
RIESGOS DE LA PRECARIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL URUGUAY DEL SIGLO XXI

DRA. VERONICA BIDERMAN ABRAMOVICZ
DRA. MARIANA C. ERRAZQUIN BUSTELO

Tesis de Máster
para optar al título de
MASTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y ECONOMICO

“Si el servicio al Estado es profundamente honorable es ante todo porque hace participar en las responsabilidades más elevadas que pueda haber, las del poder público, a quienes pertenecen al Estado, pero también porque a través del Estado se sirve de forma directa y desinteresada a la colectividad humana y nacional”.

Charles De Gaulle, 1963

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

En primer lugar a Dios por permitirnos ser parte de los privilegiados que estudian y se especializan en nuestro país.

A nuestros hijos y familias por el tiempo que no le brindamos durante la investigación, estudio y redacción de esta Tesina.

A nuestro tutor, Dr. Carlos E. Delpiazzo, que nos aconsejó con verdadera generosidad intelectual.

Al Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo.

INTRODUCCION

El Sector Público, considerado históricamente, como el sector que mayor estabilidad proporcionaba a sus trabajadores; parece ser, que no ha quedado al margen de los procesos de flexibilización y precarización que en las últimas décadas, la dinámica económica impuso al resto del mercado laboral. En consecuencia, se han producido grandes cambios para el sector público; entre ellos, un proceso que se ha estudiado con el nombre de Laboralización del empleo público; siendo éste, objeto de debates doctrinarios y planteos jurisprudenciales.

Luego que rigiera durante varios años la “estabilidad” o la “inamovilidad”, como principio fundamental rector en las relaciones Estado-empleado y, una organización ad-

ministrativa inserta en estructuras rígidas, la introducción de las figuras de la privatización, la desregulación y la gestión por resultados, incidieron en la Administración Pública y por tanto, en los vínculos del funcionario público con su empleador o sea el Estado.

Como se mencionó antes, la estabilidad o inamovilidad propias del empleo público, ha tomado un alcance diverso en los últimos tiempos. En este sentido, se incorporaron modalidades donde se advierte una mayor flexibilización tales como, los contratos temporales de Derecho Público, Adscripción, Provisorio, entre otros; a través de los cuales, no se genera derecho alguno a la permanencia ni a la estabilidad. La doctrina -especialmente desde el punto de vista del Derecho Privado- ha analizado el fenómeno de la "Laboralización"; sin embargo, no ha ocurrido lo mismo desde el punto de vista del Derecho Administrativo. Específicamente en relación a éste, no se ha agotado la investigación en el tema de la "Precarización".

Por ser la "Precarización" y la "Laboralización", dos fenómenos que se relacionan íntimamente no fue posible abordar un análisis del primero, sin tener que introducir aspectos del segundo.

El presente estudio sobre los "*Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay del siglo XXI*", se realizó siguiendo los lineamientos propios de la investigación documental y jurídico dogmática planteada por Witker¹, por ser éstos los más apropiados para plasmar el estudio de los problemas jurídicos-sociales.

En este sentido, se utilizó la investigación documental, en la cual se aplicó el diseño bibliográfico, a través del mismo se procedió a establecer la búsqueda de diferentes fuentes de información bibliográficas relacionadas con el tema; logrando así, la compilación necesaria para realizar el análisis de los "*Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay*" y, su impacto jurídico, social y económico en el País; utilizando para el logro de los objetivos planteados, el tipo de investigación Jurídico-Exploratoria, como lo establece la Directiva de Tesis de Máster en Derecho.

Con esta investigación, se trata de dar pasos preliminares frente a un problema jurídico-económico, resaltando sus principales facetas, pero sin penetrar en las raíces explicativas del asunto. Será un trabajo que abrirá el camino para investigaciones más profundas.

Para iniciar el estudio acerca de los "*Riesgos de la precarización de la Función Pública en el Uruguay del siglo XXI*", se creyó necesario ubicar el sujeto pasivo de esa precarización, incluso desde el punto de vista gramatical.

Sin pretender confundir al lector, sino por el contrario, tratando de explicar el objeto del análisis de la presente Tesis, se indica que la primera interrogante que surgió al encarar el tema elegido fue, qué era lo sustantivo, lo propio, lo intrínseco de la Función Pública. La respuesta que se entiende salta a la vista, es que la Función Pública es una forma de trabajo. Trabajo, dentro o para el Estado, con un empleador especialísimo y con

1 WITKER, J. Como Elaborar una Tesis de Derecho. Puntos Metodológicos y Técnicas Para el Estudiante o Investigador de Derecho. Madrid: Civita. 1996. 60 p.

finés múltiples, pero al fin y al cabo: un trabajo.

Por eso, y previo a todo análisis se estudió muy someramente el *Trabajo* en el Derecho uruguayo, empezando con la Constitución; no dejando de lado los principios generales de Derecho y recurriendo a alguna definición o alcance dado, tanto por la doctrina de derecho público como de derecho privado. Se realizó un análisis general del concepto del “protagonista” de ese tipo de “Trabajo” (la Función Pública) esto es, el análisis del funcionario público.

En el segundo capítulo, se analiza el panorama general de la Función Pública en el Derecho Comparado, consignando los modelos europeos, norteamericano e iberoamericano, respectivamente.

En el tercer capítulo, se analiza la Evolución y “Huida” del Derecho Administrativo; realizando un panorama histórico, así como la tendencia en el Uruguay, en las últimas décadas del siglo XX.

En los capítulos IV y V, se señalan los conceptos personales de las Investigadoras, enriquecidos con las teorías y conceptos de prestigiosos juristas expertos en la temática elegida. En este sentido, se ambicionó investigar y enumerar en el Derecho actual, ciertos institutos y nuevas figuras o modalidades de trabajo para el Estado (que entienden, las autoras del Estudio), muestran la creciente precarización de la función pública en el Uruguay y, finalmente, se consignan ciertas conclusiones que en algunos casos elementales u obvias, pero que, en otras, hacen pensar en los riesgos de los cambios en el sistema.

CAPITULO I

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO FORMA DE TRABAJO

1.1 El trabajo en el Derecho uruguayo:

La Constitución Uruguaya tiene un contenido nutrido y, es lo que la doctrina ha denominado “Constitucionalización del Derecho Administrativo” fenómeno que Cajarville² prefiere llamar “administrativización de la Constitución”. Ello por cuanto además de contener lo propio y esencial de cada Constitución en algunas materias es bien detallada y un ejemplo de ello es cuando regula el “trabajo”³.

La Constitución, en forma general, reconoce en el artículo 7⁴, como derecho primario y secundario, el derecho al *trabajo*. Este derecho también es tutelado en los artículos 36 y 72⁵. El derecho que asoma en el texto del artículo 7, es el derecho a “ser protegido en

2 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Doctrina CADE Tomo 5 Año II, Montevideo, – Febrero de 2010 – pág. 61 y ss.

3 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. art.7 “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”

4 Ibid. art. 36 “toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier actividad lícita”

5 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo” En: Revista del Colegio de Abogados del Uruguay. p. 5 y ss.

el goce” de un bien; la obligación correlativa de ese derecho, ha de ser la de proteger al habitante en el goce de cada uno de los bienes que, expresamente, señala dicha norma⁶.

Ahora bien, específicamente el “trabajo” es protegido por la Constitución en su artículo 53, ya que establece: “El trabajo está bajo la protección especial de la ley. Todo habitante de la República sin perjuicio de su libertad tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.”

Esta Norma toma en cuenta a la persona que trabaja en sí misma, prescindiendo de su vinculación con terceros y ubica su actividad “bajo la protección especial de la ley”. Son las tareas que se cumplen por sí mismas las protegidas, “el trabajo como hecho social”⁷ es lo que ubica la Constitución bajo la protección de la ley.

Por su parte, los artículos 54 a 57 de la Constitución comprenden a todo aquel, que se encuentre en una relación de trabajo o servicio como obrero y empleado. Por tanto, estos artículos protegen a todos los trabajadores en situación de dependencia y subordinación, sin valorar si se trata de una relación de Derecho Público o de Derecho Privado, si es estatutaria o contractual. Es decir, que todo el que trabaja subordinadamente se encuentra comprendido por las previsiones establecidas en los art. 54 a 57. O dicho de otra manera que “la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral”⁸; el derecho a “alimentación y alojamiento adecuados” del “personal” que deba permanecer en el establecimiento, por las características de la empresa; los derechos de sindicación y de huelga; todos esos derechos han de ser protegidos a toda clase de trabajador en relación de dependencia, no importa si es subordinado de un organismo estatal o de un privado, cualquiera sea el otro sujeto de la “relación de trabajo”. Por ello, el legislador debe reglamentar dichos derechos con base en las disposiciones de los artículos 54 a 57, siendo pues esa materia, “reserva de la ley”.

Puede concluirse sin dudar que, del contexto de la Carta, resulta que la *función pública*, como cualquier “relación de trabajo o servicio subordinado” está alcanzada por esas normas de la Constitución.

1.1.1 Concepto Jurídico de Trabajo

Al analizar el tema, la Dra. Cristina Vázquez⁹, toma como punto de partida el artículo 53 de la Constitución de la República, que establece: “El trabajo está bajo la protección especial de la ley. Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que

6 Ob. Cit. Art. 54 y 55.

7 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “El concepto del funcionario público en la Constitución uruguaya y su desvirtuación legal o administrativa” (en línea). 2 de junio 2010. En: Abeledo Perrot. Fecha de consulta: 6 de agosto de 2011. Disponible desde: <http://portalanterior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7037&tipo=2>

8 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. art.54

9 CORREA FREITAS, Rubén - VÁZQUEZ, Cristina: Manual de Derecho de la Función Pública- Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. S.f. p.33 y ss.

procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica". Por su parte, el Profesor Héctor Barbagelata define al trabajo, como *"la aplicación de energía intelectuales o corporales, en forma que redunde en beneficio de la colectividad, que da la posibilidad de ganar sustento"*¹⁰.

Desde el punto de vista jurídico, el Trabajo sólo puede ser un acto humano, de acuerdo a lo expresado por Ferruccio Pergolesi citado por el Profesor Barbagelata¹¹. Esto es así, porque conlleva un comportamiento y una manifestación de voluntad, de una persona con libertad de acción y expresión.

La Constitución requiere además, cuando regula el Trabajo, que ese libre "hacer humano", se exprese en la aplicación de energías intelectuales o corporales, las que a su vez, deben aplicarse de un modo que cause un beneficio de la colectividad; por lo que quedan excluidas, las actividades contrarias a la moral y a las buenas costumbres.

En relación a la mención constitucional "ganar un sustento mediante el desarrollo de una actividad económica" señala Barbagelata¹², que no queda excluido, de lo que es el concepto jurídico de trabajo, aquel por el cual no se recibe una remuneración; pero que, una vez que la relación laboral se formaliza, la retribución deberá ajustarse a lo que establece el artículo 54 de la Constitución, es decir debe ser una "justa remuneración".

1.2 Principios constitucionales de la Función Pública:

El ejercicio de la Función Pública por parte de sus protagonistas, los funcionarios públicos, en sentido amplio, está regulada por un conjunto de principios que están contenidos en la Constitución.

Estos principios son el fundamento, la piedra sillar, la base, a la hora de la iniciativa, discusión, aprobación, promulgación, interpretación y aplicación de las normas legales y reglamentarias en materia de funcionarios públicos.

Al decir de Correa Freitas, *"... el análisis de los principios constitucionales de la función pública tiene particular relevancia, porque es necesario estudiar la compatibilidad entre las normas legales y reglamentarias vigentes con las normas y principios consagrados por la Lex Fundamental"*¹³.

Entre los principios constitucionales se encuentran los dos puntales de la lista que son: los principios de eficiencia y el de carrera administrativa (art. 60). A partir de ellos, la Constitución consagra una serie de otros principios de la Función Pública (y a los funcionarios públicos), tales como los principios de: independencia política; dedicación y contracción a la función, por encima de los intereses individuales o personales de los funcionarios (art. 58 y 59); independencia de la conciencia moral y cívica de los trabajadores, sean públicos o privados (art. 54); derecho a la justa remuneración, la limitación

10 BARBAGELATA, Héctor: "Derecho del Trabajo", T.I, Montevideo.1977, Pág. 53 y ss.

11 Ibid.p.55.

12 Ibid.p.60.

13 CORREA FREITAS, Ruben. Los Principios Constitucionales de la Función Pública. LJU Doctrina 7.S.C.S.F.

de la jornada, el descanso semanal y la higiene física y moral.

Sin perjuicio de las discusiones doctrinarias o jurisprudenciales, al respecto, debe señalarse además, el derecho de huelga (art. 57). De la misma manera, no puede dejar de enumerarse el derecho a la libertad de trabajo (art. 36) y el derecho de todo ciudadano a ser llamado a ocupar empleos públicos (art.76); el derecho a defenderse (art. 66); derecho a petición (art. 30 y 318); el derecho a impugnar los actos administrativos (por ejemplo de ascenso o traslado) (art. 317); el derecho a una responsabilidad civil subsidiaria, por el daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección, siempre que hayan actuado con culpa grave o dolo, recayendo la responsabilidad sobre el Estado y, en esos casos, éste último, podrá repetir contra el funcionario (art. 24 y 25).

1.2.1 El principio de Eficiencia:

La eficiencia es un principio que pertenece a la ciencia de la Economía y, consiste en la medición de los esfuerzos que se requieren para alcanzar los objetivos. El costo, el tiempo, el uso adecuado de factores materiales y humanos, cumplir con la calidad propuesta, constituyen elementos inherentes a la eficiencia. Los resultados más eficientes se alcanzan cuando se hace uso adecuado de estos factores, en el momento oportuno, al menor costo posible y cumpliendo con las normas de calidad requeridas.

Habitualmente se opone a este principio, el principio de eficacia, que consiste en el logro de las metas u objetivos, marcados por una organización pública o privada o empresa en general. Ello por cuanto es posible ser eficiente sin ser eficaz y viceversa. Se puede lograr las metas perseguidas, pero con un costo muy alto, un costo mayor al conveniente y, por otro lado, se puede ser eficiente en cuanto a los costos, pero no ser eficaz en cuanto al logro de los objetivos fijados.

En cuanto a al principio de eficiencia, que está referido en el art. 60 de la Constitución, Correa Freitas entiende que debe ser un principio rector de la gestión pública, pero considerado en un "... sentido amplio, es decir comprensivo no sólo de la eficiencia en sentido estricto (el menor costo posible), sino también de la eficacia (logro de los objetivos y de las metas)"¹⁴

El cumplimiento del principio de la eficiencia, debería ser una constante preocupación de la legislación, de la reglamentación y de los órganos de contralor, tales como el Tribunal de Cuentas (art. 211 literal C)¹⁵ y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 309 y 311)¹⁶

1.2.2 El principio de la carrera administrativa:

El principio de la carrera administrativa, además de ser un principio constitucional

14 CORREA FREITAS, Ob.Cit.

15 CONSTITUCIÓN literal C) del art.211 " Compete al Tribunal de Cuentas:...C) Dictaminar e informar respecto de la rendición de cuentas y gestiones de los órganos del Estado, inclusive Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, cualquiera sea su naturaleza, así como también, en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad, exponiendo las consideraciones y observaciones pertinentes."

16 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA art. 309 y 311

de la función pública, con trascendencia en el Uruguay, debe de ser uno de los principios más nombrados y objeto de más reclamos, por parte de los funcionarios presupuestados de la Administración Central, de los Entes Autónomos, de los Servicios Descentralizados y de los Gobiernos Departamentales.

Al respecto, la Constitución también establece los funcionarios que no están comprendidos en la carrera administrativa y cita entre ellos a los políticos o de particular confianza.

Para Jiménez de Aréchaga¹⁷ (en oportunidad de analizar este principio en la Constitución de 1952), "*Carrera administrativa*" implica que la persona que ingresa en la Administración Central "... tiene reconocido por texto constitucional el derecho de hacer de esa actividad una carrera, de otro modo: el derecho a progresar dentro del orden de la jerarquía administrativa." Y agrega el constitucionalista que "... el establecimiento de la carrera administrativa..." puede entenderse que "... importa, por un lado, el derecho a la estabilidad y, por otro lado, el derecho al ascenso."

Giorgi¹⁸ realizó un minucioso e importante estudio del tema, concluyendo que el derecho a la carrera administrativa, se manifiesta exclusivamente en el derecho del funcionario público a ascender de grado jerárquico.

Por su parte, Cassinelli Muñoz¹⁹, sostiene que la carrera administrativa implica el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, a un régimen de licencia, de traslados y suspensiones, de acuerdo con el carácter profesional y estable de los funcionarios de carrera.

En ese mismo sentido, Martins²⁰ expresa que la carrera administrativa consiste en que, el personal que hace del servicio que presta a la Administración, una profesión, tiene derecho a la estabilidad en el cargo, a ser ascendido a cargos superiores de la jerarquía, a una remuneración adecuada, a un sueldo de pasividad para el caso de retiro, así como garantías y beneficios sociales.

Por su parte, Correa Freitas, entiende que "*la carrera administrativa es la profesión que ejerce el funcionario público, desde su ingreso y hasta la extinción de la relación funcional, gozando de un régimen de estabilidad, ascensos, licencias, traslados, así como, del régimen disciplinario correspondiente*"²¹. Este autor afirma que eso quiere decir que la carrera administrativa es el "*contorno en que se mueve el funcionario, él es un profesional de la Administración Pública que tiene derechos, deberes y garantías*".

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo²² (en adelante "TCA"), ha fallado en el sentido de que los artículos 60 y 61 de la Constitución, son pragmáticos de los principios

17 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, "La Constitución del Uruguay en 1952", Montevideo, 1966, Tomo II pág.339.

18 GIORGI, Héctor, "La nueva Administración Pública" Montevideo 1965, pág.168.

19 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio "El Régimen de los funcionarios en la Constitución Uruguaya", Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. R.D.J.A Montevideo, 1967, Tomo 65 pág.285.

20 MARTINS, Daniel Hugo."Estatuto del Funcionario" Montevideo 1965, pág.242.

21 CORREA FREITAS, Ruben en LJU, Doctrina 7 "Los Principios constitucionales de la Función Pública". s.c.

22 Sentencia TCA N° 121 de 2 de diciembre de 1963.

fundamentales de la carrera administrativa y que son: las condiciones de ingreso, el derecho a la permanencia en el cargo, el derecho al ascenso, entre otros.

En definitiva, es posible encontrar entre la doctrina que estudia el contenido de la carrera administrativa, conceptos amplios y conceptos restringidos o estrictos. Aunque hay que reconocer que en Derecho Comparado, en general, se defendió el criterio amplio, así lo confirman en Argentina, Bielsa²³; en España, Entrena Cuesta²⁴ y en Francia, Auby et Ducos Ader²⁵.

Una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 30 de mayo de 2011, muestra el criterio restringido de la jurisprudencia en materia administrativa, en cuanto se solicitó la declaración de Inconstitucionalidad del art 47 de la Ley N°18.362 de 6 de octubre de 2008, que según los actores (funcionarios de la Presidencia de la República), sostuvieron que esta norma beneficiaba a un grupo de funcionarios públicos que, habiendo pasado en comisión a la Unidad Ejecutora Presidencia de la República terminaron, transformando dicho pase en una presupuestación y/o contrato en dicha Unidad, que culminó con la incorporación de los mismos en cargos de jerarquía funcional, que no siempre, gozaban en su organismo de origen; disfrazando así ascensos, aumentos salariales por vías irregulares, lesionando los derechos de los funcionarios presupuestados del órgano al que se incorporan.

El argumento principal de la inconstitucionalidad solicitada, es que dicho art.47 de la ley citada, lesiona el derecho a la carrera administrativa de los funcionarios presupuestados del Inciso 02 "Presidencia de la República". La Suprema Corte de Justicia desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida, basándose en que la ley atacada para nada obstruye o limita la carrera administrativa, en tanto como lo afirman los accionantes en su demanda, la incorporaciones "...se hicieron en cargos hasta ahora inexistentes; es decir, en cargos creados no vacantes ni transformados, por lo que las incorporaciones no son en cargos sustraídos a la carrera administrativa..."²⁶.

1.2.3 El derecho al ascenso:

El derecho al ascenso, es el derecho subjetivo del funcionario de poder exigir de la Administración que, cuando ocupe una vacante, lo haga de acuerdo con las normas vigentes en materia de promociones y ascensos. Pero esta facultad no quiere decir que la Administración esté obligada a llenar la vacante. Esto significa que no hay que confundir el derecho al ascenso, con el derecho a ascender.

Según el sistema jurídico uruguayo, el funcionario tiene el derecho al ascenso, pero no a ascender. En este sentido, se ha pronunciado el TCA, que ha sostenido "... que el actor..." (refiriéndose el Tribunal al funcionario reclamante) tiene una expectativa, pero no un

23 BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1964, Ed. La Ley, Tomo III, pág.167 a 170.

24 ENTRENA CUESTA, Rafael, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid 1965, pág.462

25 AUBY ET DUCOS, Ader, "Droit Administratif", París, Dalloz, 1970, pág.92 y ss.

26 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia de 30 de mayo de 2011 en los autos caratulados: "Picabea, Ana María y otros, con Poder Legislativo y otro." Ficha 1-39/2010.

*derecho actual a ascender a los cargos que se suprimen.*²⁷.

El recientemente aprobado Decreto 377/011 de 4 de noviembre de 2011 en su artículo define el ascenso, como "...la promoción o adelanto en la carrera administrativa del funcionario, consistente en la selección, para cada cargo, del que mejor cumple con los requisitos del mismo, determinados por su descripción técnica. Reunidos dichos requisitos, el derecho a ascender es la situación jurídica de interés legítimo, consistente en la potestad de competir para probar que se es el más apto y, en tal caso, ser designado en el cargo a proveer, conforme a las reglas de derecho y de buena administración".

1.2.4 El principio de independencia de los funcionarios:

La Constitución uruguaya en su artículo 58 (redacción que viene desde la reforma de 1934) establece que *"Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política"*.

Esta disposición debe conjugarse con el texto del art. 54 que establece para todo trabajador público o privado "el derecho a la independencia de la conciencia moral y cívica".

Por otro lado, la Constitución considera ilícita la actividad dirigida al proselitismo de cualquier especie. El proselitismo significa conseguir prosélitos; es decir, personas que tengan las mismas ideas políticas, filosóficas, religiosas, gremiales y deportivas. Correa Freitas, entiende que en especial el constituyente buscó evitar que las oficinas públicas se transformen en lugares donde se realice actividad política.

El inciso 2° del artículo 58 (con origen en la Constitución de 1952) prohíbe la constitución de agrupaciones con fines proselitistas, utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas.

1.2.5 El principio de dedicación a la función:

El artículo 59 de la Constitución, declara uno de los principios fundamentales de la función pública uruguaya y es que *"La Ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario."*

Este implica que el funcionario público tiene el deber de servir al Estado, servir a la Administración Pública, y que sus intereses privados o particulares deben ceder ante el interés de la función pública. Es decir, que el funcionario no debe usar la función para la realización de sus ambiciones personales, ya sean económicas, políticas, sociales, o de cualquier tipo.

Si la Administración le pide al funcionario que cumpla un mayor horario por razones de servicio, el funcionario debe cumplirlo, sin perjuicio de las compensaciones que puedan disponerse, sea con el pago de horas extras, compensación con horas o días de descanso.

²⁷ SAYAGUES LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª. Edición de la FCU 1987, p. 286;

1.2.6 El principio de libertad de trabajo:

Este es un principio constitucional de carácter general para todos los trabajadores en el Uruguay, ya que conforme a los artículos 7° y 36° de la Constitución, se reconoce que hay un derecho primario natural al trabajo y un derecho secundario a ser protegidos, en el goce de ese derecho a trabajar.

Por su parte, la Constitución también protege en el art.36 la libertad de trabajo, en cuanto establece que *“Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”*. Este derecho puede ser limitado por Ley (en sentido formal (art. 133 de la Constitución) y por razones de interés nacional.

Por su parte, el artículo 53 consagra al Trabajo como un “poder-deber”; es decir, que todo habitante no sólo tiene el derecho al trabajo, sino que tiene el deber de trabajar.

Dicha norma y tal como se ha citado varias veces, reza claramente así: *“Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunden beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.”*

En definitiva, este principio supone que toda persona, reúne los requisitos necesarios para postularse para ser designado funcionario público y dedicarse a la función pública.

1.2.7 El principio de igualdad ante los cargos públicos:

El principio de igualdad, en general, fue consagrado en el artículo 8° de la Constitución. Esta Igualdad es desde el punto de vista jurídico, porque la igualdad absoluta de las personas no existe en los hechos. La igualdad como principio en la función pública está regulada en el artículo 55 de la Constitución, que dispone, que la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo.

Por su parte, el artículo 76 de la Constitución, también protege la igualdad, pero referida a la igualdad entre los ciudadanos para acceder a un cargo o función pública, porque la norma establece que: *“Todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos. Los ciudadanos legales no podrán ser designados sino tres años después de haberseles otorgado la carta de ciudadanía. No se requerirá la ciudadanía para el desempeño de funciones de profesor en la enseñanza superior”*.

1.3 El Trabajador frente al Derecho Laboral y el Derecho Administrativo

Tanto históricamente, como en el Derecho comparado, la posición del trabajador ante el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo ha sido visualizado en forma diferente según los casos.

Así, en un “cursillo” sobre esta materia realizado en 1977²⁸, la doctrina laboralista ya abogaba por el tratamiento unitario del trabajador.

En dicho curso (en el que debatieron autores de Derecho Público y laboristas de la talla de Barbagelata, Cajarville, Korseniak, Cassinelli Muñoz, Pla Rodríguez, Prat, Silva Sencio, Martins, Bado, Sarthou, Levrero, entre otros), se entendía que el trabajo constituye una zona fronteriza de relación compartida por el Derecho de Trabajo y el Derecho Administrativo. Lo que aún puede sostenerse en la actualidad.

Así en Derecho Comparado, se distinguen tres grupos de marcos jurídicos: a) el que hace extensivo a los funcionarios públicos las normas de Derecho Privado Laboral, como el caso de Inglaterra; b) el que aplica un régimen especial, fundado en el Derecho Privado como es el caso de Méjico y c) los que aplican el Derecho Laboral a ciertos tipos de funcionarios, como es el caso de varios países de Europa y Latinoamérica, según comenta en la doctrina nacional Delpiazzo²⁹.

Ahora bien, en el Derecho uruguayo, el multicitado artículo 53 de la Constitución al establecer que “*el trabajo está bajo la protección especial de la Ley*”, se regula la condición de todos los trabajadores y por ello no debería existir la oposición público privada.

1.3.1 El concepto de Funcionario público:

Tanto desde el punto de vista histórico, como jurídico, la forma en que se ha denominado al funcionario público ha tenido mucho que ver con la concepción que de este tipo de trabajo se tiene.

Así, en algunos países europeos, es concebido como un servidor o persona de servicio; en danés se lo denomina “*tjeneste-moend*” o como servidor de la corona “*crown servant*” en el régimen del *common law*, o un empleado en griego “*commis*”. En Alemania “*beamte*”, en neerlandés “*ambtenaar*”, en español y portugués se traduce por funcionario; en Bélgica y Luxemburgo se los llama agentes del Estado o de las colectividades públicas; en Italia se lo conoce como empleado civil del Estado. En Irlanda se considera que funcionario, es el servidor del soberano y agente público del Estado. En Francia “*serviteur*” como hombre de servicio.

En el País, se ha estado de acuerdo en denominar “funcionario público” al trabajador que presta tareas para el Estado en un sentido amplio, aunque ello haya sido criticado por parte de prestigiosa doctrina publicista³⁰, que señala que en todo caso, debería identificárselo como “funcionario estatal”.

En definitiva, lo que es indudable, en el presente estudio, es que las personas jurídi-

28 FACULTAD DE DERECHO DE LA UDELAR. Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos- Montevideo 1977 Biblioteca de Derecho Laboral N° 5.

29 DELPIAZZO, Carlos. XII Coloquio de Derecho Público. Centro de Estudios de Derecho Público (CEDEP). En: Revista “*Transformación Estado y Democracia de ONSC*” pág. 82 y ss.

30 CASINELLI MUÑOZ, Horacio. Derecho Público. Fundación de Cultura Universitaria, Versión de las Clases del Curso de Derecho Público dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República Act. Junio 2002

cas, las públicas y estatales, “actúan mediante voluntades humanas, que se ponen a su servicio”³¹ y el elemento humano es el “nervio motor” de las mismas.

Estas voluntades humanas representadas por personas físicas, son las utilizadas por las distintas personas públicas estatales, para cumplir sus fines en un “número elevadísimo”, siguiendo en este punto el parecer del tratadista citado.

1.4 El concepto de funcionario público en Uruguay:

En el País, se han manejado varias definiciones de funcionario público, aunque ha predominado una concepción imprecisa, en cuanto a la condición del mismo.

Así, en el Derecho Positivo uruguayo, no hay ningún texto que defina con carácter general el concepto de funcionario público. Sólo hay definiciones en las distintas áreas del Derecho, como ser para el derecho penal, para la seguridad social, así como para la aplicación del Estatuto del funcionario, entre otros.

La doctrina se ha manifestado en forma muy diversa y, empezando con Sayagués Laso, que consideraba como funcionario a todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento. Por su parte, las normas de derecho positivo que atribuyen derechos y obligaciones a los funcionarios públicos; también en este sentido, tanto la Constitución, la ley, como los reglamentos, incluyen a toda persona que participa en el funcionamiento de un servicio público permanente con la condición de que sea remunerado, acuerde derecho a jubilación y haya sido nombrado o contratado por una autoridad competente.

La Constitución utiliza indistintamente las expresiones: funcionario, empleado y miembro para referirse a las personas que cumplen tareas en diversas áreas del Estado y, asimismo usa los términos cargo y empleo cuando se refiere al lugar que ocupan en ellos.³²

Sin embargo, al referirse a la relación funcional, clásicamente la doctrina y jurisprudencia han optado mayoritariamente por seguir la doctrina francesa y, consideran que no se trata de una relación de trabajo de base contractual, sino de una relación estatutaria; es decir, no prima la libertad de contratación, ni el acuerdo de voluntades, sino la situación jurídica objetiva establecida en el estatuto.

Esto ha tenido importantes consecuencias jurídicas, porque al sustentar esta teoría, los trabajadores del sector público investidos de la función pública, quedan al margen de las regulaciones propias del Derecho Privado. Históricamente esta posición ha sido criticada por la doctrina laboralista que ha defendido enfáticamente la aplicación del Derecho Laboral, como unidad sobre toda relación de trabajo, sin importar quién sea el empleador.

El Profesor Cassinelli Muñoz, señala que funcionario público es aquella persona que

31 SAYAGUES LASO, Enrique. Op.cit. p.255.

32 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, art. 91 numeral 2; art. 239 numeral 7; art. 168 numeral es 9, 10 y 14 y art. 252 verbi gracia.

trabaja en una entidad estatal, y afirma que, en la referida definición quedan excluidas las personas que desarrollan tareas en entidades privadas o que sean públicas, pero no estatales. Por lo tanto establece que esa definición es incorrecta, que en tal caso, deberían denominarse funcionarios estatales. Afirma que cuando se dice “públicos” se toma en cuenta solamente a los funcionarios incorporados a las entidades estatales. Y pone por ejemplo una persona que trabaja en la Caja de Profesionales Universitarios que no se la considera un empleado público, aunque la Caja de Profesionales sea una persona de derecho público.

Este autor sostiene que, la diferencia que existe entre los públicos y los privados o de empresas públicas no estatales, radica, en la situación estatutaria en que se encuentra el funcionario público, por oposición a la situación contractual que se encuentra el empleado privado.

El empleado privado está en una situación que no se puede modificar sin acuerdo de partes; el empleado público está en una situación que es modificable unilateralmente por la Administración, sin perjuicio que en los hechos la Administración no estaría interesada en producir una conmoción, la que seguramente sucedería de suprimirse algún derecho de los funcionarios.

Por su parte Daniel H. Martins, define al funcionario público como todo individuo que ejerce función pública en virtud de una relación funcional. En tal sentido, define a la función pública como la actividad jurídica y material, que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder étático soberano con el objeto de lograr el fin del Estado.

Por otro lado, Julio Prat lo define como *“toda persona física que es incorporada por un procedimiento legal a una entidad estatal donde cumple función pública.”*

Al respecto la Dra. Cristina Vázquez, señala que la noción de funcionario público es amplia y define a los mismos como *“todos aquellos individuos que ejercen función pública, incorporados por un procedimiento legal, sea en el Estado Persona Publica Mayor, en los Gobiernos Departamentales, en los Entes Autónomos o en los Servicios Descentralizado, sean o no de carrera, retribuidos u honorarios, presupuestados o contratados, civiles, policiales, militares, diplomáticos”*.

Finalmente, el derecho positivo uruguayo, en varias normas legales y reglamentarias tales como, el art.175 del Código Penal (en la redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998), toma el concepto amplio de funcionario público. El Texto Ordenado de Normas sobre Funcionarios Públicos conocido como TOFUP, que tomó como fuente lo dispuesto por el art. 1 del Decreto Ley N° 10.388 de 13 de febrero de 1943 (Estatuto del Funcionario Público) y el art. 3 del Decreto N° 302/994 de 28 de junio de 1994, en su artículo 2°, considera funcionario público a toda persona que, nombrada por autoridad pública competente, participa en el funcionamiento de un servicio público permanente, mediante el desempeño de un empleo remunerado, que acuerda derecho a jubilación.

Por otro lado, a los efectos de su inclusión en el Registro Nacional de Funcionarios

Públicos, se consideran tales a las personas que: a) hayan sido designadas por autoridad competente; b) estén incorporadas al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Intendencias Municipales, Juntas Departamentales y Locales, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas o al Tribunal de lo Contencioso Administrativo; c) cumplan una actividad permanente o temporaria, continua o discontinua; d) presten la actividad en forma personal; e) reciban por ella una remuneración que sea atendida con cargo a rubros presupuestales o extrapresupuestales.

1.5 Estatuto del Funcionario Público:

Entiende Cassinelli Muñoz³³, que al referirse al Estatuto del Funcionario Público, puede hacerse en sentido material o en sentido formal. Así este autor, conceptualiza el Estatuto en sentido material, como el régimen jurídico aplicable a los funcionarios en cuanto a tales. Y subraya el autor que, no todas las normas que resultan aplicables a los funcionarios forman parte del estatuto material, se dice que éste es el régimen jurídico aplicable a los funcionarios en su condición de tales, excluyendo de dicha definición a las normas que se le aplican a los funcionarios, en cuanto a personas o en cuanto ciudadanos, por citar algunos ejemplos.

En Uruguay, el estatuto material de los funcionarios, está contenido en la propia Constitución, en diversas categorías de leyes, en los estatutos formales y en reglamentos administrativos.

Al hacer referencia a los estatutos de los funcionarios en sentido formal, se alude a determinados actos regla, los que son expresamente previstos por éstas, cuyo contenido integra el estatuto material; siendo previstos por la Constitución el contenido, su proceso de formación, así como el órgano competente para dictarlos. Señala el Profesor Cassinelli que a partir de 1952, la Constitución prevé múltiples estatutos, por ejemplo: el estatuto de los funcionarios de casi toda la Administración Central art.59; los estatutos de los funcionarios dependientes de cada Cámara, que se establecen por reglamento de la Cámara art.107; el Estatuto de los funcionarios de los Entes proyectados por el Ente y aprobados por el Poder Ejecutivo, art.63; el Estatuto de los funcionarios de los Gobiernos departamentales que se sanciona por Decretos de la Junta Departamental, con fuerza de ley en su jurisdicción (art. 62 y 273) y el Estatuto de los Entes Autónomos de la enseñanza (art. 204).

Afirma el precitado profesor, que la Constitución es la primera fuente del estatuto material porque "Contiene normas que regulan la situación de los funcionarios como tales". Es materia del Estatuto formal, todo lo que integre el estatuto material, excluyendo la reserva de la ley, los que refiere a la materia presupuestaria.

El artículo 61 de la Constitución, establece un temario breve del Estatuto; todo lo demás no es materia del estatuto, ni material ni tampoco formal. Por ejemplo, la creación de empleos, la determinación de los cometidos de cada cargo, la reglamentación de procedimiento administrativo, la organización del Poder judicial, las normas de familia, de higiene, de salud, la vivienda, entre otras.

³³ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Op.cit. tomo 65 pág. 277 y ss.

Los funcionarios públicos acopian en sí mismos diferentes calidades que no se excluyen recíprocamente. Algunas de ellas son de origen constitucional y otras de origen legal o contractual y para verificar todos los derechos, hay que conjugar todas ellas: son habitantes del Estado, ciudadanos, trabajadores, miembros de una familia, afiliados a asociaciones privadas, entre otros.

Y enseña Cajarville que *“En virtud de cada una de tales calidades, se les aplican diversos regímenes jurídicos de variadas fuentes.”* Explica el autor citado, que *“El conjunto de normas que se les aplican en cuanto funcionarios, vale decir, por serlo, se denomina doctrinalmente “estatuto material” de los funcionarios. Caben en este estatuto material normas de diverso origen y jerarquía normativa: constitucionales, legales y reglamentarias[...]; la Carta prevé la existencia de conjuntos orgánicos y formales de normas especiales para conjuntos de esos funcionarios, delimitados por el órgano en el cual y para el cual, cumplen funciones que se denominan por la doctrina “estatutos formales”³⁴.*

Como ya se adelantara, además de las normas de competencia y del sistema de carrera administrativa, la Constitución consagra dos principios básicos del régimen de los estatutos. En el artículo 58 recordamos que se establece que *“los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política”* y el artículo 59 agrega que *“el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”*.

En el trabajo citado, Cajarville critica a la doctrina clásica uruguaya, tanto en el ámbito del derecho administrativo, como en el constitucional, porque le restó entidad y relevancia jurídica al último principio, no obstante la calificación de *“base fundamental”* del Estatuto de los funcionarios públicos a tal punto, señala Cajarville, que el mayor constitucionalista uruguayo, Justino Jiménez de Aréchaga, a tal principio, lo interpretó como *“retruécano”*.

La doctrina se ha pronunciado en cuanto a la posición de la Ley y del Estatuto de los funcionarios en la Zona de materia común. Al respecto, como se dijo antes y, subrayando que las previsiones de los artículos 54 a 57 de la Constitución se aplican a todos los trabajadores, sean de la esfera privada o funcionarios públicos; las normas del artículo 54 de la Constitución alcanza a todos los funcionarios (sean de carrera o no) incluso militares, policías y diplomáticos. Las leyes reglamentarias del artículo 54 de la Constitución que regulan la limitación de la jornada, abarcan pues, indistintamente, los sectores privado y público siempre que estén en relación de dependencia.

Esto implica, por ejemplo, que los órganos competentes para el dictado de Estatutos formales deben cumplir la legislación común sobre limitación de la jornada emanada del Poder Legislativo (que a su vez ejecuta el art. 54 de la Constitución). Ello sin perjuicio de las competencias de principio que la Constitución reservó a los estatutos formales en materia de régimen jurídico de funcionarios públicos y *“ha rodeado de especiales garantías unas formales y otras sustanciales, la intromisión de la ley ordinaria en materias relativas al estatuto de los funcionarios. La legislación, en cuanto sea constitucionalmente legítima sirve de límite*

34 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Op.cit. Disponible en: <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticia-New.asp?cod=7037&tipo=2>

pero no de fundamento a la competencia estatutaria.”³⁵

1.5.1 Generalidades del ingreso a la función pública

Enseña el profesor Sayagués Laso³⁶ que las personas pueden ingresar a la función pública de diversas maneras. El mecanismo habitual es la designación o nombramiento, fundamentalmente cuando se trata de funcionarios administrativos. Esta, como expresa el Dr. Julio Prat³⁷ puede concretarse en un acto administrativo de designación. Entre las otras modalidades se pueden señalar: la elección, la contratación, el sorteo y de un modo más excepcional la accesión.

- a. **La Designación:** Señala la Dra. Cristina Vázquez³⁸, desde el punto de vista material y, tomando en consideración la clasificación de los actos jurídicos de Duguit, la designación es un acto condición, pues coloca a una persona en una situación jurídica preexistente -situación de funcionario público-, la que es definida por un acto regla: el estatuto.

En cuanto a lo formal, constituye un acto unilateral, que demanda el asentimiento o aceptación del designado para que él mismo se perfeccione y nazca el vínculo que une al funcionario con la Administración. La aceptación puede hacerse efectiva en forma expresa, en el momento de la notificación, con posterioridad o tácitamente. Sayagués Laso³⁹ señala que este modo de aceptación, ocurre frecuentemente mediante el cumplimiento de trámites previos a la asunción o por la toma efectiva del mismo, más que nada en cargos administrativos secundarios.

Por lo tanto, la designación como acto administrativo debe haber dado cumplimiento a determinados presupuestos para que sea válida. Estos es, debe existir un presupuesto de derecho, o sea una norma jurídica que atribuya competencia al órgano que designa, la que establece el interés general perseguido, un presupuesto de hecho o motivo y un presupuesto de procedimiento, el que refiere al cumplimiento de determinadas formalidades para la formación de la voluntad.⁴⁰

La potestad de designar le pertenece al Jefe de la Jerarquía. En este sentido, la designación en el ámbito de la Administración Central le compete al Poder Ejecutivo (art.168 numerales 9, 12 y 13 de la Constitución), en la órbita del Poder Judicial (art.239 numerales 5,6 y 7 de la Constitución), será la Suprema Corte de Justicia la que tiene la competencia de designar y cada una de las Cámaras en lo que refiere al Poder Legislativo (numeral 7 del artículo 273 de la Carta). Los Ministros son designados por el Presidente de la República (art. 174 de la Constitución).

35 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. op.cit. tomo 61, pág. 22 y ss.

36 SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo 1974. Fundación de Cultura Universitaria. Pág. 283

37 PRAT Julio A. Derecho Administrativo Tomo 3 V.1, Montevideo 1978. Pág. 76

38 CORREA FREITAS Rubén y VAZQUEZ Cristina. Manual de Derecho de la Función Pública. Montevideo,1998. Fundación de Cultura Universitaria. Pág 139.

39 SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo 1974 Fundación de Cultura Universitaria. pág. 284

40 CORREA FREITAS Ruben y VAZQUEZ Cristina. Op.cit. Pág. 140

En lo que respecta a los Entes Autónomos, se estará a lo que dispongan sus cartas orgánicas y, en caso de no estar previsto, se interpreta que la designación es del órgano jerarca. En los Servicios Descentralizados, se estará a lo que disponga el legislador, en tal caso sucede, generalmente, que la designación la efectúa el Poder Ejecutivo a propuesta del Ente.⁴¹

El TOFUP establece en su artículo 4 los requisitos para el ingreso a la función pública, tomando como fuente legal lo establecido por: Decreto Ley N° 10.388 del 13 de febrero de 1943, art. 2 lit. A inc. 1, C y D, lit. B, con la redacción dada por Decreto Ley N° 14.939 de 2 de octubre de 1979, Ley N° 11.923 de 27 de marzo de 1953, art. 40, Ley N° 16.017 de 20 de enero de 1989, art. 11 inc. 1 lit. y el artículo 4 del Decreto Ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007.

- b. Elección:** El cuerpo electoral será el que se ocupe mediante el sufragio, de elegir a los que ocuparán los cargos. Dentro del procedimiento de elección se pueden distinguir diversas etapas: la convocatoria a elecciones; publicación de nóminas de habilitados para votar; inscripción de candidatos; acto eleccionario; escrutinio; proclamación de electos. Se entiende que el electo queda investido con la función pública, desde que se realiza la elección aunque deba esperarse para la toma de posesión.
- c. Contratación:** Es la forma de incorporación a la función pública a través de la firma de un contrato, del que forman parte la Administración y la persona física. No debe confundirse con los casos en que, si bien se suscribe un contrato, como por ejemplo contratos con los becarios, adscriptos entre otros, que no implica el nacimiento de la relación funcional. La suscripción del contrato, normalmente es precedida de un procedimiento de comprobación del cumplimiento de los requisitos jurídicos, reclamados en cada caso y de una resolución que autoriza la suscripción del contrato. El funcionario contratado se distingue además del presupuestado, en cuanto a la partida presupuestal con la que se le paga su remuneración, lo que supone la preexistencia de rubros para cubrir la referida erogación (art. 229 de la Constitución). Los funcionarios presupuestados son titulares de cargos previstos en las planillas anexas a las leyes presupuestales, siendo distribuidos en grados dentro de cada escalafón, con una denominación y dotación.⁴²
- d. Sorteo:** Regularmente solo es utilizado para la selección de personal obrero; como ejemplo puede señalarse el llamado y posterior sorteo efectuado por la Intendencia de Montevideo, cuando convoca a selección de personal para desempeñar tareas de barrido y limpieza de calles.
- e. Accesión:** El ejemplo típico de accesión es el que ocurre con los decanos de las Facultades, que por serlo, automáticamente a ser miembros del Consejo Directivo Central.

41 MARTINS, Daniel Hugo. Estatuto del Funcionario. En CORREA Freitas Ruben y VÁZQUEZ Cristina. op.cit. Pág. 141.

42 DELPIAZZO, Carlos. Contratación y presupuestación de Funcionarios Públicos. En: Estudios sobre el Presupuesto Nacional. Montevideo 1986. S.p.

CAPITULO II.

PANORAMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO.

Los cambios vertiginosos que plantea la noción de empleo público en los albores del Siglo XXI, han sido un desafío en el mundo.

2.1. Realidad de la laboralización del empleo público en el Derecho Comparado

En el Derecho comparado la realidad de la laboralización del empleo público, en especial en los países formadores de esta doctrina, ha implicado diversos cambios que no han sido homogéneos.

2.1.1 Modelo europeo

En Europa, el modelo administrativo francés que ha servido como inspirador tanto en la función pública como en otras instituciones administrativas, no se ha mostrado igual y de modo tan pronunciado como sí, lo ha sido en Italia.

- **Italia** ha sido en esta materia, el sistema influyente. En efecto, en el derecho italiano es donde se ha verificado en forma más intensa la incorporación de alguna de las instituciones más típicas del derecho laboral, como la negociación colectiva a los funcionarios de carrera (Leyes de 1975 y 1983). Así los autores que estudian el tema, señalan una controversia que se planteó entre las materias asignadas a la negociación colectiva y la reserva de la Ley, que el artículo 97 de la Constitución Italiana establecía sobre toda la función pública, al impedir la regulación de parte de sus contenidos a través de la negociación colectiva. La interpretación que ha prevalecido considera que la reserva legal, no sería una reserva objetiva para proteger la relación funcional y la función pública frente al Poder Ejecutivo, sino que fue pensada con un criterio protector, mediante el cual se transforma en una tutela subjetiva de los derechos de los funcionarios públicos, para protegerlos ante potestades del Poder Ejecutivo. La reserva legal y todas las garantías en la Constitución italiana se interpretan en forma complementaria y no excluyente.
- En definitiva, el proceso de la laboralización en Italia culminó con la aplicación directa del Derecho Laboral a casi todos los funcionarios públicos. La Administración ejerció el *ius variandi* sin limitaciones no implicando ello, necesariamente, un cambio en el sueldo. Con esto comienza también a denotarse señales de precariedad en la función pública. Lo que en un inicio se mostraba como una forma de tutela o protección de los funcionarios en general, en realidad, con el tiempo podría transformarse en un “peligroso privilegio” de un sistema cerrado de empleo público de un sector reducido de funcionarios, a los que les asisten determinadas prerrogativas.
- **Alemania:** Por su parte en Alemania, desde la Ley fundamental de 23 de mayo de 1943, estudió Gaspar Nariño Ortiz⁴³, conviven dos modelos de personal al servicio

⁴³ Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de la Laguna (1978-1978), Universidad de Barcelona (1981-1988) y Universidad Autónoma de Madrid (desde 1988).

de las Administraciones Públicas: por un lado, el modelo de función pública cerrada y, por otro, el modelo que se corresponde con el Derecho Laboral.⁴⁴

- Así en Alemania, encontramos los funcionarios con prerrogativas de poder público y los demás que se rigen por el Derecho privado o laboral. Esta distinción tan clara, fue un tanto flexibilizada por la Ley Federal marco de la función pública de 27 de febrero de 1985, que reserva a la función pública un límite expreso al determinar que sólo podrán ser desempeñados por funcionarios, los puestos que supongan ejercicio de poderes públicos y el ejercicio de la autoridad pública, o bien tareas vinculadas a la seguridad del Estado, o en general a los cometidos esenciales del Estado, que no pueden ser encomendadas a personas vinculadas a la Administración por una relación de Derecho Privado laboral.
- **España:** Si hace unas décadas en España la existencia de contratados laborales en la función pública constituía una excepción, actualmente puede decirse que la mayoría de los vínculos de trabajo en la Administración son de origen laboral, tanto en la Administración local, como en muchos Organismos autónomos.
- En sus orígenes, España se vio influenciada por el régimen unilateralista de Francia, pero luego se vio obligada a efectuar cambios en el empleo público constitucional; así se aprueba la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública N° 30/1984 de 2 de agosto de 1984, la que fue cambiada posteriormente por la Ley de Modificación de la Reforma de la Función Pública N° 231/1988 de 28 de julio de 1988.
- Dentro de la función pública de España, Ramón Parada⁴⁵ distingue tres etapas: A) el sistema cerrado que se impone desde mitad del siglo XIX ; B) la que se inicia con la Ley de Funcionarios del Civiles del Estado –aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de febrero de 1964, en el que se suprimen los grados o categorías personales a los cuerpos funcionariales, para orientarse hacia un sistema de inspiración anglosajona, tanto de Inglaterra como el de Estados Unidos y C) el sistema abierto que se inicia con la promulgación de la Ley de Medidas de 2 de agosto de 1984.
- La Administración española, no es libre para determinar qué puestos de trabajo corresponden a funcionarios públicos y cuáles a empleados por derecho laboral, sino que se debe regular con suficiente claridad esa distinción, señalando los casos en que es posible la contratación. Por ello, la “Ley de Medidas” en España prescribe que, en general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos, con algunas excepciones, como los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de

⁴⁴ Al igual que en España por la Ley de Medidas a de la Función Pública de 1984 aunque el modelo laboral es residual.

⁴⁵ PARADA VAZQUEZ, José Ramón ha sido Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de La Laguna, Valencia, Barcelona, Complutense de Madrid y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Es doctor honoris causa por la Universidad Carlos III de Madrid. Perteneció a los Cuerpos de Administradores Civiles Superiores del Estado.

vigilancia, custodia y otros análogos; otros puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales entre otros como los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados.

2.1.2 Modelo Norteamericano

Por su parte, la función pública en Estados Unidos se inscribe en el marco de una democracia unida a un liberalismo económico que, por un lado, confiere estabilidad o permanencia absoluta al sector privado, pero no así a la burocracia estable de los funcionarios públicos.

Comadira⁴⁶ cita al reconocido Presidente Jackson, en donde se resume la concepción estadounidense, en el sentido de que el trabajo público es tan fácil que cualquier hombre inteligente puede adaptarse a él sin demora. El sistema muestra desconfianza, desde el inicio, a los funcionarios públicos a través de una Ley de 1820 en que se reclamó de los funcionarios que manejaran fondos y finanzas, rindieran cuentas de su gestión y confirmaran su puesto de trabajo cada cuatro años. Luego se fue generalizando para el resto de los funcionarios públicos. Este fenómeno junto con una fuerte política de rotación de cargos, formaron parte del *spoils system* tal como lo expresa Juan de la Cruz Ferrer⁴⁷

Este sistema comenzó su superación con la sanción Act Pendleton de 1883, que creó la Civil Service Commission como órgano independiente de los partidos políticos para supervisar el proceso selectivo a la función pública.

El sistema de reclutamiento y funcionamiento de la función pública en los EEUU, es muy parecido a la de las empresas privadas. En él, el funcionario es nombrado para cumplir un cargo determinado y no para ejercer una carrera vitalicia, puede ser despedido por razones funcionales, sin derecho a reclamar permanencia alguna, siendo frecuente su trabajo alternado en la función pública y privada. La precarización es la regla.

2.1.3 Laboralización en Iberoamérica

Este proceso de laboralización de la función pública es una realidad también en Iberoamérica.

- En **Venezuela** la actual situación jurídica (siglo XXI) muestra que en el ámbito público, el personal obrero y los funcionarios, pueden negociar colectivamente sus condiciones de trabajo, igualmente que los trabajadores del ámbito privado. Ello implicó una discusión doctrinaria entre los publicistas (defensores del régimen estatutario de la función pública) y los laboristas (que califican el fenómeno como imparable), todo lo que es un reflejo de la realidad mundial existente.

46 COMADIRA Julio Rodolfo. "La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica" INAP pág. 20

47 CRUZ FERRER, Juan de la. Procedimientos administrativos en materia de personal en la Ley de reforma de la función Pública norteamericana de 1978. Madrid, 1984, p.20.

En el sector administrativista, se observó renuencia al reconocimiento de los derechos colectivos en el sector público o en su defecto, asimilar su regulación a la del sector privado y, autores como Brewer Carías⁴⁸ defendieron el carácter institucional de la Administración Pública y rechazaron el uso de la figura del sindicato, tal como está previsto en el derecho laboral, lo que sirvió para que en el ámbito público, se haya sustentado un sindicalismo moderado que no usaba un instrumento propio del Derecho Laboral, como es la negociación colectiva.

Por su parte Camba, que defiende la eficiencia y eficacia de la Administración Pública, ve que las negociaciones colectivas para este sector como “...instrumentos generadores de obligaciones laborales[...] en muchos caso invaden reserva legal y sus cláusulas se constituyen lamentablemente en promotoras de conflictos.”⁴⁹

- En **Costa Rica** se dictó la Ley General de Administración Pública, cuyos artículos 111 y siguientes establecen de manera general los parámetros que orientan los caracteres de las relaciones de trabajo en la Administración. De modo que el empleado trabaja o presta servicios a una empresa o servicio económico del Estado y no realiza gestión pública. La doctrina pone como ejemplo, el Instituto Costarricense del Pacífico, Junta Administrativa de Puertos de la Vertiente Atlántica, Refinadora Costarricense del Petróleo, entre otros, que se rigen por el Derecho Laboral y sólo por ciertas normas de Derecho Público.

Recién con la creación de la Sala Constitucional⁵⁰ en 1989, se empezó a tratar con más énfasis la distinción entre los funcionarios que realizan “gestión pública” de los que no lo hacen.

En efecto, en varios pronunciamientos constitucionales esta Sala, analizó la posibilidad de celebrar convenciones en el Sector Público. No obstante, dicho tribunal ha dejado la libre determinación de la Administración Pública, del operador del Derecho en general y al propio juez la clasificación de tal concepto, a fin de evaluar el régimen de trabajo que se aplicará en cada caso. Lo que ha dado polémica en la doctrina.

- Por su parte, en **Argentina** el tema ha sido motivo de estudio y análisis también. Y puede sostenerse que, es un proceso de vieja data. Cuando el Estado argentino asumió bajo diversas formas jurídicas, cometidos empresariales, el régimen de su personal pasó a regirse total o parcialmente por el Derecho Privado, como ocurrió con las sociedades de economía mixta (Decreto-Ley 15.349/1946), las empresas del Estado (Ley 13.653 y modificativas) y las sociedades de Estado (Ley 20.705) respecto de los empleados u obreros y con las sociedades anónimas con participación

48 BREWER-CARIAS, Allan Randolph. citado por Silva, Delpiazzo y otros (2007) Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.s.

49 CAMBA Nestor, Régimen venezolano de la función pública y su incidencia en la gerencia de los recursos humanos. Maracaibo [s.f.]. Astro Data. [s.p.].

50 En agosto de 1989 se crea como sala especializada de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica para conocer y declarar por mayoría absoluta de sus miembros la inconstitucionalidad de normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho publico así como de los recursos de habeas corpus y amparo para garantizar la libertad e integridad de las personas y el goce de los otros derechos constitucionales.

estatal mayoritaria (Ley 19.550, artículos 163 a 307) en relación al personal directivo y subalterno. Es importante señalar que, desde la Constitución de 1957 (art. 14 bis) se había consagrado la garantía de la estabilidad para el empleado público y la protección contra el despido arbitrario del empleado privado.

Sin embargo, la invasión del Derecho Laboral en un campo estrictamente público y específicamente administrativo, se produjo con el personal de la entonces Administración Nacional de Aduanas y Dirección General Impositiva (hoy Administración Federal de Ingresos Públicos) y la Dirección Nacional de Vialidad.

El citado proceso se ha venido a profundizar más recientemente, con la aparición de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, cuyo personal, con exclusión de los principales órganos directivos, se sujeta, en la gran mayoría de los casos, a la legislación laboral o de Derecho Privado.⁵¹

El sistema argentino se encontró (en los primeros años del siglo XXI), ante un alejamiento progresivo del sistema de predominancia pública propio del régimen continental europeo clásico, para acercarse a una dualidad que no parece reconocer un fundamento claro y uniforme, en la medida que no se basa, ni en el nivel del cargo, ni tampoco en la índole del sujeto.

En Argentina, al igual que en el sistema uruguayo, el tema de la estabilidad de los funcionarios públicos, ha sido la garantía por antonomasia, del vínculo del trabajador del Estado con la Administración y, la piedra sillar del sistema del servicio civil que se desarrolla, en tanto abarca el derecho a conservar el empleo, la situación escalafonaria y la retribución asignada, resguardando la carrera administrativa. Por tanto la laboralización y la precarización de la función pública han manifestado una real preocupación en general a la doctrina administrativista en ese país. Ello por cuanto es la base, la garantía y el propio interés del Estado, ya que se entiende que la estabilidad permite que los funcionarios se profesionalicen, protegiéndolos de la discrecionalidad o en algunos casos, arbitrariedad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política.

Por otro lado, en Argentina así como en el ámbito internacional, la tendencia a la laboralización ha venido de la mano de la privatización, y esto se ha encaminado a equiparar el régimen del empleo público con el que regula la relación de trabajo, en el ámbito del derecho privado.

Este fenómeno se observa en alguna de las modificaciones introducidas en las últimas décadas de la legislación provincial y municipal relacionadas con la materia, influyendo –aunque de un modo menos intenso– en la doctrina administrativista y en la jurisprudencia en general. Este proceso de laboralización de la función pública en Argentina –como se adelantó– se ha presentado prácticamente en forma paralela a la privatización de numerosos servicios públicos, la disminución del número de dependientes estatales permanentes, en concordancia con un aumento del personal transitorio y contratado.

51 COMADIRA, Julio Rodolfo, Derecho Administrativo,[s.l.i] pág. 225.

La laboralización y precarización, no implican un juicio de valor negativo en sí mismo, respecto de otros aspectos de la laboralización de la Administración Pública, en especial acerca de la aplicación a ella del sistema de negociación de convenios colectivos de trabajo, tal como lo prevé la Ley 24.185.

De todas formas en Argentina, los funcionarios públicos han sido muchas veces, considerados como un sector de privilegio por gozar de estabilidad, la falta de profesionalidad y de eficiencia, en eso se basan todos los procesos de modernización que se intentan llevar a cabo en la Administración pública. En dichos procesos el funcionario público tiene un destacado protagonismo, al incluirse objetivos que buscan corregir su ineficiencia, mediante la jerarquización de la función pública, el mejoramiento de los sistemas de selección de personal y una actualización de la carrera administrativa, entre otros.

En suma, la pérdida de la estabilidad (requisito de la carrera administrativa), ha cedido en Argentina ante la precariedad laboral, propia del régimen privado, en ámbitos importantes de la organización estatal.

CAPITULO III:

EVOLUCION Y “HUIDA” DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1 Panorama histórico de la evolución y situación actual del sistema de recursos humanos en el Estado uruguayo.

El Estado –como persona pública mayor-, ha jugado un trascendente rol en la historia del Uruguay desde su creación formal, con la jura de la Constitución de 1830 y durante todo el siglo XIX, siguió un lento proceso de afirmación, que recién se consolidó en el último cuarto de siglo y, se puede entender, que culminó con las guerras civiles en 1904 que fortalecieron al Estado del siglo XX.

En el siglo XX, el Estado apareció como una herramienta para ayudar a una sociedad débil, como arma transformadora; es en ese momento, que se reconocen las primeras “olas estatizadoras”, que fueron de la mano de una legislación social, así como y de otras leyes que reconocen derechos políticos. Con la Constitución de 1918, se reafirmó la concepción de un Estado Social de Derecho, que con variantes se mantiene aún en la vigente Constitución.

En este contexto, la relación del Estado con sus trabajadores tuvo una elemental evolución, que acompañó estos procesos con fortalezas y debilidades en las distintas etapas históricas.

El desarrollo del Estado intervencionista y partícipe de los procesos económicos y sociales, tuvo como respuesta una pronta expansión de las áreas de intervención estatal y, como consecuencia, una mayor necesidad de incorporación de recursos humanos. En un Estado que empezó a tener protagonismo fundamental, la figura del funcionario público tradicional coexistió con trabajadores, obreros, técnicos y profesionales, directamente relacionados con el sistema productivo y, por otro lado, al sistema asistencial en

materia de salud, educación y seguridad social.

El Estado uruguayo no se conformó con un lugar secundario de actividad accesorio, sino que se convirtió en el actor principal, incluso acudió al uso de monopolios. Desde su inicio mostró un fenómeno de dos caras; por un lado, la coparticipación en los directivos de los entes estatales y demás cargos directivos y, por otro, el clientelismo político.

La estabilidad funcional pasó a ser una garantía constitucional o estatutaria según el caso. Y la imposibilidad de destitución arbitraria por un jerarca opuesto políticamente. Tanto el ingreso, como los ascensos no se encontraban regulados con objetividad y la capacitación y profesionalización eran casi inexistentes.

Desde esa época, el Estado uruguayo ya mostró el llamado “clientelismo” y sólo pretendió formar una burocracia al estilo Max Weber⁵², en cuanto a sus cualidades de tener reglas de méritos, jerarquización de la función pública y centralización.

En ese sentido, la estabilidad del funcionario no debe confundirse con la estabilidad funcional. La estabilidad es un factor fundamental en la administración de cualquier empresa, pero además, proporcionalmente, más necesaria cuanto mayor volumen y complejidad requiere la misma.

No hay dudas, que la estabilidad de los trabajadores es la condición que permite desarrollar una carrera funcional, pues significa un incentivo para la capacitación, así como un proyecto de futuro por el cual trabajar. Desde el punto de vista del Estado, la estabilidad funcional implica ingreso de trabajadores, con capacidad de perfeccionamiento, que ligan su futuro al desarrollo de la tarea y, por tanto, que tienen disposición para aprender y contribuir a la mejora de la gestión, cualquiera sea el área en que presten sus funciones.

En ese sentido, un aspecto fundamental en la Administración Pública uruguaya, ha sido el establecimiento de una carrera administrativa, consagrada originalmente en la Constitución de 1952. Es importante que en un Estado con oscilaciones políticas, con cambios en los gobiernos, con el riesgo de sustitución por razones políticas de los funcionarios, exista estabilidad en la función pública, ya que lo contrario aparejaría inestabilidad absoluta de las relaciones de trabajo. En otras palabras, la precariedad sólo traería un menoscabo en la capacidad de administración y dirección de la gestión.

Pero a la misma vez, con el correr del tiempo, se ha sostenido en forma permanente la necesidad de reducción del Estado, al nivel de las funciones básicas tradicionales, que coinciden con el esquema liberal del Estado Gendarme. Así mismo, dentro del sistema político, ha existido una durable disposición de modificar las reglas establecidas aunque por diferentes causas. El sistema estatuido del clientelismo político, comenzó a tener un

52 WEBER sugiere que el modelo de la burocracia debe estructurarse sobre la base de las siguientes características: a) Carácter legal de las normas y de los reglamentos; b) Carácter formal de las comunicaciones; c) Racionalidad en la división del trabajo; d) Impersonalidad en las relaciones de trabajo; e) Jerarquía bien establecida de la autoridad; f) Rutinas y procedimientos de trabajo estandarizados en guías y manuales; g) Competencia técnica y meritocrática; h) Especialización de la administración y de los administradores, como una clase separada y diferenciada de la propiedad (los accionistas); i) Profesionalización de los participantes; j) Completa previsibilidad del funcionamiento.

límite de expansión, en la medida en que la estructura del Estado sintió el peso excesivo de la creación de cargos innecesarios.

Frente a la inamovilidad de los funcionarios públicos, resultó un elemento que impidió a los sectores políticos mantener fidelidad de sus adherentes mediante la “amenaza” de la pérdida de trabajo. Aparecieron entonces nuevas fórmulas de manejo interno dentro de la Administración pública como las asignaciones de funciones, mecanismos discrecionales que generaron beneficios transitorios, dependiendo de la voluntad del jerarca de turno. Dado que los mecanismos permitieron incidir en la carrera administrativa, pero no en el ingreso y permanencia, comenzó a agitarse entonces, la presupuestación de funcionarios como uno de los males a eliminar. De esta manera, desde 1991 se aplicó la Ley N° 16.127 que suspendió el ingreso de funcionarios públicos y aceleró la precarización del empleo, unido a una nueva forma de clientelismo, los contratos de arrendamiento de servicios, los contratos de arrendamiento obra, entre otros.

Esta medida, no solucionó el problema y se ve cuando el CEPRE (Comité Ejecutivo para la reforma del Estado creado por el art. 703 de la Ley N° 16736 5 de enero de 1996, luego modificado por el art. 70 de la Ley 17.930 de 19 de diciembre de 2005) en el año 1996, intentó llevar adelante un proceso de reforma del Estado cuyo objetivo fue la reducción de los funcionarios públicos y, que dadas las garantías constitucionales de inamovilidad de que gozan los funcionarios de la Administración Central uruguaya, se establecieron mecanismos para evitar este obstáculo, tales como incentivos económicos para el retiro anticipado o conservar el sueldo, mientras el funcionario “excedentario” se quedaba en su casa. Como consecuencia de ello aproximadamente 10.000 funcionarios públicos fueron declarados excedentes y la mayoría se retiró de la función pública, con la consiguiente desorganización de la estructura de cargos y la pérdida de capacidades en recursos humanos que resultaban necesarias e imprescindibles para el funcionamiento eficaz del Estado.

El art. 70 de la Ley N° 17.930 que le dio nueva redacción al art. 703 de la Ley N° 16736 (creador del CEPRE), cometió a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina Nacional del Servicio Civil, que actuaran coordinadamente con el Ministerio de Economía y Finanzas para desarrollar el programa de transformación de Estado, así como para verificar el cumplimiento de las metas fijadas al respecto.

Esta reforma no ha mostrado tampoco los resultados perseguidos y con la aprobación de la última Ley de Presupuesto N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 han surgido una serie de cambios y reconocimiento expreso jurídico de los fenómenos de la laboralización y precarización que ya son un hecho indiscutido en nuestro sistema.

3.2 Tendencia a la “Huida” del Derecho Administrativo en la última parte del siglo XX.

Enseña Allan R. Brewer Carias⁵³, que el primer elemento que debe retenerse en la evolución de la organización administrativa, sin duda, es el abandono progresivo de las formas clásicas de la Administración pública, por supuesto, para huir de su régimen

53 BREWER-CARIAS, Allan R. “El proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Mexico [s.f.] pág. 82 y ss.

jurídico -el de la administración del Estado-, y que como fenómeno mundial condujo, sobre todo, después de la Segunda Guerra mundial, a la aparición de las empresa públicas.

Un fenómeno jurídico y empírico que se ha dado en paralelo a las diversas reformas del Estado propuestas y llevadas a cabo en la segunda mitad del siglo XX, tanto a nivel internacional, como en nuestro sistema, es lo que ha dado en denominarse "Huída del Derecho Administrativo". Tradicionalmente, el derecho administrativo se ha analizado de modo dual, o sea separándose por un lado, los sujetos activos que "administran" y por otro los sujetos pasivos, "administrados".

*"Los sujetos en el campo del derecho administrativo pueden ser de distintas especies y pueden clasificarse desde distintos puntos de vista. Sin embargo, la distinción que nos parece fundamental y a la cual es necesario subordinar las otras es la que diferencia entre sujetos activos y sujetos pasivos de la potestad administrativa. Es necesario, así, contraponer por un lado, los sujetos que administran y que, en su conjunto, constituyen la administración pública, y por otro lado, los administrados"*⁵⁴.

Este esquema ha estado regido por reglas opuestas, pues mientras que, por un lado, para el sujeto activo o Estado rige el principio de la especialidad (generalmente reconocido en el art. 190 de la Constitución), que significa que los órganos del Estado sólo tienen competencia para actuar en todo lo expresamente previsto en las normas jurídicas que le atribuyen cometidos o competencias; por otro lado, el administrado (las personas físicas) se rige por el principio de la libertad (art. 10 de la Constitución), que implica que en general pueden actuar libremente, salvo en lo que las leyes y por razones de interés general se les prohíba.

*"Las leyes, mientras para los particulares tienen por regla generalísima contenido negativo, en cuanto consisten siempre en restricción y prohibiciones, para la Administración Pública contienen, por regla igualmente general, órdenes y prescripciones de carácter positivo: estas establecen no tanto lo que a la Administración se le prohíbe, sino lo que para ella es obligatorio: qué fines debe perseguir y, muchas veces, qué actividades debe desarrollar para ello."*⁵⁵

De este modo, la norma jurídica describe qué fin debe cumplir el Estado, a través de qué medios y más todavía, disponiéndole toda una serie de reglas sobre cómo utilizar tales medios, todo en busca de proteger principios fundamentales del manejo de la cosa pública, que son la seguridad y la transparencia.

Seguridad y transparencia que, por lo demás, está establecida con la mayor jerarquía jurídica en la propia Carta constitucional, la que prevé al detalle el régimen estatutario de los funcionarios, normas de organización, sistema de control, régimen de impugnación de sus actos, control externo del Tribunal de Cuentas, entre otros.

Así entonces, regulando la Constitución al Estado, en lo que sí puede y debe hacer, se resguarda el fin del sistema que es la tutela o la seguridad del mismo.

54 ROMANDO S. En: CASSESE, Sabino, "La Crisis del Estado", Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p.101.

55 ZANOBINI, Guido. En: CASSESE, Sabino, Op. Cit., pág. 102 y 103.

Sucede sin embargo, que es digno afán lograr la seguridad ante los fines y los medios de la actuación del Estado (y por cierto que con especial énfasis el manejo de los fondos públicos), ya que por momentos puede afectar otro principio, que si bien no ha sido expresamente previsto por el constituyente, sí parece estar impuesto por la fuerza de los hechos en los actuales momentos, como lo es el principio de la eficacia.

La búsqueda de la eficacia, actualmente, no sólo se trata de una exigencia externa a raíz de la globalización y competitividad creciente, sino además, es un elemento interno, auto-impuesto por los propios órganos del Estado, ya que al estar su actuación permanentemente juzgada por la opinión pública y cada lustro por el electorado, también le es exigido actuar con eficacia.

Si bien la seguridad y transparencia no son antagónicos a la eficacia, sí puede ocurrir (y en los hechos ha ocurrido), que el ente del Estado los entienda o señale como incompatibles, por cuanto las normas tuitivas del manejo de fondos públicos del Derecho Administrativo, pueden llegar a afectar la celeridad y dinámica de la eficacia en la gestión.

Y cuando este aparente o real conflicto de principios entre “seguridad-transparencia/ contra eficacia” ocurre, muchas veces y cada vez más, la Administración se ha volcado a la flexibilización, en aras de priorizar la eficacia.

De este modo, y no desde hace tanto tiempo, el propio Estado ha creado formas jurídicas para evadirle a las restricciones que impone la materialización de la seguridad y transparencia, buscando crear figuras (institutos) que, si bien persiguen fines públicos, escapan a varios (sino todos) los controles bajo el justificativo de la eficacia, eficiencia y celeridad.

La forma jurídica en que originalmente se plasmó este proceder de “huida del Derecho Administrativo” fue, por ejemplo, la creación de una “persona pública no estatal”, figura acuñada a partir de la influencia del Profesor Sayagués Laso⁵⁶.

La persona pública no estatal⁵⁷ cuya constitucionalidad no se discute (pero si se lo ha llegado a hacer), supone permitir que se cumplan fines del Estado sorteando algunos de los controles del derecho administrativo, pero manteniéndose otros. Algunos ejemplos de situaciones bien diferentes y fines muy opuestos se pueden apreciar en la creación de las cajas paraestatales y en la de la Corporación Nacional para el Desarrollo.

A este respecto, el Profesor Juan Pablo Cajarville enseña que las personas públicas no estatales “en su origen respondieron a la creación de organizaciones encargadas de satisfacer intereses que, siendo generales, afectaban especial y directamente a sectores sociales o económico, gremiales o de otra índole, claramente individualizables y delimitables. De ahí derivan los caracteres que generalmente revestían, en su concepción clásica: creación de una ley, sometimiento al Derecho Público[...] dirección con participa-

56 “La caracterización de las “personas públicas no estatales” como una categoría singular de personas regidas por el Derecho Público fue uno de los aspectos mas destacables del maestro Sayagués Laso a la teoría del Derecho Administrativo Uruguayo” Juan Pablo Cajarville, “Sobre Derecho Administrativo”, p.198.

57 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Las personas públicas y la Constitución”, Revista de Derecho Público año 1992, p.14.

ción estatal, pero predominantemente a cargo de representantes de los grupos o sectores especialmente interesados[...] administración del patrimonio y régimen presupuestal y financiero de derecho público[...]"⁵⁸

Cajarville explica que, si bien florecieron tales personas públicas no estatales en la primera mitad del siglo XX, respetando en general tales preceptos, luego se eclipsaron durante el período de facto y, con el regreso de la democracia, volvieron a proliferar, pero ya desde una manera distinta y distorsionada. Esta desaparición de características legitimadoras para la creación de personas públicas no estatales, constituye el primer caso, de lo que se ha llamado la "huida del derecho administrativo".

Huyó, primero, mediante la multiplicación de personas públicas no estatales, que ante todo no eran personas que se creaban, sino directamente unidades de la propia Administración Central que tomaban nueva forma, su patrimonio era constituido por mera transferencia legal de bienes estatales a favor de la persona jurídica creada, haciéndose todo ello al sólo efecto de evadir el régimen jurídico de la estatalidad⁵⁹ y, en especial, el procedimiento de contratación tanto de bienes materiales como de recursos humanos.

Esta forma de "huída" bien puede ejemplarizarse en la creación de cinco personas públicas no estatales en la Ley de Presupuesto N° 16.736 de 5 de enero de 1996. De este modo, persiguiendo fines cuya condición de "públicos" en algunos casos es cada vez más dudosa o cuestionable, han proliferado en los últimos años personas que se rigen por el Derecho Privado pero detentando patrimonio público, sin contar con el régimen reglado de la contratación administrativa, sin el control externo del Tribunal de Cuentas, etc.

Para esta fuga de las reglas del Derecho Público, el Estado ha sido muy creativo y ha acudido a otras figuras, consagrando directamente la creación de modelos de derecho privado, tales como a sociedades comerciales (sociedades anónimas con la totalidad o la mayoría de las acciones en manos o propiedad de entes del Estado, como por ejemplo: CABA S.A. y DUCSA de ANCAP, de ITC S.A., ACCESA, HG S.A. de ANTEL y en el ámbito de la Presidencia de la República recientemente incluso una fundación denominada "Fundación Juntos", con el objeto de superar la situación de emergencia socio habitacional y fortalecer el Plan Juntos que se desarrolla en ese organismo.

Especialmente singular, es la opción que el Estado eligió con este instituto típico del derecho privado, que se rige como todas las Fundaciones por la Ley 17.163 de 10 de setiembre de 1999 y por su Estatuto. Como toda Fundación requiere para obtener la personería jurídica la previa autorización y registro del Ministerio de Educación Pública, a través de la Dirección General de Registros- Asociaciones Civiles y Fundaciones-. Adviértase que según el Estatuto de esta Fundación 'sui generis', la Comisión Directiva está integrada por delegados del Poder Ejecutivo, ya que son tres miembros designados, uno por el Presidente de la República, que la preside, uno por el Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente y otro por el Ministerio de Desarrollo Social.

58 CAJARVILLE, Juan Pablo, "Sobre Derecho Administrativo", p.198 y 199

59 BRITO, Mariano. "Algunas innovaciones en el sector público: personas públicas no estatales en la Ley N° 16.736 en Anuario de Derecho Administrativo", T.5, p.11 a 15.

En suma, por este proceso de huída del Derecho Administrativo advierte el Profesor Delpiazzo “...hay que estarse en guardia, ya que ella atenta contra el principio de responsabilidad del Estado. Pretender que el Estado se rija por el Derecho común implica soltarlo de las amarras del control y es un planteo al menos sorprendente, ya que lo propio de la actividad pública, regida por el principio de la especialidad, no se corresponde con el Derecho regulador de la actividad privada, presidido por el principio de la libertad.”⁶⁰

Y peor aún, siguiendo al mismo autor, “El Derecho Público está lleno de “privilegios en más” pero también de “privilegios en menos” ya que junto a un amplio contenido de régimen exorbitante –plasmado en prerrogativas de la Administración, tales como la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la actuación coactiva y la inembargabilidad de sus bienes –impone a la Administración restricciones en su obrar a través de una actuación coactiva, y la inembargabilidad de sus bienes –impone a la Administración restricciones en su obrar a través de una actuación formalizada y uniformizada, sometida a controles y publicidad, con fines de garantía que no justifican su avasallamiento en aras de la sola eficacia.”⁶¹

CAPITULO IV

LABORALIZACION Y PRECARIZACION EN EL URUGUAY DEL SIGLO XXI

4.1 Influencia de la Reforma del Estado en las últimas décadas del siglo XX respecto a los cambios operados

Como ya se ha manifestado en más de una ocasión, en cada cambio de autoridades, el gobierno de turno reflota la reforma del Estado. Lo que se conoce por “Reforma del Estado”, históricamente ha cambiado de nombre. En la década del sesenta se hablaba de “reforma administrativa”, en la década del setenta se prefirió usar la expresión modernización administrativa, a partir de los ochenta comenzó a denominarse este proceso como “reforma del Estado” y vino al tapete en la década de los noventa llamándose “desburocratización”.

En unos casos, los actores políticos expresamente denuncian la voluntad de reformar y usan tal expresión “reforma”; en otros casos, directamente se plantean los cambios. Los cambios a veces son creaciones, pero en otros simplemente se le da lugar e impulso político a institutos viejos o se integran a la función pública figuras del derecho privado, trayendo al ruedo institutos únicamente usados por trabajadores de la actividad privada, tales como negociación colectiva, huelga de los función públicos, sindicalización y los Consejos de Salarios.

4.2 Concepto de Laboralización

La nota que distingue y conceptualiza la Laboralización, es la inserción paulatina de las reglas y

normas del Derecho privado laboral a las relaciones de trabajo en la Función Pública.

60 DELPIAZZO, Carlos. “Responsabilidad del Estado y Tutela Jurisdiccional Efectiva”. En: “Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito, FCU, p.992.

61 Ibid. P.993.

Como ya se ha expresado, los empleados públicos están sometidos a un Estatuto especial distinto a la normativa que rige el sector privado, pero desde hace unas décadas se ha comenzado a verificar cada vez más, la aplicación y utilización de instituciones propias del Derecho Laboral a los funcionarios públicos, tales como la negociación colectiva y la sindicalización.

En el caso de la Función Pública, el Estado, actúa como empleador en la relación laboral e interviene desde una posición de supremacía, propia de las normas del Derecho administrativo, del que se vale. Ello comporta que las relaciones con el personal a su servicio se basan en la premisa de la desigualdad formal; lo que resulta incompatible con el establecimiento de un vínculo contractual de libertad, para pactar las condiciones de trabajo. Por tanto, al negarse la existencia de igualdad entre la Administración y el empleado público, las relaciones existentes entre ambos se definen como unilaterales, acontractuales y asinalagmáticas.

En suma, se entiende que los derechos y deberes de las partes no nacen de un contrato, sino de un vínculo de fidelidad, al que el Estado responde mediante una obligación de protección.

Es de resaltar, que al no existir actividad productiva (en general o como fin principal, ni finalidad de lucro en la actividad administrativa), no era concebible la existencia de una contraposición de intereses entre las dos partes de la relación de servicios, que es lo que sí caracteriza las relaciones laborales incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

Así, y en oposición a las relaciones típicamente laborales y para asegurar la independencia del funcionario, y su protección ante los cambios políticos, generalmente se le confirió un alto grado de estabilidad y de permanencia en la Administración con una serie de normas estrictas de procedimiento de promoción y selección de personal.

La laboralización o privatización de la función pública podría ser también, un fenómeno que resulta con la globalización. Otra causa probable del fenómeno en análisis, es el notorio crecimiento del sector público y que sus empleados no son diferentes en esencia a los trabajadores del sector privado. Así se pone de relieve el elemento patrimonial de la relación: intercambio entre trabajo y salario.

En este momento, aparece un sustrato profesional en el sector público caracterizado por las notas de ajeneidad, profesionalización y subordinación y, que son idénticas a todo trabajo por cuenta ajena, ya sea público o privado, el sujeto destinatario de la prestación.

Otro posible supuesto para que la laboralización, se haya instalado en las administraciones públicas de tantos países, puede haber sido el creciente intervencionismo de los poderes públicos, que da lugar a la diversificación de las organizaciones públicas y, especialmente, las áreas instrumentales. Y junto con la huida del Derecho Administrativo, que se caracteriza por utilizar técnicas propias del mundo privado en la gestión de las organizaciones públicas, aparece el uso de andamiajes del derecho laboral, aun mante-

niendo la titularidad pública de estas. Este fenómeno se acompaña por una evolución en el ordenamiento administrativo que pasa de un régimen de privilegios del poder público a un sistema de derecho laboral con la instauración incluso de los consejos de salarios.

Finalmente, otra segura causa es que la Administración parece carecer de los mecanismos adecuados para gestionar eficazmente los recursos humanos, implicados en aquellas áreas alejadas de las funciones clásicas de soberanía. Este puede ser el motivo de la paulatina privatización de las organizaciones del sector público, que adoptan técnicas diferentes (desde la adopción de personalidad jurídico-privada hasta el sometimiento al Derecho privado conservando la personalidad jurídico-pública).

A todas estas razones, obedece el fenómeno de la laboralización de la función pública, en el sentido de incluir a gran parte de su personal en el ámbito del Derecho del Trabajo. La realidad es que el Derecho del Trabajo actual, se ha ido extendiendo a casi todas las relaciones de servicios profesionales en los diferentes sectores de la sociedad, de forma que se configura como el ordenamiento común de las relaciones jurídicas de prestaciones de servicios profesionales.

Desde el punto de vista de los empleados públicos, se considera que el Derecho Administrativo es incapaz de aportar instrumentos de autotutela efectiva, que les permita una eficaz defensa de sus intereses que no son muy distintos a los del resto de los trabajadores; y justamente todo lo expresado es lo que conceptualiza la laboralización de la función pública.

4.3. Camino a la Laboralización en el Uruguay

Es válido sostener, que en el Uruguay se eliminó a los funcionarios públicos del derecho de huelga, de la sindicalización y de la negociación colectiva hasta la mitad del siglo XX. El reconocimiento de dichos derechos fue lento y paulatino debiendo sortear diversos obstáculos.

Se puede decir, que durante un periodo de tiempo se entendió que ni el estatuto, ni la potestad de la Administración para dirigir a sus funcionarios podían ser objeto de negociación. Sin perjuicio de ello, los empleados estatales conformaron organizaciones sindicales con el fin de defender sus propios intereses y demandaron negociar sus condiciones de trabajo.

Señala la doctrina que la negativa a la aplicación de estos institutos tiene fundamentos diversos. Haciendo una breve enunciación se puede decir que, por la propia naturaleza de la relación laboral, se prescindiría la aplicación de institutos originados en el sector privado y que dan lugar a un conflicto de lealtades en perjuicio del interés público y de fidelidad del funcionario.⁶²

Otro elemento que se ha estimado como un obstáculo para que los funcionarios públicos hagan uso de derechos aceptados para los trabajadores del ámbito privado, es la

⁶² RACCIATI, Octavio Carlos. El Derecho de huelga de los funcionarios públicos. Disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/contenido/curricular/info.html>

existencia del Estatuto del funcionario, en el que de un modo unilateral se determinan todos los derechos de los funcionarios, no teniendo éstos motivos por los cuales emprender su lucha (artículos 26 y 27 del Estatuto del Funcionario Público Decreto-Ley N° 10.388 de fecha 13 de febrero de 1943)⁶³. Las objeciones a la aplicación de estos institutos para los funcionarios públicos tienen fundamentos diversos. Por un lado, se señala que por la naturaleza de la relación de empleo público, se excluiría la aplicación de institutos originados en el sector privado, debido a un conflicto de lealtades en detrimento del interés público, de la fidelidad y neutralidad del servidor del Estado. Así mismo, se ha considerado un obstáculo, la existencia del Estatuto del funcionario, en el que en forma unilateral se establecen todos los derechos de los funcionarios, no teniendo estos por qué luchar.

Del Derecho Comparado surge que los ordenamientos jurídicos, se inclinaron a reconocer el derecho a la sindicación, el derecho a la huelga y el derecho a negociar colectivamente, por parte de los trabajadores del Estado.

La doctrina de mayor recibo, revalorizando la afirmación de De Ferrari⁶⁴, admite la existencia de un fenómeno de carácter universal, en cuanto a eliminar progresivamente las diferencias entre el régimen de la función pública y el que regula el trabajo privado, existiendo una sostenida tendencia en ir camino a la asimilación de ambos. Por tanto, las fronteras del Derecho del Trabajo se han ido modificando y se ha quitado del Derecho Administrativo la regulación de las relaciones laborales de importantes sectores de la actividad pública, admitiendo la negociación colectiva, fenómeno al que el Profesor Hernández Álvarez denominó: "*desacralizando el mito de la función pública estatutaria*".

Admitir la existencia de figuras propias del derecho colectivo de trabajo, implicó admitir la existencia del conflicto y, por ende, la oposición de intereses, lo que trajo como consecuencia el quiebre de la concepción unilateral de la sumisión del funcionario público al interés de la Administración pública.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la discusión sobre el derecho de los funcionarios públicos de constituir y organizar sindicatos, hacer huelga y negociar colectivamente ha sido superada, con algunas excepciones (fuerzas armadas, la policía y los funcionarios que actúen como órganos de poder) las que derivan principalmente de los CIT N° 87 y N° 151.

Dichos institutos, forman parte de las Constituciones nacionales, los Pactos y Declaraciones Internacionales, adquiriendo así el rango de derecho supra-legal y de derecho humano fundamental, no siendo necesario para su existencia o ejercicio, un reconocimiento expreso por parte del derecho positivo. Estos derechos han sido incluidos entre otros: en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, en la Carta de

63 Artículo 26.- Las garantías ofrecidas y los derechos acordados a los funcionarios por el presente Estatuto cesarán en el caso de abandono colectivo del servicio, en cuyo caso la autoridad administrativa competente, atendidas las circunstancias y previo el apercibimiento público para que vuelvan a sus tareas, podrán declarar vacantes los cargos abandonados.

Artículo 27.- Los funcionarios públicos pueden constituir asociaciones para la defensa de sus intereses profesionales, pero dichas asociaciones serán consideradas ilícitas desde que pretendan ejercer cualquier forma de coacción sobre los órganos del Estado, al efecto de la consecución de sus fines.

64 DE FERRARI, Francisco. "*El trabajo como hecho*" en Revista de Derecho Laboral T.II. pág 139.

la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1967, en los Pactos Internacionales Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 1966, entre otros.

Corresponde precisar, al respecto, que la República Oriental del Uruguay integra la OIT desde el año de su creación en 1919 y a la fecha ha ratificado más de un centenar de Convenios Internacionales, entre los cuales se encuentran todos los Convenios Fundamentales.

4.3.1 Negociación Colectiva

Al analizar las tendencias actuales del Derecho del Trabajo, puntualmente enseña el profesor Mario Ackerman⁶⁵, que en la República Argentina, en las relaciones laborales en general, no ha habido una reforma profunda del sistema en el cual el Estado ostenta una fuerte intervención, tanto normativa, como de control. La Argentina tiene una negociación colectiva para la Administración Central y, a su vez, cada provincia tiene su modelo. Señala a vía de ejemplo el profesor, que en Italia crearon un organismo especial denominado "ARAN" que en general se encuentra presidido por un profesor universitario.

Sin duda, el Estado dentro de sus competencias debe proporcionar una respuesta a los conflictos que se generen con los funcionarios que lo sirven. En este sentido, el mejor acuerdo es aquel al que arriban las partes en conjunto, sin perder de vista el lugar que ocupa cada una en la sociedad.

Señala Alain Supiot⁶⁶, que la negociación colectiva es la institución de más dinámica y la herramienta adecuada para la adaptación constante a los cambios, ante la diversidad de las formas de la organización del trabajo, la participación de diversos sujetos y la interconexión de los problemas (medio ambiente, seguridad, higiene), en los ámbitos laborales por citar algún ejemplo.

Señala la doctrina internacional que la negociación colectiva en el sector público, cuenta con determinadas singularidades que la diferencian de la negociación colectiva en el sector privado.

Entre ellas se pueden señalar que, en este caso, el empleador es el Estado, y por tanto cuenta con poder de mando diverso al ser quien elabora, aprueba y modifica las reglas, sin perjuicio de se encuentra sometido a normas constitucionales y legales, así como al contralor de ciertos órganos. Las remuneraciones de los funcionarios suponen un costo económico que se refleja en los presupuestos públicos, cuya aprobación compete a órganos como el Parlamento o las Juntas Departamentales. Estos órganos no necesariamente son los empleadores directos de los funcionarios públicos, entre otras particularidades.

El Profesor Pla Rodríguez⁶⁷ entendía que la negociación colectiva es la "más trascen-

65 ACKERMAN, Mario. E. Panorama Normativo y Tendencias Actuales del Derecho del Trabajo en la Argentina. «Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo» pp.9 y sig.

66 CASAS BAAMONDE María Emilia, [et al]. *Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa* (Coordinador A. SUPIOT). Valencia, España: Tirant lo Blanch, S.L. 1999

67 PLA RODRIGUEZ, Américo "El trabajador público y los convenios colectivos", en Revista Derecho Laboral N°143 pág 424

dente forma de participación del sujeto colectivo” y agrega que el “derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos a pesar de tener menor trascendencia que el de sindicación por ser, por su propia naturaleza, mucho menos perturbador que el de huelga, ha sido tardíamente aceptado”.

4.3.2 La Negociación Colectiva en el Uruguay

Corresponde comenzar por señalar que la Constitución de la República no contiene una mención expresa a dicho Instituto, lo hace indirectamente a través de los artículos que refieren al derecho de asociación y a la huelga.

Barbagelata entiende que la negociación colectiva es una consecuencia de la libertad sindical y que la misma deriva de los artículos 57 y 65 de la Carta.

La negociación colectiva de los funcionarios públicos en el Uruguay fue aceptada, con la ratificación de los CIT N° 87 y N° 98 a través de la Ley N° 12.030 de 27 de enero de 1954), 151 21 y 154 (ratificados por la Ley N° 16.039 de 8 de mayo de 1989).

Al ratificar el CIT N° 151, que refiere a las relaciones de trabajo en la Administración Pública, el Estado puede escoger para determinar las condiciones de empleo, entre la negociación colectiva y “otros métodos” como es el diálogo y/o la consulta; pero al ratificar el CIT N° 154, el derecho de negociación colectiva, se aplica también en el ámbito de la Administración. Debe tenerse presente que, con relación al personal militar y policial, la legislación nacional determinará el grado de aplicación de las garantías previstas en los convenios.

Se puede indicar como algunos intentos de abordar el tema: la creación de una Comisión Permanente de Relaciones Laborales (artículo 739 de Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996). En la práctica la misma actuó durante dos años y cumplió principalmente funciones de mediación a través del Ministerio de trabajo y Seguridad Social (el art. 66 de la Ley N° 17.556 de 18 de diciembre de 2002), y se estableció que *“El Poder Ejecutivo podrá autorizar convenios de flexibilización de las normas referentes al estatuto de los funcionarios, acordado entre organizaciones de funcionarios y empresas públicas del Estado, atendiendo a razones de mejor servicio”*.

En síntesis, pese a la variada normativa que habilitaba a la negociación colectiva, sólo existieron ámbitos de negociación aislada, y generalmente correspondiente a los entes de dominio industrial, comercial o del sector bancario. En las mismas, el único organismo que representaba al Estado era la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

El Gobierno Nacional que asumió el 1° de marzo de 2005, agrega al marco normativo vigente los Decretos N°104/005, N°113/005, mediante los cuales se convocó a las organizaciones de trabajadores del sector público, a efectos de que negociaran las condiciones de trabajo, en el mes de abril de dicho año, se suscribió el Convenio Colectivo de la Banca Oficial el 22 de julio de 2005 (el Acuerdo Marco).

El ámbito de la negociación colectiva entre el Estado y sus funcionarios se formalizó,

a través de dicho Acuerdo Marco, el que fue suscrito entre las organizaciones sindicales de funcionarios públicos, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Economía y Fianzas, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y, la Oficina Nacional del Servicio Civil⁶⁸. Dicho Acuerdo Marco estableció un mecanismo de prevención de conflictos que creó el Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público (CSNCSP).

El CSNCSP se conformó con miembros del Poder Ejecutivo, representados por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, la Oficina Nacional del Servicio Civil y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, actuando en carácter de coordinador y moderador y, delegados de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios del Sector Público. El cometido fundamental de dicho Consejo, es buscar acuerdos sobre aspectos generales de la función pública. Asimismo el CSNCSP intervendría como órgano de conciliación y mediación.

En síntesis, los Decretos N° 104/005 y N° 113/005 y el Acuerdo Marco de la Negociación Colectiva en el Sector Público”, crearon un sistema de negociación colectiva en el Sector Público, instalando para ello ámbitos formales.

Con fecha 2 de enero de 2006, se aprobó la Ley N° 17.940, de Protección y Promoción de la libertad sindical, la que también se conoce como ley de fueros sindicales. Esta ley declara *“absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo”*.

La misma no distingue a los efectos de su aplicación entre trabajadores privados o públicos, debiendo interpretarse que abarca a todos los trabajadores, las limitaciones o exclusiones de la libertad sindical, a los titulares de los órganos que expresan la voluntad de la administración, las fuerzas armadas y la policía. Prevé que la discriminación pueda realizarse por acción u omisión y en especial declara absolutamente nula, las que tengan por objeto condicionar el empleo, despido a la afiliación o no a un sindicato, entre otras.

Se estableció por primera vez en dicha Ley, la reinstalación o reposición del trabajador despedido o discriminado por razones antisindicales, previendo dos procedimientos, uno general que abarcaría a todo trabajador, y otro de tutela especial que comprendería básicamente a los dirigentes sindicales. Se le da reconocimiento al derecho a la licencia sindical, el que deberá ser reglamentado a través de la negociación colectiva (Consejos de Salarios o Convenio Colectivo); establece el derecho de los trabajadores afiliados a una organización sindical, a que se les retenga su cuota sindical sobre los salarios, previo consentimiento por escrito, monto que será vertido por la empresa o institución, a la organización sindical y, por otra parte, confiere facilidades para el ejercicio de la actividad sindical.

En organismos estatales como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Electoral, del Tribunal de Cuentas, del Poder Judicial y de algunos Gobiernos Departamentales, se advirtió una fuerte resistencia a integrarse al nuevo sistema de ne-

⁶⁸ DELGADO SOARES NETTO, Fernando. Consideraciones Preliminares sobre la ley de negociación colectiva en el sector público en Revista de Derecho Laboral Tomo LII- N°235 Julio – Setiembre de 2009 pág 584 y ss.

gociación colectiva. Estos órganos del Estado, se negaron sistemáticamente a negociar con presencia del Poder Ejecutivo, aunque sólo se tratara del MTSS actuando como mediador.

Con fecha 26 de junio de 2009, se dictó la Ley de la Negociación Colectiva en el Sector Público N° 18.508, con relación a la representación del Gobierno y, a diferencia del período previo al 2005 en el que el gobierno era representado únicamente por Oficina de Planeamiento y Presupuesto y, a los efectos de la elaboración de la misma se encuentra también, junto a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, a la Oficina Nacional del Servicio Civil, así como al Ministerio de Economía y Finanzas.

La misma, constituye un mojón en el Derecho Colectivo y un avance más en el proceso de la progresiva laboralización de la función pública.

Ha sido el último instituto en ser admitido en el ámbito de los funcionarios públicos. La huelga y los sindicatos fueron aceptados anteriormente. Si bien, como se ha venido diciendo, el Uruguay había ratificado varios instrumentos que consagran la negociación colectiva en el sector público, fundamentalmente los Convenios Internacionales N° 151 y 154, sumado a lo dispuesto por los artículos 57 y 65 de la Constitución, no se contaba en el País con una disposición de origen interno que regulara dicho tema.

El contenido de la citada Ley, fue negociado íntegramente por el Poder Ejecutivo y los delegados de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios del Sector Público, en el ámbito del Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público, siendo recogido en su totalidad por el Poder Legislativo.⁶⁹

El Poder Ejecutivo de la época, al fundamentar la iniciativa expresó que: *“la experiencia uruguaya de negociación colectiva en el sector público tiene un desarrollo importante en los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial a partir de 1990 con los convenios laborales de los bancos del Estado y de U.T.E. y su culminación en dicho período fue el convenio celebrado por la Mesa Sindical Coordinadora de Entes en 1993”*.

Efectuando un breve análisis de la Ley, puede decirse que los principios generales de la negociación colectiva en el sector público son tratados en el Capítulo I, siendo reconocida la misma, como un derecho humano fundamental *“con las exclusiones, limitaciones y particularidades”* establecidas en distintas normas internacionales principalmente para los funcionarios militares y policiales. Forma parte de lo que se denominaría *“bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”*, el que se compone por todas aquellas disposiciones y principios a los que se les reconoce valor constitucional (artículos 57,72 y 332 de la Constitución de la República).

Por tal razón, se entiende que el derecho a la negociación colectiva es auto aplicación y se encuentra jurídicamente supraordenado, tanto al legislador como a los demás operadores jurídicos, tales como autoridades administrativas, jueces y abogados. Por tanto,

69 BAJAC RODRIGUEZ, Laura Carolina. La Negociación colectiva en el Sector público en la República Oriental del Uruguay XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santo Domingo República Dominicana. 9-12 nov 2010. <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/MEM-2010/bajac.pdf>.

se está ante un derecho que no puede ser ignorado por los Estados y que por el contrario, estos deben hacer los mayores esfuerzos para efectivizarlo.

Con relación a la definición de negociación colectiva, la misma se encuentre recogida en el artículo 4 de la referida Ley y su redacción⁷⁰ se inspira en el CIT N°154.

Se prevé que el Estado promoverá de manera eficaz la consulta y la colaboración entre las autoridades públicas y las organizaciones de trabajadores públicos, sobre las cuestiones de interés común que pudieren ser determinadas por las partes, con el objetivo general de fomentar relaciones fluidas entre los interlocutores, la comprensión mutua, el intercambio de información y el examen conjunto de cuestiones de interés mutuo.

El Estado deberá estimular y avalar el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles y, en tal sentido, adoptará las medidas propicias a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la Administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos.

El ámbito de aplicación de la Ley comprende a todo el Estado: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativa, Tribunal de Cuentas, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales (Intendencias, Juntas Departamentales y Juntas Autónomas Electivas).

Se le reconoce el derecho a la negociación colectiva a todos los funcionarios públicos, con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el art.9 del CIT N°87 y num.2 y 3 del art.1 del CIT N° 151.

Instituye la obligación de negociar, de buena fe, lo que implica a las partes determinados derechos y obligaciones, como ser la concurrencia a las negociaciones; la realización entre las partes de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adecuadas; la designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata; El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate; la realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso.

Determina las materias de la negociación colectiva, así como el derecho a la información en general y en particular: los avances de los proyectos de Presupuesto y Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal; la situación económica de los organismos y unidades ejecutoras y la situación social de los funcionarios; los cambios tecnológicos y reestructuras funcionales a realizar; los planes de formación y capacitación para los trabajadores; los posibles cambios en las condiciones de trabajo, seguridad, salud e

⁷⁰ Art 4. "Negociación colectiva en el sector público es la que tiene lugar, por una parte entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos, con el objetivo de propender a alcanzar acuerdos que regulen: las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral; el diseño y planificación de la capacitación y formación profesional de los empleados en la función pública; La estructura de la carrera funcional; el sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalización; las relaciones entre empleadores y funcionarios; las relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden en la agenda de la negociación. Las partes están obligadas a negociar, lo que no impone la obligación de concretar acuerdos "

higiene laboral.

La estructura del sistema de negociación colectiva, se dividió en dos:

- 1) el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados del dominio industrial comercial;
- 2) el Poder Legislativo, el PJ, el TCA, TC, CE, Gobiernos Departamentales y Entes Autónomos de la Enseñanza.

Con relación al Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados del dominio industrial comercial, se recoge la experiencia del Acuerdo Marco y se crean tres niveles:

- 1) General o Superior, en el CSNCSP;
- 2) Sectorial o por Rama, a través de las mesas de negociación establecidas en función de las particularidades o autonomías. Respecto a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados de dominio industrial y comercial, se prevé la posibilidad de que se integre además de los representantes del Gobierno, los representantes de las referidas instituciones.
- 3) Por Inciso u organismo, a través de las mesas de negociación entre las organizaciones sindicales representativas de base y los respectivos organismos. Se prevé que en estos ámbitos bipartitos puedan participar representantes del MTSS, MEF, OPP, ONSC, así como delegados de las organizaciones sindicales representativas de la rama.

En los niveles del CSNCSP y en el Sectorial o Rama, el Gobierno estará representado por dos delegados de la ONSC, dos de la OPP y dos del MEF. Por la parte trabajadora, serán ocho los delegados designados por la organización representativa, quienes podrán concurrir con asesores.

Respecto a la estructura de la negociación colectiva en los Poderes Legislativo, Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, los Gobiernos Departamentales y Entes Autónomos de la Enseñanza, se constituirán Mesas de Negociación, que se integrarán con dos representantes de cada organismo, tres delegados por organización representativa de funcionarios y un representante del MTSS.

Con relación al rol del MTSS, se establece en primer término que velará por la aplicación de la ley, coordinando, facilitando y promoviendo las relaciones laborales y la negociación colectiva en el sector público.

A su vez, cumplirá funciones de conciliación y de mediación y dispondrá de las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de los acuerdos, integrará todos los ámbitos y mesas de negociación, así como presidirá el CSNCSP.

En suma, ley de negociación colectiva en el sector público, instaura un sistema de negociación colectiva que comprende a todos los funcionarios públicos y a todos los or-

ganismos que integran el Estado uruguayo, fijando diferentes ámbitos, mesas y niveles de negociación, así como los derechos y obligaciones imprescindibles de ser ponderados a la hora de negociar, entre otros: derecho a la información general y particular, obligación de negociar, negociar de buena fe, prevención de conflictos. Siendo importante destacar el papel preponderante que tomó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el marco de esta ley.

De tanta actualidad se ha vuelto el tema de la negociación y de las distintas formas de movilizaciones en el sector público, que la prensa informa casi a diario y con naturalidad que los *“Estatales siguen con su tour de protestas – COFE anuncia un paro parcial para presionar al MTSS”*. Se enuncian movilizaciones en distintos Ministerios. COFE reclama que se instaure una mesa de diálogo con el gobierno y se cumpla con la Ley de Negociación Colectiva.⁷¹

4.4. Tendencias a la Precarización en el actual marco normativo de la función pública en el Uruguay

4.4.1 Concepto de Precarización

A qué se denomina precarización o precariedad laboral, en el mercado de trabajo o lo que también algunos llaman inserción laboral endeble, empleo incierto?.

Dicho concepto refiere a las condiciones de empleo, subempleo y desempleo del trabajador; el mismo se relaciona con la inseguridad, incertidumbre, fluctuación y la falta de garantía de condiciones socioeconómicas mínimas y suficientes para una supervivencia digna que afecta a los trabajadores, lo que indirectamente repercute en su entorno familiar y social. El término comienza a ser conocido en la década de 1980, aplicado a las supuestas consecuencias de la flexibilidad laboral en la vida cotidiana, según los críticos de ésta.

Estos procesos de flexibilización laboral o desregulación laboral se reflejan en el ámbito público en, inestabilidad laboral, falta de coberturas sociales, contratación temporal.

La precariedad implica entre otras cosas, una movilidad constante donde siempre se empieza de nuevo. Lo único permanente es el cambio: de empleador; de lugar físico; de compañeros; de referencia sindical; de conocimientos.

Se expresa también en la imposibilidad de pensar proyectos más allá de lo inmediato y carencia total de profesionalización y carrera administrativa.

En definitiva, las distintas formas de pérdida o disminución de garantías laborales sobre todo en la duración contractual es lo que en definitiva se ha denominado *“precarización”* del trabajo. Dicha tendencia se ha generalizado rápidamente aun en áreas de actividad netamente caracterizadas por la estabilidad del empleo, tales como la Administración Pública. Y eso se ha traducido en las formas organizativas de trabajo con

⁷¹ *“Estatales Sigue Con Su Tour De Protestas”*. *“El País Digital”*. Disponible en: <http://www.elpais.com.uy/111109/pnacio-605215/sociedad/estatales-sigue-con-su-tour-de-protestas/> Montevideo 9 de noviembre de 2011.

la consiguiente pérdida de capacidad reivindicativa de los funcionarios públicos, de toda búsqueda de profesionalización e incluso de violación a las normas constitucionales aplicables a todo trabajador.

La actual Ley de presupuesto N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010, y varios de sus decretos reglamentarios muestran a todas luces la notoria instalación de la precarización en la función pública uruguaya.

Así en dicha Ley se repitieron figuras que venían utilizándose hace varias décadas tales como: los contratos de adscripción, becarios, pasantes, contrato artístico o cachet, arrendamiento de obra; pero también esta Ley dio a luz nuevas modalidades con esa misma especial tendencia a la precarización como los contratos laborales, contratos temporales de derecho público y especial sistema de provisorio.

4.4.2. Contratos de Adscripción

Puede definirse contrato de Adscripción como aquel que vincula a una persona física con la Administración, con el objeto de colaborar directamente con determinados jerarcas no más allá de sus respectivos mandatos, sin adquirir la calidad de funcionarios públicos.

Esta contratación puede recaer en funcionarios públicos, quienes podrán optar por el régimen de adscripción, manteniendo la reserva del cargo o contrato de función pública de su oficina de origen, de acuerdo al régimen general previsto para la reserva de cargos políticos o de particular confianza.

Si bien la nueva ley de presupuesto no crea la figura de adscriptos, cuyo origen data del año 1996 con la Ley de Presupuesto vigente en la época (Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 art. 83), la misma se encontraba prevista únicamente para el cargo de Presidente de la República. Luego con la Ley de Presupuesto 2005-2010, se agrega al Secretario y Prosecretario de la Presidencia de la República entre quienes pueden contratar.

Finalmente, por la Ley N°18.719 se innova en cuanto a los jerarcas facultados a disponer de recursos humanos mediante la contratación de adscritos, incluyendo en su art. 58 a los Ministros de Estado.

Por tanto se puede advertir un *in crescendo* en la utilización de este instituto:

- 1996- Facultado únicamente el Presidente de la República.
- 2005- Al Presidente se suman los cargos de Secretario y Prosecretario de la República.
- 2011- Se autoriza al Presidente, Secretario y Prosecretario de la República y Ministros de Estado.

4.4.3 Contrato Artístico

Es aquel contrato que vincula a la Administración con un artista entendiendo al mismo,

como toda persona que crea, interpreta, o ejecuta en cualquier forma una obra artística.

Tradicionalmente se lo llamaba contrato de cachet y se encontraba regulado por el artículo 319 de la Ley 17.296 de fecha 21 de febrero de 2001 y 218 de la Ley N°18.172 de 31 de agosto de 2007. El artículo 52 de la Ley de Presupuesto actual, sustituyó este régimen por esta nueva modalidad y denominación de “contrato artístico”.

El Decreto 52/011 de 7 de febrero de 2011, establece que el contrato artístico tendrá carácter transitorio, pudiendo la Administración Central disponer en cualquier momento su rescisión por resolución fundada y no otorgara la calidad de funcionario público al contratado.

Este tipo de contrato se adecua a las necesidades en materia cultural, como es el caso del Ministerio de Educación y Cultura, del SODRE entre otros. Sin embargo, la norma legal le da cierta amplitud inexplicable porque autoriza su utilización en todo el ámbito de la Administración Central, no resultando medianamente justificada para Incisos como el Ministerio de Defensa, Ministerio del Interior, Ministerio de Salud Pública por citar algunos ejemplos.

4.4.4 Contrato Laboral

Esta es una nueva modalidad para contratar servicios personales, regidos por el derecho privado y prevista en el derecho público por el art. 54 de la 18.719. Se trata de un régimen excepcional que de acuerdo al Decreto reglamentario 53/011 de 7 de febrero de 2011, solo podrá ser utilizado por razones de necesidad expresamente justificadas y en ningún caso para prestación de tareas permanentes.

Una vez más, el contratado no adquiere la calidad ni condición de funcionario público, ni derecho de permanencia.

La selección de realizará mediante concurso o sorteo en el caso de funciones no calificadas, a través del sistema de reclutamiento y selección de los recursos humanos dependiente de la ONSC.

4.4.5 Contrato con estudiantes: Becarios y Pasantes

Cuando una entidad estatal contrata a un estudiante con la única finalidad de brindarle una ayuda económica, para contribuir al costo de sus estudios a cambio de la prestación de tareas exclusivamente de apoyo, no permanentes ni sustantivas se le llama contrato con becario.

Si el estudiante, habiendo culminado los estudios correspondientes, es contratado por el Estado con la única finalidad de que desarrolle una primera experiencia laboral relacionada con los objetivos educativos de la formación recibida, las tareas a desempeñar tampoco podrán ser de carácter permanente o sustantivo.

La Ley N° 18.719 derogó el régimen de becas y pasantías estatuido por los art. 620 a 627 de la Ley 17.296 de 21 de febrero de 2001 que luego fuera modificado por la Ley

N°18.046 de 24 de octubre de 2006 y la Ley N°18.362 de 6 de octubre de 2008.

El Decreto 54/011 de 7 de febrero de 2011, establece que el reclutamiento y selección de los becarios y pasantes será únicamente por concurso en el sistema establecido en la ONSC.

Tal como en las otras formas de contratación analizadas, los contratos de becas y pasantías no otorgan al estudiante beneficiario la calidad ni condición de funcionario público y tendrán una extensión máxima de dieciocho meses, incluida la licencia anual y no admite en ningún caso prórroga, aunque el contrato original fuera menor a ese plazo.

4.4.6 Contrato temporal de Derecho Público

El art.53 de la Ley N° 18.719 crea esta modalidad de contratación con el fin de atender las necesidades que la Administración Central, no pueda cubrir con sus funcionarios presupuestados. El art. 55 derogó los regímenes de contratación regulados por las art. 539 de la Ley N° 13.640 de 26 de diciembre de 1967, 22 del decreto Ley N°14.189 de 30 de abril de 1974, 127 de la Ley N°15.809 de 8 de abril de 1986, 63 de la Ley N 17.296 de 21 de febrero de 2001 y literal B) del art. 3 de la Ley N°18.362 de 6 de octubre de 2008 y permite la contratación por única vez en la modalidad de Contrato Temporal de Derecho Público de las personas alcanzadas por la referida norma, y se establece la desaplicación del régimen de contratación a termino previsto en los artículos 30 a 43 de la Ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2000 y sus modificativas.

Se crea como un régimen de transición para aquellos contratos que al 1° de enero de 2011, se encontraban regulados por algunos de los regímenes mencionados cuyo plazo vencía al 31 de marzo de 2011 o continuaban vigentes a dicha fecha.

El plazo de esta modalidad, de acuerdo al Decreto 55/011 de 7 de febrero de 2011, no será superior a tres años prorrogable por única vez.

La contratación no otorgará derechos ni expectativas jurídicamente invocables para acceder a un cargo presupuestal y la selección se realizará mediante concurso a través del sistema de reclutamiento y selección de recursos humanos.

4.5 Problemas que se suscitan en la práctica con los trabajadores contratados a través de alguna de estas modalidades

En cuanto a las licencias ordinarias, en general, el tema ha sido previsto en los propios contratos, pero sí se han constatado discusiones en casos de licencias especiales como ser “licencia por maternidad”, “por estudio”, entre otras, las que generalmente se han solucionado con criterios restrictivos aduciendo que al no ser funcionarios públicos, no tienen derecho a otra licencia que no sea la prevista en el contrato. El contratado si se siente agraviado por el actuar de la Administración, ya sea porque se le niega una licencia especial o porque se le rescinde el contrato por una falta que entiende no cometió, deberá elegir la jurisdicción competente que en el caso será la justicia laboral ordinaria, en la que se le aplicará las normas de derecho privado.

Otro problema, no tan frecuente pero que se da en la práctica, es la eventual comisión de faltas administrativas por parte de los contratados que si fueran funcionarios públicos serian pasibles de un procedimiento disciplinario, ya sea de instrucción de una investigación administrativa o sumario pero que no hay norma legal habilitante para aplicarse a este tipo de trabajador. La opción que queda es rescindirle el contrato previa vista, para al amparo de lo dispuesto en el art.66 de la Constitución.

Ha sido también tema de discusión, cual es el régimen de aportación a la Seguridad Social de los contratos de adscripción inicialmente previstos en el art.83 de la Ley N°16.736 de 5 de enero de 1996. En virtud de la relevancia del tema y sus diferentes proyecciones, conformó una comisión de trabajo integrada por la Presidencia de la República, el Banco de Previsión Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que decidieron consultar al Banco de Previsión Social al respecto con fecha 17 de junio de 2005. El Banco de Previsión Social por Resolución del Directorio N°19-56/2005 y respondiendo la Consulta Vinculante, disponiendo que los adscriptos contratados deben ser considerados siempre dependientes de la Presidencia de la República con afiliación civil y debe aplicárseles el régimen de aportación propia de dicha filiación y debiéndosele aplicar lo dispuesto en el art. 178 de la Ley N° 16.713 de fecha 3 de setiembre de 1995.

4.6 Sistema de Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos de la ONSC (URUGUAY CONCURSA).

El Decreto 56/2011 de fecha 7 de febrero de 2011, reglamentario del Literal O del artículo 127 de la Ley N° 18.719 le amplía competencia a la ONSC asignándosele un rol preponderante en materia de diseño, definición y regulación de políticas de administración de recursos humanos. Entre dichas competencias tiene la de planificar las necesidades de los recursos humanos así como ejecutar todas las actividades referidas al reclutamiento y selección de personal en dicho ámbito.

Efectivamente, con fecha 1° de abril de 2011 ONSC inauguró el portal “URUGUAY CONCURSA”, con lo cual el Gobierno instaura un nuevo sistema de selección de funcionarios públicos para la Administración Central. El Poder Ejecutivo lo encuadra en el marco del proceso de fortalecimiento institucional del Estado, como un instrumento profesional que tiene como objetivo principal asegurar el ingreso democrático al Estado.

En Uruguay Concurso, los particulares pueden encontrar todos los llamados a concurso para ocupar puestos en los organismos de la Administración Central. En menos de seis meses se registraron 84000 postulaciones en "Uruguay Concurso"⁷², igual que en el portal de internet que centraliza los llamados para ingresar a la Administración Central.

Se puede señalar como antecedentes y fundamento jurídicos, las Leyes N° 15.757 de fecha 15 de julio de 1985, 16.127 de 7 de agosto de 1990 y 18.172 de 31 de agosto de 2007 que atribuyeron competencias a la ONSC en materia de designaciones.

El gobierno actual afirma que con este nuevo sistema de selección de trabajadores para el Estado, se apuesta a la transparencia, profesionalidad e igualdad de posibilidades, así como la simplificación de las modalidades o vínculos.

4.6.1 Nuevos institutos en la función pública en la Ley N° 18.719

Todos estos fenómenos resultan visibles, en figuras jurídicas creadas por esta Ley:

- A) Sistema de Gestión Humana (SGH);
- B) Nuevas modalidades de contratación;
- C) Red Uruguaya de capacitación y formación de funcionarios del Estado (LA RED).

A) Así en el artículo 11 de la precitada Ley, se crea en la Administración Central el SISTEMA DE GESTION HUMANA (SGH), que consiste en un sistema de información que contiene una base de datos relativa a la gestión de los recursos humanos, dentro del Inciso 02 al 15 del Presupuesto. El mismo cuenta con los datos personales, funcionales, régimen horario y retributivo de los trabajadores que tienen un vínculo de carácter funcional con la Administración Central, así como toda información concerniente a las estructuras organizativas a las que dichas personas se encuentran vinculadas. El Decreto N°402/2009 de 24 de agosto de 2009, estableció la necesidad de mantener al día el padrón del SGH y por eso, un equipo de SGH – ONSC focalizó su tarea de apoyar a todos los incisos para cumplir con el mismo. Se realizó un diagnóstico de situación en cada unidad ejecutora y un relevamiento de necesidades de apoyo que se podrían requerir. Uno de los ejemplos que ONSC entiende que contiene elementos capitalizables para la gestión de los procesos de cambio en el Estado fue el efectuado en el Ministerio de Transporte y Obras y Públicas.

Con el actual gobierno a través de la Ley de Presupuesto, que si bien no utiliza la expresión reforma del Estado, se realizan diversos cambios y se incorporan en la sección II diversas formas de vinculación del Estado con los trabajadores a su servicio, las cuales se reseñaron en el Capítulo anterior.

B) La referida Ley regula (artículos 7 a 70) las siguientes modalidades de contratación: beca, pasantía, contrato temporal de Derecho Público, contrato artístico y el contrato laboral, derogando todos los regímenes anteriores como era el caso del contrato de tra-

72 AGUIAR José L. "En cinco meses se registraron 84.000 postulaciones en Uruguay Concurso" "El País" (online) sábado 1 de octubre de 2011. Disponible En: <http://www.elpais.com.uy/111001/pnacio-596905/nacional/en-cinco-meses-se-registraron-84000-postulaciones-en-uruguay-concurso/>

bajo a término, contrato de arrendamiento de servicio, contratos zafrales, eventuales y los contratos de artístico (cachet); al respecto, remitirse al análisis del capítulo anterior.

Sin perjuicio de lo ya expresado, con relación a estas modalidades, conviene recordar que, asimismo, esta Ley recoge contratos ya utilizados en regímenes anteriores, tal como el contrato de arrendamiento de obra que su artículo 47, es casi una réplica del artículo 15 de la Ley N° 16.462 de 11 de enero de 1994.

También hay reforma del Estado en cuanto al régimen de los ascensos. En efecto, en el artículo 49 se establece que los ascensos de los funcionarios de los incisos 02 al 15 se realizarán por concursos méritos, o de oposición y méritos. En los casos de cargos de supervisión y dirección los concursos siempre serán de oposición y méritos.

Una novedad del sistema que implanta la actual Ley de presupuesto, es que podrán postularse para llenar las vacantes los funcionarios de cualquier escalafón, serie y grado siempre que reúnan el perfil y los requisitos del cargo a proveer.

Un tema importante que esta Ley establece entre las previsiones referidas a la función pública, tiene que ver con el ingreso mediante el sistema del concurso, previo informe y control del Servicio Civil, siendo la designación de carácter provisorio y por el término de 18 meses.

Es relevante señalar el rol diferencial que esta ley le asignó a la ONSC en materia de diseño, definición y como ya se dijo, la regulación de políticas de administración de recursos humanos.

En efecto, la Constitución de la República prevé que la Ley crearía el Servicio Civil de la Administración Central y, la Ley N° 13.640 de 26 diciembre de 1967, que creó la ONSC como una dependencia de la Presidencia de la República, durante la dictadura (1978) fue suprimida y reinstitucionalizada por la Ley N° 15.757 de 15 de julio de 1985.

Desde ese momento, la ONSC ha cumplido una función importante en todos los procesos de reforma del Estado, desde el reintegro de más de 10.000 funcionarios destituidos durante el gobierno de facto, la instrumentación de planes y programas de capacitación para los funcionarios públicos, con el asesoramiento de la Escuela Nacional de Administración (ENA) de Francia, la puesta en práctica del expediente electrónico en 1997, la aprobación del TOFUP en 1988.

El artículo 127 de la Ley N°18.719 atribuye nuevas competencias a la Oficina Nacional del Servicio Civil:

- 1) Instrumentar y administrar un sistema de reclutamiento y selección de los recursos humanos en la Administración Central.
- 2) Diseñar, definir y regular políticas de administración de recursos humanos, relativas tanto al análisis y evaluación ocupacional, determinación de competencias, definición del sistema retributivo y de vínculos con el Estado, así como toda otra gestión

relacionado con la gestión de los recursos humanos.

C. Red Uruguaya de capacitación y formación de funcionarios del Estado (la Red).

El artículo 69 de la referida Ley de Presupuesto, creó la Red Uruguaya de Capacitación y Formación de Funcionarios del Estado (La Red), con el cometido de planificar y centralizar la propuesta y articulación de necesidades en la materia. La Red funcionará en la órbita nacional de la Escuela Nacional de Administración Pública de la Oficina Nacional del Servicio Civil y se integrará con los jefes de los Organismos Estatales que manifiesten su voluntad expresa en ese sentido.

En realidad, lo que vino a hacer esta norma fue legalizar una práctica que ya se venía dando a través de convenios de la ENAP con EEAA y SSDD a fin de aunar esfuerzos y recursos en capacitación de funcionarios, tanto de la Administración Central como de los demás organismos del Estado. Es indudable que los funcionarios públicos deben capacitarse para profesionalizar la función pública. En este sentido, resulta útil analizar la "Profesionalización", en tanto la Constitución estableció la carrera administrativa como un principio básico de la función pública.

Así, los cambios de gestión y la profesionalización de los recursos humanos en toda Latinoamérica, han tomado un papel preponderante desde hace algunas décadas. Si bien el impulso en la materia lo han tenido las organizaciones privadas, la ola de reformas e innovaciones en las organizaciones públicas no se han quedado atrás. Hay consenso en cuanto a que el capital humano representa el activo más importante de las organizaciones.

Las organizaciones públicas, en la medida de sus propios contextos y posibilidades, han hecho también un derroche de voluntarismo, entusiasmo y creatividad para tratar de adoptar nuevas formas de mejorar la actuación de su personal.

Algunos señalan que los referentes para ello han sido "La Nueva Gestión Pública" (propuesta de los años setenta y ochenta), que tiene raíces en la teoría de la organización y en la economía política. La Nueva Gestión Pública pone especial énfasis en la gestión por encima de las políticas, o sea en organizar el gobierno en grupos, más que en pirámides jerarquizadas; en la adopción de toma de decisiones estratégicas y orientadas a la obtención de resultados y medidas de mejora de la calidad, en recortar los gastos en vez de crear nuevos, en una mejora de la eficiencia en la prestación de servicios públicos, entre otros.

El análisis de los sistemas de profesionalización o servicios civiles de los países de Latinoamérica, ha demostrado que tanto las buenas prácticas como la experiencia sólida en la materia son escasas. Se observa la necesidad del aprendizaje permanente de las lecciones de otros países, malas o buenas experiencias.

Estudios en la materia han mostrado que Brasil, Chile y Costa Rica muestran el mayor índice de lo que llaman "mérito burocrático" y ello refleja una aceptación generalizada de los principios de mérito, de decisiones de selección, ascenso y despido de funciona-

rios públicos. Luego siguen en ese tema otro grupo de países en los que se encuentran a Argentina, Colombia, México, Uruguay y Venezuela, en los que coexisten las prácticas basadas en el mérito con tradiciones de clientelismo político. Y finalmente se encuentra un grupo de países que presentan índices muy bajos, que indican una fuerte politización de las decisiones de selección y entre ellos se señalan a Bolivia, Paraguay, República Dominicana, Perú y todos los países centroamericanos (salvo Costa Rica).

A la vez, se han identificado problemas en los sistemas de profesionalización y dentro de los más representativos están: inamovilidad, rigidez, poco desarrollo profesional y exceso de reglamentaciones.

“Un informe de la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSC) señaló carencias en la capacitación de los funcionarios públicos, y la existencia de políticas más elaboradas en los entes que en los Ministerios”⁷³.

Dicho informe señala que el método de selección más frecuente es por auto postulación, con aval de la jerarquía (35%), en tanto que sólo un tercio basa la selección en diagnóstico y selecciones. Se pueden establecer como tendencias de cambio de carácter general:

- la descentralización de los servicios, tanto funcional como territorial;
- la descentralización de gobiernos centrales a gobiernos locales y de gobiernos centrales a agencias.
- Ruptura de regímenes de privilegio de los funcionarios públicos, la propuesta en este caso a la laboralización de los servicios civiles.
- Potenciar la función de directivos públicos (no hay gerenciamiento sin gerentes) a través de la creación de carreras para este tipo de funcionarios
- Intento de articulación de los sistemas de servicio civil tradicionales con temas de la nueva gerencia pública, que implica mecanismos de gestión más flexibles con relación a: contratación, retribución, movilidad, competencias, evaluación de desempeño, uso de tecnologías de la información; entre otros.
- Tendencia a la adopción de sistemas de servicios civiles de empleo en sustitución de los sistemas de servicio civil de carrera.

Así han resultado dos posiciones: una que señalan los organismos del Banco Mundial (2003), que indican la necesidad de que primero se consoliden esquemas de mérito (de corte weberiano), para luego poder pasar a un esquema de flexibilidad o de nueva gestión pública. La otra posición es de especialistas en la materia como Francisco Longo (2004)⁷⁴, que señalan que es posible la implementación simultánea de ambos esquemas de trabajo, sin duda busca un equilibrio.

Lo que es indiscutible, es el gran entusiasmo de la mayoría de los países latinoame-

⁷³ ONSC. “El Estado sin una política clara para capacitar a sus funcionarios”. “No se valora la eficacia de la formación”. “El País” Domingo 2 de octubre de 2011 pág. A 17

⁷⁴ LONGO, Francisco “Mérito y Flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público.” Barcelona: Paidós.[s.f.]

ricanos que en diferentes foros en la materia, ha manifestado la búsqueda de la modernización de la mejora y la profesionalización de la función pública. Esto ha mostrado buenas y malas experiencias.

Resulta claramente, de la base de datos del CLAD⁷⁵, para acceder a la vasta información que hay y que se registra en torno al tema en los diferentes países y múltiples ponencias.

Los beneficios⁷⁶ que se han visto y se pueden resumir en la materia, son:

- En las últimas décadas, los regímenes políticos de la mayoría de los países latinoamericanos han consolidado su institucionalización y democracia lo que conduce a la necesidad de tener burocracias profesionalizadas.
- Se ha convencido (generalmente) a la clase política de la importancia de la profesionalización y, por lo tanto, se ha contado con el apoyo de diversos actores en el Estado y ha sido incluido mayormente en las agendas políticas- administrativas.
- También se ha contado con el apoyo internacional de organismos con el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Agencia Española de Cooperación Internacional, entre otros, para impulsar este tipo de iniciativas, ya sea a través de recursos económicos o asesorías internacionales.
- Se ha mostrado entusiasmo en la adopción de tecnologías actuales para profesionalizar la función pública.
- Inicio de proyectos y puesta en marcha de redes y alianzas con empresas privadas, universidades, gobierno, entre otros.
- Se ha establecido compromisos de construir redes y comunicación con otros países para el intercambio de herramientas.
- Hay avances en la capacitación en líneas o estudios virtuales.
- Subsiste el interés en hacer competitivos los salarios de los funcionarios públicos, con relación a los empleados del sector privado.
- Intentos regionales de capacitación de funcionarios públicos: Escuela Iberoamericana de Políticas y Administración Pública.
- Adopción de sistemas de evaluación del desempeño y competencias para fortalecer sus sistemas de profesionalización.

También hay malas nuevas de diversos aspectos: económicos, políticos, técnicos, culturales, tales como:

- Sin perjuicio de lo expresado, la clase política de la mayoría de los países de la región, no termina del todo por suscribir el papel que juegan sus burocracias y el funcionamiento a través de un servicio civil. Incluso en algunos casos a los funcionarios profesionales se les sigue viendo como un obstáculo a los intereses políti-

75 www.clad.org.ve y concretamente del Sistema Integrado y Analítico de Información sobre Reforma del Estado, Gestión y Políticas Públicas

76 MARTINEZ PUON, Rafael "Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Latinoamérica: Buenas y Malas Noticias." Revista Enfoques, Segundo Semestre, Año/Vol/, numero 009. Universidad Central de Chile pág.127 y ss.

co-partidarios.

- A pesar de algunos avances, no hay ningún caso en Latinoamérica que presente un sistema de profesionalización o servicios civiles consolidados.
- Aunque casi todos los países de la región cuentan con leyes de servicio civil, la mayoría es inoperante o con graves problemas de implementación.
- Es constante la interrupción y continuidad de proyectos de profesionalización de la función pública por cambios de gobierno, incluso en algunos casos se derogaron las normas en la materia.
- La mayoría de las administraciones públicas en Latinoamérica, operan bajo medidas de “achique” del gasto público y austeridad presupuestaria, que van en detrimento de toda reforma al sistema de compensaciones o estímulos económicos para sus funcionarios públicos o compra de herramientas para la mejora de la gestión de los recursos humanos. Aunque después el gasto aumenta en bienes de baja utilidad como por ejemplo la autorización de misiones oficiales innecesarias.
- Déficit en la realización de diagnósticos serios y profundos que permitan saber qué tipos de cambios se requieren para la profesionalización.
- Alta rotación de personal responsable de las áreas de recursos humanos que va en detrimento de la continuidad de políticas y prácticas.
- Adopción indiscriminada de sistemas o herramientas provenientes del sector privado, que luego demuestran que no se adaptan a las realidades públicas.
- Muchas de los sistemas de capacitación, evaluación al desempeño, entre otros, han sido adoptados principalmente en forma aislada y no como parte de una política integral de los recursos humanos.
- Problemas de cultura organizacional y funcionariado envejecido, lo que trae mucha resistencia al cambio y por tanto a la adopción de nuevas tecnologías.
- Falta de difusión y concientización de los beneficios de la profesionalización, lo que apareja ignorancia tanto para los beneficiarios como para la ciudadanía en general.

Por tanto, se puede concluir que, al estar en juego diferentes factores y recursos de distinta naturaleza, se hace necesario adoptar una visión que considere tal complejidad, en donde se aúnen el voluntarismo manifestado con acciones y prácticas efectivas, bien alejado de las modas o simulación de política que tantas veces se han visto en la región, no sólo en materia de profesionalización.

Específicamente en el Uruguay, la capacitación de los servidores públicos, puede fundarse en que, al ser parte de la ONU, estamos obligados por las recomendaciones de la OIT. De acuerdo a la Recomendación 195 de la OIT (2004), sobre el desarrollo de los recursos humanos, *“la educación, la formación, y el aprendizaje permanente contribuyen de manera significativa a promover los intereses de las personas, las empresas, la economía, y la sociedad en su conjunto, especialmente en vista de la importancia fundamental que reviste alcanzar el pleno empleo, la erradicación de la pobreza, la inclusión social y el crecimiento económico sostenido en una economía mundializada”*⁷⁷.

⁷⁷ OIT (2004). Recomendación 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos. Disponible en: <http://www.ilo.org/>

En este sentido, Ermida Uriarte⁷⁸, concibe a la formación como el instrumento para acceder a mejores condiciones de empleabilidad, a condiciones digna de trabajo y a mejores remuneraciones.

Es así que, para algunos, la formación de los trabajadores es un derecho derivado de los derechos fundamentales de la educación y del trabajo, mientras que para otros, constituye en sí mismo un derecho fundamental de las personas. Lo que es indiscutible es que, la formación profesional, en el caso de los funcionarios públicos, se relaciona íntimamente con el concepto de trabajo en la Constitución y, con el principio de la carrera administrativa de la función pública, intrínseco en esta materia.

En los últimos lustros, las organizaciones de trabajo tanto públicas como privadas, se han visto transformadas por procesos de globalización y el uso de nuevas tecnologías de la información, caracterizando a la nueva sociedad del conocimiento, donde el valor radica en saber seleccionar e interpretar la información y conocimiento y, ponerlo en práctica en actividades productivas.

Un equipo técnico nucleado como observatorio de la gestión humana del Estado-ONSC⁷⁹ arriba, entre otras, a la siguiente conclusión: *“Con respecto a la formación y capacitación en la Administración Central uruguaya, con la excepciones realizadas del Ministerio del Interior y Ministerio de Defensa..., el hallazgo más saliente es que no se percibe una política unificada con respecto a la capacitación de los funcionarios públicos. En este sentido se ha hallado un alto grado de heterogeneidad respecto a la gestión de la capacitación en las Unidades Ejecutoras relevadas, desde aquellas que apuestan por una gestión innovadora integral hasta lugares donde las iniciativas en materia de capacitar al personal son escasas y puntuales”*.

Todos estos fenómenos, objeto del presente trabajo, muestran una cada vez mayor difusión e institucionalización de la precarización de la función pública.

De manera análoga Cajarville⁸⁰, con relación a todos los cambios y modalidades de contratación de trabajadores para desempeñar tareas en el Estado, ha hablado de “desnaturalización” y “fraude” a la Constitución uruguaya, y aclara que, no como adjetivos de contenido político, sino como calificativos estrictamente técnicos-jurídicos. Refiere a fraude a la Constitución cuando se utilizan formas que el derecho prevé para otras situaciones, a fin de perseguir fines que el derecho no quiere. Entiende que el fraude ha consistido en atacar los dos pilares que la Constitución consagra y que hace del funcionario un servidor público:

a) se ha atacado la profesionalización de los funcionarios excluyéndolos de la carrera administrativa y

b) se ha excluido de la calidad de funcionarios a trabajadores en relación de subordi-

ilolex/spanish/recdisp1.htm

78 ERMIDA URIARTE, Oscar. Trabajo Decente y Formación Profesional. Boletín Cinterfor N° 151. (2001). Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/151/pdf/erm.pdf>

79 Revista de la Oficina Nacional de Servicio Civil Año V – 2010 N° 45 pág 39.

80 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Doctrina CADE Tomo 5 Año 2 – Febrero de 2010 – pág. 61 y ss.

nación con entidades estatales.

En el primer caso, se vulnera la carrera administrativa con la proliferación de los funcionarios contratados. En el segundo caso, estableciendo expresamente que algunos de estos contratados no adquieren la calidad de funcionarios públicos o interponiendo en la relación entre la Administración y quien trabaja para ella, una persona privada.

No por muy usada, deja de ser oportuna y vigente la frase de Artigas: *"Es muy veleidosa la probidad de los hombres, y solo el freno de la Constitución puede afirmarla"*.

CAPITULO V

PERSPECTIVAS FRENTE AL RIESGO DE LA PRECARIZACION DE LA FUNCION PÚBLICA EN EL URUGUAY

Si bien el Estado uruguayo ha instaurado la precariedad de los funcionarios públicos, es un dato cierto de la realidad, que trabajar para Administración Pública sigue siendo la aspiración de muchos uruguayos. *"Allí se dan ciertas seguridades, el riesgo no es mucho y se valoran cosas diferentes que en una empresa privada. Por ejemplo en un empleo público, por antigüedad, poder ser promocionado y en una privada, el transcurso del tiempo no es un mérito por sí mismo."*⁸¹

En el primer gobierno de izquierda de la historia del Uruguay, se planteó revisar la constitucional inamovilidad de los funcionarios públicos. La oposición lo cuestionó y fue severa y rígida, al sostener que la inamovilidad no era un error ni un capricho, sino la prevención de la arbitrariedad y que se puede (y se debe) destituir a los funcionarios, pero por ineptitud, omisión o delito con venia de la cámara de senadores y, en caso de delito previo, pasaje por la justicia penal.

La revisión de la inamovilidad de los funcionarios, seguramente esté originada en buenas intenciones: achicar el Estado, quedarse con los más capacitados recursos humanos, dar un mensaje de estímulo a la productividad y a la excelencia; pero, la experiencia demuestra que la precarización no sólo no achicó al Estado; sino que tampoco hubo un aumento en la productividad. Por lo que dicha fórmula no asegura ninguno de esos objetivos pretendidos.

Al respecto el Secretario General de COFE José L. López recientemente advirtió que los *"Coletazos de la Crisis Mundial llegarán a Uruguay y que la variable de ajuste serán los trabajadores públicos"*⁸²

A criterio de las autoras del presente estudio, la garantía de la inamovilidad y el derecho a la carrera funcional, con la contrapartida en la estricta responsabilidad en el cumplimiento de la tarea, no deberían ser suprimidas y, salvo casos muy específicos,

81 FERREIRA, Diego. *"El que compite por personal con el Estado, pierde"*. "El Empresario" (online). "El País", Montevideo, Uruguay. 4 de noviembre de 2011, Disponible En: http://www.elpais.com.uy/suplemento/empresario/-el-que-compite-por-personal-con-el-estado-pierde-/empre_603855_111104.html

82 MELGAR, José. *"Con Batlle teníamos más derechos"*. "El País" Sábado 12 de noviembre de 2011. Pág A11.

recurrir a la contratación en forma precaria.

El camino parece encontrarse en que, la Administración gestione sus recursos humanos con el concepto de inversión en los mismos. Transformar en la propia conciencia de la sociedad y, en especial de los operadores políticos, el concepto de que el funcionario no es un gasto en el presupuesto del Estado y asumir ciertamente que es una inversión y, como tal, se debe buscar cómo obtener de dicha inversión la máxima productividad, siendo fundamental la formación. La plantilla de recursos humanos del sector público debería dimensionarse adecuadamente con una óptica de largo plazo.

Es necesaria la mayor profesionalización de los recursos humanos en la función pública y, a la vez, la flexibilidad en la gestión del empleo público, para la rápida adaptación a las continuas transformaciones del entorno y a las necesidades cambiantes de la sociedad. Es aconsejable para el Estado, que sus empleados reciban en forma intensa y obligatoria la capacitación adecuada para complementar su formación personal y de ingreso, para adaptarse a la evolución del trabajo; prepararse para desempeñar tareas superiores, para mejorar el rendimiento, para apoyar su crecimiento profesional y para afrontar cambios organizativos. A su vez, la evaluación del rendimiento debe formar parte de las políticas de gestión de los recursos humanos, incorporadas por todo el sistema de servicio civil.

Tanto en el derecho comparado, como en la Constitución, la experiencia indica que Administraciones Públicas modelos señalan la carrera administrativa, como el instrumento necesario para la organización de los recursos humanos.

Tal como se ha referido, existen numerosos regímenes de contratación de funcionarios públicos, lo que no coadyuva a la profesionalización. Los numerosos regímenes de contratación pueden resultar incontrolables.

Es inevitable que cada gobierno mantenga la mayoría de las modalidades de ingreso y a su vez incorpore nuevas. La experiencia muestra que, como resultado de este fenómeno en todos los casos aumentó la precarización de la función pública y los riesgos que ella conlleva, no sólo desde un punto de vista pragmático, sino también como violaciones o fraude a la Constitución.

Otro riesgo de la utilización de estas modalidades de contratación, que aparejan precarización y que se ha señalado desde la oposición del gobierno actual, refiere a lo que se ha señalado como “nepotismo”⁸³.

Así, por ejemplo, un representante nacional realizó este año, un pedido de informes ante su sospecha de que se contrató en OPP a varios familiares de personas que ejercen cargos muy importantes en el gobierno actual, porque los apellidos coinciden con el de un Ministro, con el Presidente de la Suprema Corte Justicia y un legislador oficialista.

83 Enciclopedia Wikipedia. Define “nepotismo” como la preferencia que tienen algunos gobernantes o funcionarios públicos para dar empleos públicos a familiares sin tomar en cuenta la competencia de los mismos para la labor, sino su lealtad o alianza. Según Manuel OSSORIO: “Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las gracias o empleos públicos”.¹ En países donde se practica la meritocracia (en su concepción de darwinismo social) su uso es generalmente negativo y se considera corrupción.

No ha trascendido cuál ha sido la respuesta del gobierno frente a dicho planteo, pero se entiende se podrá formular como descargo, que todos los decretos reglamentarios que regulan la contratación a través de las distintas modalidades, se remiten al cumplimiento del reclutamiento y selección de personas por concurso, de acuerdo al sistema estatuido y la competencia que en dicha materia se le ha conferido a la ONSC, por lo que no habría ninguna irregularidad.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que los fenómenos de la laboralización y precarización de los de puestos de trabajo, se han desarrollado prácticamente en paralelo desde los años 90 y con mayor intensidad en los últimos tiempos, donde se ha generalizado la contratación laboral temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Con relación a la PRECARIZACION, se advierte claramente una flexibilización en la forma de vincularse con el Estado, la que se produce mediante la relegación de la relación indefinida en favor de la contratación temporal. Si bien la misma puede constituir una importante herramienta para la optimización de los recursos humanos apuntando a la eficiencia y eficacia buscando el aumento de la productividad.

A través de las nuevas modalidades, se diluye la consolidación de empleo (temporal, precario) donde se mantiene una masa laboral flotante, por ende precarizada que desarrolla funciones en el Estado sin las garantías de estabilidad consagrado en la Constitución de la República.

Estas experiencias en la precarización del empleo público han tenido consecuencias negativas de diversa índole como ser la litigiosidad judicial, la contravención de disposiciones constitucionales básicas, en cuanto a la carrera administrativa y sus garantías entre otras, así como el perjuicio que ocasiona la amplia rotación de funcionarios en el propio funcionamiento de los servicios públicos.

Por otra parte, el ingreso a través de algunas de las nuevas modalidades ve en oportunidades diluida la aplicación del principio de imparcialidad, el cual debe primar a la hora de efectuar la contratación de personal por parte de las administraciones públicas, corriéndose riesgos de que exista una aproximación a lo que se conoce como *spoil system* o patrimonialización de los puestos de trabajo de la administración pública por el sector político de gobierno de turno y a lo que se suma que los principios mérito, igualdad y capacidad que deben regir rigen la contratación laboral en el Estado no siempre se vislumbran.

No es menor la importancia que tiene el avance de las nuevas tecnologías, las que exigen una constante profesionalización de los funcionarios, esto es dotarlos de los recursos materiales esenciales para la tarea que cumplen. Adecuar las nuevas funciones que nacen en la gestión pública, siendo necesario su perfeccionamiento continuo y capacitación permanente a la hora de ponderar la proyección que a futuro deberá hacerse de la función pública.

En realidad, sólo el tiempo y la experiencia en la aplicación práctica de estas modalidades e institutos, podrán decir cuán sustanciales han sido los cambios en la normativa, en materia de funcionarios públicos y las consecuencias de la precarización instaurada.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Mario (Coordinador). *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*. México D.F.: Porrúa, 1999.

_____. *Panorama Normativo y Tendencias Actuales del Derecho del Trabajo en la Argentina*. «Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo»

AGUIAR José L. "En cinco meses se registraron 84.000 postulaciones en Uruguay Concursa" "El País" (online) sábado 1 de octubre de 2011. Disponible En: <http://www.elpais.com.uy/111001/pnacio-596905/nacional/en-cinco-meses-se-registraron-84000-postulaciones-en-uruguay-concursa/>

AUBY ET DUCOS, Ader, "Droit Administratif", París, Dalloz, 1970.

BAJAC RODRIGUEZ, Laura Carolina. *La Negociación colectiva en el Sector público en la República Oriental del Uruguay*. XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santo Domingo República Dominicana. 9-12 nov 2010. Disponible en: <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/MEM-2010/bajac.pdf>.

BARBAELATA, Héctor: "Derecho del Trabajo", T.I, Montevideo.1977.

BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1964, Ed. La Ley, Tomo III

BREWER-CARIAS, Allan R. "El proceso de huida y recuperación del derecho administrativo". Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Mexico [s.f.].

BRITO, Mariano. *Profesionalización de la Función Pública en Uruguay: Reflexiones en su Entorno*. En: MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS, INAP. *Profesionalización de la función Pública en Iberoamérica*, España, 2002.

_____. *Principio de Legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo*. La Rioja [s.e.] 1982.

_____. "Algunas innovaciones en el sector público: personas públicas no estatales en la Ley N° 16.736 en Anuario de Derecho Administrativo", T.5.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. "El concepto del funcionario público en la Constitución uruguaya y su desvirtuación legal o administrativa" (en línea). 2 de junio 2010. En: Abeledo Perrot. Fecha de consulta: 6 de agosto de 2011}. Disponible desde:

<http://portalanterior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7037&tipo=2>

_____. Doctrina CADE Tomo 5 Año 2 – Febrero de 2010.

CAMBA, Néstor. Régimen venezolano de la función pública y su incidencia en la gerencia de los recursos humanos. Maracaibo [s.f.]. Astro Data.

CASAS BAAMONDE María Emilia , [et al]. *Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa* (Coordinador A. Supiot).Valencia, España: Tirant lo Blanch, S.L. 1999.

CASSESE, Sabino, “La Crisis del Estado”, Buenos Aires, Lexis Nexis.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio y DI GORGI. *Estatuto de los Funcionarios Públicos. Deberes y Derechos*. En: *Perspectivas de Derecho Público* S. XXI.(61)

_____. “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo” En: *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. p. 5 y ss.

_____. Derecho Público. Fundación de Cultura Universitaria, Versión de las Clases del Curso de Derecho Público dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República Act. Junio 2002

_____. Distinción entre la huelga y el abandono colectivo de funciones. En *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* v. 53, n. 10, octubre 1955, 23-234. pp.

_____. El régimen de los funcionarios en la constitución uruguaya. En *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* V. 65, 1967, pp, 277-293.

_____. Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios. En *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* v. 58,1962.

_____. “Las personas públicas y la Constitución”, *Revista de Derecho Público* año 1992.

COMADIRA Julio Rodolfo. “La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica” INAP

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY DE 1967. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/>

CORREA FREITAS, Rubén, El régimen laboral de los funcionarios públicos en el Uruguay. Montevideo,[s.e] 1997.

_____. Los Principios Constitucionales de la Función Pública. LJU Doctrina 7 .S.C.S.F.

_____. Nuevo régimen jurídico de la función pública. Montevideo: Fundación Hanns Seidel, 1990.

_____. La reforma del Estado en el Uruguay. Montevideo: ONSC, 1988.

CORREA FREITAS, Rubén y VÁZQUEZ, Cristina, Manual de Derecho de la Función Pública, (s.l.i.) FCU, 1998.

CRUZ FERRER, Juan de la. Procedimientos administrativos en materia de personal en la Ley de reforma de la función Pública norteamericana de 1978. Madrid, 1984.

DE FERRARI, Francisco. "El trabajo como hecho" en Revista de Derecho Laboral T.II.

DELGADO SOARES NETTO, Fernando. Consideraciones Preliminares sobre la ley de negociación colectiva en el sector público en Revista de Derecho Laboral Tomo LII- Nº235 Julio – Setiembre de 2009.

DELPIAZZO, Carlos E. (coordinador). Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

_____. XII Coloquio de Derecho Público. Centro de Estudios de Derecho Público (CEDEP). En: Revista "Transformación Estado y Democracia de ONSC".

_____. "Responsabilidad del Estado y Tutela Jurisdiccional Efectiva". En: "Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito, FCU.

_____. *Profesionalización de la función Pública en el Uruguay*. En: MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS, INAP. *Profesionalización de la función Pública en Iberoamérica*, España, 2002.

_____. Contratación y presupuestación de Funcionarios Públicos. En: Estudios sobre el Presupuesto Nacional. Montevideo 1986.

DELPIAZZO et. al (2007) Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.

ENTRENA CUESTA, Rafael, " Curso de Derecho Administrativo", Madrid 1965.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Trabajo Decente y Formación Profesional. Boletín Cinterfor N° 151. (2001). Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/151/pdf/erm.pdf>

FERREIRA, Diego. "El que compite por personal con el Estado, pierde". "El Empresario" (online). "El País", Montevideo, Uruguay. 4 de noviembre de 2011, Disponible En: http://www.elpais.com.uy/suplemento/empresario/-el-que-compite-por-personal-con-el-estado-pierde-/elempre_603855_111104.html

GARCIA MOLINA, Mónica, IZQUIERDO Hernandez, Francisco Javier. *Laboralización de los Funcionarios Públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

GARMENDIA, Mario. *Temas relacionados con la Negociación en el Sector Público*. En *Revista de Derecho Laboral* pp.299.

GIORGI, Héctor, "La nueva Administración Pública" Montevideo 1965, pág.168.

GRAU MORANCHO Ramiro. *La Excedencia funcionarial, seguro de desempleo*. Disponible En: www.aragonliberal.es/noticias/noticia.asp?notid=41469

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, "La Constitución del Uruguay en 1952", Montevideo, 1966, Tomo II pág.339.

LONGO, Francisco "Mérito y Flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público." Barcelona: Paidós.s.f.]

MARTINEZ PUON, Rafael "Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Latinoamérica: Buenas y Malas Noticias." *Revista Enfoques*, Segundo Semestre, Año/Vol/, numero 009. Universidad Central de Chile.

MARTINS, Daniel Hugo."Estatuto del Funcionario" Montevideo 1965, pág.242.

PRAT Julio A. *Derecho Administrativo Tomo 3 V.1*, Montevideo 1978.

MELGAR, José."Con Batlle teníamos más derechos". "El País" Sábado 12 de noviembre de 2011.

OIT (2004). *Recomendación 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos*. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

ONSC. "El Estado sin una política clara para capacitar a sus funcionarios". "No se valora la eficacia de la formación". "El País" Domingo 2 de octubre de 2011.

PLA RODRIGUEZ, Américo "El trabajador público y los convenios colectivos", en *Revista Derecho Laboral* N°143.

Revista de la Oficina Nacional de Servicio Civil Año V – 2010 N° 45.

PODER LEGISLATIVO. LEY N° 18.508. Montevideo, Uruguay. (fecha de consulta: 6 de agosto de 2011).Disponible En: <http://docs.uruguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-18508-jun-26-2009.pdf>

RACCIATI, Octavio Carlos. El Derecho de huelga de los funcionarios públicos. Disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/contenido/curricular/info.html>

Revista de Derecho Laboral. El Orden Público y el Derecho del Trabajo. Tomo XXIII – N° 119, pp.468.

Revista de D.J.A, t, 61 “Posición de la Ley y del Estatuto de los funcionarios en la Zona de Materia Común”.

Revista ONSC N° 274 41 a pp.65. Seminario Regional. Transformaciones del Servicio Civil Hacia un nuevo modelo de Gestión Pública.

Revista de D.J.A, t, 51 “Distinción entre la Huelga y el abandono colectivo de funciones.

RIVERO LAMAS, Juan. *El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites* En: Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 6-7, 1995.

SAYAGUES LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª. Edición de la FCU 1987.

SEGUÍ, Juan Francisco. *¿Laboralización y democratización?*. Urbe et ius: revista de opinión jurídica, N° 5, 2006, págs. 56-60.

SILVA CENCIO, Jorge. Estatuto y régimen laboral de los funcionarios públicos; en RDJA, t. 72

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia de 30 de mayo de 2011 en los autos caratulados: “Picabea, Ana María y otros, con Poder Legislativo y otro.” Ficha 1-39/2010.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia N° 121 de 2 de diciembre de 1963

UDELAR, FACULTAD DE DERECHO DE LA. Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos- Montevideo 1977 Biblioteca de Derecho Laboral N° 5