

---

# NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

## Alcances y contenidos

GUSTAVO PABLO IGARZA FUNES

*Dedicado a Máxima mi madre, y a la memoria Antonio mi padre, quienes cincelaron en mí el valor del estudio como medio de realización, y con su ejemplo me enseñaron el camino de la fe, el trabajo y la constancia para alcanzarla.*

### 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El trabajo en el Estado, constituye un factor central para concretar el fin servicial de la Administración y con ello la satisfacción del interés general.

A su vez, la negociación colectiva es un derecho fundamental de todos los trabajadores, reconocido en forma implícita en la Constitución de la República, Instrumentos Internacionales y Convenios Internacionales del Trabajo aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como también en la legislación nacional.

El derecho a la negociación colectiva surgió en las relaciones de trabajo que se desarrollan en la actividad privada, y es allí en donde aparecen sus primeros reconocimientos jurídicos. Posteriormente, con el transcurso del tiempo, la negociación colectiva también se expandió por la vía de los hechos, a la actividad que se realiza en el Estado.

En nuestro país sin embargo, es recién en el año 2009, con la aprobación de la ley 18.508, que se establece el marco jurídico general que propicia su desarrollo.

Sin perjuicio de la generalidad del tema, el presente trabajo pretende centrar su análisis en dos aspectos.

En primer término, y ya transcurrido un tiempo desde la aprobación de la nueva legislación se ha logrado en forma efectiva crear un sistema de negociación colectiva que abarque al Estado en su extensión.

En segundo término conocer el contenido de los acuerdos logrados, particularmente identificar si en ellos se han incluido asuntos de materia que la Constitución de la República, en su artículo 61, reserva para los Estatutos de los Funcionarios Públicos.

Para ello este trabajo se divide en siguientes partes: en primera instancia se tratará los principales aspectos del trabajo en el Estado, para posteriormente ingresar al campo del Estatuto del Funcionario, luego se abordará la Negociación Colectiva en el Sector Públi-

<sup>1</sup> Tesis Final presentada por el suscripto en el Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo.

co desde la teoría y la práctica analizando los convenios suscriptos con posterioridad a la vigencia de la 18508 hasta el 31 de diciembre de 2016; para finalmente realizar unas conclusiones y reflexiones finales.

## 2. EL TRABAJO EN EL ESTADO

Los fines asociados al Estado han variado en el transcurso de los años. En efecto desde su origen el Estado moderno, ha transitado por diversas etapas: un Estado Liberal, un Estado Intervencionista, y un Estado Social de Derecho. Sin embargo, en todas ellas, ha sido condición indispensable que el Estado tenga un “soporte humano” que le permita el logro de sus fines.

Es así que Marienhoff señala: *“el cumplimiento de las funciones administrativas del Estado se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas, es decir de personas individuales”*<sup>2</sup>.

En igual sentido, Sánchez Morón expresa: *“El vasto complejo organizativo que hoy componen las instituciones públicas y, muy en particular, las Administraciones Públicas, es animado por un conjunto muy numerosos de personas físicas que en ellas trabajan”*<sup>3</sup>.

Por su parte, Sayagués Laso afirma: *“Las personas jurídicas públicas actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. El elemento humano es el nervio motor de dichos entes. En algunos casos el querer de esos humanos vale como expresión de voluntad de la persona pública, otras veces las personas físicas al servicio de ésta se limitan a realizar actividades materiales o técnicas, cuyas consecuencias se imputan a la misma. Los primeros son titulares de los órganos de la persona pública; los segundos no tienen esa calidad.*

*Las distintas personas públicas estatales utilizan para el cumplimiento de sus fines un número elevadísimo de personas físicas. Ese conjunto de personas al servicio de las entidades estatales constituye el funcionario público y su actividad se regula por normas y principios especiales,...”*<sup>4</sup>.

El Derecho Administrativo centra su estudio en dos grandes áreas, por un lado la organización estatal y por otro su actividad, constituyendo el trabajo en el Estado un factor neurálgico para esta última.

Las condiciones en las cuales se desarrolla el trabajo y la determinación del alcance de los derechos y obligaciones de los trabajadores - funcionarios públicos, constituye desde la teoría y también desde la práctica un elemento fundamental para la satisfacción del interés general, razón por la cual no debe ser ajeno al estudio del Derecho Administrativo.

En el sentido expuesto, resulta interesante a efectos de dimensionar su trascendencia, recordar que en Uruguay a la fecha existen aproximadamente 260.000 funcionarios públicos que representan un 23% de la Población Económicamente Activa (P.E.A)<sup>5</sup>.

2 Marienhoff Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo” Abeledo Perrot Buenos Aires 2011. Tomo III B página 27.

3 Sánchez Morón, Miguel. “El Derecho de la Función Pública” Tecnos Madrid 2014 8va. Edición página 17.

4 Sayagués Laso, Enrique. “Tratado Derecho Administrativo”. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1991 Tomo I páginas 255 y siguientes.

5 Datos mencionados por Vázquez Pepe, Rodrigo. “Sistemas de Negociación Colectiva en el Sector Público y la Ley

## 2.1 Nacimiento de la Función Pública.

Racciatti estudia la génesis de la función pública asociándola con la estructura y forma del Estado: *“Ese régimen y esa organización están estrechamente vinculados con las distintas concepciones de la estructura y funciones del estado, y con el distinto alcance que se asigne a la “función pública”. Aún en un análisis abstracto, será difícil encontrar semejanzas entre el cuerpo de servidores de un estado monárquico absolutista y el régimen de función pública de un estado de derecho. Régimen político, sistema jurídico, organización administrativa son factores que explican diversas concepciones sobre el rol y la situación jurídica de los agentes o servidores del estado. En los países europeos en una evolución que transcurre desde fines del siglo XVIII y el siglo XIX, se abandona la concepción patrimonialista, en la cual la actividad administrativa tenía como finalidad la satisfacción de los intereses del soberano que gestionaba la “cosa pública” y en cuyo marco el empleo público era en realidad un empleo privado a favor de quien detentaba los poderes públicos. En el continente europeo, bajo diferentes modalidades, y con influencia francesa, se generalizan los sistemas de función pública que se apartan tanto de la relación personal del absolutismo como del arrendamiento de servicios del derecho civil. En su origen, el modelo francés es de cuño autoritario, fruto de la concepción centralista del régimen de Napoleón; pero lentamente, acompañando la evolución política, el sistema de función pública pasa a caracterizar el Estado contemporáneo al establecer un cuerpo de funcionarios dedicados al servicio del estado, independiente e imparcial, sometido a una disciplina jerarquizada, en cuya actividad debe prevalecer el interés público”*<sup>6</sup>.

En Uruguay, el desarrollo de la función pública acompañó la evolución del Estado. Luego de que la Carta Fundacional de 1830 estableciese un sistema de corte liberal con escasa participación del Estado en la vida socio - económica del país, en los albores del siglo XX comienza, en forma paulatina, un proceso de carácter intervencionista en sus diversas actividades y explotaciones industriales y comerciales, así como en servicios sociales, todo lo cual implicó un desarrollo significativo de la función pública, convirtiéndose así el Estado en el principal empleador del país.

En tal sentido Correa Freitas señala: *“La República Oriental del Uruguay nació a la vida independiente en el año 1830, con una Constitución tomada del modelo norteamericano, consagrándose la separación de los tres poderes del Estado, con un sistema de gobierno presidencialista. El Estado fue el típico del siglo XIX, es decir un Estado liberal “juez y gendarme”, en donde tomó a su cargo los cometidos esenciales, es decir la defensa nacional, la seguridad interna, las relaciones exteriores, la actividad financiera básica para el funcionamiento del Estado y la justicia.*

*En las primeras décadas del siglo XX, el Estado uruguayo tomó a su cargo otras actividades o tareas que, o bien no se desarrollaban hasta ese momento por los particulares, o en su defecto se entendió que era conveniente que el Estado se hiciera cargo de ella para evitar los monopolios y la transferencia de ganancias hacia el exterior”*<sup>7</sup>.

## 2.2 Protección jurídica del trabajo en el Estado.

18508” en revista Derecho del Trabajo Julio – Setiembre de 2015 Editorial La Ley. Cita Online UY/DOC/472/2015 página 2 (consulta online).

6 Racciatti, Octavio. “El Derecho del Trabajo en el Sector Público” en revista Derecho Laboral. Montevideo 2001. Tomo XLIV No. 204 páginas 730 y siguientes.

7 Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. “Manual de Derecho de la Función Pública” Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2011 2da Edición pagina 67.

La protección del trabajo en el sector público está insoslayablemente ligada a la concepción predominante acerca de la naturaleza jurídica del vínculo entre el Estado (empleador) con las personas que trabajan en él, pudiéndose distinguir dos posiciones una clásica que se sostiene la preminencia del Estatuto del Funcionario, y otra más amplia que reconoce la existencia de un Derecho General del Trabajo.

### 2.2.1 Posición Clásica

En sus orígenes, las denominadas posiciones clásicas negaban la aplicación del carácter protector del Derecho del Trabajo a los servidores públicos, sosteniéndose que los funcionarios se regían únicamente el Estatuto del Funcionario entendiéndose por tal, el conjunto normativo impuesto en forma unilateral por el Estado.

En nuestro país, Martins sostuvo una nítida separación entre el régimen jurídico de los trabajadores de la actividad privada sustentado en el criterio protector establecido por el artículo 54 de la Constitución y el de los funcionarios públicos el cual se sustenta en la base fundamental de que *“el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”* (artículo 59). El citado autor señaló: *“No compartimos la opinión ampliamente mayoritaria de la existencia de un derecho general del trabajo. Tampoco creemos que el derecho laboral sea aplicable a la relación funcional ni aún como norma analógica a acudir en caso de laguna normativa”*<sup>8</sup>.

García Pullés recuerda a quienes –en Argentina– sostenían esa posición: *“Algunos autores entienden que el empleo público constituye una especie de relación estatutaria, es decir una relación gobernada por las normas dictadas por el legislador y la administración, subestimando completamente el peso de la voluntad del empleado, entendiendo que ella resulta casi inocua, comparado con la trascendencia que adquiere el poder regulatorio estatal sobre la materia. Así, Díez hubo de expresar que la causa jurídica del empleo público estaba dada por un acto unilateral del Estado, al cual daba validez o eficacia el consentimiento del administrado y que la situación jurídica del agente y empleado tenían forma legal o reglamentaria y Alberto B. Bianchi se inclina a pensar que la función pública está muy alejada de lo que es un régimen contractual y, pese a reconocer que la noción clásica del contrato perfectamente bilateral nacido del acuerdo ha sido sustituida por la surgida de las contrataciones en masa en las que la autonomía de la voluntad se reduce sustancialmente, termina orientándose por atribuirle carácter estatutario...”*<sup>9</sup>.

### 2.2.2 Derecho General del Trabajo

Con el transcurso del tiempo esta tendencia se fue mitigando, comenzándose a advertir una tendencia expansiva hacia la protección del trabajo humano donde sea que éste se cumpliera.

Es así que Cassinelli Muñoz indentifica la existencia de un “Derecho del Trabajo General” aplicable a todas las personas que trabajan tanto sea en la actividad privada como

<sup>8</sup> Martins Daniel Hugo “Influencia Recíproca de los Principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo” en “Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos”. Biblioteca Derecho Laboral No. 5 Montevideo 1977 página 201.

<sup>9</sup> García Pullés Fernando, “Lecciones de Derecho Administrativo” Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires Argentina 2015, página 423

en la pública y un conjunto de normas aplicables exclusivamente a los funcionarios públicos: *“...En la doctrina se podría decir que si una norma de Derecho del trabajo es aplicable a todos los trabajadores, es una norma del Derecho General del trabajo. En cambio una norma que se aplica a un solo sector, que sería inválida en otro sector, sería una norma particular para ese sector. Ahora la importancia que tiene el concepto en la Constitución uruguaya proviene de que hay normas constitucionales que se refieren al trabajador sin decir nada. Al decir que estas normas son de Derecho General del trabajo, lo que se quiere decir es que esas normas abarcan a todos los trabajadores incluso a los funcionarios públicos. Mientras que hay otras normas que son particulares a los funcionarios públicos. Podría haber normas –es un punto de discusión, si habría algunas disposiciones- que se aplicarían solo a los trabajadores privados”*<sup>10</sup>.

Cajarville se suma a una visión incluyente de las relaciones laborales en el sector público en la protección jurídica del trabajo, expresando: *“La técnica constitucional de la regulación del trabajo consiste en acumular paulatinamente la consideración de los factores que van configurando progresivamente la situación jurídica de los distintos tipos de trabajadores”*<sup>11</sup>.

El citado autor sistematiza las disposiciones constitucionales de la siguiente manera:

a) El art. 53 de la Constitución establece la protección especial de la Ley al trabajo, entendiendo este en su sentido más amplio y tanto se realice en forma subordinada o independiente.

b) En los artículos 54 a 57 inclusive se protege al trabajo subordinado, sea en el ámbito público como en el privado, estableciéndose los siguientes derechos: a la independencia de la conciencia moral y cívica, la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal y la higiene física y moral (artículo 54), la distribución imparcial y equitativa del trabajo (artículo 55), la alimentación y el alojamiento para trabajadores que deban permanecer en el lugar del trabajo (artículo 56) y los derechos sindicales colectivos (artículo 57).

c) En los artículos 58 a 66 se establecen las condiciones de trabajo para quienes trabajan en el sector público.

Contemporáneamente en Argentina, Ivanega ha sostenido que: *“...la interpretación de la relación de empleo público, ya no depende del debate de su naturaleza jurídica, pues, ha de atenderse a los principios constitucionales contenidos en los pactos y tratados de derechos humanos y en las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”*<sup>12</sup>.

Asimismo desde la doctrina laboralista se ha denunciado la inequidad de tratamiento y bregado por la protección del trabajo en el Estado, es así el laboralista mexicano Mario De la Cueva expresó: *“el trabajo humano es idéntico, en todos sus matices por lo que exige una reglamentación uniforme”*<sup>13</sup>.

10 Casinelli Muñoz, Horacio. “Disposiciones Constitucionales sobre el Trabajo” en “Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos”. Biblioteca Derecho Laboral No. 5 Montevideo 1977 pagina 116.

11 Cajarville, Juan Pablo. “Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos” en “Sobre Derecho Administrativo” Tomo II Fundación de Cultura Universitaria Segunda Edición Ampliada Montevideo 2008, pagina 484.

12 Ivanega, Miriam Mabel. “Las Relaciones de Empleo Público” La Ley Buenos Aires 2009 página 102.

13 Mencionado Plá Rodríguez Américo, “El Trabajador Público y los Convenios Colectivos” en revista Derecho Laboral Tomo XXIX No. 143 Julio – Setiembre de 1986 paginas 415 y 416.

A su vez Plá Rodríguez en el año 1986 señaló: *“Debemos empezar por destacar que existe una firme y creciente tendencia hacia la extensión del derecho del trabajo a los servidores del Estado. Esta corriente de ideas ha tenido que remontar una convicción generalizada sobre la existencia de una dicotomía que los administrativistas clásicos resumían en esta forma: el servidor del Estado está regido por una relación estatutaria establecida unilateralmente por el Estado; el trabajador privado está regido por una relación contractual concertada de común acuerdo entre el empleador y el que prestaba el trabajo. La relación estatutaria era regulada por el derecho administrativo, el cual tenía como criterio fundamental la prioridad del interés público y el aseguramiento de la continuidad de los servicios. La relación laboral era regulada por el derecho del trabajo, que está inspirado por el principio protector del trabajador.”*<sup>14</sup>

En similar sentido Ermida Uriarte expresa: *“...la desacralización del Estado verdad, aquella idea del Estado decimonónico propio de la revolución francesa, heredero de la monarquía como un ser todopoderoso y sacrosanto, fue cambiando, se fue deteriorando, pero también fue cambiando por la propia democratización de las sociedades y junto con esto también va desapareciendo la idea del Estado buen empleador, que era la idea que se podría tener inclusive entre nosotros, hace muchos años donde el Estado era el empleador modelo, para que entonces una legislación de protección frente a ese empleador que era el empleador modelo...”*<sup>15</sup>.

### 2.2.3 Jurisprudencia.

Nuestra Jurisprudencia reciente, también se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica del vínculo del funcionario público con el Estado, es así que la Suprema Corte de Justicia en su Sentencia No. 445/2014 de 23 de abril de 2014 expresó: *“...resulta importante recordar la posición de la Suprema Corte de Justicia en torno a la posibilidad de aplicación de los principios y de las disposiciones propias del Derecho del Trabajo a los vínculos emergentes de la relación entre el Estado y los funcionarios públicos. A tal efectos corresponde reiterar fundamentos expuestos en su sentencia No. 95/2007, ocasión en la cual la Corporación sostuvo: “... Rubén Correa Freitas – Cristina Vázquez al analizar el trabajo de los funcionarios públicos y el vínculo que existe entre la relación funcional y derecho general del trabajo han señalado que “El ejercicio de la función pública, objeto de la relación funcional, se lleva a cabo mediante la aplicación de las energías intelectuales o corporales del funcionario, en forma que redunde en beneficio de la colectividad, y dándole la posibilidad de ganar su sustento...”. Precisando seguidamente: “En este sentido, el funcionario público es un trabajador que, como tal, resulta alcanzado por las disposiciones que rigen el trabajo como hecho social y, en especial, el que sería fronteriza entre el derecho público y el derecho privado, en cuanto alcanzan a sujetos y relaciones públicas y privadas y tutelan intereses de ambos tipos. No constituyen una disciplina jurídica autónoma sino un “régimen jurídico.” ...Si bien se reconoce, como se señaló, que el vínculo que une al Estado con sus funcionarios puede considerarse, en esencia, de naturaleza laboral, también debe tenerse particularmente en cuenta que, a la vez se encuentra sujeto a una regulación específica emanada tanto de disposiciones de carácter constitucional (por ejemplo, el art. 63 de la Carta) como legal, siendo menester analizar, en cada caso, cuál es el marco regulatorio de la actividad de que se trate, y a él corresponde estar...”*<sup>16</sup>.

14 Plá Rodríguez, Américo. Obra citada pagina 413.

15 Ermida Uriarte, Oscar. “El trabajador ante el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo” en revista “Transformación, Estado y Democracia” No. 31 editada por la Oficina Nacional del Servicio Civil.

16 La Justicia Uruguaya Caso 16783 Cita Online UY/JUR/149/2014.

Por su parte, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia No. 151/2010 de 16 de marzo de 2010 ha expresado: *“El funcionario es sujeto de un vínculo en el cual la otra parte es una entidad estatal. Esta circunstancia introduce características muy particulares en esa relación de trabajo que determinan que “el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario; principio que surge del art. 59 inc. 1° de la Constitución y que, según la doctrina más autorizada, consagra una prevalencia del interés de la función.... Asimismo, corresponde destacar que no pueden traspolarse en forma automática al campo estatutario, soluciones y principios que son propios del Derecho del Trabajo; y ello, por cuanto como señala el Profesor Cajarville, tales ramas del Derecho se guían por distintos principios: la primera, por el principio del interés prevalente de la función y la segunda –Derecho Laboral o del Trabajo– por el principio tuitivo, de protección del trabajador...”*<sup>17</sup>.

Asimismo en su Sentencia No. 444 del 2015 el órgano citado precedentemente señaló: *“A juicio de la Sede, debe ciertamente admitirse que los derechos y deberes que conforman el estatuto de los funcionarios públicos presupuestados, no reconocen su fuente en el contrato de trabajo (como sucede con los trabajadores privados) sino en reglas de Derecho. Como señala Cassinelli el carácter estatutario del vínculo que liga a los funcionarios públicos con el Estado determina que no tienen un derecho adquirido a que se conserve su situación, es decir, sus derechos o deberes. Al ingresar a la relación de empleo público adquiere los derechos que emergen de su situación estatutaria. Expresa textualmente el autor que: “Éstos no tienen su fuente en el contrato de trabajo sino en reglas de Derecho, en disposiciones de carácter general que describen en abstracto los derechos y obligaciones de cada categoría de funcionarios”.... Por igual, desde la óptica ius-laboralista, señalaba Sarthou que “Sin duda aspectos esenciales del derecho individual del trabajo, especialmente los relativos a las limitaciones de la voluntad y al principio de irrenunciabilidad, a la primacía de la realidad, a la continuidad y al principio protector que en forma tan excelente ha desarrollado el Dr. Plá Rodríguez en su libro “Principios de derecho del trabajo”, habrán de provocar con su aplicación de empleo público alteraciones radicales y polémicas en la relación de empleo público hoy dominada por el principio de autoridad, jerarquía e imposición del Estado, no obstante los medios de control jurisdiccional”*<sup>18</sup>.

En suma en función a la doctrina indicada y la jurisprudencia mencionada se puede afirmar una evolución en cuanto a la concepción del trabajo en el Estado, la cual originariamente identificaba a la relación funcional como un acto exclusivamente unilateral determinado por el Estado mediante los Estatutos del Funcionario, para posteriormente aceptar que todo trabajo (sea en el sector público o privado) tiene una protección jurídica derivada de las normas constitucionales e instrumentos internacionales.

No obstante, compartiendo lo señalado por Cajarville las particularidades propias del trabajo en el Estado, justifican que también sean aplicables “principios propios” de la función pública, basados en el carácter servicial de la función pública que están plenamente reconocidos por la Constitución de la República. Es por ello que los principios clásicos del derecho laboral deben ser aplicados al trabajo en el Estado, en forma conjunta y complementaria con los propios de la función pública.

17 La Justicia Uruguaya Caso 16180 Cita Online: UY/JUR/232/2010

18 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adoptada en autos caratulados: “Prado, Federico con Estado, Ministerio de Defensa Nacional, Acción de Nulidad” Ficha No. 751/11.

### 2.3 Modalidades de trabajo en el Estado.

El Estado necesita del trabajo humano -en su sentido más amplio como cúmulo de energías corporales e intelectuales puestas al servicio de un fin-, para la consecución de sus cometidos.

Este trabajo puede desarrollarse a través de diferentes formas o modalidades que variarán de acuerdo con los ordenamientos jurídicos y las realidades socioeconómicas coyunturales.

Si se toma en cuenta el criterio de la “incorporación” al Estado podríamos distinguir en principio dos grandes modalidades: a) las que suponen la incorporación del trabajador a la Administración y en consecuencia otorgan la condición de funcionario público; y b) aquellas que no incorporan al trabajador a la función pública, si bien trabajan “para” la Administración.<sup>19</sup>

Dentro de las modalidades que otorgan la condición de funcionario público, podemos distinguir: a) los funcionarios públicos presupuestados y b) los funcionarios públicos en “régimen de contrato de función pública”. En nuestro ordenamiento, la distinción la precisa el artículo 56 de la ley 15.809 del 8 de abril de 1986, se establece, que el ejercicio de la función pública en tareas permanentes deberá efectuarse en cargos presupuestados y bajo el sistema de carrera administrativa de acuerdo con las normas constitucionales y estatutarias vigentes.

Por su parte dentro de las modalidades que no otorgan la condición de funcionario o servidor público podemos distinguir entre otras figuras: becarios, pasantes, contrato artístico, arrendamiento de servicio y arrendamiento de obra.

Ante la proliferación de estos fenómenos de vinculación con el Estado, Racciatti advierte “...fenómenos de “desfuncionización” y de “huída del derecho administrativo”. Esta huída tiene diferentes direcciones, pues va hacia el derecho civil (mediante “tercerizaciones” y arrendamientos de obra o de servicios) y hacia el derecho del trabajo”<sup>20</sup>.

### 2.4 Concepto de Funcionario Público

Los diferentes ordenamientos jurídicos, contemplan diferentes conceptos de funcionario público, dotándolos de una mayor o menor amplitud, en cuanto al número de las personas que incluye.

En Francia se considera que es “la persona que ocupando un cargo permanente comprendido en los cuadros administrativos participa en el funcionamiento de un servicio público”; en Italia se maneja un concepto restrictivo ya que solo se considera funcionario público las “las personas que ocupan los pubblici uffei es decir los titulares de los órganos, en cuyo carácter expresan la voluntad de la administración para la cual actúan. Todas las demás personas que trabajan en la administración son “dependientes no funcionarios”. Mientras tanto en España

19 Conforme, Racciatti, Octavio, “El derecho del trabajo en el sector público”.... páginas 792 y siguiente.

20 Racciatti Octavio. “El derecho del trabajo en el sector público” ..... página 736

existe una concepción de mayor amplitud al referir a: *“la persona que designada, por autoridad competente, ejerce funciones públicas”*.<sup>21</sup>

En Argentina, para Marienhoff: *“La noción conceptual de funcionario público y de empleado público puede considerarse desde dos puntos de vista: uno amplio referido al Estado, en general y otro limitado, referido a la Administración Pública en particular:*

*Desde el punto de vista amplio, funcionario público y empleado público, es toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas del Estado, es decir fines públicos propios del mismo.*

*Desde el punto de vista restringido, funcionario público y empleado público es toda persona que, ... realice o contribuya a que se realicen funciones esencial y específicas propias de la “Administración Pública”, considerada ésta en sentido sustancial, material u objetivo. Por tanto, en el concepto de funcionario o empleado público quedan incluidas todas las personas que realicen o contribuyan a que se realicen funciones “administrativas”, propiamente dichas, por cualquiera de los tres órganos esenciales del Estado (Legislativo, Judicial y Ejecutivo). De ahí, también, que tanto puede haber “función pública” o “empleo” público en la actividad común u ordinaria de la Administración, como en la actividad militar de ella, sin perjuicio de que ambos tipos de actividad estén disciplinados por regímenes jurídicos diferentes o especiales. Los tratadistas franceses, fieles a su concepción básica, refieren la actividad del funcionario o del empleado al “funcionamiento de un servicio público”<sup>22</sup>.*

En nuestro país Sayagués se pronuncia por un concepto amplio de funcionario público. Así es que expresa: *“Se justifica sobradamente este criterio ya que por el solo hecho de incorporarse a una entidad estatal, las personas que actúan para la misma quedan investidas con un régimen jurídico que presenta muchos caracteres comunes. Surge así naturalmente el concepto amplio de funcionario público.”*, agregando posteriormente: *“...no todas las personas que entran en el concepto amplio de funcionario público están sometidas a un mismo régimen jurídico. Pueden individualizarse muchas categorías de funcionarios. Así, hay funcionarios gobernantes y no gobernantes, permanentes, a término y temporarios; judiciales y administrativos, y entre éstos civiles, policiales, militares, etc. hay quienes hacen de la función pública su carrera profesional y quienes la ejercen accidentalmente; etc. Pero cualesquiera sean las diferencias entre unos y otros, todos son funcionarios públicos”*.

En suma Sayagués lo define como: *“todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal”*<sup>23</sup>.

La doctrina nacional ha seguido la posición de Sayagués, sosteniendo una definición amplia, entendiendo por tal: a toda persona que designada por la autoridad competente preste servicios en una entidad estatal<sup>24</sup>.

Así es que Delpiazzo señala: *“En el Uruguay, rige una noción singularmente amplia de*

21 Sayagués Laso, Enrique. Obra citada página 257 a 259.

22 Marienhoff, Miguel. Obra citada, páginas 12 y 13.

23 Sayagués Laso, Enrique. Obra citada, páginas 262 y 263.

24 Conforme: Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. Obra citada página 38.

*funcionario público, impuesta por la Constitución, desarrollada por el Derecho Positivo, explicitada por la doctrina y seguida por la jurisprudencia”<sup>25</sup>.*

En similar sentido se expresa Rotondo: *“La doctrina y jurisprudencia nacionales siempre han seguido un concepto amplio de funcionario público, que comprende a los que ejercen funciones políticas, los de alta administración o los que cumplen actividades subordinadas; a los que lo hacen permanentemente o en forma transitoria; a los presupuestados y a los contratados; a los que son retribuidos y a los honorarios, etc. En nuestro país se habla de agentes, empleados o servidores públicos como sinónimo de funcionarios públicos, sin efectuarse distinciones que se formulan en otros regímenes”<sup>26</sup>.*

El derecho positivo más reciente; lo ha definido en los siguientes términos:

*“A los efectos del presente Estatuto y de acuerdo con lo previsto por los artículos 60 y 61 de la Constitución de la República, es funcionario público todo individuo que, incorporado mediante un procedimiento legal, ejerce funciones públicas en un organismo del Poder Ejecutivo bajo una relación de subordinación y al servicio del interés general...”<sup>27</sup>.*

Sobre dicha definición legal, Ruocco ha advertido que si bien sigue el sentido amplio ya expresado, se encuentra *“acotada en algunos aspectos, por el ámbito en el que se aplica (el Poder Ejecutivo y sus dependencias, en solución claramente inconstitucional) por la naturaleza del vínculo (de subordinación) y por el servicio al “interés público” que reclama...”<sup>28</sup>.*

### 3. ESTATUTO DEL FUNCIONARIO

#### 3.1 Apreciaciones preliminares

En una primera aproximación a su Estudio, se citarán antecedentes, definición, así como la distinción entre estatuto formal y material.

##### 3.1.1 Antecedentes.

Martins refiere a los siguientes antecedentes de los Estatutos del Funcionario:

- a) El Imperio Alemán, en 1873 dictó un ordenamiento en el cual recopiló en un solo cuerpo normativo, todas las garantías concedidas a los funcionarios desde el año 1794.
- b) En España, en 1852 se adoptó un real decreto que rigió en la materia hasta 1918, año en que fue sustituido por otra norma.

<sup>25</sup> Delpiazzo Carlos, “Derecho Administrativo General”. Amalio M. Fernández Montevideo 2013. Volumen 2 página 25.

<sup>26</sup> Rotondo Tornaría Felipe, “Manual de Derecho Administrativo” 9na. Edición Abril 2015, página 195.

<sup>27</sup> Artículo 3ero. de la Ley 19121 de 20 de agosto de 2013 que aprueba el Estatuto del Funcionario para el Poder Ejecutivo. Asimismo esta norma distingue al funcionario público presupuestado del contratado y deja fuera del concepto de funcionario público a las situaciones de arrendamiento de obra, becarios y pasantes, contrato artístico, el denominado “contrato laboral” y a los adscriptos a los Ministros de Estado

<sup>28</sup> Ruocco, Graciela. “Definición Legal de Funcionario Público. Especial Referencia a Funcionarios Presupuestados y Contratados (Ley 19121) en “Funcionarios Públicos. Especial énfasis en la ley No. 19121. Coordinador Durán Martínez Augusto. Universidad Católica del Uruguay 2014, página 107.

- c) En Italia, se dictaron leyes desde 1853 que fueron refundidas en un texto único aprobado por un Real Decreto de 1908, el cual tuvo vigencia hasta 1923, habiendo sido dejado sin efecto por el gobierno fascista.
- d) En Francia, desde 1834 se adoptaron leyes de carácter general en la temática.

En el desarrollo del siglo XX, los regímenes democráticos de gobierno establecieron por intermedio de la ley, Estatutos consagratorios de garantías, algunas logradas a través de la presión sindical <sup>29</sup>.

Es así que Martins señala: “...Por esa razón, en 1916 Fernando de Velazco decía que el Estatuto del Funcionario es el “Código de los derechos fundamentales de los funcionarios del Estado para garantizarlos de toda dañosa acción pública, otorgado –conquistando más bien” y Bielsa en 1947 definía el estatuto del funcionario como “un conjunto de reglas legales establecidas en forma general, cierta y permanente con el fin de garantizar a los funcionarios públicos sus esenciales derechos al empleo y a la carrera, y a determinar los deberes que la función o empleo imponen” <sup>30</sup>.

### 3.1.2 Definición de Estatuto de Funcionario.

Sayagués Laso lo define como: “Conjunto orgánico de normas legales que regulan los derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios públicos. Todo Estatuto, pues debe contener las disposiciones protectoras de los funcionarios relativas al ascenso, estabilidad, garantía de permanencia, derechos pecuniarios, etc., así como las que imponen obligaciones y deberes a fin de asegurar un correcto ejercicio de las funciones públicas” <sup>31</sup>.

En similar sentido Marienhoff señala: “Se entiende por “estatuto de funcionarios o empleados públicos” el conjunto orgánico de normas que establecen los derechos y obligaciones de dichos funcionarios o empleados. Un estatuto, entonces debe comprender todo aquello que se relacione con los derechos y obligaciones de los agentes estatales” <sup>32</sup>.

Martins utiliza un concepto de mayor amplitud en tanto incluye aspectos propios de la ciencia de la administración como ser los sistemas técnicos que determinan el ingreso, ascensos, calificaciones, remuneraciones y organización; en consecuencia expresa:

“...Al definir el estatuto del funcionario, la mayoría de los autores como Ruiz y Gomez, destacan que es un conjunto de reglas que precisan el régimen jurídico especial de los funcionarios públicos, determinan sus derechos y deberes y otorgan las garantías en el cargo público.

Tal vez desde un punto de vista exclusivamente jurídico, la definición sea completa. Pero si realizamos una observación más detallada de los estatutos vigentes en los más diversos países, encontraremos que no sólo se regulan derechos, deberes y garantías de los funcionarios, sino que también se determinan los sistemas técnicos que regirán el ingreso, el ascenso, las calificaciones,

29 Martins Daniel Hugo, “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2014 página 361.

30 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”... página 361.

31 Sayagués Laso, Enrique. Obra citada página 271.

32 Marienhoff, Miguel. Obra citada página 44.

*el sueldo y la organización del personal administrativo.*

*En todo estatuto se pueden distinguir dos aspectos: uno, el régimen jurídico, que determina la situación jurídica del funcionario, sus deberes, sus derechos y garantías y otro, el aspecto técnico – administrativo, que establece normas técnicas relativas a la selección, formación, calificación, promoción, retribución y dirección de esos funcionarios.*

*Del primer aspecto, se ocupa el Derecho Administrativo; del segundo la Ciencia de la Administración. Pero como la realidad es indivisible, sólo podrá obtenerse una idea cabal del objeto en estudio si se examina todos los puntos de vista posible”<sup>33</sup>.*

### **3.1.3 Estatuto Formal y Material.**

La doctrina ha distinguido entre una acepción formal y otra material de Estatuto de Funcionario.

Por “Estatuto Formal” se entiende el cuerpo normativo aprobado por el procedimiento establecido en la Constitución de la República que contiene las disposiciones referentes a los funcionarios públicos, en tanto por “Estatuto Material” se considera a todo el conjunto de normas de diferente naturaleza jurídica, diseminadas, que refieren a los contenidos propios del Estatuto del Funcionario<sup>34</sup>.

Así es que Rotondo expresa: “El Estatuto de los funcionarios, en un sentido material, es el conjunto de normas relativas a la situación jurídica y técnica de los funcionarios públicos en cuanto tales. Estas normas provienen de actos de valor y fuerza constitucional, convenios internacionales, normas legislativas o reglamentarias y regulan la relación funcional, determinando quienes son los sujetos, el objeto y el contenido de la relación, las formas para su nacimiento, desarrollo y extinción y los procedimientos técnicos de administración de personal.

En otro sentido formal, Estatuto es el “cuerpo jurídico, armónico y sistemático que contiene la mayor parte de aquellas normas”, a este sentido refiere la Constitución cuando utiliza la palabra Estatuto estableciendo sus procedimientos de formación, órganos para dictarlos y contenido básico”<sup>35</sup>.

A su vez Cassinelli Muñoz advierte: “...no todas las normas aplicables a los funcionarios integran su estatuto material: se ha dicho que éste es el régimen jurídico aplicable a los funcionarios en cuanto tales, para excluir del concepto definido las normas que puedan aplicarse a los funcionarios en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos, o en cuanto trabajadores, o en cuanto habitantes por ejemplo.

*El contenido del estatuto material de los funcionarios está necesariamente condicionado al régimen jurídico de las personas en cuanto tales, desde que los funcionarios son personas; por el régimen jurídico de la ciudadanía, salvo el caso excepcional del profesorado en la enseñanza supe-*

33 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo 1963 páginas 73 y 74.

34 Conforme, Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ...páginas 77 y siguientes.

35 Rotondo Tornaría, Felipe. Obra citada página 199.

rior, por el régimen jurídico de los trabajadores en todo aquello que resulte del trabajo como hecho (y no en lo que resulte del vínculo contractual laboral), desde que los funcionarios trabajan (pero la naturaleza del vínculo no es de Derecho privado, sino de Derecho Administrativo); en fin, por el régimen jurídico que ampara a los habitantes del país ”<sup>36</sup>.

En definitiva el Estatuto Material es más amplio que el Estatuto Formal, ya que el primero se conforma con todas aquellas normas que refieren a los funcionarios públicos, en su condición de tales; en tanto el Estatuto Formal es únicamente “la porción” del Estatuto Material que fue aprobado en la forma preceptuada en la Constitución de la República para cada organismo estatal.

### 3.2. MARCO JURIDICO

En esta parte se analiza el régimen jurídico del Estatuto del Funcionario en nuestro país.

#### 3.2.1 Evolución normativa

La **Constitución de 1830** no estableció normas estatutarias (en sentido material) ni refirió a las obligaciones y derechos de los funcionarios, limitándose a reconocer el derecho que tenía todo ciudadano a ser llamado a los empleos públicos y establecer la competencia del Presidente de la República de proveer los empleos civiles y militares, así como destituir “por ineptitud, omisión o delito”, con el acuerdo del Senado y en caso de delito, remitiendo los antecedentes al Poder Judicial.

En la **Constitución de 1918** no se innovó al respecto, destacándose la eliminación de la venia para el caso de destituciones de policías y militares.

En la **reforma del año 1934** se mantuvo el texto de 1830 referente a la destitución y se agregó una nueva causal en la que podían incurrir los funcionarios diplomáticos quienes podrían ser destituidos por participar en “actos que afecten su buen nombre o el prestigio del país y de la representación que invisten”. También se estableció el procedimiento a seguir cuando no se obtenía la venia del Senado: “Si el Senado o la Comisión Permanente no dictaran resolución definitiva dentro de los noventa días, el Poder Ejecutivo prescindirá de la venia solicitada, a los efectos de la destitución.”

Asimismo la Carta de 1934, agregó el poder jurídico de destituir a los funcionarios que la ley declarase “amovibles” por la mayoría de componentes de cada cámara, necesi-tándose únicamente la venia para los “inamovibles”.

A su vez, es en este texto constitucional que se incorpora la norma que establece: “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. Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y horas de trabajo, la actividad proselitista será ilícita y, como tal, reprimida por la ley”.

<sup>36</sup> Cassinelli Muñoz, Horacio. “Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios Complilados por Carlos Sacchi”, La Ley Uruguay Montevideo 2014, página 954 (publicación original Revista D.J.A tomo 65 páginas 277 y siguientes)

Su artículo 57 determinó el contenido que debía tener el Estatuto General para todos los funcionarios públicos: las condiciones de ingreso, las reglas de ascenso, las garantías de la permanencia, de la cesación, de la suspensión o del traslado, los deberes de los funcionarios y los recursos sobre las resoluciones que los afecten.

Es en este período que se aprueba el Decreto Ley 10.388 de 13 de febrero de 1943 que contiene el Estatuto del Funcionario Público, cumpliendo el mandato constitucional del año 1934.

Martins sostuvo una visión crítica de este Estatuto expresando que previo a su vigencia existía un conjunto de normas que ya regulaban los derechos de los funcionarios y la eficacia de la Administración; destacando que en algunos aspectos el Estatuto de 1943 significó un retroceso en tanto omitió regular temas fundamentales como el disciplinario<sup>37</sup>.

En la **Constitución de 1952** se establece el sistema usualmente denominado como de “*estatutos múltiples*”, por el cual coexisten diferentes Estatutos del Funcionario dependiendo del organismo en el cual preste funciones y la naturaleza de éstas.

La **Constitución de 1967** tiene como innovación lo previsto en el art. 60: “*La ley crea el Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que tendrá los cometidos que ésta establezca para asegurar una administración eficiente*”<sup>38</sup>.

### 3.2.2 Sistema de Estatutos Múltiples.

Como ya se expresó, desde 1952 la Constitución establece un sistema de “*Estatutos múltiples*”; es decir no se prevé la existencia de un Estatuto único aplicable todos los servidores públicos, sino que por el contrario coexisten diversos Estatutos según los diferentes órganos existentes en el Estado.

Desde el punto de vista formal los Estatutos del Funcionario son aprobados mediante diferentes instrumentos jurídicos (Ley, Decreto con fuerza de ley en su jurisdicción, Decretos del Poder Ejecutivo, Ordenanzas, etc.).

El art. 59 de la Constitución mandata a la Ley la aprobación del “Estatuto Central” que será de aplicación a los funcionarios del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral y Servicios Descentralizados; en tanto que por leyes especiales se regulará el estatuto de los policías, militares, diplomáticos y los cargos de la Judicatura.

Los funcionarios de las Cámaras legislativas (Senadores y Representantes) verán su Estatuto aprobado por acto de la respectiva cámara, el cual, desde el punto de vista de su caracterización jurídica, es un Reglamento. En tanto la ley 16.821 de 23 de abril de 1997 en su art. 8º mandata a la Cámara de Senadores a aprobar el Estatuto del Funcionario de la Comisión Administradora del Palacio Legislativo.

37 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”...páginas 363 y 364.

38 Conforme, Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad” ...páginas 361 a 363.

El artículo 62 de la Constitución establece que mediante Decretos con fuerza de Ley en su jurisdicción se aprobará el Estatuto de los funcionarios de los Gobiernos Departamentales.

El artículo 63 dispone que los Estatutos de los Funcionarios de los Entes Autónomos del dominio industrial y comercial, se aprobarán mediante un acto jurídicamente complejo consistente en un proyecto del propio Ente y aprobación por parte del Poder Ejecutivo mediante un Decreto.

Los Entes Autónomos de Enseñanza aprobarán sus Estatutos por acto propio (Reglamento) de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 204 de la Carta Constitucional, de conformidad con los artículos 58 a 61 de la misma y las reglas fundamentales que establezca la ley respetando la especialización de cada Ente.

Por su parte la Constitución en su artículo 64 establece la posibilidad de que por medio de la ley se dispongan reglas generales aplicables a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales y de los Entes Autónomos o a parte de estos, para lo cual deberá haber sido adoptada con una mayoría especial: dos tercios de votos del total del componentes de cada Cámara.

### 3.2.3 Estatuto del Funcionario y Principios Constitucionales.

En esta parte se citará las máximas constitucionales que debe seguir el Estatutos del Funcionario.

El contenido primario de estos debe buscarse en la propia Constitución, al respecto Martins señala: *“Dentro del proceso de constitucionalización del derecho administrativo debe destacarse la frecuencia e importancia con que las Constituciones de mediados del siglo XX han incorporado a sus textos diversas disposiciones respecto del estatuto de los funcionarios.*

*Salvo el principio de que todos los ciudadanos tienen acceso a los empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos, tomada de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, las Constituciones del siglo XIX contienen muy raramente normas sobre los empleados públicos.*

*Pero a partir de las Constituciones de la primera post guerra mundial se van inscribiendo preceptos sobre algunos aspectos de la administración de personal y se convierten en capítulos enteros dedicados al tema en las Constituciones sancionadas últimamente.*

*La constitucionalización de los principios que deberán ajustarse los estatutos de los funcionarios tiene una gran trascendencia”*<sup>39</sup>.

Por ello y siguiendo a Martins se identifican los siguientes principios constitucionales que rigen nuestro sistema estatutario desde la Carta de 1934 hasta nuestros días:<sup>40</sup>

39 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ... páginas 80 a 81.

40 Martins. Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ... páginas 237 a 239. La denominación de Principio de Independencia y Dedicación Funcional se la otorga Correa Freitas Rubén y Vázquez Cristina en Obra citada... páginas 180 y 181.

### a) Principio de Independencia.

Es el contenido en el art. 58 de la Constitución que establece:

*“Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie.*

*No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes.”*

Este mandato constitucional impone la clara separación de la función pública, al servicio exclusivo de la Nación; de los intereses partidarios u de otra especie. Claramente, marca el sentido profesional de la Administración, que debe quedar separado de la política.

### b) Principio de Dedicación Funcional.

Es el previsto en el art. 59 que dice:

*“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”.*

El Estatuto del Funcionario debe construirse sobre el concepto medular del derecho de la función pública: el funcionario esta para cumplir una función pública que ha sido asignada para la satisfacción de los intereses generales y no los propios particulares del funcionario.

Expresa el carácter servicial de la función pública con respecto a los intereses de la sociedad a cuya satisfacción debe ser guiado su accionar. Asimismo constituye el criterio sobre el cual deberá interpretarse toda la normativa referente a los funcionarios públicos.

Con magistral claridad Brito expresa: *“El servicio público es constitutivamente, por su razón de ser, para “servir al público”, y como tal, para “servir” le corresponde “ofrecer, atender, dedicar, recurrir”. Una ineludible conexión de sentido nos habla de la relación entre la actitud operativa de servicio público –para servir- y la consecuente situación personal (de servicio) cara a la Administración y a los terceros, con responsabilidad institucional y personal”*<sup>41</sup>.

### c) Contenido del Estatuto.

Establecido por el art. del Funcionario en su art. 61:

*“Para los funcionarios de carrera, el Estatuto del Funcionario establecerá las condiciones de ingreso a la Administración, reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad, las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resolu-*

41 Brito, Mariano. “Derecho Administrativo su Permanencia- Contemporaneidad – Prospectiva” Universidad de Montevideo, Montevideo 2004 página 540.

*ciones que los afecten, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección XVII”.*

Dispone aquellas materias que necesariamente debe contener un Estatuto del Funcionario, lo cual no solamente será aplicable a los funcionarios comprendidos el art. 59 de la Carta, sino que por reenvío alcanzará a los funcionarios de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos del Dominio Industrial y Comercial del Estado, Poder Legislativo, Entes Autónomos de Educación, en suma a todos los funcionarios públicos<sup>42</sup>.

#### **d) Derecho al debido proceso.**

Instituido en el art. 66 que dispone:

*“Ninguna investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerará concluida mientras el funcionario inculcado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa”.*

El cumplimiento cabal de este precepto supone que el funcionario tenga vista de las actuaciones, posibilidad de tener asesoramiento profesional y de presentar sus descargos en un plazo razonable, proponer, producir y controlar prueba.

Delpiazzo señala que los principios constitucionales detallados precedentemente, sumadas al artículo 64, (ya mencionado en el numeral 3.2.2 in fine) son las que establecen los derechos, deberes y garantías de los funcionarios públicos y constituyen las bases del estatuto del funcionario en sentido material<sup>43</sup>.

A fin de completar este análisis, corresponde señalar que estos principios constitucionales deben ser aplicados de inmediato de conformidad al artículo 332 de la Carta, el cual establece que:

*“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriéndose a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.”*

### **3.2.4 Estatuto del Funcionario Público Ley 19.121.**

Mediante la ley 19.121 de 20 agosto de 2013, se aprueba un Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo del cual se señala las siguientes particularidades:

#### **a) Ámbito de Aplicación.**

El legislador optó por restringir el ámbito de aplicación, determinado por el artículo 59 de la Constitución de la República, acotándolo exclusivamente para los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo con las siguientes excepciones: militares, policiales, diplomáticos, consulares y magistrados del Ministerio Público y Fiscal.

<sup>42</sup> Constitución de la República artículos: 62, 63, 107 y 204.

<sup>43</sup> Delpiazzo, Carlos. Obra citada páginas 27 y siguientes.

Se produce una doble limitación. En efecto una primera restricción se da porque solamente refiere a los funcionarios del Poder Ejecutivo (literal A de la norma constitucional), no regulando en consecuencia a los funcionarios del Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Servicios Descentralizados (literales B a E inclusive). Una segunda restricción consiste, en que aún dentro del universo de servidores del Poder Ejecutivo se acota su aplicación en mayor grado a lo que preceptúa la Constitución. En efecto el texto Constitucional excluye del “Estatuto General” a militares, policías y diplomáticos, en tanto la nueva ley, excluye además a los funcionarios consulares y a los magistrados dependientes del Ministerio Público y Fiscal, lo cual en definitiva constituye una limitación adicional a la ya señalada.

Con posterioridad a la aprobación del citado Estatuto, por ley 19.334 del 14 de agosto de 2015, se crea la Fiscalía General de la Nación como Servicio Descentralizado en sustitución de la Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación.

En el artículo 12 de dicha norma, se encomienda al Director General a elevar al Poder Ejecutivo un anteproyecto de Estatuto del Funcionario de conformidad con el artículo 59 literal E) de la Constitución.

Asimismo en el propio texto de la ley 19.121 (artículo 102 literales B y C) se realiza una exclusión parcial en tanto a los funcionarios de la Dirección General Impositiva y de la Dirección Nacional de Aduanas no se les aplicará Título II Capítulo VI (“*Funciones de Administración Superior*”) y a los funcionarios de la Dirección General de Casinos no les corresponderá los Títulos II y III (“*De los Funcionarios de Carrera*” y “*De los Funcionarios Contratados*”).

Posteriormente, el artículo 226 De la ley 19.355 del 19 de diciembre de 2015, derogó la exclusión de los Funcionarios de la Dirección General de Casinos (art. 102 C del Estatuto) y por lo tanto amplió el ámbito subjetivo de aplicación dispuesto en la norma original.

Por su parte, el artículo 227 de la ley citada precedentemente, excluye de todo el Estatuto del Funcionario a los funcionarios de las Salas de Juego de la Dirección General de Casinos, con lo cual se mantiene la exclusión ahora más acotada.

En suma, el Estatuto del Funcionario aprobado, comprende un ámbito de aplicación notoriamente inferior al que surge del texto constitucional.

#### **b) Contenido.**

El nuevo Estatuto del Funcionario, tiene una vasta regulación. Contempla una definición de funcionario público presupuestado y contratado y enuncia una serie de principios fundamentales de la función pública y valores organizacionales: mérito personal, igualdad de oportunidades, perfil del funcionario orientado hacia el servicio, carrera administrativa, adaptabilidad organizacional, valores, y capacitación y formación.

Establece los requisitos formales para el ingreso a la función pública: Cédula de Identidad, ciudadanía natural o legal en las condiciones establecidas por la Constitución de la

República, haber sufragado en el último año electoral para los mayores de 18 años, carné de salud vigente, no haber sido destituido en forma previa de otro vínculo con el Estado e inexistencia de inhabilitación como consecuencia de sentencia penal ejecutoriada.

En forma detallada se regulan las diversas condiciones de trabajo: jornada ordinaria de trabajo, descanso semanal, horas a compensar, trabajo nocturno, feriados, tareas insalubres, reducción de jornada, comisión de servicios, licencia anual reglamentaria, licencias especiales, acumulación y pago de licencias, descuentos y retenciones sobre sueldos, sueldo anual complementario, hogar constituido, asignación familiar, prima por antigüedad, prima por matrimonio o concubinato reconocido judicialmente, prima por nacimiento o adopción, Fondo Nacional de Salud, seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y jubilación<sup>44</sup>.

Una mención especial merece la disposición contemplada en el artículo 28 del citado cuerpo normativo, en el cual se declara en forma expresa el derecho de los funcionarios a los derechos colectivos del trabajo y en especial a la negociación colectiva, en estos términos:

*“Libertad Sindical. Derechos Colectivos. Declárase, de conformidad con los artículos 57,72 y 332 de la Constitución de la República, con los Convenios Internacionales del Trabajo Nos. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización; 98, sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva; 151, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, y 154 sobre la negociación colectiva; con los artículos 8° a 13 de la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, y con la ley No. 18508, de 26 de junio de 2009, que los funcionarios comprendidos en el presente Estatuto, tienen derecho a la libre asociación, a la sindicalización, a la negociación colectiva, a la huelga y a la protección de las libertades sindicales.”*

Posteriormente, el Estatuto procede a enumerar los deberes y obligaciones, así como las prohibiciones e incompatibilidades<sup>45</sup>.

Asimismo procede a regular diferentes aspectos de la relación funcional que se limitará a su mención, por no ser objeto del presente estudio: evaluación de desempeño, incorporación a un cargo presupuestal, conformación de la remuneración, sistema escalafonario, ascenso, sistema de rotación, funciones de administración superior, subrogación, responsabilidad disciplinaria, recursos administrativos, desvinculación del funcionario público y normas sobre los funcionarios públicos contratados.

### **c) Efecto “expansivo” a través de la negociación colectiva.**

El artículo 102 literal F) dispone:

*“El contenido de lo dispuesto en los artículos que refieren al objeto, definición, principios fundamentales y valores organizacionales, requisitos formales para el ingreso a la función pública, descanso semanal, reducción de jornada, licencia anual reglamentaria, licencias especiales, acumulación de remuneraciones y excepciones, descuentos y retenciones sobre sueldos, sueldo*

<sup>44</sup> Artículos 6 a 27 de la ley 19.121.

<sup>45</sup> Artículos 29 y 30 de la ley 19.121.

*anual complementario, hogar constituido, asignación familiar, prima por antigüedad, prima por matrimonio o concubinato reconocido judicialmente, prima por nacimiento o adopción, Fondo Nacional de Salud, seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, jubilación, libertad sindical, derechos colectivos, enumeración de deberes y obligaciones, enumeración de prohibiciones e incompatibilidades, evaluación de desempeño, principios generales, definición de evaluación por desempeño, definición de cargo, titularidad de cargo, ascenso, derecho al ascenso, obligación de subrogar, potestad disciplinaria, principios generales, definición de falta, apreciación de la responsabilidad disciplinaria, recursos administrativos, desvinculación del funcionario público, en lo que correspondiere, será tenido en cuenta para su aplicación gradual a los funcionarios dependientes de los organismos comprendidos en los literales B a E) del artículo 59 de la Constitución de la República, en un plazo máximo de veinticuatro meses, previo a dar cumplimiento con lo dispuesto por la Ley 18508, de 26 de junio de 2009.”*

La norma transcrita, circunscripta en el capítulo de disposiciones especiales y transitorias, constituye lo que se puede denominar como un “mandato expansivo” de las disposiciones contenidas en el Estatuto a los organismos comprendidos en el artículo 59 de la Constitución de la República literales B) a E) es decir: Poder Judicial y Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Servicios Descentralizados, estableciendo que deberá utilizarse a tales efectos el instrumento de la negociación colectiva.

La interpretación del texto transcripto, en tanto incluye a una fuente diferente (negociación colectiva) a la prevista en el texto constitucional motivan el análisis jurídico. Es así que Larrañaga y Figueredo expresan al respecto: “...Si bien desde el punto de vista político – gremial es loable que el Estado discuta en forma previa con sus funcionarios las normas que van a regir sus tareas, el camino escogido debe conciliarse con la normativa constitucional en la materia, y en especial con el Artículo 59 de la Carta. De este modo, todo acuerdo al que se llegue ente ambas partes no podrá ser instrumentado mediante un convenio colectivo u otra convención análoga, sino que deberá implantarse mediante una Ley en el sentido orgánico formal como prescribe la norma constitucional señalada...”<sup>46</sup>.

La norma citada propone un proceso complejo de aprobación del Estatuto, en tanto la misma establece que en forma previa a su aprobación legal se recurra al instrumento de la negociación colectiva, lo cual nos lleva a pensar en un sistema de “ley negociada”, es decir que la aprobación formal de la norma jurídica sea precedida de un proceso de negociación que incluya necesariamente a los actores profesionales involucrados en la misma.

En modo alguno supone una reasignación de la competencia constitucional del legislador para aprobar el Estatuto de los Funcionarios de los organismos previstos en los incisos B a E del artículo 59 de la Constitución, sino establecer un mecanismo deseable para la aprobación de dichas normas.

Asimismo si en el futuro el legislador aprobara un Estatuto de los organismos men-

46 Larrañaga, María Victoria y Figueredo, Roberto. “La incidencia del Derecho Laboral en la ley 19121” en “Funcionarios Públicos. Especial énfasis en la ley No. 19121” Durán Martínez Augusto Coordinador. Universidad Católica del Uruguay Montevideo 2014, página 139.

cionados sin recurrir al proceso de negociación colectiva, la jurisdicción de dicho Estatuto, en nada se vería afectada en tanto la jerarquía de la norma que impone la negociación previa, como la que aprueba el Estatuto sin la negociación colectiva es idéntica, prevaleciendo la última en tiempo.

Asimismo, el artículo 102 F) y el propio artículo 28 de la ley 19.121 constituyen un claro ejemplo de la aceptación –en el campo legislativo- de la negociación colectiva en la materia estatutaria.

### 3.3 LA MATERIA ESTATUTARIA

A continuación se analizará el contenido de la denominada “materia estatutaria”, a la luz de las disposiciones constitucionales.

El texto constitucional, en su artículo 61 enuncia las temáticas que necesariamente debe regular el Estatuto del Funcionario, sin explayarse sobre su contenido concreto.

Sin perjuicio de lo cual, entendemos que el artículo 61 establece un contenido mínimo de derechos que su instrumentación no puede convertirlos en mera norma declarativa, sino que debe garantizar su efectivo cumplimiento con el alcance que surge de los principios generales del derecho.

En tal sentido, resulta de plena aplicación lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución (ya se ha referido en el numeral 3.3.3 d), y por el cual los derechos de los individuos, así como las facultades y deberes de la Administración Pública, deberán de aplicarse sin que su no reglamentación sirva de excusa.

#### a) Condiciones de Ingreso

Las condiciones de ingreso comprenden dos aspectos diferentes: a) los requisitos que debe cumplir la persona para acceder al cargo público, y b) el proceso de selección previo, estableciéndose en el Estatuto las formas básicas y procedimientos de cómo se proveerán los cargos vacantes del organismo.<sup>47</sup>

#### b) Derecho a la Permanencia en el Cargo

Según Martins este derecho comprende varias situaciones: a) el derecho a la permanencia en el cargo, el cual nunca es absoluto pues existen procedimientos para remover a aquellos funcionarios indignos, en definitiva es el “*derecho a permanecer en el cargo mientras duren las condiciones exigidas y a no ser removido sino por los procedimientos legales*” Mientras el cargo exista el funcionario tiene derecho a permanecer en él de acuerdo con las condicionantes legales, b) el derecho al desempeño del cargo, es decir el funcionario una vez en posesión del mismo tiene el derecho a desempeñarlo, salvo que existan razones fundadas para trasladarlo a otra repartición o suspenderlo y c) derecho a los honores del cargo<sup>48</sup>.

47 Cassinelli Muñoz, Horacio. “Derecho Público” Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1999, pagina 431.

48 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ...páginas 195 y 196.

Cassinelli Muñoz advierte que no debe confundirse este derecho con el de “permanencia del cargo”, ya que el funcionario de carrera tiene derecho a ocupar el cargo mientras éste exista, pero es potestad de la Administración su supresión, en cuyo caso el funcionario quedará cesante o será puesto a disponibilidad<sup>49</sup>.

#### **d) Derecho al ascenso - a la carrera administrativa**

Martins señala: “*implica la posibilidad para el funcionario de no permanecer de por vida en el cargo en que fue designado, sino de ir pasando a cargos de mayor importancia y responsabilidad y, consiguientemente de mayor retribución y expectatibilidad*”<sup>50</sup>.

Por su parte Cassinelli Muñoz destaca que no hay que confundir el derecho al ascenso con el derecho a ascender: “*Ningún funcionario tiene normalmente el derecho a ascender. El derecho al ascenso es en realidad, un derecho a que un cargo superior al que ocupa el funcionario no sea provisto con personas de afuera, es decir, que si se provee se lo haga con alguna de las personas que tienen derecho al ascenso respecto de ese cargo. Pero puede ocurrir que ese derecho al ascenso no tenga oportunidad de ejercicio, es decir que no se produzca la vacante del cargo superior o que haya otras personas que también tengan derecho al ascenso y que resulten escogidas mediante el procedimiento que se haya establecido al reglamentar el derecho al ascenso. Por eso digo que el derecho al ascenso no significa el derecho a ascender, significa simplemente el derecho a excluir del ascenso a las personas que no tengan derecho al ascenso. Junto con ese derecho subjetivo al ascenso, de contenido negativo, coexiste un interés legítimo en ascender. Pero, puede ocurrir o que se deje vacante el cargo superior o que no se produzca esa vacante....De modo que esto es una especie de derecho negativo, derecho de que no venga gente de afuera, pero no significa derecho a ocupar realmente un cargo...*”<sup>51</sup>.

#### **e) Descanso Semanal**

Este derecho se manifiesta a través de la limitación de la jornada (diaria) y del descanso en la semana.

La limitación de la jornada diaria está reconocida por la ya centenaria, ley 5.350 de 17 de noviembre de 1915 y supone el límite de ocho horas de labor diaria. En cambio el descanso semanal lo está por la propia Constitución de la República, sin especificar su duración, pero su goce los días sábados y domingos es la práctica habitual<sup>52</sup>.

#### **e) Licencia anual y por enfermedad**

Está íntimamente relacionada con el Derecho al Descanso y se fundamenta en la higiene física y mental del funcionario. Su extensión mínima es de veinte días anuales más un suplemento por antigüedad de un día cada cuatro años de trabajo después del quinto año de servicio.

49 Cassinelli Muñoz, Horacio. “Derecho Público” ...página 434.

50 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ... páginas 197.

51 Cassinelli Muñoz Horacio “Derecho Público”...páginas 434 y 435.

52 Conforme Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. Obra citada, página 236.

La licencia por enfermedad es aquella que se motiva en la enfermedad del funcionario y ha sido debidamente justificada por los servicios competentes.

#### **f) Condiciones de suspensión y traslado.**

Abarca las disposiciones atinentes al procedimiento disciplinario y a la movilidad del funcionario entre los diversos sectores del organismo en el cual presta funciones.

En efecto, los funcionarios podrán ser suspendidos preventivamente mientras se sustancia el procedimiento disciplinario destinado a determinar su eventual responsabilidad administrativa en un caso puntual.

A su vez, una vez finalizado el procedimiento disciplinario, de encontrarse responsable al funcionario, este será pasible de una sanción la que podrá ser una suspensión ya no preventiva sino correctiva.

Asimismo el procedimiento disciplinario establecerá la calificación del grado de la culpa y la gradualidad de las sanciones que variarán desde la observación hasta la destitución.

El procedimiento disciplinario debe cumplir estrictamente con las disposiciones del art. 66 de la Constitución de la República que consagra una garantía dentro del procedimiento administrativo (es decir en forma previa a adoptar una eventual resolución que le cause perjuicio), disponiéndose que ninguna investigación culminará sin otorgar vista al interesado.

En cuanto a las condiciones de traslado refiere a la potestad que tiene la Administración de determinar el cambio de destino físico de un funcionario y las garantías que este procedimiento debe tener.

#### **g) Obligaciones funcionales**

Refiere al conjunto de obligaciones que como tal es sujeto el funcionario público, siendo una especie del género “deber” conjuntamente con las prohibiciones e incompatibilidades.

Cristina Vázquez, ha definido al “deber” como: “...una de las situaciones jurídicas pasivas, de desventaja o gravamen que limitan la esfera jurídica del sujeto que, para el caso de este análisis, es el funcionario público. Y su contenido puede implicar hacer algo en interés de un tercero o para que prevalezca un interés propio, no hacer algo, o soportar la actuación de un tercero”<sup>53</sup>.

Por su parte, Correa Freitas sintetiza las obligaciones de la siguiente manera: “son las acciones positivas, las cosas que deben de hacer los funcionarios en el ejercicio de la función pública y aún observar en la vida privada, como por ejemplo el deber de lealtad a la Administración o el deber de reserva”<sup>54</sup>.

53 Vázquez Cristina “Deberes de los funcionarios públicos en el Estatuto del Funcionario de la Administración Central” Revista Derecho del Trabajo Enero – Marzo 2014 Editorial La Ley, cita online: UY/DOC/44/2014 (página 2 cita online).

54 Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. Obra citada página 217.

Rodríguez Arana – Muñoz, señala que existe un “...plus de responsabilidad que gravita sobre el trabajo al servicio de las Administraciones, encierra una fuerte carga de dimensión ética. En efecto el trabajo al servicio objetivo de los intereses generales implica una serie de características como imparcialidad, honestidad o integridad entre otras cosas...”<sup>55</sup>.

El Estatuto del Funcionario, aprobado en la ley 19.121 en su art. 29 establece las siguientes obligaciones:

“Los funcionarios deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones:

- 1) Respetar y cumplir la Constitución de la República, las leyes y disposiciones reglamentarias.
- 2) Desarrollar sus funciones, atribuciones y deberes administrativos, con puntualidad, celeridad, economía, eficiencia y cortesía.
- 3) Dar cumplimiento a las determinaciones de sus superiores jerárquicos. Si el funcionario entendiere que lo que se le ordena es contrario al derecho o a las normas de ética, podrá pedir a su jerarca que se le reitere la orden por escrito.
- 4) Desarrollar las iniciativas que sean útiles para el mejoramiento del servicio.
- 5) Cumplir con la jornada laboral establecida, dedicando la totalidad del tiempo de la misma al desempeño de sus funciones, sin perjuicio del descanso intermedio establecido en el inciso primero del artículo 6° de la presente ley.
- 6) Atender debidamente las actividades de formación, capacitación y efectuar las prácticas y las tareas que tales actividades conlleven, las que se procurará se realicen en el horario de trabajo.
- 7) Mantener reserva sobre asuntos e informaciones conocidos en razón de su función, aun después de haber cesado en la relación funcional.
- 8) Vigilar y salvaguardar los intereses, valores, bienes, equipos y materiales del Estado principalmente los que pertenezcan a su área de trabajo o estén bajo su responsabilidad.
- 9) Actuar imparcialmente en el desempeño de sus tareas dando trato y servicio por igual a quien la norma señale, sin discriminaciones político-partidarias, de género, religioso, étnico o de otro tipo, absteniéndose de intervenir en aquellos casos que puedan dar origen a interpretaciones de falta de imparcialidad.
- 10) Responder por el ejercicio de la autoridad que les haya sido otorgada y por la ejecución de las órdenes que imparta.
- 11) Declarar por escrito su domicilio real y comunicar en la misma forma todos los cambios posteriores del mismo, teniéndose al declarado como domicilio real a todos los efectos.
- 12) Denunciar ante el respectivo superior jerárquico y si la situación lo amerita ante cualquier superior, los hechos con apariencia ilícita y/o delictiva de los que tuvieren conocimiento en el ejercicio de su función.”

<sup>55</sup> Rodríguez Arana Jaime, “Los deberes del personal al servicio de las Administraciones Públicas.” En Revista Andaluza de Administración Pública 60/2005 Octubre – Noviembre – Diciembre. Instituto Andaluz de Administración Pública. Universidad de Sevilla, página 119, (<http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/descarga?up=21275>)

## h) Prohibiciones e Incompatibilidades.

Constituyen respectivamente aquellas conductas prohibidas a los funcionarios, y las situaciones jurídicas incompatibles con la condición de servidor público.

En el elenco de prohibiciones e incompatibilidades desarrolladas en el Estatuto del Funcionario aprobado por la ley 19.121, en su artículo 30, encontramos las siguientes:

*“1) Realizar en los lugares y horas de trabajo, toda actividad ajena a la función, salvo las correspondientes a la libertad sindical en las condiciones establecidas en la normativa vigente, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie.*

*2) Constituir agrupaciones con fines proselitistas, utilizando el nombre de la repartición, o invocando el vínculo que la función determina.*

*3) Tramitar asuntos como gestores, agentes o corredores, y, en general, tomar en ellos cualquier intervención que no sea la correspondiente a los cometidos del cargo o función de la repartición en la que revista.*

*4) Intervenir en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en la atención, tramitación o resolución de asuntos que impliquen un conflicto de intereses.*

*5) Hacer indicaciones a los interesados respecto de los profesionales universitarios, corredores o gestores, cuyos servicios puedan ser requeridos o contratados.*

*6) Solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función, excepto atenciones de entidad razonable que se realicen por razones de amistad, relaciones personales o en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan.*

*7) Disponer o utilizar información previamente establecida como confidencial y reservada con fines distintos a los de su función administrativa.*

*8) Utilizar, sin previa autorización, documentos, informes y otros datos, salvo que el ordenamiento jurídico permita su uso sin limitaciones.*

*9) Actuar bajo dependencia directa dentro de la misma repartición u oficina de aquellos funcionarios que se vinculen por lazos de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad y afinidad, matrimonio o unión concubinaria. Los traslados necesarios para dar cumplimiento a lo previsto en el inciso anterior, no podrán causar lesión de derecho alguno, ni afectar su remuneración.”*

Por su parte en las “Normas de Conducta de la Función Pública” aprobadas por el Decreto del Poder Ejecutivo 30/003 de 23 de enero de 2003 se establecieron las siguientes prohibiciones e incompatibilidades:

- a) prohibición de contratar con el organismo público al que pertenecen; prohibiciones de intervenir en razones de parentesco;
- b) prohibición de relaciones con actividades controladas;
- c) prohibición de relaciones con actividades vinculadas;

- d) prohibición de recibir regalos y otros beneficios;
- e) prohibición de comunicaciones telefónicas y uso de teléfonos celulares; prohibición de uso indebido de fondos;
- f) prohibición de revistar en la misma oficina por razones de parentesco, prohibiciones de uso indebido de bienes públicos;
- g) prohibición de proselitismo de cualquier especie.

### **i) Recursos Administrativos**

Corresponde al derecho de los funcionarios de interponer recursos administrativos contra las resoluciones que adopte la administración de acuerdo a las disposiciones constitucionales (arts. 317 y siguientes). En tal sentido el Decreto 500/991 de 27 de setiembre de 1991 que establece el “Procedimiento Administrativo”, en su artículo 152 dispone: *“Podrán interponer recursos administrativos, los peticionarios y las personas que se consideren directamente lesionadas en sus derechos o intereses por el acto administrativo impugnado”*.

En consecuencia un funcionario que se desempeñe en el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Ente Autónomo o Servicio Descentralizado que se considere lesionado por un acto administrativo podrá interponer Recurso de Revocación contra quien adoptó el acto, y para el caso que éste estuviese sometido a jerarquía también podrá interponer en forma subsidiaria el Recurso Jerárquico contra el jerarca máximo del órgano. Para el caso de que se tratase de un Servicio Descentralizado deberá sumar a los dos expresados el Recurso de Anulación ante el Poder Ejecutivo.

Los funcionarios de los Gobiernos Departamentales podrán interponer Recurso de Reposición contra quien adoptó el acto y Recurso de Apelación contra el jerarca del organismo.

Asimismo debe tenerse presente que de acuerdo con el art. 66 de la Constitución de la República se consagra el derecho al debido proceso, el cual debe de ser cumplido y respetado durante la sustanciación del recurso administrativo.

Finalmente corresponde decir que la interposición de los recursos administrativos en tiempo y forma (*“agotar la vía administrativa”*), constituye un requisito de admisibilidad para tener legitimidad para solicitar el control jurisdiccional de los actos administrativos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración confirmase el acto, o en su no se pronunciase dentro de los plazos previstos por la norma, el recurrente en tanto sea titular de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo queda habilitado para accionar la nulidad del acto ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo dispuesto por el art. 309 de la Constitución de la República.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> De acuerdo a lo dispuesto por la ley 17292 de 25 de enero de 2001 arts. 40 y siguientes, los plazos de que dispone la Administración para pronunciarse son de 150, 200 o 250 días según se hayan interpuesto uno, dos o tres recursos administrativos.

Dicho órgano apreciará la legalidad del acto, en tanto no haya contrariado una regla de derecho o hubiese sido adoptado con desviación de poder, teniendo competencia para confirmar el acto o anular dicho acto pero no modificarlo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 311 de la Carta, se establece con criterio general el fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo solo tiene efectos para el caso concreto, sin perjuicio de la potestad de que el mismo tenga efectos generales para el caso de que sea en interés de la regla de derecho o buena administración.

#### 4. NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

##### 4.1 Aproximación a la noción de Negociación Colectiva

La negociación colectiva constituye uno de los pilares (conjuntamente con la huelga y los sindicatos) sobre el cual se cimienta el principio de Libertad Sindical, piedra angular sobre la cual se desarrolla el denominado “Derecho Colectivo del Trabajo” o también llamado “Derecho Sindical”.

Es el proceso a través del cual los actores colectivos del mundo del trabajo interactúan, a efectos de regular en forma autónoma las condiciones de trabajo, estableciendo condiciones generales tanto sea en el sector privado como en el público.

Palomeque lo ha definido como el *“conjunto de relaciones y procesos de acercamiento y diálogo en cuyo seno la autonomía colectiva de los grupos antagonistas sociales (organizaciones de trabajadores y empresarios) produce el convenio colectivo. O, por decirlo en términos del Convenio 154 OIT (1981), sobre el fomento de la negociación colectiva, cuantas negociaciones “tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores y una organización o varias de empleadores por una parte, con el fin de a) fijar las condiciones, de trabajo y empleo, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”*<sup>57</sup>.

Por su parte el Convenio Colectivo *“es la expresión formal del acuerdo alcanzado en la negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios, en virtud de su autonomía colectiva, para regular las condiciones de trabajo y en general, las relaciones de los trabajadores y de los empresarios. Su naturaleza jurídica (delimitada por su función y estructura) es compleja. F. Carnelutti pudo decir, con acierto, que el convenio colectivo es un “hibrido jurídico que tiene cuerpo de contrato y alma de ley”, y Duguit afirmaba que se trataba de una “ley de la profesión”...*”<sup>58</sup>.

La negociación colectiva tiene su sustento en el denominado *“pluralismo jurídico”*, que supone aceptar que el poder normativo no es potestad absoluta y única del Estado, sino que también los particulares ejerciendo la autonomía colectiva tienen la capacidad de adoptar normas con carácter general.

57 Palomeque López, Carlos Manuel. “Curso Introductorio de las Relaciones Laborales - Selección de Lecturas a cargo de Oscar Ermida Uriarte” Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1996 página 191

58 Monereo Pérez, José Luis y otros en “Manual de Empleo Público” Editorial Comares Granada España 2010, página 308.

Al consolidarse los Estados modernos, primó una concepción monista del Estado, según el cual éste era el único que tenía la capacidad de dictar normas con carácter general y abstracto, la misma se afianzó con la revolución francesa, siendo la denominada “*ley de Chapelier*” (aprobada en Francia en 1791) un claro ejemplo de ella.

El comienzo no fue fácil, así Pérez del Castillo señala: “*Frente a sus primeras reivindicaciones, el fenómeno sindical estuvo prohibido. Así por ejemplo, a lo largo del Siglo XIX los tribunales norteamericanos estuvieron castigando a los sindicalistas por el delito de conspiración contra la libertad de comercio*”<sup>59</sup>.

Posteriormente con el desarrollo industrial, y la aparición de la denominada “*cuestión social*” y su respuesta en la llamada “*legislación obrera*” se comenzó tolerando, para posteriormente legitimar y promover el surgimiento en la actividad privada, de sujetos colectivos (asociaciones, sindicatos) con la capacidad de generar normas jurídicas a través de la negociación colectiva con carácter más o menos general (convenios colectivos) que cohabitaban con aquellas de carácter heterónomo que provenían del Estado (leyes, reglamentaciones).

#### **4.1.1 Modelos de Negociación Colectiva en el Sector Público.**

Racciatti identifica tres modelos de negociación colectiva en el Sector Público: a) Acuerdos sin valor jurídicos, b) Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo, y c) Convenios colectivos validos de pleno derecho.<sup>60</sup>

##### **a) Acuerdos sin valor jurídico.**

Este primer modelo es aquel llamado “*pactos de caballeros*”, en el cual las partes tienen una resistencia a la celebración formal de un convenio colectivo, se admite el proceso de la negociación pero no su resultado el cual queda supeditado a una decisión de la Administración (unilateral) de plasmar lo negociado, asumiendo el compromiso de obrar en consecuencia, siendo las obligaciones contraídas de naturaleza política y no jurídica.

##### **b) Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo.**

En este modelo el convenio tiene sí valor jurídico, pero es únicamente una parte de un proceso complejo en el cual primero se celebra el acuerdo, el cual queda supeditado a la aprobación del órgano competente para que tenga valor jurídico. El ejemplo más común es que lo pactado en el convenio colectivo sea reflejado en el Presupuesto del organismo correspondiente.

Esta diferencia fundamental con lo que sucede en la actividad privada se cimienta en razón del interés público que justifica la actividad estatal.

##### **c) Convenios colectivos válidos de pleno derecho.**

59 Pérez del Castillo, Santiago. “Introducción al Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo” Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo, 1995 página 34.

60 Racciatti, Octavio. “Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública” en “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo”. Cuadernos Facultad de Derecho. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1994 páginas 62 a 66.

En este último modelo el convenio colectivo tiene valor jurídico sin ningún tipo de condicionantes, generando obligaciones para las partes una vez suscrito.

La vigencia de cada uno de estos modelos dependerá de circunstancias históricas, así como de la materia negociada. En efecto el primer modelo denominado “pacto de caballeros”, será el propio de los inicios de la negociación colectiva en el sector público en la cual no se le reconocía valor jurídico. En tanto la vigencia de los otros dos modelos dependerá más del objeto de la negociación. En efecto en aquella materia en que no hubiese restricciones presupuestales o estatutarias, los convenios tendrán valor de pleno derecho, y para el caso de que existieran límites formales se deberá acudir al modelo llamado convenios con eficacia condicionada.

#### 4.1.2 Evolución de la Negociación Colectiva en el Sector Público.

El derecho colectivo del trabajo nació en el seno del trabajo industrial. En el ámbito estatal su surgimiento fue más tardío y concomitante al momento de que el Estado deja su papel de “Juez y Gendarme” y comienza a participar en las actividades económicas de los países, en especial aquellas industriales y comerciales, que supusieron la incorporación de mayor personal.

Las relaciones colectivas del trabajo en el sector público presentan características y condicionantes que han llevado a que se afirmarse: *“El desarrollo del sindicalismo en la función pública es uno de los hitos, si no el más importante, que han marcado la transformación sustancial del régimen jurídico de los funcionarios que se han producido a lo largo del siglo XX”*<sup>61</sup>.

Supuso fuertes resistencias, es así que se ha dicho: *“Para la mayoría de los autores clásicos del Derecho Administrativo la introducción de la confrontación del interés sindical en el empleo público carece de justificación, pues se considera que es una manifestación de la lucha de clases que solo tiene sentido allí donde existe contraposición de intereses, es decir en la empresa privada, pero no en el empleo público, puesto que el funcionario esta por esencia identificado con el Estado y actúa al servicio del interés general”*<sup>62</sup>.

Resulta sumamente ilustrativo el dato histórico citado por Vázquez Pepe, quien recuerda que el Presidente de Estados Unidos Franklin Roosevelt afirmó que la negociación colectiva en el sector público era *“inconcebible”*<sup>63</sup>.

Monereo Pérez señala: *“Tradicionalmente la fijación de las condiciones de trabajo y, en general, el régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos ha sido el de sometimiento a un régimen de Derecho Administrativo impuesto unilateralmente por el poder público. De este modo se hacía prevalecer la “relación orgánica” del trabajador funcionario con la administración sobre la “relación de servicios profesionales” que efectivamente concurre en la posición jurídica del funcionario y del personal estatutario.*

*Sin embargo, con la expansión de las actividades de las Administraciones públicas a sectores*

61 Sánchez Morón, Miguel. Obra citada, página 253.

62 Sánchez Morón, Miguel. Obra citada página 253.

63 Vázquez Pepe, Rodrigo. Obra citada página 1 (consulta online).

productivos (económicos, sociales, culturales etc-) y la disociación entre empleado público, funcionario público y ejercicio de función o autoridad pública en sentido estricto (es evidente que la mayor parte de los funcionarios no las ejerce), se ha venido produciendo una aproximación entre la condición profesional del empleado y del funcionario y la del resto de los trabajadores. Una vez más pues es necesario diferenciar, dentro del Sector Público de empleo, entre el personal laboral y el personal funcional o en régimen jurídico estatutario del Derecho Público, y autoridades públicas”<sup>64</sup>.

Es así que Ramón Parada y Jesús Fuentetaja señalan: “La negociación colectiva es un elemento contingente, no necesario, del derecho sindical en la función pública que tropieza con la dificultad de suponer un acuerdo sobre materias extra commercium – las retribuciones o la ordenación misma de la función pública- que son competencia de un órgano soberano, el Parlamento, por lo que el gobierno no puede, en principio, pactar sobre ellas como empresarios...”<sup>65</sup>.

Por su parte Luciano Parejo Alfonso expresa: “La negociación colectiva es una conquista histórica de los trabajadores superadora del paternalismo y la imposición en que se había movido el Derecho del trabajo tradicional y que permite a aquéllos consensuar las condiciones de la prestación del servicio. En síntesis, la negociación colectiva de los funcionarios es parte de su estatuto. Su establecimiento o negación se debe realizar en la Ley y en las normas, que dado el modelo de reparto competencial, correspondan”<sup>66</sup>.

En suma, el avance del Estado interviniendo en la vida económica y el aumento consecuente del trabajo en el ámbito estatal hizo aceptar la existencia de la actividad sindical y la negociación colectiva, en definitiva como señala Sánchez Morón “La realidad, sin embargo, suele ser más terca que la dogmática jurídica”<sup>67</sup>.

#### 4.1.3 Evolución de la Negociación Colectiva en el Sector Público en Uruguay.

Biasco comenta el antagonismo inicial de la negociación colectiva y la función pública: “Desde el punto de vista histórico – evolutivo la negociación colectiva en la Administración Pública – como casi todos los institutos vinculados al derecho del trabajo- ha transitado de las etapas de hecho –generalmente extralegales-, a las etapas de derecho.

La idea de una posible negociación entre el Estado y sus funcionarios se vio largamente obstaculizado por una especial y celosa aplicación del importante apotegma constitucional que señala 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”, a cuyo amparo se considera priorizada la función respecto del funcionario; quien de esa manera vio mediatizada la aplicación del principio –también de rango constitucional- que dispone “El trabajo está bajo la protección especial de la ley”.<sup>68</sup>

64 Monereo Pérez, José Luis. Obra citada página 334.

65 Parada, Ramón y Fuentetaja, Jesús. “Derecho de la Función Pública” Open Ediciones Universitarias 3era. Edición Madrid año 2015, página 384.

66 Parejo Alfonso, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo” Tirant Lo Blanch 8va. Edición Valencia 2016, página 1034

67 Sánchez Morón, Miguel. Obra citada pagina 253 y siguientes

68 Biasco, Emilio. “Los Convenios Colectivos en la Administración Pública” páginas 6 y 7 (Consultado Internet en: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/2011-08-15%20ConveniosColectivos.pdf>)

Por su parte Racciatti señala *“El reconocimiento de los derechos de sindicalización de huelga y de negociación colectiva ha sido paulatino, y ha debido enfrentar mayores obstáculos que los que se presentaron para su aplicación en el sector privado. Las objeciones a la aplicación de algunos o de todos estos institutos tienen fundamentos diversos. En algunos casos, se ha señalado que el estado es “el mejor patrón”. Otras veces, se suele aludir a la naturaleza de la relación de empleo público, cuyo carácter excluiría la aplicación de institutos originados en el sector privado que suscitan un “conflicto de lealtades” en detrimento del interés público y de la fidelidad y neutralidad del servidor del estado.”*<sup>69</sup>

Zapirain identifica cinco grandes etapas en las relaciones colectivas en el sector público en nuestro país<sup>70</sup>.

**a) Etapa Inicial.** Ubicada entre los años 1930 y 1950, es una época caracterizada por la incipiente industrialización del país, la migración del campo a la ciudad, la incorporación de la mujer a la actividad laboral, el aumento de las actividades terciarias tanto sean estatales como privadas. El número de servidores públicos oscila entre las 46.000 y 50.000 personas.

En esta etapa hay una transformación del sindicalismo en nuestro país *“...se pasa del “sindicalismo de oficio” estructurado en torno a un oficio o profesión al “sindicalismo de masa” que nuclea al trabajador con independencia de su profesión u oficio, donde prima la organización por rama o sector de actividad. Un sindicalismo con finalidad dualista, que combina la acción sindical con la negociación y la presión política.”*

Es en esta época que surgen las asociaciones o sindicatos de funcionarios públicos: Asociación de Bancarios del Uruguay (AEBU, 1942) la que nuclea a privados y públicos, Federación Uruguaya de Magisterio (FUM, 1942), Asociación de Funcionarios Judiciales (AFJU, 1943), Federación de ANCAP (FANCAP, 1944), Federación de Funcionarios de OSE (FFOSE, 1946), Asociación de Empleados y Obreros Municipales (ADEOM, 1947), Sindicato Único de la Administración Nacional de Puertos (SUANP, 1948), Unión de Funcionarios Docentes y Administrativos de UTU (UFDAUTU, 1948) y la Agrupación UTE (AUTE, 1949).

**b) Segunda Etapa.** Se sitúa entre 1950 y 1973. Esta marcada por el comienzo de los problemas económicos que atravesó el país y las tensiones sociales y políticas que culminaron con la ruptura institucional.

El relacionamiento entre las organizaciones de empleados públicos y el Estado, era puntual y a través del conflicto, especialmente en ocasión de la discusión y tratamiento del Presupuesto Nacional. Si bien existía una tradición de contactos y dialogo informal, era casi nula la negociación colectiva en el sector, más allá de acuerdos puntuales destinados a poner fin a los conflictos.

<sup>69</sup> Racciatti, Octavio. “El derecho del trabajo en el sector público”, ... página 761.

<sup>70</sup> Zapirain, Héctor. “Las Relaciones Colectivas de Trabajo en el Estado. Evolución Reciente” en XXVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Punta del Este 2015 Fundación de Cultura Universitaria. Páginas 206 a 209.

No obstante se advierte el germen de la negociación colectiva forma permanente, en oportunidad de la discusión del Presupuesto correspondiente al gobierno que se iniciaba en el año 1967, oportunidad en que se suscitaban negociaciones también informales que finalmente quedaron trunca.

**c) Tercera Etapa.** Es aquella que transcurre durante el gobierno de facto y se caracterizó por la prohibición y persecución del movimiento sindical e intentos de reglamentación de los derechos colectivos.

**d) Cuarta Etapa.** Es la que se ubica entre 1985 (reinstitutionalización democrática) y el 2005. En primer término desde el punto de vista normativo se ratificaron los Convenios de la OIT 151 y 154 referentes a la negociación colectiva. Se retomó la práctica del diálogo y entre el gobierno y las organizaciones sindicales de funcionarios públicos.

En especial a partir de 1990, con el gobierno del Dr. Lacalle de Herrera comienzan procesos de negociación con importantes sectores de funcionarios públicos.

Racciatti destaca algunos acuerdos suscritos en el ámbito del sector público en estos años:<sup>71</sup>

- Decisión negociada sobre la recomposición y regularización de carreras de los funcionarios del Instituto Nacional de Colonización (INC).

Las resoluciones del INC que dispusieron dicho acuerdo, fueron impugnadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien desestimó la acción señalando: *“La actora impugnó esta resolución, porque a su juicio desconocía el art. 28 del Estatuto del Funcionario, que establece que los ascensos deben hacerse por antigüedad calificada y por haber ingresado con posterioridad a 1974 y carecer de calificaciones, quedaría relegada en futuras promociones. Olvida la actora, que el procedimiento seguido en el caso fue propuesto por la A.F.I.N.C.O, gremial representativa de los funcionarios del Organismo, conforme a lo dispuesto por el C.I. No. 151, ratificado por la ley No. 16.039 de 8/5/89, como única manera de superar el caos anterior a 1985...”*<sup>72</sup>.

- Convenio entre los Diques del Estado y la Asociación de Trabajadores Civiles de Diques del Estado de 17 de marzo de 1993. Se acuerda Salario y una Cláusula de Paz.
- Convenio entre el Sindicato Único de la Administración Nacional de Puertos, el PIT – CNT, la Administración Nacional de Puertos, y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 17 de junio de 1992, sobre la cuota médica, redimensionamiento del servicio médico, no redistribución compulsiva del personal fuera del organismo, cláusula de paz y otros aspectos incluso salariales.
- Convenio Laboral UTE – AUTE celebrado el 22 de julio de 1993 que constituye un verdadero estatuto de relaciones laborales aplicables en dicho organismo.

71 Racciatti, Octavio. “Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública” en “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo”... páginas 80 y siguientes.

72 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 820 de 4 de agosto de 1993, dictada en autos caratulados “García De Souteras, María Cristina con Instituto Nacional de Colonización. Acción de Nulidad” Ficha No. 516/91.

- Convenio celebrado entre la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Mesa Sindical Coordinadora de Entes el 27 de diciembre de 1993, que tiene por objeto el ajuste salarial de las siguientes empresas públicas: AFE, ANCAP, ANP, ANTEL, Compañía del Gas de Montevideo, INC, OSE y UTE.
- Convenio entre el Banco de Previsión Social y Asociación de Trabajadores de la Seguridad Social en 1993. La celebración de este convenio en particular constituye un ejemplo de las dificultades para aceptar la negociación colectiva en el sector público motivándose que se aprobase dos disposiciones legales a efectos de determinar la competencia para negociar colectivamente <sup>73</sup>.
- También se suscribieron acuerdo en el ámbito de los Gobiernos Departamentales Maldonado, el 28 de junio de 1991 y Canelones el 30 de setiembre de 1991.
- En 1998 en el ámbito de la Banca Oficial que incluye al Banco de la República Oriental del Uruguay, Banco Central del Uruguay, Banco de Seguros del Estado y Banco Hipotecario del Uruguay, se celebra el primer “autodenominado” convenio colectivo que recoge una serie de “Actas de Acuerdo” que se venían celebrando desde el año 1991.

e) **La Quinta Etapa.** Discurre a partir del año 2005 acompañando el cambio político ocurrido en el país y se caracteriza por el fomento de la negociación colectiva general y en el sector público, destacándose la aprobación de la ley 18.508 de 26 de junio de 2009.

#### 4.1.4 Contexto Iberoamericano.

Se señala el grado de desarrollo de la negociación colectiva en el sector público, en algunos países de la comunidad iberoamericana.

En **España** se distinguen dos clases de empleados públicos con diferente régimen jurídico, los funcionarios públicos a quienes se les aplica el Derecho Administrativo y el personal laboral a quien le rige el Derecho del Trabajo <sup>74</sup>.

El derecho a la negociación colectiva del “*personal funcional*” tiene su fuente no en la Constitución, sino en la ley más precisamente en el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado en el año 2007. Este derecho se reconoce a todos los funcionarios públicos con excepción de los: Jueces, Magistrados y Fiscales, miembros de las Fuerzas Armadas y miembros de las Fuerzas de Seguridad, pero si a los cuerpos de Policía Local.

La ley remite a cuatro tipos de materias a negociar: a) materia negociable sin eficacia jurídica por existir una reserva de la ley material, b) materia negociable con eficacia jurídica pero con carácter de propuesta, c) materia negociable con eficacia jurídica pero con criterios generales, a vía de ejemplo: el acceso, la carrera, la provisión, calificaciones, planificación de recursos humanos, evaluación de desempeño, capacitación, prestacio-

<sup>73</sup> Las normas que se aprueban son el art. 224 de la ley 16.462 y la ley 16.560 las cuales se desarrollarán en el punto 3.6.2 del presente trabajo.

<sup>74</sup> Sala Franco, Tomás. “La negociación colectiva de los empleados públicos en España” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. Valencia España 2013 páginas 184 a 191.

nes sociales, acción social, ofertas de empleo público, y d) materia negociable con eficacia jurídica y sin limitaciones: determinación de retribuciones a funcionarios, planes de previsión complementaria, protección de riesgos laborales, calendario laboral (horarios, jornada, vacaciones, permisos, movilidad geográfica etc).

Se excluye de la negociación: las potestades de organización de la Administración de organización salvo que afecten a los funcionarios en sus condiciones de trabajo, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, las condiciones de trabajo del personal directivo, los poderes de dirección y control, la determinación concreta en cada caso de los sistemas de acceso al empleo público.

Se impone asimismo que los convenios deberán determinar el ámbito de aplicación personal, espacial, y temporal, así como la implementación de comisiones de seguimiento de su ejecución.

En **Argentina**, primaron las teorías que establecían que el Estado era quien forma unilateral fijaba las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, no obstante en los últimos años y en forma posterior a la reinstitucionalización democrática de 1983 se ha registrado la aceptación de la negociación colectiva en el Estado, aprobándose en 1992 la ley No. 24.185 referente a la negociación colectiva en el Sector Público. En la reforma Constitucional de 1994 el artículo 14 bis eleva el rango jurídico de la misma <sup>75 76</sup>.

En cuanto al contenido de la ley es suficientemente amplio para el pleno desarrollo de la autonomía de las partes, con la limitante impuesta por el orden legal que deja “fuera” de la negociación colectiva: la estructura orgánica del Estado, las facultades de dirección estatal, y las previsiones constitucionales que garantizan la estabilidad del empleo como el principio de idoneidad como requisito de ingreso.

La autonomía de las partes se podrá entonces desenvolver en ámbito de plena libertad, teniendo como referencia a la norma legal, la cual opera como un “norma mínima” que podrá ser superada a través de la propia negociación colectiva.

La eficacia de los acuerdos alcanzados, está reconocidos por la propia ley que man-

75 Mugnolo, Juan Pablo. “La Negociación colectiva del Sector Público en la República Argentina” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 páginas 30 a 44.

76 El artículo 14 bis de la Constitución de la República Argentina establece: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

data al Poder Ejecutivo instrumentarlo en el plazo de 30 días desde su suscripción, lo cual excluye la necesidad de homologación (control de oportunidad y legalidad) y en consecuencia supondría un mayor grado de intervención estatal.

En **Brasil**, se parte de una estructura organizacional que requiere realizar las siguientes precisiones para su comprensión. Debe distinguirse: a) Administración Pública directa que es en la cual están los servicios integrados a la estructura misma del Estado (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial); b) Administración Pública indirecta se conforma con instituciones dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio que constituyen una suerte de descentralización y adquieren formas de entidades autárquicas, fundaciones públicas, las empresas públicas y las sociedades de economía mixta<sup>77</sup>.

Asimismo el personal tiene dos regímenes: a) el personal laboral de las empresas públicas y sociedades de economía mixta sometidos al Derecho del Trabajo, y b) el personal funcional de la Administración Pública Directa y las entidades autárquicas y fundaciones públicas que ser rigen por el Derecho Administrativo.

Si bien el artículo 37 de la Constitución de Brasil, en sus apartados VI y VII reconoce el derecho a la sindicalización y huelga de los funcionarios de la Administración Pública directa y fundaciones públicas de la Administración Pública indirecta, el derecho a la negociación colectiva en el sector público “*strictu sensu*” no es reconocido, ni tampoco existen disposiciones sobre acuerdos o convenios colectivos celebrados con el personal funcional. En tal sentido tanto el Supremo Tribunal Federal, como el Tribunal Superior de Trabajo han señalado que la fijación de salarios del personal funcional no puede ser objeto de convenio colectivo y que las entidades autárquicas y fundaciones públicas de Administración Pública indirecta no tienen garantizado el derecho a la negociación colectiva.

En cambio el personal de las empresas públicas, y las sociedades de economía mixta tienen reconocido el derecho a la negociación colectiva. En efecto la propia Constitución de la República (artículo 7 apartado XXVI) prevé como derecho fundamental de los trabajadores el “reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo”, extendiéndose este derecho a los trabajadores de las empresas públicas y sociedades de economía mixta, con determinadas restricciones que obligan a una negociación sujeta a revisión constante y cláusulas económicas sujetas a determinados indicadores y disponibilidad presupuestaria.

En Brasil la negociación colectiva es subsidiaria de las leyes laborales, por lo cual su función es ampliar el nivel de protección del trabajador, en el ámbito público pueden tratar temas como: participación, carrera del personal, y normas generales del trabajo.

La eficacia de los convenios colectivos alcanza a todos los trabajadores comprendidos en la unidad de negociación a partir de los tres días de su depósito en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>77</sup> García Schwarz, Rodrigo. “La negociación colectiva en el sector público en Brasil” en La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 páginas 53 a 70.

Como se expresó el personal de la Administración Pública directa y las entidades autárquicas no tiene un reconocimiento jurídico de la negociación colectiva. En efecto si bien tienen derechos a la sindicalización y a la huelga reconocidos en la propia Carta Magna, no existen disposiciones referentes a la negociación colectiva. Los derechos en este ámbito son fijados únicamente a través de la ley.

No obstante en la vía de los hechos *“en innumerables situaciones algunos conflictos de trabajo podrán ser objeto de negociación directa entre el personal funcional y el administrador público. Si no es posible, por ejemplo la fijación de salarios por negociación colectiva, es cierto que, fácticamente, acuerdos sobre normas generales de trabajo (prevención de riesgos laborales, el calendario laboral, los horarios, la jornada, las vacaciones etc) son habituales en el ámbito del sector público stricto sensu, incluso como consecuencia del propio derecho de sindicalización constitucionalmente reconocido al personal funcional”*<sup>78</sup>.

En **Chile**, supone una realidad diametralmente diferente a las enunciadas, en tanto no existe libertad de negociación colectiva en el sector público, la Constitución prohíbe en forma expresa el ejercicio de la huelga a los funcionarios estatales y municipales; sin perjuicio de lo cual en la vía de los hechos existen negociaciones de carácter informal que generan acuerdos y protocolos que hacen de convenios colectivos<sup>79</sup>.

En **México** la negociación colectiva está reconocida para los trabajadores al servicio del Estado, en la propia en el histórico artículo 123 de la Constitución y la legislación complementaria, con un esquema de negociación instaurado desde principios del siglo XX, y por el cual se deja un margen muy estrecho para la participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones de trabajo, pero que es superado en la vía de la realidad<sup>80</sup>.

Es así que se ha señalado: *“El acto jurídico en el cual se plasman las condiciones de trabajo en el Sector Público mexicano toman el nombre de Condiciones Generales de Trabajo (CGT en lo sucesivo): esta expresión tiene un significado amplio, al referirse de manera general a todas las condiciones, prestaciones y derechos que forman parte de la relación laboral de un trabajador del Estado; sin embargo desde un punto de vista estricto, tal y como aquí lo asumimos, las CGT son el documento en el cual se plasman y reconocen legalmente derechos y normas de funcionamiento de la relación laboral de estos trabajadores. Se trata de un documento que debe de cumplir ciertas formalidades para su plena validez, y el cual, por lo menos formalmente es el resultado de un proceso de negociación entre un sindicato y los funcionarios de la dependencia pública en donde se aplica, pero que presenta características singulares”*<sup>81</sup>.

En cuanto a los contenidos de la negociación, la ley “remite” al ámbito negocial los siguientes temas: intensidad y calidad del trabajo, prevención de riesgos laborales, disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas, fechas y condiciones en que se realizarán

78 García Schwarz, Rodrigo. Obra citada página 70.

79 Vázquez Pepe, Rodrigo. Obra citada pagina 5 (cita online).

80 Reynoso Castillo, Carlos. “La negociación colectiva en el sector público en México” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 página 244.

81 Reynoso Castillo, Carlos. Obra citada página 246.

exámenes médicos a los trabajadores y trabajos calificados como insalubres. No obstante en la vía de los hechos la negociación “*va más allá...*” de los límites fijados por la ley, y así se pueden encontrar las siguientes materias: estabilidad laboral, cláusulas sobre condiciones de trabajo (jornada, descanso semanal, vacaciones), derechos y obligaciones de las partes, apoyo económico y social a los trabajadores, salario, relacionamiento con el sindicato<sup>82</sup>.

En **Perú** la función pública está regulada en la Constitución de la República en función del principio de jerarquía, y el régimen de la negociación colectiva del sector público tiene rango de ley<sup>83</sup>.

Al no encontrarse la previsión expresa que reconozca el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Carta fundamental la doctrina se encontraba dividida en cuanto a la procedencia de ese derecho a los servidores públicos. No obstante el Tribunal Constitucional se pronunció en el año 2005 en estos términos: “...la Constitución reconoce los derechos de sindicalización y huelga a los trabajadores, derechos que también son aplicables a los empleados públicos con las limitaciones que la propia Constitución establece. Así, el artículo 42 de la Constitución prescribe que se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos, aunque precisando que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza, o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no son titulares de tales derechos”<sup>84</sup>.

En cuanto a la materia de negociación solo puede negociarse las “*condiciones generales de trabajo*”, entendiendo por tales aquellas que facilitan la actividad del trabajador y pueden cubrirse con los requisitos presupuestales existentes, no aquellas que supongan un gasto presupuestal extraordinario. Así es que el Tribunal Constitucional se pronunció en estos términos: “La negociación colectiva en el ámbito laboral implica contrapositiones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical”<sup>85</sup>.

#### 4.1.5 Marco Jurídico – Tratados Internacionales

En primera instancia se analizan aquellas disposiciones contenidas en instrumentos de derecho internacional referentes a la negociación colectiva en el sector público, con la excepción de los Convenios Internacionales del Trabajo que se analizarán separadamente a continuación de este numeral.

**a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 16 de diciembre de 1966 de las Naciones Unidas artículo 8vo (aprobado por ley 13.751 de 11 de julio de 1969).**

82 Reynoso Castillo, Carlos. Obra citada página 248 y siguientes.

83 Ciudad Reynaud, Adolfo y Sánchez Matos, Andrea. “La negociación colectiva de los trabajadores públicos en Perú” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 página 291.

84 Ciudad Reynaud Adolfo y Sánchez Matos Andrea, obra citada página 297.

85 Ciudad Reynaud Adolfo y Sánchez Matos Andrea, obra citada página 302 y siguiente.

*“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:*

*a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*

*b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;*

*c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*

*d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.*

*2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.*

*3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”*

**b) Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como “Protocolo de San Salvador”, suscripto el 17 de noviembre de 1988 artículo 8vo (aprobado por la ley 16.519 de 22 de julio de 1994).**

*“Derechos Sindicales*

*1. Los Estados Partes garantizarán:*

*a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;*

*b. El derecho a la huelga.*

*2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restric-*

ciones que imponga la ley.

3. *Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.*"

**c) Declaración socio laboral del MERCOSUR suscrita en Brasilia el 17 de julio de 2015 artículo 17.1.<sup>86</sup>**

*"Los empleadores o sus organizaciones representativas, incluso los del sector público, las organizaciones representativas de trabajadores, incluso las del sector público, tienen derecho a negociar y celebrar convenios y acuerdos colectivos para regular las condiciones de trabajo, de acuerdo a las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados Partes..."*

**4.1.6 Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo.**

Se señalan los siguientes Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, adoptados en la materia:<sup>87</sup>

**a) Convenio Internacional del Trabajo No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de Sindicalización, del año 1948, artículo 9no.**

*"1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.*

*2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, no deberá considerarse que la ratificación de este Convenio por un Miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio."*

**b) Convenio Internacional del Trabajo No. 98 sobre derechos sindicales y negociación colectiva del año 1949, artículo 4to.**

*"Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo."*

**c) Convenio Internacional del Trabajo No. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de 1978 art. 7mo.**

*"Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las*

86 Esta Declaración Sociolaboral del Mercosur, revisa similar texto aprobado el 24 de diciembre de 1998.

87 Conforme: Racciatti, Octavio, "Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública" en "7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo"...páginas 59 y siguientes.

*condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.”*

**d) Convenio Internacional del Trabajo No. 154 sobre la negociación colectiva de 1981 artículos 2 y 5.2.**

**Artículo 2:** *“A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:*

- a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
- c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”*

**Artículo 5.2.** *“...Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.*

*2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:*

- a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;*
- b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;*
- c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;*
- d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;*
- e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.*

**e) Recomendación No. 159 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de 1978.**

*“1.1 En los países en que existan procedimientos para el reconocimiento de las organizaciones de empleados públicos con miras a determinar las organizaciones a las que han de atribuirse derechos preferentes o exclusivos a los efectos previstos en las partes III, IV o V del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, dicha determinación debería basarse en criterios objetivos y preestablecidos respecto del carácter representativo de esas organizaciones.*

*1.2 Los procedimientos a que se hace referencia en el subpárrafo 1) del presente párrafo deberían ser de tal naturaleza que no estimulen la proliferación de organizaciones que cubran las mismas categorías de empleados públicos.*

2.1 En caso de negociación de las condiciones de empleo de conformidad con la parte IV del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, las personas u órganos competentes para negociar en nombre de la autoridad pública, y los procedimientos para poner en práctica las condiciones de empleo convenidas, deberían preverse en la legislación nacional o por otros medios apropiados.

2.2 En el caso de que existan métodos distintos de la negociación para permitir a los representantes de los empleados públicos participar en la fijación de las condiciones de empleo, el procedimiento para asegurar esa participación y para determinar de manera definitiva tales condiciones debería preverse mediante la legislación nacional o por otros medios apropiados.

3. Cuando se concluyan acuerdos entre la autoridad pública y una organización de empleados públicos, de conformidad con el párrafo 2, subpárrafo 1), de la presente Recomendación, normalmente debería especificarse su período de vigencia o el procedimiento para su terminación, renovación o revisión, o ambas cosas.

4. Al determinar la naturaleza y alcance de las facilidades que deberían concederse a los representantes de las organizaciones de empleados públicos, de conformidad con el artículo 6, párrafo 3, del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, se debería tener en cuenta la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971.”

Racciatti señala: “De ese conjunto de normas, se desprende que la participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de empleo puede efectuarse a través de la negociación o de otros métodos.

Pueden existir varios niveles o formas de participación, desde la simple consulta, hasta la participación institucionalizada u orgánica, pasando por la negociación colectiva.

Entre la consulta paritaria y la negociación colectiva, los límites son difusos, porque los debates en el ámbito de un procedimiento de consulta revisten a veces forma de negociaciones.

En el marco de la administración pública y aun manteniendo la determinación formalmente unilateral de las condiciones de empleo, es posible distinguir situaciones que dan origen a decisiones negociadas, en las cuales, en definitiva es la negociación y no la unilateralidad la que predomina”<sup>88</sup>.

#### 4.1.7 Constitución de la República.

Las disposiciones que forman el marco constitucional de la negociación colectiva en el sector público son los artículos 57, 65 y 72.

En nuestro derecho interno, el derecho a la huelga junto con otros derechos de carácter social está reconocido en la Constitución de la República desde el año 1934 sin distinguir ámbitos de actividad públicos privados.

El texto constitucional vigente consagra el derecho a sindicalizarse y a la huelga en su artículo 57.

<sup>88</sup> Racciatti, Octavio. “Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública” en “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo” ... páginas 61 y 62.

La más distinguida doctrina laboralista considera que si bien en la norma constitucional precitada no está explicitado el derecho a la negociación colectiva, éste va de suyo con una interpretación integral del mismo. En efecto al reconocer la huelga implícitamente se está consagrando los medios de prevención y solución de la misma, entre ellos la negociación colectiva.

Así lo ha expresado Barbagelata expresó: “...no puede olvidarse que la negociación colectiva había recibido consagración constitucional al sancionarse la Carta de 1934. En efecto, si la función inmediata de los sindicatos es la negociación colectiva de las condiciones laborales, cometer a la ley su promoción, como lo hace el inc.1º del actual art. 57, equivale al reconocimiento de la posibilidad y la conveniencia de utilizar ese método para instrumentar la protección del trabajo, para garantizar los derechos de quienes se hallan en una relación de trabajo o servicio, para reglamentar la distribución de las oportunidades de empleo y cualquiera otras materias conexas...”<sup>89</sup>

El mencionado autor destaca la correspondencia directa entre el derecho de huelga y la negociación colectiva ya que no sería comprensible la consagración de ésta (conflicto) sin la inclusión de uno de los medios esenciales y naturales de solución como lo es la negociación colectiva.

Asimismo por ser la negociación colectiva un derecho inherente a la persona humana y a la forma republicana de gobierno por aplicación del art. 72 de la Constitución, adquiere su consagración en la Carta.

Por su parte el artículo 65 establece que dispone que:

*“La ley podrá autorizar que en los Entes Autónomos se constituyan comisiones representativas de los personales respectivos, con fines de colaboración con los Directores para el cumplimiento de las reglas del Estatuto, el estudio del ordenamiento presupuestal, la organización de los servicios, reglamentación del trabajo y aplicación de las medidas disciplinarias.”*

*En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios.”*

La norma transcrita “posibilita amplia y explícitamente la coparticipación entre autoridades y funcionarios en la administración, gestión o gobierno de los distintos organismos públicos involucrados”<sup>90</sup>.

En dicha norma, se pueden apreciar dos partes diferentes: una primera parte destinada a los Entes Autónomos, consistente en la coparticipación y colaboración y una segunda parte destinada a la formación de órganos competentes para actuar ante diferencias que pudiesen acontecer entre en aquellos organismos concesionarios de servicios públicos tanto sean estatales o privados.

89 Barbagelata Héctor-Hugo. “Evolución de la Negociación Colectiva en el Uruguay” en “Estudios sobre la Negociación Colectiva en Memoria de Francisco de Ferrari” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1973 página 485.

90 Biasco, Emilio. Obra citada página 35.

La norma constitucional si bien no ha sido reglamentada, establece el principio de la participación de los trabajadores conjuntamente con las jerarquías a cargo de los organismos.

## **4.2 LEY DE NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO**

### **4.2.1 Apreciaciones preliminares**

El derecho colectivo del trabajo uruguayo, de forma similar a lo que ocurría en el derecho italiano; se caracterizó porque durante muchos años era un modelo abstencionista, es decir por la ausencia de normas que lo regulasen más allá de las disposiciones constitucionales e internacionales, produciéndose una auto - regulación del conflicto “inter partes”<sup>91</sup>.

A partir del año 2005 se produjeron importantes cambios en el sistema de relaciones laborales, al aprobarse leyes que consagran: el fuero sindical para los trabajadores de la actividad pública y privada; un sistema de negociación colectiva general y uno específico para la negociación colectiva en el sector público<sup>92</sup>.

La Ley 18.508 de 26 de junio de 2009 referente a la Negociación Colectiva en el Sector Público instaura un sistema integrado de negociación colectiva, incorporando como suyos los principios y valores establecidos en los instrumentos internacionales.

### **4.2.2 Antecedentes**

#### **a) Ley 16.462 de 11 de enero de 1994, artículo 11**

Constituye el primer antecedente legislativo relevante, por el cual autoriza al Banco de Previsión Social a suscribir convenios con sus funcionarios que incluyan aspectos salariales previo acuerdo con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

#### **b) Ley 16.560 de 19 de agosto de 1994, artículo único**

Ante desavenencias producidas entre el Banco de Previsión Social y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, se adoptó ésta nueva norma por la cual se facultó a dicho Banco a realizar adelantos a cuenta de los convenios celebrados y estableció que para el caso de diferencias con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, éstos acuerdos deberán ser sometidos a ratificación del Parlamento en la próxima instancia presupuestal.

#### **c) Ley 16.736 de 5 de enero de 1996, artículo 739**

Se crea la Comisión Permanente de Relaciones Laborales para la Administración Central, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas,

91 Pessi, Roberto. “Libertá Sindicale, Solidarietá Collettivá e Modello Confederale in Italia” en “Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo” Coordinador por Ermida Uriarte Oscar. Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo 1993, páginas 173 y siguientes.

92 En este período se aprobaron la ley 17940 de 2 de enero de 2006 que consagra el Fuero Sindical; la ley 18566 de 11 de setiembre de 2009 que establece el sistema General de Negociación Colectiva; y la ley 18508 de 26 de junio de 2009 que establece la Negociación Colectiva en el Sector Público.

Corte Electoral y Entes Autónomos y Servicios Descentralizados con la excepción de aquellos que integren el dominio comercial e industrial del Estado, con el cometido de asesorar en materia salarial, condiciones de empleos y demás temas regulados por los Convenios Internacionales del Trabajo.

Los integrantes de dicha Comisión serían cinco: dos representantes del Poder Ejecutivo, dos designados por las organizaciones representativas de funcionarios y uno del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que la presidirá.

**d) Ley 17.566 de 18 de setiembre de 2002, art. 66**

Otorga al Poder Ejecutivo la potestad de autorizar convenios entre las empresas públicas y sus funcionarios a fin de flexibilizar las normas estatutarias atendiendo a razones de “mejor servicio”.

Dicha disposición fue utilizada a efectos de flexibilizar una norma del Estatuto del Funcionario del Banco de la República Oriental del Uruguay, a fin de corregir una inequidad que se producía en el sistema de concursos con funcionarios postergados por razones geográficas.<sup>93</sup>

**e) Decretos del Poder Ejecutivo 104/005 y 113/005 de 7 y 15 de marzo de 2005.**

Asumido el gobierno del Dr. Vázquez el 1 de marzo de 2005, el Poder Ejecutivo adopta una serie de Decretos por los cuales se da una clara señal de cambios en el sistema de relaciones laborales y en especial, en el sector público.

Por el Decreto No. 104/005 de 7 de marzo de 2005 se dispuso convocar a las organizaciones representativas de funcionarios públicos a una mesa de negociación bipartita, a los efectos de instrumentar una regulación marco de negociación colectiva en la esfera estatal, así como negociar salarios y condiciones relacionadas a las prestaciones de funciones en el ámbito de la Administración Pública.

Mediante Decreto No. 113/005 de 15 de marzo de 2005, se instrumenta el antes citado, estableciéndose tres grupos de negociación: **A)** Poder Ejecutivo e Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay; **B)** Incluye a las denominadas “Empresas del Estado” con forma jurídica de Ente Autónomo y Servicio Descentralizado a saber: Instituto Nacional de Colonización, Administración de Ferrocarriles del Estado, Administración Nacional de Combustible Alcohol y Portland, Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas, Primeras Líneas Uruguayas de Navegación Aérea, Administración de las Obras Sanitarias del Estado, Administración Nacional de Puertos, Administración Nacional de Telecomunicaciones y Administración Nacional de Correos; y **C)** Los denominados “órganos de contralor” (Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral, y Tribunal de Cuentas) más los Entes Autónomos de Enseñanza Pública.

Establece además que los grupos A y B se constituirán de la siguiente manera: dos designados por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, dos designados por la Ofici-

<sup>93</sup> Este convenio fue autorizado por Decreto del Poder Ejecutivo de 11 de marzo de 2004.

na Nacional del Servicio Civil, cuatro por las organizaciones sindicales representativas de los funcionarios públicos y un representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que actuará como moderador.

Para el caso del grupo C, se procura guardar una mayor independencia, estableciéndose que cada organismo actuará por separado y la integración será similar a la de los grupos A y B, pero solo habrá un representante de la Oficina Nacional del Servicio Civil y se le sumará uno del organismo involucrado.

Posteriormente se creó un grupo adicional para la Banca Oficial integrado por el Banco Central del Uruguay, Banco de la República Oriental del Uruguay, Banco de Seguros del Estado y Banco Hipotecario.

#### **f) Acuerdo Marco de Negociación Colectiva en el Sector Público.**

Fruto de los grupos de negociación mencionados precedentemente el 22 de julio de 2005 se suscribió el “Acuerdo Marco de Negociación Colectiva en el Sector Público” que constituye una declaración de principios que constituirán el antecedente inmediato de la ley 18.508.

Se reconoce el marco normativo integrado por el artículo 57 de la Constitución de la República, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo de 1998, el Convenio Internacional del Trabajo No. 151 y la Recomendación No. 159 relativos a la protección de los derechos de sindicalización y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, Convenio Internacional del Trabajo No. 154 y Recomendación No. 163 sobre el fomento de la negociación colectiva.

Entre los objetivos a alcanzar, el Acuerdo Marco se propone instrumentar un ámbito de regulación de la negociación colectiva, coordinar los diferentes niveles de la misma y su seguimiento. Asimismo se incluyen dentro de los objetivos: el fuero sindical y libertad sindical, condiciones de trabajo, salud e higiene laboral, capacitación y formación profesional, estructura de carrera funcional, sistema de retribuciones en sus diversas formas, modalidades de contratación y reforma del Estado.

Se establece la obligación de negociar de buena fe y el derecho a la información, a cumplir las normas referentes a condiciones de trabajo, salud e higiene laboral y el respeto a la igualdad de oportunidades.

Asimismo el compromiso a realizar estudios técnicos para la diagramación de la carrera administrativa y debatir la reforma del Estado.

También establece una fórmula de prevención de conflictos, y de interpretación e integración de los mismos, confiriendo la competencia al Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público.

En definitiva los Decretos Nos. 104 y 113/005 y el Acuerdo Marco crearon un sistema de negociación colectiva en el Sector Público, instalando ámbitos formales de negocia-

ción en tres niveles: Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público, sectorial o por rama y por inciso u organismo.<sup>94</sup>

#### 4.2.3 Ámbito de aplicación.

En cuanto al ámbito subjetivo se establece un alcance general que comprende a todos los funcionarios públicos pertenecientes a todos los organismos estatales: Estado Central (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas y Corte Electoral), Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales.

En cuanto a los sectores que presentan especificaciones Panizza señala: *“Las únicas particularidades y exclusiones establecidas por la ley son las previstas en el art. 9 del Convenio No. 87 y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio No 151.*

*De esta manera, la ley 18508 no excluye directamente a las fuerzas armadas, policía y personal superior del derecho a la negociación colectiva sino que se remite a las exclusiones y particularidades previstas en los convenios referidos. Sin embargo, estos Convenios tampoco excluyen o limitan la negociación a los sujetos referidos sino que se establece que será la legislación nacional la que deberá establecerlo.*

*En consecuencia, si bien parecería que la intención del legislador fue excluir o limitar el derecho de la negociación colectiva del personal superior, policías y militares atendiendo a lo que disponen los Convenio No. 87 y 151, no lo dispuso expresamente. En los hechos, en el caso de los policías han existido diversas negociaciones con los múltiples sindicatos que se conformaron a partir del año 2005, los cuales no han estado exentas de dificultades”<sup>95</sup>.*

#### 4.2.4 Principios

Como expresa Racciatti, la ley 18.508 *“...establece un sistema de relaciones laborales en el sector público (art. 1) que no es meramente de negociación colectiva. Es un instrumento de gobernanza de las relaciones laborales no es solo una forma de determinar condiciones de empleo. Se enmarca en principios que gobiernan el sistema. Los principios cumplen una triple función: informadora o inspiradora, normativa e interpretativa”<sup>96</sup>.*

En efecto la misma establece una serie de principios que sustentan al sistema de relaciones laborales en el sector público:

##### a) Reconocimiento expreso de derechos fundamentales

Artículo 1: *“(Principios y derechos fundamentales del sistema de relaciones laborales en el sec-*

94 Bajac, Laura. “La negociación colectiva en el sector público en la República Oriental del Uruguay” en XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo Republica Dominicana, 9 al 12 de noviembre de 2010 consultado internet (<https://www.onsc.gub.uy/onsc1/images/stories/Noticias/PonenciaBajac.pdf>).

95 Panizza, Carolina. “La negociación colectiva en el sector público” en XXVI Jornadas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo 2015, páginas 225 y siguientes.

96 Racciatti, Octavio. “Apuntes sobre la ley 18508 de negociación colectiva en el sector público” en revista Derecho Laboral, Tomo LII No. 236. Fundación de Cultura Universitaria octubre – noviembre de 2009, páginas 827 y 828.

tor público).- *El sistema de relaciones laborales en el sector público está inspirado y regido por los principios y derechos que se desarrollan en el presente capítulo y por los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos (artículos 57, 65, 72 y 332 de la Constitución de la República).*”

La inclusión de esta norma se justifica a fin de otorgarle a la negociación colectiva un marco jurídico superior. Se incluyen los artículos 57 y 65 de la Constitución conjuntamente con el artículo 72 que incluye aquellos derechos “*inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*” y el artículo 332 el cual establece que los derechos reconocidos en la Carta no podrán dejar de aplicarse por falta de reglamentación en cuyo caso deberá de recurrirse a “*los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas*”.

La aplicación conjunta de los artículos 72 y 332 permite aplicar los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.

### **b) Participación consulta y colaboración**

Artículo 2: “*(Participación, consulta y colaboración).- El Estado promoverá de manera efectiva 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.*”

*La participación y la consulta son el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo sobre asuntos respecto de los cuales se ha proporcionado previamente información suficiente, a un nivel adecuado de representación de las partes que permita obtener respuestas suficientes sobre las posiciones adoptadas e incluso alcanzar acuerdos previos a posibles decisiones unilaterales.*”

Se promueven entonces, los grados menores de participación de los trabajadores: colaboración y consulta, dejándose de lado los grados superiores (cogestión, coparticipación), lo cual no resulta admisible en organismos cuyo fin último es la satisfacción del interés general.

En efecto, si bien la búsqueda de la consulta a todos los sectores y construcción de consensos resulta siempre deseable y constituye una manifestación práctica de la “buena administración”; esta tiene sus límites en el interés general cuya satisfacción no se lograría, de “cogestionarse” con intereses sectoriales.

### **c) Promoción de la negociación colectiva.**

Artículo 3: “*(Derecho de negociación colectiva).- Reconócese el derecho a la negociación colectiva a todos los funcionarios públicos con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el artículo 9º del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio N° 151 de la OIT, aprobado por la Ley N° 16.039, de 8 de mayo de 1989.*”

*El Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los*

niveles. A tales efectos adoptará las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos.”

Se reconoce el derecho a la negociación colectiva para todos los funcionarios públicos con las exclusiones previstas en los Convenios Internacionales (ya referidas en el numeral 3.6.3).

Asimismo se mandata al Estado a tener una política de promoción de la negociación colectiva.

#### **d) Obligación de negociar de buena fe.**

Este principio se encuentra en los artículos 4 inciso final y 5.

Artículo 4 inciso final: “Las partes están obligadas a negociar, lo que no impone la obligación de concretar acuerdos.”

Artículo 5to. “(Obligación de negociar de buena fe).- La obligación de negociar de buena fe comporta para las partes los siguientes derechos y obligaciones:

- A) La concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma.
- B) La realización entre las partes de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adecuadas.
- C) La designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata.
- D) El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate.
- E) La realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso.”

La norma impone no solamente la obligación de negociar, sino que esta debe hacerse de buena fe, estableciéndose una serie de derechos y obligaciones que constituyen una serie de “indicios” del comportamiento deseado.

#### **e) Derecho a la Información.**

Artículo 6to “(Derecho de información).- Las partes tienen la obligación de proporcionar, en forma previa y recíproca, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa.

El Estado, a solicitud de las organizaciones representativas de los trabajadores del sector público, deberá suministrar a las mismas toda la información disponible referente a:

- A) Los avances de los proyectos de Presupuesto y Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal.
- B) La situación económica de los organismos y unidades ejecutoras y la situación social de los funcionarios.

C) Los cambios tecnológicos y reestructuras funcionales a realizar.

D) Los planes de formación y capacitación para los trabajadores.

E) Posibles cambios en las condiciones de trabajo, seguridad, salud e higiene laboral.

Con respecto a este principio Panizza ha expresado: “Sin lugar a dudas, la obligación de informar puede esgrimirse como una expresión o materialización del principio de buena fe en la negociación.

*El cumplimiento de este deber ha tenido algunas dificultades en la práctica, en el sentido de que la dinámica de la elaboración de las normas presupuestales, impiden en algunos casos presentar los proyectos con la antelación debida. Este hecho, llevó a que en el año 2011, la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) presentara una Queja ante el Comité de Libertad Sindical por considerar que el Poder Ejecutivo envió al Parlamento el proyecto de Presupuesto 2010 -2014, sin haber negociado las condiciones de trabajo con la organización sindical. En este caso el Comité aceptó las explicaciones brindadas por el Gobierno Uruguayo y señaló que “no puede concluir que no haya habido negociaciones verdaderas”. Sin perjuicio de ello, recomendó que las normas presupuestales que afecten los intereses de los interlocutores sociales sean puestas en conocimiento de las partes en la negociación.*

*A partir del año 2011 en adelante, los avances de los proyectos de Rendiciones de Cuentas han sido presentados por el Poder Ejecutivo en el Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público.”<sup>97</sup>*

#### **f) Formación para la negociación.**

Artículo 7: “(Formación para la negociación).- Las partes en la negociación colectiva adoptarán medidas para que sus negociadores, en todos los niveles, tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada.

Constituye una valoración de la capacitación como factor determinante para el desarrollo de la negociación colectiva y para que esta sea realmente útil y efectiva.

#### **4.2.5 Estructura y Niveles de Negociación.**

La ley de negociación colectiva establece una estructura de la negociación colectiva con dos módulos diferenciados y una serie de niveles.

En efecto a partir del art. 8vo y siguientes se delimitan dos módulos o sectores nítidamente diferenciados:

**a) El primer módulo.** Lo conforma el Poder Ejecutivo, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial e industrial del Estado, es decir toda la estructura del Poder Ejecutivo más las usualmente denominadas “empresas públicas”.

Asimismo y si bien no surge del texto del artículo 10 de la ley 18.508, se incluye en

<sup>97</sup> Panizza Carolina, obra citada página 224.

este módulo a aquellos Servicios Descentralizados que no integran el dominio industrial o comercial del Estado.

La negociación colectiva en este sector se distingue en tres niveles: uno superior, otro por rama o por sector y finalmente por inciso u organismo.

El nivel superior se expresa a través del Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público, órgano que estará conformado por dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (uno de ellos lo presidirá), dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes de la Oficina Nacional del Servicio Civil y dos representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, por una parte, y por otra ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios públicos.

El nivel Sectorial o por Rama se expresa a través de mesas de negociación según las particularidades y autonomías. Se integran con dos representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y dos representantes de la Oficina Nacional del Servicio Civil, más ocho representantes de las organizaciones sindicales de ese sector o rama del sector público. Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados podrán designar delegados.

Actualmente funcionan tres mesas:

- a) Administración Central y Servicios Descentralizados no comerciales e industriales.
- b) Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del tipo comercial e industrial.
- c) Banca Oficial

El tercer nivel, se da en los organismos en particular (incisos), entre sus autoridades y organizaciones sindicales representativas, en el que podrán participar representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Oficina Nacional del Servicio Civil y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien actuará como Mediador.

**b) El segundo módulo** lo integran el resto de los organismos es decir: el Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Gobiernos Departamentales y Entes Autónomos de Enseñanza.

Aquí la negociación colectiva se da a través de Mesas de Negociación que abarcan todos los organismos.

Las Mesas de Negociación se integran con un representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que actuará con el rol de mediador o conciliador, dos representantes del organismo y tres representantes de las organizaciones representativa de trabajadores.

Podrán participar en el rol de asesores, delegados de la Oficina Nacional de Servicio Civil, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas.

En cuanto a la estructuración de la Negociación Colectiva en el Sector Público, el papel del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es analizado por Panizza en la siguiente forma:

*“Según lo previsto en el art. 9 de la ley No. 18508, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es el encargado de velar por la aplicación de la ley y el cumplimiento de los acuerdos y en tal carácter, coordina, facilita y promueve la negociación colectiva en el sector público. A su vez, cumple funciones de conciliación y mediación.*

*En este sentido, ha tenido un rol activo desde la elaboración del acuerdo marco y hasta la aprobación de la ley como coordinador y facilitador en las distintas instancias de negociación en todos los niveles.*

*Debe destacarse que en caso del Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público, y en el caso de las mesas de negociación de rama correspondientes al primer módulo (Administración Central, Mesa de Entes y Banca Oficial), el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social integra a su vez la delegación del Poder Ejecutivo que representa al Estado como empleador; lo cual hace que su rol de articulación sea complejo.*

*Otra cuestión importante a señalar es que las competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito público y privado en general poseen ciertas diferencias. Una de estas diferencias radica en la posibilidad de aplicar multas en caso de incomparecencia a las instancias de negociación. En este sentido, se ha sostenido que el art. 84 de la ley No. 16002 que establece multas por incomparecencia a las audiencias en la Dirección Nacional de Trabajo, se aplica a las empresas privadas y no a los organismos públicos.*

*Por otra parte, en el caso del sector público la no existencia de acuerdo entre las partes implica que el organismo que se trate adoptará las medidas que entienda convenientes en el caso dado. Si bien el Ministerio de Trabajo puede realizar diversos planteamientos a efectos de acercar las posiciones de las partes, no existe posibilidad de que dicha Secretaría presente una propuesta a efectos de esta pueda ser aprobada formalmente por “mayoría”, como si ocurre en el caso de los Consejos de Salarios...”<sup>98</sup>.*

#### **4.2.6 Contenido de la Negociación Colectiva**

El contenido se encuentra regulado por el artículo 4to de la ley que establece una nómina de los temas que pueden ser regulados a través de la negociación colectiva. Ellos son:

- a) Las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral.
- b) El diseño y planificación de la capacitación y formación profesional
- c) Estructura de la carrera funcional
- d) Sistema de reforma de la gestión del Estado
- e) Relaciones ente empleadores y funcionarios
- f) Relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de

<sup>98</sup> Panizza, Carolina. Obra citada páginas 228 y 229

funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden.

Panizza señala: “...la ley realiza una enumeración más detallada que la ley No. 18566 de negociación colectiva en la actividad privada incluyendo una amplia variedad de temas. Si bien no se menciona el salario en forma expresa, se ha entendido que el mismo queda comprendido en la expresión “condiciones de trabajo”. Por su parte, la enumeración que realiza la ley no es taxativa, pudiéndose incluir cualquier otro tema que las partes acuerden incorporar a la agenda”<sup>99</sup>.

#### 4.2.7 La materia salarial

La materia salarial tiene naturaleza eminentemente presupuestal y por lo no integra la materia estatutaria, en consecuencia de lo cual

no forma parte del objeto de este trabajo.

No obstante en razón de su importancia corresponde realizar unas breves apreciaciones sobre la misma ya que ha sido el objeto central y en cierta manera “tradicional” de las reivindicaciones de los movimientos sindicales tanto sea en el ámbito privado como público.

Es así que Pérez del Castillo señala: “...especialmente después de la segunda guerra mundial las organizaciones de funcionarios públicos comenzaron a procurar intervenir en la fijación de sus retribuciones. La idea no era novedosa en algunos países como en Inglaterra y los pertenecientes a la comunidad británica de naciones donde desde muy atrás venían funcionando con existo las Comisiones Whitley, pero sí resultaba n cambio en los países dontre tadionalmente se mantenía el esquema estatutario para regular a los funcionarios públicos.”<sup>100</sup>

En nuestro país no ha sido ajeno a lo expuesto y las reivindicaciones salariaes han sido el compontente central de las luchas sindicales y en el nuevo ordenamiento jurídico, tal como lo señala la Panizza en la cita preseñalada su previsión en la ley 18508 se encuentra en “condiciones de trabajo”.

En el período de negociación estudiado (junio 2009 a diciembre de 2016) se ha encontrado negociación salarial pero especialmente circunspecta a los elementos marginales del trabajo es decir primas, incentivos etc.

En lo que respecta a la negociación colectiva en el sector público, la competencia constitucional para la fijación de la retribucion de los servidores públicos se encuentra en los mecanismos de aprobación de los presupuestos (artículos 86,108, 220, 221, y 273) lo cual constituye un limite a la negociación colectiva en el sector público como se analizará en 4.3.2 del presente.

#### 4.2.8 Integración.

Aquellos aspectos no regulados por una norma jurídica, denominados “vacíos legales”, deben de ser suplidos mediante el proceso denominado integración, de acuerdo

<sup>99</sup> Panizza, Carolina. Obra citada página 226

<sup>100</sup> Pérez del Castillo, Santiago. “La forma de determinar las retribuciones de los trabajadores del Estado” Ponencia oficial a las III Jornadas Rioplatenses de Derecho laboral, Fray Bentos, 28 y 29 de noviembre de 1987, inédito, pág. 25.

con las disposiciones previstas en el artículo 16 del Código Civil en casos que no pueda resolverse con las palabras y espíritu de la ley se deberá acudir a *“las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.”*

La pregunta entonces que debe formularse consiste en: ¿cómo se deben integrar los vacíos que pudiesen existir en la ley 18.508?

Ley 18.566 de 11 de setiembre de 2009, sobre “Negociación Colectiva” constituye una norma de carácter general aplicable a todo el sistema de relaciones laborales, por cuanto consideramos que ante los eventuales “vacíos” que pudiesen existir en la ley 18.508, estos deben de ser cubiertos mediante su aplicación.

Se considera que en función de las disposiciones del artículo 16 del Código Civil, la ley 18.566 constituye una norma “análoga” y por lo tanto debe aplicarse para regular los vacíos explicitados

En particular resulta interesante destacar tres aspectos no regulados en el sector público y sí en las disposiciones de la ley 18.566: la representatividad de los actores sindicales, la vigencia de los convenios en forma posterior a su vencimiento (también llamado ultractividad) y la cláusula de paz.

#### **a) Representatividad de los actores sindicales**

En efecto el art. 14 de la ley 18.566 establece quienes son los sujetos habilitados a suscribir un convenio colectivo, para el caso de que exista más de una organización de trabajadores que se atribuya la representatividad de la categoría, debiéndose optar por aquella que cumpla los criterios de *“antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados”*<sup>101</sup>.

Particularmente interesante resulta la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 508 de 18 de agosto de 2016 dictada en autos caratulados “Asociación de Profesionales y Mandos Medios de UTE c/ UTE. Acción de Nulidad” Ficha 376/2013, en la cual se refirió a los derechos de acceso a la información y negociación colectiva de la organización “menos representativa”. El citado cuerpo expresó: *“...tal como indica la reclamante, más allá de cuál sea el sindicato más representativo dentro de determinado ámbito, todas las organizaciones gremiales tienen derechos mínimos que deben ser respetados. En ese sentido, los derechos a la sindicalización y a la negociación colectiva no admiten limitación, ni se encuentran supeditados a la condición de constituir la organización “más representativa”.*

*En efecto, nuestro sistema jurídico se caracteriza por la pluralidad sindical, y en consecuencia, los referidos derechos colectivos de sindicalización y negociación colectiva no son patrimonio exclusivo de la “organización más representativa” dentro del respectivo ámbito, sino que corresponde a todas las organizaciones colectivas legalmente constituidas, independientemente de que sean o no las más representativas.”*

101 A la fecha de realización del presente trabajo, en organismos como ANTEL y UTE existen dos organizaciones gremiales que agrupan a sus funcionarios.

Asimismo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo a través de su sentencia No. 359 de 23 de mayo de 2017 dictada en autos caratulados: “Rosengurtt García, Ana y otros con Administración Nacional de Telecomunicaciones. Acción de Nulidad” Ficha No. 619/13 procedió a anular una estructura del ente que no había sido consultada sin la participación del sindicato “menos representativo” señalando: “...ante la conculcación del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios reclamantes en tanto sujetos titulares y del interés legítimo reconocido a la organización sindical co-accionante, el Tribunal se ve impedido, en este caso puntual, de examinar los agravios sustanciales esgrimidos.

*Precisamente, porque al aprobarse una reestructura sin la participación de la referida organización sindical en la mesa de negociaciones priva de efectos las soluciones articuladas, por lo que no resulta posible formalizar un **juicio abstracto hipotético y/o conjetural** sobre condiciones generales de trabajo.”*

#### **b) Vigencia del Convenio en el tiempo.**

Por su parte, el art. 17 de la ley 18.566 trata sobre la vigencia del convenio en el tiempo, estableciéndose que las partes podrán pactar su prórroga y procedimientos de denuncia, y en especial se consagra que los convenios colectivos una vez vencidos “mantendrá la plena vigencia en todas sus cláusulas hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya, salvo que las partes hubiesen acordado lo contrario”<sup>102</sup>.

#### **C) Cláusula de Paz**

Por su parte el art. 21 de la ley 18.566 dispone la denominada “obligación de paz” que asumen las partes en cuanto a no adoptar medidas de fuerza sobre los temas acordados en la negociación colectiva, atribuyéndose competencia a la Justicia Laboral.

Esta disposición en particularmente novedosa en tanto atribuye competencia a al Poder Judicial en los denominados conflictos colectivos del trabajo. En el caso estudiado cabe para el caso de que la violación al deber de paz ocurriese en el sector público, si también sería competente la justicia laboral. En su caso y por la especificidad de la norma entiendo de que sí.

#### **4.2.9 El convenio colectivo como regla de derecho**

En nuestro sistema el control de jurisdicción de los actos de la Administración es realizado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conforme a los artículos 309 y siguientes de la Constitución de la República, quien tendrá competencia para anular aquellos actos administrativos que hubiesen sido adoptados con desviación de poder, o en contra de una “regla de derecho”.

El concepto de “regla de derecho” ha sido precisado por el Decreto Ley 15524 de 30 de enero de 1984, en su artículo 23 literal a) en los siguientes términos: “...considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”.

<sup>102</sup> Por este artículo se pone un punto final al debate sobre la denominada “teoría de la incorporación” sostenida por la doctrina laboralista clásica y que se fundamentaba en que el contenido del convenio colectivo vencido “sobrevivía” incorporado a la relación individual de trabajo.

La disposición indicada precedentemente es de carácter amplio incluyendo normas derivadas del poder etatico, como aquellas derivadas del acuerdo de voluntades. En consecuencia los contratos integran el marco de legalidad al que debe ceñirse el accionar de la Administración <sup>103</sup>.

Los contratos son fuente productoras de normas que son vincultantes para las partes, constituyendo reglas de derecho a las que inexorablemente deberán adecuarse los actos administrativos.<sup>104</sup>

Ahora bien aceptado que los contratos son regla de derecho cabe preguntarse ¿también lo son los Convenios Colectivos?.

Entiendo que sí en función de que si bien un convenio colectivo no puede asimilarse a un contrato en sentido estricto, comparte con los contratos el carácter esencial del mismo: el ser acuerdo de voluntades. Asimismo en el elemento diferenciador del convenio colectivo con respecto al contrato es decir el alcance a terceros (ejemplo funcionarios que aún no han ingresado al organismo) del primero, no justifica para realizar una diferencia que lo excluya del control jurisdiccional.

### 4.3 LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

Corresponde preguntarse si la negociación colectiva en el sector público tiene límites en cuanto a los sujetos alcanzados (subjetivos) y a la materia negociada (objetiva).

#### 4.3.1 Subjetivos

Esta refiere a aquellos sujetos que están excluidos del derecho a la negociación colectiva lo cual fue ya abordado en el punto 3.6.3.

El art. 3 de la ley 18.508 establece el alcance del derecho a la negociación colectiva fijando el principio de inclusión a todos los funcionarios públicos, estableciéndose a título expreso las excepciones.

Las limitaciones, exclusiones y particularidades surgen de la remisión a dos normas: el art. 9 del Convenio Internacional del Trabajo No. 87, y el art. 1 numerales 1 y 2 del Convenio No. 151.

Estas normas refieren a tres categorías de servidores públicos: a) fuerzas armadas, b) policías, y c) empleados de alto nivel que por sus funciones se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

No obstante estas disposiciones no regulan el tema de fondo, sino que establecen que será la legislación nacional la que regule el alcance de la negociación colectiva en esos sectores de actividad.

<sup>103</sup> Durán Martínez, Augusto "Contencioso Administrativo" Fundación de Cultura Universitaria Segunda Edición. Montevideo 2015, pagina 280.

<sup>104</sup> Delpiazzo, Carlos "Los contratos como regla de derecho" en "Fuentes del derecho Administrativo" Ediciones RAP Buenos Aires 2010 pagina 677.

Analizado el ordenamiento jurídico nacional, se advierte que únicamente para el caso de las fuerzas policiales está regulado en forma inclusiva el derecho a la negociación colectiva.

En efecto, la Ley Orgánica Policial No. 19.315 de 18 de febrero de 2015, en su artículo 35 literal m) reconoce expresamente el derecho de los funcionarios policiales a la sindicalización, estableciéndose como única prohibición el ejercicio de la huelga, concentraciones con armas y ocupaciones de trabajo. Es decir se limita el ejercicio de medidas de “autotutela” pero en modo alguno se limita su derecho a negociar colectivamente las condiciones de trabajo.

En tanto en la Ley Orgánica Militar Decreto Ley 14.157 de 21 de febrero de 1974 y modificativas, no se establece ninguna referencia al derecho de negociación colectiva.

Asimismo no puede ser ajeno al análisis, que el sometimiento a la más estricta jerarquía y subordinación que naturalmente caracteriza al personal militar resulta incompatible con la negociación colectiva.

En cuanto al personal superior no existe disposición en el ordenamiento jurídico nacional que refiera en particular a sus derechos sindicales.

#### **4.3.2. Objetivos**

El 4to de la Ley 18.508 establece el contenido de la negociación colectiva de una forma amplia.

No obstante, se identifica dos clases de límites: a) aquellos derivados de la armonización con normas de grado superior (Constitución) que reservan la materia a una norma de carácter especial (Presupuesto y/o Estatuto), y b) la defensa del interés general y la buena administración.

##### **a) Reserva de Materia realizada por la Norma Constitucional.**

Existen dos criterios clásicos para armonizar la negociación colectiva con el derecho heterónomo la distribución de competencias y la jerarquía o preminencia normativa.<sup>105</sup>

En particular interesa determinar si existen límites relativos a la materia o asuntos que no pueden ser traspuestos por la negociación colectiva por estar reservado a otra fuente de derecho.

La Constitución de la República, norma superior, realiza determinada reserva de materia para actos jurídicos especiales: El Estatutos del Funcionario Público y los Presupuestos del Estado, estableciéndose que tales conjuntos normativos necesariamente deberán regular cierta materia.

Entonces es legítimo realizarse esta pregunta: ¿está vedada la negociación colectiva que trate sobre materia presupuestaria y/o estatutaria?

<sup>105</sup> Martín Valverde, Antonio y otros “Derecho del Trabajo” Tecnos 26ª Edición España 2017 página 121.

Resulta de interés traer la enumeración de las posibles “relaciones básicas” entre la norma estatal y la norma acordada entre las partes que menciona Delpiazzo <sup>106</sup>.

El mencionado autor señala las siguientes relaciones:

- a) Relación de “suplementariedad”, en la que el Estado fija un tratamiento mínimo que es inderogable “*in pejus*” por el convenio colectivo.
- b) Relación de “complementariedad” en la que el Estado se limita a establecer las bases o principios de la regulación y la negociación colectiva la desarrolla.
- c) Relación de “supletoriedad”, en la que se aplicará la norma estatal, sólo si la cuestión no está regulada en los convenios colectivos.
- d) Relación de “exclusión” de la negociación colectiva en una materia que el Estado se la reserva para sí.
- e) Relación de “limitación”, cuando la norma estatal no puede ser superada por la norma convencional.

Utilizando la clasificación mencionada precedentemente, se considera que una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales involucradas, es decir aquellas que reconocen los derechos sindicales (entre ellos la negociación colectiva) y la materia reservada al Estatuto del Funcionario y al Presupuesto, conduce a encontrar como criterio general una relación de complementariedad lo que supone dos consecuencias: a) la negociación colectiva no podría contradecir las disposiciones reservadas a los Estatutos y Presupuestos y b) la negociación colectiva solo podría regular dicha materia si es para complementarla.

Asimismo en determinados casos en que expresamente se establezca una relación de limitación es decir temas que no pueden ser superados por la norma convencional.

Retomando los modelos de negociación colectiva en el sector público, podemos señalar que cuando la negociación colectiva contempla aspectos reservados al Estatuto del Funcionario, o al Presupuesto estaríamos ante el “Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo”, es decir que para su validez será necesario que no colidan con las disposiciones antes mencionadas.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado al respecto en su sentencia 709/2012 de 30 de diciembre de 2012, en oportunidad de fallar en la Acción de Nulidad interpuesta contra el acto convencional suscripto entre el Gobierno Departamental de Canelones y la organización sindical que nuclea a sus funcionarios, que no se ceñía a lo dispuesto en el Presupuesto departamental dijo: “...la norma legislativa departamental únicamente faculta a la Administración a determinar el porcentaje de aumento, careciendo de potestad para variar en qué momentos se otorgarán los aumentos salariales. Por ello, no tiene relevancia jurídica alguna que la Administración en un ámbito de negociación colectiva arribara a un Acuerdo – Convenio Colectivo- con el sindicato de ADEOM....Las normas que

106 Delpiazzo, Carlos. “Los Convenios Colectivos del Sector Público como Fuentes de Derecho Administrativo” en Revista CADE Doctrina y Jurisprudencia Montevideo 2011 Tomo XII pagina 19 y siguientes.

*asignan poderes jurídicos a la Administración son imperativas, integrantes del orden público y, por tanto, cualquier acto administrativo sea unilateral o convencional, no puede desconocerlas, asistiéndose a una clara inobservancia de la solución con fuerza de ley vigente en el Departamento de Canelones”* <sup>107 108</sup>.

### **b) Interés general y la buena administración.**

El fin último de la Administración es la satisfacción del interés general, y encontramos precisamente, en ese sentido, el límite a la negociación colectiva en el sector público, el que no pueda ser motivo de detrimento de ese interés<sup>109</sup>.

La negociación colectiva en el sector público se diferencia de la que ocurre en el sector privado, en que en esta existen dos intereses privados que pueden pugnar entre sí, en la actividad estatal existe el interés general a la buena administración y que siempre debe primar.

Es así que –en España- se señala: *“la realidad de la práctica sindical en las Administraciones Públicas es muy diferente a la del sector privado. En aquellas se pierde el equilibrio entre las reivindicaciones profesionales y los poderes de dirección del empleador, lo que puede dar lugar, en aras de la paz social (no siempre bien entendida), a ciertos abusos en perjuicio de la calidad de los servicios públicos y de la eficacia de la Administración. De ahí que la legislación vigente sobre toda esta materia no sólo deba interpretarse y aplicarse en clave de garantía de los derechos colectivos de los empleados públicos, sino también en atención del derecho de los ciudadanos a la buena administración. Pues, como declara la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de setiembre de 2011, “la acción sindical, en cuanto manifestación de un derecho fundamental (art. 28 C.E), es ciertamente importante, pero su ejercicio necesariamente deberá armonizarse con las exigencias del principio constitucional de eficacia administrativa (art. 103 C.E)...y debe decirse que este principio no tolera disfunciones en el funcionamiento administrativo, pues lo que pone de manifiesto es que los principales protagonistas de la actividad administrativa son los ciudadanos, como titulares y destinatarios que son de los intereses generales a que necesariamente ha de servir toda la Administración pública por imperativo constitucional (art. 103.1)”. En el mismo sentido ha recordado el Tribunal Constitucional que “el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones Públicas reconocido en la Constitución está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo” (SSTC 143/1991, de 1 de julio y 70/2000, de 13 de marzo)”* <sup>110</sup>.

En nuestro país el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en tér-

<sup>107</sup> La Justicia Uruguaya Caso 16495 Cita Online UY/JUR/931/2012.

<sup>108</sup> El artículo 23 literal a) del Decreto Ley 15524 de 9 de enero de 1984, establece como actos procesables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “los actos administrativos unilaterales, convencionales o de cualquier otra naturaleza...”. Giorgi Héctor ha precisado el concepto de acto convencional en estos términos: “...se define por el hecho que no basta la manifestación unilateral de voluntad de la Administración para producir efectos jurídicos o para alterar una determinada situación de derecho, sino que se requiere otra voluntad, que compone con la de la Administración un acuerdo, por esencia bilateral, sin que ello necesariamente implique la existencia de un contrato administrativo...”, en “La Competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su Potestad de Suspender la Ejecución de los Actos Administrativos” en Obras y Dictámenes Recopilación - Escritos Jurídicos, Editorial La Ley Montevideo 2010 página 133.

<sup>109</sup> En similar sentido, el suscrito, elaboró una Comunicación “La Buena Administración y la Negociación Colectiva en el Sector Público” presentada en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo, desarrolladas en A Coruña - España, del 14 al 18 de marzo de 2016.

<sup>110</sup> Sánchez Morón, Miguel Obra citada página 256.

minos análogos. En efectos en la Acción de Nulidad entablada por algunos funcionarios de la Intendencia Departamental de Montevideo contra el acto administrativo que disponía la denuncia de un convenio colectivo celebrado entre las partes y cuyo cumplimiento significaría necesariamente un aumento desmedido en los tributos departamentales; el Tribunal dijo:

*“En otros términos, el bien jurídico primordial -el interés público- no puede quedar desprotegido, privilegiando el interés de los funcionarios; interés que, si bien legítimo, resultó imposible contemplar, en circunstancias absolutamente excepcionales que el país todo debió afrontar, en la crisis económica de 2002. Como se destacó antes, los Gobiernos Departamentales afrontan el deber constitucional de preservar el interés público, el que se vería afectado con el cumplimiento estricto del Convenio, lo cual redundaría en mayor carga tributaria para los habitantes del departamento de Montevideo y en medio de una crisis económica absolutamente excepcional. Porque, como lo destaca Moreno “...frente a la normatividad ideal de los valores, hay una normatividad fáctica, que encuentro en el Mundo, como habiendo estado allí, del modo que encuentro todas las demás realidades que constituyen la concreta situación en que me ha tocado vivir. Su descubrimiento, no es el resultado de una meditación solitaria, el ingreso a una esfera ideal inmediatamente accesible sino el fruto de una exploración de la realidad, el conocimiento de un hecho contingente” (Cf. Moreno, Julio “Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica” ps. 116-117).*

*En definitiva, por la incidencia de valores superlativos, que ejercen preeminencia sobre los intereses particulares de un segmento del funcionariado estatal y que el Gobierno Municipal debió contemplar por imperio constitucional (arts. 59, 274 y 275 de la Carta), considera el Tribunal, que el Organismo demandado, ha actuado en la especie, conforme a Derecho”<sup>111</sup>.*

En definitiva la materia reservada a la ley por la Constitución, la defensa del interés general y la buena administrativa constituyen los límites objetivos para la negociación colectiva.

## **5. ANALISIS DE LA NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SECTOR PUBLICO. Período 2009 -2016**

Se analizaron los Convenios Colectivos del Sector Público suscriptos con posterioridad a la vigencia de la ley 18508 (26 de junio de 2009) y hasta el 31 de diciembre de 2016. Limitándose dicho estudio a aquellos convenios que estuviesen publicados en la página de internet del Ministerio de Trabajo de Seguridad Social.

Asimismo se realizaron entrevistas a asesores de diferentes actores de la Negociación Colectiva en el Sector Público: Dr. Fernando Delgado (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), Lic. Facundo Ibiñete (Oficina de Planeamiento y Presupuesto), Dra. Beatriz Durán (Oficina Nacional del Servicio Civil), Dr. Mario Pomata y Ec. Pablo Da Rocha (central sindical PIT – CNT) y el Dr. José Alem (docente universitario en Relaciones Laborales del Sector Público).<sup>112</sup>

A los efectos de identificar la “materia estatutaria” se han adoptado los siguientes

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 491 de 21 de junio de 2006

<sup>112</sup> Todos los entrevistados, hicieron su colaboración exclusivamente a título personal y no en carácter de su representación Institucional.

critérios:

- a) En “condiciones de ingreso” se han incluido todas las disposiciones que regulan el ingreso de una o varias personas a las función pública, incluso cuando regulariza las situaciones de hecho preexistentes.
- b) Para el caso de “carrera administrativa” se incluye todo lo que refiere a la estructura escalafonaria, como evaluación, calificación y régimen de ascensos.
- c) En licencias se contabilizan todos los tipos de la misma: reglamentaria, enfermedad, situaciones especiales, gremiales etc.
- d) Descanso Semanal.

De lo analizado surge lo siguiente:

#### TOTAL DE CONVENIOS POR SISTEMA ORGANICO

Sistema Orgánico	Cantidad de Convenios
PODER EJECUTIVO	29
PODER JUDICIAL	1
PODER LEGISLATIVO	0
CORTE ELECTORAL	4
TRIBUNAL DE CUENTAS	0
TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	0
SERVICIOS DESCENTRALIZADOS	20
ENTES AUTONOMOS	17
ENTES AUTONOMOS DE ENSEÑANZA	9
GOBIERNOS DEPARTAMENTALES	37
CONGRESO DE INTENDENTES	1
<b>Total</b>	<b>118</b>

#### TOTAL DE CONVENIOS

	Cantidad	Porcentaje
CONVENIOS SIN CLAUSULAS ESTATUTARIAS	65	55.08
CONVENIOS CON CLAUSULAS ESTATUTARIAS	53	44.92
<b>Total</b>	<b>118</b>	<b>100</b>

#### TOTAL DE CONVENIOS CON CLAUSULAS ESTATUTARIAS POR SISTEMA ORGANICO

Sistema Orgánico	Cantidad de Convenios
PODER EJECUTIVO	13
PODER JUDICIAL	0
PODER LEGISLATIVO	0
CORTE ELECTORAL	1
TRIBUNAL DE CUENTAS	0
TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	0
SERVICIOS DESCENTRALIZADOS	13
ENTES AUTONOMOS	6
ENTES AUTONOMOS DE ENSEÑANZA	0
GOBIERNOS DEPARTAMENTALES	20
CONGRESO DE INTENDENTES	0
<b>Total</b>	<b>53</b>

## TIPOS DE CLAUSULAS ESTATUTARIAS

Tipo de Clausulas	Cantidad	Porcentaje
Régimen de Licencias	13	21.30
Descanso Semanal	4	6.55
Carrera Administrativa	23	37.70
Condiciones de Ingreso	17	27.90
Reforma de Estatuto	4	6.55
TOTAL	61	100%

## NUMERO DE CLAUSULAS ESTATUTARIAS POR CONVENIO

Cantidad de Convenios	Numero de Clausulas Estatutarias
46	1
6	2
1	3

A los efectos de realizar el indicador para el análisis documental, se estableció como tal y a los efectos de determinar si en los convenios colectivos del sector público estudiados existían cláusulas de contenido estatutario, que las mismas fueran de por lo menos el cuarenta por ciento del total (40%).

Se advirtió que en cincuenta y tres convenios colectivos se encontró la denominada materia estatutaria, lo cual representa un 44.92%.

## 6. CONCLUSIONES

A sus efectos se dividen las mismas en tres partes:

En una primera se realizan una serie de “conclusiones generales” sobre la el marco jurídico que sitúa el tema estudiado, en una segunda parte denominada “conclusiones específicas” se tratan puntualmente los dos temas investigados, y finalmente en una tercera “reflexiones finales”, se formulan apreciaciones de carácter general.

### a) Conclusiones Generales

**I)** El Estado, desde su origen en todas sus etapas históricas, ha necesitado de un “soporte humano” que le permitiese el desarrollo de sus actividades y cumplimiento de sus funciones; y en definitiva lograr su fin último la satisfacción del interés general.

**II)** Ese “soporte humano” se vincula al Estado a través de diferentes modalidades jurídicas, entre ellas, cuando se produce la incorporación de la persona al Estado, se adquiere la condición de funcionario público.

En los diferentes ordenamientos nacionales existen distintas concepciones de funcionario público con mayor o menor amplitud; en el caso de Uruguay se ha optado por esta última tanto por la doctrina como por el derecho positivo, sin perjuicio de algunas limitaciones previstas en la reciente ley 19.121 (Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo).

**III)** El régimen jurídico del trabajo en el Estado ha sido objeto de diferentes posiciones doctrinarias, las cuales han evolucionado con el transcurso del tiempo.

En sus orígenes se sostenía que únicamente era de aplicación el Estatuto del Funcionario impuesto en forma unilateral por la Administración.

Posteriormente surgió la concepción elaborada por Cassinelli Muñoz quien sostuvo la existencia de “un derecho general del trabajo” aplicable a todas las personas que trabajan tanto sea en el ámbito público como privado; el cual resulta concomitante y compatible con el Estatuto del Funcionario que atañe a las particularidades del funcionario público que se sintetizan en el artículo 59 de la Constitución de la República “el funcionario existe para la función...”.

**IV)** El “Derecho General del Trabajo”, surge de la propia Constitución y alcanza a todas las personas que trabajan tanto sea en el ámbito privado como estatal. En este último caso se suman los principios propios de la función pública.

**V)** Los Pactos de Derechos Humanos, así como los Convenios y Recomendaciones aprobados por la Organización Internacional del Trabajo protegen sin diferencia, el trabajo sea en el ámbito público como privado, sin perjuicio de particularidades que justifiquen una exclusión o limitación en esa protección.

**VI)** El Estatuto del Funcionario se define como conjunto de derechos, obligaciones y garantías, pudiéndose apreciar en dos sentidos uno material y otro formal.

El primero se integra con todas las normas referidas a los funcionarios públicos en su carácter de tal, en tanto los segundos refieren a aquel instrumento jurídico aprobado con las exigencias previstas en el texto constitucional.

**VII)** Nuestra Constitución desde el año 1934 mandata la existencia de un Estatuto y establece un contenido mínimo de él: las condiciones de ingreso a la Administración, la reglamentación del derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten (artículo 61).

**VIII)** Desde el punto de vista formal nuestro país tiene un denominado sistema de “estatutos múltiples”, por lo cual según el organismo estatal existirán diferentes estatutos del funcionario de naturaleza jurídica diferente.

**IX)** La negociación colectiva es un derecho fundamental de la persona humana y consiste en que los sujetos colectivos de la relación de trabajo (empleador y trabajadores organizados), en ejercicio de la autonomía colectiva pacten las condiciones de trabajo con carácter general a través de los denominados convenios colectivos.

**X)** En sus orígenes, la negociación colectiva del Estado (empleador) con sus funcionarios (trabajadores) fue resistida, para posteriormente ser reconocida en forma tácita, para

finalmente ser consagrada en las normas jurídicas de más alta jerarquía (constituciones e instrumentos internacionales).

**XI)** Los derechos sindicales que incluyen a la negociación colectiva están plenamente reconocidos para los trabajadores públicos, tanto en la Constitución de la República (artículo 57, 65 y 72), así como en Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Convenios y Recomendaciones aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo.

Determinados sectores de funcionarios públicos como es caso de los integrantes de las Fuerzas Armadas, Policía y titulares de los cargos políticos y de particular confianza, presentan limitaciones y o exclusiones en razón de la naturaleza de su función.

**XII)** Previo a la adopción de la ley 18.508, ya desde la década del 90 en nuestro país se venía desarrollando con grado dispar y no continuo, una práctica de negociación colectiva sobre diferentes aspectos de la relación funcional en diversos órganos estatales (fundamentalmente en las comúnmente llamadas empresas públicas).

**XIII)** La ley 18.508 constituye un sistema de relaciones laborales, que recoge con rango legal disposiciones constitucionales y de derecho internacional y que establece un marco dotado de principios y procedimientos sobre el cual se deberá desarrollar la negociación colectiva en el sector público.

**XIV)** El Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo aprobado por ley 19121, reconoce en forma expresa la aptitud de la negociación colectiva, para regular la materia estatutaria.

**XV)** La norma mencionada precedentemente, en su artículo 102F promueve el efecto expansivo de las disposiciones de ese cuerpo normativo a los otros organismos previstos en el art. 59 de la Carta (Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Servicios Descentralizados) a través del procedimiento de una “ley negociada”, entendiéndose por tal que la aprobación formal de la ley sea precedida por un proceso de negociación colectiva.

#### **b) Conclusiones Específicas.**

Como se expresó en esta parte se incluyen las referidas a los dos puntos que especialmente se investigan: a) si la vigencia de la ley 18508 supuso la extensión de la negociación colectiva a todo el sector público estatal y b) si en la materia objeto de la negociación comprende disposiciones que el art. 61 de la Constitución refieren a los Estatutos del Funcionario.

**D)** La entrada en vigencia de la ley 18508 de negociación colectiva en el sector público, ha provocado un mayor desarrollo efectivo de la negociación colectiva en los organismos públicos.

En efecto, si bien con anterioridad a la vigencia de la ley 18508 en algunos organismos

de la estructura estatal ya existía una tradición de desarrollo de la negociación colectiva y que fuese reforzado por los Decretos 104 y 113 de marzo de 2005; dicha ley tuvo un efecto expansivo desarrollando y extendiendo la negociación colectiva a organismos que no la practicaban, e instaurando un marco legal general que dota de institucionalidad y organicidad al sistema.

**II)** Con posterioridad a la ley 18508, la negociación colectiva en el Sector Público, alcanza prácticamente la totalidad de la estructura orgánica del Estado Persona Pública Mayor. En tal sentido y por la particularidad de dichos sectores cabe resaltar los convenios suscritos por el Ministerio del Interior e incluso por el Ministerio de Defensa Nacional (para los funcionarios de la Dirección Nacional de Infraestructura Aeronáutica).

**III)** Sin embargo lo señalado precedentemente no es abosoluto, a la fecha la negociación colectiva no se ha extendido aún al Poder Legislativo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de Cuentas, órganos con características especiales, así como una pequeña dotación funcional.

**IV)** Por su parte la negociación colectiva ha profundizado su desarrollo en los sistemas orgánicos fruto de la descentralización funcional (Entes Autónomos y Servicios Descentralizados), como en los Gobiernos Departamentales. Así es que se han encontrado convenios colectivos en dieciocho de los diecinueve departamentos (la excepción lo constituye el Gobierno Departamental de Rivera).

Particularmente interesante resulta el Convenio Colectivo suscripto por el Congreso de Intendentes, en el cual se asume el compromiso de fomento de la negociación colectiva, coadyuvando con uno de los propósitos manifestados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

**V)** En los Convenios Colectivos celebrados en el marco de la ley 18508 se han incluido temas que la Constitución de la República en su art. 61 reserva a los Estatutos del Funcionario (materia estatutaria).

En tanto en los convenios colectivos del sector público se han arribado a acuerdos en temas que por su naturaleza están comprendidas en el art. 61 de la Constitución de la República para integrar los Estatutos de los Funcionarios Públicos.

En especial se observa que la negociación colectiva incluye temas como ser las condiciones de ingreso, la carrera administrativa, el descanso semanal, el régimen de licencias y la propia reforma estatutaria.

**VI)** En cuanto al contenido de la negociación, en un porcentaje un poco menor a la mitad (44,92%) los Convenios Colectivos del Sector Público, tratan sobre la materia contenida en el artículo 61 de la Constitución de la República y que constituyen la denominada “materia estatutaria”.

Las cláusulas más usuales refieren a la carrera administrativa, condiciones de ingre-

so, licencia, reforma de estatuto etc.

**VII)** En lo que respecta a las condiciones de ingreso se establecen preferencias para determinados colectivos, y regularizaciones de situaciones de hecho que existían con anterioridad a la firma del convenio (contrataciones prolongadas etc).

**VIII)** En lo que refiere a la carrera administrativa puede observarse una suerte de gradualidad en la intensidad de las cláusulas acordadas. Es así que se pactan desde la creación de comisiones para su estudio, a modificaciones concretas de los escalafones y reglamentos de ascensos.

**IX)** En cuanto a la licencia, lo más usual es la concesión de licencias gremiales -hecho no ajeno a la aprobación de la ley 17940 de 2 de enero de 2006 de promoción de la libertad sindical-, pero también se acuerdan mejoras a las licencias reglamentarias, o para ayudar a los funcionarios a afrontar situaciones especiales.

**X)** En menor medida se ha pactado sobre el descanso semanal.

**XI)** Asimismo se ha negociado sobre proyectos de reforma y modificación de los Estatutos del Funcionario.

Un caso por demás interesante constituye el de la Agencia Nacional de Vivienda. Con fecha 4 de setiembre de 2015, suscribió un convenio colectivo en el cual se proyectó el Estatuto del Funcionario. En razón de su naturaleza orgánica (Servicio Descentralizado) debió aprobarse por mediante una ley de acuerdo a lo dispuesto por el art. 59 de la Constitución de la República, por lo cual se condicionaba la concreción del mismo a un procedimiento ajeno a las partes. Sin embargo a través de la ley 19462 del 23 de diciembre de 2016, se aprobó el Estatuto del Funcionario de la Agencia Nacional de Vivienda, sin modificaciones sustantivas al texto acordado.

En conclusión puede apreciarse la coordinación de la negociación colectiva entre un órgano estatal con forma de Servicio Descentralizado con sus funcionarios, y la de un órgano político por excelencia como resulta ser el parlamento.

**XII)** No se encontraron convenios colectivos que refiriesen a las otras previsiones del art. 61 de la Constitución de la República: obligaciones funcionales en sentido estricto, condiciones de suspensión o traslado, y recursos administrativos.

### **c) Reflexiones finales**

**D)** En lo sustantivo se mitiga entonces el carácter de unilateral estatal del Estatuto del Funcionario, incorporando la negociación colectiva en su proceso de conformación y en su propia materia.

No obstante en todos los casos desde el punto de vista formal deberá acudir a los procedimientos establecidos por la Constitución de la República para la aprobación de los Estatutos del Funcionario, como ocurrió en el caso indicado de la Agencia Nacional de Vivienda.

En consecuencia y siguiendo la clasificación de la Negociación Colectiva en el Sector Público realizada por Racciatti, podemos identificar a la misma (en relación con el Estatuto del Funcionario) como “*Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo*”, en tanto requieren un acto jurídico estatal que les otorgue eficacia.

II) Se advierte la existencia de límites para la negociación colectiva tanto subjetivos, como objetivos.

En los primeros se refiere a aquellos funcionarios que por su función tienen una regulación especial que excluye o acota tal derecho, es el caso de policías, militares y funcionarios de jerarquía superior.

Los segundos versan sobre aquellas materias que están reservadas por una norma de superior jerarquía (Constitución) a otros instrumentos jurídicos (Estatutos del Funcionario), admitiéndose solamente la negociación colectiva en forma de “complementariedad” y en algunos casos de “limitación”.

Asimismo otro límite objetivo para la negociación colectiva en el sector público, es el deber de “buena administración” que tiene el Estado, y el cual se manifiesta haciendo primar los intereses generales en lugar de los particulares y/o sectoriales.

III) Desde un sentido material, deberá integrarse a los convenios colectivos al concepto de “estatuto del funcionario”, teniéndose presente que los mismos constituyen una “regla de derecho” a la cual debe ceñirse el accionar de la Administración (artículo 309 de la Constitución y artículo 23 literal a del DL 15524 de 9 de enero de 1984).

IV) El régimen de función pública es de importancia mayor para la actividad de la Administración, la Buena Administración y la realización del fin servicial del Estado.

Pretender desconocer la incidencia de la negociación colectiva en el Sector Público, en la regulación de la relación funcional ocasionaría una visión acotada e incompleta de la misma.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Se han consultado las siguientes obras bibliográficas y trabajos doctrinarios:

Autores Varios. “Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos”. Biblioteca Derecho Laboral No. 5 Montevideo 1977.

Autores Varios. “Funcionarios Públicos. Especial énfasis en la ley No. 19121. Coordinador Durán Martínez Augusto. Universidad Católica del Uruguay 2014.

Autores Varios. “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2014.

Autores Varios. "Curso Introductorio de las Relaciones Laborales - Selección de Lecturas a cargo de Oscar Ermida Uriarte" Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1996.

Autores Varios. "Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo" Coordinador por Ermida Uriarte Oscar. Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo 1993.

Autores Varios. "7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo". Cuadernos Facultad de Derecho. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1994.

Autores Varios. "XXVI Jornadas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social". Fundación Cultura Universitaria. Montevideo 2015.

Autores Varios. "La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina" Editorial Tirant lo Blanch. Valencia España 2013.

Autores Varios. "Estudios sobre la Negociación Colectiva en Homenaje a Francisco De Ferrari" Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1973.

Autores Varios. "Fuentes de Derecho Administrativo" Ediciones RAP Buenos Aires 2010.

Bajac, Laura. XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo República Dominicana del 9 al 12 de noviembre de 2010.

Biasco, Emilio. "Los Convenios Colectivos en la Administración Pública" (Consultado en Internet: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/2011-08-15%20ConveniosColectivos.pdf>)

Brito, Mariano. "Derecho Administrativo su Permanencia- Contemporaneidad – Prospectiva" Universidad de Montevideo, Montevideo 2004.

Cajarville, Juan Pablo. "Sobre Derecho Administrativo" Tomo II Fundación de Cultura Universitaria Segunda Edición Ampliada Montevideo 2008.

Cassinelli Muñoz, Horacio. "Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios compilados por Carlos Sacchi", La Ley Uruguay Montevideo 2014.

Cassinelli Muñoz, Horacio. "Derecho Público" Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1999.

Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. "Manual de Derecho de la Función Pública" Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2011 2da Edición.

Delpiazzo Carlos, "Derecho Administrativo General". Amalio M. Fernández Montevideo 2013. Volumen 2.

Delpiazzo Carlos, Revista CADE Doctrina y Jurisprudencia. Montevideo 2011 Tomo XII.

Durán Martínez Augusto “Contencioso Administrativo” Fundación de Cultura Universitaria. 2da Edición Montevideo 2015.

Ermida Uriarte, Oscar. Revista “Transformación, Estado y Democracia” No. 31 editada por la Oficina Nacional del Servicio Civil.

García Pullés Fernando, “Lecciones de Derecho Administrativo” Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires Argentina 2015.

Ivanega, Miriam Mabel. “Las Relaciones de Empleo Público” La Ley Buenos Aires 2009.

Marienhoff Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo” Abeledo Perrot Buenos Aires 2011. Tomo III B.

Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo 1963.

Monereo Pérez, José Luis y otros en “Manual de Empleo Público” Editorial Comares Granada España 2010.

Parada, Ramón y Fuentetaja, Jesús. “Derecho de la Función Pública” Open Ediciones Universitarias 3era. Edición Madrid año 2015.

Parejo Alfonso, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo” Tirant Lo Blanch 8va. Edición Valencia 2016.

Pérez del Castillo, Santiago. “La forma de determinar las retribuciones de los trabajadores del Estado” Ponencia oficial III Jornadas Rioplatenses de Derecho laboral, Fray Bentos, 28 y 29 de noviembre de 1987.

Pérez del Castillo, Santiago. “Introducción al Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo” Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo, 1995.

Plá Rodríguez, Américo. Revista Derecho Laboral Tomo XXIX No. 143 Julio – Setiembre de 1986.

Racciatti, Octavio. Revista Derecho Laboral Tomo XLIV No. 204 Montevideo 2001.

Racciatti, Octavio. Revista Derecho Laboral, Tomo LII No. 236. Fundación de Cultura Universitaria octubre – noviembre de 2009.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. Revista Andaluza de Administración Pública

60/2005 Octubre – Noviembre- Diciembre. Instituto Andaluz de Administración Pública. Universidad de Sevilla.

Rotondo Tornaría Felipe, "Manual de Derecho Administrativo" 9na. Edición Abril 2015.

Sánchez Morón, Miguel. "El Derecho de la Función Pública" Tecnos Madrid 2014 8va. Edición.

Sayagués Laso, Enrique. "Tratado Derecho Administrativo". Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1991 Tomo I.

Vázquez, Cristina. Revista Derecho del Trabajo Enero – Marzo 2014 Editorial La Ley.

Vázquez Pepe, Rodrigo Revista Derecho del Trabajo Julio – Setiembre de 2015 Editorial La Ley.