

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 15 de setiembre de 2016.

No. 532

VISTOS:

Para resolución, en estos autos caratulados: “CAAMAÑO SANZ, NELSON FERNANDO con PODER JUDICIAL. Acción de Nulidad” (Ficha No. 681/2015).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 12/11/2015, a fs. 2 del expediente principal, el actor promovió demanda de nulidad contra el acto administrativo materializado en el Acta 5 del Tribunal de Concurso actuante en el concurso para la provisión del cargo de Jefe Administrador Perfil Taller, de fecha 20 de enero de 2015, que estableció los puntajes asignados y el orden de prelación del referido concurso.

En lo medular, el reclamante se agravió de la puntuación que le fuera asignada en el concurso, precisando que la actuación del Tribunal de Concurso resultó desajustada a Derecho: en algunos rubros por violar directamente lo establecido en las propias bases del concurso; en otros por carecer de la más elemental razonabilidad en cuanto a los motivos para evaluar unos ítems diferente a otros.

Puntualmente, respecto a la “Evaluación Psicolaboral”, destacó que si bien se cambió la empresa evaluadora (de Deloitte a KPMG), en el concurso de Jefe Administrador de Telecomunicaciones, al que se presentara junto con el Ing. VILLAGRÁN, en aquella oportunidad lo superó a este último, obteniendo 4 puntos VILLAGRÁN y 8 puntos el

actor. Sin embargo, en esta oportunidad, se le adjudicaron 10 puntos a VILLAGRÁN, en tanto en su caso se le asignaron 9 puntos.

Entendió que no parece lógico un cambio tan drástico en un tiempo ínfimo; y apuntó que en estos rubros extremadamente subjetivos se requiere una motivación más fuerte, a efectos de evitar arbitrariedad en la asignación de los respectivos puntajes.

En suma, por estos y otros fundamentos, solicitó la anulación del acto impugnado.

II) Que con fecha 22/12/2015, a fs. 18 *ibídem*, los representantes del organismo demandado contestaron la demanda incoada, solicitando la confirmación del acto impugnado.

III) Que se abrió el juicio a prueba por Auto No. 64/2016, de fecha 29/7/2014, a fs. 32 *ibídem*.

IV) Que con fecha 2/3/2016, a fs. 1 de la carpeta de prueba actora, compareció el accionante, y propuso, entre otros medios probatorios, los siguientes:

“C) Se intime a la contraria a que preste su consentimiento a efectos de que la consultora KPMG remita a la Sede toda la documentación relativa a las evaluaciones psicolaborales realizadas en el marco del Concurso para Jefe Administrador - Perfil Taller, respecto a TODOS los postulantes, en tanto lo único que figura en los antecedentes administrativos agregados, son los puntajes globales.

D) Cumplido lo anterior se intime a la consultora KPMG, sita en Plata Cagancha 1335 piso 7, de esta Ciudad (Torre Libertad) a efectos de que remita TODA la documentación relativa a la evaluación psicolaboral

de TODOS los postulantes del concurso para Jefe Administrador- Perfil Taller” (fs. 1 vto. ib.).

V) Que con fecha 8/3/2016, a fs. 3 *ibídem*, se dictó el Decreto No. 1450/2016, por el cual se dispuso: “*Estando en tiempo y con citación de las partes, diligénciese la prueba ofrecida por la actora (...)*”.

VI) Que con fecha 1/4/2016, a fs. 11 *ibídem*, estando en tiempo para ello, la parte demandada dedujo oposición a la prueba solicitada por la actora en los referidos literales C) y D) de su escrito de ofrecimiento de probanzas.

Manifestó que se trata de pruebas claramente inadmisibles, en los términos regulados por el art. 74 del Decreto Ley 15.524, amén de innecesarias e impertinentes.

Sostuvo que tratándose de información de carácter personal y sensible a todos y cada uno de los postulantes, la facultad de consentir o habilitar el acceso a dicha información recaería única e indubitadamente en aquéllos, y nunca en el Poder Judicial (art. 18, Ley No. 18.331).

Añadió que, por similares razones, le está impedido relevar la confidencialidad que pesa sobre la Consultora KPMG, así como también respecto de la actuación del cuerpo de psicólogos de aquélla, intervinientes en el concurso objeto de estas actuaciones, valla infranqueable que solo puede ser levantada por todos y cada uno de los distintos postulantes. Entendió que no mediando consentimiento previo en los términos regulados por el artículo 5° y 18 de la Ley No. 18.331, el acceso a la información requerida por el actor resulta inviable y contraria a Derecho.

Expresó que la documentación solicitada por el actor, tratándose de datos sensibles, se encuentra especialmente protegida por los principios de

previo consentimiento informado, seguridad de los datos, reserva y responsabilidad, a que refiere el art. 5° de la Ley 18.331. Si bien el actor pudo, tuvo y tiene acceso a los méritos y antecedentes por él aportados, la solicitud no puede abarcar en modo alguno el resultado de las prueba psicotécnicas, por tratarse éstas de un conjunto de técnicas que de accederse a su interpretación impediría su uso a futuro.

Adujo que no mediando consentimiento previo en los términos regulados por los arts. 5 y 18 de la Ley 18.331, el acceso a la información requerida por el actor resulta inviable y contraria a Derecho.

Agregó que, en caso de mantenerse la intimación dispuesta, la misma debería constreñirse a la agregación de la evaluación psicolaboral practicada respecto del actor.

Sostuvo, asimismo, que el medio probatorio es innecesario e impertinente, por cuanto el actor no señaló -en lo que refiere a las pruebas psicotécnicas- ninguna irregularidad o ilicitud salvo la supuesta “falta de lógica” entre los resultados obtenidos en dos concursos, el de marras y otro que nada tiene que ver con estas actuaciones. Por tanto, no habiéndose alegado vicio o ilegitimidad alguna susceptible de causar nulidad, el medio de prueba solicitado resulta innecesario e impertinente en relación al objeto del proceso.

Apuntó que la referencia contenida en la demanda, lo fue únicamente al postulante VILLAGRÁN, por lo que la solicitud de incorporación de toda la documentación relativa a las evaluaciones psicolaborales de todos los concursantes, indudablemente resulta innecesaria e impertinente, cuando no abusiva.

En suma, solicitó que se tenga por deducida la oposición en tiempo y forma, respecto de los medios de prueba cuestionados.

VII) Que con fecha 20/4/2016, a fs. 17 *ibídem*, se dictó el Decreto No. 2828/2016, por el cual se dio traslado a la parte actora de la oposición deducida por la demandada.

VIII) Que con fecha 20/5/2016, a fs. 25 *ibídem*, la actora evacuó el traslado conferido respecto de la oposición deducida.

Respecto a la supuesta imposibilidad de levantar la confidencialidad respecto a KPMG, señaló que el vínculo contractual existe no entre cada postulante del concurso y la consultora, sino que quien contrató los servicios de la empresa fue el Poder Judicial, por lo que es éste quien tiene competencia para eximir a la empresa de su obligación contractual de confidencialidad.

En tanto, en cuanto al consentimiento de los postulantes, expresó que al aceptar ingresar en un procedimiento público y competitivo como es un concurso, el consentimiento dado para el tratamiento de los datos naturalmente abarca a todas las fases del concurso, y aquellas conexas, como es la presente.

Añadió que, sin perjuicio de lo anterior, resultan curiosas las manifestaciones de la contraria, que reconoce que existen aspectos de un procedimiento que debiera ser público y competitivo sobre los que “no existe un derecho irrestricto a la información que detenta la Administración”. Al respecto, puntualizó que no se trata de un acceso irrestricto a terceros ajenos al concurso, sino que se enmarca dentro del derecho fundamental al debido procedimiento y a que cada postulante tiene derecho a conocer cuáles fueron los criterios que se utilizaron no solo para

su evaluación personal, sino además, de aquellos con quienes está compitiendo por un puesto, control que es de la esencia misma del contradictorio y resulta una salvaguarda frente a posibles actuaciones espurias.

Agregó que la postura de la demandada aparece como contradictoria, pues por un lado afirma que puntajes de anteriores concursos son irrelevantes “porque se trata de técnicos distintos”, y por otro expresa que acceder a las evaluaciones psicolaborales en este caso invalidaría toda la técnica “impidiendo su uso a futuro”.

Sostuvo que en un Estado Democrático no existen derechos ni prerrogativas absolutas, sino que los mismos deben armonizarse teniendo en cuenta las condiciones de cada caso. No puede pretenderse en base a un alegado derecho a la reserva, intentar sumir a una parte de un procedimiento de selección en la oscuridad, sustrayéndolo al contralor no solo de los involucrados, sino incluso del propio órgano jurisdiccional; circunstancia que se ve agravada en la especie porque ni siquiera se realizó la evaluación psicolaboral por profesionales del organismo demandado, sino que se tercerizó en una empresa privada, lo que llevaría al absurdo de que en aquellos concursos en que se estableciera la prueba psicolaboral como eliminativa, habría en los hechos una delegación de atribuciones del Estado en un particular, que no estaría sujeto a ningún control.

Finalmente, adujo que sin perjuicio de todo lo anterior, aun cuando la Sede no considerara procedente la intimación respecto de todos los concursantes, sí resulta pertinente respecto del actor y del co-conкурсante VILLAGRÁN -que fue el único que superó el mínimo de puntaje requerido-, quien además debiera ser citado al proceso como tercero

coadyuvante con la demandada, en tanto interesado en el mantenimiento del acto resistido.

En suma, solicitó que se desestime la oposición deducida, haciéndose lugar a la prueba solicitada, y que se cite como tercero coadyuvante con la demandada a Juan VILLAGRÁN.

IX) Que con fecha 25/5/2016, a fs. 28 *ibídem*, se dictó el Decreto No. 4199/2016, por el cual se tuvo por evacuado el traslado conferido, se suspendió la solicitud de citación del tercero hasta la resolución del presente incidente, y se pasaron los autos para resolución.

CONSIDERANDO:

I) Que el Tribunal acogerá parcialmente la oposición formulada por la demandada a la prueba ofrecida por la actora, limitando el objeto de las probanzas solicitadas, conforme se dirá.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 74 del Decreto Ley No. 15.524: *“El Tribunal podrá rechazar "in limine" aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, o notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del juicio o que resulten no ser pertinentes a la materia litigiosa.*

La no admisión de un medio de prueba en oportunidad de su proposición no obsta a que luego sea ordenada por el Tribunal para mejor proveer o a pedido del Procurador del Estado para mejor dictaminar o a pedido de un Ministro para mejor estudio”.

Del análisis de las probanzas solicitadas por la actora, se observa en primer lugar que éstas no están prohibidas por la ley, ni se observan como notoriamente dilatorias. A su vez, tampoco resultan manifiestamente impertinentes o inconducentes, salvo en un aspecto al que luego se hará

referencia, que es el que determina el acogimiento parcial de la oposición formulada.

II) Surge de los antecedentes administrativos incorporados que el Organismo demandado efectuó un Llamado Interno para la Provisión de Cargos de Jefe Administrador (Área Soporte Técnico), Esc. R, Gr. 13, a ser desempeñados en División Informática (*vide*: Resolución N° 887/13/40 de la Suprema Corte de Justicia, a fs. 19 A.A., pieza I).

En la convocatoria se establecieron dos perfiles: Jefe Administrador perfil Puesto de Trabajo, Proyectos y Mesa de Ayuda y Jefe Administrador perfil Taller. El accionante se postuló para este último puesto. Las Bases del Concurso lucen agregadas a fs. 20 y ss. de los citados antecedentes.

III) En la especie, la prueba objetada por la demandada dice relación con la intimación a efectuarse al Organismo a efectos de que preste su consentimiento para que la consultora KPMG remita a la Sede toda la documentación relativa a las evaluaciones psicolaborales realizadas en el marco del referido concurso a todos los postulantes, así como con la posterior intimación a KPMG para que remita dicha documentación.

La Administración finca su oposición en dos aspectos: a) la inadmisibilidad de los medios probatorios solicitados; b) la impertinencia de los mismos.

IV) En cuanto al primer cuestionamiento, destacó la demandada que los datos contenidos en las pruebas psicolaborales son personales y sensibles, y que por expreso mandato legal (artículo 18 de la Ley 18.331) requieren del previo consentimiento del titular de los datos para su comunicación. En mérito a ello, la facultad de consentir o habilitar

el acceso a dicha información recaería única e indubitadamente en aquéllos, y nunca en el Poder Judicial.

Añadió que, por similares razones, le está impedido relevar la confidencialidad que pesa sobre la Consultora KPMG, así como también respecto de la actuación del cuerpo de psicólogos de aquélla, intervinientes en el concurso objeto de estas actuaciones. No mediando consentimiento previo de los titulares de los datos en los términos regulados por el artículo 5º y 18 de la Ley 18.331, el acceso a la información requerida por el actor resulta inviable y contraria a Derecho.

A juicio de la Sede, este primer planteamiento de la demandada resulta de rechazo.

Las evaluaciones psicolaborales comportan la valoración de aptitudes, preferencias y características de personalidad, erigiéndose por tanto en datos psicológicos, los cuales integran el elenco de “datos sensibles” previstos en la Ley 18.331.

En tal sentido, el artículo 4º, literal E), de la referida ley define a los datos sensibles como aquellos *“datos personales que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual”*.

Por su parte, el Decreto No. 414/009, reglamentario de la Ley 18.331, dispone en el artículo 4º, literal D), que se entiende por *“Dato personal relacionado con la salud: las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de una persona. Entre otros, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad o a su información genética”*.

De acuerdo a las normas transcriptas, es posible concluir que en el caso de los resultados de las evaluaciones psicolaborales de un concurso, nos encontramos frente a datos personales relacionados con la salud, los cuales integran el elenco de “datos sensibles”.

Este tipo de datos, conforme la normativa antedicha, exige en principio, para su tratamiento y eventual comunicación, el consentimiento expreso y escrito del titular.

Así, respecto al tratamiento de los datos personales, el art. 9° de la Ley 18.331 establece el “Principio del previo consentimiento informado”, disponiendo que *“El tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse. (...)”*.

En tanto, respecto de la comunicación de estos datos, el art. 17 de la ley dispone: *“Los datos personales objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del emisor y del destinatario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la comunicación e identificar al destinatario o los elementos que permitan hacerlo. (...)”*.

Por su parte, específicamente respecto de los datos sensibles, se establece en el art. 18: *“Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Estos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular. (...)”*.

V) Ahora bien; en el presente caso, es necesario contextualizar los datos psicolaborales requeridos por la actora, en el marco en el cual éstos se obtuvieron. En efecto, los datos en cuestión fueron

obtenidos en un procedimiento de concurso, en el cual consintieron en participar y brindar sus datos todos los concursantes. En este ámbito, tratándose de un procedimiento de concurso para acceder a un cargo público, rigen los principios de publicidad y transparencia, por lo que se impone el necesario conocimiento de los postulantes de los resultados de las pruebas, con el fin de conocer debidamente las circunstancias concurrentes en el proceso selectivo en el que han formado parte.

Al respecto, señala en su fundado voto el Ministro Dr. Juan P. TOBÍA: *“De ese modo, debe convenirse que cuando un aspirante se presenta a un Concurso público y competitivo, va de suyo que consiente el tratamiento de sus datos, el que debe entenderse, abarca a todas las etapas del concurso, así como su acceso a los otros co-postulantes en aras del necesario ejercicio de contralor. Diferente es el caso con las personas que no participaron en el procedimiento, quienes podrán acceder a los puntajes globales y ordenes de prelación respectivos.*

Como expresa el actor en oportunidad de evacuar el traslado conferido, el acceso referido se enmarca dentro del derecho fundamental al debido procedimiento y a que cada postulante tiene derecho a conocer cuáles fueron los criterios que se utilizaron no solo para su evaluación personal, sino además de aquellos con quienes está compitiendo por un puesto, control que hace a la esencia misma del contradictorio y resulta una salvaguarda frente a posibles actuaciones espurias”.

De este modo, es posible colegir que los postulantes otorgaron -en forma previa, al ingresar al concurso- su consentimiento para el tratamiento de los datos personales relativos a su evaluación psicolaboral, así como para la eventual comunicación de tales datos, sea a los otros concursantes

(en caso que éstos quisieran conocer cuáles fueron los criterios tomados en cuenta por los evaluadores para asignar los puntajes respectivos), sea a este Tribunal (en caso que éste tuviera que juzgar respecto a la legitimidad o ilegitimidad del procedimiento de concurso).

Por ende, desde este enfoque, el acceso a los datos de los otros postulantes sería posible tanto para el actor como para la Corporación, por lo que no puede reputarse como inadmisibles la prueba solicitada por el accionante.

VI) O bien, desde otro ángulo, si se entendiera que aquel consentimiento brindado por los concursantes tácitamente al participar en el concurso no es suficiente a efectos de la comunicación de los datos, estima la Sede que de todos modos resulta de aplicación al sub-lite una de las excepciones al art. 17 de la Ley 18.331, por lo que es procedente la comunicación de los datos requeridos aun sin consentimiento de su titular.

En tal sentido, la referida norma legal, luego de disponer que *“Los datos personales objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del emisor y del destinatario y con el previo consentimiento del titular de los datos (...)”*, señala que *“El previo consentimiento no será necesario: (...) B) en los supuestos del artículo 9° de la presente ley”*; y en dicho art. 9° se establece: *“No será necesario el previo consentimiento cuando: (...) B) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal”*.

En el presente caso, la intimación se realizará a efectos de que los datos personales en cuestión, constituidos por los resultados de las evaluaciones psicolaborales de los concursantes, sean comunicados a este

Tribunal con el fin de que éste ejerza una de las funciones propias del Estado, como lo es la función jurisdiccional. En efecto, la intimación se dispone a efectos de que el Cuerpo pueda contar con los necesarios elementos de juicio al momento de juzgar si la evaluación de los postulantes se hizo o no acorde a Derecho.

Por lo cual, en el *casus*, no es necesario contar con el consentimiento expreso del titular de los datos, por operar una de las excepciones previstas en la norma citada.

VII) Por lo demás, la intimación de autos no supone vulnerar, sino que, por el contrario, respeta el principio de finalidad establecido en el art. 8° de la Ley 18.331, conforme con el cual: *“Los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención (...)”*.

Al respecto, como bien lo señala en su voto el Ministro Dr. GÓMEZ TEDESCHI: *“La finalidad de los datos psicolaborales en el ámbito de un concurso, es ponderar la adecuación de los concursantes al cargo, en el marco de un procedimiento competitivo. Por tanto, su consideración deberá hacerse en el marco de las reglas propias de los procedimientos de concurso, conformadas por las bases específicas pero también por toda la normativa aplicable a tal procedimiento administrativo, en que el debido contralor de lo actuado en las diversas instancias (inclusive la evaluación psicológica), es derecho de todos los concursantes agraviados y ahora se impone para el Tribunal en el análisis de legitimidad del acto en proceso”*.

En suma, por los fundamentos expuestos, cabe desestimar la oposición de la demandada fundada en que la prueba recabada sería inadmisibile o prohibida por la ley.

VIII) Resta analizar el otro motivo de impugnación de la demandada, esto es, su argumentación en el sentido de que el medio probatorio solicitado por el actor sería innecesario e impertinente.

Para ello, la Administración se funda en que el accionante no señaló ninguna irregularidad o ilicitud en lo que refiere a las pruebas psicotécnicas, salvo la supuesta “falta de lógica” entre los resultados obtenidos en dos concursos, el de marras y otro que nada tiene que ver con estas actuaciones.

Agregó que la referencia contenida en la demanda lo fue únicamente al postulante VILLAGRÁN, por lo que la solicitud de incorporación de toda la documentación relativa a las evaluaciones psicolaborales de todos los concursantes, indudablemente resulta innecesaria e impertinente, cuando no abusiva.

IX) Y bien. A juicio de la Sede, asiste parcialmente razón a la demandada en este punto de la oposición.

Primeramente, con respecto a que la prueba solicitada sería innecesaria e impertinente pues el actor no habría señalado ningún vicio respecto de las pruebas psicotécnicas, el argumento resulta de franco rechazo, ya que emerge de la demanda que el accionante sí se agravió respecto de dichas evaluaciones, señalando que en el concurso de Jefe Administrador de Telecomunicaciones, al que se había presentado junto con el Ing. VILLAGRÁN, había superado a este último en la respectiva evaluación psicolaboral, obteniendo 8 puntos el actor y 4 puntos VILLAGRÁN, mientras que en esta oportunidad se le adjudicaron 10 puntos a VILLAGRÁN y 9 puntos a él, lo que calificó de falto de lógica (*vide*: fs. 7 vto. de los ppales.).

No obstante, en lo que sí asiste razón a la Administración, es en que la referencia contenida en la demanda atañe únicamente al co-concursante Juan VILLAGRÁN, no así a los demás postulantes, por lo que la solicitud de incorporación de la documentación relativa a las evaluaciones psicolaborales de todos los demás concursantes resulta impertinente.

En consecuencia, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se estima procedente restringir la intimación a la agregación de las evaluaciones psicológicas referentes al actor y al co-postulante Juan VILLAGRÁN, en tanto el agravio acerca del presunto error en la puntuación de la prueba psicolaboral recae puntualmente sobre las evaluaciones del accionante y de ese otro concursante.

X) En definitiva, concluye la Sede que corresponde acoger parcialmente la oposición de la demandada, y disponer que las intimaciones solicitadas en los literales C) y D) del escrito de ofrecimiento de prueba de la actora deberán limitarse a la documentación relativa a las evaluaciones psicolaborales realizadas en el marco del concurso de marras a los postulantes Juan VILLAGRÁN y Nelson CAAMAÑO, excluyéndose la documentación relativa a las evaluaciones de los demás concursantes.

A su vez, huelga remarcar que, en la incorporación de dicha información, corresponderá la disociación (conforme al artículo 4º literal G de la Ley 18.331) de aquellos datos que no hagan a la situación evaluada, tales como: estado civil, dirección, correo electrónico, número de teléfono, y otros que en la especie resulten irrelevantes.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

RESUELVE :

Acógrese parcialmente la oposición deducida por la demandada, y en su mérito, límitese el objeto de las intimaciones solicitadas en los literales C) y D) del escrito de ofrecimiento de prueba de la parte actora de acuerdo a lo dispuesto en el Considerando X) de este pronunciamiento.

Sin especial condena procesal.

Ejecutoriada, vuelvan para resolver lo relativo a la citación del tercero, solicitada por la parte actora en su escrito de fs. 25 de la presente carpeta de prueba (Decreto No. 4199/2016).

Dr. Echeveste (r.), Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).