

## **EL DERECHO A LA REPARACIÓN POR CESANTIAS INCAUSADAS EN LAS RELACIONES DE EMPLEO PUBLICO SIN EL ATRIBUTO DE LA ESTABILIDAD**

Ricardo Apcarian

Noviembre 2018

### **I**

#### **EL INGRESO Y LA ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO.**

El modo de ingreso y el derecho a la *Estabilidad* de los empleados públicos se encuentra regulado en el art. 51 de la Constitución de la provincia de Río Negro, que textualmente dice:

*“La idoneidad y eficiencia son condiciones para el ingreso, ascenso y permanencia de los agentes públicos. A esos efectos, la ley instrumenta el régimen de concursos de oposición y antecedentes. Se asegura la estabilidad e independencia en el desarrollo del cargo, prohibiéndose cualquier tipo de discriminación política, social y religiosa”.*

Escapa al presente trabajo el análisis teórico de esta garantía constitucional. Sólo creo necesario puntualizar que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro tiene dicho -de manera reiterada- que los ingresos que se hayan generado sin cumplir con el recaudo constitucional del concurso de oposición y antecedentes, carecen del atributo de la estabilidad.

Dicho principio fue ratificado de manera expresa en el conocido y viejo precedente **“BETANCUR, GABRIELA ISABEL C/ MUNICIPALIDAD DE ALLEN /CONCEJO DELIBERANTE) S/ INCAPLICABILIDAD DE LEY”<sup>1</sup>**, aun cuando se admitió allí -por primera vez y bajo determinadas condiciones- el derecho a un resarcimiento económico ante supuestos de cesantías incausadas de empleados públicos cuyo vínculo no goce del atributo de la estabilidad en su trabajo.

---

<sup>1</sup> STJRN Se 39/2009

Se sostuvo entonces: *“En efecto, el mentado art. 14 bis señala varias directivas atinentes al caso: por empezar, establece la estabilidad del empleado público, y luego prevé la pauta de condiciones dignas y equitativas de labor y el precepto de igual remuneración por igual tarea. A su vez, en el ámbito del derecho público local, comenzando por lo más general, debe advertirse que el preámbulo de la Constitución Provincial señala como uno de sus objetivos el de “dignificar el trabajo”. Luego, yendo a lo más particular, cabe destacar que las normas que establecen la “política administrativa” del Estado provincial rionegrino delinean las características principales del empleo público, concebido como régimen estatutario (art. 48), con reconocimiento de la carrera administrativa (art. 49) y de la estabilidad condicionada al ingreso por concurso de oposición y antecedentes (art. 51); como contrapartida de ello, se admite la posibilidad de que quienes hayan ingresado sin observar tales reglas puedan ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno (art. 53).*

Y continuó luego en lo que a este punto específico concierne: *“Respecto de la cuestión de la estabilidad, hay que señalar que ninguna duda ofrece el hecho de que si la Administración Pública -provincial o municipal- tiene una necesidad temporánea y estacional o técnico-científica, es lógico que contrate a una persona por un tiempo determinado, **sin concederle la garantía constitucional prevista por el art. 14 bis de la Constitución Nacional por el hecho de no haber ingresado por vía del concurso que el art. 51 de la Constitución Provincial manda instrumentar**, a efectos de tener por debidamente acreditados los requisitos de idoneidad y eficiencia que esa misma norma establece como condición para el ingreso, ascenso y permanencia de los agentes públicos”* (el resaltado en negritas es propio).

En definitiva, el mero transcurso del tiempo o permanencia en el cargo no genera el derecho a la *estabilidad*. El empleado que haya ingresado sin concurso, y siempre que se reúnan ciertas condiciones, que fueron moldeadas por la propia doctrina del Superior Tribunal de Justicia a partir del precedente “BETANCUR”, gozará a todo evento del derecho a una indemnización en caso de ser cesanteado incausadamente.

El criterio ha sido ratificado reiteradamente desde lo conceptual en relación a supuestos similares y otros diversos de aquél que motivara el

dictado del primer fallo, muchos de los cuales se van a referir a continuación.

Así, por ejemplo, en **“PAINETRU, MARTA PATRICIA C/ REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY”**<sup>2</sup> sostuvo en su voto el Dr. Enrique Mansilla: *“No cabe entonces, en supuestos como el presente, desconocer que este Superior Tribunal ha establecido (cf. STJRNS3, “BETANCUR”, Se. 39/09) que el art. 14 bis, C.N., señala varias directivas atinentes a la consideración del caso, como la razón de la estabilidad del empleado público, previendo condiciones dignas y equitativas de labor, entre ellas la igual remuneración por igual tarea. Y a su vez cabe advertir en el ámbito del Derecho Público local, comenzando por lo más general, que el preámbulo de la Constitución Provincial señala como uno de sus objetivos el de dignificar el trabajo; y que las normas que establecen la política administrativa del Estado provincial rionegrino delimitan las características principales del empleo público, concebido como régimen estatutario (art. 48), con reconocimiento de la carrera administrativa (art. 49) y de la estabilidad condicionada al ingreso por concurso de oposición y antecedentes (art. 51); por lo cual se admite como contrapartida la posibilidad de que aquellos que ingresaren sin observar tales reglas puedan ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno (art. 53), rigiendo en ese sentido las Normas de Interpretación y las Disposiciones Complementarias de la Constitución Provincial”.*

*“Obviamente no ofrece duda el hecho de que si la Administración Pública tiene una necesidad temporánea y estacional o técnico-científica, es lógico que contrate a una persona por tiempo determinado, sin concederle la garantía constitucional prevista por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, por el hecho de no haber ingresado por la vía de concurso que el art. 51 de la Constitución Provincial manda instrumentar a efectos de tener por debidamente acreditados los requisitos de idoneidad y eficiencia condicionantes del ingreso, ascenso y permanencia de los agentes públicos. Mas si en la práctica la Administración Pública desvirtuara esta figura, al contratar agentes transitorios para que cumplan tareas propias del personal permanente, mediante una indefinida renovación de tales contrataciones -como en el caso en examen, por más de una década- siempre en un clima de inestabilidad y*

*con el riesgo -admitido por la misma recurrente- de que en cualquier momento se decida la no renovación del contrato, ciertamente puede ello representar una "mala praxis", un supuesto de fraude o un ejercicio abusivo del derecho de contratar (art. 1071 C.C.; ó 10, C.C.C.), tanto más repudiable por provenir de la Administración, quien ha de cumplir los principios sentados por el art. 47 de la Constitución Provincial ordenados al comportamiento moral ejemplar en todo su accionar, sin desentenderse de las consecuencias de sus propios actos, ni frustrar la finalidad del contrato de empleo público, respetando la carrera administrativa y recompensándola en debida forma, capacitando y promoviendo razonablemente todo lo conducente para el mejoramiento de la administración, pero obviamente no como fin en sí misma, sino para el bienestar social general.*

Solo a mayor abundamiento agrego que en autos: **"FUENTES DAMIAN PTE. PRO TEMPORE DEL TRIBUNAL DE CONTRALOR MUNICIPALIDAD DE S.C. DE BARILOCHE S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (INC. 2 ART.62 CARTA ORGANICA Y ART. 7 INC.2 ORDENANZA N°1754-CM-07"**<sup>3</sup> se reafirmó el postulado constitucional del concurso como modo de acceso a la función pública.

Se cuestionaba allí un artículo de la Carta Orgánica de San Carlos de Bariloche porque determinaba que el cargo de asesor legal del Tribunal de Contralor debía ser designado "por concurso público de oposición y antecedentes". El cuestionamiento hacía hincapié en que ese procedimiento de selección era inadecuado para ese cargo, pues impedía escoger un profesional de su confianza.

La acción fue desestimada, y entre los fundamentos del rechazo se dijo:

*"La Constitución de la Provincia de Río Negro define la idoneidad y eficiencia como condiciones de ingreso, ascenso y permanencia de los agentes públicos previendo para tal fin, como medio apto por excelencia, el concurso de oposición y antecedentes (cf. Art. 51 de la Constitución provincial). Por su lado, la Constitución Nacional en su artículo 16 establece como único recaudo de acceso al empleo el de la idoneidad. Es dable precisar, como se ha dicho en STJRN4 "RAYO" Se. N°64/14, que el concepto de idoneidad desde el punto de vista jurídico tiene una faz*

<sup>3</sup> STJRN Se 173/14

*subjetiva (capacidad de hecho), una faz jurídica en sentido estricto (deberes específicos del cargo) y una faz ética. En el citado precedente se señaló, además, que un alto nivel de exigencia en relación a las conductas pretendidas para acceder o mantener cargos públicos, también incide sobre la seguridad jurídica.*

*“En lo referido a la invocada violación al derecho a la igualdad, no se visualiza discriminación alguna en el art. 62 inc. 2 de la Carta Orgánica Municipal. Por el contrario, el citado artículo se limita a regular el concurso para garantizar el acceso de los idóneos a la función pública; tal como lo exige el ordenamiento constitucional. Se ha dicho que es necesario diseñar las cualidades específicas que para cada cargo requiere el bien común, dejando de lado “absurdos planteos de igualdad que solo tienden a uniformar hacia la mediocridad y pensar en las responsabilidades emergentes de cada posición en el aparato burocrático” (Cf. Alberto M. Sánchez en obra citada, pág. 139 y STJRNS4 “RAYO” Se. Nº 64/14). En dicho contexto, resulta claro que la idoneidad que garantiza un concurso público debe prevalecer por sobre la “confianza” como condición de acceso al cargo de asesor legal del Tribunal de Contralor.”*

## II.

### **LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE “BETANCUR”**

#### **II. a) Breve referencia a los hechos:**

Gabriela Isabel Betancur era una empleada del Concejo Deliberante de la ciudad de Allen, que había prestado servicios durante más de diez años cumpliendo tareas administrativas de carácter permanente. El vínculo se había instrumentado en “contratos de prestación de servicios por tiempo determinado” que se renovaron sin solución de continuidad desde febrero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2004; y al vencimiento de este último contrato se le notificó la decisión de no renovarlo.

Evidentemente, sostuvo el STJ que “... el presente caso plantea -con la singular gravedad que le reporta el hecho de que se trata de una contratación transitoria que se mantuvo vigente por una década, es decir, más allá de todo plazo razonable- la delicada cuestión jurídica en que se encuentra el personal contratado por el Estado -en este caso, municipal-

pues, por un lado, no goza de la estabilidad del empleo público por no haber ingresado por concurso (de acuerdo con las normas de nuestro derecho público local) y, por el otro, al no estar incluido en la LCT (por no mediar un acto expreso que así lo disponga), tampoco posee la protección contra el despido arbitrario de los empleados privados...”.

En ese contexto, lo que llega en definitiva a decisión por vía del recurso de inaplicabilidad de Ley es, por un lado, si la empleada tenía derecho a una reparación por la ruptura (en rigor, no renovación) del vínculo y, por el otro, en caso de respuesta afirmativa al interrogante anterior, si la indemnización puede asimilarse -como lo había hecho la Cámara del Trabajo- a la prevista en los arts. 232 y 245 de la LCT.

## **II. b) La decisión:**

En una extensa sentencia, el Superior Tribunal de Justicia resuelve en sentido afirmativo ambas cuestiones.

Transcribo a continuación algunos extractos del fallo que resultan útiles desde la perspectiva de este trabajo:

***“No puede cohonestarse el fraude a la ley que significa incorporar un agente a través de la figura del personal contratado y mantenerlo en esa situación de precariedad cuando el objeto laboral (tareas administrativas) y el extenso lapso temporal de la vinculación (más de una década) no se condicen con la transitoriedad propia del género. Tampoco puede, en esa situación, compartirse una interpretación que, so pretexto de estricto apego a la ley, conduzca a un resultado que consagre una desprotección total del trabajador; esa circunstancia de notoria injusticia pudo y debió evitarse mediante el "concurso", con cuya omisión la Administración lesionó derechos fundamentales al frustrar la posibilidad de que la actora, o cualquier otro aspirante, tuviera la chance de acceder al cargo y adquirir la estabilidad que constitucionalmente le corresponde a todo agente público (arts. 51 y 53 de la Const. Prov. y 14 bis de la Const. Nac.). En ese contexto, debe buscarse una interpretación del orden normativo que permita, al menos, hacer efectiva la mínima protección frente al despido arbitrario (art. 14 bis de***

la Const. Nac.), pues otra solución supondría una completa dilución de aquellas garantías constitucionales (véase David Duarte: "La elusión de la estabilidad del empleado público", La Ley del 28.05.09, pág. 5).

*"En ese cuadro de situación, no parece desacertada la construcción jurídica edificada por la Cámara al recurrir al estándar de cálculo que -con bases suficientemente sólidas- aportan los arts. 232 y 245 de la LCT, pues, tratándose de servicios personales dependientes, deben respetarse sus derechos y garantías mínimos (art. 14 bis de la Const. Nac.), sin que puedan alterarse sus contenidos (art. 28 id.), sea que la administración utilice figuras del derecho público o del derecho privado, habida cuenta de que, de todos modos, el contenido de los derechos lo da la Constitución (doctr. fallo "VIZZOTI").*

*"Resulta importante destacar que, en el derecho público provincial rionegrino, se previó que las personas afectadas por medidas de notoria injusticia, como fueron las prescindibilidades decretadas durante el último gobierno militar, tuvieran la oportunidad de reingresar a la función pública o ser indemnizadas computando la prestación de servicios a los efectos jubilatorios (Ley 1794 histórica, consolidada por la Ley 4270 -objeto cumplido-). En tal inteligencia, se encuentra reglada también en el Estatuto del Empleado Público Provincial (Ley L N° 1844) una indemnización especial y tarifada (art. 83 inc. d) que comprende supuestos donde se afecte de alguna manera la estabilidad por causas que no son las del art. 78 (muerte, jubilación, renuncia, incapacidad, cesantía o exoneración), en los que opera la indemnización del art. 84, que establece una base de cálculo muy similar a la del art. 245 de la LCT. Se puede colegir entonces que el legislador provincial ha querido también, como en el orden nacional, que una resolución contractual sin causa no quede sin la justa reparación, con el agregado de que establece un derecho de opción por la reinstalación en el puesto de trabajo.*

*Ahora bien, a efectos de dejar debidamente perfilada una doctrina legal, parece razonable interpretar que **la señalada aplicación analógica, sea de las bases de cálculo del régimen de derecho privado o de las previstas para otros casos en la norma de derecho público precitada (art. 84 Ley L N° 1844), deberá***

*además estar precedida por el cumplimiento de un plazo mínimo de duración del vínculo para que la extinción reconozca derecho indemnizatorio. En tal sentido, deberá indagarse en las normas de derecho público provincial a efectos de descubrir cuál ha sido la voluntad del legislador para los tiempos de emergencia, ya que si la situación fuera normal no habría fundamento para apartarse de la regla del art. 51 de la Constitución Provincial y de las demás normas implicadas (arts. 47 a 57).*

*“A esos efectos, partimos entonces de lo dispuesto en el art. 7 de la ley 3238, que ha contemplado, además de las contrataciones especiales, excepcionales y fundadas, las de carácter ordinario del giro de la administración. Allí se ha equiparado a los trabajadores contratados que alcanzaron una antigüedad de **más de tres años con los que poseen estabilidad "strictu sensu" para el ejercicio, al menos, del derecho a ser remunerado de igual manera y a concursar para el supuesto de que existan vacantes. A partir de ello, parece razonable emplear la pauta temporal allí establecida para completar el ámbito de protección legal, reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización en el supuesto de que a partir de ese plazo el contrato de empleo público sea resuelto sin causa por parte de la administración.***

*“Naturalmente que el obrar abusivo o fraudulento de la Administración no puede tener cabida ni encontrar justificación en la norma contenida en el art. 53 de la Const. Prov., que admite la posibilidad de que quienes no hayan ingresado por concurso puedan ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno. Dicha norma persigue fines nobles, tales como el de garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos, la sujeción de la actuación de los involucrados a la ética pública y la publicidad de los actos de gobierno. No puede entonces ser invocada por quien incurre en un fraude al extender una contratación precaria por un plazo que excede el límite de lo razonable y cubre así sus requerimientos permanentes, exactamente igual que lo hace con personal estable.*



## **III.**

### **VIGENCIA ACTUAL DE LA DOCTRINA LEGAL EMANADA DEL PRECEDENTE “BETANCUR”.-**

Dos casos mucho más cercanos y con la actual integración del Tribunal ratifican el criterio y, fundamentalmente, las condiciones entonces establecidas en el fallo para acceder a un resarcimiento ante una situación de despido incausado; aún cuando uno de ellos (“PAINETRU”) tiene algunas aristas particulares por tratarse de un despido discriminatorio.-

En el caso **“RODRIGUEZ LORENA DE LOS ANGELES C/ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE RIO NEGRO S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY”**<sup>4</sup> la actora se había vinculado al Estado Provincial demandado mediante una beca de capacitación como operadora del Hogar Convivir desde el 1 de agosto de 2010. Al término de dicha beca -tres meses- continuó prestando servicios en forma normal y habitual, hasta el 29 de febrero del año 2012.-

La Cámara del trabajo de Bariloche ordenó indemnizar su desvinculación con una compensación equivalente a la fijada en el art 245 LCT, tal como fue reclamado en la demanda. Analizó el precedente "BETANCUR" y sostuvo que en cada caso concreto esos parámetros debían ser evaluados, especialmente porque *"... el tomado en 1998 por el Superior Tribunal de Justicia del art. 7 de la Ley 3238 para establecer el plazo de tres años a mi entender ha sido superado. Más aún la ley 3052 de la función pública establece que se debe regir por los principios, entre otros, de la equidad y la justicia social, mientras que la ley 1844 regula la calidad del personal transitorio y temporario, definición en la cual no encuadra la relación del actor con la demandada dado que la misma no ha sido transitoria y es propia del personal permanente. El art. 12 de la ley 811 establece que el personal ingresado por concurso tiene estabilidad a partir de*

---

4 STJRN Se 93/17,

*los tres meses, parámetro que si bien parece exiguo para el personal contratado en forma fraudulenta, es más justo que el de tres años sostenidos en el caso Betancur".*

El Superior Tribunal de Justicia revocó la sentencia y ratificó la doctrina legal cuestionada por la Cámara, en los siguientes términos:

*"El aspecto decisivo para resolver el presente caso reside en el hecho de que aquí quedó acreditado, como lo manifiesta el a quo, que el vínculo entre la actora y la demandada duró 18 meses, no alcanzando el plazo mínimo de tres años requerido por la doctrina legal sentada por este Superior Tribunal en autos "BETANCUR" (STJRNS3 Se. 39/09) para que nazca el derecho indemnizatorio, criterio que ha sido ratificado en repetidas oportunidades (conf. STJRNS3 "ARELLANO" Se. 11/15; "LABBE" Se. 30/16; "ESTEBAN" Se. 31/16; "BOLIVAR MARTINEZ" Se. 39/16)".*

*"Es dable señalar a mayor abundamiento, que en "SEPULVEDA PIZARRO" (STJRNS3 Se 14/16) se dejó expresado que la doctrina del precedente "BETANCUR" no resultaba de aplicación al personal contratado transitoriamente. El criterio que rige la doctrina requiere que el personal haya sido contratado de manera precaria, y desempeñado luego tareas de carácter permanente durante un excesivo plazo de tiempo. En igual sentido, en "LABBE" (STJRNS3 Se 30/16) se dijo que la reparación dispuesta en el precedente "BETANCUR" debe quedar reservada para los supuestos en que los trabajadores queden desprovistos de toda tutela frente al cese arbitrario de una relación de empleo público, extendida en el tiempo y sin el atributo de la estabilidad".*

*"Aun cuando puedan haber cambiado las circunstancias que motivaran el dictado de la ley 3238 en cuyo artículo 7 -texto original- se estableció el plazo de 3 años, luego tomado como parámetro para acceder a una reparación económica en caso de cesantía incausada, lo determinante no es el contexto en el cual se dictó dicha ley (sancionada en el año 1998), sino la selección de un parámetro temporal que al momento de dictarse el precedente "BETANCUR" (año 2009) se consideró razonable. Pauta temporal que, como se dijo más arriba, el Superior Tribunal de Justicia en su actual composición ha ratificado en diversos precedentes. Recuérdese, para mayor claridad, que el art. 7 de la Ley 3238 prohibió -en el marco de una emergencia económica- el cubrimiento de las vacantes que se produjeran en la administración pública, y sólo lo autorizó en aquellos casos que fuera*

*imprescindible para la prestación de los servicios, quedando en tal caso habilitados para concursar sólo aquéllos agentes que a esa fecha registraran una antigüedad mínima de 3 años.*

*“Fácil es advertir entonces que si bien existe cierta relación conceptual, no hay una absoluta identidad entre la especial situación regulada en la norma y la que motivara el dictado del precedente "BETANCUR". En éste, el máximo tribunal provincial se vale de una pauta temporal establecida con un fin determinado, y la traslada a una hipótesis de hecho distinta de la prevista por el legislador, con el fin de no dejar impunes aquellos distractos dispuestos por el Estado en fraude a la ley.*

*“Y ya en lo que hace puntualmente al plazo mínimo de duración del vínculo para generar derecho a indemnización, se explicó claramente en el fallo que en el art. 7 de la Ley 3238 se había equiparado a los trabajadores: "... contratados que alcanzaron una antigüedad de más de tres años con los que poseen estabilidad "strictu sensu" para el ejercicio, al menos, del derecho a ser remunerado de igual manera y a concursar para el supuesto de que existan vacantes. A partir de ello, parece razonable emplear la pauta temporal allí establecida para completar el ámbito de protección legal, reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización en el supuesto de que a partir de ese plazo el contrato de empleo público sea resuelto sin causa por parte de la administración ...".*

En **“PAINETRU, MARTA PATRICIA C/ REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY”<sup>5</sup>**, la situación era más compleja.

Se trataba de una empleada que se había desempeñado para la Provincia de Río Negro desde octubre del año 2000 y hasta agosto de 2012, sin gozar de la estabilidad propia del empleado público. En esta última fecha se decidió no renovar su contrato, pese a que se encontraba transitando los últimos meses de su embarazo, por lo que se demandó no sólo el resarcimiento por despido incausado (fundado en los art. 232, 245 LCT), sino además la indemnización agravada prevista en el art. 182 LCT, con más un pedido de resarcimiento de daño moral por despido discriminatorio.-

En lo que hace a la cuantía de la indemnización por despido, existió unanimidad en el tribunal sobre su cuantificación aunque no en los fundamentos. La mayoría del Cuerpo (Barotto-Apcarian-Zaratiegui) sostuvo lo siguiente:

*Respecto de la protección contra el despido arbitrario, el Superior Tribunal de Justicia reconoció en "BETANCUR" (STJRNS3: Se. 39/09) el derecho a un resarcimiento económico a aquellos trabajadores contratados por la Administración Pública con una antigüedad superior a los tres años y cuyos contratos no fueran renovados por una decisión unilateral e intempestiva de la Administración (no debe computarse aquí la antigüedad por tareas desarrolladas bajo la modalidad de "becas" o algún plan o programa de empleo conforme "BOLÍVAR MARTÍNEZ" STJRNS3: Se. 39/16; "KRENZ" STJRNS3: Se. 42/13; "BAÉZ" STJRNS3: Se. 74/11; "CAMPOS" STJRNS3: Se. 128/10).*

*Para resarcir la ruptura del vínculo contractual en las condiciones antes descriptas, en el precedente "BETANCUR" se recurrió por analogía a la indemnización tarifada del art. 245 LCT, atento no encontrarse previsto en las normas administrativas vigentes del Municipio demandado un parámetro que permitiese la solución a la cuestión planteada.*

*"En los presentes actuados, en que la demandada es la Provincia de Río Negro, consideramos igualmente acertado el uso de la indemnización tarifada del art. 245 LCT en tanto haber sido aprobado por Ley L N° 3487 un nuevo Estatuto para el personal de la Administración Pública Provincial que no contempla una reparación pecuniaria para los agentes que vieses afectada su estabilidad laboral y no optasen por la reincorporación, a la que recurrir por analogía para el personal no permanente.*

*"De todos maneras, como se dijo en el precedente "BETANCUR", la base de cálculo de la indemnización del art. 245 LCT resulta muy similar a la de los arts. 83 inc. d) y 84 del anterior Estatuto del Personal de la Administración Pública de la Provincia aprobado por Ley L N° 1844.*

*No obstante, esto no implica que toda controversia no prevista en las leyes de empleo público pueda ser resuelta -sin mas- con auxilio de la Ley de Contrato de Trabajo, sino que deberá indagarse en el ordenamiento jurídico si no hay otra norma más ajustada a las particularidades de la contratación administrativa en materia de personal que permita integrar el vacío legal".*

En este punto resulta de interés resaltar una diferencia entre el voto que conformó la mayoría y el de la jueza Liliana Piccinini, que por sus propios fundamentos se expidió en el mismo sentido respecto de la indemnización por despido, y en sentido diverso respecto del daño moral.-

En relación a la indemnización derivada de la cesantía incausada, si bien coincidió que sólo ante un supuesto de inexistencia de una norma dentro del derecho público local podría echarse mano a la LCT para determinar el quantum indemnizatorio, entendió sin embargo que la ley L 1844 permanecía en vigencia, por lo que optó por remitirse al art 84 de la misma y no al art. 245 LCT para definir el módulo de cálculo de la reparación.

Sostuvo la jueza, diferenciando "BETANCUR" del caso bajo estudio: *"Mas en aquel precedente, se trató la cuestión del derecho fondal y se expresó que debía acudirse a la LCT por aplicación analógica, en virtud de tratarse de un empleado municipal y no existir norma del derecho público municipal que lo amparase. Recurriendo a la Carta Orgánica Municipal que remitía a las garantías y derechos establecidos en la Const. Pcial., con ajuste al precedente "Madorrán" (fallo: 330:1989) impregnado de convencionalidad y progresividad de las garantías, así como sus precedentes "Aquino" (fallos 327:3753) y "Milone" (fallos: 327:4607).*

*Pero también, en el aludido precedente, se expresó -con claridad meridiana- que en nuestro derecho público provincial la L- 1844 en su art. 84 establece la indemnización con una base de cálculo similar al art. 245 de la LCT.*

*Para que quede en claro, la doctrina sentada en el precedente "Betancur" estuvo dada por la necesidad de realizar una tarea integradora, dada la inexistencia de una norma del derecho público municipal que contemplara los derechos, y en especial el derecho a ser indemnizado, del personal transitorio o contratado en el ámbito de un Municipio. Si se quiere, el fallo advirtió una laguna y acudiendo a la misma tarea integradora iniciada por la Corte Suprema sobre la temática, armonizó el orden jurídico en su completitud, partiendo del art. 14 bis., el derecho supranacional y el principio "prohomine", con más las mandas de nuestra Constitución rionegrina".*

Como se puede apreciar, la discrepancia de enfoque -respecto de la norma que sería tomada como referencia para el cálculo indemnizatorio-

con el voto de los jueces que integraron la mayoría, exterioriza otra mayor no puesta en discusión en ese proceso, relativa a la vigencia –o no- de la Ley L 1844; en tanto para éstos dicha norma fue derogada –al menos en esa parte- por la Ley L N° 3487. Esto es, que el artículo 84 en el que se pretende fincar el quantum indemnizatorio no estaría vigente, por lo que con ese mismo fin se aplicó al igual que en “Betancur” vía analogía el artículo 245 LCT.

Sobre este punto en particular, sostuvo en su voto la jueza Piccinini:

*“No soslayaré que la L- 3487, promulgada en el año 2000 coexiste con la ley L-1844. Tanto ello es así que en el aludido precedente “Betancur” ya se señalaba que la L-1844 contemplaba una indemnización similar a la del art. 245 de la LCT, y dicho fallo fue emitido en el año 2009. Además, dicha coexistencia no solamente surge del Digesto Jurídico; sino también de posteriores reformas introducidas en la L-1844, mediante las leyes 5037 y 5038, que fueran reglamentadas por decreto del P.E. (N° 492/16); acto legislativo que reconoce la vigencia de la norma, al ser reglamentada. Lo puntualizo en miras a dejar señalado que la ley L-3487 no contempla -en lo que aquí interesa- el derecho indemnizatorio que sí prescribe la ley L-1844 en el prenotado art. 84. Aun cuando recoge, bajo la denominación de “Estatuto General y Básico para el personal de la Administración Pública Provincial”, muchos artículos de la L-1844, no podría interpretarse que los derechos no contemplados en la ley general y posterior han desaparecido del orden público. Ello así, sencillamente, porque con ello se vulneraría el principio de progresividad o no retrocesión de derechos.*

*“Por consiguiente debe en claro decirse que el precedente “Betancur” que habilita la indemnización por aplicación analógica de la LCT, para supuestos en los que el empleador sea el Estado, rige y es de aplicación en tanto no exista en el orden del derecho público una norma que otorgue protección. A contrario de lo expuesto en dicho precedente, cuando existe dentro del ordenamiento una norma de derecho administrativo de aplicación al caso y se trate de un litigio en el que el Estado sea parte, dicha norma prevalece y es de aplicación. (“Ramos”, “Maurette”, “D Atri” CSJN).*

Como se puede apreciar, existe coincidencia respecto a que la aplicación de la Ley Contrato de Trabajo a los fines de cuantificar la indemnización, por vía de la analogía, sólo sería posible cuando no exista en el derecho público alguna disposición que otorgue protección. La

diferencia estriba en que para la mayoría esta última situación es la que se presentó en “RODRIGUEZ”, al considerar que la Ley L 1844 fue sustituida por la Ley L 3487, que no contiene una disposición similar al art. 84 de la primera. De allí que se recurriera al art. 245 LCT.-

## IV.

### **ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA**

#### **1) Personal de planta política**

En autos: **“SEPULVEDA PIZARRO, CARMEN MIREYA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ ORDINARIO”<sup>6</sup>** se determinó que la doctrina del precedente “BETANCUR” no resulta de aplicación al personal contratado transitoriamente con destino a la planta política.

En este caso, una empleada con designación transitoria en planta política de la Legislatura demandó el pago de la indemnización por despido arbitrario al ser dada de baja el día 10 de diciembre de 2011, a la finalización del período legislativo. Invocó en sustento de su derecho la doctrina bajo análisis. La demanda fue rechazada por la Cámara de Trabajo de Viedma. El Superior Tribunal de justicia declaró luego inadmisibile el Recurso interpuesto.

Estos son algunos de los fundamentos del fallo:

*“La argumentación recursiva de que igualmente procedería la indemnización por despido arbitrario establecida pretorianamente en “BENTANCUR” aunque se considere personal de carácter político a la demandante no puede sostenerse. Ello así porque no nos encontramos ante una no renovación contractual o ante un despido incausado de personal que desempeñó tareas de carácter permanente del Estado mediante alguna contratación precaria por un plazo excesivo de tiempo. Por el contrario, el cese de todo el personal de carácter político encuentra suficiente justificación en la finalización del período legislativo hecho de público y notorio conocimiento y de naturaleza claramente política, relacionada con la periodicidad en las funciones de gobierno, de los mandatos legislativos y del sistema republicano*

*adoptado por la Constitución de Río Negro para la organización de sus instituciones (art. 1 de la Carta Magna Provincial).*

*“En BETANCUR la contratación temporaria extendida en el tiempo fue utilizada por la Administración para cubrir sus requerimientos permanentes, situación que el Tribunal de trabajo no consideró acreditada en el presente expediente, sin que se adviertan vicios de la sentencia que permitan apartarse de lo allí valorado en materia de hecho y prueba, en la que el juez de grado es soberano”.-*

El mismo criterio se aplicó en **“LABBE, CLAUDIO JOSE C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ ORDINARIO S/ INCAPLICABILIDAD DE LEY”<sup>7</sup>**, aunque guarda diferencias con el anterior.

Claudio Labbe era un empleado de planta permanente del Poder Ejecutivo Provincial que en uso de licencia pasó a prestar funciones en un cargo político de la legislatura. Luego de un extenso período superior a los 17 años fue extinguido este último vínculo por decisión unilateral del Poder Legislativo, volviendo a partir de entonces a su puesto que mantenía en el poder Ejecutivo.

La demanda fue rechazada por la Cámara de Trabajo de Viedma, en criterio luego avalado por el Superior Tribunal de Justicia, al declarar inadmisibile el Recurso Extraordinario interpuesto.

*“Debe distinguirse claramente el caso de autos del que motivó el dictado de la sentencia de este Superior Tribunal de Justicia en autos “BETANCUR” en los que se apuntó a resolver una problemática distinta, que era el de una empleada contratada a la que –luego de extensos períodos de vinculación producto de la celebración de sucesivos contratos- se le comunicaba intempestivamente que ya no habría una próxima renovación, con lo cual quedaba desprovista de toda protección pues no poseía la estabilidad del empleado público y, en principio, tampoco tenía derecho a la indemnización como frente al despido arbitrario de los trabajadores privados. Para esos supuestos de extinción del vínculo –u no otros- en los que queden desprovistos de toda tutela frente al cese arbitrario es que se previó la indemnización”.-*



*“El actor es –como tuvo por acreditado el a quo- de planta permanente del Poder Ejecutivo Provincial por lo que no se encuentra afectado por las circunstancias señaladas y previstas en el precedente citado e invocado incluso por el propio recurrente; no se advierte un estado de desprotección ni desamparo frente al cese de un cargo político que es de naturaleza transitoria y que carece de estabilidad. Sumado a ello no puede dejar de señalarse lo manifestado por el a quo y que surgiera del relato del actor que hiciera –como se sostiene- un claro reconocimiento de la continuidad del vínculo laboral con el Estado Provincial.-*

Distinta fue la situación y la solución en el caso: **"BUSNADIEGO, GLADYS NOEMI C/ MUNICIPALIDAD DE MAQUINCHAO Y PEREZ, MARCOS JAVIER S/ SUMARISIMO (I) S/ INAPLICABILIDAD DE LEY"(STJRN Se 85/2018).-**

La actora fue electa concejal -cargo político- en el año 2003, y se le otorgó licencia hasta la finalización de su mandato, en diciembre de 2007. Solicitó entonces su reincorporación, requerimiento que no fue contestado y derivó en la extinción de la relación de empleo -sin atributo de estabilidad- que mantenía con la Municipalidad.

Consideró discriminatorio su despido y reclamó: a) reincorporación; b) salarios caídos y; c) daño moral. Descartada la posibilidad de ser reincorporado por carecer de estabilidad, la Cámara asimiló el reclamo de daño moral a una indemnización por los perjuicios del despido, y condenó a su pago encuadrado su decisión en la doctrina del precedente “BETANCUR”.-

El Superior Tribunal de Justicia, en votación dividida, revocó el fallo acogiendo el reproche de incongruencia esgrimido por la parte demandada.-

Los argumentos de ambas posiciones -minoría y mayoría- son los siguientes:

*“En este contexto, en el que además se encuentran en juego derechos de un trabajador, sujeto de preferente tutela, es admisible la flexibilización del principio de congruencia "...cuando el cumplimiento exacto de lo requerido resulta jurídicamente improcedente, pero la calidad de los derechos invocados por el solicitante justifica algún tipo de satisfacción diferente" tal como lo señala el a quo en su resolución de fs.329/332 con cita a Jorge W. Peyrano (Asimismo, en "La flexibilización de la*

*congruencia", aut. cit., Publicado en: LA LEY 05/09/2013, 05/09/2013, 1 - LA LEY 05/09/2013, 1 - LA LEY2013-E, 1261- Cita Online: AR/DOC/3017/2013). Una solución diferente nos llevaría a frustrar la manda constitucional de otorgar protección frente al despido arbitrario cuando, en definitiva, la condena al pago de una indemnización por el cese laboral arbitrario de acuerdo a las circunstancias del presente caso se pudo derivar válidamente -tal como lo razonó el a quo- de la pretensión inicial de la actora de reinstalación en su puesto de trabajo, pago de los salarios dejados de percibir y de daño moral. (voto del Dr. Mansilla, por la mayoría)*

*"Los antecedentes de la causa reseñados mas arriba permiten advertir sin dificultad que el fallo de la Cámara le otorgó a la actora un derecho distinto del que fue petitionado, sentenciando por fuera de la concreta pretensión que se ejercitó, con lo cual el pronunciamiento no se sitúa en el marco permitido de la decisión ultra petita -art. 53, 2do. párr., inc. 3 de la ley 1504-, sino en el campo de la extra petita, lo que supone una transgresión a la regla de la congruencia -arts. 34 inc. 4º y 163 inc. 6º del CPCCm.-. Y ello así, pues -como ya se dijo- en autos no se dedujo reclamo alguno en concepto de indemnización por baja del contrato. No es una cuestión relativa al "quantum" de las pretensiones respecto del cual los Jueces del fuero del trabajo pueden fallar por más de lo reclamado judicialmente y que fuera materia de contradicción, sino una decisión ajena a estas últimas. (En este sentido, fallos STJRNS3: "MARIGUAN" Se. 14/15 y "CORIO" Se. 162/02 y precedentes a los que allí se remite). (voto del Dr. Barotto, por la mayoría)*

*La sentencia que resuelve fuera de lo pedido, como en el caso de autos, en el que se condena al pago de una indemnización por cese laboral cuando lo reclamado fue la nulidad de un despido discriminatorio, el pago de salarios caídos y daño moral, quebranta el principio de congruencia y violenta los principios de defensa en juicio y debido proceso, en la medida que implica el incumplimiento de principios sustanciales del juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal. El fallo que se dicta en esas condiciones incurre en arbitrariedad por ser incongruente la condena con la demanda (en el mismo sentido, ver STJRNS3: "BALSEIRO" Se. 7/16, caso en el que se revocó una sentencia de grado que condenó al pago de daños y perjuicios cuando lo reclamado había sido el pago de salarios caídos).*

*Entonces, en cuanto a la aplicación del derecho para la solución de la controversia, guiándose por la directriz del principio de congruencia y con fundamento en el principio iura novit curia el Magistrado tiene el deber y la facultad de aplicar el derecho correspondiente con los límites propios de su actividad jurisdiccional que le impiden modificar, agregar u omitir hechos controvertidos relevantes para la solución del litigio o encuadrar el caso en una situación jurídica que no fue la plasmada en la controversia, ya que se podría estar vulnerando el derecho de defensa en juicio de alguna de las partes, consagrado por la Constitución Nacional. (voto de la Dra. Piccinini, por la mayoría).*

## **2) Subrogancias de cargos jerárquicos superiores otorgados sin concurso.**

En la causa **“GOMEZ SERGIO A. C/ MUNICIPALIDAD DE BARILOCHE S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY”** <sup>8</sup> se rechazó un reclamo del actor, quien había demandado la restitución del cargo jerárquico que le fuera primeramente asignado y luego dejado sin efecto. También las diferencias salariales derivadas de la suspensión de los rubros subrogancia y responsabilidad jerárquica.

Se trataba de un empleado que fuera contratado por la Municipalidad de Bariloche a través de sucesivos contratos anuales con distintas jerarquías desde el año 2006 (siempre en ascenso) hasta que en el año 2010 se le asignó la categoría 19 con la especificación de que cumpliría funciones de Jefe de División. En el año 2011 se le asignó la misma categoría pero sin los adicionales por subrogancia y por responsabilidad jerárquica dados en el 2010.-

Su reclamo fue acogido en primera instancia por la Cámara de Trabajo de San Carlos de Bariloche, ordenando al Municipio que se reintegrara al actor la jerarquía laboral pedida, así como también la condenó al pago de las diferencias salariales que se habrían devengado como consecuencia de la supresión de los rubros responsabilidad jerárquica y subrogancia, inherentes al cargo en cuestión.

El Superior Tribunal de Justicia entendió que los ascensos otorgados sin concurso son revocables en cualquier momento sin derecho a indemnización. La autoridad competente puede designar transitoriamente a un agente en un cargo escalafonario superior sin concurso, pero tal designación no resulta consolidable en aras del principio de estabilidad consagrado por la Constitución Provincial:

*“El artículo 53 de la Constitución Provincial establece que los agentes públicos designados en violación a sus disposiciones pueden ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno. Dicha norma, no obstante, no ampara el obrar abusivo o fraudulento que se configuraría si se pretendiera poner fin, sin ninguna consecuencia a contrataciones precarias con las que la administración hubiera cubierto sus requerimientos permanentes más allá de todo plazo razonable. En esos supuestos, si bien el agente contratado no tendría derecho a la reincorporación –por carecer de estabilidad-, al menos tendría derecho a obtener un resarcimiento económico en determinadas condiciones (cf. Doctrina STJRN “BENTANCUR” Se 39/2009”).-*

*“Desde el antiguo precedente recaído en la causa “DI SALVO” (Se 191/94), este Superior Tribunal de Justicia ha señalado que las norma de la Constitución Provincial –arts. 51, 53 u ccts.- no descalifican los ascensos sin concurso sino exclusivamente en orden a la estabilidad, la que sólo se obtiene cuando se ha accedido al cargo “por concurso”, sin que puedan desconocerse ipso iure otras modalidades que, aunque factibles, son revocables en cualquier momento.*

*“La autoridad competente puede designar transitoriamente a un agente en un cargo escalafonario de mayor jerarquía sin el recaudo del concurso, pero tal designación no resultará consolidable en aras del principio de estabilidad que la Constitución Provincial determina. En esas condiciones, si viene un agente que hubiera ingresado por concurso tendría la estabilidad en el empleo pública, podría no tenerla en una determinada jerarquía a la que hubiera accedido sin dicho recaudo*

*“Solo cabe dejar a salvo aquellos supuestos en los que en el mismo ato de designación la autoridad se autoimpusiera una limitación y estableciera que el agente permanecerá en el cargo hasta el acaecimiento de una determinada condición –en ese caso, resolutoria-; por ejemplo hasta que se cubriera la vacante por concurso, finalizara el plazo del contrato o se mantuviera la relación de empleo público mediante la sucesiva renovación de los contratos, puesto que en esos*

*hipotéticos casos debería primar el cumplimiento del compromiso asumido por la propia administración al efectuar la designación.*

Una situación parecida se presentó en la causa: “**RIVAS PABLO ANTONIO C/ MINISTERIO DE PRODUCCIÓN DE RIO NEGRO S/ SUMARISIMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY**”<sup>9</sup>.-

El actor demandó la nulidad de un Acto Administrativo de la Secretaría Ejecutiva del Consejo de la Función Pública y reconversión del Estado, por la cual se lo había desafectado del cargo de Jefe del Area de Operaciones en el Servicio de Prevención y Lucha contra Incendios Forestales (SPLIF) de la Central de San Carlos de Bariloche.-

La Cámara de Trabajo hizo lugar a la acción y declaró la nulidad pedida, ordenando que las condiciones laborales del reclamante se retrotrajeran al momento previo al dictado de dicha Resolución. Contra lo decidido se alzó la demandada mediante recurso de inaplicabilidad de ley que es acogido favorablemente por el STJ.

El Superior Tribunal de Justicia nuevamente aquí revocó la sentencia de la instancia de mérito, decidiendo en definitiva que los cargos de mayor jerarquía asignados a los empleados sin el recaudo del concurso no generan derecho a su mantenimiento y pueden ser dejados sin efecto en cualquier momento sin derecho a reclamo alguno.

*“Si bien el actor goza de estabilidad en el empleo público por integrar la planta permanente en la categoría 3 del agrupamiento mantenimiento y producción del Escalafón aprobado por la ley L N° 1844, afectado al servicio de prevención y lucha contra incendios forestales dependiente del ex Ministerio de Producción, no posee tal garantía en el cargo de Jefe de Operaciones, respecto del cual no existe siquiera un acto administrativo de designación... En tales condiciones, es claro que el actor no gozaba de estabilidad en el cargo de mayor jerarquía, por no haber accedido a este por concurso, en conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la Constitución Provincial.-*

*“Acerca de las condiciones para el ingreso y el ascenso en el empleo público, este Superior Tribunal ha señalado que resulta ilustrativa la lectura del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente en la sesión de fecha 27 de abril de 1988, en la que, con relación al art. 53 – que establece que los agentes públicos designados en violación a las disposiciones de ella pueden ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno-, se expresó que la finalidad de la cláusula es privar de estabilidad a quienes no son designados en conformidad con la Constitución y las leyes que la reglamenten”*

*“En tales condiciones, la decisión de desplazar al actor de la jefatura de operaciones que desempeñaba con carácter transitorio responde al ejercicio de una facultad discrecional de la Administración, que restringe las posibilidades de control judicial en aras del principio de separación de poderes. Dentro de esos límites, no se advierte vicio alguno que afecte los requisitos y/o elementos esenciales del acto administrativo y que pudiere acarrear la nulidad de éste (conf. Arts. 12 y siguientes de la Ley A 2938).-*

En **"SCHEFFELD, ARTURO N. C/ VIAL RIONEGRINA S.E. S/ SUMARIO (I) S/INAPLICABILIDAD DE LEY"**<sup>10</sup>, se rechazó una demanda por despido incausado y diferencias salariales interpuesta por un empleado.-

El actor ocupó distintos puestos en la empresa hasta que en determinado momento lo designaron por Resolución -acto administrativo- Jefe de Distrito en Valcheta; en forma transitoria, y ante la renuncia de quien hasta ese momento ocupaba el cargo. Luego, también por Resolución se dejó sin efecto esa designación y se le asignaron las funciones de supervisor de obra, por lo que se consideró agraviado y se colocó en situación de despido indirecto.

La Cámara de Bariloche hizo lugar a la demanda por considerar que durante 14 años había ocupado el cargo de Jefe de Distrito, lo que le quitaba visos de transitoriedad al cargo, y que si se decidía volverlo a la categoría anterior al menos se debería mantener su nivel salarial. Considero arbitrario e injustificado el obrar de la empleadora.

El Superior Tribunal de Justicia, con remisión a y ratificación de precedentes anteriores, revocó la sentencia. En los considerandos del fallo se dice:

*“Resulta claro que el adicional por jefatura debe ser abonado al agente mientras ejerza dicha función pero no se puede continuar pagando una función para la que -recordemos- fue designado transitoriamente, a la que accedió sin concurso de oposición de antecedentes y en la que por lo tanto no tenía estabilidad, cuando deja de prestar precisamente la función que justificaba esa diferencia salarial. Ello asimismo con fundamento en la prohibición del enriquecimiento sin causa que este Superior Tribunal viene reiterando en fallos recientes (STJRNS3: "ALEJANDRO" Se. 3/18: "Este Superior Tribunal de Justicia ya se ha expedido respecto de la improcedencia del enriquecimiento sin causa que, como principio general del derecho, informa todo el sistema jurídico (STJRNS3: "DUKART" Se. 82/17) y se encuentra actualmente reglado como fuente legal y autónoma de obligaciones en el art. 1794 del Código Civil y Comercial”.*

*“Como ya resolvió este Cuerpo en STJRNS3: "BOBADILLA" Se. 34/16, el derecho a la estabilidad del accionante le permite conservar su empleo y el nivel escalafonario alcanzado -y la retribución correspondiente a ese nivel- pero no comprende la estabilidad en la función jerárquica a la que accedió mediante designación directa; esto es, al margen de los procedimientos de selección vigentes, a través de un concurso, con independencia del mayor o menor período desempeñado en el cargo de mayor jerarquía, porque el simple transcurso del tiempo no puede otorgar derechos para cuya adquisición la ley prevé otros recaudos.*

*Como lógica consecuencia de lo antes expuesto, tampoco se puede sostener que el empleado tenga derecho a continuar percibiendo un suplemento salarial establecido para retribuir el ejercicio de una función de jefatura que ya no cumple y en la que no tenía estabilidad por no haber accedido a la misma por concurso”.*

En definitiva, y de acuerdo a lo decidido: a) El mero transcurso del tiempo no muta la naturaleza transitoria de una designación en una permanente, en contradicción con lo dispuesto en la normativa aplicable y; b) El derecho a la estabilidad permite conservar el empleo y el nivel

escalafonario alcanzado, pero no comprende aquellas funciones jerárquicas a las que se accedió mediante una designación directa.

-

### **3) Situación de embarazo. Despido discriminatorio. Agravamiento del daño**

Un supuesto de especial consideración en la doctrina del Superior Tribunal de Justicia fue el abordado en “PAINETRU” ya citado reiteradamente en el presente trabajo.-

Como se explicó, MARTA P. PAINETRU transitaba un embarazo avanzado en el momento en que el Estado decide poner fin a su vínculo contractual, que venía siendo renovado sin solución de continuidad desde hacía 12 años.-

En esa situación, además de la indemnización por “despido” establecida como reparación en “BETANCUR”, equivalente a un mes de sueldo por año de servicio (sin incluir las agravadas de la 24013, 25323 y otras previstas para el régimen de empleo privado), se condenó a la demandada a abonar una indemnización adicional en concepto de *daño moral*.-

La mayoría del Tribunal sostuvo:

*“En el ámbito público el personal no permanente o transitorio de la Administración Pública se rige por contrato de plazo determinado y no tiene derecho a la estabilidad (art. 90, 2do. párrafo del Estatuto aprobado por Ley L N° 3487). Aquí, el derecho a las licencias, reconocidas para el personal no permanente en el art. 92 del Estatuto, no debería exceder el plazo de vigencia del contrato (que puede ser prorrogado y con ello también extenderse la licencia de que se trate).*

*Estas distinciones nos llevan a concluir que el despido por causa de embarazo o maternidad encuentra reparación en el ámbito administrativo, además del pago de la suma resultante por la aplicación analógica del art. 245 LCT, en la procedencia del reclamo por daño moral en los términos del art. 1 de la Ley N° 23592 que penaliza los actos discriminatorios, de aplicación en el ámbito laboral (CSJN “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.” de fecha 07-12-2010), en*



*atención a que la finalización intempestiva del contrato de locación de servicios sucede en un período de especial protección de la mujer en razón de su maternidad.*

*Conforme la inversión de la carga de la prueba en esta materia (CSJN "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo" de fecha 15-11-2011) la Administración no alegó ni probó un motivo razonable para la extinción del contrato de servicios de Painetru, que se venía prorrogando sin solución de continuidad desde octubre de 2004.*

*Ahora bien, para fijar la cuantía de la reparación por el daño moral y ante la falta de pautas al respecto en la Ley 23592, estimamos adecuado utilizar como parámetro para una justa reparación la indemnización especial por despido por causa de maternidad o embarazo prevista en los arts. 178/182 LCT.*

*Sin embargo, cabe aclarar que la reparación por daño moral que aquí se declara procedente mediante la integración analógica del art. 1° de la Ley 23592 con los arts. 178/182 LCT imposibilita el progreso de la duplicación del resarcimiento por el mismo rubro que habilitó el a quo al admitir el reclamo por privación de cobertura social sin justa causa. Lo expuesto, en coincidencia con lo sostenido en numerosos pronunciamientos de la Cámara Nacional del Trabajo que han desestimado el reclamo por daño moral en los casos de despido por causa de embarazo, por considerarlo incluido dentro de la indemnización agravada del art. 182 LCT ("Campo, María Alejandra vs. Beautymax S.A. s. Despido", CNTrab., Sala II, 24-02-2012, RC J 3135/12; "Ceballos, Virginia c. Cenattel S.A.", CNTrab., Sala VII, 12-07-2010, Publicado en: La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/39521/2010; "Manfredi, Sandra Fabiana vs. Rodríguez de Scotti, Ana Esther y otro s. Despido", CNTrab., Sala II, 09-12-2009, RC J 11372/10; entre otros).*

Por su lado, la jueza Liliana Piccinini, en su voto, si bien consideró que el daño moral resulta indemnizable en ese tipo de situaciones, consideró insuficientemente fundada la decisión del tribunal de grado:

*"... En tal orden de ideas, la discrecionalidad de la Administración Pública, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, será ilegítima si es irrazonable y lo será si se presenta desproporcionada, excesiva, por no guardar relación entre los medios que emplea y el fin que desea lograr. Las decisiones que adopta la Administración, al ejercer la potestad discrecional, deberán ser siempre razonables y no fundadas en el capricho del funcionario de turno; único modo de*

*sortear el test de razonabilidad, que incluye -inexorablemente- la racionalidad. Por consiguiente, si se entiende procedente establecer una indemnización (más allá de la tarifada), por encontrar probado que tal como se ha desarrollado el hecho, el mismo ha sido susceptible de generar -en el curso ordinario y regular de las cosas- una aflicción espiritual que alteró la paz y tranquilidad interior de la actora; el Juez debe exponerlo mediante un análisis fundado; lo cual encuentro ausente en el punto 4 de la sentencia en crisis. No bastará con expresar que el daño moral se acredita "in re ipsa" y que los Magistrados están facultados para establecer su procedencia y el quantum sancionatorio; puesto que ello será pura argumentación dogmática si no se explicita la determinación del daño, como también la fuente de atribución de responsabilidad por dicho daño.*