

## CAPÍTULO VI

### LOS AGENTES DEL ESTADO

#### SUMARIO

1. La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público.....	VI-1 / 137
2. Crítica conceptual .....	VI-2 / 138
3. Continuación. Crítica legal .....	VI-2 / 138
4. El personal regido parcialmente por el derecho privado .....	VI-3 / 139
a) Personal obrero en las empresas del Estado.....	VI-4 / 140
b) El personal contratado de la administración Pública .....	VI-4 / 140
c) Observaciones comunes.....	VI-5 / 141
5. Excepciones al Estatuto, dentro del régimen de la función pública .....	VI-5 / 141
6. Régimen jurídico de los funcionarios excluidos del Estatuto...	VI-7 / 143
7. Naturaleza jurídica de la relación de empleo público .....	VI-8 / 144
8. La estabilidad del empleado público.....	VI-10 / 146



## Capítulo VI

### LOS AGENTES DEL ESTADO<sup>1</sup>

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

Tradicionalmente la doctrina viene distinguiendo los conceptos de “funcionario público” y de “empleado público,” y para establecer la diferencia entre ambos desecha criterios tales como el de la remuneración de uno y otro, o su jerarquía administrativa, para limitarse principalmente al siguiente: El funcionario *decide*, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado, ejecuta, realiza los comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Comparar: BIELSA, RAFAEL, *La función pública*, Buenos Aires, 1960; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1951, p. 223 y ss.; GRAU, ARMANDO EMILIO, *Estudios sobre la relación de empleo público*, La Plata, 1964; FIORINI, BARTOLOMÉ, “El trabajo que se aliena al Estado,” en revista *Derecho del Trabajo*, t. XXIV, p. 37 y ss.; “El asalariado del Estado,” revista citada, t. XXI, 1961, pp. 425 y ss.; LECOT, ALBERTO GREGORIO, “Estabilidad del empleado público,” igual revista, t. XX, 1960, p. 193 y ss.; GRAU, ARMANDO EMILIO, “La estabilidad del empleado público,” *El Licenciado Administrativo*, n° 3, 1959; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 255 y ss.; ROYO VILLANOVA, SEGISMUNDO, “El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo derecho español,” *RAP*, n° 44, Madrid, 1964, p. 9 y ss.; SANGUINETTI, HORACIO, “Nota sobre el régimen constitucional para designar funcionarios y empleados,” *LL*, 2-VI-1966, p. 3; PICONE, FRANCISCO H., “Empleados públicos,” en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. X, p. 37 y ss.; PLANTEY, ALAIN, *Traité pratique de la fonction publique*, París, 1963; CONAC, GÉRARD, *La fonction publique aux Etats-Unis*, París, 1958; CATHERINE, ROBERT, *Fonction publique*, París, 1952 y 1958; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Natureza jurídica da função pública*, San Pablo, 1953; PETROZZIELLO, M., *Il rapporto di pubblico impiego*, Milán, 1935; BOCHALLI, ALFRED, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Köln, 1963, p. 1 y ss.; ULE, CARL HERMANN, “Die entwicklung des Beamtenrechts durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte,” en el libro *Staatsbürger und Staatsgewalt*, t. II, Karlsruhe, 1963, p. 113 y ss.; WEBER, WERNER, “Die gegenwartslage der Höheren Beamtentums,” en el libro citado, t. II, p. 147 y ss.

<sup>2</sup> Comp. BIELSA, *op. cit.*, t. III, p. 29; VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, t. II, Turín, 1933, p. 141 y ss.

## 2. *Crítica conceptual*

Sin embargo, esa diferenciación dista mucho de tener sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir, o lo de ejecutar, pudiendo en consecuencia ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo al 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 realiza comportamientos materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, descubrir una placa, colocar la piedra fundamental de un edificio, etc. Lo mismo puede decirse de un empleado de poca jerarquía administrativa, por ejemplo un ordenanza, quien cuando debe preparar el café que uno 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 actuará como “funcionario cuando dé la orden de detención a un sospechoso, cuando decida detener el tránsito o darle paso; pero luego actuará como “empleado” cuando deba trasladar un preso a Tribunales, o cuando deba llevar un expediente a otra oficina, etc.

Ningún agente de la administración tendría así la calidad exclusiva de “funcionario” o “empleado;” todos serían al mismo tiempo, o alternativamente, tanto lo uno como lo otro. Con ello se advierte que la distinción carece 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.

## 3. *Continuación. Crítica legal*

Pero no termina allí la cuestión: No sólo la distinción carece de base lógica y real, sino que tampoco se ajusta al derecho positivo; ello se advierte claramente tanto en el Código Civil, como en el Código Penal, como en el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública nacional.

a) El Código Civil establece en su artículo 1112: “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 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 artículo utiliza el término “funcionario,” la nota habla de los demás “empleados,” aplicando también a ellos la disposición del artículo, con

lo que en la aplicación de la responsabilidad civil no se hace distinción alguna entre funcionario y empleado.<sup>3</sup>

b) El Código Penal dice en su artículo 77: “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 la autoridad competente.”<sup>4</sup>

c) El Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública nacional (decreto-ley 6.666/57) dispone en su artículo 1º: “Este Estatuto comprende a todas las personas que, en virtud de nombramiento emanado de autoridad competente, presten servicios remunerados en organismos dependientes del Poder Ejecutivo Nacional,” y con igual criterio todo el resto del articulado se refiere constantemente a la expresión “agente,” evitando hacer distinción entre supuestos funcionarios y empleados.<sup>5</sup>

d) Por fin, la propia Constitución nacional cuando habla del Presidente y Vicepresidente de la Nación, dice que “duran en sus empleos el término de seis años...”<sup>6</sup>

En suma, el derecho positivo argentino no hace diferenciación entre “funcionarios” y “empleados,” y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen 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 teórica o práctica justifica mantenerla; debe por lo tanto eliminársela.

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 (art. 189), debe interpretarse con alcance amplio, comprensivo también de los que pudieran ser considerados “simples empleados,”<sup>7</sup> y que por lo tanto también un guincher, por ejemplo, reviste el carácter de funcionario público a los efectos de la ley.<sup>8</sup>

#### 4. *El personal regido parcialmente por el derecho privado*

Ahora bien, la conclusión precedente debe entenderse en el sentido de que, dentro de los agentes de la administración, no existe distinción entre “funcionarios públicos” y “empleados públicos,” es decir, que todos los que están sometidos al

<sup>3</sup> En esto está acorde BIELSA, *op. cit.*, p. 35; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 275.

<sup>4</sup> BIELSA intenta hallar en esta norma una “vaga” distinción, *op. cit.*, p. 35, pero la disposición es clara en asimilar ambos conceptos; conf. BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 276.

<sup>5</sup> DE VEDIA, *op. cit.*, p. 452.

<sup>6</sup> DE VEDIA, *op. cit.*, p. 452; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, pp. 272-4. Comparar SANGUINETTI, *op. loc. cit.*, quien intenta encontrar una distinción constitucional en este asunto.

<sup>7</sup> Cámara Federal Capital, Sala Penal, *DJ*, 10-IV-1964, p. 335, *Luna*.

<sup>8</sup> Cámara Federal Capital, Sala Penal, *DJ*, 10-IV-1964, p. 335, *Franci*.

régimen del derecho público lo están bajo un mismo concepto que será indistintamente el de funcionario o empleado. Ello no excluye, sin embargo, que puedan excepcionalmente encontrarse casos de personas que trabajan para la Administración Pública no en relación exclusivamente de derecho público, sino también en alguna medida de derecho privado.

a) *Personal obrero en las empresas del Estado*

Tal es el caso de los obreros y empleados de inferior jerarquía de las empresas del Estado, que de acuerdo a la jurisprudencia actual se consideran sometidos al derecho privado en sus relaciones con aquélla.<sup>9</sup> 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,”<sup>10</sup> es de advertir que no los considera por ello “empleados públicos,” sino simplemente empleados regidos por el derecho privado.<sup>11</sup>

b) *El personal contratado de la Administración Pública*

En igual situación puede encontrarse en algunos casos el personal “contratado” de la administración Pública. En rigor de verdad, todos los que se desempeñen dentro de la Administración Pública lo hacen en virtud de una relación contractual, ya que es necesaria su voluntad para que ello ocurra; sin embargo, se ha generalizado en la práctica el denominar “contratados” a las personas que trabajan para la administración Pública no desde cargos o funciones permanentes, sino a través de convenios de duración limitada (uno o dos años) que no los incorporan a la carrera administrativa ni les otorgan estabilidad en sus empleos.

Pues bien: “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 funcionario o empleado público 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.”<sup>12</sup> No es fácil con todo hallar la línea divisoria entre los contratados que revestirían la calidad de funcionarios o empleados públicos y aquellos que estarían simplemente sometidos al derecho privado; se han considerado elementos que podían inclinar a la segunda solución el que no haya sometimiento a horario, o los honorarios se paguen de acuerdo al arancel

<sup>9</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 244: 196, *Etcheverry*, 1959; Cámara Nacional de Trabajo, en pleno, *LL*, 104: 618, *Imperiale*, 1961.

<sup>10</sup> Corte Suprema, fallo citado, p. 197.

<sup>11</sup> Cám. Nac. Trabajo, Sala I, *LL*, 115: 393, *López de Valdueza*, 1963; Corte Suprema, *Fallos*, 244: 196, *Etcheverry*, 1959; 247: 363, *Benedetti*, 1960.

<sup>12</sup> Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 58: 305; 76: 202; 83: 226.

pertinente,<sup>13</sup> solución que puede ser de aplicación, aunque no es definitiva, cuando se contratan los servicios de un profesional. En algún caso se ha dicho que la existencia de subordinación jerárquica en el contrato lo asimilaba al derecho público,<sup>14</sup> 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 algunas veces será necesario prestar atención a la calificación o al régimen que la propia administración haya dado al contrato.<sup>15</sup>

### c) *Observaciones comunes*

La afirmación de que este tipo de agentes se encuentran regidos por el derecho privado no debe con todo ser tomada muy estrictamente, pues existen muchos aspectos de su relación que se encuentran sometidos al derecho público. Así, por ejemplo, cualquier acto que dicte la administración con respecto a estos agentes (su nombramiento o remoción, sanciones, etc.) a pesar de referirse a una relación calificada como de “derecho privado,” constituye un *acto administrativo* que debe respetar además 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;<sup>16</sup> 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. 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.

#### 5. *Excepciones al estatuto, dentro del régimen de la función pública*

En suma, salvo algunos casos de excepción como los mencionados, todos quienes se desempeñan en la administración Pública, centralizada o descentralizada, tienen la calidad de funcionarios e empleados públicos y se rigen en consecuencia por el

<sup>13</sup> *Dictámenes*, 78: 193.

<sup>14</sup> *Dictámenes*, 91: 274.

<sup>15</sup> Por ejemplo, puede ser ilustrativo si se ha decidido que los aportes jubilatorios ingresan a la Caja del Personal del Estado, o a la de Comercio: 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.

<sup>16</sup> *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 20-VII-1966; nuestro libro *El acto administrativo*, op. cit., pp. 64 y 65; *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., pp. 127, 178 y 193.

derecho público. Ello no significa, sin embargo, que el régimen jurídico aplicable sea exactamente el mismo en todos los casos; por el contrario, existen muchísimas diferencias entre los distintos agentes de la administración, derivadas de que no todos ellos están comprendidos en el Estatuto general del decreto, ley 6.666/57.

a) 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 las normas generales,<sup>17</sup> por lo cual el empleo de este sistema está limitado por normas positivas y sólo se lo justifica cuando se trata de tareas que no sean las habituales del organismo contratante.<sup>18</sup> Por lo demás, el propio Estatuto del personal civil de la administración Pública nacional los excluye de su aplicación: El art. 2º, inc. i) del mismo exceptúa de su régimen al personal regido por contratos especiales;” igualmente se excluye a las personas designadas con carácter transitorio y no permanente. (Art. 5º del decreto-ley 6666/57 y decreto nº 4520/60, art. 10.)

b) También quedan excluidas de la aplicación del Estatuto las personas que desempeñen funciones por elección popular, los Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios de Estado y Secretarios de la Presidencia de la Nación, además del personal integrante del llamado Gabinete del Ministro. (Es decir, asesores temporarios que cada Ministro o Secretario de Estado puede designar por el tiempo que él está en funciones.) (Inc. a], b] y c] del art. 2º del Estatuto.)

c) Tampoco están comprendidos en el Estatuto el personal militar, el comprendido en la ley de servicio exterior de la Nación, y el personal de seguridad y defensa. (Inc. e], f], g] y h] del art. 2º del Estatuto.)

d) Los miembros integrantes de los cuerpos colegiados que funcionan en la administración nacional, los regidos por convenios colectivos de trabajo, el personal de las empresas del Estado, y los que tienen un estatuto propio, como por ejemplo el Estatuto del Docente, el Estatuto del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, etc. (Inc. d), j), k) y l).)

e) El personal que se desempeña en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial, pues el artículo 1º del Estatuto establece que el mismo comprende a todas las personas que prestan servicios “en organismos dependientes del Poder Ejecutivo Nacional.” En este sentido, sin embargo, el artículo 6º del decreto-ley 6666/57, por el cual se aprobó el Estatuto mencionado, expresa: “Invítase al Poder Judicial a implantar en su jurisdicción el Estatuto que se aprueba por el presente decreto-

<sup>17</sup> “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.” (*Dictámenes*, 94: 6.)

<sup>18</sup> Ver decreto 413/60, ADLA XX-A, p. 305, art. 19, § 10; *Dictámenes*, 91: 274.



ley y declárase al mismo de aplicación para el personal del Congreso Nacional, esto último hasta tanto se constituya el Cuerpo Legislativo de la Nación.”<sup>19</sup>

f) El personal que no presta servicios “remunerados” como lo determina el artículo 1° del Estatuto. Se comprenden aquí tanto los servicios prestados “ad honorem.” como los llamados “servicios personales obligatorios” o *cargas públicas*: Servicio militar obligatorio, obligación de integrar las mesas electorales, de deponer como testigo, de participar en los censos, etc. Las cargas públicas, si bien constituyen en sentido lato una función o empleo público, son en principio gratuitas <sup>20</sup> en cuanto no se las remunera en cuanto tales, sin perjuicio de que exista una indemnización por los gastos en que incurre la persona obligada; por ello no encuadran en el concepto de “servicios remunerados” ni les es de aplicación el Estatuto.

#### 6. Régimen jurídico de los funcionarios excluidos del Estatuto

No es un problema de fácil solución el determinar cuál es la consecuencia de que una determinada categoría de agentes estén excluidos del Estatuto, 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 simplifica, pues se tratará simplemente de acudir a él para determinar a qué principios ha sujetado 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 Estatuto 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 trata de aplicar limitaciones o deberes, pues de otra manera la exclusión dispuesta quedaría totalmente sin sentido. 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 (deber de obediencia, etc.), pero no de la aplicación analógica o supletoria del Estatuto 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*, no siendo jurídico construir prohibiciones o sanciones en base a la aplicación analógica o supletoria de otras disposiciones. No ocurre lo mismo con las normas del Estatuto general que establezcan derechos o protecciones (prohibición

<sup>19</sup> Cabría así interpretar que una vez constituido el Congreso el Estatuto cesó ipso jure de serle de aplicación a su personal.

<sup>20</sup> En virtud de esta característica y de la obligatoriedad e impermutabilidad (hay que cumplirlas personalmente, no las puede efectuar otro por uno ni son en principio redimibles por dinero) de las mismas, es que se exige también que sean temporales, ciertas y determinadas, y que respeten el principio de la igualdad.

de separarlo del cargo sin sumario previo, derecho a la carrera, a la estabilidad, etc.), las que en nuestro concepto podrían, como dijimos, ser aplicadas en defecto de normas específicas dentro del régimen propio de la función de que se trate.

### 7. Naturaleza jurídica de la relación de empleo público

Mucho se discute en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del vínculo que une al agente con la administración pública; debe desecharse *in limine*, en el estado actual de la legislación y la jurisprudencia, la teoría de que la relación de empleo público podría constituir un contrato regido por el derecho privado.<sup>21</sup> Ubicada la relación dentro del derecho público, sin embargo, algunos autores sostienen que se trata de un contrato administrativo,<sup>22</sup> otros que el acto de nombramiento es un acto administrativo unilateral, que necesita como condición<sup>23</sup> o como coadyuvante<sup>24</sup> el previo consentimiento del interesado; por fin, también se sostiene que se trata de un acto bilateral aunque no contractual.<sup>25</sup>

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 preconceito acerca de qué es un *contrato administrativo*. Si se estima, por ejemplo, que sólo hay “contrato” cuando ambas partes son jurídicamente iguales,<sup>26</sup> 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 naturaleza de contrato administrativo.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> Comparar, con todo, 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.

<sup>22</sup> Así BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1956, pp. 77 y ss.; BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 153; CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 91 y ss.

<sup>23</sup> La teoría del “acto condición” puede verse en JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. 11-2, Buenos Aires, 1949, p. 29 y ss.; GRAU, ARMANDO EMILIO, *Estudios sobre la relación de empleo público*, La Plata, 1964, p. 14 y ss., y otros.

<sup>24</sup> Así FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 294 y ss.

<sup>25</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, pp. 337 y ss., quien expone también otras teorías más anteriores, p. 291 y ss.

<sup>26</sup> Por ejemplo, SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, 1951, p. 33 y ss., citado por GRAU, *op. cit.*, p. 25. Justamente, éste es el principal argumento usado por la doctrina que niega que nunca existan contratos entre un particular y la Administración: GIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich, 1960, t. I, p. 442 y ss., lo que demuestra la desubicación del argumento. O se admite, pues, que exista una categoría llamada “contratos administrativos,” y entonces la función pública es uno de tales, o se la niega totalmente, y entonces nada hay que discutir con referencia específica a la función pública, y toda la discusión deberá trasladarse al otro problema.

<sup>27</sup> La doctrina clásica en materia de contratos administrativos, precisamente, los caracteriza por el vínculo de subordinación que suponen: Ver *infra*, cap. XVI; si bien hoy en día esto no puede ya ser la nota típica de tales contratos como lo señalamos en el capítulo pertinente, es indudable que una perfecta igualdad contractual no existe en casi ningún contrato administrativo, razón por la

Dicha conclusión no varía aunque se 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,”<sup>28</sup> pues ningún principio jurídico exige que para la perfección de un contrato administrativo se dé comienzo de ejecución al mismo, por ejemplo, tomando posesión del cargo. 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.<sup>29</sup> En cualquier contrato administrativo hallamos así: *a)* Una propuesta u oferta de los interesados en celebrar el contrato con la administración; *b)* la adjudicación administrativa, que es la aceptación de aquella propuesta, y *c)* la notificación de dicha adjudicación: Esta última perfecciona el contrato. En la relación de empleo público la situación es idéntica: *a)* Hay un concurso, en el cual se presentan las personas interesadas en ingresar a la administración; *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.<sup>30</sup>

Por lo demás, si un contrato existe cuando dos o más personas hacen “una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos,”<sup>31</sup> 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. Desde luego, no se tratará ya de la clásica figura contractual del derecho privado, sino de un contrato administrativo, en el que por consecuencia encontraremos 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, etc.), y otras particularidades similares.<sup>32</sup>

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

cual no es esa falta de igualdad argumento suficiente para negar carácter contractual a la relación de empleo público.

<sup>28</sup> Así GRAU, *op. cit.*, p. 7 y ss., esp. p. 14.

<sup>29</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, pp. 565-6.

<sup>30</sup> Discrepamos así de GRAU, *op. cit.*, p. 14.

<sup>31</sup> Código Civil, art. 1137.

<sup>32</sup> Ampliar *infra*, cap. XVI; CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 56 y ss.

trata, ella es oscilante e incierta.<sup>33</sup> En el caso *Bergés*<sup>34</sup> 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 de imperio: “...sin ningún acuerdo previo...” Posteriormente, en el caso *Corso*, la Corte se inclinó 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 (193: 352) pero si alguna semejanza jurídica pudiera encontrarse entre éstas y el derecho público administrativo, ella sería la del contrato de adhesión...”<sup>35</sup> Más adelante se vuelve a cambiar el criterio, volviendo a la teoría unilateral pero aclarando que se necesita 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.”<sup>36</sup>

No creemos que pueda sostenerse que la jurisprudencia ha aceptado definitivamente 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. A nuestro juicio, la cuestión no está aún resuelta en la jurisprudencia.<sup>37</sup>

### 8. La estabilidad del empleado público

El artículo 14 bis de la Constitución garantiza la estabilidad de los empleados públicos, habiéndose entendido que dicha norma es operativa, es decir, rige aún en ausencia de ley reglamentaria.<sup>38</sup> 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

<sup>33</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 327.

<sup>34</sup> Suprema Corte, *Fallos*, 166: 264, 1932.

<sup>35</sup> *Fallos*, 194: 111, 116, *Corso*, 1942.

<sup>36</sup> Suprema Corte, *Fallos*, 220: 383, 404-5, *Garlaro*, 1951.

<sup>37</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, refiriéndose a los casos *Bergés* y *Corso*, sostiene también que el problema no tiene solución firme en la jurisprudencia. (*Op. cit.*, t. III, p. 327.)

<sup>38</sup> LECOT, *op. cit.*, p. 196; RIVAS, JOSÉ MARÍA, “Consideraciones generales sobre la reforma constitucional,” revista *Derecho del Trabajo*, t. XIX, 1959, p. 81 y ss., 83; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 90: 44.

en su recto sentido la norma proscribire la ruptura discrecional del vínculo de empleo público y es, así, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.”<sup>39</sup>

Ahora bien, el hecho de que esta norma sea operativa y pueda ser aplicada aún en ausencia de ley reglamentaria, no significa que se trate de una garantía absoluta; la Corte Suprema ha declarado, por el contrario, que la estabilidad es un derecho relativo, cuya tutela por la justicia “no requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existentes,” por lo que “la garantía del art. 14 «nuevo» se satisface con el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía discrecional.”<sup>40</sup> Por ello, la ley podría disponer que en caso de cesantía injustificada el empleado sólo tiene derecho a indemnización; en tal caso sólo podrá hablarse de una estabilidad “impropia,” lo que en definitiva significa desconocer la verdadera garantía establecida en la Constitución.<sup>41</sup>

En el orden nacional, el art. 14 ha sido reglamentado por el decreto-ley 6666/57, el cual garantiza la estabilidad del agente por distintos medios, algunos de los cuales son de forma y otros de fondo:

a) En primer lugar, el Estatuto mencionado dispone que la separación del cargo por cesantía o exoneración sólo puede ser dispuesta previo sumario (art. 40º) en que el agente tenga oportunidad de defensa (art. 41º) y en el que dictamina la Junta de Disciplina (art. 44º); la violación de cualquiera de estos principios determina la nulidad de la cesantía o exoneración.<sup>42</sup>

b) En segundo lugar, la cesantía o exoneración sólo puede dictarse en virtud de las causales enumeradas por la ley;<sup>43</sup> no es pues una facultad discrecional sino reglada.

<sup>39</sup> Corte Suprema, *LL*, 119: 136-8, *García*, 1935.

<sup>40</sup> Corte Suprema, *LL*, 119: 140, 141, *Enrique*, 1965, con disidencia de ABERASTURV, ZAVALA RODRÍGUEZ, y BOFFI BOGGERO y nota de hierva coincidente en este último sentido.

<sup>41</sup> FIORINI, BARTOLOMÉ, “La estabilidad, garantía de derecho público,” revista *Derecho del Trabajo*, julio de 1965, p. 352 y ss.; ABERASTURY, PEDRO, y ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS J., voto en disidencia en el fallo citado en la nota precedente.

<sup>42</sup> Ver nuestro libro *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 119-120, y *Estudios de derecho administrativo, op. cit.*, pp. 104 y 105.

<sup>43</sup> Art. 37. Son causas para la cesantía:

- a) Inasistencias injustificadas que excedan de 10 días en el año, continuos o discontinuos;
- b) incurrir en nuevas faltas que den lugar a suspensión cuando el inculpado haya sufrido, en los 11 meses anteriores, 30 días de suspensión disciplinaria;
- c) abandono de servicio sin causa justificada;
- d) faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas y falta grave respecto del superior en la oficina o en actos de servicio;
- e) ser declarado en concurso civil o quiebra, salvo caso debidamente justificado;
- f) inconducta notoria;
- g) calificación deficiente en el período posterior al de la retrogradación de categoría en el empleo;
- h) incumplimiento de las obligaciones determinadas en el art. 6º y no sancionadas en el art. 36;
- i) quebrantamiento de las prohibiciones especificadas en el art. 7º.

c) En tercer lugar, el agente que considera que ha sido separado ilegítimamente de su cargo, puede recurrir contra el acto de cesantía o exoneración para ante la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Capital Federal. (Art. 24°.) El recurso debe interponerse dentro de los treinta días (art. 25°), y si el tribunal dispone la reincorporación del agente —a lo que lo faculta expresamente el artículo 27 del Estatuto— ella se hace efectiva en distinta dependencia pero en funciones de categoría, clase y grupo iguales a las que tenía el agente antes de la separación; con todo, el interesado puede optar por recibir una indemnización que la ley establece (art. 29°), en lugar de reincorporarse a la administración.

### Sinopsis

1. En la doctrina tradicional se distingue funcionario público de empleado público: El primero *decide*, representa la voluntad mientras que el segundo *ejecuta*.

2. Sin embargo, ningún agente de la administración pública tiene por función exclusiva sólo adoptar decisiones, o sólo ejecutar decisiones de otros; todos, en mayor o menor medida, tanto adoptan decisiones como realizan meros actos o hechos de ejecución.

3. El Código Civil (art. 1112), el Código Penal (art. 77) y el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional, e incluso la propia Constitución, no hacen distinción entre funcionarios y empleados.

4. Si bien no hay diferencia en el derecho positivo entre funcionario o empleado público, sí la hay entre agentes regidos por el derecho público o por el derecho privado. Esta última categoría es excepcional; se trata principalmente de los obreros de las empresas del Estado, y de algunos casos de personal contratado especialmente por sus servicios profesionales.

5. Todos los funcionarios (o empleados) públicos se rigen por el derecho público, pero no se les aplican las mismas normas. Están excluidos del Estatuto, en este sentido, el personal regido por contratos especiales, los Ministros, Secretarios de Estado, etc., personal integrante del gabinete del Ministro; personal militar, del servicio exterior, docentes, etc.

Art. 38. Son causas para la exoneración:

a) Delito que no se refiera a la administración, cuando el hecho sea doloso y de naturaleza infamante;

b) Falta grave que perjudique material o moralmente a la administración;

c) delito contra la administración;

d) incumplimiento intencional de órdenes legales;

e) indignidad moral.

Las causales enunciadas en este artículo y los dos anteriores no excluyen otras que importen violación de los deberes del personal.

6. Los agentes públicos excluidos del Estatuto se rigen por las normas especiales que existan en sus estatutos específicos, contratos especiales, etc., pero supletoriamente puede acudirse al Estatuto salvo en lo referente a la posible aplicación de sanciones o prohibiciones no previstas.

7. La relación entre el agente y el Estado no es un contrato de derecho privado, ni tampoco resulta de un acto unilateral de la Administración; es un contrato administrativo. La jurisprudencia acepta claramente la primera aseveración, pero oscila entre la segunda y la tercera, para caracterizar a la relación de empleo público.

8. El art. 14 bis de la Constitución garantiza la estabilidad del empleado público, la que ha sido regulada por el decreto-ley 6666/57 de tres maneras: Disponiendo que la cesantía o exoneración sólo pueda hacerse previo sumario, que debe fundarse en las causas que la ley determina, y que es recurrible para ante la justicia, la que puede ordenar la reincorporación del agente si el acto es ilegítimo.