

La protección de la remuneración en el empleo público en el ámbito de la Provincia de Tierra del fuego

Por Zarina E. Ross¹

I. Introducción

Bien es sabido que en los últimos tiempos el empleo público ha sido atravesado por un proceso, que gran parte de la doctrina ha denominado como “laboralización” o “privatización”, es decir que, poco a poco, se ha ido acercando al régimen del empleo privado.

Lo expuesto, tiene su fundamento en que, tanto la mayoría de la doctrina como así también la jurisprudencia nacional y local han superado el inveterado debate que refiere a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público.²

Siguiendo la postura de la Corte Suprema de la Nación³, de la Procuración del Tesoro de la Nación⁴ y del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia⁵, y la propia normativa provincial (artículo 3º de la Ley Provincial N° 133), entenderemos a la relación de empleo público como una relación contractual.

De esa forma, el presente trabajo, hará foco en lo que hace a la remuneración del trabajador y sobre todo, con respecto a la protección de ésta, específicamente en el ámbito de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, pues dicho ámbito territorial será utilizado como caso testigo para el desarrollo del presente.

La problemática planteada surge a raíz del vacío jurídico que trajo aparejada la derogación de la Ley Nacional N° 18.596⁶ (Defensa del pago de los salarios) por la actual Ley de Contrato del Trabajo (Ley Nacional N° 20.744, en adelante LCT), con relación al plazo en el cual, el Estado Empleador debe abonar los salarios a sus agentes públicos.

La actual LCT ha limitado lo dispuesto en su artículo 128º, pues de la lectura del artículo 2º de la misma, taxativamente excluye de su ámbito de aplicación a los dependientes de la Administración pública nacional, provincial o municipal.

¹Directora General de asuntos jurídicos del Ministerio de Educación de Tierra del Fuego.

² Francavilla, Ricardo. (2010) “Algunos Apuntes Sobre la Laboralización del Empleo Público”, *Revista Kareken*. N° 1 Mayo 2010. “... la que considera un vínculo estatutario, y la que entiende que se trata de una relación contractual. La primera se asentó, fundamentalmente, en que el Estado fija en forma unilateral todas las condiciones bajo las cuales se va a constituir y desarrollar la relación de empleo público, sin que el empleado tenga la más mínimas participación ni la posibilidad de modificar o mejorar dicha normativa que le es impuesta imperativamente, razones por las cuales concluye que el consentimiento de las partes para la formación del vínculo es inocuo, comparado con la mayor trascendencia del poder regulatorio estatal unilateral. La segunda, sustentada por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, entendió que por más que existan normas estatutarias dictadas unilateralmente por el Estado empleador, el vínculo siempre requiere para su formación de un acuerdo de voluntades entre la Administración y su agente...”

³ Fallos 323: 1566, “Guida”

⁴ Dictámenes 93:109; 106: 295; 197: 127; 142: 317 y 197:127.

⁵ “Sandez, Luis Gerardo c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo s/ Cuestión de Competencia”, expediente N° 2301/10 sentencia de abril del 2010.

⁶ Recordemos que la mencionada norma establecía un plazo cierto en el cual, el empleador debía abonar el salario al trabajador, y era de aplicación tanto para el ámbito privado como también para el público, concretamente su artículo 5º establecía que “... el pago se efectuará una vez vencido el período que corresponda, dentro de los siguientes plazos máximos. Cuatro días hábiles para la remuneración mensual y quincenal; tres días hábiles para la semanal”.

Dicho extremo nos llevaría a concluir, a primera vista, que el legislador ha quitado de las espaldas del Estado empleador, la obligación de pagar en tiempo y forma el pago de los salarios de sus dependientes, limitando aquella obligación, sólo al empleador privado.

En el presente trabajo intentaremos dilucidar si aun cuando no existe una norma expresa que obligue al Estado a abonar los salarios en un plazo cierto, de todas formas, éste debe cumplir con dicha obligación en tiempo y forma.

En tal sentido, comenzaremos exponiendo algunos conceptos básicos con relación a la remuneración, para luego introducirnos en la problemática concreta y, por último, analizar de qué manera, pautas normativas que pertenecen al derecho privado tienen aplicación al derecho administrativo.

II. Desarrollo

1. La Remuneración según la Ley de Contrato de Trabajo:

El contrato de trabajo es un contrato bilateral en el que las obligaciones principales de ambas partes consisten básicamente, para el trabajador, en poner su fuerza de trabajo a disposición de quien lo contrata y para el empleador, en pagar un precio que se denomina remuneración (artículo 21 LCT).⁷ De esa forma, la LCT define a la remuneración en su artículo 103: “... A los fines de esta ley se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél...”.

En igual sentido, el Dr. Grisolia⁸ define a la remuneración como la principal contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo y constituye la principal obligación del empleador y, agrega que: “... el concepto de remuneración no se circunscribe simplemente a la contraprestación del trabajo efectivamente realizado, sino que se extiende a la disponibilidad de la fuerza de trabajo del dependiente a favor del empleador...”

Por ello, este concepto de remuneración nos permite concluir que el trabajador tiene derecho a la remuneración aun cuando el trabajo no se preste, porque el empleador no puede o no quiere ocuparlo efectivamente (por ejemplo, en caso del desperfecto de una máquina).

Ello está directamente relacionado con unas de las obligaciones que la LCT le impone al empleador en su artículo 78 cuando establece que: “... El empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber....”

Por tal motivo, si el trabajador ofrece o pone a disposición del empleador su trabajo y éste no lo utiliza o la rechaza, la prestación, desde un punto de vista legal,

⁷ Etala, Carlos Alberto (2000), *Contrato de Trabajo*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Página 267.

⁸ Grisolia, Julio Armando (2008), *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Página 661.

se considera cumplida por mora del acreedor, conforme lo establecen los artículos 78 y 103 de la LCT.

De esa forma, la relación de trabajo reviste siempre carácter oneroso y existe reciprocidad de prestaciones entre las partes. Ello adquiere importancia del momento en que, para un gran número de trabajadores la remuneración es el único o principal ingreso para hacer frente a los gastos diarios de subsistencia, propios y de su entorno familiar, lo que les permite mantener un determinado nivel y género de vida (razón por la cual también reviste carácter alimentario).⁹

2. La remuneración en el ámbito del Empleo Público:

En el ámbito Nacional y con relación al Empleo Público, se encuentra vigente la Ley Nacional N° 25.164 denominada “Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional”. Dicha norma determina los principios a los cuales queda sujeta la relación de empleo público, estableciendo también los derechos y garantías de los empleados públicos, como así también, los presupuestos mínimos que las negociaciones colectivas celebradas en el marco de la Ley Nacional N° 24.185 no pueden desplazar.

El artículo 16 de dicho cuerpo normativo, establece los derechos que poseen los empleados públicos y específicamente el inciso b) refiere a la “*Retribución justa por sus servicios, con más los adicionales que correspondan*”.

Por su parte, el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el Dec. 66/1999, establece –en su artículo 126 - que debe entenderse por remuneración “...*la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia de la relación de empleo*” y, ella está compuesta de la asignación básica del nivel, la asignación de la categoría y los adicionales, suplementos, bonificaciones e incentivos que correspondan a su situación de revista.

Sin embargo, en nuestro ámbito provincial la situación es diferente, toda vez que continúa vigente la Ley Nacional N° 22.140, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Nacional N° 23.775, mediante la cual se declaró Provincia, al entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida E Islas del Atlántico Sur.

Dicho artículo establece que las normas del territorio nacional vigentes a la fecha de promulgación de la Ley en cuestión, mantienen su validez en la Provincia, mientras no fueren derogadas o modificadas por la Constitución de la Provincia, la Ley Nacional N° 23.775, o la Legislatura Provincial, en cuanto sean compatibles con su autonomía.

Por ello, es que la relación de empleo entre la Administración Pública Provincial y sus agentes, se rige por la Ley Nacional N° 22.140 y su decreto Reglamentario N° 1797/80.¹⁰

⁹ Vazquez Vialard, Antonio. (1999) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Página 453/453

¹⁰ Recordemos que la aplicación de la Ley Nacional N° 22.140 se dispuso, en su oportunidad a partir de la Ley Territorial N° 331.

De esa forma, la remuneración es consagrada como un derecho de los agentes públicos (artículo 15 inciso b), sin embargo, la Ley no nos brinda una definición y tampoco existe, como sí existe a nivel nacional, un Convenio Colectivo, que nos ofrezca una.

Dicha definición debemos extraerla del Decreto Nacional N° 1428/1973 mediante el cual se regula el Escalafón para el Personal de la Administración Pública que establece: “... *La retribución del agente se compone del sueldo básico correspondiente a su categoría, de los adicionales generales y particulares y de los suplementos que correspondan a su situación de revista y condiciones generales...*”.

Por otro lado, la Ley Provincial N° 561 sobre el “Régimen de Jubilaciones y Pensiones para el personal dependiente del Estado Provincial” (B.O. 27 de noviembre de 2002) nos brinda una definición de remuneración a los efectos previsionales.¹¹

3. Sobre la protección de la remuneración en el ámbito privado:

Con la finalidad de evitar fraudes y garantizar al trabajador la percepción íntegra, real y tempestiva de su salario, la Ley de Contrato de Trabajo establece una serie de medidas de protección del mismo. De esa forma, establece en sus artículos del 124 al 148, disposiciones protectoras de la remuneración y, éstas, a su vez, resultan aplicables a las indemnizaciones debidas como consecuencia del contrato de trabajo. La ley protege la intangibilidad de la remuneración del trabajador frente al empleador mediante distintos recursos que tienen por finalidad el cobro íntegro y oportuno del salario.¹²

¹¹ En primer lugar, el artículo 6° del mencionado cuerpo normativo enseña quiénes son las personas alcanzadas por la Ley, indicando entre la enumeración que realiza a todos los funcionarios, empleados y agentes que en forma permanente o transitoria desempeñen cargos, aunque fueran de carácter electivo, en los tres Poderes del Estado provincial, sus reparticiones u organismos centralizados, descentralizados o autárquicos, incluidos los miembros de los cuerpos directivos colegiados de esas entidades, cualquiera sea el carácter del cargo, función o tarea que desempeñen, estén o no incluidos en el régimen de escalafón y estabilidad, que presten sus servicios en forma continua o discontinua en calidad de permanentes o provisionales, transitorios, accidentales o suplentes, jornalizados o mensualizados o retribuidos por función o intervención. Por su parte el artículo 9° de la mencionada Ley define a la remuneración como: “... *todo ingreso que percibiére el afiliado en dinero o en especies, susceptibles de apreciación pecuniaria, en retribución o en compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, y suplementos adicionales que revistan el carácter de habituales y regulares, y gastos de representación no sujetos a rendición de cuentas, y toda otra retribución cualquiera fuera la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia...*”. Y también agrega que: “... *la reglamentación determinará las condiciones en que los gastos de representación no se considerarán sujetos a aportes y contribuciones, no obstante la inexistencia total o parcial de rendiciones de cuentas documentadas. Se considerarán asimismo remuneraciones las sumas a distribuir a los agentes, o que éstos perciban con el carácter de premio estímulo, caja de empleados u otros conceptos de análogas características. En estos casos también las contribuciones estarán a cargo de los agentes, a cuyo efecto antes de procederse a la distribución de dichas sumas se deberá retener el importe correspondiente a la contribución...*”. Luego, el artículo 10° de la Ley en cuestión establece que: “... *No se consideran remuneración las asignaciones familiares, las asignaciones por indemnización que se abonen al afiliado en caso de cesantía, accidentes de trabajo o enfermedad profesional, ni las asignaciones pagadas en concepto de becas, cualesquiera fueren las obligaciones impuestas al becado. Tampoco se consideran remuneraciones las sumas que se abonen en concepto de gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral en el importe que exceda del promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular...*”. Indicando que: “*Las sumas a que se refiere este artículo, no están sujetas a aportes y contribuciones.*”

¹² Grisolia, Julio Armando (2008), *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Página 745.

Lo expuesto resulta de trascendental importancia, toda vez que la integridad es una de las características principales de la remuneración y ello a su vez está directamente relacionado con el carácter alimentario que también ostenta la remuneración, a lo cual debemos agregar que el cobro del salario debe realizarse en el momento que la ley así lo estipula.

4. Pago de la remuneración:

El pago de la remuneración es la principal obligación del empleador. Es un acto jurídico de carácter recepticio que consiste en la entrega de dinero al trabajador por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador.¹³ La remuneración tiene carácter alimentario; el pago, para ser cancelatorio, se debe efectuar con los recaudos exigidos por la LCT en relación con la persona, el lugar y el tiempo de su efectivización, como también respecto de los requisitos del recibo, fijando la ley distintos mecanismos para evitar fraudes al trabajador. Asimismo, la remuneración se debe pagar por período vencido. De esa forma, el artículo 126 de la LCT establece el período del pago, el que se considera como el lapso que se debe computar a los fines de la liquidación y pago del salario.¹⁴ El pago de la remuneración se debe realizar en los siguientes períodos: a) Al personal mensualizado: al vencimiento de cada mes calendario; b) Al personal remunerado a jornal o por hora: por semana o quincena; c) Al personal remunerado por pieza o medida (unidad de obra): cada semana o cada quincena respecto de los trabajos concluidos en los referidos períodos.

Por otro lado, y con relación al plazo, el artículo 128° (LCT) nos indica que una vez vencido el período que corresponda, el empleador debe pagar la remuneración: a) En un plazo máximo de 4 días hábiles para el personal mensualizado o remunerado por quincena; b) En un plazo máximo de tres días hábiles para el personal remunerado por semana.

De esa forma, el plazo de pago es el término perentorio que tiene el empleador para pagar efectivamente a sus dependientes, contado a partir del vencimiento del período de pago que corresponda a los trabajadores. A su vez, los plazos que fija la norma, son máximos, pudiendo el empleador abonar los salarios a sus empleados, antes del vencimiento. Por su parte, acaecido el vencimiento del plazo de pago, sin que el empleador haya dado cumplimiento a su obligación de pago, produce la mora automática y comienza desde ese momento el curso de los intereses que correspondan.

Por otro lado, desde el punto de vista de las obligaciones contractuales, para que la falta de pago de la remuneración en forma oportuna pueda ser considerada injuria (a los fines de colocarse en situación de despido indirecto), es imprescindible que el trabajador intime fehacientemente al empleador.¹⁵

¹³ Grisolí, Julio Armando (2008), *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Página 749.

¹⁴ Artículo 125° Lopez- Centeno- Fernandez, Ley de Contrato de Trabajo, t. I, p. 706; Meilij, Contrato de Trabajo, t. II, p. 75. Citados en Etala Carlos Alberto (2000), *Contrato de Trabajo*. Ed. Astrea.

¹⁵ Grisolí, Julio Armando (2008), *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Página 752.

5. La protección de la remuneración en el ámbito público nacional y en el ámbito público provincial:

Sin embargo, lo expuesto hasta aquí tiene sus propias connotaciones en el ámbito de la Administración Pública, y concretamente en el ámbito de la Administración Pública Provincial y ello está directamente relacionado al tipo de vínculo que existe entre los trabajadores y su empleador (el Estado).

Como dijimos previamente, en el ámbito nacional, la norma que regula la relación de empleo público es la Ley Nacional N° 25.164 y, específicamente el Decreto Nacional N° 66/1999 establece que el pago de la remuneración debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a “vencido” el periodo que corresponda.

En el ámbito de la Administración Pública de la Municipalidad de Ushuaia, el Convenio Colectivo aplicable a los empleados públicos, el artículo 47 del mismo denominado “De la tutela y pago de la remuneración, determina que el pago debe realizarse el último día hábil de cada mes calendario.

Es decir que, el principal problema surge en el ámbito de la Provincia, pues en Tierra del Fuego, sigue vigente la Ley Nacional N° 22.140, como consecuencia de la continuidad normativa que existe con el entonces Territorio Nacional, y por lo tanto no resulta de aplicación la Ley Nacional N° 25.164, y tampoco lo es el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Provincial.

Como expresáramos previamente, si bien la Ley Nacional N° 22.140 establece que los empleados públicos tienen derecho a una retribución justa, se limita sólo a mencionar dicho derecho, pues ni siquiera nos otorga una definición, y tampoco establece un plazo en el cual la remuneración debe hacerse efectiva al agente público.

Sin embargo, y ante la ausencia de una definición concreta, debemos tener presente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que nos dice que el hecho de tratarse de un vínculo de empleo público no altera la naturaleza de la remuneración como prestación, que siempre será la de retribuir servicios prestados, tanto en ese ámbito como en el de derecho privado; ya que si la indemnización a favor del obrero tiene contenido alimentario, no hay motivo que justifique asignarle otro contenido cuando es el Estado quien debe pagarla a un empleado suyo.¹⁶

Pero retomemos al tema del plazo en el cual el Estado debe abonar a sus agentes la correspondiente retribución por los servicios prestados en el ámbito de la Provincia de Tierra del Fuego.

Recordemos que la problemática que hoy se presenta en el ámbito provincial tiene su origen en la derogación de la Ley Nacional N° 18.596 (Defensa del pago de los salarios) por la actual Ley de Contrato del Trabajo (Ley Nacional N° 20.744), pues aquella norma, establecía el plazo en el cual el empleador debía abonar el salario al trabajador y, era de aplicación tanto para el ámbito privado como también para el público, concretamente su artículo 5° establecía que “... el pago se efectuará una

vez vencido el período que corresponda, dentro de los siguientes plazos máximos. Cuatro días hábiles para la remuneración mensual y quincenal; tres días hábiles para la semanal”.

Con posterioridad, la actual LCT limitó lo dispuesto en su artículo 128°, pues de la lectura del artículo 2° de la misma, taxativamente excluye de su ámbito de aplicación a los dependientes de la Administración pública nacional, provincial o municipal, generando de esa manera un vacío normativo. Por dicha razón, podríamos concluir que el legislador ha exonerado al Estado empleador de la obligación de pagar en tiempo y forma los salarios de sus dependientes. Lo expuesto tiene consecuencias graves, pues de cierta forma la remuneración estaría desprotegida, resultando imposible al empleado público, constituir en mora a su empleador, de la forma que sí puede hacerlo el empleado privado. Y a su vez, el empleado público estaría imposibilitado de tomar distintas medidas de acción directa (como por ejemplo llevar adelante una huelga) a fin de hacer efectivo el pago de los salarios en tiempo y forma, pues concretamente, tal obligación no existiría en cabeza del Estado Provincial.

6. Los casos ATE y ATSA:

La situación planteada, se dio en los autos caratulados “A.T.E. c/Provincia de Tierra del Fuego s/Amparo Sindical”, y en modo similar en los autos “A.T.S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/Amparo Sindical”.

En aquella oportunidad la Asociación de Trabajadores del Estado demandaba al Estado Provincial (como así también A.T.S.A) el pago de las sumas que no fueron abonadas a los trabajadores, como consecuencia de las ausencias originadas por la adhesión a las medidas de acción directa resueltas por la Asociación de Trabajadores del Estado.

En ese entonces, la A.T.E. y también A.T.S.A, habían notificado al Poder Ejecutivo, con causa en diversos incumplimientos, que el cuerpo orgánico de la Asociación Gremial, había resuelto el quite de colaboración y la realización de reuniones informativas.

En este punto cabe aclarar, que entre los diversos incumplimientos por parte del Poder Ejecutivo, se encontraba el *pago escalonado de los haberes de los empleados públicos*, práctica que se había tornado habitual, abonando un porcentaje del salario, los primeros días del mes, y cancelando el mismo semanas más tarde y, dichas circunstancias fueron las que llevaron a la Asociación Gremial a la huelga.

Ahora bien, dijimos que la remuneración es la retribución por los servicios prestados, pero ¿Qué sucede cuando el trabajador no presta sus servicios con motivo de una huelga?

La doctrina y la jurisprudencia son uniformes en ese sentido, pues, pese a no existir una norma que libere al empleador del pago de los salarios frente a esa situación; cuando el trabajador no presta sus servicios en el marco del ejercicio de medidas de acción directa, en principio, no correspondería que se le abone el salario.

“... En tanto, según el art. 103 de la LCT, la remuneración es la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo y se adquiere por haber puesto su fuerza a trabajo a disposición del empleador, queda claro que el trabajador pierde el derecho al salario durante los días de huelga, aunque ésta sea legal, porque precisamente el ejercicio de este derecho consiste en suspender la prestación de los servicios...”¹⁷

“... La causa jurídica del sueldo es la prestación del servicio; si no ha existido ésta, salvo las excepciones expresamente determinadas por disposición legal que lo declare subsistente (...), no procede su pago...”¹⁸

“... Tanto para la Corte como para la doctrina mayoritaria laboralista, al no haber prestación de servicio por efecto de la huelga que justifique la remuneración, los descuentos resultan legítimos...”¹⁹

Sin embargo, jurisprudencialmente, se ha exceptuado de esta regla, cuando la huelga se originó por causas imputables al empleador.

“... Cuando se produce una huelga, la relación laboral se encuentra suspendida, el empleador no está obligado a abonar la retribución, en atención a que durante ese momento no hay contraprestación de servicios; la excepción, en la que se deberían pagar los salarios correspondientes al período de huelga, es en el caso límite de que la medida se llevara a cabo a causa de conductas patronales gravemente injuriosas al personal...”²⁰

“... El derecho a cobrar salario por los días de huelga no se derivaría de la legalidad (y menos de la ilegalidad, claro está) de la medida, sino de que haya existido un obrar culpable de la Administración...”²¹ En el caso que nos convoca, “A.T.E. c/Provincia de Tierra del Fuego s/Amparo Sindical”, el Sr. Juez de primera instancia en lo laboral señaló que: *“... de las causas expresadas por la Asociación de Trabajadores del Estado, como desencadenante de la adopción de las medidas de acción directa, entre ellas el pago escalonado en forma sistemática de los haberes y el pago en cuotas de la ayuda escolar, constituyen fuera de toda duda, el incumplimiento de una obligación de origen normativo, que le impone a la controversia el carácter de conflicto colectivo de derecho. Respecto al pago de los haberes, es preciso señalar que no estamos frente a una mora ocasional, sino a la implementación de un hecho de una práctica ininterrumpida, que se ha prolongado en el tiempo, vislumbrándose la ilegalidad manifiesta en el obrar de la administración. Si bien no escapa al suscripto la delicada situación económica por la que atraviesa la provincia, lo cierto es que no se ha dado el encuadre legal que habilite el pago escalonado de los haberes o el diferido de la ayuda escolar, por lo que cabe calificar el proceder como antijurídico. La demandada no intimó*

¹⁷ Etala, Carlos Alberto (2001). Derecho Colectivo del Trabajo. Ed. Astrea. Buenos Aires. Pág. 389.

¹⁸ Posee, Guillermo A.,(1985). Régimen jurídico de la Función Pública. Ed. Depalma. Buenos Aires. Pág. 60.

¹⁹ Cámara de 2° instancia en lo CAyT Sala II, “Asociación Docentes ADEMYS contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) expediente 30894. Sentencia del día 14 de febrero de 2009.

²⁰ Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. J02. “Asociación Docentes ADEMYS contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) expediente 30894. Sentencia del día 25 de febrero de 2009.

²¹ Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. J02. “Asociación Docentes ADEMYS contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) expediente 30894. Sentencia del día 25 de febrero de 2009.

*oportunamente el cese de medidas, no instó a los procesos previstos para encauzar el conflicto, ni esgrime en autos eximentes para su incumplimiento. Así se configura una status quo –de indemnidad del empleador frente a su propio incumplimiento- que únicamente irroga perjuicios a los trabajadores, que al valerse de las herramientas que le proporciona la Constitución Nacional para defender sus derechos lesionados, sólo afrontan mayores calamidades mediante el descuento de los días”.*²²

Es decir, que en esa oportunidad, el juez entendió que frente a una conducta culpable del Estado empleador, los trabajadores, aun cuando no pusieron a disposición del Estado su fuerza de trabajo con motivo de las medidas de acción de directa que se encontraban realizando, tienen derecho a que se abonen los salarios por dicho período.

Recurrida que fuera dicha sentencia por la demandada, el Tribunal de Alzada tomó la intervención que le compete, confirmando la sentencia de grado.

Al momento de tomar intervención el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en la causa ATE²³ confirmó lo actuado por las instancias inferiores. Similar circunstancia aconteció en la causa ATSA.

Dicho criterio fue reiterado en las causas “Santana Sánchez, María Angela y otro c/ I.P.A.U.S.S. s/ Medida Autosatisfactiva”, expediente N° 2802, SDO, sentencia de fecha 15/08/13, reg. T° LXXXII, F° 191/194; “Fernández, Luis Alejandro y Otros c/ IPAUSS s/ Medida Autosatisfactiva”, expediente N° 2812/13 SDO, sentencia del 25 de septiembre de 2013, reg. T° LXXXIII, F° 187/191 y “Dapozo, Susana Beatriz c/ IPAUSS s/ Medida Autosatisfactiva”, expediente N° 2905/14, del mes de mayo de 2014.

7. El proceso de laboralización o privatización del empleo público:

Lo expuesto adquiere relevancia, en virtud del proceso de laboralización o privatización por el que atraviesa el empleo público, mediante el cual se pretende equiparar el régimen del empleo público con la relación de trabajo en el ámbito privado.

*“...Desde hace mucho tiempo atrás que se han destacado las grandes semejanzas existentes entre el empleo público y el empleo privado (...) ... diversos administrativistas y laboristas han coincidido en subrayar los aspectos o puntos de regulación común entre las relaciones de ambos empleos, advirtiendo que las dos categorías de trabajadores tienen con su empleador una dependencia jerárquica, técnica y económica, su retribución o remuneración como contraprestación constituye un crédito alimentario y asistencial para sí y su familia, su jornada laboral se encuentra limitada, existe libre agremiación, el derecho a huelga, normas de seguridad e higiene del trabajo, obras sociales, jubilaciones, etcétera...”.*²⁴

²² Juzgado de Primer Instancia del Trabajo del Distrito Judicial Sur, “A.T.E. c/Provincia de Tierra del Fuego s/Amparo Sindical” expediente N° 4893/2009. Sentencia del día 2 de junio de 2009.

²³ Superior Tribunal de Justicia Tierra del Fuego, “ATE c/Provincia de Tierra del fuego s/Amparo Sindical s/Incidente de Apelación. Expte. 1369/10 STJ.SR sentencia de fecha 13 de abril de 2011.

²⁴ García Pullés, Fernando (Compilador) (2005). “Régimen de empleo público en la Administración Nacional”- Lexis Nexis. Buenos Aires. Pág. 18.

Sin embargo, en el empleo público, el Estado Empleador es un persona jurídica de carácter público, cuyo accionar está regido por el derecho público, lo que implica el sometimiento de las relaciones, a un régimen de exorbitancia que las delimita y las caracteriza. **¿Dicho régimen de exorbitancia sería suficiente a fin de eximir al Estado de abonar los salarios a los empleados públicos en tiempo y forma, aun cuando no exista una norma expresa que lo obligue a dicho cumplimiento? ¿Qué normas protectorias existen a fin de invocar la protección de la remuneración de los empleados públicos?**

Resulta interesante la opinión de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral al momento de resolver en autos “A.T.S.A. c/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/Amparo Sindical” y “A.T.E. c/Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego s/Amparo Sindical”.

En la opinión del Dr. Francisco Justo de la Torre: *“...Tal interpretación, necesariamente conduce al absurdo, pues colegir que la finalidad del legislador fue desobligar al Estado empleador al pago de salarios en tiempo y forma y circunscribir la responsabilidad al sector privado del campo laboral, no responde a una intelección razonable y armoniosa de la ley, antes bien, permite deducir que estamos en presencia de una carencia de técnica legislativa que provoca que el accionar legisferante resulte impreciso.”*. De esa forma, el citado juez entendió que: *“... en la tarea de interpretación judicial de las normas debe concluirse que, al sancionarse la ley 20744 y a raíz de una defectuosa técnica legislativa se “derogó” la ley 18596 cuando en realidad se abrogó dicha norma en la medida en que se sustituyó una cláusula para regir en el ámbito de las relaciones laborales privadas y se mantuvo el artículo 5° para el sector público...”*. Y agregó que: *“... Ello es así porque por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación judicial indagar lo que dicen jurídicamente y si bien no cabe al respecto prescindir de las palabras, tampoco corresponde atenerse rigurosamente a ella, cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática (...) la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y en ese objetivo la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad de la norma y la voluntad del legislador (...) la intelección de la norma debe hacerse armónicamente teniendo principalmente en consideración la totalidad del ordenamiento jurídico vigente y los principios y garantías de raigambre constitucional...”*.

Por su parte, al momento de tomar intervención el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en la causa ATE²⁵ entendió (haciendo referencia a los argumentos expuestos por la actora en cuanto que no existía norma alguna que imponga plazo a la administración de abonarlos) que: *“... ello no autoriza a suponer que los emolumentos puedan ser satisfechos por la sola voluntad del estado empleador en cualquier tiempo o de cualquier modo. (...) En este esquema existen buenas razones para aceptar que el pago salarial se efectúe en una sola vez y en un plazo prudencial y acorde con la finalización de la tarea efectuada.”*

²⁵ Superior Tribunal de Justicia Tierra del Fuego, “ATE c/Provincia de Tierra del fuego s/Amparo Sindical s/Incidente de Apelación. Expte. 1369/10 STJ.SR sentencia de fecha 13 de abril de 2011.

Por otro lado, en la causa ATSA²⁶ la Dra. Battaini expuso: *“Debo decir que aún aceptando la inexistencia de una norma positiva que establezca el pago del salario en su totalidad y dentro de un cierto tiempo en la relación de empleo público, ello no autoriza a suponer que este pueda ser satisfecho por la sola voluntad del Estado empleado en cualquier tiempo y de cualquier modo”*.

Por su parte, el Dr. Munchik, en su voto de la causa Daposo arriba citada expuso, *“No cabe duda que la caja jubilaria se encuentra en situación de incumplimiento cuando no paga en el momento y en la extensión que le corresponde. Sobre el particular tiene dicho el Tribunal en relación a casos análogos que aún aceptando la inexistencia de una norma positiva que establezca el pago del salario en su totalidad y dentro de un cierto tiempo en la relación de empleo público, ello no autoriza a suponer que éste pueda ser satisfecho por la sola voluntad del Estado empleador en cualquier tiempo y de cualquier modo. Por lo tanto, si constituye un uso habitual que el sueldo se abone completo dentro de los plazos que cobra el trabajador particular, no puede sostenerse que el pago fuera de esas condiciones sea regular. Es censurable la aplicación de la costumbre contra legem, pero no cuando la ley nada dispone. En mérito a ello se concluyó que el Instituto previsional incurrió en un incumplimiento al abonar de manera tardía el salario de parte de sus trabajadores, ordenándose el pago en tiempo y forma”*.

Es decir, que las respuestas a los interrogantes que planteáramos, no las encontraremos en la normativa aplicable al empleo público provincial, resultando necesario recurrir a distintas fuentes, como por ejemplo, la propia Constitución Nacional cuando expresa que el trabajo en sus diversas formas goza de la protección de las leyes que reglamenten su ejercicio, abarcado de esa manera tanto al empleo público, como también la privado, ello sin olvidarnos de las singularidades que definen a la relación de empleo público. Como así también a normas internacionales, como ser el Convenio 98 de la OIT,²⁷ sobre todo teniendo en cuenta la gran influencia que ha tenido el derecho internacional en el derecho interno nacional.

Por otro lado, tampoco puede perderse de vista, que los jueces tienen el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, conforme lo establece el artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación; motivo por el cual, ante la existencia de lagunas del derecho público para la regulación de algunos aspectos de la relación de empleo público en la provincia, podrían aplicarse por analogía las normas propias del derecho administrativo (por ejemplo las que se aplican a nivel nacional) o incluso la propia LCT, siempre que se respete la diversidad que en cada caso corresponda.

Es decir que, pese al régimen de exorbitancia que caracteriza a la relación de empleo público, en el caso particular, vemos que necesariamente debemos recurrir a otras fuentes del derecho para dar una solución armónica al problema aquí planteado.

²⁶ Superior Tribunal de Justicia Tierra del Fuego, “ATSA c/Provincia de Tierra del fuego s/Amparo Sindical s/Incidente de Apelación. Expte. 1448/10 STJ.SR sentencia de fecha 13 de abril de 2011.

²⁷ Norma que con motivo de la Convención de Viena del año 1969 y del artículo inciso 22 de la CN forma parte del plexo normativo que los jueces deben considerar a la hora de emitir sus sentencias.

Ello, en gran medida está relacionado con que en la actualidad el derecho administrativo está asistiendo a una mudanza relevante en su sistema de fuentes debido a la incorporación de los tratados de derechos humanos y también se asiste a un relacionamiento cada vez más estrecho con las nociones iusprivatistas.²⁸

En ese sentido, como primera fuente a la cual debemos recurrir es la propia Constitución, como ya señaláramos. (y a los tratados internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional). Es el artículo 14 bis el que hace referencia al derecho al trabajo, indicando que el mismo, en sus diversas formas recibirá la protección de las leyes.

Sobre dicho artículo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: *"... que el objeto y el sujeto principalísimos sobre los que operó la reforma fueron el universo del trabajo y el trabajador. De tal suerte, bajo la luz del principio protector ("El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes..."), asentaron su plaza en la cúspide del ordenamiento jurídico positivo diversos derechos "inviolables" (Fallos 252:158, 161, considerando 3°) del trabajador, así como deberes ("inexcusables", ídem) de asegurarlos por parte del Congreso ("Aquino", cit. p. 3770; y "Milone", Fallos: 327:4607, 4617)".²⁹ Agregando que: *"... si se produjera alguna duda en el llamado a interpretar el art. 14 bis, sería entonces aconsejable recordar, además de lo que será expuesto infra (considerando 8°), la decisiva doctrina que asentó esta Corte en el caso Berçaitz: "tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (Fallos: 289: 430, 436; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 3°)...".³⁰**

Teniendo en miras lo precedentemente expuesto, debemos agregar que la consecuencia natural del trabajo, es la remuneración que el trabajador recibe por aquel, pues es aquella la que le permite al hombre ganarse la vida, satisfacer sus necesidades básicas, brindarle a su familia una mejor calidad de vida, entre otras finalidades; con lo cual es sensato concluir, que aquella reciba la misma protección que recibe el trabajo, porque una cosa está directamente relacionada con la otra.

A su vez el trabajo encuentra vinculación con la dignidad humana, la que es definida como un valor espiritual inherente a la persona y está relacionado al libre desarrollo de la personalidad, que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás y, a su vez lleva implícito el respeto de la persona como ser humano y a los derechos inherentes al mismo³¹, respecto de lo cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho: *"... Y al obrar de tal modo, tutela, paralelamente, la dignidad, atributo inherente a toda persona, además de centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (Fallos:*

²⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis. (2008). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Ed. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. Pág. 32.

²⁹ Caso "Madorrán", fecha 3 de mayo de 2007.

³⁰ Caso "Madorrán", fecha 3 de mayo de 2007.

³¹ Diccionario Jurídico Espasa Siglo XXI (2005). Editorial Espasa Calpe. Madrid. Pág. 592

314:424, 441/442, considerando 8°; "Aquino" cit., ps. 3777/3778) y del orden internacional inserto en éste (v., entre muchos otros: Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; y Pacto cit., Preámbulo, primer párrafo). ... Dignidad y trabajo que, por lo pronto, se relacionan en términos naturalmente entrañables, según lo reconoce con claridad el art. 14 bis de la Constitución Nacional y lo reitera el art. 7.a.ii del mentado Pacto, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 10 de mayo de 1944, que asienta los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros: 'todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades' (II, a)...".³²

Continuando en esa línea argumentativa, frente a la ausencia de una norma que proteja la remuneración de los empleados públicos en el ámbito provincial, otra de las fuentes a las que debería recurrir el juez, son los principios generales del derecho, ello a fin de brindar una solución que contemple la protección de los derechos humanos en juego.

Recordemos que dentro de las funciones que se le reconocen a los principios se encuentra la función integrativa que refiere el principio como un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento.³³ Por ello, al momento de resolver en el caso "Madorrán" la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió: "... Que sostener la estabilidad propia del empleado público en las concretas circunstancias de esta causa, es solución que concuerda con los principios y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, en buena medida implícitos en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados a ésta por vía del art. 75.22, al dar jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia. ...Luego, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos y muy especialmente del mencionado Pacto (art. 2.1; "Aquino", cit., p. 3774/3777, y "Milone" cit., p. 4619), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Ya el citado precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda exégesis restrictiva de los derechos sociales, que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, 'concordante con la doctrina universal': el 'principio de favorabilidad' (cit., p. 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 4°)...".³⁴

³² Caso "Madorrán", fecha 3 de mayo de 2007.

³³ Lorenzetti, Ricardo Luis. (2008). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Ed. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. Pág. 142.

³⁴ Caso "Madorrán", fecha 3 de mayo de 2007.

Es decir, que siempre debemos llegar a la misma conclusión; que la remuneración de los agentes públicos en el ámbito provincial debería recibir la misma protección que reciben los empleados públicos a nivel nacional o en su defecto la misma protección que reciben los empleados privados, aun cuando no exista una norma que expresamente así lo disponga, y el régimen de exorbitancia que caracteriza a la Administración Pública no podría relegar a la dignidad de la persona humana, pues el trabajo y la remuneración que el trabajador percibe por aquel tienden a la realización de personal del hombre.

Si la Constitución consagra derechos (como en este caso el del trabajo) y luego los legisladores no los reglamentan o lo hacen de forma parcial, se perdería la finalidad misma por la cual se consagran dichos derechos, es decir que la Constitución enunciaría derechos “vacíos” o “huecos”.

III. Conclusión

La situación de los empleados públicos en el ámbito de la Provincia de Tierra del Fuego, en lo que refiere a la protección de la remuneración presenta sus propias aristas.

Ello es así, pues con la derogación de la Ley Nacional N° 18.596, se habría exonerado al Estado empleador, de la obligación de abonar los salarios de sus dependientes en un determinado plazo y de una determinada forma. Sin embargo, y como vimos en el desarrollo del presente trabajo, existen importantes fundamentos por los cuales, pese a la falta de regulación (vacío normativo) el Estado Provincial debería abonar los salarios a sus dependientes en un plazo razonable y de forma íntegra.

Todo ello, está directamente relacionado con la dignidad de la persona humana, pues el trabajo (y la remuneración) tienden a alcanzar a aquella, del momento que es una de las herramientas que le permite al hombre realizarse como persona.

Superado el debate respecto de la naturaleza jurídica que debe atribuírsele al empleo público, que se inclinó a favor de la postura contractual, es posible concluir que por vía de la analogía, resultan de aplicación las normas del derecho privado, siempre que se respeten las propias particularidades que lo definen.

Por otro lado, tampoco deben perderse de vista los distintos principios de interpretación que hoy en día son utilizados por la jurisprudencia a la hora de resolver cuestiones relacionadas con la consagración de los derechos humanos, como lo son el principio “*pro homine*”³⁵ y el principio “*in dubio pro justitia sociales*”.

El hecho de que en Tierra del Fuego no exista una norma que obligue al Estado a pagar a los agentes públicos los salarios en un determinado plazo, es una circunstancialidad que podría ser atribuida a una mala técnica legislativa, lo que no

³⁵ “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*” PINTO, Mónica- Artículo publicado en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”- Comp. ABREGU M. y COURTIS C.- Editores del Puerto SRL Bs As 1997, pag. 163-171. *El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos...*”

significa que efectivamente el legislador, haya librado al Estado de tal obligación, pues a nivel nacional, dicha obligación existe.

Resulta necesario que dicho vacío normativo sea suplido con una norma que expresamente obligue al Estado Provincial, ya sea mediante una ley dictada por la Legislatura Provincial o bien mediante Convención Colectiva de Trabajo, pues mientras ello no suceda; será tarea del Poder Judicial definir si recae sobre el Estado Provincial la obligación de abonar a sus dependientes las remuneraciones en el plazo regulado por la LCT, como así también en la reglamentación de empleo público nacional.