

(o empleador benevolente) porque tolera faltas e irregularidades y porque omite controlar. Esto es inadmisibles: establecer un sistema que de hecho permite cobrar sin trabajar no es ser buen empleador, porque es en realidad nocivo para los verdaderos trabajadores (los que cumplen sus obligaciones), y genera una injustificada desigualdad a favor de quienes tienen la suerte de entrar en el sistema. En este sentido, el estado es claramente un mal empleador, pues en muchos casos, perjudica a la comunidad, y, en otros, disuade o desincentiva a los trabajadores. El estado está sujeto al orden jurídico, y por lo tanto es responsable del correcto funcionamiento de los servicios, de la satisfacción del usuario y del control de lo que sus empleados realizan. Ser "buen empleador" no sólo supone el reconocimiento de condiciones dignas de trabajo y el exacto cumplimiento de las mismas, sino que se opone al concepto de "clientelismo". Creemos que este es el sentido del art. 59 de la Constitución uruguaya, según el cual «el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario»⁽¹¹⁸⁾.

b. El personal al servicio de la administración pública. Los funcionarios y otros sujetos de las relaciones de trabajo.

53. (Formas de prestación de trabajo al servicio o por cuenta de las entidades estatales: diversidad y multiplicidad de figuras jurídicas). El sector público abarca diferentes ámbitos de relaciones laborales. La amplitud del escenario determina la diversidad de los problemas planteados y las distintas modalidades de actuación de sus principales actores.

La diversidad no solamente surge de los diferentes organismos (y de su respectiva naturaleza jurídica); también tiene que ver con la situación jurídica del trabajador público y con la relación que lo vincula con su empleador.

En cuanto a las normas especiales que los regulan, los funcionarios públicos de los diferentes organismos se hallan regidos por un sistema múltiple de estatutos, incluso para los entes y servicios del dominio industrial y comercial del Estado⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Sobre las diversas interpretaciones de esta disposición: VV.AA., *Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos*. Biblioteca de Derecho Laboral, Montevideo, 1977, pág. 210, donde Pía sostiene que la disposición "respondía al propósito de que los gobernantes o los políticos no utilizaran los puestos públicos para retribuir servicios personales o contemplar las necesidades de los integrantes de su clientela electoral, sino que debían utilizarse con el criterio de que los cargos sólo debían existir cuando el interés público lo exigiera"; y descarta las interpretaciones que conducen a negar garantías y protección al funcionario.

⁽¹¹⁹⁾ En efecto, la Constitución de la República prevé la existencia de:

- un Estatuto del funcionario -establecido por ley- aplicable a los funcionarios del Poder Ejecutivo (con excepción de los militares, policiales y diplomáticos que se rigen por leyes

Las entidades estatales obtienen la prestación de servicios personales bajo múltiples formas y figuras jurídicas. La función pública no es la única; y no existe un único concepto de funcionario público que sea pacíficamente aceptado por los diversos regímenes jurídicos nacionales. En un estado de derecho, es procedente el criterio de distinción entre (a) funcionarios públicos y (b) otros trabajadores o prestadores de servicio o de obra para el estado que no se incorporan a la entidad estatal respectiva y que no adquieren la calidad de funcionarios públicos⁽¹²⁰⁾.

54. (El concepto de funcionario público). El estatuto del funcionario (art. 1 del decreto-ley 10.388 de febrero 13 de 1943) considera "funcionarios públicos, a los efectos de esta ley, a todas las personas que, nombradas por autoridad pública competente, participan en el funcionamiento de un servicio público permanente, mediante el desempeño de un empleo remunerado, que acuerda derecho a jubilación".

En nuestro país la doctrina administrativista ha elaborado un concepto amplísimo de funcionario público, que comprende a "todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal"⁽¹²¹⁾. No sólo es amplia la definición de funcionario; también es amplio el concepto de "función pública".

Ese amplio concepto del derecho público incluye desde el presidente de la república, pasando por los ministros de estado, directores de entes autó-

especiales), del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (salvo en lo relativo a los cargos de la Judicatura), del Tribunal de Cuentas, de la Corte Electoral, y de los Servicios Descentralizados (sin perjuicio de lo que se disponga por leyes especiales en atención a la diversa índole de sus cometidos), art. 59 de la Constitución.

- los Estatutos de los funcionarios de cada uno de los 19 Gobiernos Departamentales, aprobados por éstos (por decreto departamental), art. 62 de la Constitución.

- los Estatutos de los funcionarios dependientes de los Entes Autónomos comerciales e industriales, proyectados por el respectivo Ente y sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo, art. 63 de la Constitución.

- los Estatutos de los funcionarios dependientes de los Entes Autónomos de enseñanza pública, aprobados por el respectivo Consejo Directivo, art. 204 (inciso segundo) de la Constitución.

- los Estatutos de los funcionarios dependientes del Senado y de la Cámara de Representantes, reglamentados por cada una de las Cámaras legislativas, art. 107 de la Constitución.

⁽¹²⁰⁾ Cagnoni, José Aníbal: "La contratación de servicios personales", en Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo: *Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*, FCU, Montevideo, 1989, pág. 134-135; Delpiazzo, Carlos: *Manual de contratación administrativa*, PRONADE - Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, [1994], t. II, pág. 99.

⁽¹²¹⁾ Sayagués Laso, Enrique: *Tratado de derecho administrativo*, t. I, pág. 262.

mos, intendentes municipales, legisladores, hasta los administrativos, personal de servicio, profesionales y técnicos que trabajan en el estado.

Desde el punto de vista de las relaciones laborales, hay funcionarios públicos en ambas partes: el empleador está representado por funcionarios. Es decir, la definición de funcionario público incluye a los trabajadores (subordinados) y a quienes representan al empleador (como titulares de los órganos que representan o manifiestan la voluntad de la autoridad pública). De esa manera, en un conflicto o en una negociación colectiva, participan funcionarios públicos en ambas partes, en la empleadora y en la trabajadora.

Por lo tanto, a los efectos de delinear los actores de las relaciones laborales, debemos caracterizar la figura del trabajador público. Esta figura no coincide con el amplio concepto de funcionario público aludido (porque éste también incluye a titulares de Poderes del Estado, de Gobiernos Departamentales o de directorios de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados). En este sentido, Sacchi señalaba que los funcionarios comprendidos en la parte de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales, son aquellos que están en condiciones de subordinación; y agregaba que se caracterizan «por la presencia de cuatro elementos: a) la prestación de trabajo a una entidad estatal con su consentimiento; b) que ese trabajo se presta por una remuneración; c) en condiciones de ajemidad (...); d) bajo un régimen de subordinación»⁽¹²²⁾.

55. (Otras formas de prestación de trabajo personal). Pero, además de los funcionarios, existen personas que aportan trabajo al sector público, pero que no lo hacen bajo figuras jurídicas funcionariales, que no se incorporan a una entidad estatal. Son los casos de arrendamiento de servicios y de arrendamiento de obra, y —cuando éstas figuras contractuales son desnaturalizadas— relaciones de trabajo subordinado, que aparecen cada vez con mayor frecuencia y con mayor o menor grado de formalidad (o informalidad).

Existen también numerosas personas públicas no estatales o paraestatales (también denominadas personas jurídicas de derecho público no estatales), cuyo número se ha incrementado en los últimos años; sus empleados no son funcionarios públicos y son regidos por «el derecho laboral común, sin excepción alguna» (art. 765, inciso tercero, de la ley 16736 de 5 de enero de 1996).

56. En suma, podemos distinguir (a) funcionarios que “son” el estado, que encarnan a los órganos de la administración pública; (b) funcionarios que trabajan en el estado; y (c) otras personas físicas que trabajan para el estado.

⁽¹²²⁾ Sacchi, Carlos: *Responsabilidad laboral del Estado*. (Cuadernos del Coloquio núm. 1). Editorial Universidad, Montevideo, 1995, pág. 6.

c. La visión de la OIT.

57. (El convenio internacional núm. 151). El convenio núm. 151 no define el concepto de administración ni el de empleado público, lo cual parece una decisión prudente teniendo en cuenta la vocación de universalidad de las disposiciones de estos instrumentos.

a. En los considerandos del convenio, se observa “la gran diversidad de los sistemas políticos, sociales y económicos de los Estados Miembros y las diferentes prácticas aplicadas por dichos Estados (por ejemplo, en lo atinente a las funciones respectivas de las autoridades centrales y locales; a las funciones de las autoridades federales, estatales y provinciales; a las de las empresas propiedad del Estado y de los diversos organismos públicos autónomos o semiautónomos, o en lo que respecta a la naturaleza de la relación de empleo); y asimismo recuerda “las dificultades de interpretación que se han planteado a propósito de la aplicación a los funcionarios públicos de las disposiciones pertinentes del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949” (núm. 98).

b. En la parte I (“campo de aplicación y definiciones”), no se define sino que se delimita el ámbito subjetivo de aplicación:

“El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros Convenios internacionales del trabajo” (art. 1.1).

“A los efectos del presente Convenio, la expresión «empleado público» designa a toda persona a quien se aplique el presente Convenio de conformidad con su artículo 1” (art. 2).

58. (Otras clasificaciones). El convenio núm. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública es básicamente un instrumento sobre relaciones colectivas de trabajo. Pero no ha sido éste el único tema de interés para la OIT en materia de los trabajadores públicos.

En el cuestionario preparatorio de la Quinta reunión de la Comisión Paritaria del Servicio Público de OIT⁽¹²³⁾, se define al personal del “servicio público”⁽¹²⁴⁾ como “todas las personas empleadas por las autoridades públicas,

⁽¹²³⁾ 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*, OIT, Ginebra, 1993, pág. 8.

⁽¹²⁴⁾ Como puede verse, en los informes de OIT citados, se emplea la expresión “servicio público” en sentido amplio. La doctrina uruguayaya del derecho administrativo, ha reservado

independientemente de que éstas sean las de la administración central, federal, regional, provincial (o, en su caso, estatal, cantonal o de un *Land*, etc.) o local, o empleadas por instituciones públicas autónomas dedicadas a actividades ajenas a la industria o el comercio. Este término abarca tanto a los funcionarios que tienen oficialmente reconocida esta condición y pueden estar sujetos a un régimen jurídico (personal titular) especial, como a los empleados públicos, es decir, a los trabajadores que, sin haber adquirido la condición de funcionarios públicos, están ligados contractualmente a la Administración (personal no titular)".

d. Sistemas cerrados y abiertos de función pública.

59. (Modelos de función pública). En función de sus características dominantes (ya que no hay modelos puros), se distingue entre sistemas cerrados o de carrera, y sistemas abiertos o de empleo. Los criterios de diferenciación⁽¹²⁵⁾ son:

- a. el ingreso del funcionario a un cuerpo burocrático o a un puesto de trabajo determinado;
- b. la existencia o no de carrera administrativa;
- c. la mayor o menor proximidad con el régimen laboral privado.

En los *sistemas cerrados* (Reino Unido, Francia, Alemania), el funcionario ingresa a una organización jerarquizada, con expectativa y posibilidades de ascensos y de desarrollar una carrera. Los elementos de este modelo son el estatuto, un cuerpo colectivo y jerarquizado, y la carrera administrativa.

Los *sistemas abiertos* (Holanda, Estados Unidos) se fundan en un inventario y clasificación precisa de puestos de trabajo. Se recluta el personal necesario para un puesto determinado, al ritmo de las necesidades de la administración. La selección y el nombramiento se hacen para un puesto concreto. La persona nombrada no entra a un cuerpo ni desarrolla una carrera.

B. Relaciones típicas y atípicas.

60. (Los trabajos no convencionales). Hemos señalado que, en la parte de los trabajadores del sector público, hay funcionarios públicos (que trabajan

estrictamente esa denominación solo para la actividad realizada por una entidad estatal directamente o por concesionario, tendiente a satisfacer necesidades colectivas impostergerables, mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público.

⁽¹²⁵⁾ De Forges, Jean-Michel. *Droit de la fonction publique*, 2a. ed., Collection Droit fondamental, PUF, Paris, 1997, pág. 40-42; Parada, Ramón. *Derecho administrativo*, t. II (Organización y empleo público), 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 398-404.

en la administración) y otros que no se incorporan a la función pública y que trabajan *para* la administración.

Pero en cada caso existen múltiples variedades y formas de empleo.

Así, en una visión comparatista, se ha distinguido un modelo convencional o típico, y "trabajos no convencionales o atípicos"⁽¹²⁶⁾.

a. El modelo convencional en la administración pública está representado por trabajadores que cumplen un régimen laboral de dedicación exclusiva y duración indeterminada⁽¹²⁷⁾.

b. Un trabajo no convencional se define en función de lo que se considera como empleo convencional o típico. De ahí que quepa afirmar que la noción de trabajo no convencional, al derivarse de otra, no tiene identidad propia. En el citado informe de OIT, se identifica las siguientes clases de trabajos no convencionales:

- i. trabajo a tiempo parcial;
- ii. trabajo temporal;
- iii. trabajo del personal no titular (que, sin haber adquirido la condición de funcionario público, están ligados contractualmente a la administración);
- iv. trabajo eventual u ocasional (de cortísima duración).

61. (La clasificación de la ONSC). Otra clasificación de los funcionarios públicos y del "personal que se desempeña en la administración" es la utilizada por la Oficina Nacional del Servicio Civil.

Distingue:

- a. Funcionarios públicos:
 - i. presupuestados;
 - ii. contratados;

⁽¹²⁶⁾ OIT, Programa de Actividades Sectoriales, 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, pág. 8-9.

⁽¹²⁷⁾ Lyon-Caen, A.: La protection sociale du travail atypique. Rapport de synthèse des rapports nationaux, Université de Paris X, Nanterre, 1991, pág. 2-3, cit. en OIT, *Modalidades y condiciones de empleo de los trabajadores temporeros y a tiempo parcial en el servicio público*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1993, pág. 9.

- iii. zafrales y otros.
- b. Funcionarios de otro tipo:

- i. becarios;
- ii. pasantes;
- iii. arrendamientos de obra;
- iv. otros.

62. (Modalidades típicas y atípicas). Utilizaremos la distinción entre modalidades típicas y modalidades atípicas de empleo, para caracterizar las distintas formas de trabajo en el sector público.

De ese modo, identificaremos la figura del funcionario presupuestado o de carrera como la forma típica de empleo en nuestro derecho, de conformidad con lo que prevé el art. 56 de la ley 15.809.

C. La relación típica en la función pública uruguaya.

63. (La relación típica: el funcionario presupuestado o de carrera). El modelo típico de empleo subordinado en la administración pública es el del funcionario presupuestado o de carrera.

En efecto, el principio se expresa declarando "que el ejercicio de la función pública en tareas permanentes deberá efectuarse en cargos presupuestales y bajo el sistema de la carrera administrativa, de acuerdo con las normas constitucionales y estatutarias vigentes" (Ley 15809 de 8.4.1986, art. 56).

Cagnoni ha vinculado la técnica del presupuesto por programa con esta idea de funciones para tareas permanentes. La permanencia resulta del presupuesto como instrumento de actuación del estado, fijando metas y objetivos, previendo las tareas permanentes y los funcionarios necesarios para realizarlas⁽¹²⁸⁾.

D. Las relaciones atípicas. Los diversos grados de atipicidad.

64. A continuación, veremos los distintos grados o formas de atipicidad o de desviación de ese modelo; algunas, dentro de la función pública (funcionarios contratados), y otras fuera de la misma (arrendamiento de obra y de servicios, contratos vinculados con la formación y aprendizaje, y relaciones comunes de trabajo).

⁽¹²⁸⁾ Cagnoni, José Anibal: "La contratación de servicios personales", en Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo: *Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*, FCU, Montevideo, 1989, pág. 147.

a. Dentro de la función pública.

65. (El contrato de función pública). Diversas modalidades permiten contemplar actividades no permanentes, temporales, extraordinarias, eventuales, que pueden ser previstas en el presupuesto en las "partidas de jornales y contrataciones" (art. 229 de la Const.).

El instrumento de obtención de prestaciones de servicios personales para tareas no permanentes es el contrato de función pública⁽¹²⁹⁾.

Es la forma clásica de atipicidad o de flexibilidad, y la ubicamos dentro de la función pública porque, en estos casos, la contratación es una forma de ingreso a la administración.

En sus comienzos, fue una situación excepcional sobre cuya admisibilidad se pronunció el Tribunal de Cuentas en 1958. Sayagués Laso anotaba en la década de los cincuenta, que se trataba de situaciones poco frecuentes, citando algunos casos concretos, y señalando que las potestades de la administración para recurrir a contrataciones de funcionarios públicos son "muy limitadas" y deben resultar directamente de una disposición legal o indirectamente de la existencia de partidas presupuestales destinadas a ese efecto⁽¹³⁰⁾.

Con el tiempo, especialmente desde los años setenta, la figura del contrato de función pública desbordó su marco inicial, se tornó en una modalidad frecuente y ciertamente desnaturalizada por sucesivas renovaciones y su vinculación a tareas permanentes⁽¹³¹⁾.

b. Fuera de la función pública.

66. Las formas atípicas fuera de la función pública son expresiones de los fenómenos ya descriptos de "huida" de la función pública (y del derecho administrativo).

(a) ¿Arrendamiento de servicios?

67. (El discreto retorno). El arrendamiento de servicios era considerado una figura residual, que desaparecía sustituida por el régimen de función pública en el estado y por el contrato de trabajo en el sector privado.

⁽¹²⁹⁾ Cagnoni, José Anibal: "La contratación de servicios personales", en Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo: *Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*, cit., pág. 147.

⁽¹³⁰⁾ Sayagués Laso, *Tratado*, 6° ed. 1988, t. I, núm. 163, pág. 292-293.

⁽¹³¹⁾ Risso Ferrand, Martín: "Responsabilidad laboral del estado. Vías procesales", en *rev. Derecho Laboral* núm. 191, pág. 789-791.

