en forma ininterrumpida en cumplimiento de funciones propias y permanentes de esta última, bajo el ropaje fraudulento de supuestas pasantías, sin encuadramiento en el régimen jurídico de empleo público, ya sea permanente o transitorio, ni inclusión expresa en la LCT o en el régimen de convenciones colectivas de trabajo. En este cuadro de situación, el trabajador afectado queda al margen de la estabilidad del empleado público, y tampoco goza de la protección contra el despido arbitrario. De ahí que resulta justo, prudente y razonable aplicar análogicamente las normas que reglamentan e modo menos intenso la protección constitucional contra el despido arbitrario y reconocerle las indemnizaciones similares a las que percibiría un trabajador regido por la LCT en caso de despido incausado o intempestivo.”

No está pues dicha la última palabra y cabe esperar muchos pronunciamientos dispares antes que las aguas eventualmente se aquieten, si llegan a hacerlo.

10. *La estabilidad del empleado público*

10.1. *En general*

Ha sido clásico en el derecho administrativo internacional la percepción del derecho a una carrera administrativa y a la estabilidad en el empleo, que recogió en su momento nuestro país, en el art. 14 *bis* de la Constitución que garantiza la estabilidad de los empleados públicos, habiéndose entendido que dicha norma es operativa, es decir, rige aun en ausencia de ley reglamentaria.⁹¹ Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha declarado que las condiciones requeridas para poder interpretar que una norma constitucional es operativa “aparecen cumplidas respecto del art. 14 «nuevo» de la Constitución Nacional en la parte que imperativamente establece que las leyes asegurarán la «estabilidad del empleado público». Porque en su recto sentido la norma proscribiera la ruptura discrecional del vínculo de empleo público y es, así, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.”⁹² Con igual alcance se ha interpretado que es aplicable en las jurisdicciones locales.⁹³ Esta norma operativa puede ser aplicada en ausencia de ley reglamentaria, pero no es una garantía absoluta, pues, como todos los derechos reconocidos en la Constitución, se ejercen según las leyes que *razonablemente* los reglamenten. Y allí desde el inicio el *quid* de la cuestión, pues el legislador siempre quiso regular restrictivamente ese derecho. Es igual que al presente, el legislador y el administrador no comparten la norma constitucional y hacen lo posible para apartarse de ellas. Muchas veces lo consiguen.

En tal sentido, la CSJN ha sostenido antiguamente, pero no en su actual composición, que la estabilidad del empleado público era *impropia*, es decir, un derecho cuya tutela no requería “la preservación en especie de las situaciones existentes,” sino que “se satisface con el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía discrecional.”⁹⁴

Por ello, según esta vieja postura, la ley podía disponer que en caso de cesantía injustificada el empleado sólo tuviera derecho a indemnización. En el régimen de la función pública internacional los tribunales administrativos tienen una u otra solución, según sean las normas aplicables en cada institución. La solución

⁹¹ LECOT, ALBERTO GREGORIO, “Estabilidad del empleado público,” *Derecho del Trabajo*, t. XX, 1960, p. 196; RIVAS, JOSÉ MARÍA, “Consideraciones generales sobre la reforma constitucional,” *Derecho del Trabajo*, t. XIX, 1959, pp. 81 y ss., 83; PTN, *Dictámenes*, 90: 44.

⁹² CSJN, *LL*, 119: 137, *García*, 1965.

⁹³ CSJN, *Carma*, 1991, *LL*, 1992-A, 159; CNCiv., Sala F, *Reyes, Estela*, 1993, *JA*, 1994-II, 520.

⁹⁴ CSJN, *LL*, 119: 141, *Enrique*, 1965, con disidencia de ABERASTURY, PEDRO; ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS J. y BOFFI BOGGERO y nota de NERVA coincidente; CSJN, 310-1: 1065, *Salandria*, 1987; 307-1: 1189, *Castiñeira de Dios*, 1985, etc.

tradicional, con todo, es bastante similar a la del derecho administrativo local tradicional en los distintos países, por lo que resulta excepcional que se disponga la restitución en el cargo.

Dicha hipótesis significó en nuestro país, durante muchos años, un desconocimiento de la garantía establecida en la Constitución.⁹⁵ Pero en dos pronunciamientos recientes,⁹⁶ la CSJN revirtió dicho concepto, afirmando el carácter *propio* del derecho a la estabilidad en el empleo público.⁹⁷ Se trataba de dos agentes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, que se regían por el convenio colectivo 56/92, que en su art. 7° disponía la facultad de la administración de despedirlos sin justa causa con la consecuente indemnización.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto y condenó a la Administración Nacional de Aduanas en un caso, y a la Dirección General Impositiva en el otro, a reintegrar a los agentes. En esto, como en otras cuestiones, la decisión es conforme a la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales, que por lo general tienen la facultad de disponer la reincorporación de quien fuera separado ilegalmente, o en su lugar imponer una substancial indemnización.

Pero cabe apuntar que esa vieja tendencia internacional, a que la Corte adhiere en estos pronunciamientos precisamente porque está en la Constitución, no es la tendencia hoy prevalente en las normas de los organismos internacionales. Lo mismo ocurre en el derecho del trabajo, en que algunos comienzan a cuestionarse si el caso del derecho norteamericano, que no proporciona tutela al empleado en la relación de derecho privado, no constituye un mejor estímulo al efectivo cumplimiento de las funciones y en definitiva al desarrollo del país.

En los países en que la tutela normativa y judicial existe, ello se refleja adversamente en los salarios, pues el empleador debe entonces, hasta por consejo de sus contadores, calcular de antemano las indemnizaciones que deberá pagar en caso de despido, y contemplarlas en los balances como previsión para despidos, lo cual lo “obliga” a reducir los salarios para hacerlos compatibles con la previsión del balance.

⁹⁵ FIORINI, BARTOLOMÉ A., “La estabilidad, garantía de derecho público,” *Revista Derecho del Trabajo*, julio de 1965, p. 352 y ss.; ABERASTURY y ZAVALA RODRÍGUEZ, voto en disidencia citado; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, p. 292; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “La estabilidad en el empleo público y el régimen de prescindibilidad del agente por motivos extradisciplinarios,” *RADA*, 1: 79, 90, 91, Buenos Aires, 1971. En base a este principio de la estabilidad “impropia” diversos gobiernos dictaran leyes sobre “prescindibilidad:” en este sentido pueden verse sucesivamente las leyes 17.343, 17.467, 18.724, 20.549, 21.260, 21.274. El decreto-ley 22.140/80 terminó de hecho con la estabilidad, al instituir en forma permanente la “disponibilidad.” El sistema mencionado se aplica desde entonces constantemente y ha sido también recogido por el art. 11 del anexo a la ley 25.164.

⁹⁶ *Madorrán*, LL, 2007-C, 258; *Ruiz*, 15/V/07.

⁹⁷ Estos fallos han provocado un alto número de comentarios, como era de esperar. Entre tantos otros recordamos las notas de WALTER F. CARNOTA, LL, 2007-C, 286; JOSÉ PABLO DESCALZI, LL, 2007-C, 502; MARÍA C. HOCKL, LL, 30-V-2007, 8; NICOLÁS DIANA y GONZALO S. KODELIA, LL, 2007-C, 522; JORGE L. BASTONS, LL, 2007-C, 655; MARÍA AGOSTINA SABATINO ARIAS, LL, 08-X-2007, 6; HORACIO H. DE LA FUENTE, LL, 2007-E, 684; VILLOLA, L. MATÍAS, “Las cosas en orden,” LL, 2007-F, 99, etc.

Entre las normas que reglaron la materia en el país pueden citarse el art. 24 del antiguo decreto-ley 6.666/57, derogado por el decreto-ley 22.140/80, según el cual el agente que consideraba que había sido separado ilegítimamente de su cargo podía recurrir en forma directa contra el acto de cesantía o exoneración para ante la CNFed. CA. Si el tribunal disponía la reincorporación del agente —taxativamente previsto en el art. 27 del Estatuto— ella se hacía efectiva en distinta dependencia pero en funciones de categoría, clase y grupo iguales a las que tenía el agente antes de la separación. De acuerdo al art. 29, el interesado podía optar por recibir una indemnización, en lugar de reincorporarse a la administración.

El decreto-ley 22.140/80 previó en cambio un pase discrecional a “disponibilidad” y el pago de los salarios por un año. La ley 23.697 facultó a disponer la baja por razones de servicio, sentando bases indemnizatorias; es también lo que contempla el art. 11 de la ley 25.164. Continuos decretos y leyes prevén retiros voluntarios, jubilaciones anticipadas, reducciones de personal, recortes salariales.⁹⁸ Todo ello, sin prever como contrapartida una equitativa compensación.⁹⁹ Las normas son cambiantes, pero no para mejor.¹⁰⁰

En lugar de intentar siempre seleccionar a los que puedan ser mejores para la función pública estable y permanente se termina propiciando, a la inversa, el alejamiento de quienes tienen mejores oportunidades de empleo fuera del ámbito público.¹⁰¹

La razón de ser de esta contradicción entre el principio constitucional de estabilidad y la vigencia práctica (legislativa y administrativa que durante años fue convalidada por la justicia) del principio opuesto de la inestabilidad, ha de encontrarse en la aparente imposibilidad, al menos hasta el presente, de contar con un cuerpo permanente, reducido y eficiente de agentes públicos. En efecto, hay una constante tendencia contrapuesta a incrementar con notorio exceso, en ocasionales épocas de aparente bonanza, las plantas permanentes de funcionarios

⁹⁸ CSJN, Fallos 323: 1566, *Guida, LL*, 2000-C, 828; *Tobar, LL*, 2002-E, 428 y *Müller, LL*, 2003-C, 293. Ampliar en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviniente y control de razonabilidad en el caso Tobar”, en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 143-55; BIANCHI ALBERTO B., “De Guida a Tobar (La sinuosa ruta de los salarios de los agentes públicos),” *JA*, 2002-III, 287; ARIAS, “Emergencia y empleo público: una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales,” *op. cit.*; VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “Reducción de haberes de los empleados públicos: el capítulo que faltaba (a propósito del fallo «Müller»),” *LL*, 2003-E, 290; EGGA, FEDERICO MARIANO, “Intervención efectiva del Congreso de la Nación y validez en los decretos de necesidad y urgencia. El fallo «Müller»,” *LL*, 2004-A, 353; ALETTI, *op. cit.*, pp. 295-314.

⁹⁹ Ampliar en ALETTI, “La emergencia en el empleo público nacional,” *op. cit.*, pp. 295-314, esp. pp. 310-2.

¹⁰⁰ Algunas normas de tal tipo pueden verse en DROMI, *op. cit.*, p. 381.

¹⁰¹ En igual sentido, ALETTI, “La emergencia en el empleo público nacional,” *op. cit.*, esp. 295-6. Ver también BASTONS, “Las nuevas coordenadas del empleo en el sector público,” en BASTONS, *op. cit.*, p. 15 y ss.

de las distintas administraciones y, en los casos extremos de insolvencia fiscal, que cada tanto se repiten, reducirlos drásticamente pero no razonablemente.

Sin embargo, luego del dictado de la ley 25.164, cualquier reglamentación que se exceda respecto de lo regulado por dicha norma, y no respete el piso de derechos que otorga a los empleados públicos, debe ser calificada de inconstitucional, como lo hizo la Corte.¹⁰²

En el fallo *Shnaiderman* de 2008 la Corte Suprema ha expresado que la circunstancia de que el art. 17 inc. a) de la ley 25.164 supedita la adquisición de la estabilidad a la idoneidad para la gestión durante un período de doce meses, constituye un aspecto que limita la discrecionalidad y es necesario fundamentar el acto mediante expresas razones. La jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales exige siempre la motivación adecuada, salvo cuando el órgano esté adoptando una decisión conforme a lo sugerido por el órgano mixto, con representantes de los agentes y de la administración, para entender en las apelaciones contra sus medidas. En todo caso, la decisión sigue igualmente sujeta a control judicial suficiente, en el derecho administrativo internacional de estos tribunales.

10.2. *El personal contratado*

El personal contratado no tiene estabilidad¹⁰³ pero tiene derecho a percibir los salarios caídos si es separado del cargo antes del plazo, sin que medie culpa suya: “la designación de una persona por un plazo determinado obliga a la Administración a respetarlo, salvo razones justificadas de su revocación y, en su caso, con el debido resarcimiento pecuniario de los daños ocasionados. Mientras rija la designación, el funcionario, si bien no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad, ha adquirido el derecho a exigir de la Administración el cumplimiento de los términos establecidos en el acto de su designación.”¹⁰⁴

El principio que acabamos de enunciar, con todo, se torna inaplicable cuando el contrato prevé, como es habitual, una cláusula rescisoria discrecional sin necesidad de expresar causa y sin indemnización. Por supuesto no existe renovación automática del contrato a su vencimiento, salvo previsión expresa,¹⁰⁵ y la vía judicial no es la de la apelación de los arts. 40 a 42 del decreto-ley 22.140/80,¹⁰⁶ sino la vía ordinaria o sumaria según corresponda.

¹⁰² Ver VILLOLA, L. MATÍAS, *op. cit.*, en nota 70.

¹⁰³ Al igual que todo el personal “no permanente:” CSJN, *Fallos*, 310-I: 195, *Rieffolo Basilotta*, 1987; ver también los casos *Gil y Galeano*, *RAP*, 134: 253 y 135: 249, Buenos Aires.

¹⁰⁴ CNFed. CA, Sala IV, 1989, *Buitrago, LL*, 1990-A, 100.

¹⁰⁵ Cuando la relación de empleo público se entabla sobre la base de un contrato sujeto a plazo cierto, se extingue automáticamente por el mero vencimiento del término, sin necesidad de acto administrativo alguno y ningún efecto puede producir respecto del agente su subsistencia en el cargo, por propia voluntad y sin consentimiento de autoridad administrativa competente: CSJN, *Fallos*, 310-III: 2927; *Marignac*, año 1987, 310-I: 1390; *Jasso*, 1987.

¹⁰⁶ CSJN, *Fallos*, 310-I: 195, *Rieffolo Basilotta*, 1987.

En el derecho administrativo internacional existía una tendencia contraria, tendiente a resguardar el derecho del funcionario a la razonable expectativa a la renovación del contrato, también llamado confianza legítima, pero en muchos organismos internacionales se han ido dictando normas expresas tratando de revertir la tendencia y aproximarla en cierto sentido a la solución de otros derechos. De todas maneras, en ese régimen internacional el acto de separación de un personal contratado, así sea por vencimiento del término, es analizado bajo el prisma de los requerimientos jurídicos de un acto administrativo, por lo que si se llegase a demostrar un motivo impropio o ajeno al servicio, el agente tendría derecho a indemnización

11. *La responsabilidad*¹⁰⁷

Este es un tema en el cual el derecho en general se encuentra en mora con la sociedad y el Estado de Derecho, pues cada vez son más visibles los casos de agentes públicos, sobre a todo a niveles de decisión, que actúan, lisa y llanamente, irresponsablemente, sin que pueda hallarse una solución eficaz al problema: Ni preventiva, ni siquiera represiva. No se trata por supuesto de buscar castigo por el castigo mismo, se trata de tratar de hallar algún mecanismo por el cual el derecho disuada la comisión de estos hechos. Hasta ahora el derecho nacional no parece haber encontrado respuesta efectiva al problema, con el consiguiente deterioro de todo el aparato del Estado.

Clásicamente la responsabilidad de los agentes públicos se clasifica en civil,¹⁰⁸ penal, administrativa o disciplinaria y política.¹⁰⁹ Ninguna de ellas tiene un funcionamiento eficaz.¹¹⁰ La responsabilidad civil, según veremos, no es impulsada por los damnificados por sus actos demandándolos junto al Estado por la reparación del perjuicio; ni tampoco el Estado ejerce la acción de *in rem verso* contra los agentes que le hicieron incurrir en responsabilidad. La consecuencia práctica es que el funcionario es civilmente irresponsable de los daños que comete; como ha dicho JUAN FRANCISCO LINARES, por las razones que fuere ello no forma parte de nuestra cultura ni de nuestra tradición.¹¹¹

La responsabilidad penal, de la cual el Código Penal presenta múltiples figuras delictuales, no es objeto de aplicación ni siquiera en materia de las dádivas o regalos cuantiosos que algunos funcionarios públicos de alto nivel reciben públicamente en razón de sus funciones. Diversos presidentes de la Nación han recibido dádivas mientras se encontraban en ejercicio del poder y no pareciera

¹⁰⁷ Ampliar y comparar en DROMI, *op. cit.*, p. 385.

¹⁰⁸ Que tratamos *infra*, en el cap. XIX del t. 2 de esta obra.

¹⁰⁹ El juicio político. Cabe agregar como causal inhabilitante para la función pública el haber incurrido, con posterioridad a 1994, en alguno de los supuestos del art. 36 de la Constitución.

¹¹⁰ Critica esta afirmación BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 457-8, aunque a nuestro juicio confundiendo el plano empírico, al que nosotros nos referimos, con el de dogmática jurídica, en que como el autor referido bien lo dice, normas no es lo que faltan.

¹¹¹ *Infra*, t. 2, cap. XIX.

haber respuesta eficaz del derecho. en la práctica. para impedirlo o al menos sancionarlo.

Se publicitan en las revistas y diarios, pero la acción penal no se inicia o no progresa; mucho menos en la multiplicidad de otros delitos que el Código contempla. Tampoco es eficaz el sistema penal viviente para reprimir el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, por más que se lo haya incluido en la Constitución de 1994 y tenga en el Código Penal la inversión de la carga de la prueba. Los más astutos han demostrado que no hay buen abogado que pueda ser incapaz de sortear el inconveniente. Otros cometen sus actos de corrupción *por escritura pública*, para que no quede ninguna duda de que se consideran titulares de la más absoluta impunidad. Y como siempre pueden acceder a nuevos cargos públicos, bicicletearán el proceso judicial hasta el final de sus días.

La responsabilidad administrativa a veces se guía por el mismo criterio que se dice induce la justicia para la responsabilidad ética de los abogados públicos: todo se perdona, menos romper el código de silencio, la *omertà*.¹¹² Por eso adquiere mayor relevancia agregar a esos cuatro grupos disfuncionales de responsabilidad, o funcionales de irresponsabilidad, la responsabilidad penal internacional por actos o hechos de corrupción, que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759 y la convención internacional contra el soborno transnacional y su lavado de dinero, ley 25.319, además de la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Como decimos en otra parte de esta 10ª ed. del presente vol.,¹¹³ ya los bienes del Estado no pueden trasladarse al exterior ante el temor fundado de que sean embargados y vendidos para satisfacer parte de nuestro *default*;¹¹⁴ lo propio puede ocurrir en el futuro con los ex funcionarios públicos, que deban enfrentar aunque sea tardíamente las causas penales que se les abran en el exterior, cuando internamente no sean juzgados.¹¹⁵

¹¹²PARDO, JUAN ÁNGEL, "Ética profesional. Errónea interpretación judicial," *LL*, 1998-C, 337, nota al fallo *Grittini*, CNFED. CA, Sala III, *LL*, 1998-C, 338.

¹¹³*Supra*, cap. II, § 5.3, "El sistema y los intersticios," esp. pp. 31-3 y nota 155. Ver también cap. IV, p. 25, § 3.7.8 y notas, pp. 26-7.

¹¹⁴Ver GARCÍA, FERNANDO, "El arte argentino no puede viajar: temen embargos de bonistas europeos," *Clarín*, 26 de febrero de 2009, p. 30. A ello cabe que ahora se pueden ejecutar en tribunales extranjeros las sentencias de condena en los tribunales arbitrales del CIADI, como explicamos en los caps. II y IV, referidos en la nota precedente.

¹¹⁵Ver *supra*, cap. IV, p. 25, § 3.7.8 y notas, pp. 26-7.