

Revista Derecho Laboral Nº 204
TOMO XLIV Octubre - Diciembre 2001

Trabajo, dado que no contraviene los principios o institutos propios de esta rama del derecho.

Al ser aplicado este concepto en el Derecho del Trabajo sufrirá las adaptaciones que le realice esta disciplina especial y autónoma.

2. La noción «diligencia de un buen padre de familia» fue recogida por la doctrina laboral tradicional, de modo de señalar cómo debían cumplirse algunas obligaciones del contrato de trabajo, es especial la prestación del trabajo por parte del trabajador.

3. El modelo del buen padre de familia puede ser utilizado como un criterio para delimitar y analizar el comportamiento de las partes del contrato de trabajo.

4. Si bien puede diferenciarse el modelo del «buen padre de familia» de los principios de «ejecución del contrato de buena fe» y de actuar conforme a «la razón», todos ellos constituyen standards para analizar la conducta de los sujetos y comprobar si su comportamiento coincide con las valoraciones vigentes en la comunidad.

En muchos casos, estos criterios coincidirán, y en otros ayudarán a completar el análisis del comportamiento del sujeto en el caso concreto.

5. El apartamiento del modelo del buen padre de familia, podrá traer aparejada responsabilidad de las partes del contrato de trabajo.

Pero esta responsabilidad será distinta de la noción de «culpa civil» y del sistema de responsabilidad del Derecho Civil.

6. La obligación del trabajador de prestar la tarea con diligencia, coincide con el concepto de diligencia del buen padre de familia, en tanto se está haciendo referencia a la diligencia media.

7. Los conceptos de «buen trabajador» y de «buen empleador» no coinciden estrictamente con el modelo del buen padre de familia, sino que constituyen nociones más amplias y tienen que ver con las elaboraciones doctrinarias acerca de los deberes de las partes en el contrato de trabajo.

8. El alejamiento del modelo del buen padre de familia por parte del trabajador, no necesariamente configura notoria mala conducta que exima del pago de la indemnización por despido.

EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

por
OCTAVIO CARLOS RACCIATTI

Sumario:

Introducción. I. CONCEPTOS GENERALES. A. La función pública. B. Las fronteras del derecho del trabajo: de la "legislación industrial" u "obrero" al derecho laboral. C. El sector público y el derecho laboral en Uruguay. II. EL DERECHO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO. A. Un derecho general del trabajo fundado en los derechos humanos. B. Los institutos del derecho colectivo del trabajo. C. El derecho individual del trabajo. D. La aplicación de los principios y de las instituciones del derecho del trabajo en el sector público. III. LOS ACTORES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO. A. Generalidades: a) Peculiaridades del estado como empleador; b) El personal al servicio de la administración pública: los funcionarios y otros sujetos de las relaciones de trabajo. c) La visión de la OIT. d) Sistemas cerrados y abiertos de función pública. B. Relaciones típicas y atípicas. C. La relación típica en la función pública uruguaya. D. Las relaciones atípicas. Los diversos grados de atipicidad. a) Dentro de la función pública. b) Fuera de la función pública. IV. CONCLUSIONES

"El Derecho del Trabajo no es tanto o no es sólo una disciplina que acote para sí una zona determinada del ordenamiento jurídico; es, además, una forma de contemplar el ordenamiento todo, en toda su complejidad y en todas sus vertientes, desde el trabajo humano como observatorio privilegiado"

(Manuel Alonso Olea: *Las fuentes del Derecho / en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1990, pág. 29)

Introducción.

I. En el presente informe, tratamos de examinar las relaciones de trabajo en el estado y para el estado, desde el punto de vista del derecho del trabajo.

Dividimos la exposición en tres partes: (I) en primer lugar, algunas referencias generales sobre el surgimiento de la reglamentación especial de la

función pública y el de la "legislación obrera", y los problemas planteados cuando el derecho laboral amplía su ámbito subjetivo de aplicación; (II) en la segunda parte, analizamos las bases de un derecho del trabajo del sector público; (III) finalmente, el estudio de los actores de este sector de las relaciones laborales nos confirma la diversidad de figuras bajo las cuales se trabaja en y para el estado y la multiplicidad de regímenes jurídicos que las contemplan.

2. Como veremos, el objeto de estudio no está constituido exclusivamente por los funcionarios públicos. También corresponde considerar las diversas figuras extra-funcionariales, cada vez más frecuentes.

Obviamente, nuestro enfoque se propone estudiar estas cuestiones desde una visión laboralista (es decir, en el campo de una disciplina científicamente autónoma: el derecho del trabajo).

I. Conceptos generales

A. La función pública

3. (Concepto de función pública). La función pública es (a) el conjunto de personas físicas a disposición del estado que tienen a su cargo las funciones públicas; (b) el régimen jurídico al que están sometidos; y (c) la organización que los encuadra⁽¹⁾.

Ese régimen y esa organización están estrechamente vinculados con las distintas concepciones de la estructura y de las funciones del estado, y con el distinto alcance que se asigne a la "función pública". Aún en un análisis abstracto, será difícil encontrar semejanzas entre el cuerpo de servidores de un estado monárquico absolutista y el régimen de función pública de un estado de derecho. Régimen político, sistema jurídico, organización administrativa son factores que explican diversas concepciones sobre el rol y la situación jurídica de los agentes o servidores del estado. En los países europeos, en una evolución que transcurre desde fines del siglo XVIII y en el siglo XIX, se abandona la concepción patrimonialista, en la cual la actividad administrativa tenía como finalidad la satisfacción de los intereses del soberano que gestionaba la "cosa pública", y en cuyo marco el empleo público era en realidad un empleo privado a favor de quien detentaba los poderes públicos. En el continente europeo, bajo diferentes modalidades, y con influencia francesa, se generalizan los sistemas de función pública, que se apartan tanto de la relación

⁽¹⁾ Parada, Ramón: *Derecho administrativo*, t. II (*Organización y empleo público*), 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 398.

personal del absolutismo como del arrendamiento de servicios del derecho civil. En su origen, el modelo francés es de cuño autoritario, fruto de la concepción centralista del régimen de Napoleón; pero lentamente, acompañando la evolución política, el sistema de función pública pasa a caracterizar el estado contemporáneo al establecer un cuerpo de funcionarios dedicados al servicio del estado, independiente e imparcial, sometido a una disciplina jerarquizada, en cuya actividad debe prevalecer el interés público⁽²⁾.

4. (Contemporaneidad con el surgimiento de la "legislación industrial" u "obrera"). En las últimas décadas del siglo XIX, esta evolución hacia la consolidación de un sistema de función pública (o modelo funcionarial) es contemporánea del surgimiento de la legislación del trabajo.

Conscientes del carácter inadecuado e insuficiente de los institutos del derecho privado, dos nuevas disciplinas jurídicas se apartan del derecho civil, y siguen por caminos diferentes, aunque ambas tienen dos puntos en común: la ruptura con el derecho civil, y la regulación jurídica de la prestación y de la organización del trabajo humano.

5. (Denominaciones del estudio de la función pública). Distintas denominaciones son utilizadas para hacer referencia al estudio de la regulación del trabajo de los funcionarios públicos. Por supuesto, la denominación no es una mera cuestión de palabras; es la forma de identificar el estudio de la regulación laboral de los funcionarios, reflejando enfoques doctrinales diversos y diferencias en el derecho positivo de cada país.

Podemos distinguir entre (a) el estudio específico de los funcionarios públicos; y (b) el planteo de un derecho laboral común a todos los trabajadores independientemente de la naturaleza jurídica del empleador.

a. Con relación a los funcionarios públicos, han sido propuestas las siguientes denominaciones.

i. *Derecho de la función pública*. Revela la especialidad del estudio del tema, aunque desde un enfoque vinculado tradicionalmente al derecho público⁽³⁾. Limita su estudio a quienes adquieren la calidad de funcionarios públicos.

⁽²⁾ Plantey, Alain: *Traité pratique de la fonction publique*, LGDI, Paris, 1956, pág. 9-13; Benvenuti, Feliciano: "Evoluzione della disciplina del pubblico impiego", en VVAA (ed. al cuidado de Sabino Cassese): *L'amministrazione pubblica in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1974, pág. 109-111.

⁽³⁾ Es una denominación empleada en Francia (De Forges, Jean-Michel: *Droit de la fonction publique*, 2a. ed., Collection Droit fondamental, PUF, Paris, 1997). En Uruguay: Correa Freitas y Cristina Vázquez, *Manual de derecho de la función pública*, FCU, Montevideo, 1998, pág. 109-111.

ii. *Derecho administrativo laboral*. Es la denominación utilizada en Colombia por Younes Moreno (que estudia la "función pública" o el "servicio civil" como "manejo de los recursos humanos al servicio del Estado")⁽⁴⁾, y en Uruguay por Flores Dapkevicius⁽⁵⁾.

iii. *Derecho del trabajo del sector público*. Es significativo el cambio de título de la obra de Yves Saint-Jours: la primera edición (1977) se denomina *Les relations du travail dans le secteur public*; la segunda edición (que expresamente se identifica como tal, aunque cambia el título del libro) es *Manuel de droit du travail dans le secteur public*⁽⁶⁾. En Estados Unidos, se advierte mayor facilidad para admitir un derecho laboral del sector público (*Public Sector Labor and Employment Law*) o de un derecho de las relaciones laborales en el sector público (*Labor relations law in the Public Sector*)⁽⁷⁾. Este último es el nombre de la materia en la carrera de Relaciones Laborales de la Facultad de Derecho, en Montevideo.

b. Los enfoques generalizantes se expresan en la idea de un *derecho común del trabajo*⁽⁸⁾, o de un *derecho general del trabajo o régimen jurídico general de los trabajadores*. Este último no constituye una nueva rama del derecho sino un estudio general de los principios, instituciones y normas fundamentales relativas al trabajo aplicables en el sector público y en el privado.

Aquí nuevamente vemos la influencia del derecho positivo en los respectivos análisis teóricos.

En Italia, la tendencia hacia un *diritto comune del lavoro* se reafirma con motivo de la "privatización" del empleo público⁽⁹⁾ (que lo coloca bajo la

⁽⁴⁾ Younes Moreno, *Diego: Derecho administrativo laboral*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1988, pág. 1.

⁽⁵⁾ Flores Dapkevicius, Ruben: "Algunas consideraciones generales acerca del T.O.F.U.P. y del derecho administrativo laboral", en *Rev. de Derecho Público* año 7, núm. 14 (1998), pág. 103-124.

⁽⁶⁾ Saint-Jours, Yves: *Manuel de droit du travail dans le secteur public*, 2ª ed., LGDJ, París, 1986 (1ª ed. con el título: *Les relations du travail dans le secteur public*, LGDJ, París, 1977).

⁽⁷⁾ Edwards, Harry T., Clark, R. Theodore Jr., y Craver, Charles B.: *Labor relations law in the public sector. Selected state and federal statutes*, Contemporary Legal Education series, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 4ª ed., 1991.

⁽⁸⁾ VV.AA.: *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, ed. Franco-Angeli, Milano, 1993.

⁽⁹⁾ Ley núm. 421 de 23.10.1992 (que delega facultades al Gobierno para «la racionalización y la revisión de las normativas en materia de salud, de empleo público, de previsión social y de finanzas territoriales») y decreto legislativo del 3.2.1993, núm. 29 («Racionalización de la

regulación de las normas del Código Civil sobre contrato de trabajo). Como expresa Albanese, la ley núm. 421 constituye la última etapa, y quizás la definitiva, del proceso de aproximación entre el régimen jurídico de la relación de empleo público y el del trabajo privado que se ha desarrollado en el ordenamiento italiano desde los años sesenta⁽¹⁰⁾.

B. Las fronteras del derecho del trabajo: de la "legislación industrial" u "obrera" al derecho laboral.

6. (Función de la legislación obrera). El derecho laboral nace con una finalidad tuitiva o de equiparación o de compromiso en el ámbito de las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo del siglo XIX. Para Palomeque López y Álvarez de la Rosa, si el Derecho es una técnica instrumental de organización social establecida para la integración, institucionalización o jurificación de los conflictos sociales, el derecho del trabajo constituye propiamente la reacción ante el "conflicto industrial", el conflicto entre el capital y el trabajo asalariado en la sociedad industrial. "El conflicto social base del derecho del trabajo [es] el 'conflicto industrial'"⁽¹¹⁾.

7. (Los empleados públicos y la cuestión social). En este marco histórico, social y económico, las condiciones de vida y de trabajo de los empleados públicos no formaban parte de la "cuestión social".

Alonso Olea⁽¹²⁾ explica la persistencia del sistema funcional (distinto del régimen laboral) en función de los orígenes de un derecho del trabajo ligado a la protección del trabajador manual. Recuerda que el derecho del trabajo nació ligado a la protección de los trabajadores industriales y manuales, hacia el obrero; el funcionariado estaba integrado por trabajadores intelectuales (lo cual permite explicar por qué, en España, los trabajadores manuales, los "subalternos", al servicio de la administración fueran excluidos del estatuto funcional). Cuando el derecho del trabajo se extiende a "trabajadores de

organización de las administraciones públicas y revisión de la normativa en materia de empleo público, de acuerdo al art.2 de la ley de 23 de octubre 1992, núm. 421», con las modificaciones introducidas en el decreto legislativo de 12.11.1993.

⁽¹⁰⁾ Albanese, Alessandra: «Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e Spagna», en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm.57, 1993/1, pág.163.

⁽¹¹⁾ Palomeque López, Manuel-Carlos, y Álvarez de la Rosa, Manuel: *Derecho del trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 44-45.

⁽¹²⁾ Alonso Olea, Manuel: "Los límites de la aplicación del Derecho del trabajo a las Administraciones públicas", en *Libro homenaje al Profesor J.L. Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 53, cit. por Molina García, Mónica: *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000, pág. 109, en nota 213.

ables a los intelectuales, en el tradición centenaria de prestadores no eran trabajadores, por extensión al intelectual de la Se comprende entonces la extensión de lo laboral".

a). La incipiente rama del industrial, protectora básicamente las cuestiones más agudas de sus fronteras en la cons- de vista científico. Dicho su ámbito subjetivo, y en la

fué ampliando su ámbito adores (del comercio, del a interrogarse acerca de estado y de los organismos

ya del «nuevo derecho» en a de algunos sectores del otras disciplinas como el no internacional (público o rma interdisciplinaria, ya e plano, también surge la los funcionarios públicos

es públicos). Diversos ronteras en relación con

e, desde fines del siglo es industriales y comer- la cuestión de la regla- ción de institutos del o predominante en los borol ("privado"), a lo o fue otro: una noción a estos trabajadores de "comercial del Estado".

Desde 1952, la Constitución consagra un sistema de estatutos múltiples y determina expresamente la existencia de estatutos propios de los entes autónomos comerciales e industriales (art. 63 de la Constitución de 1952 y de la vigente).

b. Un segundo factor ha sido la obra legislativa de la OTT, desde el convenio núm. 1. Si bien la preocupación inicial de la OTT no se centró en el sector público, ya el primer convenio abarca a "todas las empresas industriales públicas o privadas, cualquiera que sea su naturaleza"; art. 2 del convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919. A ello debe agregarse la tarea científica, de investigación y de difusión en la materia (reuniones paritarias en el Programa de Actividades Sectoriales, Comisión Paritaria del Servicio Público)⁽¹³⁾.

c. Otro factor ha sido la constitucionalización de los derechos sociales con un ámbito general de aplicación, o, en especial, de los derechos laborales de los funcionarios públicos. Para mencionar ejemplos recientes, el art. 37, num. VI y VII de la Constitución brasilera (1988) reconoce los derechos de asociación sindical para los servidores públicos civiles y de huelga en los términos y en los límites definidos en ley específica; y el art. 102 de la Constitución paraguaya (1992) establece: "De los derechos laborales de los funcionarios públicos. Los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley; y con resguardo de los derechos adquiridos".

d. En conjunción con estos elementos (normas internacionales y constitucionales), se ha producido la expansión de los institutos del derecho colecti-

⁽¹³⁾ Los informes para estas reuniones son referencia ineludible en la consideración de los respectivos temas, que incluyen las relaciones individuales de trabajo (Comisión Paritaria del Servicio Público, Quinta reunión, Ginebra, 1994, Informe II, *Modalidades y condiciones de empleo de los trabajadores temporeros y a tiempo parcial en el servicio público*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1993), las relaciones colectivas (Cuarta Reunión, Ginebra 1988, Informe II, *Los derechos de concertación, negociación y celebración de contratos colectivos en materia de determinación de salarios y condiciones de empleo en los servicios públicos*), la reforma del estado (*La incidencia del ajuste estructural en los servicios públicos*), *mejora de la calidad y condiciones de trabajo*, Reunión paritaria sobre la incidencia del ajuste estructural en los servicios públicos (eficiencia, mejora de la calidad y condiciones de trabajo, Ginebra, 1995); *La incidencia de la descentralización y la privatización en los servicios municipales*; Informe para el debate de la Reunión paritaria sobre la incidencia de la descentralización y la privatización en los servicios municipales, Ginebra, 15-19 de octubre de 2001), y la gestión del personal (*El desarrollo de los recursos humanos de la función pública en el contexto del ajuste estructural y del proceso de transición*, Informe para el debate en la Reunión Paritaria, 1998).

todas clases, esto es, desde los trabajadores manuales a los intelectuales, en el ámbito administrativo [...] existía ya [...] una tradición centenaria de prestación de servicios a cargo de personas que antes no eran trabajadores, por intelectuales, y que pasaban a serlo ahora, por la extensión al intelectual de la concepción jurídica positiva del trabajador [...] Se comprende entonces la persistencia histórica del funcionario pese a la extensión de lo laboral⁷.

8. (Tendencia expansiva del derecho laboral). La incipiente rama del Derecho que inicialmente constituyó la legislación industrial, protectora básicamente del obrero industrial y específicamente de las cuestiones más agudas de las nuevas relaciones de trabajo, fue ampliando sus fronteras en la construcción de una disciplina autónoma desde el punto de vista científico. Dicho fenómeno se ha manifestado en la ampliación de su ámbito subjetivo, y en la extensión o profundización de su contenido.

Por una parte, el antiguo «derecho obrero» fue ampliando su ámbito subjetivo, alcanzando nuevos sectores de trabajadores (del comercio, del sector rural, de los servicios, del deporte), y comenzó a interrogarse acerca de la inclusión de los trabajadores al servicio del estado y de los organismos internacionales.

Por otro lado, la afirmación de la autonomía del «nuevo derecho» determinó la progresiva incorporación a esta materia de algunos sectores del conocimiento jurídico que eran estudiados por otras disciplinas como el derecho constitucional, el derecho procesal, el derecho internacional (público y privado), sin perjuicio de su estudio común o en forma interdisciplinaria, ya que no se trata de una cuestión de dominios. Y en este plano, también surge la pregunta relativa a la posibilidad de un estudio de los funcionarios públicos desde el punto de vista jurídico laboral.

9. (Factores de la expansión hacia los trabajadores públicos). Diversos factores (de distinto signo) explican la ampliación de fronteras en relación con los empleados públicos:

a. La extensión de las funciones del estado que, desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, fue incorporando actividades industriales y comerciales y nacionalizando empresas privadas, replanteó la cuestión de la reglamentación del trabajo en el sector público y la aplicación de institutos del derecho (individual y colectivo) del trabajo. El modelo predominante en los países occidentales fue el de someterlos al derecho laboral ("privado"), a lo sumo, bajo un estatuto especial. En Uruguay, el camino fue otro: una noción amplia de funcionario público incluyó en ese concepto a estos trabajadores de los "servicios que constituyen el dominio industrial y comercial del Estado".

Desde 1952, la Constitución consagra un sistema de estatutos múltiples y determina expresamente la existencia de estatutos propios de los entes autónomos comerciales e industriales (art. 63 de la Constitución de 1952 y de la vigente).

b. Un segundo factor ha sido la obra legislativa de la OIT, desde el convenio núm. 1. Si bien la preocupación inicial de la OIT no se centró en el sector público, ya el primer convenio abarca a "todas las empresas industriales públicas o privadas, cualquiera que sea su naturaleza", art. 2 del convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919. A ello debe agregarse la tarea científica, de investigación y de difusión en la materia (reuniones paritarias en el Programa de Actividades Sectoriales, Comisión Paritaria del Servicio Público)⁽¹³⁾.

c. Otro factor ha sido la constitucionalización de los derechos sociales con un ámbito general de aplicación, o, en especial, de los derechos laborales de los funcionarios públicos. Para mencionar ejemplos recientes, el art. 37, n.ºs. VI y VII de la Constitución brasilera (1988) reconoce los derechos de asociación sindical para los servidores públicos civiles y de huelga en los términos y en los límites definidos en ley específica; y el art. 102 de la Constitución paraguaya (1992) establece: "De los derechos laborales de los funcionarios públicos. Los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley, y con resguardo de los derechos adquiridos".

d. En conjunción con estos elementos (normas internacionales y constitucionales), se ha producido la expansión de los institutos del derecho colecti-

(13) Los informes para estas reuniones son referencia ineludible en la consideración de los respectivos temas, que incluyen las relaciones individuales de trabajo (Comisión Paritaria del Servicio Público, Quinta reunión, Ginebra, 1994, Informe II, *Modalidades y condiciones de empleo de los trabajadores temporeros y a tiempo parcial en el servicio público*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1993), las relaciones colectivas (Cuarta Reunión, Ginebra 1988, Informe II, *Los derechos de concertación, negociación y celebración de contratos colectivos en materia de determinación de salarios y condiciones de empleo en los servicios públicos*), la reforma del estado (*La incidencia del ajuste estructural en los servicios públicos (eficacia, mejora de la calidad y condiciones de trabajo)*, Reunión paritaria sobre la incidencia del ajuste estructural en los servicios públicos (eficacia, mejora de la calidad y condiciones de trabajo, Ginebra, 1995); *La incidencia de la descentralización y la privatización en los servicios municipales*, Informe para el debate de la Reunión paritaria sobre la incidencia de la descentralización y la privatización en los servicios municipales, Ginebra, 15-19 de octubre de 2001), y la gestión del personal (*El desarrollo de los recursos humanos de la función pública en el contexto del ajuste estructural y del proceso de transición*, Informe para el debate en la Reunión Paritaria, 1998).

