

CONTRATACIÓN ARTÍCULO 9º DEL ANEXO DE LA LEY. Nº 25.164. PROCEDIMIENTO PARA SU APROBACIÓN: DECRETO Nº 577/03 Y MODIFICATORIOS. IMPROCEDENCIA DE LEGÍTIMO ABONO.

No procede el legítimo abono por la realización de prestaciones con la expectativa de la celebración de un contrato que no llega a aprobarse, ya que no se reúnen los requisitos para ser considerado funcionario "de facto" (cfr. Dictámenes ONEP Nº 1105/02, B.O. 27/11/02 y Nº 3333/03, B.O. 07/01/04. Y Dictamen ONEP Nº 3038/02, compartido por la Procuración del Tesoro de la Nación en su Dictamen Nº 51/03).

Certificada la prestación de servicios del causante por requerimiento de la Jurisdicción, correspondía la aprobación del respectivo contrato de acuerdo con lo establecido por el Decreto Nº 577/03 y modificatorios.

BUENOS AIRES, 2 de septiembre de 2014.

SEÑORA SUBSECRETARIA:

I.- Ingresan las presentes actuaciones por las que tramita la presentación efectuada por el Señor ... en la que refiere que *"El 30 de diciembre de 2010 finalizó mi contrato de prestación de servicios como agente contratado en los términos del régimen previsto en el artículo 9º del anexo a la Ley Nº 25.164; Resolución SGP Nº 48/02 en la categoría D 5, al igual que todos los funcionarios contratados del Ministerio.*

Cabe destacar que el Ministerio firma los contratos nuevos de los funcionarios varios meses después de su vencimiento, no sabiendo los agentes si van a ser contratados o no.

Asimismo se informa que todos los agentes contratados continuamos prestando servicios a pesar de no tener el contrato en fecha es decir a partir del 31 diciembre de cada año y siendo certificada la prestación de servicios por sus respectivas áreas, como es mi caso, en el cual se acompañan todas las prestaciones de servicios mediante memorando electrónicos y expedientes donde se certifican las horas extras cumplidas y trabajadas.

En mi caso no se me informó que no se me renovarían los contratos, razón por la cual continué trabajando y certificada mi prestación de servicios por mi área, al igual que las horas extras trabajadas mediante expedientes. Hasta el 8 de julio que se me renovó el contrato.

Es por ello que solicito el reconocimiento y posterior pago de las horas extras de los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del año 2011." (fs. 1/2).

A fojas 16, en una nueva presentación el citado agente refiere que *"no se me informó que no se me renovarían los contratos, razón por la cual continué trabajando y certificada mi prestación de servicios por mi área, hasta el 8 de julio de 2011 que se me renovó el contrato.*

Es por ello que solicito el reconocimiento y posterior pago de los meses trabajados de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y SIETE (7) días del mes de junio de 2011."

A fojas 52/54, obra copia del contrato oportunamente anudado entre el causante y el Ministerio de origen conforme las previsiones del artículo 9º del Anexo a la Ley Nº 25.164, para el período comprendido entre el 1º de enero de 2010 y el 31 de diciembre del mismo año, para desempeñarse como Asistente Administrativo equiparado al Nivel D Grado 5.

La copia del contrato oportunamente anudado entre el causante y el Ministerio de origen conforme las previsiones del artículo 9º del Anexo a la Ley Nº 25.164, para el período comprendido entre el 6 de julio de 2011 y el 31 de diciembre del mismo año, para desempeñarse como Asistente Administrativo equiparado al Nivel D Grado 3, luce agregado a fojas 55/57.

La Dirección de Administración de Recursos Humanos informa a fojas 62 que *“el agente contratado en los términos del régimen previsto en el artículo 9º del Anexo de la Ley N° 25.164; Resolución SGP N° 48/02, D ... renovó su contrato de prestación de servicios con el Ministerio en la categoría D 3 a partir del día 6 de julio de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011, actualmente presta funciones en la Coordinación de Legalizaciones (UNCOL).”*

Y que, *“el mencionado agente fue certificado durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y CINCO (5) días del mes de julio de 2011 por la Dirección General de Asuntos Consulares, tal como surge de las certificaciones de servicios enviadas por MOVDOC por dicha Dirección General, obrante a fs. 3 a fs. 37 de los presentes actuados.”*

La Dirección General de Asuntos Jurídicos en su intervención glosada a fojas 73/76 refiere que el causante en el período comprendido entre el 1º de enero de 2011 y el 5 de julio de 2011 no tenía contrato vigente.

Y refiere que, *“La Oficina Nacional de Empleo Público en su Dictamen ONEP N° 1999/08, hace referencia a la aplicación al presente caso del Decreto N° 101/85 que delega facultades a los señores Ministros a fin que resuelvan los asuntos relativos a reconocimientos de legítimo abono de sumas adeudadas al personal en concepto de haberes devengados, diferencias de haberes, adicionales en el cumplimiento de normas reglamentarias de procedimiento.”* De acuerdo con ello, este Servicio Jurídico considera que las sumas que se adeuden al citado agente se han generado en períodos ya cumplidos, correspondiendo en consecuencia su reconocimiento y pago.

Mediante Resolución MREyC N° 744 del 16 de agosto de 2012 se reconoció como legítimo abono la remuneración correspondiente al período comprendido entre el 1º de enero y el 5 de julio de 2011 al Señor ... (fs. 86/88).

A fojas 137, la Dirección de Administración de Recursos Humanos adjunta las certificaciones de horas extras del causante correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo 2011, señalando que las mismas han sido firmadas por la autoridad competente de ese Ministerio y que la normativa aplicable a las horas extras se encuentra regulada en el Convenio Colectivo de Trabajo para la Administración Pública Nacional, Decreto N° 214/06.

La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de origen refiere que *“En lo que hace al aspecto formal de la presentación efectuada por el señor ..., cabe considerar a la misma como un reclamo administrativo previo en los términos del artículo 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, ya que no está impugnando un acto administrativo, si no que solicita el reconocimiento de horas extras por el período que va desde Enero a Junio de 2011...”*

Ahora bien, conforme surge de los antecedentes habidos en el expediente y en relación al período reclamado, cabe destacar que el señor ... no contaba con un contrato vigente que estableciera una relación de empleo con esta Cartera de Estado...

En esta ocasión, el reclamo lo es respecto de las horas extras que el causante dice haber prestado durante el período mencionado y que no fueran reconocidas por la Resolución N° 744/2012.

Al respecto, conforme lo indica la Dirección de Recursos Humanos y Planeamiento Organizacional, el reconocimiento por servicios extraordinarios se encuentra regulado en el Decreto N° 214/06, ...”. (fs. 138/141).

Reseña luego lo previsto por los artículos 46 y 1º del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el Decreto N° 214/06, y señala que *“Asimismo la entonces Secretaría de la Función Pública ha entendido “que el otorgamiento de horas extraordinarias de labor reconoce como única causa las necesidades del servicio y no la petición de los agentes cualquiera sean los motivos que funden el requerimiento.” (Conforme Dictamen 1033/96).*

Por lo tanto, cabe destacar que el régimen de horas extraordinarias no le sería aplicable al agente en cuestión, considerando que no existía vínculo contractual con esta Cartera de Estado; considerando también que el reconocimiento de haberes efectuado por la Resolución N° 744/2012 no implica la procedencia del reclamo en trámite, ya que no reconoce una relación laboral; y que tampoco se encuentran reunidos los requisitos previstos por la normativa vigente para su procedencia (e.g. necesidades de servicio).

*Apoya el argumento en cuanto a la inexistencia de relación contractual, lo establecido en la cláusula novena de los Contratos oportunamente suscriptos entre el causante y este Ministerio (ver Contratos de prestación de servicios por tiempo determinado en el marco de lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 25.164 a fs. 52/58 que establece lo siguiente: "Se deja establecido expresamente que este contrato no importa una expectativa o derecho a prórroga en beneficio del CONTRATADO, pudiendo ser prorrogado o renovado únicamente por acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro contrato. La continuación en la prestación de servicios, **una vez operado el vencimiento del presente contrato, no importará en modo alguno la tácita reconducción del mismo**, aún cuando las tareas fijadas en los términos de referencia excedan el plazo total fijado en la cláusula anterior. **El CONTRATADO bajo ninguna circunstancia, tendrá derecho al pago de servicios que declare haber cumplido o hubiere cumplido una vez concluida la vigencia en el presente contrato.**"...*

Consecuentemente, esta Asesoría Legal considera que no se encuentran reunidos los requisitos para el reconocimiento de horas extras.", asimismo, solicita la intervención de esta dependencia.

La Subsecretaría Legal, Técnica y Administrativa del citado Ministerio remite los presentes obrados para la intervención de esta dependencia (fs. 142).

II.- En relación a la situación configurada en autos, corresponde efectuar las siguientes consideraciones.

1. Conforme las constancias de autos el causante prestó servicios en el ámbito del Ministerio de origen durante los meses de enero a junio de 2011 y CINCO (5) días del mes de julio del mismo año, sin que el respectivo contrato le fuera aprobado.

El servicio jurídico permanente del citado Ministerio, con fundamento en el Dictamen ONEP N° 1999/08 —que en copia certificada se acompaña—, y respecto del cual se adelanta que no resulta aplicable a la situación configurada en autos, concluyó que las sumas que se le adeudaban al causante se generaron en períodos ya cumplidos, y que entonces correspondía su reconocimiento y pago.

Ello se materializó con el dictado de la Resolución MREyC N° 744/12 por la que se le reconoció de legítimo abono la remuneración correspondiente al período comprendido (v. fs. 86/88).

Al respecto, se recuerda que reiteradamente esta dependencia ha sostenido que no procede el legítimo abono por la realización de prestaciones con la expectativa de la celebración de un contrato que no llega a aprobarse, ya que no se reúnen los requisitos para ser considerado funcionario "de facto" (cfr. Dictámenes ONEP N° 1105/02, B.O. 27/11/02 y N° 3333/03, B.O. 07/01/04).

Asimismo, dicho criterio fue receptado en el Dictamen ONEP N° 3038/02, que fuera compartido por la Procuración del Tesoro de la Nación en su Dictamen N° 51/03, concluyendo que "el reclamante no reúne los requisitos necesarios para ser considerado un funcionario de hecho y habilitar, de ese modo, el procedimiento instaurado en el inciso d) del artículo 1° del Decreto N° 101/85 (t. según Dto. N° 276/90)".

Lo expuesto, tal como ya fue señalado, torna inaplicable al caso de autos el parecer vertido por esta dependencia en el Dictamen ONEP N° 1999/08 en el marco de una consulta efectuada por el entonces Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

En dicha intervención, en relación a cuál era el procedimiento a seguir a efectos de efectuar el reconocimiento del Adicional por Grado reclamado por el causante, esta dependencia señaló que se encontraba prevista la posibilidad de que tal reconocimiento sea efectuado mediante el procedimiento instituido por el artículo 1º, inciso d) del Decreto N° 101/85.

Y que, *“De esta forma las sumas adeudadas al personal en concepto de las diferencias de haberes que comprenden el pago de adicionales (en este caso por equiparación), originados en el incumplimiento de normas reglamentarias de procedimiento proceden ser abonadas mediante el instituto del legítimo abono...”*. (el destacado no es del original).

Nótese, que en el caso en cuestión el causante se encontraba contratado, situación que no se verifica respecto del agente ..., versando su reclamo sobre la equiparación al grado en el respectivo contrato y posterior pago de la diferencia existente (diferencia de haberes).

Sentado lo que antecede, se concluye que certificada la prestación de servicios del causante por requerimiento de la Jurisdicción, correspondía la aprobación del respectivo contrato por el período comprendido entre el 1º de enero de 2011 y el 5 de julio del mismo año.

En tal sentido, esta dependencia ha señalado que *“En lo que atañe a la aprobación de actos por los que se contrate la prestación de servicios personales, como en el caso, es necesario señalar, en primer término, que dicha competencia se encuentra modificada por el Decreto N° 577/03.*

Y en segundo, que la aprobación de actos por los que se contrata (art. 2º) se encuentra vinculada a la previa autorización de los respectivos procesos (art. 1º) y su consiguiente cumplimiento.” (cfr. Dictámenes ONEP N° 1563/05, B.O. 07/09/05, y N° 1173/05, B.O. 17/08/05).

Se destaca asimismo, que en la especie el causante durante el año 2010 estuvo contratado conforme las previsiones del artículo 9º del Anexo a la Ley N° 25.164 para desempeñarse como Asistente Administrativo (fs. 52/54), equiparado al Nivel D Grado 5 y en el marco del mismo régimen jurídico y para cumplir las mismas funciones (Asistente Administrativo) fue contratado por el período comprendido entre el 6 de julio de 2011 y el 31 de diciembre de 2011.

Por lo que, el período en que el agente se desempeñó en el Ministerio de origen —01/01/11 al 05/07/11— no debe ser reconocido como legítimo abono (art. 1º, inciso d) del Decreto N° 101/85), sino aprobarse el respectivo contrato por citado período.

2. El artículo 46 del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el Decreto N° 214/06, prevé que *“El personal permanente y no permanente, a partir de la fecha de su incorporación, tendrá derecho al Régimen de Servicios Extraordinarios vigente en sus respectivos ordenamientos, los que quedan incorporados al presente modificados con el siguiente alcance: las horas extraordinarias serán remuneradas en domingo, feriado, días no laborables o sábado después de las 13.00 hs., con un recargo del CIEN POR CIENTO (100%) sobre el salario diario habitual.*

Los trabajos cumplidos en días sábados, domingos o feriados, con independencia del pago con recargo previsto en el párrafo anterior, devengarán un descanso compensatorio a favor del agente de la misma duración que los días inhábiles trabajados, que se le otorgará inmediatamente después de los días trabajados.

En caso de omisión, el trabajador podrá hacer uso de ese derecho según la modalidad que se determine en cada convenio sectorial y en un plazo no mayor a TREINTA (30) días posteriores al trabajo.

El régimen de Servicios Extraordinarios podrá ser adecuado sectorialmente respetando las características específicas de las prestaciones así como guardando las debidas correspondencias con los límites vigentes aplicables (N° 1213/05) que habilitan al trabajador a prestar tales servicios."

Ahora bien, atento el marco normativo por el que se encuentra aprehendida la relación laboral del agente ... (contratación cfr. art. 9° del Anexo a la Ley N° 25.164), lo previsto por el citado artículo 46 y lo expuesto en el punto que antecede, certificada que sea en el Ministerio de origen la efectiva prestación de servicios extraordinarios por parte del causante dentro de los extremos legales durante el período en cuestión, deberá procederse a su reconocimiento y pago.

SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO

Expediente JGM N° 37761/14. Expediente N° 53583/13. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO.

DICTAMEN DE LA OFICINA NACIONAL DE EMPLEO PÚBLICO N° 3528/14

