



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
Estructura de Teleformación



TRABAJO DE FIN DE GRADO

**ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DISCRECIONALIDAD
TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES EN LOS
PROCESOS SELECTIVOS: SU CONTROL JUDICIAL**

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Autora: Isabel López-Trejo Morales

Tutor: Carlos Canino Díaz

Fecha de presentación: junio, 2018





UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
Estructura de Teleformación

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**“ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE
LOS TRIBUNALES CALIFICADORES EN LOS PROCESOS SELECTIVOS: SU
CONTROL JUDICIAL”**

Autora: Isabel López-Trejo Morales

Tutor: Carlos Canino Díaz

Fdo.: Carlos Canino Díaz	Fdo.: Isabel López-Trejo Morales

RESUMEN

El presente trabajo analiza la problemática que surge con la aplicación de la discrecionalidad técnica por parte de los tribunales calificadores de las oposiciones y concursos para el acceso al empleo público. En los siguientes apartados se estudiará su concepto y origen, los límites de la misma, los principios que rigen en los procesos selectivos, así como el alcance y extensión del control judicial sobre la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores, señalando los avances más significativos en la jurisprudencia de los últimos años.

Palabras clave

Discrecionalidad, discrecionalidad técnica, tribunal calificador, empleo público, oposiciones, proceso selectivo, control judicial, bases de la convocatoria, oposiciones, arbitrariedad.

ABSTRACT

The present work deals with the problems arising from the application of technical discretion by the examination boards of the competitions and selection procedures for access to public employment. In the sections below we will focus on the study of its concept and origin, the limitations of it, the principles that govern the selective process, as well as the scope and extent of judicial control over the technical discretion of the qualifying courts, noting the most significant progress in the jurisdiction over the last few years.

Key words

Discretionality, technical discretionality, qualifying court, public employment, competitive examinations, selective process, judicial control, rules of the competition, competition, arbitrariness.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	2
2.	LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	3
2.1.	LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	3
2.2.	POTESTADES ADMINISTRATIVAS REGLADAS Y DISCRECIONALES	7
2.2.1.	Potestad discrecional: naturaleza, razón de ser y características	8
2.3.	EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	9
2.3.1.	Mecanismos de control de la discrecionalidad	9
2.3.1.1.	Control de elementos reglados del acto discrecional; en particular, la desviación de poder	10
2.3.1.2.	Control de la discrecionalidad a través de la técnica de los hechos determinantes	11
2.3.1.3.	Control de la discrecionalidad a través de los principios generales del derecho	13
2.3.1.4.	Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados	14
2.3.2.	Motivación de los actos discrecionales como exigencia formal y garantía	16
2.4.	EN PARTICULAR, LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LOS TRIBUNALES CALIFICADORES	18
3.	EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO	19
3.1.	EN GENERAL, PRINCIPIOS RECTORES EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO	20
3.2.	CONVOCATORIA, BASES GENERALES Y ESPECÍFICAS EN LOS PROCESOS SELECTIVOS	22
3.3.	OBLIGACIÓN DE PUBLICAR LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN CON CARÁCTER PREVIO	24
4.	LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES DE OPOSICIÓN: EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS ADOPTADOS DURANTE LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS	25
4.1.	ETAPA EN LA QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTABLECIÓ QUE LOS JUECES NO PODÍAN REVISAR EL CRITERIO DE LOS TRIBUNALES SELECTIVOS EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE CONOCIMIENTOS SALVO “ERROR MANIFIESTO Y PATENTE”	27
4.2.	ETAPA EN LA QUE LOS JUECES COMIENZAN A VALORAR LA CORRECCIÓN EN LOS EJERCICIOS TIPO TEST	31
4.3.	ETAPA EN LA QUE LOS JUECES EMPIEZAN A EXIGIR LA MOTIVACIÓN DE LA CALIFICACIÓN TRAS LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA, ASÍ COMO LA PUBLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN ANTES DE REALIZAR EL EXAMEN	34
4.4.	ETAPA EN LA QUE SE ADMITEN PRUEBAS PERICIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS DONDE LAS PLAZAS OBJETO DE SELECCIÓN COMPETITIVA SON DE ÁREAS DE CONOCIMIENTO NO JURÍDICAS	38
5.	CONCLUSIONES	41
	BIBLIOGRAFÍA	44
	ANEXOS	46
➤	LEGISLACIÓN	46
➤	JURISPRUDENCIA CONSULTADA	47
	ABREVIATURAS	48

1. INTRODUCCIÓN

La discrecionalidad técnica ha generado, genera y, muy previsiblemente, seguirá generando gran controversia en el mundo del derecho público. Es cierto, que la Administración debe tener atribuido cierto margen de libertad de decisión o maniobra para un funcionamiento más eficaz, ya que sería imposible desempeñar correctamente su función de servicio público a los intereses generales si toda su actuación estuviera predeterminada de manera absoluta y rígida por la ley o por los reglamentos. Sin embargo, esa autonomía ha propiciado la aparición de diversas deficiencias como resultado de una aplicación errónea del Derecho y sin que los Tribunales de Justicia pudiesen controlarla de forma adecuada, especialmente en materia del acceso al empleo público. De ahí, que a veces se haya considerado la discrecionalidad administrativa como *“el caballo de Troya del Estado de Derecho”*, en la conocida expresión de H. Huber¹. Por ese motivo resulta de gran importancia abordar los mecanismos de control que los jueces ejercen sobre la discrecionalidad técnica, ya que es necesario reducirla al máximo y mantenerla bajo un estricto control judicial.

La razón de haber escogido este tema para el trabajo de fin de grado procede de mis años de experiencia como funcionaria en el sector público, adquirida tras haber superado diversos y rigurosos procesos selectivos en los últimos años. De esa forma, he podido experimentar en primera persona los problemas que surgen a la hora de evaluar los méritos y la capacidad de los aspirantes, así como los cambios acaecidos en el control judicial de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros en la administración pública. Todo ello ha despertado un lógico interés por mi parte sobre esta materia.

Por todo lo expuesto, el propósito fundamental de este trabajo es hacer un análisis contrastado de la discrecionalidad técnica en el acceso a la función pública, así como de los cambios que ha sufrido tal cuestión a lo largo del tiempo. Dada la magnitud del tema, se ha estimado que una forma adecuada de abordar esta materia podía ser mediante los mecanismos de control judicial aplicados. A tal efecto, uno de los elementos centrales de este trabajo es el análisis de diferentes sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo que han sentado jurisprudencia sobre la

¹ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo: parte general (13a. ed.)*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 92.

discrecionalidad técnica en los procesos selectivos a la función pública. El resultado de esas sentencias es la conformación de una doctrina legal con capacidad de mejorar progresivamente las potestades de la administración pública en esta materia.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

No existe una definición concreta del concepto de discrecionalidad, no obstante, según Sánchez Morón se trata de la atribución de la capacidad que el legislador concede a la Administración Pública para *“aplicar las normas de diferentes maneras, en principio válidas, en función de las circunstancias o de estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas que a la propia Administración corresponde realizar”*².

Para poder explicar el concepto de discrecionalidad resulta indispensable, como punto de partida, examinar las particularidades relativas a la naturaleza jurídica y el alcance de la actividad administrativa en sus distintas facetas -actividad material y formal-, así como otros conceptos que ayuden a explicar y comprender qué es la discrecionalidad administrativa y cuál su razón de ser, esto es las potestades de la Administración.

2.1. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La actividad administrativa es aquella que procede de alguna Administración Pública y está sujeta al Derecho administrativo (grupo de normas que rigen a la Administración Pública), cuya finalidad es atender al interés general³.

La actividad administrativa puede clasificarse atendiendo a criterios formales o materiales. El primero de los casos –también denominado jurídico formal- supone que los actos administrativos constituyen una decisión unilateral jurídicamente formalizada de la Administración. Éstos se pueden agrupar en cuatro categorías: los actos administrativos, los convenios, los contratos administrativos y, para algunos autores, también la coacción administrativa. El criterio material, que es el que domina en la acción administrativa, es aquel que tiene por finalidad la prestación de un servicio público o la ejecución de las demás actividades que le atañen en sus relaciones con otros

² Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 92.

³ Cosculluela Montaner, L., *Manual de Derecho administrativo* (26ª ed.), Civitas, Navarra, 2015, p. 45.

entes públicos o con los particulares. Ejemplos de estas actividades son: realizar una operación en un hospital público o el servicio que realizan los bomberos al apagar un fuego⁴. Por otra parte, se pueden clasificar en: actividades de policía (de control y ordenación de actividades privadas), actividades de prestación de servicios públicos y actividades de fomento (de promoción y ayuda a actividades privadas)⁵. Ambos tipos de actividad –material y formal- conviven y están en mutua conexión, por ejemplo, en el ámbito sanitario, la administración establece u organiza el funcionamiento de los hospitales a través de diferentes normas, realiza la prestación de servicios por medio de su propio personal médico y dicta las resoluciones oportunas en dicha circunscripción.

Dentro de la actividad formal, el elemento central de la misma es el acto administrativo, que García de Enterría define como una *“declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”*⁶.

Según el artículo 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley de Procedimiento Administrativo): *“Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”*. Asimismo, el artículo 39.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. Ello implica que mientras no se declare su invalidez, los ciudadanos deben cumplirlos y en caso de no estar conforme con los mismos por resultar perjudiciales o por no estar de acuerdo con ellos, deben ser impugnados en vía administrativa o jurisdiccional para obtener su anulación.

⁴ Cosculluela Montaner, L., Manual de Derecho... *op.cit.*, pp. 357-358.

⁵ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 444.

⁶ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de derecho administrativo (18a ed. (v. 1))*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 593.

A los efectos que aquí nos interesa señalar en relación a la discrecionalidad y sin perjuicio de lo dicho, para que los actos administrativos sean válidos resulta imprescindible que estén integrados por una serie de elementos: sujeto, objeto, teleológico y forma.

- **Sujeto:** El acto administrativo sólo puede producirse por una Administración pública o de uno de sus órganos, a través de los cuales se manifiesta y obra. Los órganos que han de realizar los actos deben ser los competentes al efecto (competencia material, jerárquica y temporal). Por último, es necesario que la persona física que actúe como titular del órgano esté investida de su cargo respectivo (nombramiento legal, toma de posesión, etc.).
- **Objeto:** Para asegurar su validez, los actos deben ser lícitos (que sean acordes con el ordenamiento jurídico), posibles (que su cumplimiento sea posible) y determinados (que sean precisos y claros para saber cuál es la obligación).
- **Teleológico o finalista:** Los actos deben satisfacer la finalidad que tienen establecida por el ordenamiento jurídico.
- **Forma:** Los actos administrativos requieren una forma de exteriorización, que puede variar en función de lo que especifique la normativa⁷.

Además, la actuación de la Administración está sujeta al ordenamiento jurídico, por consiguiente no puede proceder de cualquier forma, sino que debe actuar conforme a lo dispuesto en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos. Esto es lo que se conoce como principio de legalidad. Este principio está recogido en el artículo 9.1 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), que dispone que *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*, así como del artículo 9.3, que indica *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas...”*. Además, el artículo 103.1 de la CE señala que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y*

⁷ Cosculluela Montaner, L., Manual de Derecho... *op. cit.*, pp. 360-364.

actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho⁸.

El principio de legalidad tiene dos tipos de vinculación posible: la vinculación negativa, que significa que se puede realizar todo lo que la ley no prohíba o, por el contrario, una vinculación positiva, que implica que sólo puede realizarse lo que expresamente esté permitido por el ordenamiento jurídico.

En el ámbito del Derecho privado el principio fundamental es el de autonomía de la voluntad, afirmación de la libertad individual. En este marco, la ley establece las fronteras de lo que es lícito y lo que no lo es, constituyendo un límite negativo de la libertad de decisión. Esto significa que lo que no está expresamente prohibido por la norma, está permitido, lo que supone una vinculación negativa a la ley⁹.

La Administración, por otra parte, tiene un tipo de vinculación al ordenamiento jurídico diferente del que tienen otros sujetos jurídicos, como son los particulares. Al ser ésta un poder vicarial y estar completamente sometida a la ley y al derecho, le estaría prohibida cualquier iniciativa propia, de forma que solo podría llevar a cabo aquellas actividades que la ley le permita expresamente. Por lo tanto, en el campo del Derecho administrativo prevalece esta segunda vinculación más estricta del principio de legalidad (vinculación positiva). Sin embargo, la Administración puede tomar iniciativas propias y realizar actuaciones que no hayan sido expresamente previstas por una ley previa, siempre que estén dirigidas a cumplir el servicio a los intereses generales. En estos casos, podríamos entender que la vinculación de la Administración a la Ley es negativa¹⁰.

El principio de legalidad de la Administración actúa como una forma de revestimiento legal de la actuación administrativa, lo que implica que la legalidad atribuye potestades a la Administración¹¹.

⁸ Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo (12a ed.)*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 64-65.

⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 90.

¹⁰ *Ibid.*, p. 91.

¹¹ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, p. 487.

2.2. POTESTADES ADMINISTRATIVAS REGLADAS Y DISCRECIONALES

Se denominan potestades a los poderes jurídicos que el ordenamiento vigente otorga a la Administración para atender al cumplimiento de su cometido institucional, que no es otro que velar por los intereses generales¹². Esto significa que, desde un punto de vista funcional, esta organización no puede perseguir legítimamente intereses particulares o privados, sino solo aquellos de carácter general (sociales o colectivos), debiendo realizar las funciones de servicio con objetividad, es decir, sin favoritismos ni discriminaciones¹³.

Conforme lo anterior, la Administración Pública requiere para su actuación de una habilitación legal previa. Según el profesor García de Enterría, existiría un efecto habilitante del ordenamiento jurídico sobre la actividad de la administración, capacitando a la misma para un obrar concreto¹⁴.

Las potestades administrativas pueden catalogarse de diversas formas, entre las que se encuentra la clasificación según el grado de vinculación de la Administración. En este sentido, conviene recordar que las potestades administrativas pueden ser regladas o discrecionales, una distinción de suma importancia para el tema que se trata en estas páginas.

En las potestades administrativas regladas, las normas jurídicas determinan todas y cada una de las condiciones precisas para el ejercicio de la concreta potestad y la administración no tiene margen de libertad de decisión o maniobra¹⁵. Un ejemplo muy claro de esta situación sería la materia sancionadora: el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social se determinan las conductas tipificadas como infracción, así como las sanciones que están previstas para cada una de ellas, no dejando margen alguno de decisión a la Administración.

¹² Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico... op. cit.*, p. 66.

¹³ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 77.

¹⁴ En palabras de García de Enterría, E., "Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos", *Revista de administración pública*, n. 27, 1958, p. 80. "Lo característico de la norma administrativa es que adquiere poderes, habilita a la Administración para un obrar concreto. Por encima de la distinción entre poderes reglados y discrecionales está, en efecto, la elemental constatación de que uno y otro son poderes, y poderes que han debido ser atribuidos de un modo positivo por el ordenamiento".

¹⁵ Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico... op. cit.*, p. 68.

En cambio, en las potestades administrativas discrecionales la ley deja algunas de las condiciones del ejercicio de dicha facultad a la apreciación subjetiva de la Administración que la ejerza, por lo que puede optar por una entre varias soluciones posibles, todas igualmente válidas¹⁶. Un ejemplo de lo dicho puede ser el de los contratos que se adjudican por concurso, en los que la Administración decide entre diferentes criterios para decidir el adjudicatario, lo que posibilita una cierta discrecionalidad en la elección¹⁷.

2.2.1. Potestad discrecional: naturaleza, razón de ser y características

La discrecionalidad administrativa está sometida al principio de legalidad, de igual forma que se encuentran todos los poderes públicos sujetos a la Ley, que es elaborada por la representación popular constituida en Parlamento¹⁸.

En las potestades discrecionales, las normas jurídicas no determinan todas las condiciones precisas para su ejercicio y queda al criterio de la Administración la adopción de la decisión más idónea según el caso para el cumplimiento de la Ley¹⁹. No obstante lo anterior, cuando se ejercitan potestades discrecionales siempre existen ciertos elementos reglados, pues la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad del acto, limitándose a alguno o algunos de los elementos que lo componen²⁰. Un ejemplo de estas potestades puede ser el fijar la cuantía de una subvención.

No existe discrecionalidad administrativa al margen de la ley, sino más bien en virtud de ella y en la medida en que esta lo disponga, ya que la potestad discrecional debe derivar del ordenamiento jurídico y no de la ausencia de la norma aplicable²¹. La potestad discrecional de la Administración es imprescindible para que pueda cumplir con sus funciones, debido a que la ley no puede regular las múltiples y cambiantes relaciones sociales. Es imposible para el legislador prever todos los escenarios posibles y ajustarlos a los requerimientos del interés público o general. La Administración se

¹⁶ Según García de Enterría, E., "Observaciones...", *op. cit.*, 1958, p. 80. "Al margen de la Ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento".

¹⁷ Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico...* *op. cit.*, p. 68.

¹⁸ *Ibid.*, p. 66.

¹⁹ *Ibid.*, p. 68.

²⁰ STS 20 septiembre 1994, Rec. 1749/1992, (FJ 2).

²¹ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso...* *op. cit.*, p. 500.

encuentra en mejor situación por su capacidad técnica y operativa, teniendo mayor margen de reacción en el ámbito económico y social para solventar de forma rápida y eficiente las variables e imprevisibles incidencias del día a día. La discrecionalidad administrativa nace cuando queda al criterio de la Administración la adopción de la decisión más idónea para el interés público en cada momento para el cumplimiento de la Ley²². Como ya se ha dicho, esta situación ocurre cuando existen varias soluciones posibles o bien una facultad disyuntiva o alternativa.

En conclusión, la potestad discrecional no admite que la Administración actúe de forma arbitraria, sino que se otorga por el legislador para que se cumpla de la mejor forma el interés general, adecuándose a las circunstancias que sucedan en el caso concreto. Las normas legales son impersonales y, habitualmente, carecen de capacidad de adaptación. Por ese motivo, el legislador dispone una potestad discrecional cuando considera que no es adecuado delimitar la solución que la Administración debe seguir²³.

2.3. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

No obstante lo anterior, las potestades discrecionales están sujetas a ciertos límites jurídicos generales derivados de las normas que las amparan y además están obligadas a respetar los aspectos reglados específicos de cada potestad²⁴. Estos límites o técnicas de control, explicados en el siguiente apartado, tienen por objeto evitar un posible exceso de poder de la Administración.

2.3.1. Mecanismos de control de la discrecionalidad

Las técnicas de control de la discrecionalidad de la administración están enmarcadas en el cuadro de prohibición que la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 9.3 de la arbitrariedad de los poderes públicos, que obliga a distinguir de forma clara entre el arbitrio legítimo y el puro capricho de los administradores. Para organizar ese control, se utilizan diversas técnicas: el control de elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder, el control de los hechos

²² Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 93.

²³ Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico... op. cit.*, p. 69.

²⁴ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 98.

determinantes, el control por los principios generales del derecho y el control a través de los conceptos jurídicos indeterminados.

2.3.1.1. *Control de elementos reglados del acto discrecional; en particular, la desviación de poder*

En todo acto discrecional existen elementos reglados (la atribución normativa de la potestad, la competencia, el procedimiento, la obligación de motivar y la finalidad del acto) y su control permite un primer control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional²⁵. La discrecionalidad sólo puede producirse de forma lícita cuando respeta los elementos reglados que limitan esa atribución.

Según García de Enterría y Fernández, el control por el Tribunal de los elementos reglados que junto con los discrecionales integran la potestad no plantea ningún problema, salvo en lo que se refiere al control del fin, que da lugar a la técnica de la desviación de poder. La Administración únicamente puede adoptar potestades discrecionales para fines de interés público y para atender al fin previsto por las normas que regulan cada actividad, de lo contrario comete una infracción del ordenamiento conocida como desviación de poder. Según el artículo 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, *“son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”*. Asimismo, el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa indica que constituirá desviación de poder *“el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico”*²⁶.

Para que exista desviación de poder no es imprescindible que el fin perseguido sea particular o privado, aunque esté disfrazado de interés público (por ejemplo, elaborar las bases de un concurso para contratar empleados públicos que interesan a determinadas personas). Basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad (por ejemplo, expropiar suelo no para facilitar la construcción de viviendas sociales, cuando así se prevé legalmente, sino para

²⁵ Cosculluela Montaner, L., Manual de Derecho... *op.cit.*, p. 346.

²⁶ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, pp. 513-514.

incrementar el patrimonio y la financiación municipal mediante su posterior enajenación)²⁷.

El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla mediante esta técnica es la realización del fin concreto que indica la norma habilitante y ese control se efectúa a través de criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Así pues, lo que está en juego es la legalidad administrativa y no la honradez del empleado público o de la propia Administración. Es por este motivo por lo que la desviación de poder no se limita a los casos en los que el fin efectivamente buscado es el particular del funcionario, sino que se da en todos los casos en que se puede comprobar que existe una diferencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa. El artículo 106.1 de la Constitución Española recalca especialmente esta idea cuando encarga a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como del *“sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*²⁸.

Según indica Sánchez Morón, la mayor dificultad que requiere este límite de la discrecionalidad es la prueba de la existencia de desviación de poder, ya que raramente existe certeza de los supuestos fines ilegales realmente perseguidos por la administración pública²⁹.

2.3.1.2. *Control de la discrecionalidad a través de la técnica de los hechos determinantes*

Toda potestad de la Administración (incluidas las discrecionales), se otorga para actuar ante determinadas situaciones de hecho y los hechos son tal como la realidad los exterioriza: solo existe una realidad, no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser a la vez de una manera y de otra³⁰ (por ejemplo, existencia de una vacante, aparcamiento en un lugar prohibido, etc.). La Administración no puede desfigurar la realidad para poder desempeñar sus potestades, por lo que los hechos en los que se apoya el ejercicio

²⁷ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 99.

²⁸ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, p. 515.

²⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, pp. 99-100.

³⁰ García de Enterría, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de administración pública*, n. 38, 1962, p. 170.

de la discrecionalidad deben ser ciertos y puede practicarse la prueba para demostrar su existencia, con la finalidad de verificar la legalidad de la facultad discrecional³¹.

Por ejemplo, si la Administración toma medidas para garantizar la protección de algunas especies de flora o fauna (como puede ser prohibir obras), tal regulación solo podrá establecerse en aquellas zonas donde realmente existan las especies a proteger y estén en peligro. Una potestad discrecional es contraria a derecho cuando se ejercita sin que concurren los hechos determinantes del mismo. Sin embargo, otra cuestión es la valoración del significado o importancia de los hechos determinantes, con la finalidad de adoptar la determinación que corresponda. Volviendo al ejemplo anterior sobre las especies a proteger, la Administración deberá valorar según su número, características y tipo de riesgo que corren, si procede o no adoptar medidas de protección y, en tal caso, cuáles entre las legalmente posibles. En estos supuestos, la Administración puede tener reconocido un margen de discrecionalidad técnica y la legalidad de su intervención dependerá entonces de que se encuentre dentro de los límites de lo razonable, quedando vedado cualquier error manifiesto en la apreciación y valoración de los hechos³².

Cuando una decisión administrativa es objeto de recurso, los Tribunales de Justicia son los encargados de determinar si la Administración ha incurrido en error manifiesto, superado el límite de lo razonable o actuado dentro de los márgenes de sus potestades discrecionales. Este proceso no es sencillo de resolver, por lo que solo se debe confirmar el abuso de discrecionalidad cuando el error sea claro y suficientemente probado, sin que el control judicial pueda apoyarse en suposiciones, estimaciones subjetivas o apariencias³³. Cuestión importante, pues antes de la promulgación de la Ley Jurisdiccional de 1956, los Tribunales de Justicia no discutían los hechos determinantes debido a que prevalecía la idea de que el recurso contencioso-administrativo era una especie de segunda instancia o de casación, procesos en los que las posibilidades de prueba de los hechos eran muy limitadas o nulas³⁴.

³¹ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, p. 515.

³² Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 99.

³³ *Ibid.*

³⁴ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, p. 517.

2.3.1.3. Control de la discrecionalidad a través de los principios generales del derecho

No podemos olvidar que, conforme a nuestro Código Civil, “*las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*” (art. 1.1 CC).

Los principios generales del derecho son “*principios orientadores que carecen de naturaleza normativa y que, en virtud de lo previsto en el art. 1 del Código Civil, tienen una doble función: informan al ordenamiento jurídico, de manera que son considerados tanto en la elaboración como en la aplicación de las normas, y, por otro lado, también son utilizados para hallar las soluciones concretas a casos determinados en defecto de la ley o la costumbre*”³⁵.

La Administración tiene reconocido para el ejercicio de las potestades discrecionales un margen de decisión mayor o menor según las circunstancias, en función de cómo esté configurada la norma jurídica que le otorga dicha potestad. Pero el ordenamiento jurídico está formado, además de por este tipo de normas, por los principios generales del Derecho (proporcionalidad, igualdad, objetividad, buena fe, seguridad jurídica, debido proceso, interdicción de la arbitrariedad, etc.), que no conocen de la distinción entre potestades administrativas regladas y discrecionales y producen efectos sobre el ordenamiento jurídico entero³⁶. Según Sánchez Morón, cualquier decisión discrecional no es legal si infringe algún principio general del derecho³⁷. Por ejemplo, si la administración concede becas de estudio, la exclusión de estudiantes en función de su religión vulneraría el principio de igualdad³⁸.

Entre los principios generales del derecho hay que destacar el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, por su importancia como límite en la discrecionalidad de la Administración. Discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad, lo que significa que la Administración

³⁵ Diccionario Jurídico de Derecho, “Principios generales del Derecho”, *Enciclopedia Jurídica*, 2014, párr. 1 (disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principios-generales-del-derecho/principios-generales-del-derecho.htm>; última consulta 21/04/2018).

³⁶ Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico de Derecho... op. cit.*, p. 73.

³⁷ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 100.

³⁸ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, p. 523.

no puede utilizar la potestad que tiene reconocida por el mero interés o capricho de sus autoridades y funcionarios. Es por ello que toda intervención administrativa se debe basar en una racionalidad intrínseca y debe ser coherente con los hechos determinantes y con el fin público previsto por la normas. Cualquier decisión que no tenga una explicación racional o que se aleje de las reglas más básicas de la racionalidad y el buen sentido, se considera ilegal por arbitraria³⁹.

Resulta complicado determinar qué es lo racional en cada caso. Según García de Enterría y Fernández, el control de la discrecionalidad a través de los principios generales del derecho no se basa en que el juez reemplace el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. Mediante este procedimiento no se resolvería el problema, ya que todo se reduciría en cambiar una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) y lo que se pretende es profundizar en la decisión juzgada para encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general⁴⁰. Por ese motivo, los Tribunales desempeñan con prudencia el control de la racionalidad de la decisión, ya que solo cuando la decisión se presenta carente razón o incurre en un error evidente por irrazonable, puede tildarse de arbitraria.

Sánchez Morón afirma que otro principio que hay que tener en cuenta en esta cuestión es el de proporcionalidad, cuyo cumplimiento está estrechamente relacionado con la prohibición de la arbitrariedad, ya que la decisión también será ilegal si resulta desproporcionada. Esto implica verificar si existe adecuación entre los medios que ha empleado la Administración y los fines públicos que persigue, según las circunstancias. También resulta complejo establecer lo que es proporcional, por lo que los Tribunales son prudentes a la hora de enjuiciar, anulando únicamente aquellas decisiones que son claramente desproporcionadas⁴¹.

2.3.1.4. *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados*

Otra forma de controlar la discrecionalidad es diferenciarla de los conceptos jurídicos indeterminados. Existe cierta confusión entre las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados, que son aquellos supuestos de hecho en los que

³⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 100.

⁴⁰ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, p. 521.

⁴¹ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 101.

la norma no define con precisión los límites de esos conceptos y por lo tanto, se admite un “abanico de posibilidades” a la hora de ser aplicados o interpretados⁴². Esto ocurre en algunos casos, porque los mismos no aceptan una cuantificación o determinación rigurosas, o en otros, porque el legislador decide no acotarlos de manera específica para permitir soluciones oportunas según las circunstancias⁴³. Son conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.⁴⁴

Por ejemplo, la Ley del Patrimonio Histórico Español considera como bienes integrantes del mismo, entre otros, los parques y jardines “*que tengan valor artístico, histórico o antropológico*” (artículo 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español). En este caso, la Administración deberá hacer una evaluación, basándose en criterios técnicos y razonamientos lógicos para la aplicación de un concepto como éste al caso concreto, lo que tiene consecuencias jurídicas muy importantes. Si finalmente se califica el jardín a efectos de la Ley del Patrimonio Histórico, tendrá valor artístico o no lo tendrá, sin que sea posible un término medio. Los conceptos jurídicos indeterminados deben ser precisados en el momento de la aplicación, la cual solo admite una única solución justa (hay o no valor artístico, ruina, interés general, alteración del orden público, etc.) mientras que las potestades discrecionales suponen una libertad de optar por una entre varias soluciones posibles igualmente válidas⁴⁵.

Los conceptos jurídicos indeterminados identifican, a la hora de su empleo o del control judicial, tres zonas de certeza: una zona de certeza positiva, como clara aplicación; una zona de certeza negativa, como clara no aplicación; y una zona de incertidumbre, donde la significación de un término jurídico es imprecisa, dudosa, indeterminada. Es en este último caso donde se podría reconocer cierto margen de apreciación a la Administración, y el resultado de su actividad podría resultar comparable al que conduce la discrecionalidad⁴⁶.

⁴² Núñez Pacheco, M., *Conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería controversias y soluciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, p. 17.

⁴³ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso... op. cit.*, p. 503.

⁴⁴ García de Enterría, E., “La lucha contra las inmunidades... op. cit.”, p. 172.

⁴⁵ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 97.

⁴⁶ Núñez Pacheco, M., *Conceptos... op. cit.*, pp. 26-27.

Para su control, el juez despliega un “test de razonabilidad”, cuando considera injusta o arbitraria la interpretación por resultar no razonable, ofrecer una motivación errónea o carecer de motivación. En el empleo del test de razonabilidad, la jurisprudencia admite “un marco de racionalidad o ponderación” a la Administración y le concede cierto margen en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, pero corrige esa interpretación y anula el acto en que se hubiera plasmado cuando el mismo refleja irracionalidad o falta de ponderación⁴⁷.

2.3.2. Motivación de los actos discrecionales como exigencia formal y garantía

Las decisiones discrecionales deben estar motivadas, según indica el artículo 35.1.i) de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que en estos casos la Administración no aplica automáticamente una norma jurídica, sino que desempeña un poder público a través una decisión propia y por ese motivo debe explicar y justificar las razones de su decisión⁴⁸. Por lo tanto, la motivación es un componente esencial de toda decisión discrecional y consiste en expresar los fundamentos que justifican el acto administrativo, con la finalidad de que el destinatario pueda hacer frente y, en su caso, combatir, ese acto administrativo.

Según Sánchez Morón, la ausencia o insuficiencia de motivación constituye una señal de arbitrariedad, aunque ello no significa sin más que la decisión sea arbitraria, ya que los motivos reales pueden deducirse del expediente o ser explicados adecuadamente con posterioridad. Sin embargo, no es posible valorar el uso que se ha hecho de la discrecionalidad conforme a derecho si existe falta de motivación o si la misma es deficiente, por lo que la decisión debe ser anulada por carecer de un requisito formal⁴⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011⁵⁰ señala que la motivación de los actos administrativos cumple una doble finalidad: por un lado, informa al destinatario de los mismos las razones, concretas y precisas aunque no exhaustivas, de la decisión administrativa adoptada, para que con ese conocimiento

⁴⁷ Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico de Derecho... op. cit.*, p. 71.

⁴⁸ Parada Vázquez, J. R., *Derecho administrativo. II, Régimen jurídico de la actividad administrativa (22ª ed.)*, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 34.

⁴⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 102.

⁵⁰ STS 11 febrero 2011, Rec. 161/2009, (FJ 4).

pueda impugnarla ante los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, que estos órganos puedan cumplir la función de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican que constitucionalmente tienen encomendada (art. 106.1 CE). El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, prevista la Ley de Procedimiento Administrativo, se protege, en caso de incumplimiento, mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado.

Según Palomar Olmeda y Fuertes López⁵¹, la motivación ha de ser más intensa cuanto mayor es el margen de discrecionalidad del órgano administrativo. En el caso del ejercicio de potestades discrecionales, la jurisdicción solo puede ejercitar con garantía su función fiscalizadora a través de una motivación precisa⁵² y es imprescindible que la Administración exprese clara y suficientemente el proceso lógico que le lleve a su decisión⁵³.

Fernández-Espinar López afirma en relación a la discrecionalidad técnica, que la jurisprudencia ha evolucionado en cuanto a la determinación de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea requerida, pueda ser considerada correctamente realizada. A ese respecto se establece que el contenido debe cumplir al menos las siguientes exigencias: a) indicar el material o las fuentes de información sobre las que se va a basar el juicio técnico; b) fijar los criterios de valoración cualitativa que se emplearán para emitir el juicio técnico; y c) justificar por qué el empleo de esos criterios conlleva al resultado individualizado que establece la preferencia a un candidato frente a los demás⁵⁴.

En conclusión, la motivación es un requisito fundamental en los casos en que se exige, ya que permite conocer las razones de la decisión de la Administración, su fundamento jurídico y no jurídico, así como ejercitar los derechos de defensa. Es por

⁵¹ Palomar Olmeda, A. y Fuertes López, F.J., *Motivación del acto administrativo*, V/*Lex España Información Jurídica Inteligente*, 2017 (disponible en <https://practico-administrativo.es/vid/motivacion-acto-administrativo-427637334>; última consulta 22/04/ 2018).

⁵² STS 19 julio 1996, Rec. 610/1993, (FJ 3).

⁵³ STS 15 diciembre 1998, Rec. 711/1996, (FJ 2).

⁵⁴ Fernández-Espinar López, L.C., "El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 26, 2012, p. 242.

esta razón por la que un acto no motivado es aparentemente un acto arbitrario, aunque esta apariencia desaparezca una vez que la Administración aporte la motivación, pese a que sea a posteriori, siempre y cuando no limite las posibilidades de defensa del interesado⁵⁵.

2.4. EN PARTICULAR, LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LOS TRIBUNALES CALIFICADORES

La discrecionalidad técnica hace referencia a los supuestos en los que la Administración tiene, en el ejercicio de una potestad administrativa, un margen de decisión para la realización de apreciaciones y juicios técnicos en la materia de que se trata según las reglas de una especialidad técnica o características de un saber profesional⁵⁶. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto, como por ejemplo: la resolución de un concurso u oposición evaluando la capacidad de los participantes a través de pruebas selectivas; la declaración de ruina de un edificio, fundamentándose en el estudio técnico de su situación; una declaración de impacto ambiental, basándose en el análisis de los efectos sobre el medio ambiente que puede ocasionar una decisión administrativa (como puede ser la aprobación de un proyecto de obra pública o autorización de la instalación de una fábrica)⁵⁷.

Según Milans del Bosch, el ámbito en el que más abunda la discrecionalidad técnica es el de los tribunales calificadores, que deben valorar el “mérito” y la “capacidad” de los participantes en los procesos selectivos de acceso a la función pública⁵⁸.

Conforme una jurisprudencia consolidada durante décadas, los Tribunales de Justicia no pueden rebatir el núcleo de una valoración de carácter técnico realizada por un órgano especializado formado por personas específicamente capacitadas para emitirla desde una posición de objetividad. Pero sí pueden examinar todos los elementos reglados que rodean esa valoración (los principios generales, reglas y

⁵⁵ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ Milans del Bosch, S., “Aspectos controvertidos del derecho de acceso a la función pública: la discrecionalidad técnica y la aplicación de los coeficientes correctores en los procesos selectivos con varios tribunales evaluadores”, Recuerda Girela, M. A. (Ed.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014*, Civitas, Madrid, 2014, p. 7.

⁵⁷ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 95.

⁵⁸ Milans del Bosch, S., “Aspectos controvertidos... op. cit.”, p. 7.

criterios jurídicos establecidos por normas y actos previos, cuya interpretación y aplicación es susceptible por entero de control judicial), así como otros factores que sirvan para poner de manifiesto la arbitrariedad de ese órgano, e incluso su error si se demuestra en el proceso por medio de la prueba. Lo anteriormente expuesto evidencia que habitualmente prevalece como criterio general la decisión del tribunal calificador frente a otros criterios de expertos presentados por los opositores o recurrentes, ya que de no ser así, se excedería la facultad revisora de la jurisdicción. Como criterio especial, los Tribunales de Justicia admiten la revisión de los criterios de los tribunales de oposiciones en los siguientes supuestos⁵⁹:

- Cuando el tribunal calificador se autoimponga normas y autolimite sus facultades.
- No cumpla con los requisitos formales o de procedimiento fijados en la convocatoria.
- No motive adecuadamente la resolución del concurso-oposición.
- El interesado demuestre la presencia de vicios (existe el derecho de acceso al expediente del resto de opositores).
- El juicio del tribunal examinador aparezca viciado por desviación de poder o evidencie la arbitrariedad acreditada por el impugnante.

En síntesis, cuando la discrecionalidad pasa a ser arbitrariedad⁶⁰.

3. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Algunos empleados públicos se encuentran vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo (personal laboral), al igual que podrían estarlo con una empresa privada. Sus relaciones laborales se rigen por el Derecho del Trabajo, aunque existen algunas particularidades importantes reguladas en la legislación general de empleo público. No obstante, la mayor parte de estos empleados accede al sector público mediante nombramiento de la autoridad competente, normalmente después de superar determinadas pruebas selectivas, momento a partir del cual sus relaciones con la Administración se someten a un régimen especial de Derecho Administrativo.

⁵⁹ Milans del Bosch, S., "Aspectos controvertidos... *op. cit.*", p. 7.

⁶⁰ *Ibid.*

Éstos trabajadores se denominan funcionarios y el conjunto de que forman parte puede denominarse, en sentido subjetivo, la función pública⁶¹.

En el régimen jurídico particular de la función pública las condiciones de empleo no se especifican en un contrato o por convenio colectivo, sino que se establecen a través de normas objetivas, leyes y reglamentos. Por ese motivo, el funcionario tiene una relación estatutaria con la Administración y no contractual, lo que significa que queda encuadrado desde su nombramiento hasta la extinción del vínculo profesional en el marco de un estatuto público⁶², que determina en cada momento sus derechos, deberes y responsabilidades⁶³.

3.1. EN GENERAL, PRINCIPIOS RECTORES EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

La Constitución Española de 1978, en su artículo 23.2, garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder a la función pública “en condiciones de igualdad” (principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad), lo que implica que las normas reguladoras de los procesos selectivos deben asegurar a los interesados una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público sin que sea posible establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio.

Este principio de igualdad que la Ley ha de preservar en el acceso a la administración pública conlleva el cumplimiento de ciertas exigencias, en directa relación con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 Constitución Española), las cuales determinan su aplicación no solo en los procedimientos de acceso a la función pública, sino también a lo largo de la vida funcionarial, haciéndose notorias en los sistemas de provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción interna, garantizando la adecuada vinculación entre las pruebas selectivas a superar y los puestos de trabajo a desempeñar⁶⁴. Los funcionarios son trabajadores de la administración y su condición no depende de una elección política. Por otro lado, la Ley

⁶¹ Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública (8ª ed.)*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-18.

⁶² “*Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*” (art. 9.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público).

⁶³ Sánchez Morón, M., *Derecho de la función... op. cit.*, p. 18.

⁶⁴ García García, M.J., “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 15, 2008, pp. 141-142.

que regula su estatuto debe garantizar *“la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”* (art. 103.3 Constitución Española), lo que no significa que puedan actuar como mejor les parezca, sino que implica que en el ejercicio de sus tareas (como por ejemplo, la emisión de informes) quede asegurada su independencia de criterio y, en su caso, de decisión frente a la presión de intereses particulares, incluso los del partido gobernante⁶⁵. Los procesos para ingresar en la administración pública son el cauce formal para plasmar los principios explicados anteriormente y éstos deben estar establecidos en todo caso, independientemente del tipo de prueba que vaya a celebrarse.

Además, el artículo 55.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) recoge otra serie de principios aplicables a los procesos selectivos de las Administraciones Públicas, tales como: publicidad de las convocatorias y de sus bases (generales y específicas), 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 y agilidad, sin perjuicio de la objetividad.

Según el artículo 61.6 del EBEP, *“los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos”*. Sin embargo, para el personal laboral la Ley establece como procesos selectivos la oposición, el concurso-oposición o el concurso de valoración de méritos, sin fijar ese carácter excepcional en la valoración de méritos como sistema de acceso a la función pública, como ocurre en el caso de los funcionarios. El Estatuto de los empleados públicos no se inclina por dar prioridad a la oposición sobre el concurso-oposición, pero sí respalda la valoración de los conocimientos y aptitudes, limitando la valoración de los méritos y garantizando la realización de pruebas objetivas en el concurso oposición⁶⁶. Por este motivo, la puntuación obtenida en la fase de concurso nunca podrá aplicarse para superar los

⁶⁵ Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo... op. cit.*, p. 77.

⁶⁶ García García, M.J., *“Los principios... op. cit.*, pp. 140-141.

ejercicios de la fase de oposición. Únicamente podrán acceder a la fase de concurso aquellos candidatos que hayan superado la fase anterior.

Asimismo, la Ley reconoce la necesidad de conexión entre el tipo de pruebas a superar y su adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados (art. 61.2 EBEP), lo que asegura una adaptación del proceso de selección a las particularidades y grado de especialización de las actuaciones a desarrollar en cada puesto convocado⁶⁷.

3.2. CONVOCATORIA, BASES GENERALES Y ESPECÍFICAS EN LOS PROCESOS SELECTIVOS

Para establecer un nivel de seguridad y confianza de los aspirantes de los procesos selectivos, se deben fijar unas normas de obligado cumplimiento por todas las partes implicadas en estos procedimientos que no son otra cosa que bases de la convocatoria. Éstas deben ser publicadas en los respectivos diarios oficiales, según corresponda BOE, BOC y/o BOP (al igual que la convocatoria) en un plazo máximo de tres años a partir de la publicación de la Oferta de Empleo Público (en adelante, OPE) y vinculan a la Administración y a los órganos de selección que han de valorar los procesos selectivos y a sus participantes. Una vez publicadas la convocatoria y sus bases, solo pueden modificarse respetando los supuestos de rectificación o revisión con sus correspondientes límites y condicionantes, establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶⁸.

Los sistemas de acceso al sector público deben desarrollarse conforme a unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso. En el artículo 55 del EBEP queda plasmado que la capacidad y, fundamentalmente, los méritos a valorar en estas pruebas deben ser acordes con las funciones a desempeñar (criterio objetivo), sin que puedan llegar a establecerse en atención a personas determinadas (criterio subjetivo)⁶⁹.

⁶⁷ García García, M.J., "Los principios... *op. cit.*", p. 142.

⁶⁸ Martín Moreno, J.L., "El derecho fundamental de acceso a la función pública", *Liberlex*, n. 45, 2006, p. 45 (disponible en <http://www.liberlex.com/archivos/El%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20funcion%20publica.pdf>; última consulta 05/03/2018).

⁶⁹ García García, M.J., "Los principios... *op. cit.*", p. 134.

En el desarrollo de los procesos selectivos no solo son importantes los aspectos a valorar (qué valorar), sino también en igual medida los sistemas de puntuación (cómo calificar), lo que requiere unas bases comunes que establezcan unas previsiones genéricas sobre los sistemas y órganos evaluadores⁷⁰. Para ello se redactan las bases generales, que son aquellas que establecen los aspectos comunes de los procesos selectivos para el ingreso o acceso a diversos cuerpos o escalas de la administración. En ellas se indican los requisitos generales de acceso establecidos en los artículos 56 y siguientes del EBEP: tener la nacionalidad española, poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa, no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, poseer la titulación exigida, etc.

Por otro lado, en las bases generales también se explican los procesos comunes para acceder a las convocatorias, tales como los modelos de solicitud, documentación a adjuntar, plazos y lugares de presentación, reserva del porcentaje de plazas para personas con discapacidad, la composición del tribunal calificador, los números de temas que corresponden a cada categoría, etc.

Las bases específicas regulan las normas concretas de cada proceso selectivo y se aprueban para regir cada convocatoria. En ellas se establece, entre otros: el número de pruebas, puntuación asignada a cada una de ellas y tipo de ejercicios a realizar (tipo test, de desarrollo o supuesto práctico), la puntuación que se va a aplicar en la fase de concurso desglosada por experiencia laboral, cursos de formación, etc.

Es un hecho evidente que las bases generales y específicas son muy importantes, ya que regulan las condiciones por las que se van a realizar los diversos procesos selectivos (por categorías) y sus formas (oposición, concurso-oposición y excepcionalmente concurso), debiendo ser respetadas en todo caso, tanto por los aspirantes como por la Administración. Es por ello que deben ser minuciosas en cuanto a los requisitos de acceso y pautas a seguir en las pruebas, ya que si éstas vulneran alguno de los principios de acceso al empleo público o si a través de un acto de aplicación

⁷⁰ García García, M.J., "Los principios... *op. cit.*", p. 134.

de las mismas se produce una vulneración de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, los aspirantes estarán legitimados para recurrirlas primero en la vía administrativa y, si mediante este procedimiento no ven satisfechas sus aspiraciones, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.3. OBLIGACIÓN DE PUBLICAR LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN CON CARÁCTER PREVIO

En ocasiones las bases específicas no concretan todas las características o detalles de las pruebas selectivas, siendo el tribunal calificador el responsable de completarlas o desarrollarlas fijando los criterios de valoración de los ejercicios y puntuaciones. Por ejemplo, en un ejercicio práctico desglosado en varias preguntas, el tribunal puede otorgar un valor diferente a unas u otras o, si es el caso, fijar una penalización de mayor o menor grado en un examen tipo test⁷¹.

La jurisprudencia previa a la corriente actual consideraba correcta esa forma de actuar, siempre que se asegurase el anonimato de los ejercicios, ya que de esa forma se respetaba la igualdad al aplicarse los mismos criterios a todos los opositores, así como la imparcialidad, al corregirse los ejercicios de forma anónima y realizarse el listado de puntuaciones con los aspirantes seleccionados después de la calificación⁷².

Chaves García afirma que actualmente estas reglas han cambiado y el Tribunal Supremo impone que los criterios de valoración de las pruebas selectivas se establezcan con carácter previo a la realización de las pruebas y, además, se informe públicamente a los opositores para garantizar que sepan las condiciones que requieren los ejercicios y puedan demostrar sus conocimientos adaptándose a las pautas de valoración⁷³.

⁷¹ Chaves García, J.R., “El derecho de los opositores a conocer los criterios de valoración”, *delajusticia.com*, 2016, párr. 5 (disponible en <https://delajusticia.com/2016/03/28/el-derecho-de-los-opositores-a-conocer-los-criterios-de-valoracion/>; última consulta 21/04/2018).

⁷² *Ibid.*, párr. 6.

⁷³ Chaves García, J.R., “El derecho... *op cit.*”, párr. 7. La STS 20 octubre 2014, Rec. 3093/2013, expone un caso en el que un tribunal calificador no había puesto en conocimiento de los aspirantes, antes de que se realizara el cuarto ejercicio, que algunas preguntas iban a ser valoradas con mayor puntuación que otras. Apunta la Sala que la jurisprudencia viene exigiendo que los criterios de calificación y puntuación de los ejercicios se establezcan antes de la celebración de los mismos. El TS rechaza que la determinación de la distinta puntuación de las preguntas de un ejercicio, sin comunicar esa distribución a los aspirantes, pueda formar parte de la discrecionalidad técnica que asiste a los tribunales calificadores.

La jurisprudencia ha rechazado que formen parte de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadoros actuaciones tales como otorgar un valor diferente a unas u otras preguntas o fijar una penalización de mayor o menor grado en un examen tipo test sin comunicarlo a los participantes antes de realizar el ejercicio⁷⁴. Además, en la STS de 20 de octubre de 2014 se afirma que *“no cabe duda de que la distinta valoración de unas preguntas sobre otras cuando no se conoce puede afectar al principio de transparencia (artículo 55 del EBEP) y de certeza en la actuación administrativa, dado que una dedicación mayor o menor a unas cuestiones sobre otras puede incidir en el resultado final, y esta cuestión no entra en el ámbito de la discrecionalidad técnica dado que no es la corrección la que está afectada sino la calificación que puede merecer cada pregunta”*⁷⁵.

Por lo tanto, el tribunal calificador puede especificar los criterios de calificación de los exámenes, pero debe hacerlos públicos con antelación a la celebración de las pruebas para el conocimiento de los participantes.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES DE OPOSICIÓN: EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS ADOPTADOS DURANTE LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS

En el curso de los últimos años se ha producido una evolución muy importante por parte de los Tribunales de Justicia en la revisión de la discrecionalidad técnica aplicada a los procesos selectivos del sector público.

En el período anterior a la democracia se concedió un poder de libre decisión (la potestad discrecional) a la Administración Pública, que daba por válida cualquier solución que la misma tomase sin que fuese posible un control judicial. Según Chaves García esta situación se daba por dos motivos: El primero era que los Tribunales de Justicia no debían cambiar la valoración de la Administración por la suya propia en aquellos ámbitos en el que el legislador había confiado en el criterio de los tribunales

⁷⁴ STS 26 mayo 2014, Rec. 1133/2012; STS 25 junio 2013, Rec. 1490/2012; STS 15 marzo 2013, Rec. 1131/2012 y STS 15 diciembre 2011, Rec. 4928/2010.

⁷⁵ STS 20 octubre 2014, Rec. 3093/2013, (FJ 1).

administrativos, que estaban constituidos por expertos en la materia. El segundo motivo era que los jueces no tenían los conocimientos específicos para reemplazar el criterio especializado del proceso selectivo correspondiente (ej. médico, arquitecto, etc.). Por otro lado, al ser la valoración del mérito y capacidad del aspirante extremadamente subjetiva, hubiese sido muy complicado que prevaleciese el criterio de un perito sobre el del otro, lo que hubiese dado lugar a una sucesión indefinida de recursos en los que en vez de juzgar el criterio de valoración, se hubiese tenido que evaluar la especialización del autor de la pericia⁷⁶.

El control de la discrecionalidad que existía inicialmente recaía exclusivamente en los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración (competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y a los principios generales del derecho). Sin embargo, los Tribunales de Justicia han ido aumentando poco a poco la inspección de esa libertad de actuación otorgada a la Administración. Para perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde éste puede operar con normalidad, aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños". El primero, estaría representado por el estricto juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) integrarían, por una parte, las tareas preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, por otra, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Esas tareas preparatorias o instrumentales serían las orientadas a delimitar la materia objeto de ese juicio técnico, a establecer los criterios de calificación que vayan a ser empleados y a aplicar de forma individualizada dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración⁷⁷.

Los cambios más importantes en las formas de proceder de los Tribunales de Justicia se pueden analizar en las siguientes etapas:

⁷⁶ Chaves García, J.R., "Asalto a la escurridiza discrecionalidad técnica en las oposiciones", *delajusticia.com*, 2015, párr. 3-6 (disponible en <https://delajusticia.com/2015/06/01/asalto-a-la-escurridiza-discrecionalidad-tecnica-en-las-oposiciones/>; última consulta 28/04/2018).

⁷⁷ STS 16 diciembre 2014, Rec. 3157/2013, (FJ 5).

4.1. ETAPA EN LA QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTABLECIÓ QUE LOS JUECES NO PODÍAN REVISAR EL CRITERIO DE LOS TRIBUNALES SELECTIVOS EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE CONOCIMIENTOS SALVO “ERROR MANIFIESTO Y PATENTE”

En este período, los tribunales de oposiciones seguían teniendo el poder absoluto para evaluar el mérito y la capacidad de los aspirantes, sin que los Tribunales de Justicia pudiesen entrar en la decisión tomada por la Administración, salvo que se acreditase desviación de poder, ausencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente, cuestiones muy difíciles de acreditar.

Un ejemplo claro de esta etapa es el de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1993⁷⁸, que indica en sus fundamentos de derecho tercero:

“...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 estos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no solo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más...”

“...la existencia de un ámbito de discrecionalidad administrativa técnica en determinados supuestos, entre los que se encuentra la calificación de exámenes y pruebas en las oposiciones y concursos, no supone la desaparición del derecho a la

⁷⁸ La STC 29 noviembre 1993, Rec. amparo 284/1991, expone un caso en el que un opositor participó en las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia y no superó el segundo ejercicio, que era tipo test. El aspirante presentó una demanda alegando que había existido un error en la calificación del mismo, porque el tribunal estimó equivocadas las respuestas que el opositor dio a cuatro de las preguntas, cuando en su opinión eran correctas. El TC desestima el recurso de amparo frente a la sentencia del TS, al considerar que no debe entrar a examinar y, en su caso, a revisar o a rectificar la valoración que se ha llevado a cabo por los órganos calificadores de los concursos y oposiciones acerca de los méritos y capacidades de los aspirantes a determinados puestos.

tutela judicial efectiva. El acto administrativo de calificación podrá ser objeto de la acción fiscalizadora de los Tribunales de Justicia. Lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional -en cuanto la valoración del Tribunal calificador en lo que de apreciación técnica tenga en sí misma escapa al control jurídico-experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una "presunción de razonabilidad" o "de certeza" de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción iuris tantum, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado".

En este caso, el Tribunal Supremo había reconocido en su sentencia previa que tres de las preguntas se habían formulado con carácter impreciso prestándose a la confusión del opositor, y que incluso podía afirmarse que en una de las preguntas debía de considerarse acertada la respuesta del opositor, y no la dada por buena por el tribunal calificador. A pesar de eso, entendió que se trataba de pequeñas imprecisiones o errores inevitables en toda calificación humana que no hacen desvalorizar la justicia de la calificación técnica del tribunal de oposiciones. Según la sala, estos errores suceden por la falta de precisión absoluta en el lenguaje de la técnica jurídica y de las variadas interpretaciones que suele haber en los exámenes de tipo test, pero no alteran los criterios de calificación y el juicio del tribunal, sino únicamente en los supuestos de desvío de poder o arbitrariedad por tratarse de un error grave o manifiesto que cabe presuponer fundado en malicia del Juzgador o en desconocimiento inexcusable de la materia juzgada.

Por los motivos expuestos, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se ampararon en que los Tribunales de Justicia no pueden sustituir en sus funciones a los tribunales calificadores de los concursos y oposiciones y, en concreto, en la limitación de la revisión jurisdiccional en cuanto afecta al contenido técnico de los ejercicios y al acierto o desacierto del planteamiento y resolución de los mismos, considerando que únicamente deben fiscalizar desde el plano de la legalidad la

actuación del órgano calificador y no sus decisiones técnicas. Ni siquiera después de haber confirmado que varias preguntas eran imprecisas e incluso una errónea. Algo que en este caso no tiene mucho sentido, ya que al tratarse de una oposición al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia, los conocimientos necesarios para calificar las pruebas son los propios de la preparación cualificada de los Jueces y Tribunales.

En términos similares se manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999⁷⁹, que indica en sus fundamentos de derecho:

“...es doctrina constitucional⁸⁰ que la discrecionalidad técnica que corresponde a los Tribunales encargados de valorar pruebas no es revisable por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, por último, en cuanto a la existencia de fraude de ley, se trata de una alegación que carece de cualquier prueba, cuando ésta corresponde al recurrente”.

“Son cuestiones que indudablemente pertenecen al ámbito de la "discrecionalidad técnica" de los Tribunales a los que se encomienda la valoración de las pruebas selectivas, y, por tanto, escapan al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que el recurrente acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente por parte de aquéllos”⁸¹.

En esta sentencia, el recurrente alega que se ha vulnerado el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) al haberse incumplido las bases del proceso selectivo y, en consecuencia, producido un resultado

⁷⁹ La STC 22 marzo 1999, Rec. 4418/1995, expone un caso en el que el tribunal calificador, una vez terminado el proceso selectivo, propone a un candidato para ocupar una plaza en el área de especialización de "Física de la Ionosfera" y el otro aspirante presenta una demanda alegando que la Administración ha infringido las bases de dichas pruebas tanto en la primera fase, de concurso, en la que habían de ser valorados los méritos alegados y la labor científica desarrollada, como en la segunda, de oposición, consistente en la exposición de un tema de carácter monográfico sobre el área de especialización. Lo que a su entender ha vulnerado el art. 23.2 CE. El recurrente alega el carácter no científico y la falta de relación con la física o la ionosfera de los méritos presentados por el candidato propuesto, lo que forma parte de la "discrecionalidad técnica" del tribunal calificador. El TC desestima el recurso de amparo por entender que la cuestión pertenece al ámbito de la "discrecionalidad técnica" de los tribunales calificadores de las pruebas selectivas, y, por tanto, escapan al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que el recurrente acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente por parte de aquéllos.

⁸⁰ STC 27 marzo 1984, Rec. 361/1983.

⁸¹ STC 29 noviembre 1993, Rec. 284/1991 y ATC 1239/1987 10 noviembre.

perjudicial para él, en beneficio del otro candidato. La plaza convocada pertenecía al área de especialización de "Física de la Ionosfera" y según las bases de la convocatoria, en la primera fase (concurso) debían ser valorados los méritos presentados y la labor científica desarrollada, y en la segunda (oposición) se debía exponer un tema de carácter monográfico sobre el área de especialización. El opositor alega que los méritos del candidato propuesto para ocupar la plaza son de carácter no científico y no tienen relación con la física o la ionosfera, lo que implica la "discrecionalidad técnica" del tribunal calificador.

Se ha de destacar aquí, tal y como se había comentado en apartados anteriores, que las bases de la convocatoria son las normas que deben cumplir todas las partes implicadas en los procesos selectivos, y una de sus funciones es la de establecer un nivel de seguridad y confianza de sus aspirantes. El derecho fundamental de acceder a la función pública "en condiciones de igualdad" reconocido por el art. 23.2 CE está directamente conectado con la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública.

Por otro lado, también se había explicado en capítulos anteriores que la Ley reconoce la necesidad de conexión entre el tipo de pruebas a superar y su adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados (art. 61.2 EBEP), lo que asegura una adaptación del proceso de selección a las particularidades y grado de especialización de las actuaciones a desarrollar en cada puesto convocado⁸².

En este caso se puede apreciar que no queda claro que se hayan respetado las bases de la convocatoria, al adjudicarse una plaza de especialista en "Física de la Ionosfera" a un aspirante que presenta unos méritos de carácter no científico y sin relación con la física o la ionosfera. Sin embargo, los Tribunales de Justicia no entran a revisar la decisión de la Administración por tratarse de un caso de discrecionalidad técnica y escapar al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que el recurrente acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente por parte de aquéllos, algo que habitualmente es muy difícil de demostrar.

⁸² García García, M.J., "Los principios... *op. cit.*", pp. 140-141.

4.2. ETAPA EN LA QUE LOS JUECES COMIENZAN A VALORAR LA CORRECCIÓN EN LOS EJERCICIOS TIPO TEST

En este período, los Tribunales de Justicia empiezan a entrar en la valoración de la corrección de los exámenes tipo test. Este tipo de ejercicio tiene unas características que favorecen el control de fondo de la decisión del tribunal calificador sin que ello implique ir en contra de la discrecionalidad técnica del mismo, ya que la formulación de las preguntas solo admite una respuesta acertada entre varias alternativas, sin permitir a las personas que las realizan ningún comentario aclaratorio de su opción. Por este motivo, la corrección de este tipo de pruebas es objetiva sin que haya lugar a valoraciones, como puede suceder en exámenes a desarrollar u orales.

Es en este momento cuando los Tribunales comienzan a reconocer el “error manifiesto y patente” en los exámenes tipo test de los procesos selectivos, a diferencia de la etapa anterior, en la que los errores de las preguntas se consideraban *“pequeñas imprecisiones o errores inevitables en toda calificación humana que no hacen desmerecer la justicia del juicio técnico del Tribunal calificador”*⁸³.

Se puede apreciar un cambio de criterio jurisprudencial con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2007⁸⁴, que indica en su fundamento de derecho quinto:

“...el error evidente y la arbitrariedad son los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional.

Todo lo cual equivale a declarar que caen fuera del ámbito de dicha discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores

⁸³ STC 29 noviembre 1993, Rec. amparo 284/1991.

⁸⁴ La STS 18 mayo 2007, Rec. 4793/2000, expone un caso en el que se realizaron pruebas selectivas para cubrir varias plazas en la escala auxiliar de la Universidad de Córdoba. Varios aspirantes y la Universidad de Córdoba presentaron recursos de casación contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por haber declarado la nulidad del primer examen, de su calificación y de todo el proceso selectivo a partir de dichos actos por tener el primer ejercicio seis preguntas con una incorrecta formulación. El Tribunal Supremo estima los recursos de casación confirmando la invalidez de las seis preguntas de la primera prueba, sin embargo, considera que hay que calificar ese examen tomando solo en cuenta las otras 74 preguntas que conservan su validez, ajustando las reglas de puntuación establecidas en la convocatoria a ese número de preguntas. Seguidamente, elaborar una nueva lista de aprobados de ese primer ejercicio que resulte de lo anterior y por último, modificar los actos posteriores del proceso selectivo solo en la medida en que resulte necesario para respetar el resultado de esa nueva lista de aprobados del primer examen.

constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados”.

“La meta consiste en evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cuál puede ser la respuesta correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas.

Y la exigencia tiene que ser una exactitud y precisión tal en la formulación de las pruebas que haga inequívoca cual es la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda que acaba de apuntarse”.

“Igualmente debe subrayarse, como ya ha hecho en otras ocasiones esta Sala, que el parámetro de racionalidad, en los términos que han quedado expuestos, es el reverso positivo de la interdicción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución. Por lo que el caso ahora enjuiciado sí tiene encaje en esos supuestos de arbitrariedad que antes han sido mencionados como expresivos del excepcional control jurisdiccional permitido en la clase de actuaciones administrativas a la que pertenece la que aquí es objeto de litigio”.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo anula seis preguntas del primer ejercicio del proceso selectivo que se habían formulado con errores, ya que algunas admitían dos respuestas como válidas y otras no se ajustaban al temario aprobado en la convocatoria. Aclara que los errores o defectos de formulación apreciados por la Sala de instancia para invalidar esas seis preguntas no son el resultado de una revisión del juicio de valoración técnica del tribunal calificador en el ejercicio de su cometido de corrección de las pruebas litigiosas. Según la jurisprudencia, caen fuera del ámbito de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores las *“apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados”.*

Además de considerar arbitraria la actuación del tribunal calificador y reconocer el error patente, el Tribunal Supremo establece una meta con la finalidad de que haya

una exactitud y precisión en la formulación de las pruebas para evitar que existan dudas sobre cuál puede ser la respuesta correcta.

En términos similares se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008⁸⁵, que indica en su fundamento de derecho tercero:

“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)”.

“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 cuál 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

⁸⁵ La STS 12 marzo 2008, Rec. 3151/2003, plantea un caso en el que un opositor participó en las pruebas selectivas para la provisión de varias plazas de Agentes Bomberos del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y no superó el segundo ejercicio, que era tipo test. El aspirante presentó una demanda alegando que el tribunal calificador había dado por válidas dos respuestas en tres de las preguntas de ese ejercicio y que aplicando la fórmula de corrección prevista en las bases y anulando esas preguntas con dos respuestas válidas, la puntuación que correspondería al actor sería de 5,080. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, confirmando que se deben anular las tres preguntas que presentaban varias opciones de respuesta, reconoce el derecho del recurrente a ser incluido en el listado de aspirantes que superaron el segundo ejercicio de las pruebas selectivas litigiosas con una puntuación de 5,080, y a que continúen para él dichas pruebas de conformidad con lo establecido en las bases de su convocatoria.

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”.

En este proceso, el tribunal calificador dio por válidas dos respuestas en tres de las preguntas del ejercicio tipo test, pero el recurrente había tomado la decisión personal de no contestar esas tres preguntas que suscitaban dudas, porque no conocía la circunstancia de que permitían más de una respuesta válida. El Tribunal Supremo declaró arbitraria la actuación del tribunal calificador, ya que si existen dudas fundadas sobre cuál debe ser la respuesta elegida (es lo que puede pasar cuando varias de ellas pueden considerarse acertadas), la conducta más coherente de un opositor es considerar mal formuladas las respuestas y no responder para evitar la penalización. Por esa razón, perjudicar a quienes hayan procedido de esa forma, con un claro fundamento racional, frente a los que contestaron pensando que podía haber varias respuestas correctas, significa seguir una solución de desigualdad carente de una razonable justificación. En caso de ambigüedad en las respuestas, el Tribunal Supremo ha establecido que la pregunta debe invalidarse.

4.3. ETAPA EN LA QUE LOS JUECES EMPIEZAN A EXIGIR LA MOTIVACIÓN DE LA CALIFICACIÓN TRAS LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA, ASÍ COMO LA PUBLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN ANTES DE REALIZAR EL EXAMEN

Esta etapa, que viene muy seguida de la anterior, presenta una gran evolución por parte de los jueces en cuanto al control de las decisiones tomadas por los tribunales de oposiciones, al comenzar a exigir la motivación de la calificación tras la reclamación administrativa.

Como ya se ha expuesto en apartados anteriores, uno de los límites de la discrecionalidad técnica es la necesidad de su motivación. Expresa con ello la obligación de cumplir el mandato constitucional (art. 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, según el Tribunal Supremo, ese cumplimiento implica la necesidad de motivar el juicio cuando sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación. La motivación es un componente esencial de toda decisión discrecional y consiste en expresar los fundamentos que justifican el acto

administrativo, con la finalidad de que el destinatario pueda hacer frente y, en su caso, combatir, ese acto administrativo.

Se puede observar el cambio en la jurisprudencia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007⁸⁶, que trae causa de un recurso presentado por una opositora que había solicitado la revisión de su ejercicio ante el tribunal de oposiciones y este se ratificó en la calificación de "*eliminada*" que le había otorgado. La única explicación dada para su eliminación fue "*haber cometido un error conceptual grave*" en la tercera de las preguntas, sin explicar las razones de exclusión de la demandante a pesar de habérselo solicitado en varias ocasiones. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dio la razón al tribunal calificador, y por ese motivo la opositora interpuso un recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, señalando lo siguiente en su fundamento jurídico cuarto:

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

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio

⁸⁶ La STS 10 mayo 2007, Rec. 545/2002, expone el caso de una aspirante que participó en unas pruebas selectivas para cubrir dieciséis plazas de Ayudante Técnico Sanitario de la plantilla de funcionarios, superando los dos primeros ejercicios y quedando eliminada en el tercero y último de ellos. La única explicación dada para su eliminación por el Tribunal Calificador fue "haber cometido un error conceptual grave" en la tercera de las preguntas. Sin embargo, ella no estaba de acuerdo con dicha valoración, argumentando que la respuesta de la misma hacía alusión a una práctica habitual que se realizaba en el hospital donde ella trabajaba como personal laboral, y por ese motivo debía alcanzar sobradamente la calificación de aprobada. La Administración no había explicado las razones de eliminación de la demandante, a pesar de habérselo solicitado en reiteradas ocasiones. Por otro lado, dicha actuación mostraba signos de arbitrariedad, como son, entre otros, la omisión de los motivos de eliminación de la recurrente, la indebida apreciación de la extemporaneidad del recurso administrativo y la coincidencia del número de eliminados en el tercer ejercicio con el de plazas convocadas. Por esa razón, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y reconoce el derecho de la recurrente a figurar en la relación de aspirantes que aprobaron la oposición litigiosa y, en el caso de cumplir con las formalidades y requisitos subsiguientes a dicha oposición, el derecho también a ser nombrada en los mismos términos que lo fueron los otros aspirantes que también resultaron aprobados.

técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”.

Otro pronunciamiento de esta etapa se da en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010⁸⁷, en la que un aspirante recibe una puntuación menor a la esperada en la fase de concurso y no recibe ninguna explicación por parte del tribunal calificador sobre los motivos por los que no le computaron todos los méritos presentados. En este proceso se hace alusión a los “aledaños” de la actuación de valoración técnica, que según se expuso en apartados anteriores, integran, por una parte, las tareas preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, por otra, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades del juicio técnico. El Tribunal Supremo afirma que uno de los “aledaños” de ese juicio técnico está caracterizado por la obligación de cumplir el mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y, ese cumplimiento implica la necesidad de motivar el juicio cuando sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación. Esta sentencia, al igual que la anterior, expone que la motivación queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que existe una obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. De la misma

⁸⁷ La STS 19 julio 2010, Rec. 950/2008, trata de un opositor que participó en las pruebas selectivas convocadas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores, especialidad de Administración de Gestión Financiera de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. El aspirante presentó un recurso de alzada en la fase de concurso, exponiendo que no le habían valorado la totalidad de sus méritos. Según él, le correspondía una puntuación de 112.8625 y no de 91.4125. Sin embargo, no se dictó resolución expresa sobre dicho recurso de alzada y en el expediente no constaban los motivos por los que no le habían estimado la calificación reclamada. Por otro lado, tampoco se explicó en el proceso jurisdiccional, cuáles habían sido los criterios seguidos por la Administración para calificar los méritos. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y reconoce la puntuación reclamada por el opositor, así como su inclusión en la lista de aspirantes que habían superado las pruebas selectivas.

manera, el Tribunal Supremo define cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada:

“La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás”.

En este período, además de la motivación, se comienza a exigir por parte de los Tribunales de Justicia la publicación de los criterios de corrección antes de realizar el ejercicio. Estos criterios se consideran como actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico, por lo que no entran en la discrecionalidad técnica, sino en sus aledaños. Se puede apreciar esta evolución de la jurisprudencia con la Sentencia de 15 de marzo de 2013⁸⁸, en la que un aspirante no superó la quinta prueba de la oposición, consistente en una entrevista personal. Los criterios para la evaluación de ese ejercicio no constaban en el expediente en relación a lo actuado antes del examen, sino que se aportaron por primera vez cuando el aspirante presentó un recurso de alzada. Por ese motivo, el Tribunal Supremo pudo afirmar que la calificación de esa prueba no respetó las exigencias de sumisión a las bases, al no tener criterios que

⁸⁸ La STS 15 marzo 2013, Rec. 1131/2012, plantea un caso en el que un opositor tomó parte en las pruebas selectivas para el acceso a la categoría de bombero en la Escala Básica del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad de Cataluña, superando las cuatro primeras pruebas, pero no la quinta, consistente en una entrevista personal. El aspirante solicitó la revisión del último ejercicio, así como que se le facilitase documentación relativa al mismo, pero el Tribunal no le dio dicha documentación y el opositor no tuvo conocimiento de los motivos que determinaron su calificación de "no apto". Las actas del tribunal calificador no constaban en el expediente, a pesar de que su ausencia fue reiteradamente denunciada a lo largo del procedimiento. Por otro lado, según bases de la convocatoria, la entrevista serviría de contraste, pero en ningún caso era eliminatoria. No obstante, la administración eliminó al candidato, que cumplía los requisitos psicológicos, por no obtener una puntuación mínima en la entrevista; no sólo creó un baremo para medir los resultados de la prueba, extralimitándose respecto al tenor literal de dicha base -que sólo contemplaba la calificación de apto y no apto - sino que además lo creó con posterioridad a la celebración de la entrevista de contraste, otorgándole un carácter eliminatorio. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y declara superada por el demandante la cuestionada quinta prueba.

constasen en las bases ni en el expediente, pronunciándose en el fundamento jurídico octavo:

“Es indudable que se trata de criterios establecidos ex post de las pruebas y sin ninguna publicidad; lo que permite afirmar que la fijación de dichos criterios en las condiciones indicadas no respeta la exigencia de sumisión del Tribunal a las bases, ni tiene cobertura posible en un juicio de discrecionalidad técnica”.

Además de establecer los criterios de evaluación de la prueba después de realizar la misma, el tribunal calificador no explicó al opositor los motivos por los que había suspendido ese ejercicio, es por eso que la sentencia señala:

“Pero la vulneración se intensifica todavía más, cuando, pedida por el recurrente revisión de su prueba a que nos acabamos de referir no se le da la explicación a la que tenía derecho, o al menos ese extremo no queda justificado en el expediente, como sería preciso, se viola por ello la exigencia de motivación del acto discrecional, que, como límite de la discrecionalidad técnica, requiere nuestra jurisprudencia”.

4.4. ETAPA EN LA QUE SE ADMITEN PRUEBAS PERICIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS DONDE LAS PLAZAS OBJETO DE SELECCIÓN COMPETITIVA SON DE ÁREAS DE CONOCIMIENTO NO JURÍDICAS

En este período, los Tribunales de Justicia comienzan a admitir pruebas periciales en los procedimientos selectivos donde las plazas objeto de selección competitiva son de áreas de conocimiento no jurídicas, para demostrar ese manifiesto y patente error técnico que permite revisar la resolución del órgano calificador.

Buena referencia de este criterio lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2014⁸⁹, en la que un opositor, que no aprobó el segundo

⁸⁹ La STS 31 julio 2014, Rec. 2001/2013, trata de un opositor que participó en el proceso selectivo para el ingreso en la Subescala de Secretaría-Intervención, mediante el sistema de concurso-oposición, en el marco del proceso de consolidación del empleo interino de las entidades locales. El aspirante, que no aprobó el segundo examen, presentó una reclamación manifestando que su ejercicio era prácticamente idéntico a otros que sí fueron aprobados y la decisión del tribunal calificador no estaba debidamente motivada. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo admitió las pruebas documental y pericial propuestas para comparar los ejercicios de otros aspirantes que, según el recurrente, eran sustancialmente idénticos al suyo y sí recibieron calificaciones de aprobado. Finalmente el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y reconoce el derecho del reclamante a que se le tenga por

examen, presentó pruebas documentales y periciales para comparar su ejercicio con el de otros aspirantes que sí habían aprobado. Según el candidato, el desarrollo de estos ejercicios había sido sustancialmente idéntico. Finalmente se demostró que hubo distinta forma de proceder por parte del tribunal calificador, que no justificó el distinto trato dispensado los aspirantes o a la utilización de criterios distintos. Por esa razón, la sentencia expone en su fundamento jurídico séptimo:

“La jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad técnica, en especial la emanada en supuestos semejantes al presente [sentencias de 27 de enero de 2010 (recurso 34/2007) y de 1 de febrero de 2010 (recurso 88/2007)], no es contraria a que se revise el proceder de dichos tribunales cuando las circunstancias acreditadas en el proceso pongan de manifiesto que sus decisiones incurren en error o son arbitrarias. En efecto, una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que no sea absurdo su juicio y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado. No tienen razón, en este sentido, ni el informe de la presidenta del tribunal calificador, ni las manifestaciones expresadas en las actas de éste ni, tampoco, la sentencia sobre la irrevisabilidad de los ejercicios o, si se prefiere, de las calificaciones que se les otorgaron. Cabe, perfectamente, en aquellos casos en que se alegue error o arbitrariedad, por ejemplo, por no seguir el mismo criterio respecto de todos los aspirantes, lo cual, si se produce, supone, además, apartarse de las bases e introducir un trato desigual a los aspirantes”.

Además de admitir la prueba pericial, el Tribunal Supremo también establece los requisitos que debe cumplir la misma para demostrar ese manifiesto y patente error técnico que permite revisar la resolución del órgano calificador. Esto se puede observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014⁹⁰, en la que una

superado el segundo ejercicio de la fase de oposición con la misma calificación que se le asignó a D. Laureano, otro aspirante que tenía un examen sustancialmente coincidente con el suyo.

⁹⁰ La STS 16 diciembre 2014, Rec. 3157/2013, trata de una opositora que participó, optando a una plaza de "Medicina Intensiva", en el concurso oposición para el acceso a plazas de la categoría de Facultativos de Área dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA). La aspirante, que no superó el segundo examen, presentó una reclamación alegando error de valoración y arbitrariedad de la calificación del tribunal calificador por ausencia de motivación. Aportó una prueba pericial para demostrar que dicha calificación incurrió en un error patente. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que lo que exponía el informe pericial aportado por la recurrente era un desacuerdo o discrepancia técnica con el Tribunal Calificador en relación con las respuestas que este aprobó previamente como criterio de

aspirante, que no superó el segundo examen de la oposición, presentó una prueba pericial para demostrar que su calificación había incurrido en un error patente. A tal efecto, el fundamento de derecho sexto indica lo siguiente:

“La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y 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”.

En este proceso se dio finalmente la razón a la Administración, porque el Tribunal Supremo rechazó que hubiese error manifiesto y patente, considerando que el informe pericial aportado por la recurrente era un desacuerdo o discrepancia técnica con el tribunal calificador en relación con las respuestas que este aprobó previamente como criterio de calificación. En todo caso, lo relevante es que se haya introducido este nuevo elemento de la pericial, ello además de que en esa misma sentencia se emite voto particular de un magistrado que no estuvo del todo de acuerdo con la misma y opinó que dicha prueba había sido suficientemente esclarecedora del acierto de la recurrente. Aunque, al tratarse de un proceso selectivo en el que ha de darse a todos los aspirantes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera haber supuesto la retroacción de actuaciones para que, una vez determinados los criterios de valoración, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios por un tribunal calificador distinto.

calificación. Finalmente, el Tribunal Supremo determina que no hubo falta de motivación ni arbitrariedad por parte de la administración.

5. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se han explicado las particularidades del acceso al empleo público, el funcionamiento de los procesos selectivos y los problemas que surgen en la valoración del mérito y capacidad de los aspirantes, así como los avances que ha habido en la doctrina jurisprudencial acerca del control de la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público. Por todo lo expuesto, se puede concluir lo siguiente:

I. Hay que diferenciar entre el concepto de discrecionalidad administrativa y discrecionalidad técnica. El primero hace referencia a la adopción por parte de la Administración de la decisión más idónea para el interés público en cada momento para el cumplimiento de la Ley, que ocurre cuando existen varias soluciones posibles o bien una facultad disyuntiva o alternativa. El segundo, hace alusión a los supuestos en los que la Administración tiene, en el ejercicio de una potestad administrativa, un margen de decisión para la realización de apreciaciones y juicios técnicos en la materia de que se trata según las reglas de una especialidad técnica o características de un saber profesional. Un ámbito donde en gran medida se desarrolla la discrecionalidad técnica es en el de acceso a la función pública, en el que la apreciación de los conceptos de “mérito” y “capacidad” se atribuye a tribunales de calificación.

II. Las bases de la convocatoria son las normas que regulan las pautas a seguir en los procesos selectivos, de obligado cumplimiento tanto por la administración como por los opositores. El propósito de su establecimiento es garantizar un nivel de seguridad jurídica y confianza de los aspirantes en el desarrollo de las pruebas. Sin embargo, en ocasiones las bases no determinan todos los criterios que va a seguir el tribunal calificador a la hora de realizar o evaluar los exámenes, situación que la jurisprudencia da por válida siempre y cuando se publiquen esas normas antes de realizar los ejercicios. Este punto tendría que ser más riguroso, debiendo fijarse modelos tipo de las bases, comunes para todas las administraciones públicas, y que éstas posteriormente adaptasen a sus convocatorias. Estos prototipos podrían contemplar todas las pautas comunes a seguir en las oposiciones, con el objeto de obligar a la Administración a determinar cada uno de los puntos que van a regular el proceso selectivo desde el comienzo del mismo.

III. Ha habido un muy importante progreso en la jurisprudencia de los últimos años a través de la cual se ha ido delimitando el control de la libertad de actuación otorgada a la Administración. Inicialmente aclara los límites ya expuestos más arriba en este trabajo (control a través de los elementos reglados del acto discrecional, la desviación de poder, los hechos determinantes, los principios generales del derecho y el control a través de los conceptos jurídicos indeterminados). En fase posterior viene a distinguir en la actuación de valoración técnica entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”, donde el núcleo material estaría representado por el estricto juicio de valor técnico y sus aledaños integrarían, por una parte, las tareas preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, por otra, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Esta diferenciación es lo que ha marcado un antes y un después en la jurisprudencia, facilitado el acceso de los Tribunales de Justicia a la valoración de las actuaciones realizadas por la administración pública.

IV. El último y más importante avance de la doctrina jurisprudencial relativa al control de la discrecionalidad técnica ha sido el de admitir la prueba pericial, estableciendo los requisitos que debe cumplir la misma para demostrar ese manifiesto y patente error técnico que permite revisar la resolución del órgano calificador. Este progreso reduce la discrecionalidad a un solo punto: *“el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado⁹¹”*, lo que implica que el resto del juicio técnico puede ser revisado por los Tribunales de Justicia. Actualmente no se puede afirmar que exista un ámbito de discrecionalidad técnica ausente de revisión jurisdiccional, ya que toda decisión técnica puede ser recurrida en vía contencioso-administrativa. Sin embargo, teniendo en cuenta los límites actuales de la discrecionalidad del tribunal calificador, si éste no incurre en ningún vicio de legalidad ni arbitrariedad, se deberá tener por válido su criterio aunque existan soluciones diferentes que puedan resultar igualmente justas, al actuar éste en el ejercicio de su discrecionalidad técnica.

V. Tal vez en un espacio corto de tiempo se puedan determinar de una forma clara y certera los límites de la discrecionalidad técnica, quedando la misma sujeta al pleno

⁹¹ STS 16 diciembre 2014, Rec. 3157/2013.

control jurisdiccional, incluso en los juicios valorativos, con todas las garantías -mediante pruebas periciales si se consideran necesarias-. Ha quedado claro que en numerosas ocasiones sería necesario que se actuase de esa forma, para evitar una retroacción de procesos que impliquen procedimientos y esperas muy largas que siempre terminan perjudicando a las partes afectadas por el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Chaves García, J.R., “Asalto a la escurridiza discrecionalidad técnica en las oposiciones”, *delajusticia.com*, 2015 (disponible en <https://delajusticia.com/2015/06/01/asalto-a-la-escurridiza-discrecionalidad-tecnica-en-las-oposiciones/>; última consulta 28/04/2018).
- Chaves García, J.R., “El derecho de los opositores a conocer los criterios de valoración”, *delajusticia.com*, 2016 (disponible en <https://delajusticia.com/2016/03/28/el-derecho-de-los-opositores-a-conocer-los-criterios-de-valoracion/>; última consulta 21/04/2018).
- Cosculluela Montaner, L., *Manual de Derecho administrativo (26ª ed.)*, Civitas, Navarra, 2015.
- Diccionario Jurídico de Derecho, “Principios generales del Derecho”, *Enciclopedia Jurídica*, 2014, (disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principios-generales-del-derecho/principios-generales-del-derecho.htm>; última consulta 21/04/2018).
- Fernández-Espinar López, L.C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 26, 2012, pp. 211-258.
- Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo (12ª ed.)*, Tecnos, Madrid, 2015.
- García de Enterría, E., “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos”, *Revista de administración pública*, n. 27, 1958, pp. 63-86.
- García de Enterría, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de administración pública*, n. 38, 1962, pp. 159-208.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de derecho administrativo (18ª ed. (v. 1))*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- García García, M.J., “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 15, 2008, pp. 129-156.

- Martín Moreno, J.L., “El derecho fundamental de acceso a la función pública”, *Liberlex*, n. 45, 2006, (disponible en <http://www.liberlex.com/archivos/El%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20funcion%20publica.pdf>; última consulta 05 03/2018).
- Milans del Bosch, S., “Aspectos controvertidos del derecho de acceso a la función pública: la discrecionalidad técnica y la aplicación de los coeficientes correctores en los procesos selectivos con varios tribunales evaluadores” en Recuerda Girela, M. A. (Ed.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014*, Civitas, Madrid, 2014, pp. 1-19.
- Núñez Pacheco, M., *Conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería controversias y soluciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013.
- Palomar Olmeda, A. y Fuertes López, F.J., Motivación del acto administrativo, *V/Lex España Información Jurídica Inteligente*, 2017 (disponible en <https://practico-administrativo.es/vid/motivacion-acto-administrativo-427637334>; última consulta 22/04/ 2018).
- Parada Vázquez, J. R., *Derecho administrativo. II, Régimen jurídico de la actividad administrativa (22ª ed.)*, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2015.
- Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública (8ª ed.)*, Tecnos, Madrid, 2014.
- Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo: parte general (13a. ed.)*, Tecnos, Madrid, 2017.

ANEXOS

➤ LEGISLACIÓN

- Constitución Española, 29 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado núm. 206, de 25 de julio de 1889 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>).
- Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Boletín Oficial del Estado núm. 155, de 29 de junio de 1985. (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado núm. 167, de 14 de julio de 1998, pp. 23516 – 23551. (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16718>).
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado núm. 189, de 8 de agosto de 2000, pp. 28285 – 28300. (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-15060>).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado núm. 236, de 2 de octubre de 2015. (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>).
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial del Estado núm. 261, de 31 de octubre de 2015. (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>).

➤ **JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- [STC 45/1984 de 27 de marzo. Recurso amparo 361/1983.](#)
- [ATC 1239/1987 de 10 de noviembre.](#)
- [STC 353/1993 de 29 de noviembre. Recurso amparo 284/1991.](#)
- [STC 40/1999 de 22 de marzo. Recurso amparo 4418/1995.](#)

TRIBUNAL SUPREMO:

- [STS de 20 de septiembre de 1994. Recurso casación 1749/1992.](#)
- [STS de 19 de julio de 1996. Recurso contencioso-administrativo 610/1993.](#)
- [STS de 15 de diciembre de 1998. Recurso contencioso-administrativo 711/1996.](#)
- [STS de 10 de mayo de 2007. Recurso casación 545/2002.](#)
- [STS de 18 de mayo de 2007. Recurso casación 4793/2000.](#)
- [STS de 12 de marzo de 2008. Recurso casación 3151/2003.](#)
- [STS de 19 de julio de 2010. Recurso casación 950/2008.](#)
- [STS de 11 de febrero de 2011. Recurso contencioso-administrativo 161/2009.](#)
- [STS de 15 de diciembre de 2011. Recurso casación 4928/2010.](#)
- [STS de 15 de marzo de 2013. Recurso casación 1131/2012.](#)
- [STS de 25 de junio de 2013. Recurso casación 1490/2012.](#)
- [STS de 26 de mayo 2014. Recurso casación 1133/2012.](#)
- [STS de 31 de julio de 2014. Recurso casación 2001/2013.](#)
- [STS de 20 de octubre de 2014. Recurso casación 3093/2013.](#)
- [STS de 16 de diciembre de 2014, Recurso casación 3157/2013.](#)

ABREVIATURAS

Art./s	Artículo/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOC	Boletín Oficial de Canarias
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Ed.	Edición/ editor
Ej.	Ejemplo
Etc.	Etcétera
Ibid.	Ibídem (en el mismo lugar, igual que la referencia anterior)
N./Núm.	Número
Op. cit.	Opere citato (en la obra citada)
OPE	Oferta de empleo público
P.	Página
Párr.	Párrafo
Pp.	Páginas
Rec.	Recurso
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
V.	Volumen