

## DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 12 de febrero de 2016.

No. 10

### **VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “PIVEL ZIEGLER, CLAUDIA con PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Acción de Nulidad” (Ficha No. 531/2013).

### **RESULTANDO:**

I. Claudia PIVEL ZIEGLER promovió declaración de nulidad del acto que aprobó las bases del llamado para la contratación de un Consultor Responsable del Área de Adquisiciones, individualizado en la página web de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) como “Programa PDGS-APT (Ref: PDGS-13)” (A.A. fs. 2 a 8).

Sostuvo que el acto atacado se halla viciado por la ilegitimidad manifiesta del art. 11.6 de las bases del concurso o términos de referencia, que dispone que el Consultor contratado deberá *“no haber tenido vínculo contractual con la Unidad de Desarrollo Municipal dependiente de OPP en el marco del PDGM IV.”* sin que surja de las bases explicación o justificación de una cláusula claramente inconstitucional en tanto violatoria del derecho a la igualdad de los particulares, consagrado en el art. 8 de la Carta Magna.

Alegó que la citada restricción solo tiene por universo de aplicación un pequeño grupo de personas claramente identificadas por la O.P.P. a las que se pretende excluir del llamado sin argumento racional alguno.

Manifestó que nunca se había visto que, haber desempeñado la función anteriormente, sea un demérito sino que, por el contrario, lo habitual es que se asignen puntos extra a aquellos funcionarios que cuentan con experiencia en la labor.

Añadió que la cláusula cuestionada, no sólo restringe el derecho a la igualdad y a la libertad de trabajo de la compareciente, sino que, además, la convierte en sospechosa de algo que no se especifica y que lesiona en forma actual derechos y libertades reconocidos expresa e implícitamente en la Constitución de la República.

También sostuvo que el acto impugnado violenta lo dispuesto en el art. 49 del TOCAF, en tanto el llamado favorece a un determinado grupo de personas en detrimento de otras (entre las que se encuentra).

Afirmó que en el caso no existe ley alguna que justifique la privación del derecho constitucional al trabajo. Ninguna razón de interés general puede justificar que las personas que cuentan con los conocimientos y la experiencia para desempeñar el trabajo solicitado, sean precisamente las que están impedidas de hacerlo.

También especificó que la incorporación de la cláusula en cuestión viola las políticas que rigen la selección y contratación de consultores financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Hizo hincapié en que el acto impugnado carece de una motivación adecuada, ya que no existe justificación alguna de la inclusión de una cláusula de incompatibilidad tan restrictiva como la atacada.

En definitiva, solicitó la anulación del acto administrativo dictado por la OPP que se enjuicia en los presentes obrados.

II) Corrido el correspondiente traslado, compareció la doctora Ana SANESTEVAN, en representación de la Presidencia de la República, a defender el acto impugnado.

Afirmó que las nuevas características del Programa de Desarrollo y Gestión Subnacional (PDGS) respecto a los anteriores programas implementados significa que la Administración ha decidido aplicar una nueva impronta a la gestión de dicho Programa.

Así pues, expresó que los llamados, instrumentados para cubrir la estructura de cargos y funciones del Programa, pretenden abarcar a un universo de postulantes mucho más amplio que el que habitualmente aplicaba en los procesos de contratación, anteriores a la vigencia del art. 10 de la Ley No. 18.834.

Sostuvo que es política de la Administración promover en las actuales oportunidades de selección de personal y acorde a la legislación vigente, la mayor apertura y transparencia para integrar los cuadros funcionariales de los diferentes programas existentes; incorporando personas capacitadas, pero también generando oportunidades de empleo para jóvenes y con potencial de aprendizaje.

Alegó que dicha política, lejos de implicar una limitación al principio de igualdad y libertad de trabajo, permite aplicar un enfoque de promoción de acciones afirmativas y evitar la perpetuación o prolongación indefinida de situaciones (de contrataciones previas), referidas a vínculos contractuales a término, que se extendieron en el tiempo más allá de su justificación original.

De lo que se trata en el caso, es de incluir en los Términos de Referencia del llamado, la voluntad expresa de renovar los cuadros directivos del Programa.

Argumentó que el llamado cuyas bases se impugnan no violenta en absoluto el art. 49 del TOCAF, ya que no puede admitirse de manera alguna que dicho llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares. También consideró que la convocatoria al llamado tuvo en cuenta las disposiciones del BID para la contratación de Consultores (documento GN-2350-9).

Por último, expresó que si bien la motivación de las bases del llamado fue la de cambiar la impronta del cargo que se concursó, la Administración finalmente optó por elegir al consultor mediante un proceso de selección de libre competencia, apostando así a elegir realmente al más adecuado para el puesto.

En definitiva, pidió que se rechace la demanda promovida y se confirme el acto impugnado.

III) Se abrió el juicio a prueba por el Decreto No. 8538/2013 (fs. 38). En dicha estación procesal, se produjo la que obra agregada y certificada a fs. 80.

La actora alegó en plazo (fs. 82 a 88) y la demandada no lo hizo tempestivamente, por lo que la actora pidió su rebeldía, la que se tuvo por bien acusada (Decreto 6809/2014 de fs. 93).

IV) Pasados los autos a consideración del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, se expidió por el Dictamen No. 688/2014, por el que aconsejó amparar la pretensión anulatoria.

Por Decreto 2/2015 pasaron los autos para sentencia, la que previo estudio de los Sres. Ministros, se acordó dictar en legal y oportuna forma.

**CONSIDERANDO :**

I. La pretensión anulatoria se dirige contra el acto que aprobó las bases del llamado para la contratación de un Consultor Responsable del Área de Adquisiciones, individualizado en la página web de la OPP como “Programa PDGS-APT (Ref: PDGS-13)” (fs. 2 a 8 de los A.A.).

II. Los presupuestos requeridos para la admisibilidad del accionamiento se hallan debidamente cumplimentados, por lo que el Tribunal ingresará en la consideración de la cuestión sustancial (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República y 4 y 9 de la Ley No. 15.869).

En efecto -según dichos de la pretensora que no resultaron controvertidos- se dio por notificada del acto encausado el día 12 de noviembre de 2012. Interpuso los correspondientes recursos administrativos de revocación y jerárquico en subsidio el día 19 de noviembre de 2012 (ver escritos de fs. 15-20 infolios).

La denegatoria ficta se configuró el día 7 de junio de 2013, por el transcurso del plazo de doscientos días sin resolución expresa del último de los medios impugnativos movilizados (art. 5 de la Ley No. 15.869 en la redacción dada por el art. 40 de la Ley No. 17.292).

La demanda conteniendo la pretensión anulatoria fue presentada en tiempo útil, el 16 de agosto de 2013 (fs. 28 *infolios*).

III. Los argumentos de las partes litigantes han sido expuestos en los RESULTANDOS, por lo que, en honor a la brevedad, cabe hacer remisión a ellos.

En la emergencia, el cerno de la cuestión litigiosa es bien concreto: estriba en determinar si el acto que aprobó las bases del llamado -llamadas “Términos de Referencia”- para la contratación de un Consultor Responsable del Área de Adquisiciones (“Programa PDGS-APT (Ref: PDGS-13”) resulta o no ajustado a Derecho.

En particular, en atención a una de sus cláusulas, que imposibilita presentarse a la convocatoria a quienes hayan tenido vínculo contractual con la Unidad de Desarrollo Municipal dependiente de OPP en el marco del PDGM IV (punto 11.6 de los términos de referencia).

IV. El Tribunal por unanimidad de sus integrantes naturales, compartiendo en lo medular el fundado Dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, habrá de amparar la demanda por los fundamentos articulados por la pretensora.

La restricción que constituye motivo de agravio resulta carente de razonabilidad y justificación. Su contrariedad a Derecho es evidente, puesto que resulta violatoria de los principios de igualdad y no discriminación, tal como se expone seguidamente

V) Si bien cabe admitir que la Administración tiene facultades discrecionales para establecer los requisitos que considere más adecuados a la hora de diseñar los llamados para los puestos de trabajo o cargos que se disponga proveer, esas facultades no resultan irrestrictas. Los requisitos impuestos a los interesados deben ajustarse a parámetros de razonabilidad, no ser violatorios de ninguna Regla de Derecho y deben orientarse a posibilitar la comparecencia de la mayor cantidad posible de concursantes, a fin de elegir, entre ellos, a los más capacitados.

La cláusula restrictiva en la que se cimienta el agravio de la pretensora, evidentemente se aparta del principio de razonabilidad, por lo que la potestad discrecional de la Administración en la fijación de las bases del procedimiento selectivo, resulta en la emergencia, arbitraria e injustificada.

Tan es así, que el propio Banco Interamericano de Desarrollo (BID) -organismo con cuyos fondos se financiaba el programa en el marco del cual se dispuso el llamado- observó la inclusión de la citada cláusula. En su nota fechada el 20 de setiembre de 2012, la encargada del Banco en Uruguay expresó que:

*“Analizada la documentación recibida no tenemos mayores objeciones que formular al referido término de referencia. Sin embargo, entendemos que la incompatibilidad establecida en el capítulo 11 de los términos de referencia adjuntos, relativa a que los postulantes no pueden haber tenido vínculo contractual con la Unidad de Desarrollo Municipal dependiente de OPP en el marco del PDGMIV, es restrictiva respecto a la necesidad de dar a los consultores calificados la oportunidad de competir para prestar servicios financiados por el Banco, establecida en las Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (GN-2350-9).”* (A.A fs. 11. El destacado me pertenece).

A pesar de esa advertencia, la Administración insistió e incluyó la restricción reseñada en los términos que se han reproducido.

No emerge de los antecedentes agregados la causa o motivo que justifique, al menos racionalmente, dejar afuera del llamado a aquellas

personas que en el pasado tuvieron un vínculo contractual con la UDM en el marco del Programa precedentemente mencionado.

Con tales entendimientos, es dable convenir que asiste razón a la accionante en su cuestionamiento, cuando señala que la multicitada cláusula vulnera, también, el principio de igualdad de los particulares.

De acuerdo al enfoque del Prof. Hugo BARRETO GHIONE el principio de igualdad tiene, en las relaciones que se dan en el mundo del trabajo, tanto una dimensión vertical, que atiende a la relación empleador-trabajador, como una dimensión horizontal, que contempla su aplicación entre el grupo de trabajadores.

Esa dimensión horizontal, dice el autor que *“...se presenta bajo el ropaje de la “no discriminación”, entendida como aquel principio que lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto sin una razón válida o legítima (...) el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato tiene entidad suficiente como para participar en un circuito de derechos de la persona que trabaja...”* (BARRETO GHIONE, Hugo: *“Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo”*, AA. VV.: *“El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica”* (Oscar Sarlo – Andrés Blanco: *Coordinadores, FCU, Montevideo, 2008, en especial, págs. 67 a 71*).

Acorde con este enfoque, es evidente que esta dimensión horizontal de la igualdad, que en el plano de las relaciones sociales de trabajo tiende a asegurar la igualdad de trato se ve violentada por una cláusula como la multicitada.



También desde la perspectiva iuslaboralista, el Prof. Oscar ERMIDA URIARTE ha expresado que, dado el estado actual en la evolución del tratamiento dogmático de la no discriminación como principio, no resulta necesaria ninguna enumeración de causas o motivos de discriminación, pues el principio es que resulta discriminatoria toda diferencia no justificada.

Expresa textualmente nuestro autor que “...*habrá discriminación toda vez que una diferencia de trato carezca de justificación suficiente. Todo motivo carente de justificación es discriminatorio, integre o no algún listado más o menos célebre. Toda diferencia no justificada es discriminatoria.*”(ERMIDA URIARTE, Oscar: “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, Derecho Laboral, T. LVI, No. 241, Enero-Marzo 2011, pág. 18).

La cláusula cuestionada quebranta el principio de igualdad, porque no resulta razonable excluir a algunos aspirantes a desempeñar funciones como consultor, por haber desempeñado antes tareas con la Unidad de Desarrollo Municipal dependiente de la OPP en el marco del PDGM IV.

Como bien puntualiza jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia:

*“El principio de igualdad no impide que se legisle para clases o grupos de personas siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. Tal como lo explica RECASENS SICHES, los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal, y en los corolarios de esta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en*

*lo que atañe a las desigualdades que la Justicia exige tomar en consideración (“Filosofía del Derecho”, pág. 590). De ahí, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, la jurisprudencia norteamericana ha sustentado que ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de igualdad de derechos garantizados por la declaración de derechos; pero el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción (“La Constitución Nacional”, Ed. Cámara de Senadores, T.1, pág.367) (Cf. Sents. Nos. 323/94,720/96, entre otras)”. (Cf. Sentencia de la SCJ No. 168/2009).*

Precisamente, no se aprecia que el grupo de personas que conforma el universo de concursantes del llamado en cuestión se haya constituido justa y racionalmente, al incluirse la cláusula restrictiva que deja fuera al pequeño grupo de personas entre las que se cuenta la actora (profesionales anteriormente contratados).

VI. Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que nuestro país ha ratificado el Convenio Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) No. 111, que establece el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo.

El convenio admite, como excepción a la igualdad de trato las excepciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, las que no serán consideradas como discriminación. Por otra parte, el instrumento internacional obliga a nuestro

Estado, a eliminar las prácticas administrativas incompatibles con la igualdad de trato y oportunidades en materia de empleo y ocupación (Cf. ERMIDA URIARTE, Oscar: “Discriminación laboral por VIH-SIDA”, Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho, Año V, No. 11, pág. 36 y SOTELO MÁRQUEZ, Ana: “La discriminación en el acceso al empleo”, Relaciones Laborales, No. 14 – Agosto 2007, especialmente págs. 70 y 77).

Va de suyo que la inclusión de una cláusula como la cuestionada, también colide con el Convenio Internacional de la OIT No. 111, que es derecho positivo vigente en nuestro país y ostenta, al menos, rango legal.

Por los fundamentos explicitados el Tribunal, en atención a lo dispuesto en los 309 y 310 de la Constitución de la República y en concordancia con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, por unanimidad,

**FALLA :**

*Ampárase la demanda incoada y, en su mérito, declárase la nulidad del acto impugnado; sin especial condenación procesal.*

*A los efectos fiscales fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$25.000 (pesos uruguayos veinticinco mil).*

*Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.*

Dr. Echeveste, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dra. Castro (r.), Dra. Corrales.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).