

DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Francisco Javier Pérez Salas.
Secretario General
Ayuntamiento de Santa Fe (Granada)

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del "curso monográfico de estudios superiores: el acceso al empleo público: adquisición y pérdida de la relación de servicio", Celebrado durante los días 8 y 9 de febrero de 2010 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada).

ÍNDICE:

- I. Introducción.
- II. Del derecho de acceso al ejercicio de la función pública.
- III. Del derecho a la tutela judicial efectiva.
- IV. De la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposición.
- V. El control judicial de la discrecionalidad técnica.

I. INTRODUCCIÓN.-

Antes de proceder al análisis de la discrecionalidad técnica de los tribunales y comisiones calificadoras en los procesos selectivos, conviene señalar el marco legal básico y fundamental, y para ello nada mejor que comenzar con lo que sobre este particular establece la Constitución **(CE)**.

En este sentido, el artículo **23** de la **CE** señala que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, así como el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes; que debe ponerse en relación con el número **1** del artículo **103** de la **CE** cuando dice que **la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales** y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y muy especialmente con el número **3** del citado precepto al señalar 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.

Señalado el marco constitucional, y en desarrollo de aquel debe traerse a colación la **Ley 7/2007**, de 12 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (**EBEP**), en cuyo artículo **55** se establecen los principios rectores del acceso al empleo público de acuerdo con la **CE**, así como los principios de publicidad de las convocatorias y sus bases, la transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y **discrecionalidad técnica** en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, agilidad y objetividad.

El artículo **60** del **EBEP** se refiere a los Órganos de selección, destacando que serán colegiados, que su composición deberá ajustarse a **los principios de imparcialidad y profesionalidad**, tendiendo a la paridad entre mujeres y hombres, que el personal de elección o designación política no podrá formar parte de aquellos junto con el personal eventual, lo que debe valorarse muy positivamente en aras de reforzar la independencia del tribunal calificador, así como que, tampoco puedan formar parte los funcionarios interinos lo que contribuye a garantizar la solvencia técnica del órgano calificador. En este sentido, debe valorarse muy positivamente la no presencia en los procesos selectivos de organizaciones representativas de intereses colectivos o sectoriales, esto es, sindicatos, no obstante, y sin perjuicio de la pertenencia a título individual de alguno de sus miembros pero no en nombre y por cuenta de aquellos.

El artículo **61** del **EBEP** relativo a los sistemas selectivos reitera que los mismos deberán garantizar el cumplimiento del principio de igualdad del artículo **14** de la **CE**, a través del **carácter abierto de las convocatorias que garanticen la libre concurrencia**, sin perjuicio de la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva, lo que debe ponerse en relación con el artículo **59** del **EBEP** en el sentido de que, en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para las personas con discapacidad. Asimismo, destaca la previsión contenida en el número **4** del artículo **61** de que **las Administraciones Públicas puedan crear Órganos especializados y permanentes para la organización de los procesos selectivos**, lo que debe valorarse muy positivamente sobre todo en aquellas Administraciones Locales que su reducido tamaño en numerosas ocasiones carece de personal y debidamente cualificado.

Señalado el marco Estatal básico, esto debe entenderse sin perjuicio de lo que establezcan las diferentes Leyes de Función Pública que dicten las Comunidades Autónomas en desarrollo y ejecución de sus respectivas competencias según sus Estatutos de Autonomía.

II. DEL DERECHO DE ACCESO AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.-

El derecho al acceso a las Administraciones Públicas, esto es, **el acceso a la Función Pública en condiciones de igualdad**, en relación con los principios de mérito y capacidad, es, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Constitucional (TC), **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 (**§§TC 10/1989, 24/1990**), aunque dicha interpretación de la legalidad ha de hacerse en el sentido más favorable al derecho fundamental (**§TC 24/1990**).

El artículo **23.2 CE** garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder a las funciones públicas "en condiciones de igualdad", lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos **una situación jurídica de igualdad** en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas y concretas [**§§TC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 67/1989, de 18 de abril, FJ 2; 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 b**)]. Esta igualdad que la Ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el artículo **103.3 CE** y no en el artículo **23.2 CE**, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarias para aspirar a los distintos cargos y funciones, el artículo **23.2 CE** impone **la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad**, de manera que pueden también considerarse contrarios del principio de igualdad todos aquéllos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los ciudadanos [**§§TC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 b**)].

En este sentido, se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir al proceso selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al

margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso [**STC 73/1998, FJ 3 a**)].

No es ocioso señalar que el derecho proclamado en el artículo **23.2 CE** incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la Ley, de tal modo que **durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de las normas reguladoras del mismo toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo**, pues 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 interpretación. No obstante, el **TC** ha precisado que el artículo **23.3 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas**, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo **23.2 CE**, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad [**STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c**)].

III. DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.-

El artículo **24** de la **CE** dice que 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**, así como que, 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; lo que debe ponerse en relación con el artículo **106.1** de la **CE** cuando establece 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.

En este sentido, una reiterada doctrina constitucional ha destacado **el protagonismo que a los Jueces y Tribunales corresponde en el control de la regularidad del proceso selectivo**, toda vez que al ser el derecho proclamado en el artículo **23.2 CE** un derecho de configuración legal, "corresponde al legislador señalar los requisitos oportunos dentro del debido respeto a los principios contenidos en el artículo **103 CE**, y a los órganos jurisdiccionales concretar en cada caso cuál es la normativa aplicable, pues es a ellos a quienes corresponde en exclusiva, de conformidad con el artículo **117.3 CE**, el enjuiciamiento de los hechos y la selección e interpretación de las normas" [**STC 10/1989, de 24 de enero, FJ 3; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c**)]. En su condición de intérprete supremo de la Constitución, la

tarea fiscalizadora del TC, si a ello es instado en vía de amparo, ha de circunscribirse a contrastar si la aplicación e interpretación de la legalidad configuradora del derecho fundamental efectuada por los órganos jurisdiccionales ha respetado o no la integridad del derecho fundamental en su caso concernido [**STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4 c)**].

IV. DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES DE OPOSICIÓN.-

La discrecionalidad técnica hace referencia a la creciente influencia que los juicios de conocimiento tienen en las decisiones administrativas. Las relaciones entre técnica y decisión discrecional pueden asumir dos formas distintas: una externa, o sea, la discrecionalidad que se ejerce sobre la base de datos técnicos y que como tal no difiere de los otros tipos de discrecionalidad; y una interna, que hace referencia a la propia relatividad de las reglas técnicas. En cualquier caso, el TS ha establecido que **la discrecionalidad técnica no implica arbitrariedad.**

La noción de discrecionalidad técnica es la que se extrae de la jurisprudencia del TC acerca de la actuación de los tribunales calificadoros de oposiciones y concursos, concepto que obedece a la atribución por la ley de facultades decisorias a determinados sujetos, dotados de una especial idoneidad técnica que escapa del control jurídico de los tribunales. He aquí reseñada su doctrina al respecto, toda vez que, delimitada en los términos expuestos la primera de las cuestiones suscitadas en el presente recurso de amparo, es necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa a la fiscalización por parte de los Jueces y Tribunales de las decisiones o actuaciones de los Tribunales o Comisiones calificadoras que han de resolver las oposiciones y concursos. En esta doctrina el TC haciendo suya una consolidada doctrina jurisprudencial aplicada por los Tribunales ordinarios, ha tenido ocasión de manifestar que, **aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica,** pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo **24.1** de la **CE**, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho del artículo **103.2 CE**, ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican del art. 106.1 **CE**, así como tampoco ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Supone simplemente señalar que ese control judicial, del que no pueden excluirse las

De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público. 5

Resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones [**STC 39/1983 (fundamento jurídico 4.º); 97/1993 (fundamento jurídico 2.º)**].

Así ocurre, decíamos en las citadas sentencias en 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 Pública y que en cuanto tal escapa al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico.

Por lo tanto, **el control jurisdiccional asume**, en palabras del propio Tribunal, **"determinadas modulaciones o limitaciones"** que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Basándose en estas razones, el TC entiende que esta política de revisión jurisdiccional de las decisiones de los tribunales examinadores no afecta la garantía de tutela judicial efectiva prevista en el artículo **24.2** de la **CE**. Esta sentencia modifica la línea jurisprudencial que venía siguiendo el órgano constitucional al pasar de considerar el ámbito de la discrecionalidad técnica como exento del control a estimar que sólo existe una modalidad en cuanto al mismo. En las sentencias posteriores ha reafirmado dicha tendencia. Así, en la **STC 34/95** del 6 de febrero, el tribunal diseñó el marco general en el que la discrecionalidad técnica se inserta, esto es que, antes de pasar a conocer de la cuestión así planteada, sería conveniente realizar una breve síntesis del marco normativo y de la doctrina de este Tribunal en puntos cruciales para su adecuada resolución. La primera observación que hay que hacer es que el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a núcleo central que preside el obrar administrativo, equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico, conectándose de este modo la garantía de sumisión a la norma con la interdicción de arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos y la primacía de la Ley, como postulado básico de un Estado de Derecho. Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia.

La doctrina del TC ha tenido ocasión, sin embargo, de introducir matices. Entre ellos se encuentra, por lo que ahora nos interesa, **la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado «discrecionalidad técnica» de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo**. Con referencia a ella, se ha afirmado que, aún en estos supuestos, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en **«una presunción de certeza o**

De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público.

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, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado», entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993, fundamento jurídico 3.º).

Esto es, el recurso interpretativo de que se habla, en cuanto recorta las facultades de control del Juez, sólo puede considerarse compatible con el diseño constitucional antes descrito en la medida en que contribuya a salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración, eliminando posibles controles alternativos, no fundados en la estricta aplicación de la Ley, de parte de los órganos judiciales. Como se desprende claramente, la doctrina del TC reconoce que **no hay áreas de inmunidad del poder, pero inmediatamente aclara que el control no es pleno en el caso de la actividad de los tribunales de oposición**. Las modulaciones de ese control se deben, en su parecer, a varias razones que van desde la presumible imparcialidad de los componentes del tribunal, su especialización, la participación directa en las pruebas desarrolladas, hasta la presencia de diversas interpretaciones a las que son propensos los exámenes de tipo test, el carácter esencialmente discutible de toda materia jurídica y la falta absoluta de precisión del lenguaje jurídico. Ello ha llevado, en la práctica, a que esa apertura de control no se ejerza en los casos concretos, o sea, que el TC no haya revocado la decisión de un tribunal técnico por arbitrariedad y haya restringido su fiscalización a la existencia de "**desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado**".

Conforme a reiterada Jurisprudencia, cuya cita no resulta ociosa, **los tribunales y órganos calificadores de las oposiciones y concursos gozan de una amplia discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido**, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados que poseen. Y, como se afirma en las Sentencias del Tribunal Supremo, de **10 de octubre de 2000 -RJ 8992-**, de **19 de junio de 2001 -RJ 9544-** y de **22 de febrero de 2002 -RJ 7243-**, esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control por los órganos jurisdiccionales de la actividad evaluadora realizada por los tribunales calificadores a la inobservancia de elementos reglados -cuando existan-, al error ostensible y manifiesto y a la arbitrariedad o desviación de poder. Fuera de estos supuestos excepcionales, advierte sobre la improcedencia de que la Administración, en este caso, los tribunales de oposición, sea sustituida por completo por los órganos jurisdiccionales en la valoración de las circunstancias que motivan la construcción discrecional de la potestad, de tal manera que **si la decisión administrativa aparece razonablemente fundada, no resulta**

jurídicamente correcto que el contenido del acto, en nuestro caso la decisión o propuesta del tribunal, sea sustituido sin más por la opinión del órgano jurisdiccional. **(Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1977 -RJ. 2467- y 15 de abril de 1986 -RJ1139-).**

Los Tribunales calificadoros en pruebas de selección gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, la especialización de sus conocimientos y la intervención directa en las pruebas realizadas, y los **Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos, en segundos Tribunales calificadoros que revisen todas las pruebas y baremaciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación los que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponden al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, lo que no impide, como ya hemos dicho, la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se haya producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder (§§T§ de 20 de octubre de 1992 -RJ 8485- y de 22 de febrero de 2002 ?RJ 7243-, entre otras).**

La denominada discrecionalidad técnica de los tribunales y órganos seleccionadores, que viene a significar que **el juicio técnico emitido no puede ser sustituido por otros órganos, administrativos o judiciales** -salvo que haya existido desviación de poder error o arbitrariedad-, hace descansar esta presunción de certeza y de razonabilidad en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores **(§TC 34/1995, de 6 de febrero).**

Directamente relacionado con la discrecionalidad técnica y su correcto ejercicio, es la capacitación de los miembros de los órganos de selección, toda vez que, carece de toda lógica que si se trata de evaluar exclusivamente los méritos y capacidad de los candidatos, es necesario que todos los evaluadores tengan la cualificación técnica necesaria.

En definitiva, el tribunal calificador cuenta con un ámbito de discrecionalidad técnica no controlable ni por los Tribunales de Justicia ni tampoco por otras instituciones como el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 54 de la **CE**, esto es, una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Lo que debe entenderse predicable a las figuras análogas que puedan prever los Estatutos de Autonomía.

V. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.-

Una de las características del Estado de Derecho que proclama el artículo 1 de la **CE**, junto con el imperio de la Ley y la división poderes, es el **control judicial de la actuación de los Poderes Públicos**, y por lo tanto de las Administraciones Públicas, de conformidad con el artículo 1 de la **Ley 29/1998**, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyo tenor, **los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo**, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación; en relación al artículo 25 de la Ley Jurisdiccional, donde se establece que **el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.**

Es reiterada la doctrina del TS sobre la discrecionalidad técnica de las comisiones juzgadoras (**STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 15 de diciembre de 1995**), habiendo dejado constancia también el TC de que **los órganos jurisdiccionales no pueden nunca suplantar los criterios científicos que han llevado a la comisión calificadora de un proceso selectivo a preferir a un candidato frente a otro**, pudiendo ser revisada únicamente su calificación cuando se produce una infracción jurídica de los criterios a aplicar (**STC 353/1993, de 29 de noviembre**).

El control judicial de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores, como se ha señalado por la doctrina y por la jurisprudencia tanto del TS como del TC, debe realizarse como una revisión de la legalidad de dicha actuación. De manera que, una vez concretados los hechos determinantes que han sido tenidos en consideración por la Administración Pública en su actuación, el Juez deberá comprobar la existencia de un error manifiesto en la valoración que la Administración ha llevado a cabo de los citados hechos, **no pudiendo aquél sustituir las valoraciones fácticas de ésta por las suyas propias** si aquéllas entran dentro del margen de apreciación de la discrecionalidad técnica sin infringir los límites legales. Debe probarse fundamentalmente que la valoración es ilícita, lo que ocurrirá cuando la decisión sea manifiestamente equivocada, irrazonable o

De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público.

desproporcionada, es decir, arbitraria, pretendiéndose mediante la revisión asegurar que la Administración decide en virtud de criterios puramente técnicos.

El Juez no puede ir más allá de la mera constatación de la inexistencia o inexactitud de los hechos sobre los que la Administración funda una decisión discrecional, de modo que no cabe afirmar que la ponderación o valoración de los hechos sea un elemento reglado a diferencia de la constatación de su existencia, salvo cuando no quepa más que una sola valoración precisa de los mismos. El órgano judicial no puede sustituir con su valoración la ponderación de un determinado hecho realizada por la Administración Pública en uso de su potestad discrecional técnica, por cuanto infringiría la aludida línea jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos especializados y su control judicial establecida por el TS y por el TC en cuanto afecta a los artículos. (**Art. 24.1, 23.2 y 103.3 CE.**)

El margen de discrecionalidad técnica en la selección o provisión de personal, en modo alguno supone que el órgano examinador y el órgano decisor, gocen de inmunidad impeditiva del control de la validez legal de sus decisiones y de las justificaciones en que se sustente lo decidido. Así, el poder de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la plena sujeción de la actuación administrativa a la Ley y al derecho es aplicable también a la fiscalización de la actuación de los órganos de selección, sin especialidad alguna cuando este control se realiza sobre los elementos reglados del acto o a la adecuación de la facultad ejercida con la habilitación conferida por el legislador. Si bien cuando se realice éste control judicial sobre las actuaciones selectivas sujetas a parámetros de discrecionalidad técnica, afecta por ello a aquellas cuestiones que debiendo ser resueltas por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, encomendándose por el legislador a determinados órganos especializados de la Administración.

Los actos administrativos que ponen fin a los procedimientos selectivos están sujetos al requisito de motivación de conformidad con el artículo **54.2** de la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (**LRJPAC**), exigiéndose la acreditación en el procedimiento de los fundamentos de la resolución, sin que sea incompatible la discrecionalidad técnica con la exigencia de la fundamentación fáctica que debe ser comprobada en el control jurisdiccional, ya que esta discrecionalidad está delimitada por la garantía de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos de conformidad con el artículo **9.3** in fine de la **CE**. Por ello, **no será válida aquella decisión selectiva que no aparezca justificada mediante una motivación racional, o cuando ésta motivación carezca de sustento material en los datos objetivos sobre los cuales opera y en los que apoyarse, o se evidencie carente de autenticidad y racionalidad.**

En este sentido debe traerse a colación las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ en su Curso de Derecho Administrativo, cuando dicen:

"No basta, sin embargo, como es lógico, con aducir o expresar alguna razón, con motivar el acto de cualquier manera. La exigencia de razones que resulta del artículo 9.3 de la Constitución no se agota, como es evidente, en el puro plano formal de la motivación. Las razones que la autoridad que decide ha de aducir para excluir la tacha de arbitrariedad tienen que tener alguna consistencia..., deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión, han de ser, pues, razones justificativas, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional."

Si bien es cierto que las decisiones dimanantes del ejercicio de la discrecionalidad técnica gozan de una presunción "iuris tantum" de certeza y racionalidad, ello es compatible con el control judicial de la interdicción de la arbitrariedad, control que exigirá para la validez de la actuación administrativa la suficiencia y razonabilidad de los mismos. Lo que se sujeta al control judicial es la validez de la motivación de la decisión del órgano de selección especializado, la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, requiere que este control jurisdiccional se realice mediante la reconducción del análisis de la realidad controvertida a un juicio de validez fundado en derecho, es decir en la interpretación del ordenamiento jurídico vigente. Así y sin llegar a sustituir al órgano administrativo de selección en lo que sus valoraciones tengan de apreciación técnica, el control judicial de la validez de la motivación, podrá sobrepasar el control de los aspectos lógico formales para adentrarse en el contenido de la motivación en orden a enjuiciar jurídicamente la "razonabilidad" de los elementos de justificación que se ofrezcan como centralmente sustentadores de la motivación.

Ha de complementarse esta doctrina con aquella que contempla las decisiones de los tribunales calificadoros en los procedimientos selectivos en los que el sistema sea el concurso de oposición libre, o de comisiones de valoración en concursos para la provisión de puestos de trabajo, en los que se distingue dos tipos de actos:

1º.- Aquellos actos que versan sobre la valoración de los conocimientos o del nivel científico de los concursantes y

2º.- Aquellos actos cuya valoración viene predeterminada por criterios objetivos y matemáticos establecidos en la bases de la convocatoria.

En los primeros, **la puntuación asignada por el Tribunal, en principio no es revisable jurisdiccionalmente, salvo que se hayan infringido las bases de la convocatoria.**

En los segundos, calificación de méritos de los aspirantes, **el control jurisdiccional versa sobre la aplicación de datos numéricos, incompatible con cualquier juicio de discrecionalidad,** por ello, cabe un control pleno del

sometimiento a las bases de la convocatoria de la aplicación del baremo de méritos que hace el tribunal o comisión cuando éste venga conformado, control que no se ve disminuido por la existencia en las propias bases de la convocatoria de conceptos jurídicos indeterminados cuyo significado deba ser necesariamente establecido con certeza.

La discrecionalidad técnica, que tanto la Jurisprudencia Constitucional como la del Tribunal Supremo (SSTC 39/1983, 97/1993, 353/1993, 34/1995 y SST5 de 17 de noviembre de 1986 dictada en interés de ley, de 3 de Febrero de 1987, de 19 de julio de 1988, de 8 de noviembre de 1989, de 18 de enero de 1990, de 13 de marzo de 1991, de 20 y 25 de octubre de 1992, de 25 d febrero de 1994, de 8 de julio de 1994, etc.) **confirma la imposibilidad de revisar el “núcleo técnico” de las decisiones adoptadas por los órganos de selección y reducen la posibilidad de su revisión ulterior a los supuestos de dolo, coacción, desviación de poder, arbitrariedad, errores evidentes, etc., de modo que la calificación sea inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica.**

De los múltiples pronunciamientos jurisdiccionales que sobre la materia existen y sin perjuicio de los señalados anteriormente merecen especial atención los siguientes:

La **ST5 de 18 de enero de 2010**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **4204/2006**, cuando en su Fundamento de Derecho **V** dice:

“Es cierto que se presume la legalidad de los actos de la Administración y que las decisiones de los tribunales calificadoros, debido a los conocimientos especializados de sus miembros y a las notas de objetividad e imparcialidad que deben presidir su actuación, se presumen acertados cuando ejercen la discrecionalidad técnica de la que están dotados. No obstante, es igualmente verdad que se trata de una presunción iuris tantum que puede ser desvirtuada cuando medie una actividad probatoria que ponga de manifiesto su claro desacierto”.

La **ST5 de 26 de octubre de 2009**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **2526/2007**, cuando en su Fundamento de Derecho **V** dice:

“El segundo tampoco puede prosperar porque, de un lado, la prueba practicada no era pertinente. No lo era el dictamen pericial solicitado, pues **los Magistrados de una Sala de lo Contencioso-administrativo no precisan el asesoramiento de profesores universitarios para valorar si la calificación dada a los ejercicios fue arbitraria,...**, En consecuencia, no hubo indefensión y el motivo debe ser desestimado”.

La **STJ de 16 de septiembre de 2008**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **5934/2004**, cuando en su Fundamento de Derecho I dice:

“La recurrente no hace en el presente recurso sino reiterar la posibilidad de revisión de los actos de los Tribunales Calificadores, en virtud de las sentencias que cita de este Tribunal y del Tribunal Constitucional acerca de la discrecionalidad técnica. Recientes sentencias de esta Sala han matizado la jurisprudencia sobre esta materia, llegando a la conclusión de que **dicha discrecionalidad, que impide al Juez sustituir aquellos actos con un contenido técnico por el suyo propio, ha de mantenerse, pero no es distinta, en el caso de Tribunales Calificadores de pruebas selectivas**”.

La **STJ de 12 de marzo de 2008**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **3151/2003**, en su Fundamento de Derecho III establece:

“Esta Sala efectivamente tiene declarado que **la arbitrariedad es uno de uno de los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica**, como también tiene dicho que la racionalidad es el reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 de la Constitución (una muestra de esta doctrina es la sentencia de 18 de mayo de 2007, Casación 4793/2000, que precisamente aborda la cuestión de la posibilidad del control jurisdiccional, con pautas de racionalidad común, de unas pruebas tipo test).

Y debe recordarse así mismo que **otro de los límites que rigen en las actuaciones administrativas encuadrables en esa discrecionalidad técnica**, y cuya observancia también puede ser objeto de control jurisdiccional, son los derechos fundamentales, entre ellos, **el derecho a la igualdad del artículo 14 CE**.

Desde la premisa que significa lo anterior, debe compartirse la anulación que fue preconizada por el recurrente de la anulación de esas tres polémicas preguntas en las que posteriormente fue admitida para los aspirantes que las contestaron más de una respuesta válida.

Así ha de ser considerado porque esa es la solución que resulta más acertada siguiendo pautas de racionalidad común y, también, tomando en consideración las exigencias que son inherentes al derecho a la igualdad.

En relación a lo que acaba de afirmarse, merece recordarse que la especial configuración de las pruebas tipo test consiste en disponer una sola respuesta para cada pregunta entre varias alternativas, sin permitir a las personas que las realizan ningún comentario aclaratorio de su opción, y en disponer también una penalización para quienes, en lugar de no contestar, no eligen la respuesta válida.

Y lo que de ello se deriva es que, existiendo fundadas dudas sobre cual debe ser la respuesta elegida (y así ocurrirá cuando varias de ellas razonablemente puedan considerarse acertadas en relación con lo preguntado), la conducta más coherente en términos de lógica con la naturaleza de las pruebas será considerar mal formuladas las respuestas y no responder para evitar la penalización; y, por esta razón, perjudicar a quienes así hayan procedido con un claro fundamento racional, frente a los que, contrariando la naturaleza de la prueba, contestaron desde el presupuesto de que podían ser consideradas como correctas más de una pregunta, significa seguir una solución de desigualdad carente de una razonable justificación”.

La **STJ de 20 de julio de 2007**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **9184/2004**, en su Fundamento de Derecho **III** establece:

“El concreto objeto del presente proceso consiste, por tanto, en determinar si la exclusión del recurrente fue ajustada a derecho, pretensión que la Administración demandada considera improsperable sobre la base de que pretende sustituirse un juicio emitido por un Tribunal calificador en el ejercicio de una potestad discrecional, juicio que, dada la presumible imparcialidad de los miembros que componen dichos Tribunales, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas practicadas, no puede revisarse pues, y en principio, los Tribunales de Justicia no pueden convertirse en segundos Tribunales calificadores de todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo con sus propios criterios de calificación los que, en virtud de aquella discrecionalidad técnica, corresponden exclusivamente a los Tribunales que hayan de juzgar las pruebas selectivas.

Así pues para la resolución del presente recurso es preciso tener en cuenta dos principios generales, cuales son el de **la discrecionalidad técnica de que gozan las Comisiones calificadoras de oposiciones y concursos y**, en segundo término, **la inatacabilidad de las bases de dichos procesos selectivos con ocasión de la resolución de los mismos siempre y cuando, como habremos de convenir, no hubieran sido recurridas en tiempo oportuno.**

Con relación al primero de los principios generales el problema que se plantea, no exento de dificultad, es tratar de delimitar con cierta precisión lo que propiamente constituye el núcleo central de la discrecionalidad técnica, pues **si bien es verdad que las potestades discrecionales no permiten que, en su ejercicio correcto, se sustituya la valoración del órgano que la tiene atribuida por ninguna otra, no es menos cierto que las exigencias a las que en un Estado de Derecho debe responder la actuación de dichas potestades no las excluye, en su totalidad, del control Jurisdiccional sino, únicamente, en dicho núcleo central.**

En este sentido resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1.991, que resume la doctrina existente al respecto del control Jurisdiccional de la actuación Administrativa, consagrado en el artículo 106.1 de la Constitución, control que se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, y que viene siendo aplicada por los Tribunales, a través de varias pautas que, como expresa la Sentencia citada, son:

1.- El control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad;

2.- La contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los Principios Generales del Derecho, que informan todo el Ordenamiento Jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde se deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquellos; y,

3.- El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución).

Dicho de otro modo, como señala el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 1.988, "las limitaciones a la discrecionalidad administrativa en la materia (a salvo la desviación de poder) se refieren al procedimiento por el que se llega a la resolución del concurso y a la apreciación de las condiciones legales de los aspirantes, pero no se extiende a los juicios técnicos de los Tribunales Calificadores. La valoración de los méritos de los concursantes no tiene otros límites legales que los que, en su caso, se establezcan en las Bases de la convocatoria."

En definitiva, si bien el Tribunal Calificador goza de amplia discrecionalidad técnica no cabe duda, de acuerdo con lo expuesto, que la misma debe descansar en el respeto a lo dispuesto en las Bases del proceso selectivo y, en concreto y en lo que afecta al supuesto que nos ocupa, si realmente concurría en el actor la causa de exclusión contemplada en el apartado 4.3.1 de la Orden del Ministerio del Interior de 11 de enero de 1.988 y que fue la que, como sabemos, determinó la misma.

De contrario, la valoración de una disfunción realmente constatada se entronca, en verdad, dentro de lo que podríamos calificar como "**núcleo material de la discrecionalidad técnica**" respecto al cual cabe decir, (en este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional en Sentencias, entre otras, de 18 de abril de 1.989 y 14 de noviembre de 1.991, y el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de enero y 21 de febrero de 1.992), **que no corresponde a este Órgano Jurisdiccional**

interferirse en el margen de apreciación otorgado al Órgano de Calificación, ni examinar la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino comprobar si no se ha sobrepasado el margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los evaluados y ello porque las valoraciones efectuadas por los Tribunales Calificadores, y en este concreto ámbito, no son susceptibles de control jurídico como no sean los supuestos, extremos, de desviación de poder o notoria arbitrariedad y entonces sólo para anular las mismas, nunca para sustituirlas por otras”.

La **STJ de 14 de julio de 2000**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **258/1997**, en su Fundamento de Derecho **IV** establece:

“Ese carácter de órganos especializados en específicos saberes que corresponde a los Tribunales Calificadores ha determinado la aceptación, en su actuación evaluadora, de un amplio margen de apreciación, esto es, de eso que doctrinalmente se ha venido en llamar discrecionalidad técnica.

Esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados cuando estos existan, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, **deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador**, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”

La **STJ de 4 de junio de 1998**, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **496/1996**, en su Fundamento de Derecho **V** establece:

“Afirma el actor, con cita de jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, que **la presunción de legalidad de que goza la discrecionalidad técnica del Tribunal del concurso puede quedar desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado**, y, en el presente caso, señala el demandante, no hay posibilidad de conocer si ha habido un proceder razonable, dada la ausencia de justificación del criterio seguido en la valoración de los méritos.

Pues bien, no puede decirse que la argumentación del recurrente desvirtúe la presunción de razonabilidad que, según reconoce, ampara la actuación

del Tribunal calificador, ya que, como ya se ha dicho, **la falta de constancia de los criterios complementarios de valoración seguidos por el Tribunal no vicia el procedimiento** y, por otra parte, la valoración que hace el actor de sus propios méritos, atribuyéndoles una puntuación superior a 15 puntos, no es bastante para desvirtuar la razonabilidad de la que ha efectuado el Tribunal con arreglo al baremo establecido, ni para demostrar la existencia de desviación de poder o arbitrariedad que excluyan la legitimidad del respeto a la discrecionalidad técnica del órgano calificador”.

Y la **STC 219/2004 de 29 de noviembre**, dictada en recurso de amparo núm. **2773/2000**, en su Fundamento de Derecho **VI** dice:

“Este Tribunal ya desde su STC 39/1983, de 16 de mayo, FJ 4, afirmó al respecto que **la existencia de la discrecionalidad técnica "no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1)**. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en 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 en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico”.

Pero aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de Justicia en el control de esta actividad administrativa, también este Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1 CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 97/1993, de 22 de marzo, y 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 5), que es, precisamente, lo que ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia ahora impugnada, dar por buena, sin más comprobación, la nota obtenida por el recurrente, sin realizar el control sobre la actuación de los órganos calificadores en cuanto a la aplicación de la mencionada fórmula matemática.

La argumentación que realiza el Tribunal al negarse a resolver la cuestión planteada invocando la discrecionalidad técnica de la Administración,

vulnera el derecho a la tutela judicial del recurrente por denegación de justicia, ya que dicha alegación nada tiene que ver, ni afecta, a la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras del proceso selectivo.

Como se desprende de la doctrina elaborada por este Tribunal (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3) **lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo**, salvo circunstancias excepcionales, pero en el caso que nos ocupa, es evidente que el recurrente no planteó al Tribunal nada que tuviera que ver con la discrecionalidad técnica, no puso en duda la valoración de los ejercicios, ni el criterio de valoración para la corrección de los mismos, solamente se limitó a cuestionar la aplicación de la fórmula para la determinación de las calificaciones, siendo ésta una cuestión que entra absolutamente en las competencias de control de la legalidad del proceso selectivo que deben llevar a cabo los Jueces ordinarios.

Este Tribunal ha afirmado, por una parte que "ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica" (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4), pero además, ha recordado (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3) que "la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria... no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal con su decisión de excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador". Del mismo modo, debemos afirmar que la determinación de si la fórmula empleada para la corrección de determinados ejercicios de un proceso selectivo ha sido aplicada correctamente o no, tampoco entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, y por tanto dicha circunstancia, que en absoluto implica sustituir la actividad de la Administración, debe ser controlada por los Jueces y Tribunales cuando así sea demandado por los participantes en el proceso selectivo".

Añade la citada Sentencia en su Fundamento de Derecho **VII** que:

"En el ejercicio, por parte de la Administración, de la denominada discrecionalidad técnica, existen una serie de elementos plenamente fiscalizables por los Tribunales de Justicia; en el presente caso, el recurrente plantea una cuestión que de ninguna manera puede entenderse que pertenece al ámbito de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores de la Administración, ya que **la correcta aplicación matemática de una fórmula para la corrección de unos ejercicios, es una cuestión fáctica**; la fórmula se aplicará de una u otra manera, bien como expone el recurrente, bien como la realizó la Administración, pero la duda sobre su correcto desarrollo, una vez planteada al Juez, debe ser resuelta, expresa o tácitamente, pero lo que no es admisible, desde el punto de vista de la tutela judicial

efectiva, es que el Tribunal no entre a resolver la cuestión porque considere que es un problema de discrecionalidad técnica⁹.

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional