



Universidad
de La Laguna



TRABAJO FIN DE GRADO

**LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES
CALIFICADORES EN EL PROCEDIMIENTO SELECTIVO DE INGRESO EN
LA FUNCIÓN PÚBLICA**

*DISCRETIONAL TECHNICAL NATURE OF THE BOARDS OF EXAMINERS IN
COMPETITIVE EXAMINATIONS AND COMPETITIONS FOR PUBLIC EMPLOYMENT*

Autora
Karla Cicely Buenaño Aguayo
Director
DR. Francisco Lorenzo Hernández González
Facultad
Facultad de Derecho
Titulación
Grado en Derecho
Departamento
Disciplinas Jurídicas Básicas
Área de conocimiento: Derecho Administrativo
Curso Académico 2014-2015

RESUMEN

El presente estudio constituye una aproximación a la tan debatida discrecionalidad técnica de los Tribunales calificadoros de oposiciones y concursos en el acceso al empleo público; materia que ha cobrado mayor interés en los últimos años ante la creciente influencia de los juicios técnicos en las decisiones administrativas. En las próximas líneas estudiaremos los principios que rigen en el proceso selectivo, los límites de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección y el alcance y extensión del control judicial sobre esta técnica jurídica; dando cuenta de las discrepancias existentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Palabras claves

Discrecionalidad técnica; tribunal calificador de oposiciones; acceso al empleo público; límites, alcance y control judicial.

ABSTRACT

The point of greatest complexity in this study is giving an approach to the so discussed discretionary technical nature of the boards of examiners in competitive examinations and competitions for public employment. They have achieved a enormous interest in the field of jurisprudence and scientific doctrine in the last years, above the growing influence of the technical trials in administrative decision-making. In the following analysis we are going to crumble: what the discretionary technical nature is, which are the limits and control that they are subjected to, apart from the scientific teaching and jurisprudence that the work requires.

Key words

Discretionary technical; the boards of examiners; public employment; limits and judicial control.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	1
ÍNDICE.....	2
 LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES EN EL PROCEDIMIENTO SELECTIVO DE INGRESO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA	
I. INTRODUCCIÓN	5
II. EL CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA	6
2.1 EL SUPRACONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	6
2.2 DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	12
2.3 LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA VERSUS DISCRECIONALIDAD TÉCNICA	14
III. EL DERECHO DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA PROFESIONAL	18
3.1 PROYECCIÓN DEL DERECHO Y PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN LO CONSTITUCIONAL, EN LO NORMATIVO Y EN LO APLICATIVO	18
3.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA	20
A) <i>PRINCIPIO DE MÉRITO Y CAPACIDAD</i>	20
B) <i>PRINCIPIO DE PUBLICIDAD</i>	23
C) <i>OTROS PRINCIPIOS EN EL ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LA FUNCIÓN PÚBLICA</i>	24
3.3 LA CONVOCATORIA Y SUS BASES: LAS BASES COMO LEY DEL PROCESO SELECTIVO	25
3.4 LEGITIMACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES DE OPOSICIONES Y CONCURSOS	26
IV. LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA	28
4.1 EL CONTROL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS	29
A) <i>LA DESVIACIÓN DE PODER</i>	29
B) <i>LOS HECHOS DETERMINANTES</i>	30
4.2 EL CONTROL DE LOS ELEMENTOS DISCRECIONALES	31
A) <i>PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN: DISCRECIONALIDAD NO ES ARBITRARIEDAD</i>	31
B) <i>SUMISIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO:</i>	35

V. EL ALCANCE Y EXTENSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL EN MATERIA DE DISCRECIONALIDAD TÉCNICA	
5.1 EL PROCESO EVOLUTIVO DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA ..	39
5.2 CONTROL DE LOS EXÁMENES TIPO TEST	44
5.3.¿ES POSIBLE LA SUSTITUCIÓN JUDICIAL DE LA DECISIÓN TÉCNICA?	45
VI. CONCLUSIONES: <i>QUAESTIO FACTI, QUAESTIO IURIS</i>	47
BIBLIOGRAFÍA	51
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	53

Se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales.

Aristóteles (384 AC-322 AC).

I. INTRODUCCIÓN

La razón de ser de este trabajo se encuentra *ab initio* en la aspiración personal. Ello porque pretendo opositar a la función pública y, necesitaba responder a la demanda de dudas que me planteaba el complejo escenario del sistema de acceso al empleo público a raíz de la llamada discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros de oposiciones y concursos, reforzado por la polémica en torno a la intensificación (o limitación) del control judicial sobre las decisiones discrecionales de la Administración Pública.

Como sabemos, en Derecho Administrativo es tradicional la teoría que diferencia entre potestades regladas y potestades discrecionales, atendiendo al margen de decisión del que goce la Administración. El control de los actos reglados no plantea, en principio, ningún inconveniente, pues solo hay que acudir a la ley para comprobar si la Administración ha actuado conforma a la misma. Sin embargo, el alcance y control de los actos discrecionales se torna un problema más complejo, que demanda un refuerzo taxonómico para su concreción¹. Dentro de las potestades discrecionales adquiere un matiz especial la denominada discrecionalidad técnica.

Este trabajo de investigación, que viene de nuestra experiencia universitaria y que ahora presentamos, contiene un análisis de las características y novedades que se han producido en el panorama legislativo y jurisprudencial sobre esta polémica técnica jurídica, incorporándose un uso selectivo de las referencias doctrinales y jurisprudenciales más importantes sobre esta materia y el control del poder discrecional de la Administración, entendida como la historia misma de la jurisdicción contencioso-administrativa y del propio Derecho Administrativo².

Por virtud de este planteamiento el presente trabajo se encuentra estructurado en cuatro grandes epígrafes que abarcan el debate doctrinal sobre la noción de discrecionalidad técnica, los límites de su ejercicio, el alcance y extensión del control judicial, y el procedimiento de acceso al empleo público como talón de Aquiles de la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras.

¹ De la Cuétara, J.M.: *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.

² García de Enterría, E. y Fernández, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas, Madrid, 1997.

II. EL CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Antes de profundizar en el estudio de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección resulta ineludible acotar el significado de los términos “discrecionalidad administrativa” y “conceptos jurídicos indeterminados”. Esta tarea es importante en la medida que, de una parte, existe una imbricación constante que hace muy fina la línea que diferencia entre ambas técnicas jurídicas; de otra, la potestad discrecional de la Administración sigue siendo en nuestros días una noción ambigua, cambiante y escurridiza³. Como ha dicho HANS HUBER⁴, la discrecionalidad <<es el caballo de Troya dentro del Estado de Derecho>> .

A tal fin, intentaremos ir desde las entrañas del poder discrecional de la Administración hasta la punta del iceberg de la misma en aras de ofrecer información suficiente, clara y reflexiva de esta técnica, que plantea dificultades de tanto calado en nuestra realidad socio-jurídica.

2.1 El supraconcepto de discrecionalidad administrativa

Las Leyes atribuyen a la Administración Pública una serie de potestades administrativas para el cumplimiento de fines de interés público, pudiendo en tal caso crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas a través de las tres técnicas jurídicas clásicas: normas, actos y contratos. Así, la Administración Pública es una *potentior persona*, pues personifica el poder del Estado, cuyo comercio jurídico aparece bajo la idea de poder público (HAURIOU).

El artículo 103.1 de la CE viene a revelar el carácter servicial de la Administración Pública y la esencia misma de la realidad política: <<La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales>>, encontrándose el ejercicio de su actividad subordinada o sometida a la Ley y al Derecho⁵. En esa asunción del servicio objetivo de los intereses generales conforme con el principio de eficacia, dispone de una serie de potestades exorbitantes de actuación, sin que sea necesario acudir a los Tribunales para la producción de

³ Villa, J.L. en prólogo a Desdentado Daroca, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 29.

⁴ Huber, H., Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat, en Festgabe für Z. Giacometti, Zürich, 1953, 66, citado en García de Enterría, E. y Fernández, T.R.: *Curso...*, I, loc. cit.

⁵ El artículo 103.1 de la CE dispone así: <<actúa...con sometimiento pleno a la ley y al Derecho>>; y añade el artículo 106.1 de la CE: <<Los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta...>>.

sus efectos ni para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, ya que tiene privilegio de autotutela.

Entre este *cuadro de poderes* de los que goza la Administración Pública nos encontramos con el tema que impulsa a este trabajo: la potestad discrecional que, vale tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlable por éste. Así pues, como punto de partida, debemos explicar qué se entiende por "potestad" y a qué se llama "discrecionalidad".

a) Concepto de potestad discrecional

El concepto de potestad lo debemos a SANTI ROMANO⁶: ésta consiste en la facultad de querer y de obrar conferida a los sujetos directamente por el ordenamiento jurídico. La potestad no se genera en relación jurídica alguna, sin perjuicio de que de su ejercicio puedan producirse efectos jurídicos en relaciones jurídicas particulares. Este origen legal y no negocial hace que las potestades de la Administración sean inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, aunque su ejercicio pueda estar sometido a caducidad. Finalmente son insusceptibles de modificación alguna por la Administración, pues sólo la Ley, en que tienen su origen, puede modificarlas o extinguirlas.

Existe una distinción fundamental en el modo como esa atribución legal se realiza: el ordenamiento puede determinar de forma agotadora todas y cada una de las condiciones y consecuencias de ejercicio de la potestad (potestad reglada); o bien, por el contrario, definiendo la ley de forma parcial las condiciones de ejercicio de la potestad con remisión del resto de las condiciones a la estimación subjetiva de la Administración⁷, ya sea sobre la integración última del supuesto de hecho, su contenido concreto o sobre ambas cuestiones (potestad discrecional).

A tenor de lo expuesto comprobamos que en el ejercicio de potestades regladas, la Administración realiza una mera constatación o verificación del supuesto de hecho legalmente definido en su integridad y a aplicar lo que la propia ley así ha dispuesto previamente; mientras que en el ejercicio de las potestades discrecionales, la Administración viene a completar el cuadro legal que condiciona el ejercicio o contenido del poder

⁶ Santi Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Comares, Buenos Aires, 1964.

⁷ García de Enterría, E. y Fernández, T.R.: *Curso...*, I, ob. cit., pág. 444 y Fernández, T. R.: voces <<Discrecionalidad>> y <<Potestad discrecional>>, *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas. Madrid, 1995, págs. 2517, 4962 y 4963.

discrecional. Dirá GARCÍA DE ENTERRÍA⁸ que esto tiene su razón de ser en la aplicación del principio de la mensurabilidad de todas las competencias públicas o de su necesaria limitación. Así, la discrecionalidad no es un supuesto de libertad de actuación de la Administración al margen de la ley, sino un caso típico de remisión normativa y en la medida en que la ley haya determinado. Dicha premisa se encuentra plasmada en la Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción contencioso administrativa de 1956: <<La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque (...), algunos de los elementos del acto>> (menciona actos y no potestades desde el ámbito de su impugnación; pero todo acto administrativo es resultado del ejercicio de una potestad)⁹.

Desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, la posición de KELSEN¹⁰ estriba en que la discrecionalidad surge de todo supuesto de aplicación y concreción del Derecho, por tanto, concibe la discrecionalidad como un fenómeno inherente al ordenamiento jurídico. Mientras HART entiende que la discrecionalidad obedece a la falta de certeza e incertidumbre del lenguaje jurídico, creándose así <<una crisis en la comunicación>>, que podrá ser disminuida a través de los cánones de interpretación, pero, en ningún caso plenamente eliminada¹¹.

No obstante, DWORKIN difiere de la concepción positivista, pues arguye que la discrecionalidad no surge de la interpretación y aplicación de la norma o ante la vaguedad del sistema jurídico, porque el ordenamiento jurídico siempre proporciona una respuesta correcta, aunque ésta sea difícil de encontrar¹². Con ello Dworkin afirma que a pesar de que un mismo supuesto de hecho pueda ser objeto de diversas teorías, solo existe una respuesta correcta para la solución del mismo, porque solo una de esas opciones será más adecuada y conforme con el resto del ordenamiento jurídico¹³.

⁸ García de Enterría, E. y Fernández T.R.: *Curso...*, I, ob. cit., pág. 479.

⁹ Cabe subrayar una idea fija y común, que se compendia de la siguiente manera: no existen actos administrativos discrecionales, sino elementos discrecionales de la potestad y, ello, porque ningún acto es estrictamente reglado o discrecional.

¹⁰ Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1971, págs. 167 y 169.

¹¹ Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, cit., pág. 123 y *El Concepto de Derecho*, cit., pág. 158, citado en Desdentado Daroca, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...*, ob. cit., pág. 132.

¹² Dworkin, R.: *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pág. 120.

¹³ Vid. Dworkin, R.: *A Matter of Principle*, ob. cit., pág. 145.

DWORKIN define la discrecionalidad como "el agujero de una rosquilla" ¹⁴, es decir, como el espacio libre que las propias normas u ordenes que rigen la conducta del sujeto dejan a éste para que adopte una decisión. Esto es lo que identifica como discrecionalidad en sentido fuerte, pues el aplicador de la norma, a quien se le ha atribuido una potestad de decisión, no está sujeto a ninguna pauta de conducta, de modo que éste dispone de un margen de libre elección para adoptar las decisiones que estime convenientes conforme a criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.). Todo lo contrario en el caso de la discrecionalidad débil¹⁵ al no existir margen de elección, pues la conducta del titular de la potestad ya viene impuesta por la autoridad a la que está subordinado.

b) Discrecionalidad administrativa

Una vez discernidos los conceptos <<potestad>> y <<discrecionalidad>>, las próximas líneas recabarán el concepto de discrecionalidad administrativa, que es en la actualidad un fenómeno sumamente complejo y heterogéneo, pues estamos ante la presencia de un supraconcepto¹⁶, cuya localización dentro de la estructura lógico-formal de la norma jurídico-administrativa resulta una verdadera hazaña¹⁷.

García de Enterría en su celeberrima obra <<La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo>> (Madrid, 1962), comienza una laboriosa y vasta conceptualización dogmática del poder discrecional de la Administración, así como de los límites o alcances a los que se encuentra sujeta. Desde entonces esta técnica, que bien podríamos calificar como el ABC del Derecho Administrativo, ha sido objeto de numerosos artículos, estudios y monografías encontradas y desencontradas.

GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que <<la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos, no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración>>¹⁸. De este modo la Administración tiene facultad para crear sus propios criterios de actuación y resolución del supuesto de hecho

¹⁴ Dworkin, R.; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, cit., pág. 84.

¹⁵ Dworkin, R.: *Los derechos...*, ob. cit., pág. 85.

¹⁶ Desdentado Daroca, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...*, ob. cit., pág. 55.

¹⁷ Bacigalupo, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹⁸ García de Enterría, E. y Fernández, T.R.: *Curso...*, I, ob. cit., pág. 445.

normativo. Idea que comparte de forma mayoritaria la doctrina. Asíéntese que <<lo característico de todo poder discrecional es la existencia de una pluralidad de soluciones conformes con la norma habilitante de dicho poder>>¹⁹. Por su parte SANTAMARÍA PASTOR señala que cuando existe discrecionalidad <<la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas>>, aunque precisa que la discrecionalidad <<supone la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa>>²⁰. Asimismo, PAREJO ALFONSO afirma que la discrecionalidad <<consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad>> dentro del cual <<pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho Público aplicable>>²¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 diciembre de 2000 (FJ5) señala que:

“la potestad propiamente discrecional encarna, frente a unos mismos hechos, la posibilidad de optar entre necesidades diferenciadas y todas de interés general; y la consiguiente libertad de elegir entre las distintas actuaciones administrativas que específicamente reclaman cada una de esas singulares modalidades de interés general”.

Frente a la concepción tradicional de discrecionalidad administrativa como facultad de elegir entre soluciones igualmente válidas o justas, SÁINZ MORENO asume un matiz: la discrecionalidad administrativa como deber de adoptar la solución más adecuada al interés público, operando este principio como criterio jurídico que condiciona toda actividad administrativa²². Afirma SÁINZ MORENO que la vinculación de la actividad de la Administración a los fines que la justifican pueden reglar con la misma intensidad que las

¹⁹ Fernández, T. R.: voz <<Potestad discrecional>>, cit., pág. 4963.

²⁰ Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, cit., pág. 886.

²¹ Parejo Alfonso, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad Administrativa*, Tecnos. Madrid, 1993, pág. 117.

²² Cabe argüir que la Administración viene obligada siempre a realizar su actividad respondiendo al fin público que le corresponde satisfacer en el ejercicio de una potestad determinada. Resulta necesario la concordancia entre el fin perseguido por el acto administrativo y el previsto por la norma aplicable, de lo contrario sería desviación de poder si esa divergencia entre uno y otro extremo ha sido querido y buscado por la Administración.

ordenaciones legales la actuación administrativa²³. Según este autor la satisfacción del interés general no permite elegir entre varias soluciones de las cuales pueda decirse que todas ellas son igualmente válidas, puesto que <<admite soluciones mejores y peores, de manera que no todas ellas tienen el mismo valor>>²⁴, por consiguiente, una de esas opciones será mejor que las restantes.

Ahora bien, el margen de apreciación de la Administración actúa sobre la consecuencia jurídica²⁵ y no sobre el supuesto de hecho. De ahí que, una de las principales formas de su control opera sobre los hechos determinantes. De esta idea parte MAURE²⁶, pues asegura que la discrecionalidad aparece cuando el supuesto de hecho definido por la Ley no tiene arrojado una consecuencia jurídica; más bien autoriza a la Administración determinarla por sí misma, abarcando tanto a la necesidad de intervención (discrecionalidad de decisión) entre las opciones posibles debe optarse (discrecionalidad de elección)²⁷. Dicha indeterminación normativa de las consecuencias jurídicas puede generarse bien porque la circunstancia de hecho no obliga a adoptar una consecuencia jurídica concreta, bien por preverse varias consecuencias jurídicas entre las cuales la Administración puede elegir o, bien porque no se ha predeterminado normativamente la consecuencia jurídica que, en su caso, deba o pueda aplicarse por la Administración²⁸.

No obstante, MARIANO BACIGALUPO²⁹ señala que la discrecionalidad (en sentido amplio) implica el poder de completar un supuesto de hecho normativo imperfecto o inacabado. Ello con independencia de si la norma emplea en el supuesto concreto conceptos

²³ Sáinz Moreno, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, cit., pág. 310.

²⁴ Sáinz Moreno, F.: <<Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico>>, *Revista española de Derecho administrativo (REDA)*, núm. 8, 1976, pág. 72.

²⁵ STS 12 diciembre 2000 (FJ 5), (RJ 2001, 522).

²⁶ Maurer, H. *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 167.

²⁷ Parejo Alfonso, L.: *Administrar y juzgar...*, ob. cit. pág. 281, anuda la discrecionalidad en el plano volitivo, siendo la Administración libre para decidir si, concurriendo el supuesto concreto definido por la norma, actúa o no (discrecionalidad de actuación); o bien opta por alguna de las distintas posibilidades igualmente legítimas previstas o admitidas por la ley. Parejo Alfonso op. cit. pág. 281 señala que la discrecionalidad opera en el ámbito volitivo, por lo que la Administración podrá decidir si actúa o no en caso de que concurra el supuesto establecido legalmente (discrecionalidad de actuación); o bien optar por alguna de las opciones igualmente legítimas previstas o admitidas por la ley. Asimismo Muñoz Machado acota que la potestad discrecional es la libre valoración de la Administración para definir el interés público. (Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pág. 530 y ss.).

²⁸ Bacigalupo, M.: *La discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., pág. 115.

²⁹ Bacigalupo, M.: *La discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., pág. 11.

jurídicos indeterminados o solamente deja las consecuencias jurídicas abiertas. Por consiguiente, se rechaza la distinción entre el margen de decisión en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad en sentido estricto (mera estimación subjetiva sobre las consecuencias jurídicas).

2.2 La discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados

El ámbito del uso de una potestad discrecional parte de su distinción de los llamados <<conceptos jurídicos indeterminados>>. La confusión de ambas técnicas ha sido por mucho tiempo un galimatías jurídico que apenas empieza a disiparse en razón de la ardua labor interpretativa de la doctrina alemana contemporánea del Derecho Público. La STS de 12 de diciembre de 2000 antes citada reza que, “*suele asimismo admitirse la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de elementos constitutivos de conceptos jurídicos indeterminados*”³⁰.

Los conceptos utilizados por las normas jurídicas pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el supuesto de hecho específico al que se refieren, sin que exista duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos contienen (ej. mérito y capacidad, plazo de un mes para la interposición del recurso de alzada, si el acto fuera expreso, si no lo fuera, el plazo será de tres meses a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el acto presunto, mayoría de edad es a los 18 años etc.); por el contrario los conceptos jurídicos indeterminados hacen referencia a un ámbito de la realidad cuyos límites no vienen fijados de forma precisa e inequívoca por la Ley (ej. justo precio, interés público, utilidad pública, buena fe, falta de probidad, etc.), sino que la indeterminación del concepto será precisada en el momento de aplicación de la norma en cuestión³¹. Así, la aplicación de

³⁰ Dicha distinción se puso de manifiesto en la STS de 6 de diciembre de 1986 con motivo de la expulsión de un no nacional afirma en que existe “*una confusión entre los llamados conceptos jurídicos indeterminados con los poderes discrecionales, perfectamente diferenciados en defensa de una más acabada garantía judicial por la técnica jurídica moderna, según la cual los segundos se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que los primeros son configurados por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho*”.

³¹ García de Enterría, E.: <<Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado>>, (REDA), núm. 89, 1996, cit., pág. 83, cuando afirma que <<la indeterminación lógica del enunciado (de un concepto jurídico indeterminado) no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución>>.

esta técnica no admite más que una solución justa³², con exclusión de toda otra: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es³³. La doctrina alemana lo reconoce como una <<apreciación por juicios disyuntivos>>, ya que no es posible, desde un punto de vista ontológico, ser las dos cosas al mismo tiempo. Ello se desprende de los principios de no contradicción y *tertium non datur*.

De este modo se plantea un problema de interpretación: no existen varias soluciones igualmente válidas, sino una sola, a la que hay que llegar interpretando el supuesto de hecho concreto. Esta distinción deviene esencial en lo que a control judicial se refiere, pues la interpretación de un concepto jurídico indeterminado o la concurrencia de una laguna jurídica colmada por la Administración operan como mecanismos de control judicial de la actividad administrativa, por lo que el Juez podrá revisar las interpretaciones realizadas por la Administración. Pero en los casos de discrecionalidad administrativa, se reconoce a la Administración un margen de elección dentro de los límites de la atribución legal de la potestad discrecional, por lo que los Tribunales no podrán revisar o sustituir la decisión discrecional, pero sí ejercer un control sobre los límites a los que se encuentra sujeta la Administración, anulando en tal caso las decisiones acordadas fuera de los límites de la libertad de apreciación³⁴.

Conviene notar que la delimitación entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados estriba en que este último es un caso de aplicación de la Ley a una conducta concreta con el objeto de acotar su enunciado, siguiendo así un proceso reglado en el que no interviene ningún margen estimativo por parte de la Administración, como es lo propio cuando se ejerce una potestad discrecional. No obstante, hay conceptos jurídicos indeterminados que comportan juicios de valor, bien políticos (ej. interés público, utilidad pública etc.) o bien técnicos (ej. impacto ambiental). Tales conceptos proporcionan cierta presunción de las estimaciones subjetivas de la Administración, por lo que su control judicial queda limitado a los límites o excesos en los que ésta pueda incurrir. Como arguye SAINZ

³² La teoría de la <<unidad de solución justa>> fue exportada de la doctrina alemana por García de Enterría “La Lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos)”, *RAP* núm. 38, 1962, pág. 171-176.

³³ García de Enterría, E. y Fernández, T. R.: *Curso de Derecho...*, I, cit., pág. 482. Igualmente Cosculluela Montaner señala que el concepto jurídico indeterminado existe o no de modo objetivo, es decir, de conformidad con criterios sociales o científicamente aceptados, que vinculan a la Administración en sus decisiones, determinando la validez o invalidez de las mismas (Cosculluela Montaner, L., *Derecho administrativo. Parte general*, 23ª ed., Civitas, Madrid, 2012, pág. 339).

³⁴ STS 2 de febrero de 1995 (RJ 1995, 4791).

MORENO³⁵, por más difusos que puedan ser los límites de un concepto, se cuenta con el núcleo del mismo como criterio para saber hasta dónde llegan esos límites.

2.3 La discrecionalidad administrativa versus discrecionalidad técnica

A pesar de su operatividad práctica la noción de discrecionalidad técnica carece de una conceptualización doctrinal pacífica, y que lleva, como diría GARCÍA DE ENTERRÍA, a sacudir las aguas mansas de nuestra disciplina administrativa. En palabras de DESDENTADO DAROCA, nos encontramos ante <<una noción de fisonomía precaria y escasa operatividad científica>>³⁶.

Como paso previo, cabe aclarar que la discrecionalidad técnica poco tiene en común con la discrecionalidad administrativa, pues una y otra versan sobre ámbitos y operaciones distintas. Así, la discrecionalidad administrativa consiste en la valoración por parte del aplicador en cuestión de todos los intereses secundarios en orden a un interés primario; mientras que la discrecionalidad técnica <<excluye que la autoridad realice valoraciones de oportunidad>>, porque <<una sustancia o es tóxica o no lo es; acaso podrá ser más o menos tóxica, pero no puede suceder que sea oportuno o inoportuno considerarla tóxica>>³⁷. Por consiguiente, un técnico no puede apartarse de la técnica que maneja porque, si llegara a hacerlo dejaría de ser un técnico y se convertiría pura y simplemente en un político³⁸.

De lo dicho hasta aquí se desprende que la discrecionalidad técnica se encuentra oscilando entre la potestad reglada y la potestad discrecional. Tal aseveración proviene de los distintos sectores doctrinales que sostienen dos posiciones contrapuestas:

- a) Por un lado, un tipo específico de potestad discrecional³⁹ por medio del cual un órgano

³⁵ Sáinz Moreno, F.: <<Reducción...>>, cit., pág. 77.

³⁶ Desdentado Daroca, E.: <<La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones>>, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 84, 2009, págs. 113-114.

³⁷ Igartua Salaverría, J.: <<Control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del CGPJ: algunos extravíos argumentales en la Sala 3ª del TS>> en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012, pág.1500.

³⁸ Así lo califican Rivero Ortega, R.: <<¿Acaso existe discrecionalidad técnica? En virtud de la STS de 19 de julio de 2010>>, en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012, págs. 2063 y ss.).

³⁹ La doctrina italiana define la discrecionalidad técnica como una solución entre varias abstractamente posibles, aplicando a un caso concreto criterios o reglas de una ciencia o técnica,

administrativo resuelve aplicando criterios técnicos aquellos asuntos que requieran de especiales conocimientos y saberes científicos o técnicos, en principio, ajenos a la formación jurídica de los jueces, excluyéndose así el control judicial en cuanto al fondo de la decisión⁴⁰.

En estas circunstancias, SÁNCHEZ MORÓN sostiene que existe discrecionalidad técnica <<cuando el ordenamiento jurídico reconoce a favor de los administradores un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de su saber profesional. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto>>⁴¹.

b) Y, por otro, un supuesto especial de potestad reglada en la que la Administración aplica conceptos jurídicos indeterminados valiéndose de criterios técnicos que no admiten más que un solo juicio o si se prefiere una única solución válida por la objetividad de los conocimientos científicos-técnicos que proporcionarían, en principio resultados precisos y unívocos, por lo que el elemento discrecional se desvanece⁴², entendiéndose que la aplicación de criterios técnicos impide el juicio y voluntad conjunta que supone *per se* toda potestad discrecional. Considerando así que la actividad técnica, en cuanto no discrecional, es fiscalizable.

Como consecuencia el binomio <<discrecionalidad>> y <<técnica>> se encuentra en la cuerda floja por aquel sector doctrinal que entiende que debe rechazarse la idea de calificar como discrecional la actividad desarrollada por los jurados de selección del personal de la Administración, pues apuntan que la selección de un opositor u otro no es un indiferente

siendo posible e incluso normal que en relación con una misma cuestión los técnicos lleguen a soluciones diferentes.

⁴⁰ Sánchez Morón, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

Véase la STC 34/1995, de 6 de febrero (F.J. 3º), pues la misma acuña que la limitación del control judicial de la discrecionalidad técnica de las comisiones evaluadoras <<solo se justifica en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador...>>.

⁴¹ Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pág. 91.

⁴² Desdentado Daroca distingue la discrecionalidad administrativa de la discrecionalidad técnica porque “mientras en la verdadera discrecionalidad conviven juicio y voluntad, en la discrecionalidad técnica se realiza una actividad de mero juicio en la que no interviene en modo alguno la voluntad”. En este sentido Cosculluela Montaner señala que la discrecionalidad técnica obliga a adoptar una única solución correcta en cada caso en base a normas técnicas, resultando viciada la decisión de la Administración que se apartara del criterio técnico por simple valoración política o administrativa. (Cosculluela Montaner, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, 23ª ed., Civitas, Madrid, 2012).

jurídico⁴³, al no disponer la Administración de un margen de decisión de oportunidad para elegir entre opciones igualmente válidas; más bien valorando apropiadamente los méritos y capacidades de los aspirantes para acceder en condiciones de igualdad a un empleo o cargo público está constitucionalmente obligada a seleccionar al mejor de todos ellos según los baremos preestablecidos en las bases de la convocatoria, sin que esa determinación de quién sea <<el mejor>> pueda ser una puerta abierta al subjetivismo ni mucho menos a la arbitrariedad⁴⁴.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial de la discrecionalidad técnica, póngase de ejemplo la sentencia de 11 de octubre de 1994 en relación a la actuación de una comisión calificadora en el ámbito universitario⁴⁵, que plasma la primera tesis expuesta con anterioridad. El Alto Tribunal señala al efecto que <<la valoración de la calidad intrínseca de méritos y aptitudes de los concursantes a pruebas selectiva pertenece en exclusiva al tribunal calificador, en uso de una discrecionalidad técnica no revisable jurisdiccionalmente>>. En este sentido el Tribunal Supremo subraya que la discrecionalidad técnica habilita al órgano decisor de un amplio margen de apreciación conforme a criterios cualitativos y se resuelve en un juicio de valor que solo podrá ser invalidado si se demuestra que incurre en un error manifiesto o es abiertamente arbitrario, correspondiendo al recurrente probar la existencia del error ostensible o de la arbitrariedad⁴⁶.

El Tribunal calificador es, de acuerdo con esta sentencia, el más capacitado para tomar decisiones en este ámbito, por la que el órgano jurisdiccional no puede introducirse en el núcleo duro que constituye el juicio técnico.

Ahora bien, la discrecionalidad técnica entendida como un supuesto especial de potestad

⁴³ Parejo Alfonso distingue la indiferencia legal de la jurídica, porque <<indiferente jurídicamente no hay nada a priori en un Estado material de Derecho que reconozca un orden de valores preexistente y se ordene a su efectiva realización>>. (Parejo Alfonso, L.: *Administrar y juzgar...*, ob. cit., pág. 48).

⁴⁴ Piñar Mañas, J.L. ha señalado que <<invocar, como es usual, la discrecionalidad técnica de las Comisiones para justificar su exclusión del control jurisdiccional en lo que al contenido de sus decisiones se refiere no es más que una equivocación que no encaja con nuestro sistema constitucional de control judicial pleno de la actividad administrativa>> (“El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones” en Documentación Administrativa, núm. 220, 1989, págs. 135 a 178).

⁴⁵ Rec. 8212/1992 (RJ 1994, 7987). En esta línea la STS de 7 de diciembre de 1990 (Sec.9ª (RJ 1990, 10139): <<Los juicios técnicos que emiten estos órganos vinculan a la Administración y por ello no pueden ser sustituidos por una decisión de ésta, ni de los Tribunales de este orden jurisdiccional en razón del carácter revisor de sus potestades>>.

⁴⁶ STS de 7 de febrero de 2011 (FD 9º), (RJ 2011, 923) señala que los juicios de valor solo podrán dejarse sin efecto cuando se haya debidamente justificado su claro error o su abierta arbitrariedad.

reglada tiene su cobertura jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 que, con motivo del control de la actividad evaluadora de los tribunales calificadoros de aspirantes para la provisión de puestos de trabajo en el ámbito de la función pública, señala que “en esta materia no hay un elenco de variados intereses públicos entre los que deba optarse, sino uno solo: el mejor desempeño de la plaza a la que se refiere el nombramiento (...) ese “candidato más adecuado” es, pues, el concepto jurídico indeterminado que define el único contenido posible de esa competencia de nombramiento que tiene atribuida la Administración.

III. EL DERECHO DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA PROFESIONAL

La discusión sobre la discrecionalidad técnica ha puesto de relieve la necesidad de exponer una panorámica general sobre el acceso en condiciones de igualdad a la función pública profesional en cuanto que permite enmarcar el ejercicio de esta técnica jurídica e identificar los límites que se aplican. Queda abierta así, la caja de Pandora.

3.1 Proyección del derecho fundamental en lo constitucional, en lo normativo y en lo aplicativo

El artículo 23.2 de la CE reconoce el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, siendo susceptible de amparo ex artículo 53.2 CE en caso de transgresión del derecho fundamental. El presente precepto matiza que el acceso al empleo público se regirá por los requisitos que determinen las leyes, constituyéndose así un derecho fundamental de configuración legal: *<<tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes>>*. Es la Ley, por remisión expresa del precepto constitucional, la que ha de establecer el contenido y las condiciones concretas de su ejercicio, lo que se traduce en la exigencia insoslayable de predeterminar cuáles han de ser los criterios de selección para acceder a la función pública, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse mediante la intervención positiva ex ante del legislador.

No cabe, considerar que, por ser un derecho fundamental de configuración legal, el legislador pueda disponer indistintamente de su contenido esencial, que no es otro que garantizar la posibilidad de todos los aspirantes a ingresar en la función pública en

condiciones de igualdad (ámbito objetivo) como la reafirmación de un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la igualdad en su *vis expansiva*. Por tal motivo, el artículo 23.2 de la CE constituye un límite a la facultad de decisión y de acción de la Administración, razón por la cual no dispone de margen de discrecionalidad alguno en cuanto a su grado de aplicación o cumplimiento.

De lo expuesto, se infiere que el ya citado precepto constitucional tiene como ámbito subjetivo de aplicación la función pública profesional con exclusión del personal al servicio de las Administraciones públicas en régimen laboral, así como aquellas otras situaciones de colaboración con dichas Administraciones⁴⁷. La aplicación del artículo 23.2º CE produce diversas consecuencias que afectan subjetivamente a la relación de función pública. Una primera, de carácter temporal: protección tanto en el momento del acceso como a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los aspirantes no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública⁴⁸; otra posterior, de carácter material: la protección del desempeño del puesto de trabajo sin intromisiones ilegítimas en el ejercicio del cargo o puesto que pudieran afectar a la objetividad e imparcialidad de sus función⁴⁹.

El artículo 23.2 CE ha sido calificado por SÁNCHEZ MORÓN como un derecho *per relationem*, un derecho a no ser discriminado o sufrir un trato desigual no fundado en razones objetivas y razonables en el acceso a los cargos y funciones públicas⁵⁰.

Las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias leyes, sino también a su aplicación e interpretación⁵¹. Ante su despliegue social este principio constitucional ha sido considerado como un auténtico derecho subjetivo (art. 53.1 CE), lo que posibilita su protección a través de un procedimiento preferente y sumario regulado en los arts. 114 a 122 LJ, y, en último término, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que;

⁴⁷ STC 29 de noviembre de 1993, F. sexto (RTC 1993, 353).

⁴⁸ STC de 3 de agosto de 1983 (RTC 1983, 75) y STC de 21 de febrero de 1989 (RTC 1989, 47).

⁴⁹ Las SSTC de 27 de abril de 1989, F. segundo (RTC 1989, 76) y 19 de julio de 1989, F. cuarto (RTC 1989, 133) reconocen el derecho del funcionario a no ser removido si no son por las causas y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

⁵⁰ Sánchez Morón, M.: *Derecho de la función pública*, 3ª ed., Tecnos. Madrid, 2001, pág. 124.

⁵¹ SSTC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c.

“el derecho a acceder al empleo público en condiciones de igualdad es un derecho de configuración legal, que no garantiza en sí mismo el acceso, sino la igualdad de todos los que cumplan los requisitos establecidos en la participación del correspondiente sistema de selección, que debe de estar sometido a requisitos formulados en términos generales y abstractos, correspondiendo, en principio, la interpretación de dicha legalidad a los Tribunales ordinarios”⁵²”.

El mandato constitucional del artículo 23.2 tienen su refuerzo legal en el artículo 61 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, pues reitera que los procesos selectivos deberán garantizar el cumplimiento del principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la CE en relación con el art. 23.2 y 24 de la Constitución de manera que los sistemas selectivos tendrán carácter abierto y asegurarán la libre concurrencia, sin perjuicio de la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva establecidas en la presente Ley, además de garantizar que, en las ofertas de empleo público se reserve un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para las personas con discapacidad (art. 59 del EBEP).

Conviene notar que, no toda desigualdad en las condiciones de acceso a cargos o funciones públicas es contraria al ordenamiento jurídico, sino sólo aquella que no respeta los principios de mérito y capacidad. Por consiguiente, lo que la ley prohíbe es el trato desigual a situaciones iguales o un trato igualitario a situaciones o circunstancias personales desiguales⁵³ cuando en ambos casos no tenga su justificación en los principios de mérito y capacidad, pues lo que se pretende garantizar es la igualdad en el acceso al empleo público y, con ello, asegurar la imparcialidad, objetividad y eficacia de la actuación administrativa.

Un ejemplo apriorístico lo encontramos en la STC 73/98 del 31 de marzo⁵⁴, donde se valoraba la concesión de un cargo público sujeto a tres pruebas. Una de ellas consistía en la realización de un ejercicio de tipo mecanográfico a una velocidad mínima de 250 pulsaciones/minuto. Entre los distintos aspirantes, sólo uno cumplió con dicho requisito, pese

⁵² STC 67/1989, de 18 de abril y SSTC 10/1989, 24/1990.

⁵³ El Tribunal Constitucional 269/1993, de 20 de septiembre, 363/1993, de 13 de diciembre, 60/1994, de 28 de febrero, 16/1998, de 26 de enero y 83/2000, de 27 de marzo entre otras.

⁵⁴ Véase también: Camba Constenla, C.: <<Una vez más en torno al control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica y su vis expansiva hacia el terreno de los elementos reglados>> (comentario a la STC 73/1998, de 31 de marzo), *Dereito Vol. 7*, núm. 1, 1998.

a lo cual el concurso fue ganado por la otro participante que solo alcanzó una velocidad de 248.1 pulsaciones/minuto (por debajo del límite mínimo requerido).

El Tribunal Constitucional entendió que, el Tribunal Supremo se limitó a aceptar el criterio de el Tribunal calificador, sin entrar a apreciar que el órgano de selección había cometido desviación de poder utilizando criterios distintos a los de mérito y capacidad, conculcando con ello el derecho de la aspirante a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, ya que el ejercicio en cuestión no fue valorado de modo igual para ambas candidatas.

3.1 Principios que rigen en el acceso a la función pública:

El derecho a la igualdad en el acceso al empleo público debe acotarse sobre conceptos jurídicos indeterminados como son el mérito y capacidad, que deberán ser concretados por el órgano administrativo competente. El legislador dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, solamente limitado a no crear desigualdades que sean arbitrarias o incompatibles con los indicados conceptos de mérito y capacidad⁵⁵, por ende, los actos de decisión de oposiciones y concursos vinculan y limitan su poder de elección⁵⁶, pudiendo en tal caso ser objeto de revisión jurisdiccional.

Los principios constitucionales reconocidos en el artículo. 103.3 de la CE para garantizar la igualdad de oportunidades en la obtención de un trabajo público, aparte del principio de igualdad, previamente tratado, son los siguientes:

a) Principio de mérito y capacidad

El art. 103.3º de la CE establece que <<la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad>>. El *leitmotiv* de los citados principios constitucionales es evitar situaciones discriminatorias en la selección y no, en cambio, como

⁵⁵ SSTC de 18 de abril de 1989, (RTC 1989, 67), 27/1991, (RTC 1991, 200) y 20 de junio de 1994 (RTC 1994, 185).

⁵⁶ Navarro Sanchís, F.J.: <<La llamada discrecionalidad técnica, el principio de tutela judicial efectiva y el control jurisdiccional de los concursos de mérito, oposiciones y exámenes docentes>>, en *El acto y el procedimiento*, CDJ, CGPJ, 1992, 7, s.p. (págs. 299-312).

se pudiera pensar a priori, elegir al candidato más idóneo para ocupar la plaza o puesto ofertado⁵⁷.

La casuística jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha matizado que el derecho de acceso al empleo público no puede entenderse sin la debida concurrencia de los principios de mérito y capacidad, como bienes jurídicos protegido por el artículo 103.3 CE⁵⁸, configurándose este precepto como elemento determinante para establecer los requisitos necesarios para acceder a la función pública⁵⁹, pues "*donde el derecho no distingue, no es lícito al intérprete distinguir*".

El artículo 23.2 en relación con el artículo 103.3 de la CE dan cuenta de dos momentos en el acceso a la función pública. Uno primero, que tiene por objeto garantizar que las reglas del procedimiento no se hayan establecidos mediante referencias individuales y concretas en aras de garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo público. Otro segundo, en el cual se valorará los principios de mérito y capacidad, sin la concurrencia de otros requisitos o condiciones no referidos a los mismos que puedan generar discriminación. Esta premisa se encuentra presente en la STC de 9 de diciembre de 1987, F. quinto⁶⁰ que vincula los principios de igualdad, mérito y capacidad con la actividad de los órganos de selección. De ahí que, si en la resolución de un procedimiento selectivo se apartaran de los criterios de mérito y capacidad por otras consideraciones personales, sociales o económicas de los aspirantes (no referidos a dichos criterios), vulneraría los artículos 23.2 y 103.3 de la CE.

Esta teoría de partida pronto adquiere un matiz interesante, pues las SSTC de 14 de octubre de 1991⁶¹ y 48/1998, de 2 de marzo matizan que existe una desigual eficacia e intensidad del artículo 23.2º de la CE, pues ambas señalan que "*la exigencia legal de los principios de igualdad, mérito y capacidad es más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando dentro ya de la misma se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa*".

⁵⁷ STC de 18 de abril de 1989 (RTC 1989, 67).

⁵⁸ STC 77/1989, de 19 de enero.

⁵⁹ Palomar Olmeda, A.: *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, 10ª Edición, Madrid, 2013, pág. 86. En esta línea las SSTC 78/1990 y 4/1991 matizan que no se entenderá vulnerado el art. 23.2 CE cuando los requisitos para el acceso a un cargo o función pública se establezcan reglamentariamente, porque así lo ha establecido la Constitución.

⁶⁰ (RJ 1987, 193).

⁶¹ (RTC 1991, 192).

Más adelante, la STC de 29 de mayo de 2000⁶² se enmarca en la misma línea cuando alude a que:

<<[...] siendo el derecho del art. 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente de una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes [...]>>.

No obstante, cuando el art. 103.3 CE dispone que *<<la ley regulará el acceso a la función pública...>>*, rehúye a la posibilidad de que la Administración pueda incorporar nuevos y diferentes requisitos no referidos a los de mérito y capacidad por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la Ley⁶³. La legalidad opera como vehículo motor del principio de igualdad en el acceso al empleo público, ya que no puede entenderse respetado dicho principio si la Administración no conviene su actuación al ordenamiento jurídico, esto es, cuando establece requisitos o condiciones que rebasan el límite de lo tolerable⁶⁴; tengan carácter discriminatorio⁶⁵; o contengan referencias individualizadas y concretas en la convocatoria⁶⁶. Esta necesidad obliga a que las resoluciones administrativas estén especialmente motivadas y sometidas al principio de proporcionalidad.

A propósito de lo dispuesto, no puede perderse de vista que deberá hacerse la interpretación que resulte más favorable al derecho fundamental y, especialmente, a la eficacia de la tutela judicial.

La doctrina jurisprudencial ha insistido que los órganos de selección deberán valorar todos y cada uno de los méritos de los concursados para poder dictar una decisión conforme a Derecho⁶⁷, entendiéndose por méritos aquellas cualidades profesionales que pudieran acreditar el nivel de cualificación del opositor; mientras que la capacidad hace referencia a

⁶² (RTC 2000, 138).

⁶³ SSTC 22 de diciembre de 1987, (RTC 1987, 209) y 14 de febrero de 1991, (RTC 1991, 27).

⁶⁴ STC de 31 de marzo de 1998 (RTC 1998, 73).

⁶⁵ STC de 16 de julio de 2001 (RTC 2001, 166).

⁶⁶ STC de 29 de noviembre de 1993 (RTC 1993, 353).

⁶⁷ STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 4 de marzo de 1992 y la STC 138/2000, de 29 de mayo de 2000, por la que se reconoce el derecho de la recurrente a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos representativos, por cuanto no se le adjudicó una plaza por no cumplir con requisito no previsto por las bases del concurso.

las pruebas teóricas y/o prácticas que se llevan a cabo con el objeto de comprobar cuáles son los conocimientos y aptitud de los concursados.

En esta línea el Alto Tribunal distingue una situación tripartita⁶⁸: acceso, permanencia y ejercicio de la función pública, exigiéndose la valoración de los méritos y capacidad del aspirante, tanto en el momento inicial como en el desarrollo del proceso selectivo y cuando se desempeñe el cargo o empleo público para el cual se solicitó una plaza⁶⁹. Así, el control judicial procede cuando los juicios técnicos de los órganos calificadoros sean desplazados por la arbitrariedad de su actuación, por lo que el órgano jurisdiccional competente podrá revisar la valoración de los méritos realizada por el tribunal calificador. Asimismo, el Tribunal Supremo precisa que estos principios también se tengan en cuenta en las libres designaciones, para evitar la absoluta discrecionalidad en estos casos⁷⁰ en los que también cabe alegar la arbitrariedad⁷¹.

b) Publicidad

Como se ha expuesto, los artículos 23.2 y 103.3 de la CE imponen serios condicionantes a la actuación administrativa (sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad). Pero cabe añadir un cuarto principio que rige también en el acceso a la función pública: la exigencia de publicidad integrado por el Tribunal Constitucional⁷². La publicidad no se encuentra recogida en el art. 103.3 CE, pero sí consta en el art. 9.3 CE cuando señala que la Constitución garantiza la publicidad de las normas⁷³; en el art. 19.1 de la LMRFP sobre la garantía en todo proceso selectivo de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad; en el art. 4.1 del RG1/1995; y el art. 91.1 de la Ley de Bases de 7/1985.

⁶⁸ Fernández Farreres, G.: <<Régimen jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional>>, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, pág. 61-121.

⁶⁹ STC 206/1988, de 7 de noviembre; STC 215/1991, de 14 de febrero; STC 84/2003, de 8 de mayo.

⁷⁰ STS de 4 de noviembre de 1993 (Ar. 8238).

⁷¹ STS de 10 de junio de 1993 (Ar. 4506) (40).

⁷² STC 85/1993, de 25 de octubre.

⁷³ Cuando la convocatoria se conceptúa como norma (extendiendo su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos) pues si se entiende que es un acto administrativo (la actuación administrativa se consume en sí misma), sería de aplicación el art. 59.6 de la Ley 30/1992, que textualmente dispone: *La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo los mismos efectos en los siguientes casos:*

b) cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en distintos lugares.

La publicidad tiene por objeto la divulgación de la existencia y características de la convocatoria para aquellos que pudieran estar interesados en su concurrencia⁷⁴. Señala además Sánchez Morón⁷⁵ que la publicidad tiene por cometido plasmar el principio de igualdad en el acceso a las funciones pública de los arts. 23.2 y 103.3 CE. Así, la publicidad de la convocatoria y de sus bases constituye una de las garantías fundamentales con que cuentan los aspirantes para controlar la actuación administrativa pues, aunque goce de un margen de discrecionalidad en la elección del procedimiento selectivo, en su desarrollo no deja de estar sujeta a las reglas previamente establecidas⁷⁶.

3.1.2 Otros principios en el acceso en condiciones de igualdad a la función pública

Además de los diferentes principios a los que hemos ido refiriendo a lo largo de este epígrafe, el artículo 55 del EBEP recoge otros principios básicos que regulan el acceso a la función pública de conformidad con la CE. El citado precepto perfila los principios de transparencia, imparcialidad y profesionalidad de cada uno de los miembros del Tribunal calificador; la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los mismos, así como la adecuación y objetividad entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar.

Merece la pena citar igualmente, que las disposiciones normativas contenidas en el Estatuto del empleador público deberán entenderse en correlato con las diferentes Leyes de Función Pública que dicten las Comunidades Autónomas en desarrollo y ejecución de sus respectivas competencias según sus Estatutos de Autonomía.

3.2 La convocatoria y sus bases: las bases como ley del proceso selectivo.

Una vez aprobada la oferta pública de empleo, el procedimiento de selección se inicia con la publicación de la convocatoria correspondiente. El artículo 15.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado asocia la convocatoria a la

⁷⁴ La STS de 25 de marzo de 1987 (FJ primero), con remisión a la STS de 5 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 997) expone la falta de publicación de la convocatoria como infracción del principio de igualdad.

⁷⁵ Sánchez Morón, M: *Derecho de la función pública...*, ob. cit., pág. 138.

⁷⁶ Lorenzo de Membiela, J. B.: *Manual Práctico de la función pública: El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Thomson Reuters Arazandi, Madrid, 2005.

publicación en el BOE: *Las convocatorias juntamente con sus bases, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.*

En este punto resulta obligado partir de una distinción entre la convocatoria y las bases del proceso selectivo:

Como regla hermenéutica, el art. 3 del RGI/1995 señala que: *el ingreso en los Cuerpos y Escalas de funcionarios se realizará mediante convocatoria pública y se regirá por las bases de la convocatoria respectiva.* De acuerdo con todo lo anterior, la convocatoria viene a ser el *tren en marcha* y las bases las *vías del tren*, pues a través de la convocatoria se exteriorizan las bases, y éstas su contenido. Así, las convocatoria y sus bases son actos administrativos-disposición general distintos y por ello susceptibles de revisión jurisdiccional autónoma.

El artículo 15.4 del RGI/1995 señala que las bases de la convocatoria vinculan a la Administración y a los órganos de selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas. La infracción de las bases del concurso supondrá una vulneración de la igualdad entre los candidatos cuando se produzca una diferencia de trato o una quiebra relevante del procedimiento, convirtiendo en arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase⁷⁷. Como advierte la STC de 29 de mayo de 2000, F. sexto⁷⁸ debe respetarse el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a la función pública como garante de los principios de igualdad, mérito y capacidad, en cuanto el mismo puede resultar vulnerado cuando por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la Ley o de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso a un determinado puesto se introduzcan nuevos requisitos o condiciones que llegaran a limitar el acceso a la función pública a determinados sujetos sin contar para ello con la necesaria cobertura legal.

La observancia del principio de igualdad obliga a que las bases de la convocatoria correspondiente se interpreten de manera ecuánime para que favorezca por igual a todos los candidatos, asegurando así a los aspirantes una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público, con la inmediata proscripción de requisitos o condiciones que tengan carácter discriminatorio⁷⁹.

⁷⁷ STC 115/1996 (RTC 1996, 115).

⁷⁸ (RJ 2000, 138).

⁷⁹ SSTC 47/1990 de 20 de marzo y 353/1993, de 29 de noviembre.

3.3 Legitimación de la discrecionalidad técnica de los Tribunales calificadoros de oposiciones y concursos

La legitimidad de potestades discrecionales es una exigencia necesaria en un Estado social y democrático de Derecho que propugna la separación de poderes, por cuanto la misma responde a la necesidad de distribuir el poder soberano entre distintos órganos, para que *el poder frene al poder*. Según la clásica formulación de Montesquieu, en su preponderante obra “*El espíritu de las Leyes*”, el autor señala que: <<*si el poder se confunde, no puede existir Derecho Administrativo [...] la división de poderes es el eje básico sobre el cual se fundamenta el Derecho Administrativo*>>.

Sin embargo, el dogma de la división de poderes nunca se ha llevado a cabo hasta las últimas consecuencias en ningún sistema liberal, pues el Poder Ejecutivo participa en la producción de normas, unas veces en virtud de su propia competencia (mediante reglamentos), y otras en sustitución del poder legislativo, (mediante normas con fuerza de Ley como los Decretos-Leyes y los Decretos-Legislativos). De esta manera, cuando la norma no consigue dar soluciones en sentido estricto a distintas controversias, se opta por atribuir potestades tanto interpretativas como de decisión, lo que sería, parafraseando a Parejo Alfonso, “*vinculación estratégica*” de la Administración a la Ley.

La naturaleza jurídica del órgano seleccionador es la de ser un órgano administrativo, de carácter temporal y transitorio, de finalidad concreta y que actúa como mandatario de la Administración Pública para esa finalidad⁸⁰.

El art. 19.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública atribuye al Gobierno la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de sus componentes y la agilidad del proceso selectivo, sin perjuicio de su objetividad. La única salvedad que rige la regulación de los órganos selectivos es que los mismos no estén compuestos en su mayoría por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo o Escala objeto de la selección, consagrándose así el principio de especialización⁸¹. El Tribunal calificador puede servirse de asesores siempre y cuando

⁸⁰ Pérez Luque, A.: *La selección del personal permanente de las Corporaciones Locales (en la Legislación del Estado)*, El Consultor, Madrid, 2001, pág. 449.

⁸¹ Cabe aducir que el Tribunal Supremo rechaza la nulidad absoluta por defectos en la constitución del tribunal calificador. Por su parte, la STSJ de Canarias de 9 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 27893) expone que la falta de idoneidad de los miembros de un órgano de selección ocasiona la nulidad

conserven la competencia decisoria en el proceso selectivo aunque delegue en ellos los aspectos estrictamente técnicos de la oposición para los cuales se prevé su colaboración (art. 13.3 del RGI/1995).

La discrecionalidad técnica responde entonces al reconocimiento de los órganos de selección de un margen de apreciación respecto de la evaluación y calificación de los exámenes, así como de pruebas de aptitud o idoneidad profesional en atención a la mayor y mejor preparación técnica de las comisiones calificadoras para emitir juicios prospectivos de carácter técnico bajo la <<presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas>>⁸². Esta técnica jurídica encuentra su apoyo en el artículo 14.1 del RGI/1995 que reconoce a las resoluciones dictadas por este órgano de selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, proceda a su revisión cuando adolezca de cualquier infracción del ordenamiento jurídico. El apartado segundo permite a los candidatos interponer recurso de alzada ante la autoridad que haya nombrado al Presidente. No obstante, fuera de las irregularidades invalidantes que se pudieran cometer, el juicio técnico del tribunal calificador no poder ser revisado vía recurso, ya sea administrativo o judicial.

La actuación de los órganos de selección en oposiciones y concursos tienen su origen legal en el artículo 60 del EBEP, al disponer que el Tribunal calificador estará compuesto por órganos colegiados y que su actuación deberá realizarse con arreglo a los principios de imparcialidad y profesionalidad (en relación con los arts. 1, 52 y 53 del Estatuto), tendiéndose a la paridad entre distintos sexos. Asimismo, queda prohibido que el personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual formen parte de la comisión evaluadora, además de la exigencia de ejercer sus funciones a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie, todo ello en aras de garantizar la independencia de los órganos de selección y, por otro, salvar la capacidad técnica del Tribunal.

Debe suponerse entonces que las comisiones calificadoras, en el ejercicio de potestades discrecionales, no puede desarrollar una actuación ilimitada, incondicionada o absoluta, pues debe acotar la misma a un *compositum* de elementos reglados o discrecionales concretos,

relativa de la composición del mismo con la inmediata inaplicación del principio de conservación de los actos administrativos en cuanto a los candidatos aprobados en las pruebas selectivas.

⁸² STS de 30 de abril de 1993 (RJ 1993, 2876).

debiendo asimismo decidir con arreglo a los intereses generales que se pretendan satisfacer.

IV. LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

El Estado de Derecho ha dado lugar a un conjunto de instrumentos constitucionales que permiten establecer las barreras a la discrecionalidad técnica de la Administración, trazado *lato sensu* por el artículo 106.1 CE. Así, la Administración en el ejercicio de sus potestades se encuentra condicionada por la norma en cuestión que regula cada supuesto de actuación discrecional y por los límites jurídicos generales. Pero los límites de la discrecionalidad técnica no son sólo jurídicos, sino también políticos, sociales, económicos y organizativos.

El marco de restricciones de las potestades administrativas se instrumentan además de en sus elementos reglados (procedimiento, hechos determinantes, competencia y adecuación al fin), en el respeto a los principios generales del Derecho y, más asazmente, en el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. SÁNCHEZ MORÓN apela a las técnicas de los conceptos jurídicos indeterminados, la razonabilidad, la racionalidad y la proporcionalidad⁸³ para un control más intenso de las potestades discrecionales de la Administración.

La interdicción de la arbitrariedad y los principios generales del Derecho vienen a ser la *rayuela* en toda decisión discrecional, sin que la Administración tenga *patente de corso* para independizarse *ad nutum* de las directrices marcadas en la norma específica, pues su actuación se encuentra condicionada a la conexidad de los hechos establecidos y del fin de interés general que debe satisfacer, pudiéndose ejercer exclusivamente por el órgano genuinamente competente acorde a un procedimiento constituido y motivando razonadamente la decisión adoptada en aras de garantizar seguridad jurídica sobre el ordenamiento jurídico aplicable y sobre los intereses jurídicamente tutelados.

4.1.1 El control de los elementos reglados

Como elementos reglados se consideran: los hechos determinantes que posibilitan el ejercicio de la potestad, la competencia, el procedimiento, la obligación de motivar y la finalidad pública del acto sobre los que no cabe valoración alguna por parte de la Administración, pues los elementos reglados determinan el qué y el cómo de la actuación

⁸³ Sánchez Morón, M.: *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Espasa Calpe. Madrid, 1991, cit., pág. 92.

administrativa⁸⁴. Pero, el caballo de Troya en esta contienda es el del fin público delimitado en la norma para el que esencialmente la jurisprudencia francesa estableció la técnica de control de la desviación de poder. Asimismo, se debe incluir la existencia misma del supuesto de hecho para el que se otorga la potestad administrativa, sin cuya exigencia el ejercicio de potestad deviene ilegal. La técnica de control ad hoc de este elemento reglado son los hechos determinantes, de amplia aceptación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

a) La desviación de poder

El fin público como uno de los elementos obligadamente reglados en el ejercicio de la potestad administrativa es objeto de control a través de la teoría de la desviación de poder. Esta técnica de control tiene sus raíces en el ordenamiento jurídico francés y está recogida en la generalidad de los ordenamientos europeos, incluido el Derecho comunitario. En España se recoge de forma expresa en los arts. 106.1 CE, 63.1 LPC y 70.2 LJ.

La potestad discrecional se atribuye exclusivamente para la satisfacción de un interés general concreto que la norma determina, por consiguiente, incurriría en desviación de poder -entendido como un vicio de legalidad- cualquier actuación que persiga otro fin distinto, aunque sea lícito, que no se encuentre amparado por la potestad en base a la cual se dicta el acto y en consecuencia está viciado o, bien cuando se persiguen fines públicos prohibidos por el ordenamiento jurídico. (SSTS26-02.1991 y 25.09.1995). Parafraseando a T.R. Fernández y García de Enterría *“los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad y el acto en cuestión deberá ser anulado”*.

La jurisprudencia tiende a tomar en consideración el principio de interdicción de la arbitrariedad frente a la desviación de poder. Sin embargo, la distinción entre una y otra figura no es tarea sencilla, por cuanto como regla la desviación de poder trae consigo una actuación administrativa arbitraria; pero las instituciones son diferentes y tienen en nuestro ordenamiento una consideración separada.

En el parámetro de los procesos selectivos para acceder al empleo público existe

⁸⁴ García de Enterría, E.: *Curso...*, I, ob. cit., pág. 45.

desviación de poder cuando las aptitudes de los opositores y la adjudicación de las plazas correspondientes no se encuentra respaldado por los principios de mérito y capacidad, sino en el interés deliberado de nombrar a determinados concursantes en perjuicio de otros, con independencia de sus competitividades. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1995 en la que se apreció que se había adjudicado una plaza a un aspirante en base a unas cualidades que no estaban plasmadas en el baremo ni tenían relación con el cargo a desempeñar, mientras que a otros concursantes no se les había evaluado determinados méritos que sí figuraban en las bases de la convocatoria y los habían justificado.

b) En control de los hechos determinantes

Como previamente se apostilló en el sentido arriba indicado esta técnica de control permite la confirmación de la efectiva concurrencia del supuesto de hecho fijado por la norma para el ejercicio de la potestad de la Administración, pues de lo contrario, ante la ausencia de tal hecho, la potestad ejercida no puede ser admisible. El error sobre los hechos o sobre su correcta apreciación invalida el ejercicio de la potestad. De esta manera, en caso de que se recurra por la inexistencia del hecho determinante, no supondrá una simple revisión de la legalidad de lo actuado por la Administración, sino que también el órgano jurisdiccional podrá comprobar la correcta interpretación hecha por la Administración. De ahí que, la prueba procesal no puede ser desvirtuada por la presunción de validez de los actos administrativos, porque ante todo prima el derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24.1 CE.

Como mismamente propone la jurisprudencia, el control de las potestades administrativas debe hacerse a través del control de los hechos determinantes que escapan a toda discrecionalidad, pues los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlo o desfigurarlos⁸⁵. Luego, puede ocurrir que en la delimitación del supuesto de hecho convengan conceptos jurídicos indeterminados, y en la subsunción de los hechos en la norma la Administración dispone de un cierto margen de apreciación.

4.2 El control de los elementos discrecionales

Las técnicas de control de mayor alcance sobre las decisiones administrativas

⁸⁵ STS de 22 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2171).

discrecionales estriban en la interdicción de la arbitrariedad y la sumisión a la técnica de los principios generales del Derecho:

a) *El principio de interdicción de la arbitrariedad en relación con el principio de motivación: discrecionalidad no es arbitrariedad.*

El artículo 9.3, *in fine*, de la Constitución consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio cuyos perfiles jurídicos han sido objeto de estudio por GARCIA DE ENTERRÍA⁸⁶, dirigido a núcleo mismo de los poderes discrecionales.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad tiene un doble significado inherente a su condición: en un sentido genérico, la arbitrariedad entendida como negación de la Justicia y el Derecho; en un sentido más concreto, arbitrario es aquello ajeno a la razón, que carece de fundamentación objetiva⁸⁷. El concepto de arbitrariedad se vincula así a la inexistencia de motivación o motivación insuficiente o no debidamente fundado. De ello depende la legitimidad de ejercicio de todo poder discrecional, por ende, el principio de interdicción de la arbitrariedad abre las puertas a un control judicial de la discrecionalidad técnica.

La exigencia constitucional de la objetividad de la Administración Pública es el marcapasos de este principio rector en la actuación administrativa, razón por la cual constituye un límite al ejercicio de facultades discrecionales al servicio del interés público, para poder hablar de una Administración independiente de los intereses subjetivos o coyunturales del Poder Ejecutivo. De ahí que, el Tribunal Constitucional haya establecido que la objetividad impone la imparcialidad de la Administración en el ejercicio de sus funciones⁸⁸. Ello se explica porque toda decisión administrativa debe estar en concordancia con la normativa específica de la que derive, pues es una precondition mínima de una decisión adoptada conforme a Derecho. Ninguna disposición normativa es completamente autónoma con respecto a otras normas jurídicas-sociales.

La motivación de la decisión administrativa es el criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación sostenible, el único respaldo de la decisión

⁸⁶ García de Enterría, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, loc. cit.

⁸⁷ Fernández, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª ed., Civitas, 2002, pág. 163.

⁸⁸ STC 77/1985, de 27 de junio

será la voluntad o el puro capricho de quien la adopta, apoyo inconcebible en un Estado de Derecho que propugna como garantía fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, a obtener una resolución fundada en Derecho, la cual únicamente se puede garantizar cuando el ciudadano afectado por la decisión conozca las razones en que ésta se fundamenta a los efectos de que pueda impugnarla si la considera contraria a Derecho, de otro modo sería un auténtico *nosense*. Asimismo lo exige el artículo 54 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que exige la motivación de los actos administrativos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales.

Entiende T.R. FERNÁNDEZ que las decisiones discrecionales han de estar motivadas y justificadas, pues de lo contrario no son discrecionales, sino arbitrarias y que la distinción entre legalidad y oportunidad es un falso dilema porque las decisiones discrecionales adoptadas deben guardar relación con las razones en las que descansan⁸⁹ y no pueden ser contrarias a los hechos determinantes que les sirven de base⁹⁰.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1984 señala al efecto que:

<<...lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable, sino - pura y simplemente- la conocida sit pro ratone voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota a poco esfuerzo de contradicción, su carácter realmente indefendible y su inautenticidad>>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2008⁹¹ entra de lleno en la cuestión del deber de motivación comenzando por reconocer que:

<<La motivación tratándose de procedimientos de concurrencia competitiva para el acceso y la promoción dentro de la carrera judicial en los que rigen los principios de mérito y capacidad (arts. 301 y 326 LOPJ), requiere explicar suficientemente cuáles son las concretas razones de mérito y capacidad que determinan la elección de los

⁸⁹ Fernández, T.R.: <<Arbitrariedad y discrecionalidad, dos décadas después>>, *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012, pág. 2298-2303.

⁹⁰ Fernández, T.R.: <<Arbitrariedad y discrecionalidad...>>, cit. pág. 2303.

⁹¹ (RJ 2008, 419).

aspirantes o participantes que resulten finalmente nombrados en dichos procedimientos>>.

Para puntualizar a continuación que:

<<...una adecuada motivación exige que en el expediente figure una explicación por parte de el Tribunal de Calificación, de cuáles fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a las cifras finales en que hayan sido cualificadas las valoraciones atribuidas a los méritos de cada concursante; pues solo así podrá comprobarse si el juicio de valoración que fue realizado, dentro de ese margen de apreciación que permitía la convocatoria, estuvo guiado por razones dirigidas a buscar las capacidades, conocimientos y experiencias que mejor se adaptaban al supuesto convocado; y si paralelamente, debe quedar descartada la existencia de puro voluntariado o arbitrariedad (art.9.3 CE)>>.

Por su parte, la STC de 18 de junio de 1982 declara que <<la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad>>. De este modo cabe una motivación sucinta, mejor o peor, pero no por ello puede considerarse como una decisión arbitraria. Si bien, reconoce la doctrina jurisprudencial que, aún cuando la motivación sea sucinta⁹², debe comprender, al menos, lo siguiente:

- 1) Criterios preestablecidos o seguidos por el Tribunal Calificador para la ponderación y valoración de los méritos.
- 2) Expresión de los méritos específicos considerados y valorados de los aspirantes; y expresión también de aquellos otros que no lo son y la razón de dicha exclusión.
- 3) Puntuación otorgada a cada uno de los méritos que sean ponderados y explicación, en su caso, de cuál es el concreto criterio aplicado para llegar a esa precisa puntuación.

Hágase aquí un inciso especialmente importante: aún cuando se admita una motivación sucinta, dada su finalidad instrumental de exponer los argumentos en que se basa la decisión para que su destinatario pueda optar por la postura que entienda más conveniente, no puede decirse lo mismo de la justificación objetiva de la decisión. Una cosa es la expresión externa de las razones que sirven de fundamento de a la decisión y otra muy distinta las razones

⁹² (SSTS de 22 de enero de 2008, rec. 259/2004 (RJ 2008, 586); 17 de marzo de 2008, rec. 92/2005 (RJ 2008, 3724); 14 de abril de 2009, rec. 242/2007 (RJ 2009, 3767); y 3 de mayo de 2011, rec. 30/2010 (RJ 2011, 3915).

mismas⁹³.

Surge entonces la necesidad de que la discrecionalidad venga <<respalda y justificada por datos objetivos sobre los cuales opera>> para no convertirse en arbitrariedad. De lo contrario, <<la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica -que es su presupuesto inexorable-, la Jurisdicción Contenciosa ha de sustituir la solución por la que resulte más adecuada a esa realidad o hechos determinantes>>⁹⁴. En los actos discrecionales, al existir un mayor o menor margen de apreciación, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión⁹⁵. Ello advierte igualmente que, a mayor margen de decisión, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión. La libertad de elección que entraña la discrecionalidad debe entenderse en términos de responsabilidad, en la medida en que su beneficiario es una autoridad pública investida de un poder público, que se configura como un poder-deber, cuyo ejercicio concreto debe ser siempre justificar razone⁹⁶.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009⁹⁷ por la que se había denegado el recurso interpuesto por un candidato suspendido en una oposición a funcionario de Hacienda basándose en la doctrina de la discrecionalidad técnica, expresando lo siguiente:

<<Nos encontramos en el presente caso frente una de las situaciones denominadas de discrecionalidad técnica (...) que si bien no se manifiesta como discrecionalidad frente a la ley, pues la ley femenina de forma categórica la solución procedente, si se manifiesta, sin embargo, como discrecionalidad frente al Juez, pues resultará prácticamente imposible la fiscalización de este tipo de actividad por un Tribunal o Jurisdicción revisora. Tales situaciones, es cierto que no excluyen absolutamente el control del acto (...), sino el de ese núcleo técnico de la decisión exclusivamente (...)>>.

El presente caso encuentra su límite con el principio de interdicción de la arbitrariedad en su puesta en relación con el principio de motivación, pues el recurrente había sido calificado

⁹³ Fernández Tomás R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, ob. cit., pág. 90.

⁹⁴ STS de 29 de noviembre de 1985 (RJ 5574).

⁹⁵ STS de 7 de febrero de 1987. (RJ 5815).

⁹⁶ Fernández Torres, J.R. en <<Arbitrariedad y discrecionalidad...>>, ob. cit. pág. 1135.

⁹⁷ STS de 16 de septiembre de 2009, rec. casación 1346/2008 (RJ 2009, 7238), casa la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2007, rec. 1/2006 (JUR 2008, 56308).

globalmente con 14,83 puntos, cuando el aprobado estaba en 15 puntos, sin conocer la puntuación de cada una de las respuestas dadas a cada una de las preguntas y subpreguntas del ejercicio, ni, por tanto, cuál habría sido la razón de ser de esa puntuación global. Esta falta de motivación no queda subsanada por la existencia de discrecionalidad técnica, lo que motiva la anulación de la sentencia y la retroacción de las actuaciones. Según el Tribunal Supremo (F. quinto):

<<La regla de la discrecionalidad técnica propia de las facultades que corresponden a los órganos calificadores de pruebas selectivas no tiene un alcance absoluto, sino que solo atribuye a los resultados de su uso una presunción "iuris tantum" de veracidad susceptible de prueba en contrario>>.

Esta dicotomía discrecionalidad / arbitrariedad tiene un pasado y un presente en la dogmática jurídica. El ejercicio de una facultad discrecional implica una actuación no reglada, pero sujeta a unos principios generales, mientras que la arbitrariedad supone la completa inexistencia de ponderación. Aunque discrecionalidad y arbitrariedad son conductas disímiles, también son indisolubles. Son distintas porque sobre una se ejerce un necesario control –aunque este sea muy impreciso–, mientras que la otra es la ausencia de control; y están relacionadas porque ambas actuaciones pueden ejercerse sin sujeción a unas reglas preestablecidas.

De esta manera, la falta de límites, o de condiciones que la Ley y el Derecho imponen, conllevan el paso de la discrecionalidad legítima a la interdicción de la arbitrariedad, por lo que deberá ser enjuiciada por los tribunales, ya que el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad fundamenta un control judicial sobre los actos administrativos, dado que las potestades administrativas son *omnímodas*, pues han de estar dirigidas a satisfacer el interés público y el *abusus non est usus, sed corruptela*.

Late aquí, como notorio, que la naturaleza del Derecho es la de justificar decisiones, actuaciones, por lo que ningún poder público puede apartarse de las razones de hecho y de derecho a partir de las cuales ha decidido a fuer de su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, así como a los fines que la justifican.

b) La sumisión a los principios generales del Derecho

Por cuanto que estos principios son fuentes del Derecho Administrativo, toda acción administrativa queda vinculada por ellos, lo cual manifiesta que estos principios <<inspiren>> las normas (art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil). Tal como señaló García de Enterría los principios generales explican y justifican las reglas jurídicas y permiten dar sentido al funcionamiento del sistema jurídico. Si bien los principios generales del Derecho como técnica de control de las decisiones discrecionales no puede entenderse como permisión para que el órgano jurisdiccional sustituya el criterio técnico de la Administración.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de febrero de 1992⁹⁸, a modo de incursión literaria –el Derecho también es Literatura–, dispuso que los principios generales del Derecho “*son la atmósfera en que se desarrolla la vida Jurídica, el oxígeno que respiran las normas*”. Ello justifica que los tribunales puedan comprobar si las actuaciones administrativas impugnadas, por más que gocen de potestad discrecional, responden a las exigencias provenientes de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CC), amén de que algunos se encuentren proclamados expresamente en la Constitución española, ejerciendo un mayor control en el uso correcto de las facultades discrecionales de la Administración.

Inconscientemente nos hemos situado en el principio de proporcionalidad, que tácitamente encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución. El Tribunal Constitucional advierte que se infiere de la interpretación de varios preceptos de la CE (entre otros, arts. 1.1, 10.2 y 106.1). Como ha declarado el Tribunal Constitucional “*no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales*”⁹⁹.

El principio de proporcionalidad *lato sensu*, se compone de tres elementos o subprincipios: a) el de la utilidad o adecuación; b) el de la necesidad o indispensabilidad, y c) el de proporcionalidad *strictu sensu*. Por tanto, se exige la adecuación y el equilibrio entre los fines perseguidos y los medios empleados por parte de los poderes públicos, por ende, es un principio esencial que forma parte de los principios rectores de la actividad administrativa, ya

⁹⁸ (RJ, 1992/1970).

⁹⁹ STC 55/1996 de 28 de marzo de 1996 (FJ3).

que supone la obligación de elegir siempre la medida menos restrictiva de la libertad individual. La inobservancia de este principio constitucional conlleva una actuación ilegal cuando se imponen limitaciones a los participantes innecesarias para el cumplimiento del fin que las fundamenta ¹⁰⁰.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad estricta, la necesidad y adecuación de la valoración de las pruebas para acceder al empleo público y la adjudicación de las vacantes correspondientes debe venir contemplada y se debe desprender del requerimiento, ya sea de forma expresa o, al menos tácitamente, en atención a la finalidad y utilidad que se busca, pues de lo contrario se pone en *riesgo y ventura* el límite de la inmisión prohibida, porque impide realizar una ponderación entre el fin constitucionalmente legítimo en relación con el derecho del concursado de acceder a ocupar un cargo público por razón de sus méritos y capacidades. Se busca el adecuado equilibrio entre los objetivos perseguidos y los prejuicios ocasionados en aras de que se más beneficioso para el interés general.

Entre los principios que sí encuentran su proclamación expresa y, cabe citar a razón de modular el ejercicio de la discrecionalidad técnica es el principio de buena fe, principio clásico inspirador del ordenamiento jurídico que aparece consagrado en el art. 7.1 del Código Civil dentro de su Título Preliminar: "*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*". Dicho principio junto con la confianza legítima son de necesaria observancia por las Administraciones Públicas (art. 3.1 LPC) y se encuentran vinculados al principio de proporcionalidad en tanto en cuanto impide a la Administración todo engaño o maquinación en sus relaciones con los administrados y el defraudar injustificadamente las expectativas que con su acción ha suscitado.

En el ámbito del Derecho Público -concretamente en el caso que nos ocupa- la exigencia de *bona fide* tiene su justificación en la naturaleza de las facultades que ejerce el Tribunal Calificador y por su compromiso de servicio objetivo al interés general, pues no podría hablarse de un servicio objetivo al interés público si no es de acuerdo con la buena fe. Entiéndase que se exige la concurrencia de buena fe tanto para los actos de la Administración como para los actos del administrado.

¹⁰⁰ La STS (Sala 3.a, Secc. 5.a) de 18 de febrero de 1992 (rec. 959/1990, RJ 2904) confirma la validez de una orden municipal de demolición de una nave construida por el actor en suelo no urbanizable protegido de interés agrícola sin la preceptiva licencia. Se discutía si la demolición resultaba conforme con el principio de proporcionalidad.

En esta línea, el Tribunal Supremo afirma que “*es cierto que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado*”¹⁰¹.

La STS de 18 de abril de 2007¹⁰² expone que “el principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán, constituye en la actualidad (...) un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación”.

Sin perjuicio de lo expuesto, la distinción entre potestades regladas y discrecionales no siempre es clara, pues puede suceder que el legislador no reconozca expresamente la discrecionalidad a la Administración para elegir entre dos o más soluciones igualmente lícitas, pero condiciona su ejercicio a la aplicación de criterios indeterminados. En estos casos la doctrina jurisprudencial reconoce un cierto margen valorativo a la Administración en su aplicación práctica.

V. EL ALCANCE Y EXTENSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL EN MATERIA DE DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

La polémica suscitada en torno al control de las potestades discrecionales ha dado lugar a un intenso debate, que ha contado como protagonistas principales con T.R. FERNÁNDEZ, PAREJO ALFONSO y, SÁNCHEZ MORÓN¹⁰³ y con una jurisprudencia *intermitente* ante la falta de criterios estables para el control de la discrecionalidad técnica. Así como otras contribuciones de interés por GARCÍA DE ENTERRÍA.

¹⁰¹ La STS 27 de abril de 2007 (RJ 2007, 5798) señala que “*no sería correcto deducir de esta doctrina que pueda exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado*” ya que es solo en el ejercicio de potestades discrecionales donde el principio de confianza legítima se hace visible.

¹⁰² (RJ 2007, 2761).

¹⁰³ Fernández, T.R.: *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994; Parejo Alfonso, L.: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; y Sánchez Morón, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

PAREJO ALFONSO y SÁNCHEZ MORÓN abogan por la exclusión del control judicial de la discrecionalidad técnica, mientras que T.R. FERNÁNDEZ defiende que su exclusión o limitación conlleva a una transgresión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El leitmotiv de esta discrepancia doctrinal se encuentra en la exigencia constitucional de entera sumisión a la ley y al Derecho de la Administración (art. 9.1 CE) y, por consiguiente, su sujeción al control jurisdiccional en virtud del artículo 106.1 CE¹⁰⁴. Si bien, desde la promulgación de la Constitución Española de 1978 se ha propiciado un escenario tendente a un control más riguroso de la actividad administrativa en general.

Las preguntas obligadas son, ¿hasta qué punto el reconocimiento legal del artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril convierte las decisiones de las comisiones de selección en técnicamente discrecionales? ¿Cuáles son sus límites? ¿Reduce este régimen las posibilidades de control judicial?

Decía GARCÍA DE ENTERRÍA que <<el gran tema del Derecho Administrativo contemporáneo es, precisamente, el de juridificar este último reducto de la antigua arbitrariedad, sin perjuicio, naturalmente, de respetar lo que el mismo implica de legítima libertad de decisión, querida por la Constitución y las Leyes>>.

5.1 El proceso evolutivo del control judicial de la discrecionalidad técnica

Conviene ahora realizar un breve análisis de las distintas etapas que ha experimentado el control judicial de la discrecionalidad técnica de los procedimientos selectivos:

1º) Prima facie, regía la *inmunidad jurisdiccional* de los actos administrativos que expresaban un juicio técnico o se apoyaban en él. Pero esta exclusión del control judicial no se predicaba para todos los juicios de este tipo, sino solo imperaba para los juicios pedagógicos y las declaraciones de aptitud o idoneidad profesional¹⁰⁵. El control mínimo o la irreversibilidad jurisdiccional de los juicios técnicos era la regla general en la doctrina jurisprudencial. Así, el control judicial se limitaba a evaluar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración

¹⁰⁴ Así dispone 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”.

¹⁰⁵ Fernández, T.R.: *De La arbitrariedad de la Administración...*, ob. cit., pág. 41 y ss.

referidos a la competencia del órgano, procedimiento establecido, hechos determinantes y adecuación al fin perseguido.

Tradicionalmente se ha considerado que las decisiones de los órganos de selección no precisan de motivación debido a su composición de profesionales especializados en un determinado ámbito o área de conocimiento y, por ser fruto de una valoración técnica, resultaría improcedente la revisión jurisdiccional de los juicios o dictámenes técnicos que estén situados dentro del margen de polémica sobre la respuesta correcta que se estima tolerable por las comisiones de selección.

DESDENTADO DAROCA apunta a un criterio de racionalidad económica por el que se ha venido justificando la limitación del control judicial de los juicios técnicos de los tribunales calificadores, esto es, con el objeto de evitar que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa se dedicaran <<a corregir, por sí o con ayuda de los correspondientes informes periciales, la mayor parte de las oposiciones y concursos que se celebran en España>>¹⁰⁶.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido, sobre la presunción de imparcialidad y especialización profesional de los órganos de selección, que:

“Esta sala ha venido matizando la denominada doctrina de la discrecionalidad técnica, en el sentido de que en ningún caso puede evitar el control jurídico del proceso selectivo, pues ello vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (...). Todo ello sin desconocer desde luego que dicha doctrina significa una presunción iuris tantum de legalidad de los acuerdos de los Tribunales calificadores, si se quiere especialmente importante a la hora de valorar la prueba en contrario, dada su composición técnica...”

SÁNCHEZ MORÓN apunta que un control judicial inmoderado << puede poner en riesgo el equilibrio constitucional de poderes y desembocar en un abierto enfrentamiento con la Administración>>. Señala que si bien es cierto que la garantía de los derechos e intereses legítimo es el motivo inmediato de la actuación judicial, << ésta ha de dispensarse precisamente teniendo en cuenta la exigencia del interés general, la necesidad de contar con

¹⁰⁶ Fernández, T.R.: <<La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece>>, REDA núm. 196, Madrid, enero-abril (2015), pág. 213.

una Administración eficaz, en beneficio de la colectividad, y el equilibrio de poderes constitucionalmente establecido»¹⁰⁷. De acuerdo con este autor los jueces no pueden interferir en los aspectos técnicos de la decisión administrativa, pues supondría un exceso de las funciones que tienen atribuidas.

2º) El control judicial de la discrecionalidad técnica se ha ido intensificando. La Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2000 y 27 de julio de 2002 establecieron, a estos efectos, unos criterios para hacer posible el control jurisdiccional que puede resumirse de la siguiente manera: distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños»¹⁰⁸ para determinar el alcance de su control.

El Tribunal Supremo señala que el núcleo material y duro de la decisión lo compone el estricto juicio técnico, esto es, la valoración de los conocimientos y méritos de los aspirantes, aspecto éste en donde el juicio técnico discrecional, en lo que se refiere al núcleo central de la decisión técnica, se reserva a las órganos de selección, quedando fuera del control de órganos administrativos o jurisdiccionales distintos a las propias comisiones calificadoras; mientras que los aledaños comprenden las actividades preparatorias o instrumentales para la emisión del dictamen técnico sobre el ejercicio objeto de evaluación y, el marco jurídico aplicable a dichas actividades que, no es otro que el respeto por el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, así como durante la promoción interna. Ello responde a que el proceso selectivo se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como por el principio de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Esto permite un control material de las decisiones discrecionales, pero sin que por ello se reduzca la discrecionalidad técnica.

PAREJO ALFONSO señala que el control judicial no debe centrarse en la comprobación de que la solución elegida es la única posible; más bien debe asegurar que no se incurre en arbitrariedad, abuso, desviación de poder o inadecuada ponderación de intereses¹⁰⁹. No

¹⁰⁷ Sánchez Morón, M.: *El control de las Administraciones Públicas...*, ob. cit., pág. 139, citado en Desdentado Daroca, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

¹⁰⁸ (RJ 1991, 13272) y (RJ 1991, 7895).

¹⁰⁹ Parejo Alfonso, L.: *Crisis...*, ob. cit., pág. 102.

obstante, este autor critica la técnica de control del error manifiesto, pues su aplicación puede dar lugar a una sustitución de las decisiones discrecionales por las del juez¹¹⁰.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹¹ ha declarado que uno de los argumentos que se han utilizado para justificar una limitación del control judicial de las potestades discrecionales de la Administración es el de su legitimidad democrática directa o indirecta que, a su entender, no tiene ninguna incidencia sobre el alcance del control judicial de la decisión discrecional, porque el control judicial no depende de la mayor o menor legitimidad del órgano administrativo, sino única y exclusivamente de la regulación jurídica aplicable y de la conformidad del ejercicio discrecional con dicha regulación.

3º) La actual jurisprudencia exige la motivación de las decisiones administrativas, no basta ya con expresar meras puntuaciones sin expresar las razones que motivaron un determinada calificación del ejercicio e, incluso, cabe la sustitución de los juicios técnicos emitidos cuando sea palmario su error. T.R. FERNÁNDEZ considera que la Administración ha de actuar racional y razonablemente y que si actúa o no con arreglo a dichos criterios es algo que puede y debe ser controlado por los tribunales¹¹².

El Tribunal Supremo afirma que la Administración tiene el deber de exponer los motivos que fundamentan la decisión discrecional, <<deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto>>¹¹³. El fin último de la Administración es servir con eficacia a los intereses generales, por lo que debe probar que cada una de sus decisiones están avaladas por esta finalidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo 10 de octubre de 2007¹¹⁴ declara la falta de motivación de la puntuación que le fue asignada al recurrente a propósito de una convocatoria para la provisión de tres puestos de jefe de unidad de la Escuela Judicial, ya que aún cuando se admita un margen de apreciación de los méritos y capacidades de los candidatos, la comisión de selección viene obligada a realizar un juicio técnico explicando cuáles fueron las pautas a

¹¹⁰ Parejo Alfonso, L.: *Administrar y juzgar...*, ob. cit., pág. 37.

¹¹¹ García de Enterría, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2.^a ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1996.

¹¹² Fernández, T.R.: <<Debe la Administración actuar racional y razonablemente?>>, cit., págs. 383 y ss. citado en Desdentado Daroca, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, ob. cit. pág. 203.

¹¹³ (RJ 1994, 3781)

¹¹⁴ (RJ 2007, 6481).

seguir y las razones ponderadas tomadas en cuenta, así como las excluidas, para asignar una determinada calificación a cada uno de los aspirantes.

No obstante, la STS de 27 de noviembre de 2007¹¹⁵ resucita las viejas inmunidades del poder al disponer que:

“habrán de ser valoradas por el Tribunal calificador con arreglo a la discrecionalidad técnica de la que goza, sin que se haya acreditado que en el presente caso dicha valoración haya incurrido en error ostensible y manifiesto o en arbitrariedad”, siendo suficiente en estos casos la puntuación de acto final de calificación y evaluación por el órgano de selección, sin necesidad de motivación alguna.

El error patente o manifiesto, la arbitrariedad y la desviación de poder son los supuestos excepcionales de control jurisdiccional. Por consiguiente, queda fuera del ámbito de la discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones de lógica común, no requieren saberes especializados. Podría hacerse un paralelismo con la autocritas: determinadas decisiones resultan convincentes no en función de su argumentación, sino en función del prestigio de la persona o el órgano del que emanan¹¹⁶.

Es la Sentencia de 2 de diciembre de 2008¹¹⁷ el *leading case* en el cambio de la concepción tradicional de la extensión del control judicial de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, pues con motivo de unas pruebas selectivas para acceder mediante concurso de méritos a plaza de magistrado, entre juristas de reconocida competencia, se solicita la anulación del acuerdo del Pleno del CGPJ, con retroacción del expediente a la fecha del acuerdo de exclusión, para que se proceda a una nueva valoración en forma ante la ausencia de criterios de corrección. La sentencia ordena la retroacción de actuaciones al momento en que el tribunal calificador excluyó al recurrente de la relación de aspirantes que habían de concurrir a la prueba de dictamen, para que adopte una nueva decisión sobre si procede o no

¹¹⁵ (RJ 2007, 7823).

¹¹⁶ García Álvarez, G.: <<El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones>> (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre <<discrecionalidad técnica>>) en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.

¹¹⁷ (RJ 2008, 6688).

su convocatoria para la prueba de dictamen, acompañada esta vez de una motivación suficiente.

En esta misma línea, la Sentencia de 19 de julio de 2010¹¹⁸ calificó de injustificada y discriminatoria la valoración otorgada por la comisión de selección al recurrente, ya que el informe del tribunal sólo contenía <<expresiones abstractas y estereotipadas>>, cuando la nueva jurisprudencia exige que en el expediente administrativo conste los criterios utilizados para decidir qué concretos hechos y actividades han de ser considerados como méritos y, las razones que justifiquen la superior valoración otorgada a uno de los candidatos.

Así pues, se sientan las bases que afirman el derecho de los opositores a que sean informados de la motivación de las calificaciones y puntuaciones que les hayan sido otorgadas, en la que deben aparecer las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, los criterios de valoración para llegar al mismo y las razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conduce a la concreta puntuación y calificación aplicada al ejercicio realizada por cada uno de los candidatos. En este sentido la Sentencia de 24 de septiembre de 2014¹¹⁹ afirma que:

“faltando una motivación que incluya tales elementos, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en todas las ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica, como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio fue o no igualitario”.

5.2. El control de los exámenes tipo test

En otro orden de cosas, es doctrina consolidada el control de la corrección de la formulación de preguntas y respuestas tipo test. El control puede consistir o bien en comprobar si existe una eventual controversia con las bases de la convocatoria o bien entrar en el núcleo de la valoración técnica de cuál es la respuesta correcta o, en su caso, la existencia de más de una respuesta correcta. Dicho control se ha extendido incluso, a la validación de causas de exclusión.

¹¹⁸ (RJ 2010, 4043).

¹¹⁹ (RJ 2014, 2808).

Las características de los exámenes tipo test favorecen el control de fondo de la decisión de los órganos de selección, sin que ello suponga ir en contra de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, ya que en un examen tipo test, ante la exactitud y precisión en la formulación de las preguntas, sólo cabe elegir la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas.

A través de la STS de 12 de marzo de 2008¹²⁰ se anula una de las preguntas de un examen tipo, que consistía en contestar durante un máximo de una hora un cuestionario de 90 preguntas, con cuatro respuestas alternativas de las cuales solo una de ellas es la correcta. El Tribunal Supremo entendió que el hecho de que el Tribunal calificador admitiera que en tres preguntas habían dos respuestas válidas, no solo contravenía las bases de la convocatoria, sino también propiciaba la existencia de duda sobre cuál debiera ser la respuesta correcta. Por tal motivo, el Alto Tribunal anuló la pregunta y procedió a corregir la nota recibida, calificando el examen con las restantes, dándole por aprobado el ejercicio, <<porque esa es la solución que resulta más acertada siguiendo pautas de racionalidad común>> (F. tercero).

5.3 ¿Es posible la sustitución judicial de la decisión técnica?

Parece que las comisiones de selección son órganos administrativos verdaderamente técnicos, por cuanto sus miembros están dotados de una especial idoneidad técnica en un determinado ámbito de conocimiento. Pero ¿son sustituibles sus decisiones técnicas?

Tradicionalmente solo se ha admitido la anulación de acto administrativo y, en su caso, la sustitución de las decisiones adoptadas en el ejercicio de potestades regladas, cuyo ejercicio no exige más que una tarea de interpretación y aplicación, condenando a la Administración a la adopción de las medidas pertinentes para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada¹²¹. Sin embargo, la postura en torno a la sustitución de las decisiones adoptadas en virtud del ejercicio de discrecionalidad técnica, no ha sido unánime.

Por un lado, PAREJO ALFONSO¹²² considera que las decisiones discrecionales no son susceptibles de sustitución judicial, porque supondría una inadecuada intromisión en el margen de decisión que el ordenamiento jurídico reserva a la Administración. Matiza que, si

¹²⁰ STS de 12 de marzo de 2008, rec. cas. 3151/2003 (RJ 2008, 2304).

¹²¹ Desdentado Daroca, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...*, ob. cit., pág. 265.

¹²² Parejo Alfonso, L: *Administrar y juzgar...*, ob. cit., págs. 48 y 49.

la decisión administrativa es contraria a Derecho, los Tribunales deben limitarse a declarar la nulidad de dicha decisión y reenviar el asunto a la Administración, sin que proceda, en ningún caso, condenar a la Administración a adoptar una resolución en el sentido que el juez disponga. Acontece así, el carácter excepcional de la anulación de los actos discrecionales y el rechazo general a admitir la sustitución judicial de las decisiones discrecionales.

Sin embargo, T.R. FERNÁNDEZ no niega la existencia de un ámbito propio de decisión de la Administración, ni afirma que las decisiones discrecionales puedan ser, en todo caso, objeto de sustitución por las apreciaciones de los tribunales¹²³. Pero declara que la decisión técnica es perfectamente revisable en cuanto al fondo si mediante prueba se demuestra el error técnico cometido, como en los supuestos en los que la Administración se ha apartado sin base del informe o propuesta técnica¹²⁴. Esto no supone mayor problema cuando hay una única solución válida, pero la cuestión se vuelve compleja cuando hay varias entre las que la Administración pudiera todavía elegir.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007¹²⁵ llega a sustituir la decisión del tribunal de oposiciones a propósito de unas oposiciones convocadas por la Diputación Provincial de Zaragoza para cubrir dieciséis plazas de Ayudante técnico sanitario. El tribunal calificador había suspendido a la recurrente, no por no responder correctamente a una mayoría de preguntas, sino por cometer un <<error conceptual grave>> en una de las preguntas, sin haber expuesto argumentación alguna para su justificación, bastando con invocar a su discrecionalidad técnica.

El Tribunal supremo no entra a cuestionar que ese error sea suficientemente grave para suspender a la opositora, pero sí estima que la doctrina de la discrecionalidad técnica no ha sido correctamente aplicada ante la falta de motivación. La Sentencia arguye así que:

“...dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizada por los órganos cualificados 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.

¹²³ Fernández, T.R.: <<Arbitrariedad y discrecionalidad...>>, ob. cit., pág. 2297.

¹²⁴ Fernández, T.R.: <<Arbitrariedad y discrecionalidad...>>, ob. cit., pág. 2305.

¹²⁵ (RJ 2007, 5833).

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 (...). La constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate''.

Si bien, como señala GARCÍA ÁLVAREZ¹²⁶, más que una cuestión de motivación, se trata de aportación de una prueba por el recurrente (ej. informe pericial) para así poder destruir la presunción iuris tantum de acierto de los tribunales calificadores.

SÁNCHEZ MORÓN señala que en los casos de discrecionalidad técnica, <<la decisión discrecional tiene un fundamento más objetivo y, por tanto, contrastable a través de pruebas o análisis técnicos contradictorios>>¹²⁷. De ahí que pueda ser anulada en función de pruebas que demuestren claramente el error de la Administración.

Ténganse en cuenta también, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011¹²⁸, que anula el procedimiento recurrido que se había basado casi en exclusiva, en la doctrina de la discrecionalidad técnica, por contener una pregunta y una respuesta en un examen tipo test incompatibles con la normativa aplicable, por lo que se anula la pregunta y se ordena al Tribunal calificador que vuelva a calificar el ejercicio.

VI. Conclusiones: ¿Quaestio facti o quaestio iuris?

A lo largo de este trabajo se han expuesto las principales características de la llamada discrecionalidad técnica, los límites de su ejercicio, las distintas tesis doctrinales acerca de su conceptualización, así como el amplio camino recorrido por la doctrina jurisprudencial en cuanto a su alcance y control. Tras exponer este abanico de posiciones, naturalmente pasaremos a manifestar la propia. Desde nuestro punto de vista: ¿Quaestio facti o quaestio iuris?

¹²⁶ García Álvarez, G.: <<El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones>> (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre <<discrecionalidad técnica>>) en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord., por E. García de Enterría y R. Alonso García), ob. cit., pág. 1214.

¹²⁷ Sánchez Morón, M.: *Derecho administrativo...*, ob. cit., pág. 91.

¹²⁸ (RJ 2011, 1512).

La principal característica de nuestra organización jurídico-política es su condición de Estado de Derecho y, uno de logros del Estado de Derecho que proclama el artículo 1 de la CE, junto con el imperio de la Ley y la separación de poderes, es el sometimiento de la actividad Administrativa a la ley y al Derecho, de conformidad con los artículos 103.1 y 106.1 de la CE, y el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. En este sentido, la discrecionalidad técnica de la Administración no es ni puede ser absoluta en la medida que su potestad discrecional ha sido atribuida por ley y su otorgamiento se hace en consideración de los intereses generales. A partir de estos principios podemos destacar, a modo de conclusión, tres notas definitorias:

1º) No hay discrecionalidad: la selección de un concursante u otro no es un indiferente jurídico

Partiendo de que la auténtica discrecionalidad opera en el ámbito volitivo, esto es, cuando la Administración puede elegir entre varias opciones, todas ellas igualmente válidas, entendemos que no cabría calificar las valoraciones técnicas de la Administración como expresiones volitivas; más bien se trata de un proceso cognoscitivo, vinculado necesariamente al presupuesto de hecho de la decisión. Y ello porque la Administración viene obligada a adoptar la solución que el criterio técnico exige, sin margen de estimación subjetiva, de lo contrario estaríamos en el ámbito de la discrecionalidad administrativa. Los criterios técnicos no son objeto de valoración, sino de comprobación, mientras que lo discrecional no se comprueba, sino que se valora cuando se ha realizado la apreciación técnica. De ahí que T.R. FERNÁNDEZ¹²⁹ haya afirmado que la discrecionalidad técnica implica una *contradictio in terminis*, porque discrecionalidad y técnica son conceptos que se repelen mutuamente. Por ejemplo, la condición de minusválido de una persona es una precisión médica. La Administración no puede apartarse del criterio técnico por una valoración política o administrativa. Del mismo modo que no goza de un margen de libertad para elegir al mejor candidato a ocupar un cargo público según su apreciación subjetiva, sino en función de los baremos preestablecidos normativamente en relación a unos hechos concretos (méritos y capacidades).

De este manera, no puede negarse a priori la posibilidad de controlar la decisión técnica adoptada en cada caso, pues la llamada discrecionalidad técnica consiste en una actividad de

¹²⁹ Fernández, T.R.: *De la arbitrariedad de la Administración...*, ob. cit., pág. 253.

concreción y aplicación de criterios técnicos, esto es, una actividad jurídica, por lo que no podría excluirse el control sobre el fondo de la decisión administrativa, aún más si se demuestra mediante prueba el error técnico cometido como en los supuestos en los que la Administración se aparta del informe técnico.

Como señaló GARCÍA DE ENTERRÍA <<la razón de ser del Derecho Administrativo, desde sus primeras manifestaciones, ha sido la lucha contra las inmunidades del poder>>. No puede obviarse la complejidad de controlar la objetividad de las valoraciones de la Administración, sin que en esa estimación concreta no propicie una situación desigualitaria o acarree arbitrariedad, ya que pueden darse casos en los que las pruebas selectivas planteen preguntas ambiguas, por lo que consecuentemente contendrán doble respuesta o, formularse preguntas que no informen una valoración objetiva de los conocimientos de los candidatos.

Es preciso por ello hablar de una *quaestio iuris*, porque la actividad administrativa no es solo un juicio de oportunidad, sino también y sobre todo una actividad vinculada al Derecho y el aforisma *iura novit curia* opera como presunción y como principio jurídico central del sistema democrático.

2º) Revisión jurisdiccional conforme a la sana crítica

Los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden no estar en condiciones de afirmar o negar las calificaciones y evaluaciones realizadas por las comisiones de selección, porque no dispone de los conocimientos necesarios para ello y porque no pueden hablar otro lenguaje que no sea el estrictamente jurídico. Ello no significa que esas valoraciones técnicas les vinculen y que no puedan apartarse de las mismas cuando tengan que resolver la controversia planteada, porque únicamente se encuentran vinculados a la ley y al Derecho (art. 103 CE). Por consiguiente, si el tribunal tiene todos los elementos necesarios a su disposición, puede y debe someter a juicio la decisión adoptada <<según las reglas de la sana crítica>>, utilizando todos los medios disponibles en Derecho, incluida la prueba pericial. Así lo exige el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce y garantiza el artículo 24 de la Constitución y porque *juzgar a la Administración, contribuye también a administrar mejor*.

3º) Posibilidad de sustitución judicial

Tal como señala T.R. FERNÁNDEZ¹³⁰, el artículo 106 de la CE debe ser interpretado en función del artículo 24 de la CE, en base a la posición preferente que en la Constitución gozan los derechos fundamentales, por lo que el contencioso-administrativo es un auténtico juicio entre partes concebido para la efectiva tutela de derechos e intereses legítimos de los recurrentes.

Entonces, ¿por qué ordenar la retroacción de las actuaciones si se dispone de elementos de juicio para resolver el fondo de la pretensión? Pese a que, encontramos en la jurisprudencia casos en los que los tribunales, pudiendo decidir sobre la cuestión de fondo, no solo anulan, el acto administrativo, sino además ordenan la retroacción de actuaciones a la Administración, consideramos que si el juez entiende que el acto es conforme a derecho o considera que el recurrente ha acreditado los presupuestos en que funda su derecho, debe decidir sobre el fondo del asunto, de lo contrario supondría una denegación de justicia, además de condenar al particular a un nuevo procedimiento. La retroacción de las actuaciones solo debiera producirse cuando constituya una garantía del demandante, esto es, cuando exista duda sobre si de dan o no los presupuestos para reconocer el derecho del recurrente. Apóyese esta idea en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que ordena al juez a <<resolver siempre sobre las pretensiones que se le formulen y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuera insubsanable o no se subsanara por el procedimiento establecido en las leyes>>.

En definitiva, puede decirse ya que de la llamada discrecionalidad técnica solo queda el nombre, el rótulo, la mera denominación, que el legislador cometió la imprudencia de utilizar cuando estaba a punto de quedarse sin contenido¹³¹ y que la jurisprudencia sigue usando por pura inercia. La discrecionalidad técnica constituye así una *llaga* recurrente que nunca acaba de cicatrizar del todo.

¹³⁰ Fernández, T.R.: *De la arbitrariedad de la Administración...*, ob. cit., pág. 173.

¹³¹ Así lo expresa Rivero Ortega, R. en Fernández, T.R.: <<La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece>>, *REDA* núm. 196, Madrid, enero-abril (2015), pág. 227.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Camba Constenla, C.: <<Una vez más en torno al control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica y su vis expansiva hacia el terreno de los elementos reglados>>, *Dereito Vol. 7*, núm. 1, 1998.
- Cosculluela Montaner, L.: *Derecho administrativo. Parte general*, 23ª ed., Civitas, Madrid, 2012.
- De la Cuétara, J.M.: *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Desdentado Daroca, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

-----Desdentado Daroca, E.: <<La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones>>, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 84, 2009.
- Dworkin, R.: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

-----Dworkin, R.: *A Matter of Principle*, Clarendon Press. Oxford, 1992.
- Fernández Farreres, G.: <<Régimen jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional>>, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992.
- Fernández, T. R.: voces <<Discrecionalidad>> y <<Potestad discrecional>>, *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas. Madrid, 1995.

-----*De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª ed., Civitas, 2002.

-----<<Arbitrariedad y discrecionalidad, dos décadas después>>, *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.

-----<<La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece>>, *REDA* núm. 196, Madrid, enero-abril, 2015.
- García Álvarez, G.: <<El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones>> (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre <<discrecionalidad técnica>>) en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.
- García de Enterría, E.: “La Lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos)”, *RAP* núm. 38, 1962.

-----*Democracia, jueces y control de la Administración*, 2ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1996a.

-----<<Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado>>, *REDA* núm.. 89, 1996b.

- García de Enterría, E. y Fernández, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas. Madrid, 1997.
 - Igartua Salaverría, J.: <<Control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del CGPJ: algunos extravíos argumentales en la Sala 3ª del TS>> en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord.. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.
 - Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1971.
 - Lorenzo de Membiela, J. B.: *Manual Práctico de la función pública: El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Thomson Reuters Aranzandi, Madrid, 2005.
 - Maurer, H. *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Madrid, 2011.
 - Navarro Sanchís, F.J.: <<La llamada discrecionalidad técnica, el principio de tutela judicial efectiva y el control jurisdiccional de los concursos de mérito, oposiciones y exámenes docentes>>, en *El acto y el procedimiento*, CDJ, CGPJ, 1992.
 - Palomar Olmeda, A.: *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, 10ª Edición, Madrid, 2013.
 - Parejo Alfonso, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad Administrativa*, Tecnos. Madrid, 1993.
 - Pérez Luque, A.: *La selección del personal permanente de las Corporaciones Locales (en la Legislación del Estado)*, El Consultor, Madrid, 2001.
 - Piñar Mañas, J.L. “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones” en *Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989.
 - Rivero Ortega, R.: <<¿Acaso existe discrecionalidad técnica? En virtud de la STS de 19 de julio de 2010>>, en *Administración y Justicia*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández (coord.. por E. García de Enterría y R. Alonso García), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.
 - Santi Romano: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Comares, Buenos Aires, 1964.
 - Sáinz Moreno, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas. Madrid, 1976a.
- <<Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico>>, *Revista española de Derecho administrativo (REDA)*, núm. 8, 1976b.
- Sánchez Morón, M.: *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Espasa Calpe. Madrid, 1991.

-----*Derecho Administrativo. Parte General*, 4º ed., Tecnos, Madrid, 2011a

-----*Derecho de la función pública*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2001b.

-----*Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

- Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 3 de agosto de 1983	RTC\1983\75
STC de 21 de febrero de 1989	RTC\1989\47
STC de 20 de marzo de 1990	RTC\1990\47
STC de 20 de septiembre de 1993	RTC\1993\269
STC de 29 de noviembre de 1993	RTC\1993\353
STC de 20 de junio de 1994	RTC\1994\185
STC de 28 de marzo de 1996	RTC\1996\55
STC de 26 de junio de 1996	RTC\1996\115
STC de 31 de marzo de 1998	RTC\1998\73
STC de 29 de mayo de 2000	RTC\2000\138
STC de 16 de julio de 2001	RTC\2001\166
STC de 8 de mayo de 2003	RTC\2003\84

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 6 de diciembre de 1986	RJ 1987\999
STS de 25 de marzo de 1987	RJ 1986\997
STS de 7 de diciembre de 1990	RJ 1990\10139

STS de 30 de abril de 1993	RJ 1993\2876
STS de 11 de octubre de 1994	RJ 1994\7987
STS de 2 de febrero de 1995	RJ 1995\4791
STS de 22 de marzo de 1997	RJ 1997\2171
STS de 12 de diciembre de 2000	RJ 2001\522
STS de 27 de julio de 2002	RJ 1991\7895
STS de 18 de abril de 2007	RJ 2007\ 2761
STS 27 de abril de 2007	RJ 2007\5798
STS de 10 de mayo de 2007	RJ 2007\5833
STS de 10 de octubre de 2007	RJ 2007\ 6481
STS de 17 de enero de 2008	RJ 2008\419
STS de 22 de enero de 2008	RJ 2008\586
STS de 12 de marzo de 2008	RJ 2008\ 2304
STS 17 de marzo de 2008	RJ 2008\ 3724
STS de 2 de diciembre de 2008	RJ 2008\6688
STS de 16 de septiembre de 2009	RJ 2009\7238
STS de 19 de julio de 2010	RJ 2010\4043
STS de 7 de febrero de 2011	RJ 201\ 923
STS de 16 de febrero de 2011	RJ 2011\1512
STS de 3 de mayo de 2011	RJ 2011\3915
STS de 24 de septiembre de 2014	RJ 2014\ 2808

Sitios web:

- BUSCADOR Jurisprudencia. *Consejo General del Poder Judicial*. Disponible desde: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial
- BUSCADOR Jurisprudencia. *Thomson Reuters ARANZADI (Westlaw)*. Disponible desde: <http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon>

- http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496107&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490952&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica