



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO



13

Tramita por ante esta Fiscalía de Estado de la Provincia el expediente de nuestro registro N° 09/09, caratulado: "s/SOLICITA OPINION S/APLICACIÓN TOPE SALARIAL ART. 73 INC. 4° CONSTITUCION PROVINCIAL A EMPLEADOS DEL BANCO DE TIERRA DEL FUEGO", cuyo origen es la Nota PBTF-043/08 a través de la cual el Sr. Presidente del Banco de Tierra del Fuego solicita un pronunciamiento de este organismo de control *"...sobre la aplicabilidad del Tope Salarial a sus empleados, lo cual requiere determinar si, desde el punto de vista jurídico, éstos revisten el carácter de "empleados públicos"..."* (fs. 3), y *"...sobre la posibilidad de plantear la controversia ante el Poder Judicial, iniciando al efecto una acción declarativa en los términos del artículo 339 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero, aplicable al caso en virtud de la remisión dispuesta en el artículo 16 del Código Contencioso Administrativo..."* (fs. 4).

Expuesto el objeto de la presentación que diera origen a estas actuaciones, en forma previa a toda otra consideración he de señalar que el suscripto se expide en las mismas con motivo de la excusación del Sr. Fiscal de Estado de la Provincia obrante a fs. 36 y de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Ley Pcial. N°3.

Efectuada la aclaración precedente, cabe indicar que una vez recibida la presentación antes referida, esta Fiscalía de Estado de la Provincia realizó un requerimiento al Sr. Presidente del Banco de Tierra del Fuego mediante la Nota F.E. N° 743/08, el que fue respondido por nota PBTF - 018/09 PRESIDENCIA (fs. 34/35), a la que se adjuntó la documentación de fs. 5/33, encontrándome con ello en condiciones de expedirme respecto a lo consultado.

En tal sentido he de abordar en primer término si corresponde encuadrar como "empleados públicos" a aquellos que desempeñan sus tareas en el Banco de Tierra del Fuego; y en segundo término, de ser así, la eventual aplicación del tope a las remuneraciones previsto por el inciso 4° del artículo 73° de la Constitución Provincial.

Con relación a la primera de las cuestiones a dilucidar, dejando aclarado que no desconozco la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia –con otra composición- expuesta en los casos “Cabral” y “Correa” (de los años **1996** y **1998** respectivamente), como así también el criterio sostenido en similar sentido por el Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo del Distrito Judicial Sur, adelanto mi opinión en sentido afirmativo.

No escapa a mi conocimiento que el carácter de empleados públicos o no de los trabajadores de una institución bancaria oficial pueda resultar para algunos, en función al régimen que rija a los mismos, una cuestión controvertida, pero las razones que seguidamente expondré me llevan al convencimiento de que sí ostentan dicho carácter, y más aun, que de ello no puede caber duda alguna en el caso de los trabajadores del Banco de Tierra del Fuego.

Para ello he de comenzar refiriéndome a la naturaleza jurídica que ha sido asignada a dicha Institución (continuadora del Banco del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur) por la norma que lo rige, esto es la Ley Territorial N°234.

Así, el artículo 1° del Anexo único prescribe:

*“El Banco del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur **es una Entidad Autárquica** que tiene capacidad de derecho público y privado para el cumplimiento de los cometidos que se le asignen y se regirá por esta Carta Orgánica, las leyes y normas bancarias vigentes o las que se dictaren en el futuro”* (la negrita no se encuentra en el original; siendo oportuno destacar que por la Ley Provincial N° 107 la denominación de la institución bancaria pasó a ser “Banco Provincia de Tierra del Fuego”, sin perjuicio de que comercialmente se la pueda denominar “Banco de Tierra del Fuego”).

Cabe agregar que la calidad de Entidad Autárquica del Banco de Tierra del Fuego, el “*Banco de la Provincia*” (artículo 72° de la Constitución Provincial), establecida en el artículo transcrito en el párrafo precedente, no constituye una originalidad o caso extraño en



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

materia de bancos oficiales (al respecto, entre otros, véanse Banco de la Nación Argentina; Banco de la Provincia de Buenos Aires y Banco Ciudad de Buenos Aires).

Ahora bien, si tenemos que el Banco de Tierra de Fuego es una Entidad Autárquica, necesariamente debemos concluir en que el mismo forma parte de la Administración Pública Provincial, en tanto dichas entidades constituyen uno de los modos de descentralización que puede adoptar la organización administrativa del Estado.

La Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que:

"...El Estado Nacional y aún la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional, teleológica y ética..." (Dictámenes 190:103; 207:317; 219:145).

Por otra parte es dable consignar que resulta innegable que el Banco de Tierra del Fuego persigue un fin de interés público, en tanto el artículo 72° de la Constitución Provincial, establece en su primer párrafo que el mismo *"...tiene por finalidad contribuir al desarrollo económico genuino..."* de la Provincia.

Bielsa al tratar la organización administrativa expresa:

"La situación del Banco de la Nación, como la de otras instituciones análogas, es realmente singular en la descentralización administrativa. El carácter de estos entes autárquicos, que, como tales, es necesario que realicen una función del Estado, se define por la índole de ciertas atribuciones..." ("Derecho Administrativo, Sexta edición, Edit. La Ley, Tomo I, págs. 362/363).

Y en la nota a dicha opinión, señala:

"Así, por ejemplo, la ley 11.684, de 12 de mayo de 1933, que creó la sección crédito agrario del Banco de la Nación, para mejor organización y distribución del mismo, la cooperación agrícola y la racionalización de industrias rurales, contribuye a definir el carácter

de ese Banco como un servicio público, pues si bien limitado a determinadas categorías de personas, el fin de la institución es de interés público..." (obra y tomo citados, pág. 363).

Sentado que el Banco de Tierra del Fuego es parte integrante de la Administración Pública, corresponde puntualizar que una consecuencia natural es el carácter de empleado público de quienes desarrollen sus tareas en la Entidad Autárquica.

Así, Dromi manifiesta:

*"...El personal de los entes autárquicos, tanto en su nivel directivo **como en el de los empleados, tiene calidad de empleado público o agente estatal...**"* (la negrita ha sido agregada por el suscripto; "Derecho Administrativo", Edit. Astrea, 1992, Tomo 1, pág. 578. Véanse también Cassagne, "Derecho Administrativo", Octava edición actualizada, Edit. LexisNexis Abeledo-Perrot, Tomo I, pág. 341; Bielsa, obra y tomos citados, pág. 378).

Si bien concuerdo con dicho criterio, tal como ya he adelantado, no puedo omitir abordar el análisis de un elemento que ha sido invocado con el objeto de sostener que, por el contrario, los empleados del Banco de Tierra del Fuego no son agentes públicos (v.gr. véase lo dictaminado por un profesional de la Gerencia de Asuntos Legales de la institución a fs. 10/12, y la Asesoría Letrada a fs. 15/19).

Sobre el particular, se hace referencia a la Ley Provincial N° 664 que aprueba el Estatuto Profesional para el personal del Banco Provincia de Tierra del Fuego, y más específicamente a su artículo 12° que prescribe:

"En todo aquello que no se encuentre expresamente previsto en la presente ley, será de aplicación subsidiaria el régimen general de contrato de trabajo y la convención colectiva de trabajo que rija la actividad bancaria".

Asimismo en apoyo a la posición de rechazo al carácter de agentes públicos de los empleados bancarios, se ha señalado desde el/las área/s legal/es de la institución que la relación



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

laboral de aquellos se encuentra amparada por el Convenio Colectivo de Trabajo N° 18/75 y la Ley de Contrato de Trabajo.

En síntesis, quienes hacen fuerte hincapié en lo expuesto en los dos párrafos precedentes, entienden que la relación que vincula a los empleados del Banco con éste es una relación regida por normas del derecho laboral común y no las del empleo público, no resultándoles por lo tanto aplicable el tope previsto por el inciso 4° del artículo 73° de la Constitución Provincial.

No comparto dicho criterio, tanto a la luz de los antecedentes del caso, como así también de doctrina y jurisprudencia sobre la materia.

Las áreas legales omiten atender que, por más que al personal del Banco Tierra del Fuego no le resulta aplicable la Ley Nacional N° 22.140, rigiendo en su lugar una convención colectiva de trabajo, **ello de ningún modo les hace perder su indiscutible carácter de agentes públicos.**

Con relación a los antecedentes del caso, es dable recordar que el proyecto de Estatuto Profesional para el personal del Banco de Tierra del Fuego obtuvo sanción en la sesión ordinaria del 7 de abril de 2005, fue vetado parcialmente por Decreto N° 1323 del 25 de abril de 2005, insistido por el Poder Legislativo a través de la Resolución N° 96 del 4 de mayo de 2005, y promulgado el 11 de mayo de 2005 bajo el número de Ley 664, siendo esta última publicada en el Boletín Oficial del 20 de mayo de 2005.

Y con la lectura del Diario de Sesiones correspondiente a la sesión en que se sancionó el proyecto de ley - 07/04/05- podemos observar que ha quedado asentado inequívocamente el criterio de los Sres. Legisladores de que los trabajadores de Banco de Tierra del Fuego son empleados públicos, lo que surge no sólo de manifestaciones realizadas, sino también de las modificaciones introducidas al proyecto original.

En efecto, al tratarse en la sesión ordinaria del 7 de abril de 2005 el proyecto de Estatuto, constituida la Cámara en

Comisión se le realizaron al mismo sólo dos modificaciones, una al artículo 5° y la restante al 6°.

Con respecto a la primera de ellas, se limitó a corregir un evidente error material que fue observado por el Legislador Portela; en tanto la correspondiente al artículo 6° resulta de interés en el tema que aquí nos ocupa.

Ello así, porque tanto la inserción efectuada en el artículo original, como las expresiones del legislador que la promovió – y que en ningún momento fueron refutadas por sus pares, sino al contrario avaladas al acompañarse la modificación-, indican claramente que no obstante el contenido del artículo 12° del Estatuto que se estaba sancionando, los legisladores que lo aprobaron al mismo tiempo daban evidente y contundente prueba de que dar a los trabajadores del Banco el Estatuto en cuestión, de ninguna manera implicaba que dejaban de ser empleados públicos.

Como prueba de ello he de comenzar transcribiendo el primer párrafo del artículo 6°, que es el que aquí interesa, destacando en negrita lo incorporado al tratarse el mismo en Comisión, que sólo puede entenderse partiendo de considerar que los empleados del Banco de Tierra del Fuego son empleados públicos, más allá del régimen con connotaciones de derecho privado al que se encuentran sometidos:

*"Si la causa invocada por el empleador para disponer la cesantía fuere impugnada en juicio por el empleado, y en el proceso no se acreditare la existencia de dicha causa, y la sentencia declarara la nulidad de la **cesantía así también como en el supuesto en el que la nulidad del acto se declarara por vicios al debido proceso administrativo**, se procederá de la siguiente forma:..."*

Si la inserción efectuada de por sí ya constituye una cabal demostración del pensamiento del legislador en el sentido de considerar a los trabajadores bancarios como empleados públicos, pues caso contrario no se entendería aquella, también constituye



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

7



prueba inequívoca de ello lo expresado por el legislador Raimbault al impulsar la modificación del artículo.

El mismo manifestó en la sesión del 7 de abril de 2005:

"En relación a este artículo que contiene modificaciones respecto de la anterior Ley territorial 470, me gustaría hacer algunas observaciones en beneficio de la estabilidad de los empleados bancarios.

*En principio, me parece importante y que quede asentado en el debate de esta ley que cuando nos referimos a estabilidad, nos estamos refiriendo al concepto de estabilidad absoluta. **Esto es importante y, además, es un marco constitucional del cual no nos podemos apartar, porque tanto el artículo 14 bis de la Constitución Nacional como el artículo 16, inciso 12) de la Constitución Provincial, establecen como principio básico del empleado regulado en una relación estatal,** la estabilidad en los empleos. Y esa estabilidad es absoluta.*

Esto implica que cuando se viola la garantía a la estabilidad por cualquier causa, ya sea por una causa de cesantía infundada o por una causa de violación a las reglas del debido proceso adjetivo, la reparación tiene que ser con reincorporación y salarios caídos.

*El artículo, tal como está redactado, me parece que puede generar algún tipo de dudas sobre la reparación, **en casos de que se advierta en la sentencia vicios en el procedimiento administrativo.***

Una de las cuestiones que se establece como consecuencia o correlato de la garantía de estabilidad es que nadie puede ser despedido sin sumario previo por el cual se le comprueben los hechos que se le imputan y que además impiden la prosecución de la relación laboral.

*El sumario tiene que ser una garantía de debido proceso, que tienen las mismas reglas que un proceso judicial y, **en***

muchos casos, la Justicia lo ha advertido frecuentemente en materia de empleo público, son los vicios del procedimiento administrativo los que anulan la sanción.

El artículo 6° no parece incorporar como causal de nulidad ***los vicios del procedimiento administrativo***. Entonces, solicito un cuarto intermedio ***para que se pueda hacer una redacción que los contemple***, dejando aclarado que cualquier tipo de despido infundado por causas objetivas o relacionadas con el despido, como por causas procesales ***o vicios en el debido proceso administrativo*** traen consigo la reparación que prevé el artículo 6°." (la negrita y el subrayado han sido agregados).

Entiendo que lo transcripto en los párrafos precedentes sería suficiente para dar por sentado que el legislador ha considerado, más allá de las particularidades del régimen aprobado, que los trabajadores del Banco de Tierra del Fuego son empleados públicos.

Sin embargo, en atención a la suerte seguida por el proyecto de ley sancionado, han quedado otras pruebas de dicho pensamiento y criterio que no puede ser cambiado por vía de interpretaciones que no respeten el claramente expresado y plasmado por el legislador.

En efecto, el proyecto en cuestión, tal como ya expresara, fue vetado parcialmente a través del Decreto N° 1323 del 25 de abril del 2005, siendo justamente el artículo 6° uno de los alcanzados por aquél.

Para observar los motivos esgrimidos por el Poder Ejecutivo, hay que remitirse al Dictamen S.L. y T. N° 1027/05, y nos encontraremos con que allí se afirmó que lo regulado en el artículo en cuestión estaría en controversia con lo establecido en el régimen laboral aplicable a los empleados bancarios, que sería de derecho privado.

Ante el veto, la Cámara se reúne en sesión especial el día 4 de mayo de 2005, resolviéndose por su artículo 1° lo siguiente:



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

9



"Rechazar el veto parcial del Poder Ejecutivo Provincial mediante Decreto N° 1.323/05, de fecha 25 de abril de 2005, e insistir en los términos del artículo 109 de la Constitución Provincial, en la sanción del proyecto de Ley de Estatuto Profesional para el Personal del Banco Provincia Tierra del Fuego, sancionado en sesión ordinaria el 7 de abril de 2005".

En la sesión en que se aprobó la insistencia fueron varios los legisladores que se expresaron, pero para la presente cuestión resultan de interés las manifestaciones vertidas por el legislador Raimbault, destacando aquí las que a continuación se transcriben:

"...Lo que está planteando el Gobierno de la Provincia en el veto, **el nudo de la cuestión que hoy estamos debatiendo**, son los alcances del derecho a la estabilidad. Si es una estabilidad absoluta, **como se dijo y se aprobó en la ley**, o si es una estabilidad relativa o estabilidad impropia, como lo propone el Poder Ejecutivo en su veto..."

"...¿Qué está diciendo el Poder Ejecutivo Provincial? Que en realidad, a pesar de la ley, tiene que seguir todo como está, porque justamente **éste fue el tema central de la sanción de la ley**.

Hoy, ante el despido de un trabajador bancario, sin causa, se lo indemniza con las indemnizaciones legales. **Le quiere aplicar la Ley de Contrato de Trabajo a un despido incausado. Éste es el punto central del veto...**"

"...Si uno advierte -en una lectura rápida de la Constitución Nacional- la protección de los derechos sociales, ve que está diferenciada para los trabajadores públicos y para los trabajadores privados. **Mientras que a los trabajadores públicos se les garantiza la estabilidad del empleado público -así lo dice el artículo 14 bis de la Constitución-**, a los privados se les garantiza la protección contra el despido arbitrario.

A partir de esta diferenciación que hace la propia Constitución, la doctrina y la jurisprudencia han admitido que,

mientras para el empleo público la estabilidad es absoluta, para el empleo privado la estabilidad es relativa; y la validación de un despido puede ser a partir de una indemnización tarifada...".

"...Ésta es la distinción que no tiene en cuenta el Gobierno de la provincia. Acá no tratamos de extender al campo privado el derecho público de estabilidad laboral. **Lo que decimos es que en un banco público, los trabajadores que se desempeñan en ese banco son trabajadores públicos**. Entonces, tienen la estabilidad que garantizan la Constitución Nacional y la Constitución Provincial...".

"...En definitiva, **lo que estamos regulando** es cómo intentamos interpretar la garantía de estabilidad pública, de estabilidad, **a un trabajador público, como consideramos que es el trabajador bancario que se desarrolla en el Banco Provincia de Tierra del Fuego**.

Y entonces, la pregunta es al revés ¿Podríamos nosotros establecer una estabilidad relativa **a los trabajadores de un banco provincial a los que consideramos trabajadores públicos**? El artículo 5° de la Constitución Nacional dice que las provincias dictan sus Constituciones de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional. Y una de las garantías principales del derecho social está consagrada en el artículo 14 bis, que dice que el empleado público tiene garantía a la estabilidad en su empleo.

Y es interesante ver qué entendieron los constituyentes del '57, cuando dijeron qué es la garantía de los empleados públicos, a la que nos estamos refiriendo. El miembro informante Carlos Bravo señaló que la estabilidad **en el caso de los empleados públicos** puede ser considerada como un elemento natural de la relación entre ellos y la administración. Y recordó en esa oportunidad, que en los países en los que se ha asegurado la garantía de estabilidad, la cesantía del empleado público arbitrariamente impuesta es nula. No produce efecto alguno. El empleado arbitrariamente alejado tiene el derecho a reincorporarse a su puesto, aun cuando esto no sea del agrado de sus superiores.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

11



Y por ello, en base a ese artículo 14 bis, que nos obliga a respetar el artículo 5° de la Constitución Nacional, el artículo 16, inciso 12) de la Constitución Provincial establece como derecho del **trabajador público**, la estabilidad en el empleo público de carrera no pudiendo ser separado del cargo sin sumario previo que se funde en causa legal y sin garantizarse el derecho de defensa. Toda cesantía que contravenga lo antes expresado será nula con la reparación pertinente. **Éste es el derecho que está reglamentando la Legislatura.**

Si la Constitución dice que no pueden ser separados del cargo y que si lo separan sin causa legal esa cesantía es nula, no podemos decir, como lo sugiere el Poder Ejecutivo que, entonces, ante una cesantía ilegal, validemos la cesantía y le ofrezcamos a cambio a los trabajadores una indemnización tarifada. Porque la sanción de nulidad del despido incausado está impuesta por la propia Constitución. Si nosotros no respetáramos esto, la ley que hiciéramos sería inconstitucional. Y la nulidad -todos los sabemos- implica que ante un despido arbitrario los efectos se retrotraen al momento del despido.

Como lo dijeron en la sesión, en la Asamblea Constituyente de 1957, un despido arbitrario de un **empleado público** no produce efecto alguno. Y si no produce efecto alguno, determinado que es nulo el despido, las reparaciones pertinentes de las que habla la Constitución de la Provincia, son la reincorporación del trabajador y los salarios caídos. **Esa es la reglamentación que dio la Legislatura de la provincia.."**

Por otra parte, no puede ignorarse la existencia de realidades y prescripciones con claras connotaciones propias de una relación de empleo público (v.gr.: el carácter de Entidad Autárquica de la institución bancaria a la que prestan servicios los trabajadores; la referencia a vicios al debido procedimiento administrativo en el artículo 6° del Estatuto; el tipo de estabilidad otorgada a los empleados; el régimen previsional que les resulta aplicable y al que se

acogen -de conformidad con los arts. 1º y 6º de la Ley Provincial N°561-).

Y si a esto último le sumamos la expresa y contundente voluntad del legislador de no quitar a los trabajadores en cuestión la calidad de agentes públicos, cae todo intento de despojar del carácter de empleados públicos a quienes desempeñen sus tareas en el Banco de Tierra del Fuego.

En síntesis, es mi opinión que ha quedado inequívocamente plasmado en el debate parlamentario (y ello incluso ha encontrado materialización en el Estatuto), que el Legislador en ningún momento ha pensado en negar o quitar el carácter de agentes públicos a los trabajadores del Banco de la Provincia de Tierra del Fuego (que naturalmente deviene de la condición de Entidad Autárquica de este último), sino que por el contrario se ha preocupado por reafirmar el citado carácter.

Y el sostenimiento de que dichos trabajadores son agentes públicos, que tan firmemente se ha manifestado en el ámbito legislativo, resulta coherente con la doctrina (además de la ya mencionada) y jurisprudencia a la que seguidamente me referiré.

Así, calificada doctrina sostiene:

*"...En la década del 70 el Estado autorizó a importantes sectores de la administración a celebrar convenios colectivos de trabajo (Bancos Oficiales, Organismos Nacionales de Previsión, Dirección Impositiva, Aduana, Vialidad, Mercado de Hacienda, Junta de Granos, etc.) de modo que numerosos **empleados públicos** pasaron a regirse exclusivamente por el derecho laboral, en un total pie de igualdad con los trabajadores privados. Como dijimos anteriormente, ello significa que **aplicar uno u otro régimen constituye nada más que una cuestión de política administrativa que no afecta a la esencia de la función pública ...**".*

*"...**Por cierto que los agentes del Estado no dejan de ser empleados públicos porque pasen a regirse por el derecho privado**, lo cual tiene mucha importancia con respecto a algunos*



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

13



13

derechos que se les reconoce a aquellos exclusivamente, como ser la estabilidad absoluta consagrada expresamente y de un modo operativo por la Constitución Nacional (art. 14 bis)...".

"... La relación de empleo seguirá **siendo de derecho público**, pero la misma pasa ahora a estar regida principalmente por el derecho laboral privado, de modo que a los efectos jurídicos constituye un contrato de trabajo especial...".

"Los **empleados públicos no dejarán de ser tales porque pasen a regirse en gran parte por el derecho privado**, por lo que serán inconstitucionales las leyes y convenios que dispongan que a aquéllos se aplicará el régimen de estabilidad impropia vigente para los trabajadores privados, por cuanto se los estaría privando así del derecho a la estabilidad absoluta que les garantiza la Constitución Nacional (art. 14 bis)" (De la Fuente, Horacio H., "La Privatización del Empleo Público" Primera parte, LL T.2001 – B. Sección Doctrina Págs. 993, 996, 999 y 1.000. La negrita y el subrayado son propios, y atendiendo el objeto del presente dictamen corresponde hacer extensivo el concepto a las normas de la Constitución Provincial).

En sentido similar, Gordillo, citado en el caso "Sena" al cual ya me referiré, afirma:

"...Así por ejemplo, cualquier acto que dicte la administración con respecto a estas personas (su nombramiento o remoción, sanciones, etc.), a pesar de referirse a una relación calificada de "derecho privado", constituye un acto administrativo que debe respetar además todos los principios del derecho público en lo relativo a forma, competencia, procedimiento, objeto, etc., pudiendo ser impugnado por tales motivos aunque no se aparte de las normas del derecho privado que motivaron su dictado; con ello queda dicho que la relación entre el agente y el Estado **no es nunca sólo de derecho privado, sino siempre, a lo sumo, mixta**" ("Tratado de Derecho Administrativo", reimpresión de la 5ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As. 2000, tomo 1, capítulo XIII, pág. 13; la negrita y el subrayado no se encuentran en el original).

Con relación a la jurisprudencia, a nivel provincial, he de traer el caso "Locaso", en el cual la Jueza de 1º Instancia interviniente manifestó:

"La cuestión relativa a si la relación que une a las partes se encuentra regida por la ley de contrato de trabajo y la CCT 131/75 no encuentro que tenga relación con el tema discutido.

Evidente resulta que la Provincia de Tierra del Fuego, como empleadora de Locaso, actúa en tal "contrato" como persona de derecho público. Evidente también que es del erario provincial de donde provienen los fondos para abonar las remuneraciones del demandado y de todos los agentes que trabajan para la Administración Pública, centralizada o no, tanto sea que su relación se encuentre regida por la ley 22140 como por la LCT..."

"...Entonces, poco importa que la relación entre las partes se encuentre regida por la ley 22140 o la LCT, ya que en ambos casos el erario público abona los salarios del demandado..." ("Provincia de Tierra del Fuego c/Locaso, Daniel Oscar s/Sumarísimo (exclusión de tutela)", expte. 668/96, sentencia del 29 de mayo de 1997).

En cuanto al orden nacional, en materia jurisprudencial resulta relevante para el tema que nos ocupa el criterio sentado en el caso "Madorrán", originado en el despido de una empleada de la Aduana que planteó la inconstitucionalidad de una cláusula de la Convención Colectiva de Trabajo aplicable a su relación laboral, que preveía el régimen de estabilidad impropia, y no la estabilidad propia (de la que sólo gozan los empleados públicos).

En el fallo de segunda instancia –Cámara Nacional del Trabajo, sala 6ª-, se afirmó:

"...la estabilidad absoluta consagrada en la Constitución debe prevalecer sobre la estabilidad relativa impropia establecida en el convenio colectivo. Sobre esta cuestión he efectuado un detenido estudio en mi monografía "La privatización del Empleo Público – Estabilidad del Personal Contratado" que adjunto al presente voto.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

15



13

En el referido trabajo he llegado a tres conclusiones que son básicas para resolver la presente causa: a) **La estabilidad consagrada por el art. 14 bis CN. en beneficio de los empleados públicos** (nacionales, provinciales y municipales), **es la llamada absoluta** (su violación acarrea la nulidad de la cesantía y la reincorporación forzosa del empleado) tal como ha sido reglamentada por los sucesivos estatutos de la función pública dictadas por el Estado Nacional (decreto ley 6666/1957, ley 22140 y la vigente ley 25164), b) Como lo ha reconocido la Corte Sup., tal garantía constitucional - estabilidad absoluta- tiene plena vigencia operativa, aún cuando no exista norma alguna que la reglamente; c) **Los empleados públicos no dejarán de ser tales porque pasen a regirse total o parcialmente por el derecho laboral privado, por lo que serán inválidos los convenios colectivos e inconstitucionales las leyes que dispongan que a aquéllos se aplicará el régimen de estabilidad impropia vigente para los trabajadores privados, por cuanto se los estaría privando así de la estabilidad absoluta que garantiza la CN. (art. 14 bis) ...**" (la negrita y el subrayado no se encuentran en el original; voto del Dr. De La Fuente; Nro. Sentencia: 53.230/2000, Expediente: 7.827/1997, 14/08/2000; Lexis N° 70024820).

De lo transcrito podemos extraer lo siguiente: 1) si la estabilidad propia sólo resguarda a los empleados públicos, y la misma ha sido prevista en el Estatuto profesional para el personal del Banco de Tierra del Fuego, ello sólo puede deberse al carácter de empleado público de dicho personal, lo cual, por otra parte, ya hemos visto como fue resaltado en el debate parlamentario en que se aprobara dicho Estatuto; 2) la garantía de la estabilidad propia para el empleado público, al devenir de la Constitución, se impone aun cuando la Convención Colectiva pertinente disponga lo contrario; y 3) la circunstancia de que empleados públicos se rijan total o parcialmente por el derecho laboral privado, como por ejemplo puede derivarse del artículo 12 del Estatuto para el personal del Banco de Tierra del Fuego, no quita al mismo el carácter de agentes públicos.

Por último cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió confirmar el fallo de 2ª instancia, concluyendo en la invalidez del artículo 7º de la Convención Colectiva de Trabajo en cuestión, al coincidir que el mismo violaba la estabilidad propia del empleado público reconocida por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, es indiscutible que el Banco de Tierra del Fuego es un ente autárquico del Estado Provincial, y los trabajadores que en él se desempeñan serán siempre empleados públicos, por más que la relación se rija por normas de derecho privado, debiendo tenerse presente que los sueldos se abonan con fondos del erario público.

Abundando sobre la cuestión, cabe traer a colación la normativa de fondo que se refiere a la materia, es decir, las leyes 14.250 y 20.744. La primera establece en el art. 19 de su decreto reglamentario (decreto nacional N° 6.582/54): *"No se regulará mediante convenciones colectivas el régimen de trabajo del personal ocupado por la administración pública -nacional, provincial o municipal-, con excepción del de aquellas actividades donde por acto expreso del poder público, en cada caso, se admita su aplicación"*.

La segunda dispone en su art. 2, segundo párrafo, lo siguiente: *"Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: a) A los dependientes de la administración pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo ..."*.

Como se observa, las dos normas hablan claramente del *"... personal dependiente de la administración pública nacional, provincial o municipal"*, lo que sin ambigüedad alguna significa que las leyes aceptan que siguen siendo empleados públicos, aunque por un acto expreso del poder público se rijan parcialmente por normas del derecho privado.

Concluyendo, es mi opinión que los empleados del Banco de Tierra del Fuego, por las razones expuestas en el presente



*Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina*

FISCALIA DE ESTADO

dictamen son empleados públicos, y por lo tanto los alcanza la prescripción prevista en el inciso 4° del artículo 73° de la Constitución Provincial.

Postular el criterio contrario, no sólo implicaría entrar en notoria contradicción con el Estatuto aprobado por la Ley Provincial N° 664 y lo inequívocamente sostenido por el legislador en el debate parlamentario de la mencionada ley en dos oportunidades (sesión ordinaria del 27 de abril de 2005 y sesión especial del 4 de mayo del mismo año), todo ello en consonancia con la doctrina y jurisprudencia que se ha citado, sino que además colocaría a los empleados en una infundada situación de privilegio con relación a una manda constitucional, que naturalmente en ningún momento tuvieron en mira consagrar los legisladores que sancionaran y luego insistieran el Estatuto en cuestión.

En efecto, de aceptarse dicha postura, que como he expuesto, no comparto, tendríamos que los empleados del Banco de Tierra del Fuego no serían públicos, pero sí gozarían de garantías sólo previstas para el empleado público, tales como el respeto al debido proceso administrativo y la estabilidad propia, y se encontrarían beneficiados con un régimen jubilatorio más conveniente que el del sector privado (recuérdese que los trabajadores efectúan sus aportes previsionales al Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social, **ente previsional que es exclusivo de los agentes públicos**).

Y no obstante dichas garantías y régimen más conveniente, cuando se plantea la aplicación de una prescripción constitucional, se pone en entredicho su aplicación a los empleados bancarios, lo cual resulta inadmisibile.

Habiendo dado adecuado fundamento, es oportuno concluir en que corresponde encuadrar como empleados públicos a los agentes que desempeñan sus tareas en el Banco de Tierra del Fuego, determinando esa sola circunstancia que les sea incuestionablemente aplicable a los empleados bancarios de dicha

Institución, la manda constitucional prevista en el art. 73 inc 4° de la Constitución Provincial.

En atención a la conclusión vertida en el párrafo precedente, corresponde ahora determinar la viabilidad actual de la aplicación del tope a las remuneraciones de los empleados públicos previsto por el inciso y artículo mencionados en el párrafo precedente, el que textualmente dice:

"La remuneración por todo concepto que perciban los empleados y funcionarios públicos ... en ningún caso podrá superar a la del Gobernador de la Provincia".

Sobre el particular expongo mi opinión en cuanto a que a la fecha no se ha dictado el instrumento, específicamente una ley, que haya establecido concretamente qué debe entenderse como "remuneración por todo concepto", lo cual resulta necesario para la aplicación de la prescripción contenida en el inciso y artículo aquí abordados.

Y al respecto debo decir que lo expresado en el párrafo precedente, no es otra que la opinión sustentada por el Tribunal de Cuentas de la Provincia en más de un Acuerdo Plenario, la que incluso ha sido puesta en conocimiento de la Legislatura Provincial.

En efecto, el 26 de noviembre de 2004 el citado Cuerpo colegiado emite el Acuerdo Plenario N° 595, en donde en su voto, al que adhirió el entonces Presidente del Tribunal –Martínez-, el Vocal Ricciuti –véase el título "**Anotación aparte**"- sostiene la existencia de un vacío legal y la necesidad de que se impulsara un texto normativo reglamentario del inciso 4° del artículo 73 de la Constitución Provincial.

Y más cerca en el tiempo, el 30 de mayo de 2008, se emite el Acuerdo Plenario N° 1626 en el cual el Vocal de Auditoría – Ricciuti- transcribe la "**Anotación aparte**" antes referida y agrega:

"...Ahora bien, tras el análisis de las consideraciones expuestas en el Informe Legal Letra: T.C.P. – C.A. N° 106/08 del que



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALIA DE ESTADO



surge claramente la ausencia de elementos para emitir una opinión definitiva acerca de la consulta efectuada, considero que la situación ponderada en dicho Acuerdo Plenario se mantiene presente, resultando imperiosa la necesidad de una norma que reglamente el art. 73 inc. 4) de la Constitución Provincial, determinando qué debe considerarse como "remuneración por todo concepto" a los efectos previstos por la norma constitucional, y cuáles son las asignaciones complementarias personales y circunstanciales que deben excluirse del cálculo a los efectos de la aplicación del tope.

Véase que la letrada firmante del Informe Legal citado, al momento de analizar las cuestiones planteadas en el punto 2) **sustenta sus conclusiones en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación y en los criterios que surgen del Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo al Legislativo, a los efectos de la reglamentación del artículo; circunstancia que, a mi criterio, denota el vacío legal en la materia al que refiere el Acuerdo Plenario N° 595.**

Considero, entonces, que existe una laguna normativa acerca de cuáles son las asignaciones complementarias personales y circunstanciales que deberían excluirse del cómputo, para así poder establecer en el caso concreto si una remuneración determinada supera el tope establecido por el art. 73 inc. 4) de la Constitución Provincial..." (la negrita ha sido incorporada por el suscripto).

Por su parte, la Conjuez del Tribunal en el caso, Dra. Mora, sostuvo:

"...En síntesis, careciéndose de la debida certeza al respecto (composición de la retribución del Gobernador), desde ya adelanto, que adhiero al voto emitido por el Señor Vocal de Auditoría CPN DR. RICCIUTI, en cuanto hace referencia a la existencia de un "vacío legal" en el plexo normativo, para arribar a una conclusión objetiva, ajustada a derecho..." (sobre el particular véase lo sostenido por el

Asesor Legal del Banco de Tierra del Fuego Dr. Paños en el acápite "**ANALISIS**", apartado "**Remuneración del Gobernador**", fs. 16/7).

Finalmente, en función a los votos antes transcritos en lo aquí pertinente, a través del Acuerdo Plenario N° 1626 se resolvió:

"ARTÍCULO 1º) Poner en conocimiento del Presidente del Poder Legislativo la imposibilidad de este Tribunal de emitir una opinión definitiva e inequívoca, en el marco de su competencia, acerca de las cuestiones planteadas a través de la Nota L: Presidencia N° 25/08, ello atento que existe una laguna normativa o "vacío legal" acerca de cuáles son las asignaciones complementarias personales y circunstanciales que deberían excluirse del cómputo para establecer en el caso concreto si una remuneración determinada supera el tope establecido por el art. 73 inc. 4) de la Constitución Provincial.

ARTÍCULO 2º) Hacer saber, asimismo, al Poder Legislativo la imperiosa necesidad de la sanción de una norma legal reglamentaria del art. 73 inc. 4) de la Constitución Provincial, determinando qué debe considerarse como "remuneración por todo concepto" a los efectos previstos por la norma constitucional, y cuáles son las asignaciones complementarias personales y circunstanciales que deben excluirse del cálculo a los efectos de la aplicación del tope, a fin de dar cumplimiento al requerimiento a este Tribunal por el art. 5 del Decreto Provincial N° 025/08..." (el subrayado no se encuentra en el original).

Habiéndome pronunciado respecto a lo solicitado, sólo resta consignar que deberá notificarse el presente dictamen al Sr. Presidente del Banco de Tierra del Fuego, y por su intermedio a los demás integrantes del Directorio del mismo.-

DICTAMEN FISCALÍA DE ESTADO N° 13 /09.-

Ushuaia, 21 ABR. 2009


Dr. RICARDO HUGO FRANCAVILLA
FISCAL ADJUNTO
Fiscalía de Estado de la
Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur