

Expte. n° 3827/05, “**Corne, Roberto Miguel c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido**”, sentencia del 5/7/2005.

Voces: Amparo. Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Principio de congruencia. Empleo público. Reincorporación a planta permanente. Concurso público. Facultades del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Convenio sobre la Inspección del Trabajo n° 81 (OIT). Servicio de inspección laboral. Funcionario público. Gravedad institucional. Arbitrariedad de sentencia. Principio de división de poderes. Control judicial.

Expte. n° 3827/05 “Corne, Roberto Miguel c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”

Buenos Aires, 5 de julio de 2005

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. Roberto Miguel Corne inició una demanda de amparo contra el GCBA para que se lo reintegre a su empleo, se lo incorpore en forma definitiva a la planta permanente de la administración pública local y se le abonen los salarios caídos desde el 1/2/02 hasta su reincorporación. La jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó al Gobierno que reincorpore al actor como empleado interino hasta tanto sustancie el concurso público para cubrir el cargo. También condenó al Gobierno a abonar una suma por indemnización de daños y perjuicios. La sentencia tuvo en cuenta que la incorporación del actor a la Administración Pública mediante un contrato vulnera lo dispuesto por la ley n° 471 y afecta la garantía de estabilidad del empleo público prevista en la Constitución nacional.

2. La Procuración General planteó el recurso de apelación. La alzada modificó la sentencia revocando el pago de la indemnización y la confirmó en lo demás. Para ello, puso énfasis en ciertas disposiciones del Convenio n° 81 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por ley n° 14.329) relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, cuya aplicación en la jurisdicción local prevé el art. 43, CCABA.

3. La Procuración General interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 245/256). El actor no contestó el traslado del memorial. La Cámara concedió el recurso pues, por las razones expuestas por la Procuración, *“se encuentra controvertida la interpretación y aplicación de los artículos 43, 102 y 104 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos (Aires), como así también la ley 471 de esta ciudad y la aplicación al caso de la ley 265 y el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo”* (fs. 261).

4. El Fiscal General Adjunto propone que se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia recurrida ya que ésta viola el principio de congruencia (fs. 268/272).

Fundamentos:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El actor aceptó la sentencia de Cámara que condena al GCBA a restituirlo en su empleo hasta tanto disponga el concurso público de ingreso a la función, de manera que consintió la exclusión de los demás rubros o aspectos que contenía su demanda. De tal manera, la única cuestión sobre la cual subsiste interés se vincula con la condena impuesta en relación con su situación laboral, antes descripta.

2. La Procuración General cuestiona la sentencia porque:

a) afecta la facultad del jefe de gobierno de designar al personal del PE y de administrar y planificar la gestión del Gobierno (arts. 102 y 104, inc. 9, CCBA);

b) dispone la aplicación del Convenio sobre la Inspección del Trabajo n° 81 de la O.I.T. (año 1947) al actor, cuando él no cumplía las funciones previstas en ese convenio al momento del vencimiento de su contrato;

c) *“constituye un hecho de suma gravedad institucional si se tiene en cuenta la gran cantidad de personal contratado bajo el régimen de locación de servicios que actualmente se desempeña en el ámbito de la Ciudad”* (fs. 246).

En tanto el recurrente discute la interpretación y aplicación de los artículos 43, 102 y 104, inc. 9, de la CCBA y del Convenio n° 81 de la O.I.T. efectuadas por la alzada al resolver la apelación, el recurso plantea un caso constitucional a decisión de este Tribunal, caso que ha merecido ya la apertura del recurso y resolución de apertura del recurso que no voy a discutir por ser innecesario.

3. La situación de hecho sobre la base de la cual se debe decidir resulta descripta sintéticamente en el punto n° 6 de la sentencia de la

Cámara (fs. 237 vuelta). Ello resta importancia a cierto agravio planteado alrededor de la aplicación del Convenio nº 81, de la O.I.T., porque el agravio se funda en una cuestión de hecho —la posición funcional del actor al tiempo de ser excluido del servicio público—, ya resuelta por el tribunal de mérito al valorar la prueba, en el lugar indicado, y, por ello, escapa a la competencia del TSJ, que debe decidir, precisamente, sobre la base de la plataforma fáctica desarrollada en la sentencia atacada, última y definitiva respecto del análisis de la prueba.

4. Cabe comenzar por lo más sencillo. Aludir a la llamada *gravedad institucional* por denuncia de la gran cantidad de agentes públicos contratados transitoriamente (fs. 246) parece cambiar de polo el reproche, pues, incluso conforme a las disposiciones de la ley de empleo público nº 471, lo grave parece ser este modo de incorporación a la función pública por contrato y, en cambio, ningún significado similar puede tener el hecho de que uno de esos agentes reclame aquello que él entiende que le corresponde. Aún sin consentir la doctrina de la *gravedad institucional*, creada por la CSJN para ampliar su competencia en casos extremos y superar aquello que dió en llamarse *ápices formales* para la procedencia del recurso extraordinario federal, lo cierto es que tal argumento, en el caso, no se vincula con estos fines sino, antes bien, con la llamada “razón de Estado”, traída a colación por el GCBA, para evitar el control de legalidad que requiere el Estado de Derecho. El argumento no puede conducir a la revocación de la sentencia y resulta tan sólo aparente.

5. Otro tanto cabe advertir acerca de la referencia del recurso a los arts. 102 y 104, inc. 9, CCBA. Una cosa resulta ser la competencia del Sr. Jefe de Gobierno como jefe de la Administración y, por tanto, órgano que designa a sus colaboradores y otra, muy distinta, la constituye el derecho de los empleados y funcionarios públicos de reclamar del Estado cualquier violación del estatuto legal que los rige y conducir el caso ante los órganos judiciales encargados del control. La sentencia de la Cámara no ha sido la que ha designado al empleado que hoy reclama judicialmente como actor por su situación, sino que, por lo contrario, ha decidido acerca de la facultad del PE para disponer la desvinculación del amparista, un caso de empleo público como tantos otros. Dicho en términos más sencillos, nadie le impuso al PE el nombramiento del actor y la sentencia sólo considera ilegítima la desvinculación del Sr. Corne y reestablece su derecho. No es posible afirmar que el hecho de que los jueces decidan la controversia entre la Administración y el actor, conforme lo prevé el art. 106 de la Constitución local, constituye un apartamiento de su función y una destrucción del principio republicano de la división de poderes; por lo contrario, ello responde a la matriz institucional de la CBA y de la Nación, y constituye una aplicación correcta de la función establecida para el Poder Judicial en las

constituciones respectivas. Desde este punto de vista, el ataque a la sentencia tampoco puede triunfar.

6. Más allá de que la sentencia se sostiene no sólo por la interpretación del art. 43 de la CCBA, en tanto aplica el Convenio sobre la Inspección del Trabajo n° 81 de la O.I.T. (año 1947), sino que, además, resulta fundada por una vía legal paralela, de modo que cualquiera que sea la interpretación de ese convenio la decisión de la sentencia permanece fundada y aparece como justa, creo también, como el recurso, que la aplicación del convenio resulta errónea, pero con otro fundamento. Así como pienso que la cláusula que prohíbe reducir la retribución decidida para los jueces en la CN, 110, no representa una garantía, privilegio o fuero personal del juez (CN, 16), sino que, antes bien, significa un mecanismo político para lograr la ansiada *independencia judicial*, en especial, para evitar la injerencia de los otros poderes del Estado en las decisiones judiciales —sobre lo cual es pública mi posición: *Derecho Procesal Penal*, t. I, § 7, B, 2, III, ps. 747 y ss.—, también estimo que el art. 6 del convenio citado no es una garantía del inspector laboral, como funcionario público, sino, por lo contrario, un mecanismo para asegurar la eficacia e independencia del control del cumplimiento de aquellos derechos que corresponden al operario o trabajador. En efecto, todo el convenio tiende a asegurar esas inspecciones y, por ello, como en el caso de los jueces, se refiere a las características del servicio de inspección laboral y manda, entre otras cosas, a que él sea ejecutado por personas con categoría de funcionarios públicos, con estabilidad en el empleo e independientes de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida. El convenio no pretende garantía alguna para el funcionario público que ejecuta el servicio de inspección, sino, antes bien, pretende lograr la *independencia* de criterio del servicio de inspección laboral en garantía del operario o trabajador que necesita de ese servicio. De la misma manera que los funcionarios que no respeten la *estabilidad* de un juez o su compensación resultarían criticables por los mismos mecanismos previstos para su remoción, al dejar de cumplir con su deber, resulta criticable un servicio de inspección que cumplen personas que no reúnen las condiciones previstas en el Convenio (O.I.T., n° 81, art. 6) y, por ende, disparados eventualmente los mecanismos desarrollados para la queja y subsanación. Por estas razones el argumento impugnativo es también tan sólo aparente. Él no se funda en la relación anterior, que, prácticamente, constituye un *obiter dictum* de mi voto, sino, como lo anticipé, en una cuestión de hecho, resuelta por la Cámara y extraña a la competencia del Tribunal.

7. Como dije, la sentencia se sostiene también por razones de Derecho infraconstitucional, motivo por el cual no puede ser casada. Propongo, entonces, rechazar el recurso de inconstitucionalidad concedido por la Cámara. Al no haber contestado el recurso el actor, resulta casi inútil

la decisión sobre las costas, en tanto el recurso rechazado no le ha provocado al recurrido actividad alguna, ni esta decisión se vincula con esa actividad; por ello, la sentencia debe imponer las costas por el orden causado (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La sentencia impugnada dispuso, confirmando con ello parcialmente la de primera instancia, reconocer al actor la condición de “personal transitorio (art. 37, ley 471) hasta que el cargo que ocupa sea cubierto mediante la superación del pertinente concurso u oposición”, y en consecuencia ordenó al GCBA “reincorporar al actor como empleado interino” (fs. 199/205 y 236/239). El recurrente se agravia por cuanto tal pronunciamiento, a su entender, extiende indebidamente al caso las previsiones del convenio 81 de la OIT y vulnera la división de poderes en tanto afecta la facultad del jefe de gobierno de designar al personal del poder ejecutivo así como la de administrar y planificar la gestión de gobierno (arts. 102 y 104, inc. 9 CCBA).

2. El *a quo* consideró, de manera coincidente con lo decidido en primera instancia, que la relación jurídica existente entre el amparista y el GCBA instrumentaba, más allá de su calificación como contrato de locación de servicios, la prestación de funciones propias del régimen de la carrera administrativa, es decir que excedían las de carácter transitorio o eventual que admiten un sistema de contratación sin estabilidad; todo ello en función de la interpretación y aplicación de la ley 471 (arts. 37 y 39). Además, por estar en juego el poder de policía vinculado con la inspección del trabajo en la industria y el comercio, aplicó los arts. 6 y 7 del convenio 81 de la OIT que garantizan “al personal de inspección (...) la estabilidad en su empleo” (fs. 237 vuelta).

Así las cosas, la sentencia impugnada reconoce un sustento en la interpretación de la ley 471, independiente del convenio OIT n° 81, y suficiente para fundarla en su totalidad. Dicho en otras palabras, cualquiera fuere la interpretación que se adoptare acerca de dicho convenio resultaría ineficaz para modificar el pronunciamiento atacado, circunstancia que priva a las cláusulas constitucionales invocadas de relación directa con lo resuelto. A su turno, revisar la interpretación de la ley 471 formulada por el *a quo* es, en ausencia de una cuestión constitucional, asunto ajeno a la vía recursiva del art. 27 de la ley 402. Resulta insuficiente para modificar lo dicho la invocación ritual del principio de división de poderes (arts. 102 y 104 de la CCBA), sin indicar cómo el control de legitimidad realizado por el poder judicial, en el marco de una causa y referido a un acto concreto, llevaría a exceder las potestades asignadas a esa rama, al tiempo que recortaría otras privativas del poder administrador.

3. La denuncia de arbitrariedad, en el caso, solo expresa el desacuerdo del recurrente con la interpretación otorgada a preceptos infraconstitucionales (ley 471) y no exhibe al pronunciamiento como insostenible por defectos lógicos o de autocontradicción.

Finalmente, al margen de su pertinencia con respecto al recurso de inconstitucionalidad, la invocación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre “gravedad institucional” queda huérfana de sustento, toda vez que no se ha demostrado en forma razonable en qué medida una decisión sobre la situación particular de un empleado, compromete gravemente el interés general o afecta el adecuado funcionamiento del poder de policía del trabajo en el ámbito de la Ciudad, más aún, cuando el fallo recurrido supedita la estabilidad en el empleo público al ingreso por concurso (cf. TSJ *in re* “Rébora Horacio Norberto c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de queja”, expte. n° 261/00, resolución del 19/4/00).

Por las razones dadas corresponde declarar mal concedido el recurso de fs. 245/256, sin costas por no haber mediado actividad de la contraria.

La jueza Ana María Conde y el juez José Osvaldo Casás dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el doctor Luis F. Lozano, en cuanto decide declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA.

La arbitrariedad que se denuncia en el caso sólo refleja el desacuerdo del recurrente con la interpretación de los preceptos infraconstitucionales que contiene el pronunciamiento recurrido.

Asimismo, la sentencia del tribunal *a quo* contiene mínimos argumentos autosuficientes que le permiten sostenerse como acto jurisdiccional válido y, en este sentido, el GCBA no ha desarrollado una crítica constitucional suficiente que permita adentrarse en el conocimiento de la cuestión debatida. Mas aún cuando en este caso los jueces de la causa han debido ponderar cuestiones de hecho y prueba para determinar en qué circunstancias los agentes contratados, atento las peculiaridades del servicio que prestan, pueden llegar a adquirir una estabilidad impropia (hasta la realización del concurso respectivo).

Sin costas, por no mediar intervención de la contraparte.

Así lo votamos.

Por ello, oído el Fiscal General Adjunto,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Declarar mal concedido el recurso de fs. 245/256.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia