

La precarización laboral del contratado como detonante de discriminación en el sector público

POR VERÓNICA ITATÍ GONZÁLEZ (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Resultados de las encuestas.- III. De la precarización laboral en el empleo público.- IV. Del personal contratado por tiempo determinado y transitorio.- V. Del trabajo decente.- VI. Fundamento constitucional del principio de igualdad y de no discriminación.- VII. Jurisprudencias.- VIII. Conclusión.- IX. Bibliografía.

Resumen: en este artículo se presentan los datos de una encuesta realizada en distintos organismos de la Administración Pública Nacional buscando evidenciar la situación laboral fáctica en la que se encuentra el personal “contratado por tiempo determinado” y de “planta transitoria”. El objetivo de este trabajo es determinar si la situación de precarización laboral de estos empleados, en relación con los de planta que gozan de estabilidad, influye y/o favorece para que se desarrollen conductas discriminatorias en el sector público nacional. Para dar cuenta de este objetivo, se analizan los resultados de la encuesta realizada por mi parte, en forma personal y al azar, a varios trabajadores que se encontraban empleados mediante estas formas de contratación del Estado. Si bien dicha encuesta no abarca la totalidad del universo de los contratados, esta arroja resultados que denotan situaciones de discriminación, como se podrá constatar. También se recurrió a la doctrina y jurisprudencia existentes sobre el tema para darle marco y contenido al presente trabajo. Por último, se arribará a una conclusión final de la temática propuesta.

Palabras claves: Estado - contrato temporario - contrato transitorio - precarización - discriminación laboral

The precarization of the contracted labor as a trigger for discrimination in the public sector

Abstract: *this article presents the data of a survey carried out in different organisms of the National Public Administration looking for evidencing the factual*

(*) Prof. Adscripta a Derecho Administrativo I, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, UNNE. Becaria de Investigación de Iniciación, Secretaría General de Ciencia y Técnica, UNNE.

labor situation in which the personnel “hired for a certain time” and of “transitory plant” are found. The objective of this work is to determine if the situation of job insecurity of these employees, in relation to those in plant that enjoy stability, influences and / or favors to develop discriminatory behavior in the National Public Sector. To give an account of this objective, the results of the survey conducted by me on a personal and random basis to several workers who were employed through these forms of contracting the State are analyzed. Although this survey does not cover the entire universe of those hired, it gives results that indicate situations of discrimination, as can be seen. Also, recourse was made to the existing doctrine and jurisprudence on the subject to give context and content to the present work. Finally, we will arrive at a final conclusion of the proposed theme.

Keywords: *state - temporary contract - transitory contract - precarization - employment discrimination*

I. Introducción

En los últimos días se viene hablando bastante sobre las distintas formas de contratación que utiliza el Estado para cumplir con sus fines. Ello obedece a la serie de ajustes que se vienen anunciando de parte del Ejecutivo Nacional en materia de gasto público.

En razón de la actualidad del tema, hemos tomado la iniciativa de investigar dicha cuestión con la finalidad de conocer un poco sobre la realidad con la que convive un conglomerado de trabajadores que laboran para el Estado Nacional bajo el régimen de “contrataciones por tiempo determinado” y de planta transitoria.

La actualidad demuestra que hoy son cada vez más los trabajadores que se hallan bajo estos regímenes, cuando lo normal debería ser la contratación en el régimen de la estabilidad. También se evidencia que hay una mayor asimetría en lo que respecta a la relación laboral con sus empleadores (Estado), lo que los hace más vulnerables dentro del sistema.

La obligación de respetar y hacer respetar los derechos sin discriminación alguna que prescriben la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, las normas constitucionales nacionales y las leyes antidiscriminatorias no parecen ser suficientes para responder a este flagelo.

El tema de la desigualdad es central cuando se examinan los desafíos de la generación de empleo y trabajo decente (Organización Internacional del Trabajo, 2007).

Según un diagnóstico de la Administración pública entre 2003 y 2015, de alrededor de 217.000 empleados de servicio civil en la administración centralizada y descentralizada, más de 70.000 tenían contratos precarios que debían ser renovados cada año a voluntad de sus jefes de área (Estado del Estado, 2015, p. 32).

En ese sentido, afirman Javier López Calderón y Rodolfo E. Facio que

no es infrecuente comprobar que, pese a la claridad de las normas, por razones de dinámica de la Administración, ésta asigna al personal contratado funciones similares a las que cumplen los agentes de planta permanente; aunque sin reconocimiento de estabilidad, lo que también produjo la renovación indefinida de la vigencia de los contratos, manteniéndose 'una prolongadísima situación de inestabilidad' (López Calderón y Facio, 2003, p. 18).

El objetivo general del presente trabajo consiste en corroborar que la situación de precarización laboral del personal contratado (transitorio o temporario) en los distintos organismos que forman parte del sector público nacional influye y/o favorece para que se desarrollen conductas palmariamente discriminatorias.

La hipótesis preliminar que afirmamos consiste en confirmar que al menos una vez los empleados contratados fueron víctimas de discriminación por parte del personal de planta debido al régimen laboral que los une con el Estado y que este tipo de régimen favorece muchas veces para que se produzcan situaciones de discriminación.

La metodología que guía la investigación es fundamentalmente cuantitativa y cualitativa. Para recopilar y sistematizar la información se utilizaron fuentes primarias y secundarias.

Entre las fuentes primarias se realizaron encuestas semiestructuradas a trabajadores contratados de distintos organismos de la Administración Pública Nacional elegidos al azar. El cuestionario fue aplicado a una muestra no probabilística de un total de cincuenta y dos trabajadores, entre los 26 y los 45 años.

De esta manera, se visitaron los siguientes organismos estatales: a) Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; b) Ministerio de Educación; c) Ministerio de Desarrollo Social; d) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; e) Ministerio de Seguridad; f) Ministerio de Salud.

Para la elección de la muestra se consideró que las personas debían encontrarse trabajando en el organismo que se interesaba estudiar y, en virtud de la sen-

sibilidad por el tema a tocar, se utilizaron cuestionarios anónimos para que los trabajadores se sintieran con libertad de poner su percepción sin sentir que fueran a ser identificados, agregándose además una sección de observaciones.

Con los resultados obtenidos de la encuesta se pretende conocer la situación laboral actual del personal contratado en forma temporal y transitoria en los distintos organismos de la Administración Pública en cuanto a la existencia o no de discriminación laboral. Se pretende, además, generar nuevos datos que constituyan materia prima para nuevos trabajos similares e investigaciones científicas.

Respecto a las fuentes secundarias se recurrió a la doctrina y jurisprudencia sobre la temática en cuestión.

II. Resultados de las encuestas

De los seis (6) organismos visitados, se encuestó a cincuenta y dos (52) trabajadores contratados, de los cuales diecisiete (17) poseían contratos de prestación de obra (en su mayoría estudiantes), veintiséis (26) trabajadores se encontraban como prestadores de servicios, cinco (5) personas manifestaron que eran monotributistas y cuatro (4) que estaban en planta transitoria.

Algunos de los trabajadores poseían contratos de servicio desde hace nueve años, otros se encontraban prestando servicio desde hace siete años. Todos expresaron poseer contratos renovables anualmente. Dos de los monotributistas manifestaron estar desde hace más de diez años en esa situación.

Todos los encuestados manifestaron haber sufrido alguna vez algún tipo de práctica discriminatoria por parte del personal contratado, sea de sus compañeros o de sus superiores. El 20% manifestó que dichas prácticas son bastantes cotidianas. Todos coincidieron en que, por un sueldo mucho menor en relación con el personal de planta, cumplían las mismas funciones que ellos, y que muchas veces se les exigía un mayor rendimiento con la promesa de hacerlos pasar a planta o la amenaza de no renovación de sus contratos.

III. De la precarización laboral en el empleo público

Según el *Diccionario de la Lengua Española* (Espasa-Calpe) resulta que precario es aquel que tiene poca estabilidad o duración, es decir, al hablar de precarización nos estamos refiriendo a todos los tipos de contratación de personal que, bajo las denominaciones de “contratado, transitorio o temporario”, carecen de estabilidad.

Si bien teóricamente el contrato *ad hoc* es un medio correcto y plausible, “en la práctica se encuentra desprestigiado debido al abuso de que fue objeto (...) se ha convertido en una expresión de favoritismo hacia personas sin méritos, cuya presencia en la Administración Pública, innecesaria e injustificada, resulta pernicioso” (Marienhoff, 1977, pp. 94-95).

En el terreno jurídico, la definición del empleo precario deviene por oposición a aquel que es fruto del denominado “contrato de trabajo típico”, entendiéndose por este al que se presta por tiempo completo, por plazo indeterminado, protegido por el derecho del trabajo como por la seguridad social y frecuentemente alcanzado por la negociación colectiva.

Frente al trabajo producto de la contratación típica, se nos presenta un amplio y variado espectro de modalidades precarizadas de empleo. En este campo es donde se desenvuelven las llamadas “contrataciones atípicas” como, por ejemplo, por tiempo determinado o de plazo fijo.

Ruiz Álvaro Daniel expresa que

es válido distinguir entre trabajo ‘precario’ y ‘precarizado’. Encuadrando al primero en los casos que, por sus modalidades objetivas, o por su naturaleza misma, se presenta como ‘no típico’, por ejemplo, no permanente, respondiendo a exigencias extraordinarias o transitorias del organismo, para la satisfacción de servicios extraordinarios determinado de antemano, etc.). Junto a esos supuestos que podrán denominarse como de auténtica precariedad del empleo, aparecen otros casos que en general predominan en la experiencia nacional, donde se advierte una precarización intencionada o fraudulenta del trabajo con el propósito de sustraerlo de las normas que rigen los modos típicos o normales de contratación laboral (Ruiz, 1988, p. 805).

En este punto es importante señalar el papel transcendente que ocupa el derecho en la demarcación o delimitación de los campos propios de aquellas categorías, pues suele ser la ley, y más precisamente la política legislativa y la práctica jurisprudencial, la que proporciona los elementos caracterizantes y a su vez distintivos de fenómenos, por sí mismo.

El trabajo precario se refiere a todas las formas posibles de una explotación insegura, no garantizada y flexible desde el empleo ilegal, estacional y temporal.

Las relaciones laborales precarias incluyen contratos directos “temporales” (que pueden convertirse en “permanentemente” temporales), contratos “estacionales” (que pueden florecer durante todo el año) y “pasantías” abusivas (Rossman, 2013, p. 27).

La persona que ingresa al mercado laboral en estas condiciones no tiene otra alternativa que aceptar que el trabajo propuesto no lo sacará de las condiciones de pobreza y que le será difícil tomar decisiones de vida con respecto al futuro, ya que se enfrenta a muchas incertidumbres.

El “precariado” enfrenta el desafío de la precarización: habituación a esperar y vivir una vida de trabajo inestable y no regulado (Standing, 2011), pero, a pesar de esto, para él la explotación parecería ser un privilegio en comparación con la exclusión constante del mercado laboral.

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata afirmó que

las contrataciones por el Estado de personal en esas condiciones de precariedad (...) no constituyen otra cosa que una falta del reconocimiento real de la situación presupuestaria estatal con relación a dichos empleados, así como la elusión por parte del Estado de la aplicación del principio de la estabilidad consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, significan, más bien, un abuso de las formas legales en detrimento de derechos de rango constitucional como el mencionado (en “Vaquero, Mónica S. v. Ministerio del Interior de la Nación, fallo también dejado sin efecto por la Corte Suprema”).

En los países como Argentina, los empleos permanentes a tiempo completo siempre han sido escasos, pero en lugar de avanzar hacia un empleo más estable, la tendencia es hacia el trabajo precario como norma.

El trabajo precario se está convirtiendo rápidamente en uno de los mayores obstáculos para el respeto de los derechos de los trabajadores en todo el mundo. Cada día, más y más trabajadores se encuentran en trabajos precarios en los que no tienen derecho ni siquiera a afiliarse a un sindicato, y mucho menos a negociar colectivamente con su empleador. Además, es uno de los desafíos más graves que enfrenta el movimiento sindical mundial. A menos que los sindicatos puedan encontrar formas de enfrentar el trabajo precario, reducir su prevalencia como una forma de empleo y superar las restricciones a los derechos laborales que conlleva, la fuerza del trabajo organizado para proteger y avanzar en los salarios y en las condiciones laborales será severa, si no está críticamente debilitado.

Los trabajadores precarios generalmente se pierden muchos de los beneficios asociados con el trabajo permanente, y pueden tener derechos reducidos o nulos a la protección de la seguridad social. Pero es la denegación efectiva de los derechos de los trabajadores precarios de unirse a un sindicato y negociar colectivamente con su empleador lo que los hace más vulnerables a la explotación. Algunos trabajadores precarios están formalmente excluidos de la cobertura de la

legislación laboral nacional que garantiza esos derechos, mientras que otros tienen derechos en papel, pero no tienen derechos de hecho porque las leyes no se aplican. Y otros temen ejercer sus derechos porque podrían perder sus trabajos en cualquier momento.

Miriam Ivanega expresa que

una de las características generales comunes a todos los agentes contratados es que carecen de estabilidad y por ende no tienen derecho a la carrera administrativa, ni están sometidos a los regímenes disciplinarios aplicables a los agentes de planta permanente, salvo que expresamente así se establezca. Y por otra parte la Administración puede rescindir el contrato en cualquier momento (2009, p. 211).

En el artículo 9° de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25164, se establece el régimen de contrataciones que comprende la contratación por tiempo determinado y la designación en plantas transitorias, que está sujeto a las siguientes previsiones:

a) El personal será afectado exclusivamente a la realización de actividades de carácter transitorio o estacional, que resulten necesarias para complementar el ejercicio de las acciones y competencias asignadas a cada jurisdicción o entidad descentralizada. Las actividades de carácter transitorio estarán referidas a la prestación de servicios, asesoramiento técnico especializado, coordinación y desarrollo integral de programas de trabajo y/o proyectos especiales o para atender incrementos no permanentes de tareas. (...) Las actividades de carácter estacional responden a tareas que se realizan periódicamente y sólo en determinada época del año. En estos casos el personal puede ser incorporado a una planta transitoria con designación a término, cuyas características serán reguladas por la autoridad de aplicación. (...) d) El personal sujeto al régimen de contrataciones y el incorporado a plantas transitorias, carecen de estabilidad y su contrato puede ser rescindido o la designación en la planta transitoria cancelada en cualquier momento.

A su vez, por decreto N° 2345/2008 se aprobó el régimen de contratación de personas para la prestación de servicios profesionales autónomos que sean necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos o programas especiales y con término estimable que complementen la gestión de cada jurisdicción o entidad. Estos contratos deberán encuadrarse en el régimen de contrataciones establecido por dicho decreto, para lo cual su artículo 1° expresa que

facultase 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. (...) Las contrataciones que se realicen tendrán por objeto la prestación de servicios especializados técnicos o profesionales (...).

Las personas contratadas cumplirán las funciones de Responsable de Proyectos, Coordinador, Consultor Experto y Consultor. Este contrato de locación de servicios deberá realizarse dentro de un plazo determinado, pudiendo ser prorrogado o renovado únicamente de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro contrato.

IV. Del personal contratado por tiempo determinado y transitorio

Los trabajadores de planta transitoria son empleados estatales y forman parte de un convenio colectivo de trabajo, por lo que gozan de vacaciones, paritarias y aportes sociales. Si bien la ley impone que su trabajo deberá enfocarse en proyectos específicos y de tiempo limitado, en la práctica suelen desempeñarse muchas veces en tareas permanentes.

Por otra parte, existen los llamados empleados “contratados”, que son aquellos que son empleados “por tiempo determinado” que deben renegociar su situación periódicamente. Una de las diferencias de los contratados es que no pueden concursar por cargos, por lo que no pueden llevar adelante una carrera administrativa. Sin embargo, la mayor peculiaridad de su régimen es que no forman parte de un convenio laboral, por lo que, si bien en la práctica la mayoría termina negociando sus vacaciones, no tienen derechos a paritarias ni el Estado le realiza sus aportes sociales.

La participación de los trabajadores contratados pasó de representar el 15% del total de los empleados públicos en el 2003 al 30% en 2012.

Las diferencias en la situación laboral implican también diferencias salariales. Según los datos de Cippec, el salario promedio de un empleado en planta transitoria en 2012 era el 70% del promedio de aquel empleado como planta permanente, mientras que la remuneración promedio de los contratados significaban un 63% del trabajador con estabilidad.

De acuerdo a datos oficiales publicados en el Boletín Fiscal del segundo trimestre de 2015, el 19% de los trabajadores del Poder Ejecutivo Nacional estaban

como “contratados”. En algunas dependencias, como el Ministerio de Trabajo, los contratados llegan a ser el 74% del total de empleados. Es decir que hay casi tres veces más contratados que trabajadores permanentes, una proporción que está muy por encima del 15% del convenio colectivo.

Según un informe de jefatura de Gabinete que analizó la situación contractual de las jurisdicciones ministeriales y entidades descentralizadas, por lo que cubre más entes que el Boletín Fiscal, en el segundo semestre del 2014 el 69,7% trabajaba en planta permanente (238.697 empleados), mientras que el 8,4% lo hacía en planta transitoria (28.604) y el 19% lo hacía con contratos bajo dependencia laboral a término fijo (65.000).

Según el informe de Cippec, en el segundo trimestre del 2015 el 28% del personal de la administración pública nacional era contratado, mientras que el 72% era parte de la planta permanente o transitoria.

La contratación de personal por fuera del régimen de carrera siempre estuvo prevista en la legislación como excepción para la prestación de servicios de carácter transitorio o de alta especialización que no pudieran ser cubiertos por personal de planta permanente.

Pero la desnaturalización de estas contrataciones y su crecimiento exponencial fue contemporáneo a la imposibilidad de ingresar a la administración por las vías de selección establecidas debido al congelamiento de vacantes.

La ley 25.164, Marco de Empleo Público, prevé en su artículo 9º la contratación de personal por tiempo determinado, la cual comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacional no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente. Pero no es la única normativa que se utiliza para contratar personal.

Los textos legales han ido recogiendo las distintas modalidades de contratación de personal sin un criterio de homogeneidad. Si bien cada una respondió en su momento a una finalidad determinada, hoy comparten su condición de “puerta” que habilita el ingreso, sin importar, una vez formalizado el respectivo contrato o designación, que tareas realiza el agente.

Si bien todos los ministerios precarizan, la realidad en cada uno es distinta. Los casos más preocupantes son Desarrollo Social con 6,7 contratados por asalariado; Comunicaciones, 6,5; y Cultura, 3,4. Mientras que en el otro extremo están Justicia y Derechos Humanos (0,04), Ciencia y Tecnología (0,15) y Trabajo y Seguridad Social (0,24), con proporciones mínimas. Desarrollo Social y Comunicaciones son los ministerios que más precarizan. Así se desprende de un informe del Instituto

de Estudios Laborales y Sociales (Idelas) de la UCES, que retoma datos del último Boletín Fiscal del Ministerio de Hacienda.

V. Del trabajo decente

La OIT define al trabajo decente como aquel que “dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades” y ofrece una “oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos”.

El trabajo decente es todavía un concepto en construcción que se va ampliando y enriqueciendo tanto en el mismo seno de la OIT como en las discusiones internas que los actores sociales de muchos de los países miembros han encarado con un rigor y entusiasmo ciertamente alentador.

Así, para hablar de trabajo decente no solo se debe tener en cuenta los temas vinculados al acceso al empleo (participación, empleo, subempleo y desempleo, etc.), sino también la “calidad” del empleo de las personas, es decir, cuáles son sus condiciones laborales, la seguridad laboral, las horas excesivas y la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar, la ética en el trabajo (trabajo forzoso y trabajo infantil), la igualdad de género y la no discriminación, y el diálogo social y la participación de los trabajadores.

Finalmente, el trabajo decente tiene como fin la incorporación de las masas de trabajadores precarios dentro del circuito del salario. Esto implica reimponer la monetización en las relaciones sociales vía salario. Se trata del impulso por construir una nueva forma de integración del trabajo al capital. Lleva en sí mismo un nuevo modo de imposición del trabajo, un intento por reimpulsar la centralidad de la relación salarial en el marco del comando capital-dinero. En definitiva, el trabajo decente está expresando un intento de integración de las formas de insubordinación del trabajo al capital bajo el aspecto de la reconciliación moral del mundo.

VI. Fundamento constitucional del principio de igualdad y de no discriminación

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes (1). La discriminación es una especie de la

(1) CNAT, Sala V, S D. 68536 del 14/06/06, “Parra Vera Máxima c/ San Timoteo SA s/ Amparo”.

desigualdad de trato, caracterizada por la presencia de causas de distinción de especial trascendencia social que implican una vehemente “sospecha” de desigualdad y una paralela exacerbación de su gravedad (Gorelli, 1999; Pompa, 2011, p. 20).

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental del hombre y por lo tanto forma parte del dominio del *jus cogens*, entendido como derecho aceptado por la comunidad internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que los derechos humanos fundamentales pertenecen *ab initio* al dominio de las normas de *ius cogens* y que la salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del *principio de igualdad ante la ley* y de *no discriminación* está protegida por los principios de la moral universal. Tratándose de normas fundamentales, existe el deber de respetarlas sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar o, incluso, para vulnerar su cumplimiento. Ni siquiera tratándose del orden público es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho fundamental y mucho menos invocando objetivos de política interna, contrarios al bien común. Los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes lato sensu* no se despliegan solo entre las partes contratantes, sino que se producen a la manera de derecho a favor de terceros. El carácter de *ius cogens* del principio de no discriminación implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones, por cuanto no dependen ni de la voluntad, ni del acuerdo, ni del consentimiento de los sujetos. Y, sobre todo, cuando el mismo organismo en el caso “Bulacio” estableció, en el año 2003, que los Estados Partes tienen la obligación de hacer cesar y remover los obstáculos al ejercicio de los derechos que la convención reconoce (Verbitsky, 2003, p. 12) (Pompa, 2011, p. 22).

La noción de *ius cogens* está consagrada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969) en tanto “norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de los Estados en su conjunto”, es decir, que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En Argentina, desde que en 1994 se incorporaron los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional (artículo 75, inc. 22), no puede haber ninguna norma interna que por acción u omisión regule conductas o situaciones en contra de la dignidad e integridad de las personas.

A modo de ejemplo, se cita al Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que consagra la protección de los Derechos Humanos por un régimen de derecho, por lo que resulta evidente que la tutela de los derechos hu-

manos fundamentales debe ser el motivo especial y principal preocupación por parte de un Estado Social de Derecho.

La Constitución Nacional establece “condiciones equitativas de labor, retribución justa e igual remuneración por igual tarea” (artículo 14 bis); es decir, regula el derecho inalienable de todo trabajador a gozar de condiciones dignas de trabajo. Asimismo, consagra el Principio de Igualdad ante la Ley (artículo 16) y de Igualdad de Oportunidades (artículo 37). También consagra el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano (artículo 41) y el de interponer acción expedita y rápida de Amparo contra todo acto u omisión que altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un Tratado o una Ley y contra cualquier forma de discriminación (artículo 43). También confiere al Congreso Nacional proveer lo conducente al Desarrollo Humano al Progreso Económico con Justicia Social, asegurando la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (artículo 75, inc. 19). Asimismo, el Artículo 75, inciso 23 faculta al Congreso a promover medidas de acción positivas con relación a las mujeres, que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y de goce de los derechos que les son reconocidos.

Al respecto nos dice Bidart Campos que

la Constitución reformada del año 1994, al incorporar numerosas disposiciones sobre la igualdad real de oportunidades, la adopción de acciones positivas, etc., demuestra el sentido actual de la igualdad jurídica, real y efectiva, tutelando a favor de la igualdad tanto el pluralismo como el derecho a la identidad y a las diferencias, admitiendo la llamada ‘discriminación inversa’ (artículos 37, 75, incisos 19, 17 y 23 de la Constitución Nacional) (Bidart Campos, 2003, p. 532).

Que consiste en adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes por determinadas circunstancias como la raza, el sexo, la religión o la condición social se encuentran en una situación desigual, por lo que resulta razonable que se intente corregir esa circunstancia a través de una diferenciación jurídica. Es menester discriminar para igualar (...) cuando existen patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados ‘programas de acción afirmativa’, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas (Kiper, 1998, p. 127).

La Ley contra la Discriminación N° 23.592, sancionada en 1988, obliga a todo aquel que “arbitrariamente impida, obstruya o restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías reco-

nocidos en la Constitución” a poner fin al acto discriminatorio y a reparar el daño moral y material causado.

La referida norma tiene un carácter genérico, es decir, no es específica del derecho laboral y regula un ámbito de aplicación general con relación a otras ramas del derecho. Esta característica es la que generó arduos debates académicos y jurisprudenciales referidos a su interpretación y aplicación al derecho del trabajo.

La doctrina, tras diversos *leading cases* como “Álvarez”, sostiene que resulta aplicable a todos los supuestos de discriminación en el ámbito laboral y que, por lo tanto, es procedente declarar la nulidad del despido en estos supuestos y la consecuente reinstalación del trabajador a su puesto. A su vez, tiene por objetivo fundamental el de reparar el daño moral o material causados por la conducta antijurídica.

Lo que se sanciona es el arbitrario trato desigual, el acto negativo de la exclusión de un trabajador por los motivos mencionados en la norma.

El Convenio Decreto 214/2006 fija como “principios ordenadores de la función pública: el sometimiento pleno a la Constitución en el desempeño como garantía de un ejercicio responsable, objetivo e imparcial de la función pública, y la no discriminación e igualdad de oportunidades y de trato (artículo 16)”. En el sentido que nos ocupa, podemos también mencionar que garantiza “abstenerse y/o hacer cesar cualquier hecho de discriminación de cualquier índole mediante el uso del cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia (artículo 33)”. Asimismo, crea una “Comisión de Igualdad de Oportunidades de trato (CIOT)”, integrada por tres representantes del Estado Empleador y tres de la parte gremial “para promover entre otras cuestiones el cumplimiento del principio de no discriminación (artículo 125)”. Esta Comisión se encontrará habilitada para “recibir denuncias en forma escrita e individualmente, observando las debidas garantías de confidencialidad, discreción, imparcialidad, celeridad y resguardo de la identidad de el/los afectado/s e impulsar su tratamiento y resolución por la autoridad administrativa competente. Una vez recibida la denuncia y constatada la relación jerárquica entre denunciado y denunciante, las actuaciones serán elevadas a la máxima autoridad de la Jurisdicción, organismo descentralizado o entidad, para que disponga, a través de la autoridad competente, la sustanciación de la pertinente información sumaria o sumario administrativo, según corresponda (artículo 126)”; esto debe entenderse como facultativo del denunciante, quien puede seguir el procedimiento de denuncia previsto en el Decreto 467/99 o interponerla (previo ponerla en conocimiento efectivo de las autoridades bajo cuyas órdenes cumpla servicios) ante Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas o directamente en sede Judicial.

Con relación a la normativa en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, cabe destacar que nuestro país ha ratificado los Convenios N° 100, relativo a la igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (decreto-ley N° 11595/56), y N° 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (ley N° 17677). Este último define a la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tanga por objeto anular la igualdad de oportunidades o de trato”.

Asimismo, el Convenio N° 98 sobre sindicación y negociación colectiva, ratificado por el decreto-ley N° 11594/56, determina que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (artículo 1°).

Debemos recordar que la Conferencia Internacional del Trabajo, en su reunión N° 86 del año 1998, dictó una declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; en esta se consideró a la libertad sindical, a la negociación colectiva de condiciones de trabajo, a la libertad de trabajo, a la igualdad de trato y al principio de no discriminación como derechos humanos fundamentales. En este marco, la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo proclama que por el solo hecho de ser miembro de ese organismo todo país está obligado a respetar, promover y hacer realidad esos principios y deberes fundamentales, aun cuando no haya ratificado los convenios respectivos (Ermida Uriarte, 2001).

El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que

los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio d toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 24, en similar sentido, sostiene que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

VII. Jurisprudencia

El empleado público también debe ser considerado “sujeto de preferente tutela”, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA SA”, conclusión que el Alto Tribunal consideró no solo

impuesta por el artículo 14 bis, “sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 [art. 75, inc. 22), CN], por lo que todas las normas que se dicten para regular la relación de empleo público deben ser adoptadas, interpretadas y aplicadas a la luz de los principios del derecho del trabajo.

Numerosos fallos judiciales dan cuenta de casos en los que empleados contratados por la Administración Pública han prestado servicio durante muchos años de manera interrumpida, cumpliendo tareas que le eran propias a los trabajadores de planta permanente, encubriéndose así por parte del Estado de manera fraudulenta un aparente “contrato” para evitar incorporarlos a planta permanente.

Así, en los autos “*González Diego, María Laura c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otro s/ despido*”, la Cámara sostuvo que la empleada que había firmado con el Ministerio de Trabajo y la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA un *convenio de asistencia técnica* para desarrollar tareas en el Tribunal de Servicio Doméstico, y que lo realizó durante siete años de manera ininterrumpida, desarrolló “*tareas propias y permanentes de la Administración Pública, sin estar sometida a un régimen jurídico específico y distinto del personal de Planta Permanente, y que la relación de la actora con las dos entidades públicas no se había ajustado con el régimen aplicable en materia de pasantías*”.

En el fallo “*Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa -ARA) s/Indemnización por despido*” del 06/04/2010, la CSJN al referirse al Estado Nacional demandado indicó que

éste utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado. El comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en ‘Ramos’ una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección general que el artículo 14 bis de la C.N. otorga al trabajador contra el despido arbitrario”- afirmó el Máximo tribunal al referirse al prolongado período de contratación del actor con el Estado.

En esa oportunidad, la Corte calificó de ilegítima la conducta del Estado y consideró que la conducta del accionado generaba responsabilidad y justificaba la procedencia del reclamo indemnizatorio. La doctrina judicial del caso “Ramos” coincide con los fundamentos sustanciales de la sentencia de la Cámara del Trabajo.

En el Boletín Temático de Jurisprudencia del Poder Judicial Nacional se citan varios fallos sobre empleados contratados por la Administración pública, de los cuales, a modo de ejemplo, podemos citar:

Fallo “Sánchez, Carlos Próspero c/Auditoria General de la Nación s/ despido” CSJN del 6/4/2010, donde se admitió el reclamo del actor, quien fue contratado sucesivamente durante ocho años y cumplió tareas propias de los empleados de planta permanente, a fin de que se condene a la Auditoria General de la Nación a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización, por los perjuicios derivados de la ruptura del vínculo de empleo que unía a las partes, pues ha quedado acreditado que la vinculación entre las partes obedeció a requerimientos propios de la actividad permanente, normal y regular de aquella repartición pública, como así también que a la demandada no le faltaban los medios jurídicos para enfrentar necesidades fuera de las ordinarias, lo que robustece que el nexo establecido con el reclamante no respondió a tal carácter ‘transitorio’ (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni) (Boletín Temático de Jurisprudencia del Poder Judicial Nacional, 2011, p. 5-6).

En los autos “Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. U. Polival. de Inspecciones ex Dirección General de Verificaciones y Control” CSJN, del 19/4/2011, la doctrina del precedente ‘Ramos’ encuentra sustento en dos circunstancias fundamentales: por un lado, la relativa a que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan, y por otro, la atinente a que resulta una evidente desviación de poder la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanente, y alcanza además a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo con la Administración nacional, provincial o municipal o la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Boletín Temático de Jurisprudencia del Poder Judicial Nacional, 2011, p. 6).

Todos los fallos que hay en contra del Estado dicen que los contratos deben tener un objeto con un plazo fijo, como puede ser un proyecto determinado. Si el trabajador va a cumplir tareas comunes del día a día, el plazo no es fijo, por lo que la persona debería ser contratada por tiempo indeterminado.

La Corte Interamericana “Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación” ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente

de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior lo trate con hostilidad o lo discrimine de cualquier forma del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

En el caso “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo”, la Corte Suprema Argentina construyó una estructura conceptual más elaborada del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación (con relación a otros antecedentes) al receptar todo el andamiaje normativo internacional y los precedentes judiciales como los de la Corte Interamericana de Justicia.

Respecto de este reafirmó su carácter de *ius cogens* e imperativo. De esta característica se deriva su particularidad de constituir un estándar de justicia global que establece una obligación *erga omnes* que debe ser respetada tanto por los Estados nacionales como por los particulares.

VIII. Conclusión

En Argentina no hay duda de que existe una alta dosis de precarización laboral. En el presente trabajo quedó evidenciado que la situación de precarización laboral del personal contratado temporariamente y/o transitoriamente en el sector público nacional muchas veces influye y/o favorece para que se desarrollen conductas discriminatorias en su contra.

Toda vez que el empleado público precarizado deba cumplir las mismas funciones y/o tareas que el empleado de planta estaremos en presencia de conductas discriminatorias, en relación con la diferencia de salarios que existe entre ambos y a los demás derechos laborales que no tienen.

Este tipo de contrataciones es conveniente para la Administración Pública por el hecho de permitir una mayor flexibilidad a la hora de achicar el gasto público y disminuir la incidencia de los salarios en el presupuesto destinado al funcionamiento del Estado.

Debemos tener presente que este tipo de empleados en principio carecen de la protección de las leyes laborales y de la protección propia del empleado público estatutario. Se tratan en general de contratos a término, generalmente de un año, donde se determina que cualquiera de las partes dentro del año puede, con un plazo previo de treinta días, dar por rescindido el contrato que las une sin derecho a indemnización alguna. En este sentido, cabe reflexionar que muchas veces existe una desviación de poder del Estado.

El principio de igualdad y no discriminación permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, *per se*, incompatible con esta. Es contraria toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por considerarlo inferior sea tratado con hostilidad.

En caso de producirse el acto discriminatorio en la ejecución de la relación laboral, gran parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene la aplicabilidad del articulado de la ley 23.592 de Antidiscriminación y normas laborales concordantes, así como la aplicación de normas operativas internacionales.

Argentina tiene numerosas leyes y políticas públicas diseñadas para promover la igualdad laboral, destinadas a eliminar la discriminación. Sin embargo, estas muchas veces se ven obstaculizadas por deficiencias técnicas, aplicación ineficaz, legislación contradictoria y políticas públicas que parecen promover, en lugar de desalentar, la continuación de las prácticas discriminatorias. La discriminación laboral está omnipresente y es ampliamente tolerada en el sector público. No caben dudas que los contratados por tiempo determinado son víctimas de un maltrato estructural. Frente al ensanchamiento de la franja de vulnerabilidad laboral, la creación de modalidades de contratación claramente precarizantes del empleo configura un alto riesgo de exacerbaciones generales de trabajo. En una sociedad democrática como la nuestra es prioridad que inmediatamente se implementen diseños de políticas públicas más efectivas para eliminar este flagelo. Este es el gran desafío que tienen por delante nuestros gobernantes si pretenden que estemos ante un verdadero Estado de derecho.

IX. Bibliografía

Bidart Campos, G. (1981). Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (Individual y Colectivo) y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis. *Trabajo y Seguridad Social*.

Bidart Campos, G. (2003). *Manual de la Constitución Reformada*. T. I. Buenos Aires: Ediar.

Constitución Nacional y Tratados Internacionales (2012). Editorial Zavalía.

Ermida Uriarte, O. (2001). Derechos laborales y comercio internacional. Ponencia al *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima.

Ivanega, M. M. (2009). *Las relaciones de empleo público*. Buenos Aires: La Ley.

Kiper, C. M. (1998). *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.

López Calderón, J. y Facio, R. (2003). La Administración y el Personal contratado. *Revista RAP*. Provincia de Buenos Aires, Año I, N° 6, Sección Doctrina.

Marienhoff, M. S. (1977). *Tratado de Derecho Administrativo*. T. III-B. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pompa, R. (2011). *Mobbing: una respuesta globalizada a una situación también globalizada*. Buenos Aires: Lugar Editorial.

Rossmann, P. (2013). Crear derechos para los trabajadores en puestos de empleo desechables. *Boletín Internacional de Investigación Sindical*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. V. V. N. I.

Ruiz, Á. D. (1988). *Derecho del Trabajo, crisis y precarización del empleo. Legislación del Trabajo*. Tomo XXXVI - B.

Standing, G. (2011). *The Precariat: The New Dangerous Class*. London: Bloomsbury Academic.

Legislación

Convenio N° 100 sobre Igualdad de Remuneración, Ginebra, 23/05/1953.

Convenio N° 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, Ginebra, 15/06/1960.

Decreto N° 1421. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/08/2002.

Decreto N° 214/2006.

Ley N° 23.592, Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 03/08/1988.

Ley N° 25.164, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/10 1999.

Jurisprudencia

Fallos: 333:311.

CNAT, Sala V, S D. 68536 del 14/06/06, “Parra Vera Máxima c/ San Timoteo SA s/ Amparo”.

CSJN, S.2225.XLI. “Sánchez, Carlos Próspero c/Auditoria General de la Nación s/despido”, 06-04-2010.

CSJN, C.1733. XLII. “Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. U. Polival de Inspecciones ex Dirección General de Verificaciones y Control”, 19-04-2011.

CSJN, G. 1470. XLII. “González Diego, María Laura c/ Ministerio de Trabajo Empleo y Formación de Recursos Humanos y otros s/ Despido”, 05-04-2011.

CSJN, V. 223. XXXV. “Vaquero, Mónica Silvia c/ Ministerio del Interior de la Nación”, 23-08-2001.

CSJN, 07-12-10, in re: “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo (Fallos: 333:2306).

CSJN, V. 967. XXXVIII. REX (Fallos: 327:3677), “Vizzoti Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/Antigüedad Art. 245 LCT Modif. Art. 153 LE”, 14/09/2004.

Otros documentos consultados

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Boletín Temático de Jurisprudencia. Empleados contratados por la Administración pública. Septiembre 2011. Recuperado de <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00019/00047081.Pdf>

El estado del Estado. Diagnóstico de la Administración pública. Presidencia de la Nación. Diciembre de 2015. Recuperado de http://www.sigen.gob.ar/pdfs/el_estado_del_estado.pdf

Fecha de recepción: 28-03-2018

Fecha de aceptación: 23-05-2018