

ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

**EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD
TÉCNICA EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

Disertación

Ingreso como Miembro Correspondiente

Ilmo. Sr. D. Jorge Fernández Punset

Oviedo, 8 de mayo de 2013

I. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIONALIDAD

Tal y como señala Tomás Ramón Fernández, la discrecionalidad ha sido, es y será el gran problema del Derecho administrativo¹. En el marco del Derecho público europeo, y más especialmente en el continental², la discusión sobre el contenido y alcance de las potestades discrecionales de la Administración ha dado lugar a un amplio debate jurídico. Convergen en él distintas posiciones doctrinales y acumulados pronunciamientos de los órganos judiciales, que van perfilando con el paso de los años sus imprecisos contornos.

La Administración puede actuar en ciertos casos para lograr sus fines mediante potestades regladas, que son aquéllas que no dejan ningún margen de libertad. Dado un supuesto de hecho concreto, se produce una consecuencia jurídica predeterminedada. La norma jurídica preordena la solución específica. No obstante, en ocasiones las normas jurídicas no pueden regular por sí mismas hasta el último detalle, ni contemplar todas y cada una de las situaciones que caen bajo su ámbito de aplicación. Inevitablemente, se hace necesario que tales normas atribuyan a la Administración Pública, con motivo de su aplicación, un margen de decisión más o menos amplio. Esto provoca que su conducta no pueda quedar totalmente determinada por ellas. Se habla así, entonces, de potestad discrecional. Esta facultad es la que confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen de libertad para decidir entre varias alternativas o soluciones posibles.

El control de la discrecionalidad se erige, así, como una de las cuestiones esenciales del Derecho público, en donde tanto el Derecho administrativo como el constitucional tienen una zona común de intervención. Se trata, en suma, de fijar los límites de actuación del Poder Ejecutivo frente al Legislativo y al Judicial. Ni el legislador puede conocer todos los motivos de oportunidad de la posterior decisión administrativa, ni el juez puede sustituir, sin más, la valoración de la Administración por la suya propia. El alcance e intensidad de este control jurisdiccional se convierte, a la postre, en un tema de especial trascendencia. Así, «el problema que se plantea es hasta dónde y en virtud de qué criterios pueden los órganos del Poder Judicial controlar, revocar, anular y, en su caso, sustituir la inicial decisión gubernativa o administrativa»³.

¹ Tomás Ramón Fernández, «Discrecionalidad y jurisdicción revisora», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, (julio-septiembre 1974), p.285.

² Las experiencias alemana e italiana son verdaderamente interesantes, sobre todo la primera en sus vertientes doctrinal y jurisprudencial. La doctrina francesa, por el contrario, no revela una preocupación similar sobre la discrecionalidad administrativa y el alcance de su revisión judicial.

³ M.Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p.14.

II. LA EVOLUCIÓN TEÓRICA DEL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD

La discusión teórica sobre la discrecionalidad administrativa ha sufrido una natural evolución con el paso de los años. Partiendo de una concepción amplia, la discrecionalidad se definía tanto cuando la aplicación del Derecho requería de la Administración Pública una actividad cognitiva o intelectual como cuando le suponía una actuación volitiva. La discrecionalidad, en su vertiente clásica, operaba siempre en el supuesto de hecho de la norma.

A mediados de los años cincuenta del siglo XX varios autores en la República Federal de Alemania, entre los que se encontraban H. Reuss, Otto Bachof o R. Stober, fueron conformando lo que se denominó concepción «reduccionista» de la discrecionalidad administrativa (*Lehre vom Rechtsfolgeermessen*)⁴. El poder discrecional operaría sobre las consecuencias jurídicas de las normas administrativas de naturaleza condicional. De esta forma, ante la indeterminación de las consecuencias jurídicas de este tipo de normas, la discrecionalidad se definiría como el margen de volición de que dispone la Administración para elegir entre varias conductas, siempre que concorra el supuesto de hecho normativo. Así, se habla de *discrecionalidad de actuación* cuando existe una elección de adoptar o no la consecuencia jurídica prevista por la norma, esto es, elección entre actuar o no actuar. A su vez, puede presentarse una *discrecionalidad de elección*, si la adopción de alguna de las diversas consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma habilitante es facultativa. Se trataría de elegir entre una consecuencia u otra. La norma no prescribe una consecuencia jurídica y confía a la Administración Pública la tarea de fijar el fin de su propia actuación.

La concepción reduccionista de la discrecionalidad trasladó ésta del ámbito del supuesto de hecho al de las consecuencias jurídicas. Fue una lógica consecuencia del interés de los juristas alemanes de la posguerra de erradicar el amplio margen de discrecionalidad de la Administración durante el período del nacionalsocialismo y de evitar futuras actuaciones arbitrarias del poder ejecutivo.

La *Rechtsfolgeermessen* se convirtió enseguida en fiel compañera de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que predicaba la radical diferencia de éstos de las potestades discrecionales. La consecuencia era evidente: al integrarse los conceptos jurídicos indeterminados en el supuesto de hecho de la norma no cabía identificarlos con la discrecionalidad.

Una y otra pasaron a la doctrina española merced a Eduardo García de Enterría, quien en el artículo sobre «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo»⁵, publicado en la Revista de Administración Pública en el año 1962, expuso de forma clara la aportación germana.

«(...)un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos

⁴ H.J. Wolff, O. Bachof y R. Stober, *Verwaltungsrecht*, I, 10ª ed., C.H. Beck, Munich, 1994, pp.373 ss.

⁵ E. García de Enterría, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», RAP, núm. 38, 1962. pp.159-208.

de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta. Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da ; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta.

Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado qua su precepto emplea.

Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.

La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación».

Pese a que la concepción reduccionista ha sido la dominante en las últimas décadas, lo cierto es que algunos defensores de esta doctrina empezaron a poner de manifiesto lo que consideraban puntos débiles de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. Esta crítica partió del hecho de que hay conceptos jurídicos indeterminados de diferente naturaleza. Unos de tipo empírico o de experiencia, que se circunscriben a la apreciación física o de hechos (edificio en ruina) mientras que otros son de naturaleza valorativa. Estos últimos no implican solamente la apreciación de hechos sino que precisan de juicios de valor, que pueden ser técnicos (impacto ambiental) o políticos (interés público). En estos últimos pueden darse zonas de penumbra o ambigüedad, dada su indeterminación. Existen, por consiguiente, determinados casos límite, que presentan indefinición entre una zona de certeza «negativa» y otra «positiva»; aparecen revestidos de un «halo». Estos casos difíciles se

superarían concediendo a la administración un cierto «margen de apreciación» (*Beurteilungsspielraum*)⁶.

El margen de apreciación se fundamentó en las dificultades prácticas que se generaban al aplicar reglas complejas de la experiencia común o técnica y, asimismo, en el temor de sustituir un criterio administrativo por una decisión de los tribunales revestida de un juicio de valor discutible. Estos supuestos excepcionales justificarían un margen de confianza en favor de la Administración. En cualquier caso, el margen de apreciación se ceñiría a los conceptos jurídicos indeterminados valorativos toda vez que en su aplicación es donde cabe la posibilidad de que se alcancen soluciones diversas por distintos operadores, incluso con apariencia de que sean igualmente sostenibles. En tales conceptos, el logro de identificar una única solución justa se ve dificultado.

Si bien algunos autores señalan que se trataría, en puridad, de una facultad discrecional, los defensores del margen de apreciación precisan que, dada la dificultad de acercarse de forma plena a la única solución justa, por el halo de incertidumbre, debe reconocerse a la Administración por su contacto directo de los hechos, por sus medios técnicos y por la multiplicidad de aspectos y valores que integran la decisión, la prerrogativa de estimación en la duda. En todo caso, la presunción de objetividad de la que goza la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones no llegaría a excluir el posterior control jurisdiccional directo, aunque éste se vería limitado en su efectividad. Cuando los tribunales son tácitamente incapaces de reconstruir el proceso real de valoración en la aplicación de los conceptos legales valorativos, debe concederse el margen de apreciación a la Administración.

Frente a la teoría reduccionista, a partir de la década de los setenta del pasado siglo varios autores como W. Schmidt y R. Geitmann comenzaron a defender que la discrecionalidad solamente operaría en el supuesto de hecho de la norma administrativa, en los casos de indeterminación o deficiencia del mismo. El margen de decisión consistiría en la precisión de los criterios que permitirían la aplicación o no de una consecuencia jurídica o, en caso de aplicarse necesariamente, si es una u otra.

Esto ha permitido, asimismo, que algunos autores en la doctrina alemana, si bien no mayoritariamente, quieran la apertura de una nueva vía en torno a una concepción unitaria de la discrecionalidad. Formuladas estas posiciones de forma clara a partir de la década de los ochenta del siglo XX, significaría que la discrecionalidad podría operar tanto en las consecuencias jurídicas como en el supuesto de hecho indeterminado de la norma jurídica. El ejercicio de la discrecionalidad consistiría tanto en la elección de la consecuencia jurídica como en la integración o concreción del supuesto de hecho normativo impreciso.

Uno de los representantes de esta concepción es Horst Dreier para quien «el concepto jurídico indeterminado, la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración, la discrecionalidad volitiva o cognitiva, se revelan en el fondo como meras variaciones de un solo y decisivo

⁶ Dietrich Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 212 ss.

fenómeno el del margen de decisión del Ejecutivo, controlado jurisdiccionalmente con intensidad variada y caracterizado por elementos de elección, ponderación y valoración»⁷.

III. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

El concepto de discrecionalidad técnica nace de las reflexiones de la doctrina italiana a principios del siglo XX a fin de resolver los inconvenientes surgido en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Fue Federico Cammeo el que puso de relieve que en numerosas ocasiones la norma jurídica regula la actuación de la Administración imponiendo la necesidad de verificar hechos complejos. En estos casos la Administración debe actuar acudiendo a criterios técnico-administrativos y, además, de oportunidad en defensa del interés público. Por ello, debe rechazarse el examen judicial de esta actuación administrativa ya que la Administración goza de una posición de preeminencia para valorar determinados hechos y lograr el fin adecuado.

E. Presutti diferenció entre discrecionalidad pura y técnica pero, a diferencia de Cammeo, consideró que el criterio de oportunidad solamente se daba en la primera de ellas. La discrecionalidad técnica se caracterizaría porque en la norma jurídica el juicio valorativo de la Administración acude a criterios de la experiencia común o exclusivamente técnicos. El juez no podría entonces sustituir a la Administración en la apreciación del elemento impreciso del supuesto de hecho de la norma.

M.S.Giannini calificó la discrecionalidad técnica como un supuesto peculiar de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, en donde la actividad administrativa consiste en delimitar únicamente conceptos que dependen de criterios de naturaleza técnica o científica. Para Giannini, si hay discrecionalidad no hay técnica y viceversa. Lo técnico no se valora, sino que se comprueba. Lo discrecional no se comprueba sino que se valora. De esta forma, en la discrecionalidad técnica no se presentan ni ponderación ni elección de intereses. La Administración recurre a un juicio lógico, nunca de voluntad, aplicando conocimientos específicos en una tarea que puede resultar complicada pero que no deja margen a la discrecionalidad. Ésta podrá entrar en juego en un momento posterior al de la apreciación técnica. Consideró que la doctrina clásica de la discrecionalidad técnica constituía un error histórico. Los tribunales habían considerado que no tenían potestad para controlar los juicios técnicos de los órganos administrativos. El error consistió en creer que la actividad técnica caía fuera del control judicial por cuanto respondía al rasgo propio de la actividad discrecional: el no ser susceptible de fiscalización por los tribunales. Ello explica que el término discrecionalidad se extendiera inadecuadamente a este tipo de actividad administrativa⁸.

Dentro de las contribuciones más actuales dentro de la doctrina italiana cabe destacar a Franco Ledda. Este autor defiende que la aplicación de

⁷ H. Dreier, «*En torno a la independencia de la Administración*», DA, núm.234, pp.257 ss.

⁸ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, pp.55 ss.

criterios técnicos elimina los márgenes de discrecionalidad y, por tanto, implica el ejercicio de una actividad reglada. La Administración vendría obligada a adoptar la solución que el criterio técnico exige. Incluso en supuestos de «opinabilidad» debería darse validez plena a la acción administrativa si la solución es técnicamente razonable. Ledda considera la técnica como «limite esterno del potere amministrativo, finalizzata a garantire l'oggettività dell'azione amministrativa»⁹.

Por su parte, Carlo Marzuoli viene a sintetizar la evolución del concepto de discrecionalidad con la teoría de los «fatti opinabili». Para el autor italiano, discrecionalidad y valoraciones técnicas son manifestaciones de los hechos valorables u opinables. Sostiene que la técnica no siempre puede proporcionar certeza y una única solución, por lo que en algunos juicios técnicos no queda eliminada la subjetividad. En estos casos no podría negarse el control judicial de la actuación administrativa pero si se quiere atribuir a la Administración un poder exclusivo de valoración solamente podría fundarse en el hecho de que aquella tiene una mayor capacidad para valorar, es más apta que los tribunales de justicia para resolver apreciaciones técnicas. Así:

«ciò che viene in rilievo non è la supremazia dell'amministrazione ma la diversità dell'amministrazione rispetto al giudice, o, meglio, rispetto a un apparato organizzativo risultante dall'insieme del giudice e del consulente»¹⁰.

De Pretis ahonda en esta línea. La atribución de un poder reservado de valoración administrativa se justifica por la especial relación entre la organización administrativa y el tipo de valoración a realizar. No obstante, para reservar ese ámbito de actuación exclusivo siempre se hace ineludible que exista una configuración normativa inequívoca de la potestad como una potestad reservada a la Administración.

IV. LA REGULACION LEGISLATIVA EN ESPAÑA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

El concepto de discrecionalidad en el ámbito del Derecho público ha ido evolucionando de forma muy clara en nuestro ordenamiento jurídico. La primera regulación sistemática se produjo con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888, reformada en 1894. Su artículo 2.2 precisaba, textualmente, que «Se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de facultades regladas cuando deba acomodar sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo». A su vez, el artículo 4 excluía del conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos «las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre la que versan se refieran a la potestad discrecional». Se configuraba, por tanto, la potestad

⁹ F. Ledda, «Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione pubblica», *Diritto Processuale Amministrativo*, núm.62, 1983, 371 ss.

¹⁰ C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, p.219.

discrecional como una facultad libérrima, excluida de la regulación normativa y del control de los tribunales. En tal sentido, el Tribunal Supremo podía afirmar, como lo hizo en la sentencia de 5 de noviembre de 1930, que *«cuando la Administración no tiene ley alguna, ni precepto administrativo alguno al que ajustar su conducta, procede discrecionalmente»*.

Desde finales del siglo XIX y hasta la mitad del XX dicha concepción no sufrió merma alguna. El verdadero cambio se produjo, no obstante, con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 diciembre de 1956. Su Exposición de motivos ya mostraba a las claras la nueva concepción de la potestad discrecional y las posibilidades de fiscalización:

«Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un "prius" respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto.

La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público.

La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber efectuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo».

La LJCA de 1956 puso fin al carácter no fiscalizable de los actos administrativos discrecionales. Ello se produjo por el cambio en el mismo concepto de acto discrecional. La discrecionalidad ya no se predicaba de todos los elementos del acto sino de alguno de ellos. De esa forma, los tribunales podían entrar a valorar las impugnaciones de lo que se entendía como «elementos reglados del acto». Entre ellos se encontraban la competencia, el procedimiento o el fin último del acto. El Tribunal Supremo se acomodó en los años siguientes a la nueva regulación legal. Así, la sentencia de 19 de mayo de 1966 expresaba que *«La discrecionalidad no se excluye del aspecto contemplable en revisión y podrá justificar la improcedencia pero no la inadmisibilidad del recurso»*.

La diferencia con la ley anterior se hacía evidente. No cabía ya definir la discrecionalidad como ausencia de norma jurídica aplicable al supuesto de hecho. En realidad la nueva Ley vino a introducir en el ordenamiento jurídico la teoría de la vinculación positiva (*«positive Bindung»*) de Winkler. Toda potestad administrativa, reglada o discrecional, viene atribuida expresamente por la

norma. La teoría de la vinculación negativa consideraba el Derecho como un límite al hacer de la Administración. Por el contrario, la vinculación positiva de la Administración Pública al Derecho supone el reforzamiento del principio de legalidad, considerado fundamento mismo de la actuación administrativa. Cualquier acto ha de encontrar acomodo en una norma previa que conceda la potestad correspondiente.

El siguiente hito en nuestro ordenamiento jurídico vino dado por la Constitución Española de 1978. Su artículo 106.1 prevé que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Este control jurisdiccional que se impone sobre la legalidad de la actuación administrativa y la sumisión que debe a los fines que configuran su razón de ser, tiene especial incidencia en los problemas concernientes a la revisión que los órganos judiciales pueden hacer sobre la denominada discrecionalidad técnica, en especial en el acceso al empleo público. El artículo 23.2 de la Constitución reconoció que los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes». A su vez, la Carta Magna expresamente previó en su artículo 103.3 la necesidad de que sea la Ley la que regule el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

El desarrollo de los preceptos constitucionales tuvo su expresión más clara en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y, en concreto, en el art. 19.1 de este texto legal, hoy sin efecto por mor de la Disposición Derogatoria única de la Ley 7/2007 de 12 de abril. Se estableció que la selección del personal de las Administraciones públicas, tanto funcionario como laboral, debía de hacerse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública por los sistemas tradicionales de oposición, concurso-oposición o concurso. En todos los casos se hacía necesario garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. La discrecionalidad técnica en materia de empleo público quedó reforzada como principio de actuación de los órganos de selección a través del artículo 19.2 de la citada Ley 30/1984, aún vigente, al estipular que el Gobierno habría de regular la composición y funcionamiento de los órganos de selección garantizando la especialización de sus integrantes y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad.

La incidencia de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre en materia de discrecionalidad técnica se pudo comprobar en la necesidad, conforme a su art. 54.1.f), de motivar, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales, al igual de los que debían serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. En la reforma operada por la Ley 4/1999 de 13 de enero se estableció en el art. 54.2 de la Ley 30/92 que la motivación de los actos que pusieran fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se debía realizar de conformidad con lo dispuesto en las normas reguladoras de sus convocatorias. En todo caso la ley impuso la obligación de

que quedasen acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución adoptada.

En materia de control judicial, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa recogió en su Exposición motivos una referencia al control judicial de la discrecionalidad. Así se expresó que «Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la Ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes». Dicho control, no obstante, quedó limitado por lo dispuesto en el art. 71.2 del texto legal por cuanto se estableció que los órganos jurisdiccionales no podían determinar la forma en que habían de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Se trata, por tanto, de una indudable restricción a la revisión jurisdiccional de la potestad discrecional.

La última novedad legislativa de singular trascendencia en materia de discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público fue la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Recoge en el artículo 55.1 que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y con lo previsto en el Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. Su artículo 55.2 obliga a las Administraciones Públicas a respetar dichos principios en los procesos selectivos, tanto en los casos de personal funcionario como del laboral. Además, impone la necesidad de que se garanticen la publicidad de las convocatorias y de sus bases, la transparencia, la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección y la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos últimos. El EBEP impone, asimismo, la necesaria adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y compele a que el proceso selectivo se realice ágilmente, sin perjuicio de la objetividad. Por otro lado, en el art. 56 se obliga a las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales a prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo. Y el nº 3 del precepto permite que se exijan otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar, siempre y cuando se establezcan de manera abstracta y general.

Por lo que respecta a la formación de los órganos de selección, el artículo 60 del EBEP establece una regulación en el sentido de que obliga a que sean colegiados y a que en su composición se tengan presentes los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros. No establece una paridad entre mujer y hombre pero pide que se tienda a ello. Por otro lado, a los efectos de preservar la independencia de sus miembros y de evitar interferencias ajenas, el art. 60.2 prohíbe que formen parte de los órganos de selección el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual. Por último se obliga expresamente a que la pertenencia a los órganos de selección sea siempre a título individual, sin que se pueda ostentar en representación o por cuenta de nadie (art.60.3).

V. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN CONCURSOS Y OPOSICIONES.

5.1. Las posturas doctrinales.

La Constitución Española prevé en su artículo 106.1 que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Tradicionalmente han sido mayoritarias las posturas doctrinales que ponen reparos a un amplio examen judicial de la actividad administrativa que pueda significar el ejercicio de poderes discrecionales de naturaleza técnica. Así, A. Nieto defiende, simple y llanamente, que la norma jurídica atribuye una habilitación plena a las comisiones calificadoras y, por tanto, carece de relevancia si estamos ante la valoración de un concepto jurídico indeterminado o en el ejercicio de potestades discrecionales. Por consiguiente, el acceso vedado a los órganos jurisdiccionales debe responder a esa especial habilitación normativa que se concede a la Administración Pública¹¹.

La opinión de que no se puede sustituir el punto de vista del organismo técnico que actuó por los criterios del propio tribunal que, obviamente, no puede manejar más técnica que la jurídica, ha sido defendida por Garrido Falla¹². A favor de esta limitación estaría el hecho de que los miembros componentes de los tribunales gozan de especialización en la materia y obran con imparcialidad e objetividad. Asimismo, tienen una intervención directa en las pruebas, de la que el juez carece. Los riesgos de conceder una revisión amplia se harían evidentes al poder estar en presencia de innumerables recursos, con distintos tribunales que podrían propiciar una desigualdad en los opositores. García de Enterría también ha puesto de manifiesto la existencia de numerosas resoluciones judiciales que han significado un exceso en el control de la discrecionalidad técnica, con resultados perjudiciales.¹³

No faltan, sin embargo autores que manifiestan la necesidad de una amplia revisión jurisdiccional de la labor de los órganos de calificación y selección. Así, Martín González sostiene que en muchas ocasiones lo que se denomina facultad discrecional en realidad no es tal sino supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados de experiencia técnica y, por tanto, plenamente fiscalizables mediante un control judicial, pleno e integral¹⁴.

Coca Vita señala que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede verse desplazado por la soberanía en la apreciación técnica del órgano

¹¹ A. Nieto, «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», RAP núm. 44, 1964.

¹² F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Tecnos, Madrid, 1994, p.184.

¹³ E. García de Enterría. *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas Madrid, 1992, p.63.

¹⁴ M. Martín González, «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», RAP núm. 54, 1967.

administrativo especializado ya que implicaría la imposibilidad de poder acreditar errores o desaciertos en el juicio técnico de la Administración¹⁵.

Para Tomás R. Fernández no cabe defender de forma apriorística el dogma de la incapacidad de revisión jurisdiccional de los juicios técnicos. De hecho, no se aplica en todos los casos de discrecionalidad técnica. Considera que más bien parece que la limitación del control judicial de los juicios técnicos de las comisiones calificadoras de concursos y oposiciones responda a un simple prejuicio del que se han visto libres otras materias. No obstante, reconoce que existen límites provocados por la mera imposibilidad de sustitución de un criterio por otro. Así sucede en procesos selectivos con una pluralidad de concursantes en donde el juez no puede elegir a un candidato por otro, sustituyendo el nombramiento anulado, al carecer de todos los argumentos jurídicos y fácticos para apoyar una decisión de esa naturaleza¹⁶.

5.2. La evolución jurisprudencial.

5.2.1. La posición tradicional.

Los tribunales españoles han considerado durante décadas que el control judicial en el acceso al empleo público encuentra verdaderos límites. Esto ha sucedido por cuanto se consideraba que estas cuestiones habían de resolverse mediante un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapaba por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1959 reflejaba a las claras dicha postura cuando precisaba que *«Un Tribunal designado en forma legal es de presumir que use de sus facultades discrecionales con toda ponderación y rectitud (...), sin que tenga el Tribunal juzgador de esta «litis» elementos de juicio para desvirtuar el análisis, crítica y conclusiones a que llegó el Tribunal examinador»*.

La aprobación de la Constitución Española de 1978 supuso un cambio cualitativo en orden al control de la actividad de la Administración en general. A partir de entonces se ha ido consolidando una jurisprudencia del Tribunal Supremo y una doctrina del Tribunal Constitucional caracterizadas por un mayor esfuerzo en ampliar y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente en el artículo 106.1 frente a toda actuación administrativa.

No obstante, el marco de ampliación de la revisión de las decisiones de los órganos de selección de personal no ha sido ni tan rápido ni tan profundo como en otros sectores. Resulta sumamente ejemplar la sentencia del Tribunal Constitucional 353/1993, de 29 de noviembre de 1993, recurso de amparo

¹⁵ E. Coca Vita, Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica, RAP, núm.100, 1983.

¹⁶ Tomás R. Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, en AA.VV. «Estudios sobre la constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría», III, Civitas, Madrid, 1991. p.598.

284/1991, que reflejaba y hacía suya una consolidada doctrina aplicada por los tribunales ordinarios:

«aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no solo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la CE ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE), así como tampoco ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible.»

Durante los años 80 del siglo pasado el Tribunal Supremo reiteró una y otra vez la postura clásica en sentencias de la Sala Tercera como las de 17 de diciembre de 1986, 18 de julio de 1988, 16 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 1989. La competencia exclusiva para calificar las pruebas en razón de los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes se residenciaba plenamente a las comisiones calificadoras. Cualquier posible revisión de su actuación, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional, debía ceñirse a la conformidad con las normas que regulan su actuación pero no a la decisión que, por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea la procedente. El Alto Tribunal consideraba que no podía presumirse que el órgano administrativo superior o los Magistrados componentes de los Tribunales de Justicia posean dichos conocimientos ni estuviesen capacitados para decidir todas las cuestiones relativas al completo saber humano. Los juicios técnicos vinculaban a la Administración y a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Nunca podían sustituirse las decisiones de aquéllos en el ejercicio de su competencia genuina. Apreciar si un aspirante tenía aptitud o no correspondía al juicio ponderado del órgano de calificación competente y con discrecionalidad técnica en relación con cada candidato individualizado.

5.2.2. El control de los elementos reglados.

En todo caso, el Tribunal Supremo, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, se preocupó de señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. La sentencia del TS de 5 de octubre de 1989 lo expresó en estos términos:

«Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE».

Ciertamente, uno de los elementos reglados de toda potestad discrecional es el procedimiento establecido para el ejercicio de esa potestad, con la consiguiente necesidad de ser observado. En el ámbito de oposiciones y concursos el respeto a las bases de la convocatoria y a las prescripciones normativas establecidas con carácter general en los distintos procesos selectivos es la línea que no pueden traspasar los órganos que valoran los méritos de los aspirantes. En tal sentido es reiterado el aforismo de las bases son la ley del concurso, que vinculan a todos. Es el elemento reglado por excelencia y, por consiguiente, no cabe amparar bajo el manto de la discrecionalidad técnica actuaciones realizadas que omitan de forma clara algún precepto concreto establecido o alguna apreciación automática derivada del mismo. De esta forma lo expresa la sentencia del TS de 28 de enero de 2003:

«en la valoración de los méritos y capacidades de los candidatos hay aspectos de pura discrecionalidad técnica pero, junto a ellos, hay otros como son los previstos en la convocatoria y los normativamente establecidos cuyo control queda fuera de lo que es exclusivamente discrecional, para integrarse en normas de obligado cumplimiento cuya fiscalización sí que corresponde a órganos que no son propiamente «examinadores». Aspectos como son los relativos a un baremo previamente fijado en el que aparezcan tasados y fijados los méritos valorables, su contenido y acreditación, puesto que son elementos objetivos y reglados susceptibles de un control de legalidad».

La jurisprudencia también ha fijado el criterio de que, sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, debiendo rechazarse cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con tal derecho constitucional¹⁷.

Tampoco se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, sino que integra un elemento reglado, la decisión de si un concreto curso cumple o no

¹⁷ Vid. STS 17.6.2011 que examinó pruebas selectivas para el acceso de personal laboral fijo al Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado. La sentencia confirmó la previa anulación de la resolución que había publicado la lista de aspirantes que habían superado el ejercicio único de la fase de oposición y reconoció el derecho de la recurrente a ser admitida en el proceso selectivo.

los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria. La STC 86/2004, de 10 de Mayo señaló que constituía una cuestión de legalidad revisable por la jurisdicción contenciosa. De esta forma, la discrecionalidad técnica no permite a un órgano calificador no valorar un determinado mérito general previsto en la convocatoria invocando la dificultad técnica que ello supone, como sucedió en el caso concreto con determinados cursos de formación y perfeccionamiento.

De igual forma, no pueden establecerse a posteriori nuevos requisitos de acceso no previstos en las bases de la convocatoria. Así se decidió en la STS de 8 de marzo de 2010, que examinó la legalidad de la introducción de un requisito relativo al índice de masa corporal en unas pruebas de selección de Agentes Forestales. Aún cuando la amplitud de las bases permitía comprender una causa de exclusión de esa naturaleza, por falta de capacidad física, el TS concluyó que no se correspondía con las exigencias los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad permitir al tribunal calificador configurar esta causa de exclusión tras los exámenes médicos. En todo caso los aspirantes deben poder conocer antes de someterse a las pruebas selectivas los requisitos concretos que deben reunir para superarlas.

El Tribunal Supremo, en pronunciamientos más recientes como el de la sentencia de 14 de septiembre de 2010, se ha preocupado de recordar que el juicio técnico que corresponde a los órganos de selección es relativo a la valoración de méritos y capacidades de los aspirantes, mientras que no constituye tal la interpretación de las bases de la convocatoria, sometida a plena revisión jurisdiccional para propiciar el cumplimiento de los principios contenidos en los artículos 23 y 103.3 CE¹⁸.

La jurisprudencia ha considerado que los principios de igualdad, mérito y capacidad, incluso antes de la Constitución de 1978 que los reconoce expresamente en los artículos 23.3. y 103.3, debían ser respetados por los órganos de selección y, por ello, sus decisiones podían ser fiscalizadas a tal fin. La sentencia del TS de 14 de marzo de 1989 los interpretó en el sentido de que *«el cumplimiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad a que alude el artículo 103.3. de la Constitución, configura las bases de la convocatoria en función de ambas variables recíprocamente estructuradas, por la finalidad o interés público a satisfacer con la máxima eficacia, y las concretas necesidades que en términos de servicio público configuran el puesto de trabajo funcional a cubrir, en el sentido de que los méritos, como factor predefinido, configuran la presunción de capacidad, de suyo objetiva»*.

El art. 23.3 de la Constitución prescribe que el acceso a las funciones públicas debe garantizar las condiciones de igualdad para todos los candidatos que participen en las pruebas selectivas. La falta de respeto a este derecho fundamental, que conforma un claro límite al ejercicio de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores, constituye clara arbitrariedad. Un caso verdaderamente ejemplar fue el revisado en la sentencia del TS de 27 de noviembre de 1998 en donde se repitieron, en un espacio no dilatado de

¹⁸ La sentencia anula la resolución del órgano de selección al considerar que decidir si está prohibido el uso de unas máquinas calculadoras con funciones no es aplicación de un juicio técnico discrecional reservado al mencionado órgano sino interpretación del alcance de las bases.

tiempo, dos ejercicios o pruebas sustancialmente coincidentes. Un aspirante lo había realizado en la convocatoria inmediatamente anterior. Según la sentencia se trataba de ejercicios que el afectado había contestado anteriormente, lo que le facilitó notoriamente la contestación posterior y le favoreció sobre los demás. Era lógico pensar que la reflexión, contestación y subsiguiente resultado adverso de las pruebas había conducido al concursante a depurar, si no todos, sí al menos los errores más significativos en que ha incurrido. Todo lo cual le colocó en una posición de desigualdad discriminatoria respecto a los demás participantes.

Resulta también interesante la STS de 18 de mayo de 2011 en relación con el cómputo de los méritos en caso de servicio para distintas administraciones públicas. En el caso sometido a decisión, el Tribunal Supremo consideró que no era conforme a Derecho que en un proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Administrativo de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco se otorgase mayor puntuación a los servicios prestados en las Administraciones del País Vasco que a los prestados en otras Administraciones. En primer lugar porque el Cuerpo Administrativo no era privativo de la Administración vasca y se correspondía con tareas ordinarias de simple tramitación. Todos estos Cuerpos tienen un cometido similar con independencia de la Administración en la que se presten los servicios. Asimismo, se estimó que las referencias genéricas de la Administración vasca a su modelo específico de función no eran suficientes para observar elementos diferenciales claros y justificados objetivamente entre sus funcionarios y los de las restantes Administraciones. En consecuencia, el TS concluyó que la atribución de una puntuación superior a los servicios prestados en las Administraciones vascas era contraria al principio de igualdad ya que carecía de una justificación suficiente y razonable.

En relación con el principio de publicidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2011 anuló la decisión del tribunal calificador de establecer con posterioridad a la fecha de realización del segundo ejercicio la nota de corte determinante del «no apto» y las variables ponderables en el apartado de personalidad, por contrarias al principio de publicidad.

«Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

La arbitrariedad es otra excepción que permite ejercer un control de legalidad sobre las decisiones discrecionales de valoración de méritos en

procesos selectivos y permite destruir la presunción de razonabilidad. Su apreciación está íntimamente ligada al requisito de la motivación, que debe ser comprobada en el control jurisdiccional en garantía del principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La actuación administrativa puede ser inválida por inexistencia o insuficiencia de motivación o carencia de una justificación racional.

La desviación de poder constituye un vicio de legalidad que se produce cuando se utilizan potestades administrativas para fines distintos a los previstos por la norma. En el ámbito de los procesos selectivos en materia de personal los tribunales no han dictado muchas resoluciones al efecto. No obstante, cuando la han apreciado ha sido porque, a través de indicios razonables, llegan a la convicción de que la valoración de los méritos de los concursantes y la adjudicación de las plazas correspondientes no se ha fundamentado en criterios de mérito y capacidad sino en el interés premeditado de nombrar a determinados candidatos en detrimento de otros, con independencia de sus aptitudes. Así sucedió, por ejemplo en la sentencia del TS de 26 de mayo de 1995 en la que se apreció que al adjudicatario de un puesto de trabajo se le habían valorado unos méritos que no figuraban en el baremo ni guardaban relación con el puesto a cubrir, mientras que a otros aspirantes no se les había valorado determinados méritos que estaban contemplados en el baremo y los habían justificado. La STS de 4 de noviembre de 1993 anuló la adjudicación de una plaza a un determinado candidato al resultar probado que en una serie de méritos como la antigüedad, el grado personal, la experiencia y los cursos de formación y perfeccionamiento, los méritos eran claramente superiores en otros candidatos que no habían sido elegidos.

5.2.3. El error en la valoración.

Se trata de un supuesto clásico de revisión jurisdiccional de la discrecionalidad técnica. La línea jurisprudencial viene resumida en la STS de 19 de julio de 1996 en donde se declara que, cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas de un proceso selectivo, puede admitirse incorrecta la valoración efectuada por una Comisión de selección en los supuestos en que sea evidente o patente el error cometido, siempre que el órgano jurisdiccional disponga de elementos de juicio suficientes como para llevarle a la convicción de que los órganos calificadores no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos y oposiciones, o bien que se han computado favorablemente contestaciones equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión Calificadora o, a la inversa, que la acertada hubiese sido rechazada.

También el Tribunal Constitucional, en su sentencia 219/2004, de 29 de noviembre, ha precisado que el posible error en la aplicación de una fórmula matemática o aritmética para la determinación de las calificaciones es una cuestión que, sin lugar a dudas, puede dar objeto a un control de la legalidad de los procesos selectivos. En todo caso, la jurisprudencia precisa que no hay error si la valoración del tribunal es discutible, opinable o cuestionable. El error

debe ser claro, indubitado, acreditado mediante prueba rigurosa que lo haga evidente a los ojos del juez. Si no hay error manifiesto, debe prevalecer la apreciación del tribunal calificador. Por tanto, caen fuera de la discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones o con criterios de lógica elemental común, no requieren saberes especializados. (STS 1 de abril de 2009).

Con frecuencia se dan en los tribunales pronunciamientos sobre los exámenes tipo test, de los que se reclama exactitud y precisión en las pruebas. El control jurisdiccional consiste en exigir una cota máxima de precisión tanto para la formulación de las cuestiones como de las respuestas alternativas que sean ofrecidas a elección. Lo único que se permite al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin posibilidad de un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción. Este control persigue evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cuál puede ser la respuesta correcta y, por ello, carezca de justificación racional aceptar la validez de una de ellas en solitario. Así, la STS de 2 de junio de 2010 revocó la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de febrero de 2007, que había desestimado el recurso de una persona que había participado en las pruebas selectivas al Cuerpo de Agentes Forestales de la Comunidad de Madrid, invocando la discrecionalidad técnica de la Administración. El TS consideró que dos respuestas podían ser correctas (en un cuestionario de 60 preguntas con cuatro respuestas y solamente una correcta a elegir), con lo que habría obtenido la puntuación necesaria para superar la prueba.

Por otra parte la STS de 10 de mayo de 2007 recuerda que la discrecionalidad técnica no obsta a la obligación de explicar las razones del juicio técnico seguido cuando hayan sido expresamente demandadas o se pida la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. En el caso enjuiciado, una de las preguntas aludidas por el recurrente era equívoca y admitía razonablemente dos respuestas igualmente válidas.

Una de las consecuencias de la apreciación mediante sentencia firme de un error material en la corrección de un ejercicio es la obligación de la Administración de revisar de oficio la relación definitiva de los aspirantes que habían superado el proceso selectivo. Un ejemplo de este tenor lo encontramos en la STS de 21 de julio de 2008. En un previo proceso judicial se había acreditado un error material en el proceso de corrección informática del segundo ejercicio para el acceso al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia. En ejecución de sentencia fueron nombrados funcionarios los aspirantes recurrentes que, a consecuencia del error, habían sido excluidos de la lista de aprobados. No obstante, otros aspirantes en idéntica situación pero que no habían recurrido en ese proceso pidieron a la Administración una revisión de oficio y que se procediese con ellos de la misma forma. Desestimadas sus pretensiones en vía administrativa y, posteriormente, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Tribunal Supremo estimó el recurso planteado por los actores y señaló que la Administración había vulnerado el artículo 23.2 CE y el artículo 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues la infracción del derecho fundamental de igualdad en el acceso al empleo público permitía la revisión de oficio solicitada.

5.2.4. La distinción entre el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños».

Un paso en la evolución del control jurisdiccional vino con la distinción de los espacios donde la revisión judicial podía operar. El ámbito propio de la actividad discrecional estaría formado por el núcleo material de la decisión, esto es, el estricto dictamen o juicio de valor técnico, mientras que junto a él se encontrarían los aledaños, que comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades¹⁹.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia objeto del juicio técnico, las que fijen los criterios de calificación que van a ser utilizados y la aplicación individualizada de dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración. Se trataría de pasos previos necesarios para llegar al estricto juicio técnico, y por tanto fiscalizables jurisdiccionalmente.

De otro lado, las pautas jurídicas estarían delimitadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad, y además, por el obligado cumplimiento del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Resulta relevante la doctrina jurisprudencial formada sobre el análisis de los criterios materiales. Se reconoce abiertamente el principio de autonomía dado que los órganos de selección tienen la facultad de adecuar las reglas rectoras del proceso selectivo a las particulares circunstancias de éste. Pueden, por tanto, introducir criterios de corrección siempre y cuando no desvirtúen los establecidos en las bases y sean un desarrollo lógico y coherente de éstas. De esta forma, deviene esencial distinguir entre lo que son interpretaciones de las bases y la introducción de un contenido no previsto en ellas y contrario a las mismas.

Así las cosas, se ha admitido dentro de las facultades propias de la discrecionalidad técnica el fijar el contenido de los ejercicios, determinar el contenido del caso práctico, establecer una regla de desempate, determinar los criterios para definir la experiencia previa a valorar, o graduar los méritos casuísticamente si no hay baremo de puntuación fijado, siempre que se motive adecuadamente el juicio. También se ha permitido establecer umbrales para aprobar antes de conocer los resultados, en aras a garantizar el anonimato y el principio de igualdad, así como determinar fórmulas matemáticas de corrección y puntuación, o fijar penalizaciones negativas, todo ello antes del examen de los ejercicios.

Afirma el Tribunal Supremo que el principio de publicidad exige en todo caso que los criterios de actuación del órgano de selección sean precedentes a la realización de la prueba y que sean notificados a los aspirantes. Solamente

¹⁹ Esta distinción está presente en numerosas sentencias del TS, como las de 28 de enero de 1992 recurso 1726/1990; de 11 de diciembre de 1995 recurso 13272/1991 ;15 de enero de 1996, recurso 7895/1991 ; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990.

así se garantiza el principio de seguridad jurídica pues los participantes podrán adecuar entonces su ejercicio a los criterios manifestados por el tribunal calificador²⁰.

La STS de 22 de enero de 2008 precisa, por otro lado, que la desigualdad de trato debe compararse dentro del mismo proceso selectivo, sin que los criterios de valoración de un concreto proceso selectivo vinculen al siguiente. El tribunal calificador, por tanto, es libre para establecer criterios de valoración que no tienen porqué coincidir con los de previos procesos.

5.2.5. La necesidad de motivar el juicio técnico.

Dentro de los aledaños del núcleo del juicio técnico se encuentra la obligación de cumplir el mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 CE. En desarrollo de este criterio, el Tribunal Supremo fue perfilando de forma más clara la necesidad de motivar el juicio cuando fuera solicitado por algún aspirante o cuando era objeto de impugnación. Así lo expresa en su sentencia de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002:

«Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate».

²⁰ Vid. STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, de 27 de junio de 2008.

5.2.6. Definición del contenido de la motivación.

El cambio cualitativo reciente de más relevancia vino dado por la postura jurisprudencial que configuró cuál debía ser el contenido que los tribunales y comisiones evaluadores debían concretar y justificar para que, su decisión, cuando fuera revisada, se considerara como válidamente realizada. Al respecto, se han delimitado varias exigencias mínimas a cumplir:

(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;

(b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y

(c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga preferencia a un candidato sobre los otros.

Son exponentes de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS 27.11.2007, recurso 407/2006), concursos de personal docente universitario (STS 19.11.2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004).

La sentencia de 19 de noviembre de 2008 sobre los cuerpos docentes universitarios refleja por dónde discurren las nuevas exigencias jurisprudenciales que se imponen a los órganos de evaluación y calificación.

«En línea con lo que acaba de exponerse, el debido cumplimiento de la motivación inherente a ese informe razonado sobre la valoración que (...) merece cada concursante, dispuesto por el repetido artículo 9.7 del RD 1888/1984, exigirá que ese informe consigne respecto cada candidato estos elementos:

1.- Los concretos criterios tenidos en cuenta para realizar la estimación cualitativa de las actividades investigadoras y docentes alegadas por los candidatos en su currículum vitae.

En relación con esos criterios la Comisión Examinadora goza del amplio margen que corresponde a toda actividad encuadrable dentro de la llamada discrecionalidad técnica, hasta el límite que significa la interdicción de la arbitrariedad, pero debe fijarlos señalando con claridad en qué consisten.

Pudiéndose señalar aquí con mero carácter ejemplificativo una relación de algunos de ellos. Así: la importancia del problema que haya sido objeto de investigación en cada uno de los trabajos aportados como méritos; la innovación que el resultado de esa investigación haya significado en la rama de saber de que se trate; el reconocimiento de que haya sido objeto cada trabajo en los círculos científicos; el prestigio que, según datos objetivos, sea de apreciar en el centro de enseñanza o congreso de que se trate en el caso de méritos docentes o consistentes en asistencias a esos congresos; etc.).

2.- La enumeración detallada de todos y cada uno de los trabajos y actividades aducidos como méritos científicos (como publicaciones, ponencias, etc) y de las distintas experiencias o servicios invocados como méritos docentes.

3.- *La explicación en cada uno de esos singulares méritos científicos y docentes, y también en el proyecto docente y en el tema desarrollado en la segunda prueba, de lo siguiente: cual ha sido el concreto criterio de estimación cualitativa que ha sido aplicado y cual es el resultado de valoración al que se ha llegado como consecuencia de esa aplicación.*

Las anteriores exigencias no son de apreciar en los informes razonados que fueron emitidos en los concursos aquí litigiosos, pues se limitaron a realizar calificaciones abstractas y globales sin detallar el juicio valorativo que merecía cada uno de los méritos, ni tampoco el concreto criterio seguido para la estimación realizada».

5.2.7. Prueba pericial vs. discrecionalidad técnica.

Tradicionalmente los tribunales de justicia han mantenido una postura contraria a que mediante la práctica en juicio de la prueba pericial se altere el contenido discrecional del juicio técnico. Reflejo de esta posición es la STS de 21 de septiembre de 1992 cuando declaraba que *«la intención de que se sustituya el juicio técnico de valoración del contenido intrínseco de la prueba realizada por el órgano seleccionador, por el de personas ajenas a los componentes de aquel órgano, bien sean peritos designados al efecto, o por este Tribunal Judicial (...) está en contra de la jurisprudencia constante que confiere a la acción única y exclusiva de dichos órganos calificadores tal valoración, sin otros límites que los que derivan de los principios del ordenamiento jurídico».*

No obstante, también a lo largo de los últimos años la prueba pericial ha tenido en ocasiones virtualidad para alterar la decisión administrativa, especialmente cuando mostraba un error evidente en la valoración. Así la sentencia del TS de 20 de julio de 2007 anuló la decisión del tribunal calificador de las pruebas selectivas para el ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, y reconoció como situación jurídica individualizada que el actor había superado la prueba de reconocimiento médico. El recurrente había aportado en el proceso un dictamen médico que logró acreditar que un defecto físico en el talón no tenía la gravedad necesaria para inhabilitarle en el ejercicio de las funciones policiales.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2011 pareció abrir un hueco a la eficacia de la prueba pericial. Se trató de un caso peculiar en el que la recurrente y otra opositora coincidían en nombres y apellidos. En este caso se admitió la prueba pericial, mediante perito designado judicialmente. Tras valorar los exámenes de ambas, emitió un dictamen sobre la calificación que a su juicio merecería cada uno de ellos. En él manifestaba que *«después de analizar los ejercicios de las dos opositoras, se ha llegado a la conclusión de que ambos son aptos con una calificación de notable, pues se adaptan a las exigencias del tribunal aunque de forma diferente, pues los ejercicios de Doña Antonieta son más teóricos y los de Doña Marí Trini más prácticos pero ambos enfoques son correctos, aptos y ajustados a los requisitos pedidos por lo que a la vista de los exámenes no tiene por qué existir objetivamente una gran diferencia en la calificación a favor de la segunda».* De esta manera, se apreció judicialmente que quedaba probado un error del

tribunal al valorar el examen escrito de la recurrente, pues su examen era de notable, y se estimó su recurso.

Sin embargo, los pronunciamientos posteriores no han profundizado en ninguna línea de apertura. El cierre más claro a la prueba pericial dirigida a desvirtuar la discrecionalidad técnica del órgano de calificación ha sido la reciente sentencia del TS de 9 de enero de 2013, en el ámbito de unas pruebas selectivas para la provisión en turno libre de varias plazas de acceso al Cuerpo de Diplomados y Técnicos Medios, Escala de Ingenieros Técnicos Agrícolas en el Principado de Asturias. Se denunció como irregularidad procesal generadora de indefensión el hecho de que el tribunal de instancia denegara la práctica de la prueba pericial propuesta, cuyo objeto era acreditar que el Tribunal de oposiciones había incurrido en arbitrariedad al dar por válidas las respuestas de algunos aspirantes que habían respondido a otra pregunta del programa distinta de la que se les había formulado. El TS expone que *«Partiendo de un principio de posibilidad de prueba en recursos contra resoluciones de Tribunales calificadores de procedimientos de concurrencia competitiva, dicho principio debe cohererarse con el juego de la discrecionalidad técnica y con los límites del control jurisdiccional respecto de resoluciones basadas en el ejercicio de dicha discrecionalidad, lo que exige especial rigor en la admisión de las posibles pruebas.*

En tal sentido no existirá en principio obstáculo para la admisión de la prueba, cuando esta pueda versar sobre extremos de carácter fáctico, adecuadamente delimitados. Por el contrario, no resulta admisible una prueba que implique en realidad un pretendido juicio global del ejercicio de su discrecionalidad técnica por los órganos de calificación, oponiendo a ello lo que, de aceptarse la prueba, no constituiría sino la sumisión global de la selección de los candidatos a lo que no dejaría de ser la discrecionalidad técnica del perito.

El establecimiento de los órganos de calificación responde a un criterio de garantía de la imparcialidad y solvencia técnica del órgano de calificación, de composición plural, y de garantía, a su vez para los concursantes de un tratamiento igual, que es, en sí mismo el modo de realización de la igualdad de trato en el acceso a la función pública, garantizado por el artículo 23.2. CE y 103.3 CE . Desde un punto de vista institucional no resulta adecuado a un modelo tal la posibilidad de un resultado que pueda implicar la sustitución global y generalizada de la discrecionalidad técnica del órgano de calificación por la de un perito, por muy alta que pueda ser su cualificación.

Por ello, sin perjuicio del derecho a la prueba, cuya procedencia en el caso corresponde decidir al órgano judicial, la inadmisión de una prueba que por su concreción fáctica, por su globalidad y por su generalización, supone en sí un puro intento de oponer a la discrecionalidad técnica del órgano de calificación la del perito, resulta razonable, y al no admitirla el órgano jurisdiccional por la razón referida no se produce la vulneración que aduce el motivo».

La sentencia viene a delimitar claramente el campo de actuación de las pruebas periciales, que podrán tener eficacia en tanto en cuanto sean específicas y ceñidas a elementos fácticos claros y delimitados. Deben

descartarse, por consiguiente, aquellas que tengan un contenido genérico o pretendan una mera valoración alternativa a la del órgano calificador.

5.2.8. Conclusión

La evolución jurisprudencial ha ido marcando, cada vez de forma más precisa, los límites de la discrecionalidad técnica de los tribunales y comisiones calificadoras en procedimientos de concurrencia competitiva. Desde la LJCA de 1956 se señaló como límite para la discrecionalidad técnica la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Posteriormente, se acudió a la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños». A continuación, el Tribunal Supremo estableció la necesidad de motivar el juicio técnico. Por último, la fase final de la evolución jurisprudencial hasta el día de hoy ha sido la de marcar cuál debe ser el contenido de esa motivación para que pueda considerarse correcta. Con todo, el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE) nunca ha destruido la legitimidad de lo que, doctrinalmente, se conoce como discrecionalidad técnica.