



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2015/ 2016

Convocatoria: Septiembre

[LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA
DE LA ADMINISTRACIÓN]

[THE EVOLUTION OF CONTROL OF TECHNICAL DISCRETION OF THE
ADMINISTRATION]

Realizado por el alumno/a Dña. Liliana Rodríguez Suárez

Tutorizado por el Profesor/a Dña. Claudia Hernández López.

Departamento: Derecho Administrativo

Área de conocimiento: Área de Derecho Administrativo

ABSTRACT

Selective tests to reach the public employment in our country are equipped with a selection board which will be evaluating applicants but such tests can generate disputes to be resolved through justice. This Final Project tries to explain the evolution of judicial review with respect to the solutions of such disputes, that is, to what extent the selection board appears to be responsible for the final decision or whether it corresponds to the judges. The case-law cited throughout the work refers to each of the changes that this concept has been conducted to date, the last Supreme Court ruling that explains the last concept we may have about the issue we trying , technical discretion

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Las pruebas selectivas para llegar al empleo público en nuestro país están dotadas de un tribunal calificador que será el que evalúa a los aspirantes pero dichas pruebas pueden generar controversias que deben ser resueltas por medio de la justicia. El presente Trabajo Fin de Grado trata de explicar la evolución del control judicial con respecto a las soluciones de dichas controversias, es decir, saber en qué medida aparece el tribunal calificador como responsable de la decisión final o si más bien corresponde a los jueces. La jurisprudencia que se cita a lo largo del Trabajo hace referencia a cada uno de los cambios que este concepto ha llevado a cabo hasta la actualidad, la última sentencia del Tribunal Supremo que nos explica la última concepción que se puede tener acerca del tema que venimos tratando, la discrecionalidad técnica.



INDICE

1. Introducción.
2. Las potestades discrecionales, en especial la discrecionalidad técnica.
 - 2.1 Potestad de la Administración
 - 2.2 Potestad discrecional de la Administración.
 - 2.3 Discrecionalidad técnica.
3. Marco jurídico.
4. Desviación de poder.
5. Evolución.
6. Configuración actual. Sentencia TS 5341/2014 de 16 de diciembre de 2014.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación del empleo público en todas sus vertientes ha ido evolucionando dando lugar a nuevas concepciones o atributos a los que damos uso en la actualidad. Salvo excepciones, el acceso al empleo público conlleva la superación de un concurso u oposición que goza de pruebas selectivas preparadas para todos y cada uno de los aspirantes a ser partícipe del empleo en la Administración Pública. Las pruebas selectivas mencionadas anteriormente deben ser evaluadas por un tribunal correctamente que es el encargado de tomar las decisiones.

El presente Trabajo Fin de Grado tiene por objeto analizar la evolución del concepto de discrecionalidad técnica que ha tenido lugar a lo largo de los años. Es decir, la capacidad de tomar decisiones de naturaleza técnica por parte de los jueces y cómo se relaciona con las decisiones de los tribunales calificadores de las pruebas hacia el empleo público. Pretende explicar que existe un margen de discrecionalidad que a veces genera conflicto y que ha dado lugar a una importante intervención y desarrollo jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica.

2. LAS POTESTADES DISCRECIONALES.

2.1 Potestad de la Administración.

Con el término potestad de la Administración Pública nos referimos a la capacidad o poder que tiene ésta para actuar respecto a los ciudadanos, dominando un control público que en ocasiones puede parecer injusto o afectar al particular de manera determinante. La Administración ejecuta con libertad una serie de potestades sin que medie el Poder Judicial pero siempre respetando el principio de legalidad, es decir conforme a las leyes y no en virtud propia. En todo caso, estas potestades que se les otorga a la Administración deben ser a favor del interés público y nunca para su propio interés privado. Se puede definir como el poder jurídico para imponer decisiones a otros sujetos y para el cumplimiento de una finalidad determinada. Como es lógico, está sometido al control de los jueces y “es éste el escenario institucional donde despliega su efecto positivo la jurisdicción contencioso-administrativa, que se erige en baluarte de los derechos del particular frente al poder estatal manifestando a través de la actuación ordinaria de las Administraciones públicas.”¹

En definitiva, podemos definir la potestad de la Administración como “ un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional (judicial y constitucional) y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad”.²

¹ SARMIENTO ACOSTA, M.: *En los límites del Estado de Derecho: Un análisis de la justicia administrativa*, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2013. Pág. 27.

² GAMERO CASADO, E.: “*Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*” Comares Editorial S.L, Granada, 2015. Pág. 32.

2.2 Potestad discrecional de la Administración y discrecionalidad técnica.

Es bastante la bibliografía que hace referencia al concepto de potestad discrecional o discrecionalidad administrativa, ello se debe en parte a la multitud de conflictos que han surgido y sobre los que hay numerosas sentencias del Tribunal Supremo.

En el acceso al empleo público se han planteado multitud de pleitos donde se ha pretendido analizar la discrecionalidad de la Administración Pública y más concretamente la discrecionalidad técnica.

El procedimiento para llegar a formar parte de la función pública comienza una vez aprobada la oferta de empleo público, que dará lugar a la publicación de la convocatoria correspondiente. Posteriormente, en el plazo que la convocatoria fije, se deben presentar las solicitudes para participar en los procedimientos de ingreso, teniendo en cuenta que se deben cumplir los requisitos exigidos. Una vez expirado el plazo de presentación de la solicitud, se aprobará una lista en la que vendrán incluidos la lista de los admitidos y los excluidos para poder llegar a la celebración de las pruebas y la relación de aprobados. Así, una vez finalice la prueba “el órgano de selección debe hacer pública la relación de aprobados por orden de puntuación, elevándola a la autoridad competente para que la publique en el Boletín Oficial del Estado o en el diario oficial que corresponda”³.

Una de las cuestiones que se puede debatir o que da lugar a conflicto es la discrecionalidad del tribunal calificador que en ocasiones valora las pruebas conforme a técnicas que no son compartidas por los aspirantes. En efecto, los actos del procedimiento de selección son actos administrativos que pueden estar involucrados en alguna infracción determinante de ilegalidad, es decir, pueden ser

³ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos Editorial, Madrid, 2014.

recurribles. Se pueden impugnar ciertos actos durante todo el procedimiento del acceso al empleo, no solo a las resoluciones que ponen fin al procedimiento. Las resoluciones de los órganos de selección pueden ser revisadas de oficio por la propia Administración si incurren en nulidad de pleno Derecho (art. 102 LRJPAC en Revisión de disposiciones y actos nulos) y contra ellas se puede interponer recurso de alzada ante la autoridad que haya nombrado a su presidente (art. 14 RGIPP)⁴, salvo que la legislación aplicable en cada caso disponga otra cosa. Contra este recurso de alzada podrá interponerse recurso contencioso- administrativo según las normas que lo regulan. El recurso contra los órganos de selección puede fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, ya sea con respecto al procedimiento, por la irregular composición de los propios órganos selectivos, por falta de motivación y, en fin, cuando exista desviación de poder.

Se destaca que “dentro de los márgenes fijados por las normas de obligado cumplimiento, incluyendo las bases de la convocatoria y los baremos de méritos, y sólo dentro de esos márgenes –hay que insistir en ello-, los órganos de selección gozan de discrecionalidad técnica para apreciar y comparar los méritos y la capacidad de los diferentes candidatos”.⁵ Viene establecido en el art. 55.2 EBEP con respecto al acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio: *Las*

⁴ Artículo 14. Revisión e impugnación. 1. *Las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.* 2. *Contra las resoluciones y actos de los órganos de selección y sus actos de trámite que impidan continuar el procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse recurso ordinario ante la autoridad que haya nombrado a su presidente.*

⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos Editorial, Madrid, 2014.

Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Ahora bien, procede plantearse de qué se habla cuando nos referimos a discrecionalidad técnica y hasta donde llega el concepto. Se considera potestad discrecional la potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o de conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo. Como decisiones discrecionales que son, las que ponen fin a los procesos selectivos deben ser motivadas (art. 54.1 LRJPAC)⁶.

A la hora de acceder al empleo público y tras haber recurrido por una anomalía en el procedimiento o en la forma de examen. La Administración se rige a decidir si se han establecido los correctos procedimientos y en las formas adecuadas pero a la hora de comprobar el contenido surge el conflicto. Este concepto podría atribuirse como confuso o mal planteado porque los términos *discrecionalidad* y *técnica* se repelen; lo discrecional hace referencia a la elección entre varias opciones válidas

⁶Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Art. 54.1: *Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.*

desde el punto de vista del Derecho y, en contra, la tecnicidad hace alusión a algo que se pueda aplicar, sin tener en cuenta valoraciones personales. La Administración Pública tendrá la última palabra en procesos selectivos, verificación de los méritos o en la evaluación de un examen, haga lo que haga el sujeto, por eso se dice que puede propiciar injusticia e ir en contra de la Constitución que lo que pretende es que se ejecute una adecuada tutela de los derechos.

El acto discrecional debe mantenerse dentro de unos límites y respetando una serie de principios como el de igualdad, por ello la discrecionalidad también debe ejercerse conforme al ordenamiento jurídico y cumpliendo los procedimientos establecidos.

Respecto a las vías de control habría que destacar la competencia y el procedimiento como partes separadas de la decisión final de la Administración en el acto discrecional. Es decir, la discrecionalidad debe realizarse en el contexto del ordenamiento jurídico y cumpliendo los requisitos de procedimiento. Así, igual importancia tiene el control de la desviación de poder (arts. 83.2 y 3 LJCA)⁷ que recuerda la idea de que las facultades discrecionales siempre se ejecutan con fines de interés público.

También destacar dentro de las vías de control que habitualmente el contraste entre la decisión que se toma y los presupuestos de hecho de los que se parte incluye algún Principio general del Derecho. “No obstante, el control por vía de estos Principios también puede jugar de manera autónoma, es decir, sin necesidad de una valoración exhaustiva de los hechos determinantes que sirvan de antecedentes y

⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Art. 83.1: *El recurso de apelación contra las sentencias es admisible en ambos efectos, salvo en los casos en que la presente Ley disponga otra cosa.* Así, el art. 83.2 afirma: *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI.*

apoyo a su aplicación, lo que resulta posible ante decisiones notoriamente arbitrarias o faltas de toda razón”.⁸

La indeterminación no puede confundirse con incertidumbre, es decir, supone exclusivamente habilitar al órgano administrativo para que rellene con su propia valoración el concepto. Para él, la indeterminación significa que examinado el bloque jurídico en su conjunto, al haber indeterminación subsiste la habilitación a la Administración para que discrecionalmente lo determine, existiendo una total coincidencia entre estos conceptos y la atribución de facultades discrecionales.

Se puede entender el concepto a través del ejemplo siguiente: “supongamos, como ejemplo, que la norma establece que la Administración designará para cubrir determinada vacante al funcionario que considere más idóneo, sin más. Habría que entender que por aquélla se ha dejado a ésta la discrecional posibilidad de (libertad de elección para) determinar quién ha de entenderse, en un caso concreto, «más idóneo» pudiendo elegir entre considerar tal «al intelectualmente mejor dotado», «al realmente más trabajador y constante», «al que tenga una experiencia mayor» o a determinada combinación de cualesquiera de los criterios citados. Es en esta libertad de elección de los medios de valoración del más idóneo donde reside el poder discrecional, y éste a su vez es posible porque de la norma —que introduce el concepto jurídico indeterminado «de mayor idoneidad»— se deduce que la determinación del contenido del mismo se ha dejado en manos de la voluntad del órgano administrativo”.⁹

⁸ REQUENA LÓPEZ, T: “Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa”, Ponencia presentada en las *I Jornadas de Estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía: Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Junta de Andalucía (Consejería de Presidencia), Madrid, 1996, pág. 40,41.

⁹ LÓPEZ PEÑA, E.L.: “*Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*”. Tirant to Blanch Editorial, Valencia, 2015.

3. MARCO JURÍDICO.

El ejercicio de estas funciones ha de realizarse de acuerdo con la Constitución y las leyes. Para ser más exactos, la normativa que se ha de tener en cuenta y que, por lo tanto, constituye el marco jurídico de la potestad discrecional y discrecionalidad técnica de la Administración se fundamenta en una serie de artículos.

El artículo 103 de la Constitución Española impone explícitamente a la Administración que sirva al interés público, pero que lo haga con "objetividad" y con "sometimiento pleno a la ley y al Derecho". La objetividad en el actuar de la Administración exigida en este artículo promueve la no discriminación. La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales de los ciudadanos. El interés general se configura de esta manera como un principio constitucionalizado, que debe estar presente y guiar cualquier actuación de la Administración. La actuación de la Administración deberá estar guiada por la búsqueda del interés público, lo que le impide guiarse por sus propios intereses o fines privados. En su apartado tercero establece que la ley regulará “el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”, es decir que si un particular decide realizar una prueba de acceso para formar parte de las personas que componen la Administración, estará regido por la ley que regula dicho acceso, teniendo en cuenta los principios correspondientes y en situación de igualdad.

Hay que destacar que el interés general no siempre es el mismo, varía en virtud de de las distintas opciones sociales y económicas del momento. Es decir, hay diversas vías o distintos caminos para dar satisfacción al interés general. Es ahí

cuando la Administración debe actuar de la manera más correcta posible y perseguir el interés general del momento.

El artículo 106.1 también de la Constitución hace referencia al control de la potestad reglamentaria de los Tribunales y la legalidad de las actuaciones administrativas que estarán dirigidas a fines que la justifiquen. Este artículo garantiza que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria. Es evidente que cuando el precepto constitucional se refiere a "los Tribunales" lo está haciendo por referencia genérica a los órganos jurisdiccionales competentes es decir, también la competencia de los Juzgados para poder controlar la potestad reglamentaria ejercida por las Administraciones Públicas.

El artículo 23 de la Constitución Española reconoce el derecho a la participación política directamente o a través de representantes y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad que hace distinción entre el derecho de acceso a cargos públicos representativos que incluye sufragio pasivo (derecho a ser elegido), y el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados en el artículo 103 de la Constitución nombrado anteriormente.

En este apartado del marco jurídico se debe nombrar el principio de legalidad. Cuando se hace referencia a que la Administración debe actuar acorde al principio de legalidad lo que quiere decir es que todo ejercicio que realice un poder público de la Administración deberá realizarse acorde a la ley vigente en el momento y así como la jurisdicción y no a la voluntad de las integradas en el marco de la Administración. Conforme al artículo 9.3 de la Constitución, *la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.* Quiere decir que los poderes públicos también

están sujetos a la norma y no pueden conducirse por sí solos, por lo tanto, también los ciudadanos estarán sujetos a la ley y a todo el ordenamiento jurídico.

Al ser la Administración apoderada por el ordenamiento con potestades administrativas, supone que expresa el principio de legalidad. Las habilitaciones y los apoderamientos que se le confieren a la Administración dan lugar a las potestades administrativas que el artículo 2.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado hace referencia: *Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros.*

4. DESVIACIÓN DE PODER

La Administración, para la realización del interés público, está dotada de una serie de potestades que debe emplear en seguir el interés público. Pues bien, cuando la Administración usa esas potestades para fines distintos de los que se prevean en el ordenamiento jurídico, se da la desviación de poder. Es decir, se exige necesariamente el uso de principios jurídicos y lo que caracteriza a este concepto es que los actos que suponen la desviación de poder son actos ilícitos. Nos referimos a ilícitos porque suponen la oposición a un principio o conjunto de principios estipulados en el ordenamiento jurídico.

La desviación de poder en España tiene origen en la Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa de 27 de diciembre de 1956 disponía en su artículo 83.2: “La sentencia estimará el recurso contencioso- administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”, así luego también esta Ley daba una definición del

concepto: “Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Se podría atribuir este concepto al de fraude de ley, que en Derecho Civil, hace referencia a la realización de un acto o negocio jurídico amparándose en una (ley de cobertura) con la finalidad de alcanzar ciertos fines que, no siendo los propios de esa norma, sean además contrarios a otra ley (ley defraudada) o al ordenamiento jurídico. Pero la desviación de poder tiene como diferencia a esta definición de fraude que el titular de la norma que confiere poder es un órgano público y no un particular. Una característica fundamental de los órganos públicos en un Estado constitucional es que deben seguir el interés público, es decir, están obligados a ejercer la función pública al servicio de los intereses generales. De este concepto se extrae que el ejercicio del poder tiene siempre, o con mucha frecuencia, carácter obligatorio, es decir, el juez está obligado a dictar sentencia, la Administración a desarrollar cierto aspecto de una ley dictando un reglamento, etc.

La regulación del concepto tendrá que hacerse mediante reglas de fin, es decir, se concede un poder para que se produzca un fin concreto. Por ejemplo, en una Universidad puede haberse interpuesto el fin de que la mitad de sus profesores alcance un determinado nivel en el manejo de una lengua, por ejemplo la lengua inglesa. Para lograr dicho fin, el órgano competente podría optar por subir el sueldo a los profesores que obtengan ese nivel, o simplemente limitar el acceso a determinados puestos a quienes muestren esa insuficiencia.

Si se parte de que la desviación de poder existe en la propia realidad jurídica, sin precisar una expresa sanción legislativa, dicha afirmación nos conduce al “el necesario otorgamiento de la Administración de amplios poderes para la persecución

de fines públicos necesita de un control jurídico, y ese control no puede llevarse a cabo si no es recurriendo a los principios jurídicos.”¹⁰

Este concepto relacionado con en el de discrecionalidad técnica alude a una especie de vía que hace al juez guiarse hacia un camino. El juez comete desviación de poder cuando debe elegir entre diferentes alternativas, correspondiendo cada una de ellas a una persona y elige una por su criterio personal o con la finalidad de beneficiar a esa persona.

5. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO

5.1. Planteamiento.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos siete años ha ido modificando la doctrina que existía anteriormente sobre la discrecionalidad técnica. Es así que, se pasa de una exclusión total del control judicial de pruebas y exámenes a una exigencia de expresar las razones y los juicios emitidos. El Tribunal Supremo ha puesto fin a la antigua doctrina y afirma que juzgar a la Administración significa que ésta puede administrar mejor.

De la discrecionalidad técnica podemos afirmar que “ya solo queda el nombre, el rótulo, la mera dominación, que el legislador cometió la imprudencia de utilizar cuando estaba a punto de quedarse sin contenido y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se lo ha quitado sigue usando por pura inercia”.¹¹

Todo conduce a constatar al cabo de la evolución el incremento que, a través de procedimientos y métodos, se produce en cuanto al control de la Administración

¹⁰ RUIZ MANERO, J.: “Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder”. Trotta Editorial, Madrid, 2000.

¹¹ RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece” en *RAP*, núm. 196, pág.16

Pública. Si se compara la situación con la existente hace no tantos años, se ha producido una transformación radical.

5.2. Etapa anterior a la democracia.

Lo que decidía el Tribunal de las oposiciones al valorar las pruebas o ejercicios no admitía su revisión por los Tribunales contencioso- administrativa. Durante esta época se entendía que “la justicia no debía sustituir el criterio administrativo por su posición revisora en aquellos campos donde el legislador depositaba su confianza en el criterio de Tribunales administrativos formados por especialistas”¹²

Se daba por hecho que los jueces no poseían conocimientos para poder sustituir el criterio especializado de la oposición o concurso (que podría ser de médico, arquitecto, enfermero, etc.). Sería difícil la idea de hacer primar el criterio de un perito sobre el de otro, lo que daría lugar a un sinnúmero de recursos en los que en vez de juzgar el criterio se tuviera que evaluar el rango de especialización de dicho emisor. Es decir, la discrecionalidad técnica del Tribunal contencioso- administrativo estaba ausente en los inicios del concepto. Se consideraba ilógico que las decisiones tomadas por el Tribunal calificador fueran revisadas por el Tribunal contencioso- administrativo ya que se entendía que los jueces no contaban con suficientes conocimientos técnicos en la materia.

¹² CHAVES GARCÍA, J.R: “Asalto a la escurridiza discrecionalidad técnica en las oposiciones” *Blog delaJusticia.com* [online] 1 de Junio de 2015. Disponible en la URL: <https://delajusticia.com/2015/06/01/asalto-a-la-escurridiza-discrecionalidad-tecnica-en-las-oposiciones/>. [Con acceso el 10.05.2016]

5.3. Etapa democrática.

Durante esta etapa los tribunales no podrían revisar el criterio de los Tribunales selectivos en cuanto a la valoración de conocimientos. Esto se refleja claramente en la STC 39/1983 de 16 de Mayo. El recurrente fue calificado por el Consejo Superior de la Armada para el ascenso al grado de General de Brigada del mismo Cuerpo, en puesto que consideró lesivo a su derecho por privarle de la posibilidad del ascenso a dicho grado. Interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra dicho acuerdo que aprobó su clasificación. En la demanda se alegaba una serie de vicios de procedimiento en la tramitación del expediente de clasificación. La Ley 78/1968, de 5 de diciembre, sobre escalas y ascensos Oficiales de la Armada, excluía de todo recurso las resoluciones en la materia, con la única excepción de que se alegasen defectos de procedimiento pero se advertía que el artículo 24 de la Constitución Española¹³ había ampliado ese precepto, permitiendo la fiscalización del fondo, y solicitaba de la Sala que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad de todo lo actuado en el expediente de clasificación del recurrente, revocando los actos administrativos impugnados y condenando a la Administración a volverlo a clasificar como elegible en el lugar que por justicia le correspondía.

¹³Constitución Española: Artículo 24: *1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

Por la citada sentencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso afirmando que el artículo 24 de la Constitución “es una declaración de derechos y no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales”, añadiendo que con arreglo al artículo 117.3 de la Constitución¹⁴ la extensión de la competencia de aquéllos ha de ser fijada por las Leyes.

La Sentencia del Tribunal Supremo advierte que lo que pretende el recurrente es que se valoren de nuevo todas las circunstancias sobre el fondo de la calificación, lo que está vedado al Tribunal por “no tratarse de una cuestión jurídica, sino de la apreciación de las especiales aptitudes para acceder el empleo de Oficial general ... lo que corresponde efectuar, por precepto legal y la normal organización de los Ejércitos, a quienes por su función y conocimientos tienen competencia para lograr una acertada conclusión”. Frente a esa sentencia del Tribunal Supremo se presentó la demanda de amparo, centrada en el hecho de que aquella no había entrado en el fondo del asunto por no considerarlo recurrible, al dar prioridad a la excepción contenida en la referida Ley 78/1968 en relación con el artículo 40, f), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), frente al artículo 24 de la Constitución.

Para concluir esta sentencia del Tribunal Constitucional, lo que aporta en el fallo es que se trata de cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que elimina al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo sobre las cuestiones de legalidad.

¹⁴Constitución Española: Artículo 117.3: *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*

En el presente recurso no se ha concretado qué cuestiones de legalidad se suscitan ni pueden deducirse. Al reducirse el problema a una discrepancia del interesado respecto a la valoración de sus circunstancias para su clasificación y ser esa valoración, como ya se ha dicho, de índole estrictamente técnica, procede desestimar por las razones indicadas el presente recurso de amparo. Es así que, durante la etapa democrática la discrecionalidad técnica de los jueces en la Sala contencioso- administrativa quedaba sujeta a términos de legalidad y nunca a conceptos considerados de capacidad técnica, que para eso estaría el tribunal calificador.

Es decir, el cambio que produce el Tribunal Constitucional es comenzar a reconocer la posibilidad de enjuiciar el resultado de los procesos de selección en virtud de cualquier tipo de irregularidad jurídica, tales como los vicios de forma o la mala aplicación de las bases de la convocatoria por el órgano de selección, lo que hasta entonces no era frecuente. Sin embargo, quedaba exento de control jurídico el juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico.

Además de esta sentencia. La STC 215/1991, de 14 de noviembre, abrió una vía conceptual para penetrar en el ámbito hasta entonces considerado como propio de la discrecionalidad técnica. Distinguió dentro del juicio técnico del órgano de selección su *núcleo material* (no susceptible de control jurídico), y los *aledaños* del mismo. Éstos hacen referencia a todas aquellas actividades preparatorias necesarias para formular ese juicio técnico y que permiten determinar que el mismo se basa en los principios de mérito y capacidad y en la ausencia de discriminación o trato desigual a los candidatos.

A partir de ahí la jurisprudencia del Tribunal Supremo en varias sentencias posteriores comenzó a apoyarse en ese concepto para extender el control propiamente jurídico al análisis del razonamiento de los criterios de evaluación fijados por el propio órgano de selección. Del mismo modo, también se apoyó en ese

concepto para verificar que los criterios fijados se aplican por igual a todos los candidatos.

5.4. Arranque del siglo XXI.

Durante el comienzo de este siglo comenzaron los cambios con respecto a la discrecionalidad técnica de los Tribunales contencioso- administrativo. Se destaca que los jueces de esta sala podrían valorar la corrección de los exámenes de oposiciones que no hubiera opción de discrecionalidad, es decir, en cuestionarios tipo test que sólo contaran con una opción válida. En la STS de 10 de mayo de 2007 (rec.4793/2000) el Tribunal Supremo afirmó la necesidad de que los órganos de selección motiven el juicio técnico en que fundan sus decisiones, al menos en aquellos casos en que las razones de dicho juicio técnico hayan sido demandadas por cualquier candidato insatisfecho o cuando se haya solicitado por los cauces adecuados la revisión del resultado del proceso selectivo alegando la improcedencia de dicho juicio técnico. No solo es causa de nulidad que no se lleguen a exteriorizar las razones del juicio técnico, sino que también cabe controlar por los órganos judiciales si la motivación es suficiente o adecuada, es decir, que explique con claridad dichas razones.

En este control a través de la motivación, el Tribunal Supremo en esta misma sentencia ha precisado incluso cuál debe ser el contenido de la motivación para que se considere válida: a) expresar las fuentes de información sobre los que va a operar el juicio técnico; b) establecer los criterios de valoración cualitativa aplicables; c) expresar por qué la aplicación de dichos criterios conduce a otorgar preferencia a un candidato sobre los demás.

Además, sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 2008 (rec.5264/2006) muestra “la distinción entre quienes discuten el resultado de sus ejercicios o

exámenes, en el que la estimación de un recurso ha de afectarles a ellos exclusivamente, y a quienes impugnan un criterio de valoración, pues estos deben aplicarse por igual a quienes participan en un proceso selectivo”. Es decir, el primer supuesto haría referencia a la aplicación de un criterio de valoración respecto de un aspirante a la hora de calificarlo y en el segundo la aplicación general de un criterio de valoración de forma errónea a todos los aspirantes. Lo que quiere decir que los errores de criterio de valoración tolerados por el Tribunal respecto de un individuo que se presenta a las oposiciones, debían extenderse a los restantes.

Para concluir, la jurisprudencia lo que quiere es obligar a los órganos de selección a justificar sus decisiones. Es decir, “adopta e impone (a sí mismo y a los tribunales inferiores) un *hard look* del asunto sometido a revisión judicial”¹⁵. Esto da lugar a que este control obligue a un esfuerzo de comprensión de las circunstancias de cada caso. Podemos resumir la jurisprudencia hasta el momento en que el Tribunal supremo no se había planteado si puede llegar a controlar y sustituir lo que se consideraba el núcleo material del juicio técnico, de tal manera que puedan los órganos judiciales comprobar si es técnicamente correcto o no y, en su caso, anularlo o sustituirlo por otra resolución. El único límite reconocido al respecto es que el resultado de dicho juicio técnico fuera erróneo como cuando un órgano selectivo ha puntuado como incorrecta una respuesta que no lo era, o viceversa. La cuestión sería si el control del juicio técnico en sí puede ser riguroso en sede judicial, incluso cuando no hay error.

¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M; “Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013” en RAP, núm. 197, pág.211

6. Configuración actual. Sentencia TS 5341/2014 de 16 de diciembre de 2014.

El principal interés de la sentencia se basa en averiguar hasta qué punto es posible que un órgano judicial valore el juicio técnico de un órgano de selección y, si es posible, sustituir ese juicio técnico por la propia estimación del órgano judicial sobre los conocimientos del candidato, siempre que aporte una prueba pericial en el proceso. Así, tras la evolución que ha venido surgiendo años atrás, subyace esta sentencia el día 16 de diciembre de 2014 como jurisprudencia final al asunto hasta el momento.

Se parte del recurso de casación 3157/2013. El fondo del asunto surge a partir de que una aspirante participara en el concurso oposición para optar a una plaza de “Medicina Intensiva” en el acceso a la categoría de Facultativos de Área dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA). Las bases establecían que ese examen tendría una prueba consistente en un cuestionario tipo test y otra prueba que consistía en la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre los cuatro que se proponían. El tribunal de la oposición establecía:“(…) se calificará de 0 a 50 puntos, obteniéndose su calificación final de la suma de las puntuaciones alcanzada en cada uno de los supuestos prácticos valorados de 0 a 25 cada uno de ellos. Para superar la prueba será necesario obtener una calificación mínima de 25 puntos y no ser calificado con menos de 10 puntos en cada uno de los supuestos”.

Dicha aspirante superó el primer ejercicio de la fase de oposición pero no el segundo, ya que obtuvo una puntuación de 23,70 y la puntuación mínima para superar la prueba constaba de 25 puntos. Ella solicitó revisión de su examen y el Tribunal Calificador acordó informarle de sus derechos de acceso al expediente y a obtener copias, entregarle copia de su examen y de la nota, así como la plantilla de

respuestas. Planteó recurso de alzada alegando error técnico del tribunal al valorar sus respuestas, que ella entendía correctas, y ausencia de motivación. En la tramitación del recurso de alzada se recabó informe del tribunal calificador, que lo emitió exponiendo las razones por las que no consideraba correctas las respuestas de la recurrente.

Este recurso de alzada fue desestimado en la resolución del 5 de octubre de 2011 del Consejero de Hacienda y Sector Público; afirmaba que lo pretendido por la recurrente era sustituir el juicio técnico del órgano calificador con el suyo propio y que esta cuestión no podía ser admitida e invocó en apoyo de lo anterior la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica.

Posteriormente el proceso judicial donde la interesada alegó la jurisprudencia reciente favorable a la revisión judicial de la discrecionalidad técnica sobre la base de los errores técnicos del órgano de selección y aportó un informe pericial, firmado por una especialista, en el que se establece que el tribunal calificador incurrió en errores manifiestos en la valoración de la prueba. Así, manifestó que el tribunal calificador no había motivado el material sobre el que operó el juicio técnico, los criterios de valoración cualitativa y por qué la aplicación de esos criterios condujo al resultado que le perjudicaba.

La Administración demandada, en su escrito, hizo constar lo siguiente: “no se han vulnerado los límites de la discrecionalidad técnica” afirmando que la parte actora no había probado “la existencia de un error manifiesto palmario, ostensible y evidente, que permita al órgano jurisdiccional revisar el juicio técnico del tribunal calificador”. Es decir, señalaba que el tribunal calificador justificó de manera suficiente en su informe previo a la resolución del recurso de alzada las razones de su decisión y que lo que se pretendía era sustituir el juicio técnico de un órgano colegiado por otro también técnico pero individual e interesado al venir formulado por perito de parte.

La Sala de instancia, que declaró admisible la prueba pericial propuesta por la actora, concluyó que se trataba de una prueba insuficiente para desvirtuar el criterio del órgano de valoración. Asimismo, rechazó que dicho tribunal hubiera actuado con arbitrariedad y falta de motivación. No consideraba necesario que la puntuación asignada a cada pregunta debiera ir acompañada de una explicación complementaria que venga a justificar dicha puntuación. Así, “el hecho de que la sentencia de instancia valore de manera tan genérica la insuficiencia de la prueba pericial aportada al proceso por la recurrente le parece al Tribunal Supremo razón para estimar que dicha sentencia debe ser casada, por incumplir el canon de motivación de la resoluciones judiciales que impone el artículo 120.3 CE”.¹⁶

En esta sentencia se concierta que el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar el margen de discrepancia en la mayoría de los sectores del saber especializado. Es decir, el tribunal de justicia no puede convertirse en árbitro que decida entre opiniones técnicas enfrentadas entre peritos de un específico sector de conocimientos, siempre y cuando éstas no rebasen los límites de ese margen de apreciación que acaba de indicarse. Tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente sino que debe incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esta clase de error que se viene hablando. Para ello será necesario lo siguiente: a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error. “Es decir, estamos cerca de la plenitud del control

¹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M; “Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013” en RAP, núm. 197, pág.218

judicial pero con un espacio de “material impunidad” o tolerancia del “margen de error de los tribunales calificadoros” que deja muchos heridos en el camino.”¹⁷

La jurisprudencia, a lo largo de los años, ha venido imponiendo pautas para que sirvan de guía a la decisión. Las pautas destacables son la predeterminación de los criterios a tener en cuenta en la valoración y una motivación singularizada de la aplicación de esos criterios. Con estos dos fundamentos se pretende garantizar que la selección se fundamente en criterios objetivos y no produzca discriminación. Es decir, se persigue asegurar que la decisión no es arbitraria, pues de serlo está vedada por el ordenamiento jurídico.

El voto particular a la sentencia es partidario de negar que la llamada discrecionalidad técnica sea verdadera discrecionalidad pues afirma que “*cuando se trata de alcanzar una verdad técnica nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado*”, que exige un esfuerzo de interpretación para deducir, en el caso de los procesos selectivos, cuál es el aspirante más capaz y con más mérito. El autor está haciendo referencia a un problema de prueba.

También en dicho voto se critica que la demandada no formuló alegaciones contra las extensas razones expuestas en su informe por la perito interviniente. También discrepa en que se admita la motivación que el tribunal calificador expuso posteriormente en el informe que elaboró para la resolución del recurso de alzada contra su propia decisión, cuando esa motivación no se expuso antes, ni siquiera en el acto de protesta de la aspirante. Así, el voto particular afirma que en el momento de motivar el acto de calificación, el tribunal habría perdido ya su objetividad, dado que trataría de defender el acto administrativo impugnado.

¹⁷CHAVES GARCÍA, J.R.: “Asalto a la escurridiza discrecionalidad técnica en las oposiciones” *Blog delaJusticia.com* [online] 1 de Junio de 2015. Disponible en la URL: <https://delajusticia.com/2015/06/01/asalto-a-la-escurridiza-discrecionalidad-tecnica-en-las-oposiciones/>. [Con acceso el 21.05.2016]

Este autor del voto particular concluye que *“la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia”*.

Lo que el voto particular quiere decir es que la estimación del recurso conlleve no una revisión de la calificación otorgada a la recurrente sino la retroacción de actuaciones para que por un tribunal calificador distinto se proceda a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los nuevos criterios de valoración. ¿Podría asegurar el órgano judicial que, en ausencia de elementos que demuestren un proceder arbitrario, el órgano de selección ha incurrido en un error y que el resultado justo del proceso selectivo debe ser necesariamente otro? El voto de particular de la sentencia lo afirma pero lo cierto es que el juez ha de valorar esas pruebas y expresar un juicio personal o subjetivo sobre ellas.

Entonces, entre la opinión de un órgano judicial fundada en las pruebas practicadas en el proceso y la opinión fundada en criterios objetivos de un tribunal calificador, el cálculo de probabilidades se decanta por la segunda opción. El órgano de selección se encuentra más próximo a la realidad ya que ha tramitado directamente todo el proceso selectivo y sus integrantes han podido valorar personalmente a todos los candidatos, así como compararlos entre ellos.

7. CONCLUSIÓN

Se ha podido observar una evolución del concepto jurídico de discrecionalidad técnica. Inicialmente se consideraba que lo decidido por un tribunal de oposiciones al valorar ejercicios no admitía su revisión por el poder judicial. Actualmente, sin embargo, los tribunales calificadores deben motivar sus decisiones y están sometidos a control contencioso- administrativo. Se podría afirmar que este concepto de discrecionalidad técnica se encuentra cerca del total control judicial pero con una tolerancia del margen de error de los tribunales calificadores.

Se puede pensar en la difícil labor de que los jueces decidan sobre puestos de médicos, arquitectos y diversas profesiones pero peor resulta confirmar para esos cargos a quienes cuenten con más votos que razones objetivas de mérito y capacidad, como la visión tradicional venía afirmando.

Si se siguiera el camino que ha marcado la evolución de la discrecionalidad técnica hasta ahora, acabaríamos con un pleno control jurisdiccional, incluso en los juicios valorativos, algo que no debe ser muy positivo si nos guiamos de la mayoría de votos particulares analizados; los jueces que ejercen dicho control no cuentan con la capacidad total de saber decidir qué decisión tomar ante estas situaciones o simplemente tienen en cuenta votos o su propio juicio. Es preferible la decisión de un tribunal calificador que está al tanto de la materia así como de las capacidades que deben ser valoradas en las pruebas.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAVES GARCÍA, J.R.: “Asalto a la escurridiza discrecionalidad técnica en las oposiciones” Blog delaJusticia.com [online] 1 de Junio de 2015. Disponible en la URL: <https://delajusticia.com/2015/06/01/asalto-a-la-escurridiza-discrecionalidad-tecnica-en-las-oposiciones/>. [Con acceso el 10.05.2016]
- GAMERO CASADO, E.: “Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción” Comares Editorial S.L, Granada, 2015.
- LÓPEZ PEÑA, E.L.:” Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa”. Tirant to Blanch Editorial, Valencia, 2015.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece” en RAP, núm. 196.
- REQUENA LÓPEZ, T: “Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa”, Ponencia presentada en las I Jornadas de Estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía: Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial, Junta de Andalucía (Consejería de Presidencia), Madrid, 1996.
- RUIZ MANERO, J.: “Ilíticitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder”. Trotta Editorial, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: Derecho de la Función Pública, Tecnos Editorial, Madrid, 2014.
- SÁNCHEZ MORÓN, M; “Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013” en RAP, núm. 197, pág.218.
- SARMIENTO ACOSTA, M.: En los límites del Estado de Derecho: Un análisis de la justicia administrativa, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2013.