

La discrecionalidad en el acceso al empleo público.

Por Nora Patricia Vignolo

Pretendemos hacer un breve análisis de la normativa que regula el acceso al empleo público estable, y describir cómo se ha operado, desde una perspectiva regulatoria, un proceso de contención paulatina de la discrecionalidad Administrativa. Para ello es preciso tener en cuenta, que a partir de la ratificación por parte de la Argentina de diversos tratados sobre derechos humanos que se refieren al empleo público y, con posterioridad, la reforma de la Constitución Nacional en 1994, que en el artículo 75 inciso 22 les asigna a estos rango constitucional, se ha generado un estándar que impacta necesariamente en el empleo público.

Entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica, Convención Americana sobre derechos humanos ratificada por la Ley N.º 23.054, que establece en lo que aquí interesa, en su artículo 23, Derechos Políticos: *1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades.*

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; (...)

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia,

idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Por su parte, la Ley N.º 23.313 que Aprueba el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York el día 19 de diciembre de 1966, en virtud del cual, -artículo 7- los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.

A su vez, la Ley N.º 23.179, aprueba la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo articulado se establece en cuanto aquí interesa:

a) Artículo 7, los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y en particular, garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a *participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.*

b) Artículo 8, Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

c) Artículo 11, según el cual deberán adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a) *El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.*

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.

c) El derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico.

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

f) Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

En este contexto juega un rol decisivo el proceso de democratización de las relaciones laborales.

Específicamente la ratificación de los convenios de la OIT -el 151 de Protección de los derechos de sindicalización y establecimiento de las condiciones laborales en la Administración Pública y el Convenio 154, de Fomento de la Negociación Colectiva, que han producido cambios en las relaciones laborales en el ámbito de la APN, sustituyéndose gran parte de la normativa por acuerdos colectivos de distinto nivel.

Ahora bien, este contexto jurídico impactó en las regulaciones del empleo público, tanto sea en la incorporación de nuevos derechos (como por ejemplo, el de capacitación permanente, la estabilidad de la mujer durante el embarazo en las relaciones no permanentes y el periodo postparto (ver Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N.º 25.164 y Convenio Colectivo de Trabajo General para el Personal de la Administración Nacional, homologado por el Decreto N.º 214/04)) como así también, específicamente en el tema que nos ocupa, en el establecimiento de límites a la discrecionalidad administrativa.

Es precisamente en la tensión entre el ejercicio de prerrogativas consideradas inherentes y el margen de las garantías de los ciudadanos, donde se han producido avances tendientes a circunscribirlo normativamente.

Esta tendencia normativa a poner límites a la discrecionalidad de la Administración en materia de procesos de selección o en cuestiones vinculadas al empleo público, se refleja paralelamente en ciertos pronunciamientos judiciales.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos Fallos, *Calvo y Pessini*, *Hooft*, *Gottschau*, *Mantecón Valdés y Pérez Ortega*, en cuanto aquí interesa, se expide en cuestiones relativas a que en la determinación del perfil de los puestos a concursar no se puede invocar la mera razonabilidad para exigir la ciudadanía argentina y a la existencia de categorías sospechosas de discriminación con presunción de inconstitucionalidad.

Por su parte, en 2007, *Olavarría y Aguinaga c/AfIP*, mencionó que una cláusula del laudo arbitral que dispone el llamado a concurso para cubrir una vacante, coadyuva a garantizar la condición de idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, principio de rango constitucional consagrado en el artículo 16.

Posteriormente, el emblemático caso *Schnaidermann* contra la Secretaría de Cultura, Fallos 331:735, en el que se debatía la legitimidad de la conclusión de la relación laboral en el período de prueba.

Precisamente en dicho precedente se produce el cambio de la doctrina de la Corte en la materia.

En efecto, deja de considerar que en lo atinente a las cuestiones de política administrativa debe reconocerse a la autoridad un razonable margen de apreciación para el logro del buen servicio y que ello importa el ejercicio de atribuciones discrecionales exentas del control judicial. Por tal razón, bastaba la mera invocación normativa de la atribución para considerar satisfecho el requisito de motivación del acto administrativo.

En cambio, pasó a sostener que el ejercicio de las facultades por parte del órgano administrativo para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba, no lo eximen de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la Ley N.º 19.549 de Procedimientos Administrativos, como así tampoco de respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas.

Expresó que el Tribunal ha reconocido el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto y por otro, en el examen de su razonabilidad.

Afirmó en tal sentido, que si se toma en cuenta que las normas supeditan la adquisición de la estabilidad en el empleo a que se acrediten condiciones de idoneidad durante el período de prueba, ello constituye un aspecto que limita la decisión discrecional de la Administración.

Desde esa perspectiva no se podía revocar el nombramiento de un agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican.

Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que -por el contrario- imponen una observancia más estricta de la debida motivación pues la resolución que canceló la designación del actor -aun cuando este último se encontraba en período de prueba- no puede quedar exenta de cumplir con los recaudos de legitimidad.

En suma, la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, no puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria.

Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que, por un lado, otorga validez a los actos de los órganos del Estado.

Veamos brevemente lo que ha ocurrido con la normativa que regula el reclutamiento de las personas que van a acceder a la función pública e incluso, recordemos de donde partimos.

Entre 1980 a 1991: en materia estatutaria rigió el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, la Ley N° 22.140 que establecía el ingreso a la planta permanente por concurso, procedimiento reglamentado en los escalafones.

No obstante lo cual, se había dispuesto la suspensión -ergo derogación- del régimen de concursos incluido en el entonces escalafón, por un decreto que determinaba que era atribución de la autoridad con facultades para designar el apreciar al

momento de la designación la idoneidad de la persona para el desempeño de la función (Decreto N.º 1776/74).

Así llegamos a 1991, en que se dicta el Decreto 993 que aprueba el nuevo ordenamiento escalafonario en el marco de la Ley de Reforma Administrativa, el entonces Sistema Nacional de la Profesión Administrativa -SINAPA- que si bien no implicó un acuerdo colectivo, específicamente la Unión del Personal Civil de la Nación -UPCN- tuvo participación durante el desarrollo de su elaboración y aplicación.

El SINAPA incorporó como uno de los pilares de la carrera administrativa la sustanciación de sistemas de selección tanto para el ingreso, progreso vertical en la carrera como para el acceso a funciones ejecutivas o gerenciales.

Con relación al régimen de selección para la cobertura de cargos simples, definía como principios propios, la publicidad, transparencia, imparcialidad, confidencialidad y anonimato.

El órgano de selección debía estar integrado, entre otros, por expertos en los temas correspondientes a los puestos a concursar, y no podían ser personas que de algún modo revistaran en el mismo organismo que concursaba la vacante.

Se incluyó la participación de entidades gremiales en carácter de veedores y de las Comisiones Nacionales de la Mujer y de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

Con relación al Perfil del Puesto, por primera vez, se establecía la necesidad de determinar el perfil necesario para desempeñarlo, incluyendo conocimientos requeridos, habilidades y aptitudes.

Se contemplaban cuatro etapas de la selección:

- 1) Evaluación de antecedentes (títulos y experiencia),
- 2) Evaluación laboral a través de entrevistas.
- 3) Evaluación técnica a través de la administración de prueba escrita asegurando el anonimato,
- 4) Evaluación de personalidad,

Sólo eran obligatorias la implementación de la evaluación de antecedentes y la entrevista laboral donde se evaluaría además los conocimientos técnicos,

El Quorum mínimo se conformaba con solo dos de los integrantes del órgano selector.

El puntaje se asignaba a tres factores: capacitación formal y no formal, experiencia y características de personalidad.

La incidencia relativa de cada factor en el puntaje final, la determinaba de manera discrecional el órgano selector en base a los requerimientos del puesto, quien como resultado final debía proponer el orden de mérito.

A su vez, se contemplaba otro mecanismo de selección para cargos con funciones ejecutivas o gerenciales, con un mayor grado de discrecionalidad y de libertad por parte del Comité selector para fijar el procedimiento a seguir.

A partir de 1999, ya avanzado el proceso de democratización de las relaciones laborales, con la sanción de la Ley N.º 25.164 -Marco de Regulación de Empleo Público Nacional- que establece los pisos mínimos que rigen el empleo en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, y con la vigencia del primer Convenio Colectivo de Trabajo General para el personal de la APN en el

marco de la Ley N.º 24.185, homologado por el Decreto N.º 66/99, se observa que los instrumentos colectivos y normativos resultantes se tornan más reglamentaristas en materia de selección de personal.

Así, el referido Convenio Colectivo General, fue un poco más allá y contempló que en materia de selección se debían respetar los principios, de igualdad de oportunidades, publicidad, transparencia y específicamente la igualdad de trato por razones de género o de discapacidad, como así también la debida competencia entre los candidatos -lo cual sugiere concursos de oposición-.

Por otra parte, previó la formulación de perfiles de puestos comunes con los requisitos mínimos para cubrir cargos vacantes similares o equivalente. Aspecto este que se orienta en dirección a limitar la discrecionalidad de las autoridades en las distintas dependencias administrativas.

En lo que atañe a los procesos, dejó en claro que debían contemplar sistemas de evaluación objetiva de antecedentes, experiencias relacionadas con el cargo, conocimientos, habilidades y aptitudes y que la designación debía ajustarse al orden de mérito aprobado.

Cuando se tratara de la selección para cargos directivos, habilitó la posibilidad de acordar en los convenios sectoriales, cláusulas que posibilitaran a la autoridad competente escoger entre los candidatos de una terna.

En lo relativo al órgano de selección, se estableció que debía asegurarse la integración con especialistas de reconocido prestigio, tampoco podían integrarse exclusivamente por

personal de la jurisdicción de la que dependa el cargo a cubrir y, además, al menos uno de los integrantes debía ser mujer.

En 2006, se homologa un nuevo Convenio Colectivo de Trabajo General para el Personal de la Administración Nacional -Decreto N.º 214/06- que, al respecto, mantiene básicamente las previsiones del anterior, con la salvedad de que en lo relativo al órgano selector y, teniendo en cuenta las cuestiones de género, incrementó la garantía consistente en que uno de los integrantes debía ser mujer, por la de que no puede haber más del SESENTA POR CIENTO (60%) de personas de un mismo sexo, lo que implica aumentar al doble la presencia de la mujer como obligatoria.

Posteriormente, en 2008, se conviene, por primera vez, la carrera administrativa por autonomía negocial, y así se homologa el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal del Sistema Nacional de Empleo Público, -Decreto N.º 2098/08).

Aquí se pasa del concepto amplio de "**sistemas de selección**", que comprendía tanto a modalidades preponderantemente regladas como la que vimos, como también otras netamente discrecionales -caso funciones ejecutivas en que la metodología la fijaba libremente el Comité selector que proponía una terna de candidatos-, al concepto concreto de concursos de oposición y antecedentes, y habilita modalidades de curso-concurso.

En tal sentido el artículo 34 determina, los procesos de selección se realizarán mediante los respectivos concursos de oposición y antecedentes, pudiendo prever modalidades de curso-concurso específicamente organizados para tal efecto, los que

permitirán comprobar y valorar fehacientemente la idoneidad y las competencias laborales de los candidatos, esto es, de sus conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes, conforme al perfil del puesto o función a cubrir, el nivel escalafonario y agrupamiento respectivo, y asegurar el establecimiento de un orden de mérito o terna, según corresponda.

A partir de allí, las etapas de la selección son obligatorias, excepto la evaluación psicológica que solo lo es para determinados puestos.

En tal sentido el artículo 35 establece que, en todos los casos, el proceso de selección deberá estar integrado por las siguientes etapas: a) Evaluación de Antecedentes Curriculares y Laborales a partir de las declaraciones en carácter de declaración jurada, y las certificaciones que deberán presentar los postulantes.

b) Evaluación Técnica por las que se apreciarán los conocimientos, habilidades y capacidades para aplicarlos a situaciones concretas según los requerimientos típicos del puesto.

c) Evaluación mediante Entrevista Laboral a través de al menos UN (1) encuentro para valorar la adecuación del aspirante con relación a los requerimientos del puesto.

d) Evaluación del Perfil Psicológico a cargo de profesional matriculado, preferentemente del ámbito público. Esta etapa será optativa...

Además, la ponderación de los factores (tales como formación académica, especialización, experiencia laboral), y el puntaje

correspondiente, deben ser informados a los interesados al momento de la Inscripción y no puede tener una ponderación inferior al VEINTICINCO (25%) por ciento con relación al puntaje final.

Entre otras cosas, con relación a la valoración de la experiencia prescribe que la obtenida en dependencias que integran el Convenio Sectorial, solo podrá tener una ponderación en un 20 por ciento superior y un DIEZ (10%) por ciento, la obtenida en el resto de la Administración Pública Nacional, ello siempre que se explicita en el acto de convocatoria.

También se fijan límites a las ponderaciones de las etapas, así con relación a la Evaluación Técnica, una de las cuestiones fundamentales, es que sus resultados deberán tener una ponderación no inferior al SESENTA POR CIENTO (60%) del total de la calificación a obtener por los candidatos para posicionarse en el orden de mérito.

Por su parte, la evaluación de la entrevista laboral, no puede tener una ponderación superior al QUINCE (15 %).

Por último, en caso de empate, se regula detalladamente los criterios de preferencia para confeccionar el orden de mérito.

Con relación al régimen de selección para los cargos con funciones ejecutivas las diferencias son aún mayores.

En efecto, en el mecanismo contemplado en el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, el Comité de Selección determinaba libremente la metodología que seguiría para la selección de los candidatos y proponía finalmente una terna, sin discriminar puntaje entre ellos, de la cual la autoridad

elegiría al postulante siempre que considerara que los ternados reunían las condiciones de idoneidad o, en caso contrario, podía no aprobar la terna y declarar desierta la selección y efectuar una nueva convocatoria.

A partir del Sistema Nacional de Empleo Público y en su marco, la Resolución de la ex Secretaría de la Gestión Pública N.º 39/10 -primero- y la Resolución de la Secretaría de Empleo Público del Ministerio de Modernización, N.º 82/17, con posterioridad, se deja de lado la total autonomía del Comité para definir la modalidad y sustanciar los procesos respectivos y se pasa a un régimen de corte reglamentarista, en el cual los componentes discrecionales son menos pronunciados.

En tal sentido, se establece que los proceso de selección estarán conformado por las siguientes etapas: Evaluación de Antecedentes Curriculares y Laborales, Evaluación Técnica, Evaluación mediante Entrevista Laboral, Evaluación del Perfil Psicológico.

También se fija la ponderación de cada una de ellas, a saber: La etapa Evaluación de Antecedentes Curriculares y Laborales el QUINCE POR CIENTO (15%), la etapa de Evaluación Técnica un peso no inferior al SESENTA POR CIENTO (60%) y la etapa de Evaluación mediante Entrevista Laboral, una incidencia del VEINTICINCO POR CIENTO (25%).

Tal como se habilitó por el convenio sectorial, la autoridad puede escoger de una terna de candidatos, es decir que, en ese caso, ejerce una atribución de naturaleza discrecional, con la exigencia que tal decisión se hubiere anunciado en el momento de la convocatoria, y además, obliga a calificar a los

candidatos lo que determina que los integrantes de la terna deben ser los postulantes mejor calificados.

En caso de no haberlo anunciado, la autoridad designará según el estricto orden de mérito resultante.

Cabe aquí hacer referencia a un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación en donde, se dejó sentado que si menos de tres candidatos superan todas las etapas del proceso selector, aun en el supuesto de que uno solo hubiese superado todas las etapas en un concurso desarrollado regularmente, si la autoridad competente considera que el concurso cumplió su objetivo puede escoger al seleccionado no obstante la inexistencia de terna y efectuar la designación, sin que ello implique un vicio que afecte la legitimidad de la designación.

En tal sentido expresó que al ser una atribución discrecional de la autoridad elegir entre tres postulantes, ésta se puede válidamente autolimitar y por otra parte, resguardar el principio de economicidad procedimental y evitar el dispendio de recursos que se produciría de obligar a iniciar un nuevo concurso.

Otro aspecto a tener especialmente en cuenta es la exigencia de la presentación de un plan de gestión institucional, de acuerdo con las pautas que fije la autoridad política de la jurisdicción, lo cual constituye un elemento interesante y concreto a evaluar de incidencia directa con la función a desarrollar.

En suma, la democratización de las relaciones laborales trajo aparejado mayores ámbitos de regulación, las facultades discrecionales de la Administración se han delimitado mediante

la fijación de procedimientos y pautas de aplicación y valoración, lo cual posibilita un mayor control por parte de todos los actores interesados.

Todo ello, trae aparejado necesariamente la ampliación del margen de control del Poder Judicial, pues como señala la Corte, la legitimidad, constituida por la legalidad y la razonabilidad con que se ejercen tales facultades es el principio que permite a los jueces, frente a planteos concretos, verificar el cumplimiento de dichas exigencias.