

AL PROPOSITO DE LA STS DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014¹, ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: ¿ACASO ESTAMOS ANTE UNA NUEVA FASE EN LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA?

AGUSTÍN JUAN GIL FRANCO

*Funcionario de la Escala Técnica de Universidades,
al servicio del Ayuntamiento de Madrid.
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
de la Universidad Politécnica de Madrid*

Resumen: Con motivo de la sentencia analizada, se realiza un estudio de la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo relativa al control de la discrecionalidad técnica de los órganos técnicos administrativos, y su evolución, plasmada, en parte, a través de las propias resoluciones judiciales más recientes. También se plantea el papel central que la prueba pericial tiene para combatir la presunción *iuris tantum* de la que gozan los juicios técnicos de dichos órganos administrativos y cómo el voto discrepante del magistrado de la sala puede abrir la puerta a una nueva fase dentro del control de la discrecionalidad técnica, que transforme dicho concepto en otro nuevo con mayor recorrido en el control sin perder el carácter técnico del juicio: la discrecionalidad técnica puede ser en realidad un concepto jurídico indeterminado.

Palabras clave: discrecionalidad técnica, prueba pericial, presunción *iuris tantum*, concepto jurídico indeterminado, órganos técnico-administrativos.

Abstract: *on the occasion of the judgment analyzed, a study of the jurisprudence of the third division of the Supreme Court concerning the control of technical discretion of the administrative technical bodies, and its evolution, reflected, in part, is done through their own judgments most recent. The central role is also argued that expert evidence is to combat rebuttable presumption that enjoyed by technical judgments of these administrative bodies and how the dissenting opinion of Judge of the room can open the door to a new phase in control technical discretion, to transform the concept into a new journey in more control without losing the technical nature of the trial: the technical discretion may actually be a vague legal concept.*

Keywords: *technical discretion, expert evidence, rebuttable presumption, vague legal concept, technical bodies-administrative.*

SUMARIO: 1. LA STS, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014 Y SU VOTO PARTICULAR. 2. EL VOTO PARTICULAR. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA PRUEBA PERICIAL. 3. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y SU CONTROL. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. 3.1. Los inicios jurisprudenciales. 3.2. Una fase más en el control de la discrecionalidad técnica. 3.3. Una tercera fase del control. Necesidad de motivar el juicio técnico. 3.4. Un paso más en el control: el contenido de la motivación para su validez. 3.5. El control

¹ STS, contencioso sección 7, de 16 de diciembre de 2014, (ROJ: STS 5341/2014) n.º de Recurso: 3157/2013 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

jurisdiccional de las pruebas tipo test en las pruebas selectivas de acceso a la función pública. 4. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. 5. LA PRUEBA PERICIAL DENTRO DEL “ATAQUE” A LA PRESUNCIÓN “TURIS TANTUM” DEL JUICIO TÉCNICO. 6. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 7. ¿DISCRECIONALIDAD TÉCNICA O CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO? 8. CONCLUSIONES.

1. LASTS, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014 Y SU VOTO PARTICULAR

La interesada plantea, en primera instancia, la opinión doctrinal favorable a la revisión jurisdiccional del juicio técnico mediante prueba adecuada al efecto de tal manera que el informe pericial propuesto debe señalar, en primer término, que la calificación del Tribunal demuestra errores palmarios y manifiestos y, en segundo, si la valoración obedece a los cánones de objetividad que deben presidir todo el proceso selectivo. De igual forma, se aduce la ausencia total de motivación respecto de cada uno de los apartados y preguntas de los supuestos prácticos previstos por las pruebas selectivas, tal y como se deduce de las propias Actas del Tribunal calificador. Sobre este planteamiento, la prueba pericial y su función viene a centrar el debate, para el que la Administración demandada insiste en su mal planteamiento ya que la prueba pericial de la actora tan sólo pretende sustituir el criterio técnico de un órgano colegiado formado según el principio de especialidad, por otro que no reúne dichos caracteres.

La sentencia de instancia rechaza las pretensiones de la parte actora con la siguiente valoración *“Partiendo de la admisibilidad de la prueba pericial propuesta y practicada, su resultado debe coordinarse con lo expuesto anteriormente, en relación a la discrecionalidad técnica y sus límites al control judicial, lo que nos lleva a la conclusión de estimar insuficiente la prueba pericial de parte aportada por la recurrente para destruir y dejar sin efecto la vulneración dada por la Comisión de Valoración toda vez que por la misma, lo que en realidad se pretende, es sustituir el criterio de dicha Comisión por el aducido en dicha prueba, sin poner de manifiesto el error patente, y sin ninguna duda en el que se incidió por la Comisión al proceder a su valoración cuando dicho error se trata de evidenciar por medio de un informe pericial de parte, que aunque válido, no expresa más que la opinión de un especialista frente a la manifestado por quienes componían el Tribunal Calificador del proceso selectivo”*. La sala *a quo* rechaza, de igual forma, las aducidas faltas de motivación y arbitrariedad en las resoluciones del Tribunal Calificador al no otorgarse previamente a su calificación una puntuación propia y específica por cada pregunta formulada en los casos prácticos, ya que esta previsión no se realiza en las bases de la convocatoria.

La Sala casacional, en su fundamento jurídico quinto, viene a destacar el *“permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE), y ésta contenida, entre otras, en la sentencia de 17 de octubre de 2012, casación 3930/2010 y en la más reciente de 4 de junio de 2014, casación núm.*

2103/2013” en relación con la denominada “discrecionalidad técnica”. Concepto jurídico que ha de fundamentarse en unos estándares de motivación necesariamente más estrictos a los habituales a toda acción administrativa. Seguidamente se realiza una exposición relativa a la configuración del concepto de discrecionalidad técnica como concepto individualizado y con sustantividad propia respecto del género “discrecionalidad administrativa”. La singularidad que por vía jurisprudencial se ha hecho realidad, implica también un tratamiento específico desde el punto de vista de la aplicación del art. 106.1 de la CE y que para ello, parte de los criterios de control jurisdiccional general de la discrecionalidad administrativa: “competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho”, los cuales no son suficientes para enjuiciar el concepto “discrecionalidad técnica”. Precisamente, la sala, viene a destacar que precisamente la aplicación del art. 106.1 CE exige, mediante técnicas precisas, el desmantelamiento progresivo del “velo” que rodea a la decisión administrativa: *“La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y 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”*. Operación del control jurisdiccional que se apoya en esta básica distinción propiciada por el Tribunal Constitucional en su STC 215/1991, de 14 de noviembre, y que fue seguida por una ingente jurisprudencia de la propia sala.

Así pues, los aledaños dentro de la valoración técnica comprenden: en primer término, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible, es decir las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y la aplicación de los anteriores de forma individualizada a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración. Y, en segundo término, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades y que se encuentran “encarnadas” en el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. Y si sobre los aledaños cabe un control judicial pleno, no lo es tanto sobre el juicio técnico, el segundo de los elementos desglosados en la acción de la valoración técnica, precisamente por ser un elemento estrictamente técnico dotado de presunción de validez y acierto.

Ahora bien, el esfuerzo apuntado al inicio de toda la disposición argumental implicaba que nos se diera por finalizada la vis expansiva del art. 106 CE, y se produjera un nuevo avance en la línea evolutiva de la jurisprudencia, sobre el juicio técnico para el que se exige una clara necesidad de motivación. Es decir, *“la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación*

que exteriorice ese juicio técnico”, aunque “Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica” (STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002). La fase final en la evolución jurisprudencial se centra precisamente en el contenido exigible para la motivación del juicio técnico, contenido que al menos debe: “(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”. Señalándose seguidamente la jurisprudencia que representa esta marcada evolución dentro del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica².

Ahora bien, la propia sentencia se encarga de advertir que el órgano jurisdiccional “no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse”. Porque: “(i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos”. Lo cual no añade nada nuevo sobre el papel de la prueba pericial dentro del procedimiento de control de la discrecionalidad técnica, que se debe limitar a “demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador”. No es que señale una simple opinión técnica diferente del órgano evaluador sino que debe identificar “de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador”; y al mismo tiempo, señalar las “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”.

Sí es nuevo, en cambio, el contenido y alcance de dicha prueba pericial que parece ir más allá de lo que, la Sala en una sentencia anterior observaba, al limitarla casi en exclusiva a los extremos de carácter fáctico: “en tal sentido no existirá en principio obstáculo para la admisión de la prueba, cuando esta pueda

² Así, entre otras señalan las STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004), STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004) y la (STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012

versar sobre extremos de carácter fáctico, adecuadamente delimitados. Por el contrario, no resulta admisible una prueba que implique en realidad un pretendido juicio global del ejercicio de su discrecionalidad técnica por los órganos de calificación, oponiendo a ello lo que, de aceptarse la prueba, no constituiría sino la sumisión global de la selección de los candidatos a lo que no dejaría de ser la discrecionalidad técnica del perito³. Como también es nuevo que la prueba adquiera cada vez más importancia como medio a disposición del demandante para combatir la discrecionalidad técnica de los órganos técnicos evaluadores de la Administración. De hecho, la única posibilidad de que la alternativa aportada por el demandante pueda ser considerada a la misma altura que el juicio técnico del órgano administrativo es a través de la prueba pericial, a petición de parte, dentro del seno del procedimiento judicial⁴.

El desenlace del recurso de casación es la admisión del recurso precisamente por la falta de motivación que se reprocha a la sala *a quo* por una evidente “falta de motivación en la valoración de la prueba pericial que fue efectuada por la sentencia recurrida”, ya que ésta se produjo “en términos demasiados genéricos” no cumpliendo el “el canon de motivación que impone el artículo 120.3 de la Constitución y cuya observancia es obligada para dar adecuada satisfacción al derecho fundamental de tutela judicial efectiva”. Lo cual viene a reforzar el carácter que la prueba pericial puede tener en el futuro dentro del proceso evolutivo del control de la discrecionalidad técnica.

2. EL VOTO PARTICULAR. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA PRUEBA PERICIAL

Pero otro elemento, sin duda, también determinante en la precitada evolución del control de la jurisdiccional de la discrecionalidad técnica, es el voto particular del magistrado discrepante al señalar que la verdadera cuestión que debe suscitarse es, si realmente es válido plantear la inmunidad jurisdiccional del núcleo de la decisión en el ejercicio de la discrecionalidad técnica dado que, ésta en realidad, al tratar de alcanzar una verdad técnica, se identifica con los denominados conceptos

³ STS, contencioso sección 7, del 9 de enero de 2013 (ROJ: STS 217/2013) n.º de Recurso: 6299/2010 |Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

⁴ Desde luego que en los procedimientos selectivos en los que aplicar cuadros médicos de enfermedades y defectos excluyentes, la prueba pericial en el seno del procedimiento judicial, adquiere además una importancia básica: “En definitiva, las certificaciones médicas aportadas unilateralmente por la parte interesada carecen de las garantías procesales exigidas para ser decisivas en un proceso contradictorio y menos para desvirtuar la fuerza de convicción del dictamen facultativo emitido por los tribunales médicos administrativos. El único medio a tal fin lo constituye la prueba pericial médica practicada en las actuaciones con las debidas garantías procesales, siempre que de forma patente y clara contradigan los informes emitidos por los peritos oficiales, destruyendo así la presunción de veracidad y acierto de la que gozan en base a su carácter oficial”. STS, contencioso sección 7, del 16 de marzo de 2012 (ROJ: STS 1873/2012). Recurso 7090/2010. |Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

jurídicos indeterminados que, en el caso de los procesos selectivos, ha de encontrar *“el aspirante más capaz y con más mérito, que exigirá un esfuerzo interpretativo de concreción, pero al final sólo uno reunirá esta condición”*. En definitiva, como asevera, nos encontramos ante un problema de prueba.

Por lo tanto, nada justifica que el control jurisdiccional establecido por el art. 106.1 CE, encuentre zonas de exclusión dentro de la actividad administrativa por muy técnica que ésta sea. En consecuencia, *“el tratamiento de esa inmunidad respecto al control jurisdiccional no puede ser lo mismo antes y después de la Constitución”*. Por eso, el Tribunal Constitucional realmente no santifica *“un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica”* (STC 86/2004, de 10 de mayo). Lo que lleva a concluir al magistrado discrepante que *“entendida la discrecionalidad técnica como una presunción iuris tantum, si se quiere más fuerte, dada la naturaleza especializada de los órganos de procedencia, podrá ser vencida en juicio por los procedimientos y pruebas legalmente establecidas y valoradas con arreglo a la sana crítica. Desde ese punto de vista es evidente que el órgano judicial, salvo en cuestiones jurídicas en que debe conocer el derecho, no puede sustituir el criterio de los Tribunales Calificadores por el suyo propio, pero cuando valora las pruebas del proceso y llega a una conclusión razonable según las reglas de la sana crítica no aplica su criterio propio, sino el resultado del proceso que pone de manifiesto el error en que ha incurrido la Administración”*

Por eso no puede rechazarse la aportación de prueba pericial de parte *“pues esta es una de las modalidades que prevé la ley de Enjuiciamiento Civil, y no puede privársele de valor simplemente por su utilización y no por solicitar prueba insaculada”*. Yendo más lejos, el magistrado señala además que el Tribunal calificador no realizó una motivación de sus puntuaciones, ni del recurrente ni del resto de los candidatos, desde el primer momento, ya que su actuación posterior urgida por la Administración pública ante un recurso administrativo no tiende sino a defender su posición. De ahí que debió llevarse a cabo una valoración *“más intensa”* por la sala de instancia de la prueba pericial traída por la parte, al *“tratarse de un proceso selectivo, en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera haber supuesto la retroacción de actuaciones para que por un Tribunal Calificador distinto, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los criterios de valoración”*. Así pues, prueba pericial y concepto jurídico indeterminado ¿serán los hitos dentro de una nueva fase evolutiva del control de la discrecionalidad técnica?

3. LADISCRECIONALIDADTÉCNICAYSUCONTROLEVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Es una constante en la jurisprudencia más reciente señalar en sus fundamentos que la discrecionalidad técnica no puede ser una zona inmune al control judicial por virtud de los artículos 103 y 106 de la CE, máxime cuando aquélla afecta a auténticos derechos fundamentales de los ciudadanos. La identificación de cuatro

fases iniciales sobre el significado y ámbito que ha de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, comienzan con la STS de 1 de abril de 2009⁵, que identifica la primera fase de dicho control con los límites y técnicas de control generales aplicados a la actividad discrecional general de la Administración de la que parece no separarse la discrecionalidad técnica. La segunda fase del control, incide en diseccionar y describir dos elementos dentro del concepto, que contendría un núcleo material de la decisión y sus aledaños; la tercera fase de control señala la necesidad de motivar el juicio técnico exponente del núcleo material de la decisión cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación y la cuarta fase, incide en el propio contenido de la motivación para su validez en derecho. Más recientemente, la STS de 26 de febrero de 2013, añade a las anteriores dos fases más, representadas, la primera, por la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada, y, la segunda, la obligación de respetar las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas de tipo test en las pruebas de acceso a cuerpos y escalas de funcionarios de carrera⁶.

Pero esta enumeración carecería de explicación si no se hubiera previamente delimitado e individualizado el concepto de “discrecionalidad técnica” como propio y separado del general “discrecionalidad administrativa”. En efecto, para ello el Tribunal Supremo se apoya en la doctrina del Tribunal Constitucional: *“la legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo(...): “Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”*⁷.

3. 1. Los inicios jurisprudenciales

Desde la más temprana jurisprudencia siempre se hizo hincapié en que la realidad técnica sobre la que enjuiciar los hechos, era el elemento fundamental para

⁵ STS, contencioso sección 7, de 1 de abril de 2009 (ROJ: STS 3207/2009) n.º de Recurso: 6755/2004 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁶ STS, contencioso sección 7, de 26 de febrero de 2013 (ROJ: STS 2115/2013) n.º de Recurso: 2224/2012 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN. En este mismo sentido la STS, contencioso sección 7, del 6 de junio de 2013 (ROJ: STS 3932/2013) n.º de Recurso: 883/2012 | Ponente: CELSA PICO LORENZO.

⁷ STS, contencioso sección 7, de 1 de abril de 2009 (ROJ: STS 3207/2009) n.º de Recurso: 6755/2004 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

la decisión administrativa y su legitimidad. De hecho, para la jurisprudencia este componente técnico suponía una incipiente diferenciación con la discrecionalidad administrativa general. Así, por ejemplo, la STS de 3 de diciembre de 1965, y referida a las resoluciones de los Jurados provinciales de Expropiación forzosa, afirmaba *“la presunción de legitimidad y, además, por su compleja composición, su imparcialidad y su conocimiento de la realidad contemplada desde distintas perspectivas jurídicas y técnicas e incluso empíricas, ofrece unas garantías de acierto reconocidas reiteradamente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal⁸”*. Precisamente la cualidad técnica de algunos de sus miembros rodea las decisiones del Jurado de legalidad y acierto⁹. Aunque esto conllevaba que las alegaciones fueran catalogadas como excepcionales dentro del campo de la discrecionalidad técnica, e incluso excepcionalmente revisables en vía administrativa¹⁰, entendiéndose que un cierto “velo” de infiscabilidad cubriera todo el proceso selectivo en las pruebas de acceso a la función pública y que, desde luego, alcanzaba también a la interpretación de las precisiones que el propio Tribunal pudiera realizar en el seno de aquél¹¹. Incluso llega a decirse que *“corresponde a la soberanía del mencionado Tribunal el sentar sus juicios¹²”*. Incluso se llega a alegar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa para evitar entrar sobre la discrecionalidad técnica: *“los juicios técnicos que emiten las Comisiones valorando la documentación y trabajos de los aspirantes y, cuando así lo acuerden, el resultado de las entrevistas individuales mantenidas con ellos, no pueden ser sustituidos por una decisión de la Administración ni, por ende, por un pronunciamiento de los Tribunales de este orden jurisdiccional dado el carácter revisor de sus potestades¹³”*.

Pero aquella soberanía no llega a ser de tal naturaleza que impida, por ejemplo, a un Tribunal calificador de pruebas de acceso, ante la carencia de ítems valorativos en la convocatoria, que deba valorar, en conjunto, cada uno de los méritos alegados, y ello, dentro de cada clase especial y por un orden de preferencia marcado que es el

⁸ STS, contencioso sección 1, de 3 de diciembre de 1965. Ponente: VICENTE GONZALEZ GARCIA.

⁹ STS, contencioso sección 1, de 2 de junio de 1973 (ROJ STS 2964/1973) Ponente: ALFONSO ALGARA SAINZ.

¹⁰ STS, contencioso sección 1, de 11 de mayo de 1968 (ROJ STS 702/1968) Recurso de apelación |Ponente: JOSE DE OLIVES FELIU.

¹¹ STS, contencioso sección 1, del 2 de octubre de 1973 (ROJ: STS 2169/1973) |Ponente: ALFONSO ALGARA SAINZ.

¹² STS, contencioso sección 1, del 2 de mayo de 1972 (ROJ: STS 836/1972) Recurso de apelación |Ponente: ADOLFO CARRETERO PEREZ.

¹³ STS, contencioso sección 1, de 21 de enero de 1987 (ROJ: STS 15644/1987) n.º de Recurso: 280/1986 |Ponente: ANGEL RODRIGUEZ GARCÍA. Con el mismo tenor literal: STS, contencioso sección 1, de 5 de mayo de 1987 (ROJ: STS 14105/1987) N.º de Recurso: 372/1986 |Ponente: ENRIQUE CANCER LALANNE y STS, contencioso sección 1, de 3 de febrero de 1987 (ROJ: STS 635/1987) Recurso de apelación |Ponente: ANGEL RODRIGUEZ GARCIA. Con el mismo fundamento: STS, contencioso sección 1, de 3 de febrero de 1987 (ROJ: STS 650/1987) Recurso de apelación |Ponente: ANGEL RODRIGUEZ GARCIA.

que ha de servir de base a la calificación¹⁴, y que dicho margen de discrecionalidad resulta por evidentes exigencias del mejor servicio que precisamente es el que legaliza dicha actuación administrativa¹⁵. Porque la discrecionalidad -controlable no sólo su legalidad formal sino también respecto del “arbitrio” otorgado al Tribunal selectivo¹⁶-, cuando se ejercita salvando la intención, con falta de medida y con exceso de la facultad otorgada, está vinculada a la cuestión de fondo y conduce, como ahora, a la procedencia de revocar y dejar sin valor ni efecto las resoluciones y disposiciones que vulneran la competencia que les atribuyó el ordenamiento jurídico¹⁷. Si bien, la norma general es que *ante el uso de la discrecionalidad no pueda ser impugnada la resolución administrativa ante la jurisdicción contenciosa más que en caso de evidente demostración de que el Órgano Administrativo usara de ella para fines distintos a los que informa el Ordenamiento Jurídico, es decir si la administración actuó infringiendo las bases del Concurso de méritos*¹⁸. Lo que tampoco significa que la Administración en este caso, como en todos los de determinado margen de discrecionalidad a su favor, pueda, ni deba hacer uso caprichoso de sus facultades, siempre en mayor o menor cuantía reguladas por el fin público y general de la norma en cada caso aplicada¹⁹.

Esta línea chocaba frontalmente con una tempranísima STS de 26 de abril de 1958, que incluso nos permitiría encontrar una incipiente prefiguración de la actual doctrina sobre la discrecionalidad técnica al distinguir, dentro de la actuación de la valoración técnica del candidato, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”, cuando en aquélla se hablaba, dentro de un proceso selectivo, de la valoración realizada por el Tribunal entre los elementos reglados: *“el factor de méritos específicos de valoración absoluta, y el procedimiento o trámite del concurso, y otro discrecional, porque no puede menos de serlo la apreciación moral y humana de circunstancias de concepción en la labor de un funcionario”*²⁰.

¹⁴ STS, contencioso sección 1, del 8 de octubre de 1966 (ROJ: STS 344/1966) N.º de Recurso: 10246/1966 |Ponente: ISIDRO PEREZ FRADE.

¹⁵ STS, contencioso sección 1, de 9 de noviembre de 1967 (ROJ: STS 1996/1967) Ponente: GINES PARRA JIMENEZ.

¹⁶ STS, contencioso sección 1, de 5 de noviembre de 1958 (ROJ: STS 951/1958) Ponente: FRANCISCO CAMPRUBI Y PADER.

¹⁷ STS, contencioso sección 1, de 10 de junio de 1960 (ROJ: STS 766/1960) Ponente: JOSE MARIA CARRERAS ARREDONDO.

¹⁸ STS, contencioso sección 1, de 9 de noviembre de 1967 (ROJ: STS 1996/1967) Ponente: GINES PARRA JIMENEZ.

¹⁹ STS, contencioso sección 1, de 14 de abril de 1970 (ROJ STS 1114/1970) Ponente: JOSE DE OLIVES FELIU. Este mismo ponente en una sentencia anterior señalaba que *“tal alegación dentro del campo de la discrecionalidad técnica, excepcionalmente revisable en vía administrativa, de la que se hizo eco la Administración”* STS, contencioso sección 1, de 11 de mayo de 1968 (ROJ STS 702/1968) Recurso de apelación |Ponente: JOSE DE OLIVES FELIU.

²⁰ STS, contencioso sección 1, de 26 de abril de 1958 (ROJ: STS 976/1958) Ponente: FRANCISCO CAMPRUBI Y PADER.

Por tanto, podemos encontrar, desde el primer momento, una cierta individualización entre el género “discrecionalidad administrativa” y la especie “discrecionalidad técnica”, identificada ésta última con las facultades ejercidas por Órganos de composición eminente o parcialmente técnico que son los que pueden otorgar imparcialidad a la resolución administrativa. Incluso, se llega a afirmar que estas facultades de índole técnica y, por consiguiente, no jurídicas son una garantía de acierto²¹ y merecen ser acogidos con el crédito y autoridad que se desprende de su doble composición técnico-jurídica, y de su permanencia y especialización²². Si bien, en lo relativo a la operación concreta del control judicial, se observa una cierta oscilación entre la vaguedad de dicho control, hasta la incipiente individualización de los componentes estructurantes de la discrecionalidad técnica a los efectos de su completo enjuiciamiento.

En esta misma línea se adscribirían las referentes a procesos relativos a la selección de funcionarios cuando no se contienen en las Bases normas de valoración de méritos, por medio de baremos o tablas, ni la Ley exija taxativamente su observancia. En cuyo caso la discrecionalidad técnica ha de jugar a favor de la objetivización del proceso facultando al Tribunal que se hallaría capacitado para valorar no de modo parcial determinados méritos, sino el conjunto de la personalidad profesional de los concursantes, dando preferencia a los títulos o grados oficialmente reconocidos en España, sobre aquellos otros que siendo susceptibles de valoraciones subjetivas lícitas no pueden en cambio sobrevalorarse de tal forma que reduzcan la eficacia de los primeros²³.

Podemos decir, pues, que, aunque bajo los parámetros del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, la discrecionalidad técnica se abre paso individualizándose tanto en sus características administrativas como en la actividad de control de los Tribunales de Justicia, que ven precisamente en el contenido técnico de las resoluciones administrativas un factor determinante.

3.2. Una fase más en el control de la discrecionalidad técnica

Quizás no se trate tanto de nuevos elementos, como de la profundización en los que tradicionalmente se definieron para el control de las potestades discrecionales. La Sala adoptó la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”, distinción ya señalada en su día

²¹ STS, contencioso sección 1, de 16 de mayo de 1981 (ROJ: STS 969/1981) Recurso de apelación |Ponente: JOSE PEREZ FERNANDEZ.

²² STS, contencioso sección 1, de 13 de julio de 1987 (ROJ: STS 4988/1987) Procedimiento: Recurso de apelación |Ponente: ANGEL RODRIGUEZ GARCIA.

²³ STS, contencioso, del 2 de abril de 1979 (ROJ: STS 1300/1979) Recurso de apelación |Ponente: FELIX FERNANDEZ TEJEDOR.

por el Tribunal Constitucional (STC 215/1991, de 14 de noviembre²⁴) y aplicada repetidamente desde la Sentencia de 28 de enero de 1992. Rec. 17267/1990 junto a las de 11 de diciembre de 1995; 15 de enero de 1996 y 1 de julio de 1996, todas relativas a la Comisión de Reclamaciones de la ya derogada Ley de Reforma Universitaria, instancia administrativa previa a la judicial en respecto de las Comisiones Juzgadoras de acceso a los cuerpos docentes universitarios.

Es verdad que la jurisprudencia de los 90, señala la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños” dentro de la discrecionalidad técnica pero emite, al mismo tiempo, ideas contradictorias sobre la cuestión, ya que mientras trata de delimitarse y aumentar el control de legalidad sobre los contenidos determinantes de la decisión administrativa, mediante la validez y procedencia jurídica de unos “criterios de valoración” elaborados y aplicados por la Administración, llamada a la elección, sigue concibiendo la discrecionalidad técnica como una facultad de amplios poderes²⁵. Es más, para cierta jurisprudencia, el concepto de la “discrecionalidad técnica”, “per se”, es ajena a la arbitrariedad²⁶, ni tampoco puede justificar una actuación arbitraria ya que, al mismo tiempo, permite «disponer de un margen de libertad en la elección de objetivos como medio para satisfacer el interés público que es, en verdad, el que sirve de causa legitimadora de la actividad de la Administración» (sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1983)²⁷. Porque “los Tribunales calificadoros de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas²⁸”. En otras sentencias se hace mención de la discrecionalidad técnica como una “discrecionalidad nominativa”²⁹

²⁴ Sirva de muestra un botón: “la sentencia (refiriéndose a la STC 215/1991, de 14 de noviembre) hace un encomiable intento para distinguir entre el «núcleo material de la decisión técnica», reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas”, STS, contencioso sección 1, de 28 de enero de 1992 Recurso de apelación | Ponente: RAMON TRILLO TORRES.

²⁵ En efecto así señala: “a fin de interpretar la normativa de aplicación, con toda transparencia y objetividad, y así cumplir en encargo que la Ley 19/1988, le confería dentro de una discrecionalidad técnica, para lo que de antemano, y a través de dichos “criterios de valoración” se autolimitó dicha facultad que la Ley le otorgaba a fin de no incurrir en desigualdad, trato discriminatorio o arbitrariedad que la Constitución prohíbe” STS, contencioso sección 3, de 28 de febrero de 1995 (ROJ: STS 9584/1995) Ponente: BENITO SANTIAGO MARTINEZ SANJUAN.

²⁶ STS, contencioso sección 1, de 26 de abril de 1990 (ROJ: STS 13280/1990) Recurso de apelación | Ponente: BENITO SANTIAGO MARTINEZ SANJUAN.

²⁷ STS, contencioso sección 1, de 9 de febrero de 1988 (ROJ: STS 789/1988) Recurso de apelación | Ponente: JUAN GARCIA-RAMOS ITURRALDE.

²⁸ STS, contencioso sección 1, de 13 de marzo de 1991 (ROJ: STS 1485/1991) Recurso de apelación Ponente: CESAR GONZALEZ MALLO.

²⁹ STS, contencioso sección 1, de 17 de mayo de 1990 (ROJ: STS 12038/1990) Recurso de apelación | Ponente: BENITO SANTIAGO MARTINEZ SANJUAN; también en: STS,

de tal manera que, *“para que se produzca correctamente esa voluntad colegiada, es menester que los miembros que la componen traben exacto conocimiento de los informes y datos que han de obrar en el expediente, máxime cuando se trata de la producción de un acto administrativo de discrecionalidad técnica”*³⁰.

Aunque también para limitar las facultades de elección y sobre el componente exclusivamente técnico, la jurisprudencia admite los “criterios de evaluación” autogenerados por el órgano evaluador como fruto propio y natural del ejercicio de la discrecionalidad técnica, y como remedio para no incurrir en desigualdad, trato discriminatorio o arbitrariedad³¹. En cambio, en otros pronunciamientos se sigue manteniendo que la discrecionalidad técnica hace referencia a los juicios valorativos que formulan los Tribunales de oposiciones y concursos respecto de los méritos, pruebas o conocimientos de los opositores y concursantes, y que se hallan exceptuados de control jurisdiccional al ser realizados por expertos, siempre que se haya seguido el procedimiento establecido y observado los límites y criterios objetivos fijados en las bases de la convocatoria³². Pero, desde luego que *“los Tribunales están llamados a controlar la legalidad de la actuación administrativa - art. 106.1 de la CE .-, pero no a ejercer un control técnico de la misma (...) porque el Tribunal no tiene potestad para fiscalizar una actuación que por esencia es discrecional en su dimensión, técnica insusceptible de control jurídico como no sea en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad y entonces sólo para anular la decisión impugnada pero no para sustituirla por otra distinta-, la prueba pericial deviene inoperante”*³³. Pero es que esta misma sentencia sobre una aparente claridad de no cuestionarse el control de la decisión, refleja ciertas contradicciones: *“En el ejercicio de este control jurídico pueden valerse, cuando fuere necesario o conveniente, de conocimientos especializados que les suministre un tercero -perito-, pues no siempre la recta inteligencia de una norma aplicable al caso -generalmente un concepto jurídico indeterminado- depende sólo de los conocimientos del juzgador, mas cuando la prueba pericial*

contencioso sección 1, de 18 de mayo de 1990 (ROJ: STS 12181/1990) Recurso de apelación |Ponente: BENITO SANTIAGO MARTINEZ SANJUAN.

³⁰ STS, contencioso sección 1, de 12 de junio de 1990 (ROJ: STS 12440/1990) Recurso de apelación |Ponente: BENITO SANTIAGO MARTINEZ SANJUAN. La voluntad colegiada a la que se alude es a la de Claustro Constituyente de la Universidad de Valencia y su decisión de aprobación de los Estatutos de la Universidad

³¹ STS, contencioso sección 1, de 28 de febrero de 1995 (ROJ: STS 1153/1995) N.º de Recurso: 1978/1993 |Ponente: BENITO SANTIAGO MARTINEZ SANJUAN. También: STS, contencioso sección 3, de 28 de febrero de 1995 (ROJ: STS 9584/1995) Ponente: BENITO SANTIAGO MARTINEZ SANJUAN. En este mismo sentido STS, contencioso sección 1, de 11 de noviembre de 1992 (ROJ: STS 18027/1992) Recurso de apelación |Ponente: MELITINO GARCIA CARRERO.

³² STS, contencioso sección 1, de 5 de julio de 1993 (ROJ: STS 4916/1993) Procedimiento: Recurso de apelación |Ponente: GUSTAVO LESCURE MARTIN.

³³ STS, contencioso sección 1, de 27 de abril de 1990 (ROJ: STS 18005/1990) N.º de Recurso: 100/1989 |Ponente: ANGEL RODRIGUEZ GARCIA.

está dirigida a suministrar unos conocimientos que carecen de trascendencia para la decisión del litigio porque el Tribunal no tiene potestad para fiscalizar una actuación que por esencia es discrecional en su dimensión, técnica insusceptible de control jurídico como no sea en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad”.

Así pues, los “aledaños” se entienden como los pasos necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico. Es decir, *“las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades”*. Por tanto, podemos hablar de dos ámbitos de control: uno estrictamente “material” y que ayudan a la emisión del juicio técnico, y son *“esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico”*. El segundo ámbito de control son *“las pautas jurídicas (que) estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad³⁴”*. Sabiendo que *“caen fuera del ámbito de dicha discrecionalidad técnica 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 especializados³⁵”*.

3.3. Una tercera fase del control. Necesidad de motivar el juicio técnico

Partiéndose de la idea de que *“la citada doctrina no atribuye a quien dispone de esa discrecionalidad una presunción iuris et de iure de acierto o de legalidad en su proceder, ya que se puede ser desvirtuada³⁶”*, parece claro que *“la discrecionalidad no impide el control de la valoración realizada por la Administración, en base a los datos o criterios que aparezcan en el baremo que rige en concurso y a los elementos fácticos que en relación con los mismos aparezcan en las actuaciones³⁷”*.

Precisamente en aplicación de las pautas jurídicas, sobre los aledaños de la

³⁴ STS, contencioso sección 7, de 19 de julio de 2010 (ROJ: STS 4043/2010) N.º de Recurso: 950/2008 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

³⁵ STS, contencioso sección 7, de 18 de mayo de 2007 (ROJ: STS 3505/2007) N.º de Recurso: 4793/2000 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

³⁶ STS, contencioso sección 7, de 18 de junio de 2007 (ROJ: STS 4636/2007) N.º de Recurso: 50/2004 | Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

³⁷ STS, contencioso sección 4, de 29 de mayo de 2007 (ROJ: STS 4074/2007) N.º de Recurso: 9452/2004 | Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA.

discrecionalidad técnica, y con la finalidad de atacar la arbitrariedad en la actuación administrativa del órgano (artículo 9.3 de la Constitución), conlleva propiamente la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación³⁸. En ello no hay valoración propia, ni juicio técnico, ni mucho menos sustitución sino la explicación de la opción técnica adoptada por el órgano evaluador. Ahora bien, la motivación no puede recurrir a fórmulas vagas y estereotipos carentes de la imprescindible concreción: *“ha de ser lo suficientemente precisa en relación con las características del procedimiento, de tal manera que descansa en premisas concretas --los criterios que se seguirán-- y comprenda un razonamiento de cómo de la aplicación de las mismas al caso --o sea a los méritos y a la actuación de los aspirantes en las pruebas-- deriva la solución alcanzada y no otra diferente*³⁹”. Incluso una motivación completa ha de ser imprescindible cuando se aportan al expediente informes contradictorios con la opinión de la Administración⁴⁰. Esta es la línea mayoritaria en la evolución jurisprudencial⁴¹, aunque el Tribunal también declare que una manifestación de la motivación es *“la puntuación que exteriorice su juicio técnico, siendo ello bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica, por lo que no es necesario una explicación o motivación complementaria, y que se encuentre amparada esta decisión por “una presunción de certeza o razonabilidad” apoyada por la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para este cometido*⁴²”. Porque *“la «valoración» (entendida en sentido restringido de cuantificación numérica del mérito) es un factor de inexcusable utilización para dar racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas*⁴³”.

Así pues, para esta fase del control es imprescindible que la decisión técnica esté completa y ampliamente fundamentada, no sólo ya ante una posible impugnación por parte de cualquiera de los participantes en un proceso selectivo o de cualquier sistema de participación en régimen de concurrencia competitiva, sino también en cuanto al elemento fundante del procedimiento administrativo

³⁸ *“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”*. STS, contencioso sección 7, de 1 de abril de 2009 (ROJ: STS 3207/2009) N.º de Recurso: 6755/2004 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

³⁹ STS, contencioso sección 7, de 18 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 7153/2008) N.º de Recurso: 10622/2004 | Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁴⁰ STS, contencioso sección 7, de 9 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 7055/2008) N.º de Recurso: 11454/2004 Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁴¹ Así lo constata la STS, contencioso sección 7, de 15 de octubre de 2012 (ROJ: STS 7517/2012) N.º de Recurso: 4326/2011 | Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁴² STS, contencioso sección 7, de 10 de marzo de 2011 (ROJ: STS 1218/2011) N.º de Recurso: 6331/2008 | Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

⁴³ STS, Contencioso sección 1 del 26 de Octubre del 1994 (ROJ: STS 13273/1994) Recurso: de apelación | Ponente: MELITINO GARCIA CARRERO.

correspondiente⁴⁴. Es decir que debe contener los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Aunque más recientemente se dice que, ante una alegada falta de motivación, *“una cosa es que, atendiendo al caso concreto, en ocasiones se ha tenido por superado un determinado ejercicio cuando de la prueba se desprende sin duda esta circunstancia, y otra que, como en el caso aquí enjuiciado la alegada falta de motivación del ejercicio impide precisamente llegar a la conclusión del acierto o no de la resolución impugnada⁴⁵”*.

Pero es que además esta motivación va más allá de una simple fundamentación legal, llegándose a plantear la confrontación de los conocimientos expresados por el interesado con los criterios científicos basales del juicio técnico del órgano. Es más, la misma sentencia señala que ante una impugnación de un resultado valorativo, procede la realización de una nueva valoración que precisamente se convierte en la causa que justifica el acto administrativo, algo que es estrictamente concordante con *“lo que ahora dispone el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶”*.

3.4. Un paso más en el control: el contenido de la motivación para su validez

Precisamente, el alto valor que se asigna a la motivación del juicio técnico invitó al Tribunal Supremo a fijar unos estándares de necesaria observancia para considerar la existencia real de motivación en el acto administrativo resolutorio de una impugnación. Así fue expresado por la ya citada primigenia, STS de 1 de abril de 2009: *“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”*. Señalándose que dichos elementos del control jurisdiccional vienen

⁴⁴ Respecto de esta motivación se señala por ejemplo que *“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”* STS, contencioso sección 7, de 18 de mayo de 2007 (ROJ: STS 3505/2007) N.º de Recurso: 4793/2000 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁴⁵ STS, contencioso sección 7, de 24 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1316/2015) N.º de Recurso: 1174/2014 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

⁴⁶ STS, contencioso sección 7, de 24 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1316/2015) N.º de Recurso: 1174/2014 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

fundamentados por pronunciamientos precedentes relativos a nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004).

El objeto de establecer requisitos materiales en la motivación del acto, tal y como expresa la misma jurisprudencia, tiene una finalidad, y es *“que hubo motivación bastante para que la recurrente pudiera impugnar en el proceso judicial la calificación que le fue otorgada con total plenitud de las garantías que son inherentes a su derecho de defensa; y descarta, así mismo, que pueda aceptarse la arbitrariedad que también ha sido reprochada a la actuación administrativa que es objeto de la actual impugnación jurisdiccional⁴⁷”*. Ahora bien, como se reitera recientemente y se precisa *“a la hora de valorar la suficiencia de la motivación de cada concreto ejercicio de la potestad de nombramiento, han de tomarse en consideración las circunstancias casuísticas del proceso selectivo concernido, especialmente los factores concurrentes que perfilan y acotan el margen de apreciación del órgano de selección, pues partiendo de la base de que “ninguna potestad administrativa es totalmente discrecional, pues en todas ellas (incluso en las más rotundamente afirmadas como discrecionales) conviven, en mayor o menor medida, los elementos discrecionales con los reglados (...), el canon de la motivación no será el mismo si los requisitos que han de reunir los aspirantes a la plaza convocada se han determinado mayoritariamente mediante conceptos y determinaciones regladas, que si tales requisitos vienen dotados de un más o menos amplio margen de apreciación discrecional⁴⁸”*.

Doctrina que viene en cierto modo a complementar la general respecto a los requisitos de motivación de los actos administrativos⁴⁹, dado el carácter de la resolución confiada a la discrecionalidad técnica y su sustantividad propia.

3.5. El control jurisdiccional de las pruebas tipo test en las pruebas selectivas

⁴⁷ STS, contencioso sección 7, de 26 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5314/2014) N.º de Recurso: 3462/2013 |Ponente: CELSA PICO LORENZO.

⁴⁸ STS, contencioso sección 1, de 12 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1029/2015) N.º de Recurso: 442/2013 |Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ.

⁴⁹ Así por ejemplo, en la STS, contencioso sección 7, de 7 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 7628/2011) N.º de Recurso: 1322/2009 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO, se dice: *“a la hora de revisar, pues, los límites y el alcance de lo que debe ser una adecuada o suficiente motivación, puede bastar una justificación escueta y concisa, siempre que permita al destinatario del acto, como aquí ha acontecido, conocer el contenido, el sentido y el motivo de lo resuelto a los específicos efectos de su ulterior impugnación”*.

de acceso a la función pública

La jurisprudencia más reciente ha individualizado, como tal, otra etapa más en el control de la discrecionalidad técnica: *“la última doctrina de esta Sala ha señalado que uno de los límites que, entre otros, afectan a la llamada discrecionalidad técnica es el referido a la obligación de respetar las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas de tipo test. Doctrina que consiste en señalar que ese límite no forma parte del núcleo de la discrecionalidad técnica y, por ello, puede ser objeto de control jurisdiccional (...) el resultado del control judicial así realizado ha consistido en exigir, en dichas pruebas, una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las cuestiones como de la respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de esas cuestiones⁵⁰”*. En realidad en este tipo de pruebas selectivas, el Tribunal está enjuiciando el resultado del juicio técnico que se explica por un modelo determinado de exigencia cuantitativa y cualitativa de lo exigido por las propias bases de la convocatoria, con independencia de la actuación de los candidatos. En efecto, *“el criterio de racionalidad aplicado no puede tildarse de desacertado o arbitrario, al haber consistido en ponderar, respecto de esas pruebas de conocimientos, un dato, una meta y una exigencia (en aras de esa meta) que difícilmente son objetables con el parámetro de una lógica elemental. El dato es la específica configuración que tienen esas tan repetidas pruebas, consistente en que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción⁵¹”*. Lo cual conlleva que cualquiera de las preguntas del test *“no podrá incluir ningún elemento que permita razonablemente dudar sobre la validez de la respuesta elegida como correcta por el Tribunal Calificador. Lo cual supone que cualquier error de formulación en las preguntas que pueda generar la más mínima duda en el aspirante impondrá su anulación⁵²”*.

Así pues, ninguna cortapisa supone para el Tribunal, acceder al “barro” de la valoración de concretas preguntas del test exigido en unas pruebas de acceso, considerando que la sustitución del criterio técnico emitido por el tribunal evaluador de las pruebas selectivas puede explicarse por la naturaleza de las materias exigidas a las que se aplica explícitamente el principio *“iura novit curia”⁵³*. He aquí, cómo

⁵⁰ Se concreta como tal evolución en la STS, contencioso sección 7, de 26 de febrero de 2013 (ROJ: STS 2115/2013) N.º de Recurso: 2224/2012 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN, también en STS, contencioso sección 7, del 6 de junio de 2013 (ROJ: STS 3932/2013) N.º de Recurso: 883/2012 | Ponente: CELSA PICO LORENZO. Y también en STS, contencioso sección 7, de 24 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1122/2015) N.º de Recurso: 1053/2014 | Ponente: CELSA PICO LORENZO.

⁵¹ STS, contencioso sección 7, de 18 de mayo de 2007 (ROJ: STS 3505/2007) N.º de Recurso: 4793/2000 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁵² STS, contencioso sección 7, del 26 de febrero de 2013 (ROJ: STS 2115/2013) N.º de Recurso: 2224/2012 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁵³ STS, contencioso sección 7, de 16 de febrero de 2011 (ROJ: STS 1419/2011) N.º de Recurso:

el inicial “dogma” de infiscabilidad del núcleo duro de la discrecionalidad técnica comienza a ceder poco a poco ya que es posible que el control jurisdiccional pueda penetrar y desplazar un juicio técnico por otro igualmente técnico —el jurisdiccional— y además con el añadido de poseer una habilitación propiamente constitucional. Lo cual supone en cierto modo también una superación sobre los postulados iniciales expuestos⁵⁴.

4. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Llegados a este punto, ¿realmente podemos decir que, con el desarrollo de este control, habríamos tocado techo? Creemos que no. Primero porque, como se describirá, se adivina en una abundante producción jurisprudencial reciente, que la evolución en el control está aún abierta, tal y como se señala en las mismas: *“sobre los límites de la discrecionalidad técnica hay ya una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE)”*⁵⁵. Es decir, el mandato constitucional no tiene frenos impuestos de antemano; y, en segundo lugar, porque la discrepancia judicial, descrita en el capítulo correspondiente, nos pone en materia para describir nuevos campos sobre los que debe discurrir el control jurisdiccional. Lo cual podría significar que no estemos ante lo que habitualmente se ha calificado como discrecionalidad “técnica” sino ante otro concepto propio del derecho administrativo.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo más actual ha realizado un esfuerzo sistematizador importante a la hora de, precisamente, señalar esta evolución y desde su más temprana reflexión ha pasado de señalar cuatro “ítems” evolutivos de su propia acción jurisprudencial, a las actuales seis fases. Todas las cuales han buscado el reconocimiento de la sustantividad propia de la discrecionalidad técnica, su calificación como concepto doctrinal y el reconocimiento de que la discrecionalidad técnica no implica el establecimiento de una zona inmune al control jurisdiccional. Precisamente dicho reconocimiento llevó aparejado desde el primer momento límites en la actuación administrativa, tanto para su ejercicio como para su finalidad.

No hay, pues, ni puede haber zonas exentas del control de los Tribunales en la actividad Administrativa con independencia de los márgenes de decisión que la propia legislación atribuya a la Administración porque una cosa son las facultades y habilitaciones legales y otra los resultados de las mismas. De ahí que el control de legalidad se despliegue con intensidad máxima en este último aspecto y encuentre

1473/2008 | Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

⁵⁴ STS, contencioso sección 7, de 2 de junio de 2010 (ROJ: STS 3627/2010) N.º de Recurso: 1491/2007 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁵⁵ STS, contencioso sección 7, de 18 de julio de 2012 (ROJ: STS 5215/2012) N.º de Recurso: 870/2011 | Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

alguna limitación teórica respecto del ejercicio de las primeras cuando hablemos de opciones igualmente válidas a ojos de la ley o como decisión sometida al criterio libre y prudencial de la misma⁵⁶. El único criterio en cuanto al límite del poder de revisión sería la sustitución, según afirma el Tribunal Constitucional, de un poder constitucional –el del poder ejecutivo- por otro –el judicial-. En efecto, “[no] cabe hacer desde esta misma perspectiva censura alguna a que el control judicial de la actividad administrativa no alcance a la revisión de lo que propiamente sea **discrecionalidad técnica**, pues lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos⁵⁷”. Lo cual no significa que no pueda ser rebatido el juicio técnico realizado por el órgano administrativo.

Este hecho es admitido, a pesar de anteponerse la idea de que la decisión técnico administrativa no es sustituible *per se* por la decisión jurisdiccional, en la STS, 22 de diciembre de 2008, cuando afirmaba que *“la aquí controvertida es un caso típico de ejercicio de discrecionalidad técnica por la Administración, que no puede ser cuestionada eficazmente por el demandante sino a partir de la imputación y adecuada prueba de la existencia de arbitrariedad o falta de racionalidad, sin que los órganos jurisdiccionales puedan sustituir los criterios técnicos y objetivos de la Administración por otras determinaciones que no sean rigurosas, motivadas y debidamente acreditadas, destacando que tal discrecionalidad por razones técnicas ha venido siendo respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁸”*. Es decir, que es posible sustituir el juicio técnico resultado de la discrecionalidad técnica, desde un enjuiciamiento riguroso, motivado y debidamente acreditado, lo cual puede traducirse en otro juicio técnico de producción jurisdiccional pero con fundamento en raíces de legalidad, racionalidad y justicia. De ahí que “acreditar y probar⁵⁹” sea el escenario idóneo para poder combatir el núcleo del juicio técnico, no en vano toda la evolución jurisprudencial de la discrecionalidad técnica demuestra que también desde una actividad probatoria se ha ido avanzando en el control de la actividad de los órganos técnico – administrativos, porque el control judicial no significa sustituir la actuación administrativa sino corregirla con base en los principios enunciados en el art. 14, 23, 103 y 106 de la CE. No creemos, con

⁵⁶ Así, por ejemplo, el ejercicio de la potestad reglamentaria es máximamente discrecional, lo cual no implica que no sea controlable por los Tribunales: STS, contencioso sección 7, del 18 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8743/2012) N.º de Recurso: 528/2010 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN. En este mismo sentido, la STS, contencioso sección 7, del 17 de junio de 2013 (ROJ: STS 3729/2013) N.º de Recurso: 507/2011 |Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁵⁷ STC, 17/2009, DE 26 de enero, Rec. amparo, n.º. 1703/ 2005 Ponente: MANUEL ARAGÓN REYES.

⁵⁸ STS, contencioso sección 5, de 22 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 6945/2008) N.º de Recurso: 7763/2004 |Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS.

⁵⁹ Muy claramente se señala esta expresión en la STS, contencioso sección 7, de 15 de noviembre de 2011(ROJ: STS 7485/2011) N.º de Recurso: 1992/2010 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

DÍEZ SÁNCHEZ, que la “autorrestricción jurisprudencial” deba ser la respuesta de los Tribunales ante la discrecionalidad técnica ya que *“nada impide, pues, en sentido estricto, que un Tribunal revise esas decisiones, requiriendo lógicamente para ello de los elementos de juicio necesarios. Es perfectamente posible en la práctica suministrar al juzgador el expediente con la constancia de todos los méritos y cuantas circunstancias se puedan reproducir para formar su convicción. Igualmente nada obsta para que el Tribunal recurra al auxilio de peritos o expertos que a través de informes o dictámenes ilustren sobre la valoración de aquellos méritos y capacidades, y como medio de prueba del proceso valorarlos con arreglo a la sana crítica”*⁶⁰.

El control de legalidad de la discrecionalidad técnica no es un control meramente formal o reducido a lo procedimental, única y exclusivamente, ya que abarca a los elementos configuradores del juicio técnico en su propio resultado porque, incluso, se ha determinado por la propia jurisprudencia *“acerca de las exigencias que han de cumplir las pruebas tipo test para que puedan tenerse por válidas”*⁶¹ en los procesos selectivos de acceso a Cuerpos y Escala de funcionarios. ¿No son acaso las pruebas tipo test el producto de la actividad técnica, científica e imparcial del órgano técnico administrativo encargado del proceso de selección de los aspirantes?

Así pues, ¿existe una clara separación entre lo que se ha denominado como control jurídico del control técnico a la hora de enjuiciar las resoluciones administrativas de los órganos encargados de evaluar las pruebas selectivas en oposiciones y concursos? ¿Acaso no son transversales los derechos de acceso al empleo público bajo las condiciones de mérito, capacidad y publicidad para incluso llegar hasta el componente técnico del juicio? A lo primero responderemos con el Tribunal Supremo que *“es deber moral y jurídico de los Tribunales no estar a las soluciones simples y sencillas, sino intentar indagar y establecer si la delegación de facultades en que consiste en último término la discrecionalidad ha sido utilizada de forma correcta y racional, sin incurrir en abuso o desviación de poder. En otras palabras, ante la discrecionalidad, la Jurisdicción contenciosa debe proceder a un control no sólo formal de legalidad, sino sustantivo del uso de la potestad en términos de comprobación de la adecuación entre los hechos determinantes y la **decisión tomada**”*⁶². Es verdad que una decisión técnica es la

⁶⁰ Díez Sánchez, Juan José “La discrecionalidad técnica y la Comisión de reclamaciones de las Universidades. A propósito de la STC 215/1991, de 14 de diciembre”. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 79/1993. Pág. 12.

⁶¹ STS, contencioso sección 7, de 24 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1122/2015) N.º de Recurso: 1053/2014 |Ponente: CELSA PICO LORENZO. Sentencia que sobre esta cuestión viene ha de remitirse necesariamente a la primera STS, sobre esta cuestión: la STS, contencioso sección 7, de 18 de mayo de 2007 (ROJ: STS 3505/2007) N.º de Recurso: 4793/2000 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁶² STS, contencioso sección 5, de 2 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1363/2010) N.º de Recurso: 239/2006 |Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE.

expresión de los concretos conocimientos científicos especializados bajo las pautas de racionalidad, y sus apreciaciones sólo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que existen posicionamientos técnicos diversos dentro de los saberes especializados, pero *“el control no se detiene a las puertas del juicio que puedan emitir los tribunales calificadores o los órganos especializados que, desde la cualificación técnica de sus integrantes, emiten informes de esa naturaleza. Es verdad que, en atención a la preparación y objetividad que se les atribuye, gozan sus actos de una presunción de certeza. Pero se trata de una presunción iuris tantum, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario”*⁶³. De ahí que la discrecionalidad técnica no puede suponer un escape para que la Administración actúe arbitrariamente, razón por la que las potestades discrecionales son controlables en sede judicial⁶⁴. Aunque esta línea que plantea ir más allá del clásico control de la discrecionalidad técnica, también convive con cierta “clasicidad” de planteamientos: *por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto*⁶⁵.

Y sobre la transversalidad de conceptos jurídicos ligados a la igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos, también se señala que *“otra cosa es que el control que realizan éstos, es de legalidad, y por lo tanto, el parámetro para declarar la ilicitud de estos actos ha de ser el del ordenamiento jurídico, incluyendo desde luego, los principios constitucionales de mérito, igualdad y capacidad en el acceso a la función pública*. Evidentemente no se trata de que los órganos judiciales en dicho control sustituyan al criterio del Tribunal Calificador, que es libre respecto a la Administración que les ha nombrado; *pero sí que pueden, como aquí ha ocurrido, basándose en las pruebas practicadas, especialmente la pericial, anular o sustituir las valoraciones del Tribunal Calificador; cuando se demuestra en el proceso que aquellas son incorrectas y contrarias a los principios antes citados, pudiendo valerse el recurrente de cuantas pruebas en derecho sean admisibles*⁶⁶. Lo cual parece superar de forma evidente lo que, años antes, afirmaba

⁶³ STS, contencioso sección 7, de 3 de noviembre de 2008 (ROJ: STS 6027/2008) N.º de Recurso: 8586/2004 | Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁶⁴ STS, contencioso sección 5, de 19 de noviembre de 2008 (ROJ: STS 6949/2008) N.º de Recurso: 6135/2004 | Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE.

⁶⁵ STS, contencioso sección 4, de 6 de marzo de 2008 (ROJ: STS 536/2008) N.º de Recurso: 595/2007 | Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA. También

⁶⁶ STS, contencioso sección 7, de 21 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8437/2011) N.º de Recurso: 2477/2010 | Ponente: JOSE DIAZ DELGADO. Sin embargo, alguna jurisprudencia parece volver a planteamientos iniciales: En estos casos, según refiere el mismo Tribunal

también el Tribunal “y como ya se dijo en la Sentencia de 8 de noviembre de 1989 las valoraciones efectuadas por los órganos calificadores son insusceptibles de control jurídico, como no sea en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad, y entonces sólo para anular las mismas y nunca para sustituirlas por otras, por lo que la prueba pericial deviene inoperante”⁶⁷. Aunque recientemente se sigue insistiendo en la reducción del control jurídico sobre lo “formal” dentro de la discrecionalidad técnica: “una cosa es el juicio sobre cuestiones de carácter científico, artístico o técnico, no ponderables con un parámetro jurídico, y como tales no accesibles a un control jurisdiccional, que es a lo que se refiere la llamada discrecionalidad técnica; y otra muy distinta la decisión acerca del contenido y alcance de una base de la convocatoria, cuestión indiscutible de carácter jurídico, y que es la que aquí se suscita”⁶⁸.

Por tanto, la prueba pericial dentro del proceso judicial no sólo debe ser un elemento básico para el ejercicio del control jurisdiccional sino que ha de convertirse en un instrumento fundamental a la hora de actuar sobre ámbitos excluidos inicialmente dentro del control del núcleo duro de la decisión técnico administrativa.

5. LA PRUEBA PERICIAL DENTRO DEL “ATAQUE” A LA PRESUNCIÓN “*JURIS TANTUM*” DEL JUICIO TÉCNICO

Hace algunos años la jurisprudencia se mostró reacia a que la prueba pericial practicada, a petición de parte, pudiera alcanzar un estatus suficiente para que pudiera destruir la presunción de legalidad y acierto del órgano técnico administrativo: “sin que pueda darse prevalencia a pruebas practicadas a instancia de parte procesal frente al sentido más objetivo de los órganos administrativos competentes para resolver que, como se dijo anteriormente, tuvieron en cuenta

Constitucional, el único control que pueden ejercer los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es el jurídico, “salvo que el recurrente acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente” por parte de los órganos técnicos administrativos (Sentencias 353/1993, de 29 de noviembre, o 40/1999, de 22 de marzo citadas). Y es que, como ya había manifestado el Tribunal Supremo, los órganos jurisdiccionales no pueden convertirse en segundos tribunales calificadores que sustituyan por sus propios criterios los que, en virtud de la discrecionalidad técnica, corresponden a los órganos administrativos” STS, contencioso sección 4, de 5 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7014/2012) N.º de Recurso: 1440/2011 | Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI.

⁶⁷ STS, contencioso sección 7, de 14 de octubre de 2003 (ROJ: STS 6283/2003) N.º de Recurso: 6327/1999 | Ponente: JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS. En este mismo sentido la STS, contencioso sección 7, de 30 de diciembre de 2002. N.º de Recurso: 7005/1999 | Ponente: RAMON TRILLO TORRES.

⁶⁸ STS, contencioso sección 7, del 3 de julio de 2014 (ROJ: STS 3268/2014) N.º de Recurso: 2504/2013 | Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

la mayor seguridad en la navegación al establecer la referida correlación⁶⁹”. Pero el Tribunal Supremo afirmaba no sólo que “ante la discrecionalidad, la Jurisdicción contenciosa debe proceder a un control no sólo formal de legalidad, sino sustantivo del uso de la potestad en términos de comprobación de la adecuación entre los hechos determinantes y la decisión tomada⁷⁰”, sino, incluso más recientemente, que “ninguna duda ofrece que, con arreglo a nuestra doctrina reflejada en la antedicha sentencia, pueden ser revisadas las calificaciones de una comisión de valoración mediante prueba que la desvirtúe⁷¹”. Lo cual no es sino el producto de que, tanto a iniciativa de parte interesada, como por el Juez o Tribunal puede acordarse el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto⁷². En efecto, la práctica de la prueba se convierte en un elemento esencial para desvirtuar el juicio técnico especialmente, por ejemplo, cuando se trata de revisar una declaración de ruina urbanística, valoración de una expropiación (hecha por cierto por un Tribunal Colegiado), de una declaración de invalidez (hecha igualmente por un Tribunal Médico, y cuyos resultados son corregidos frecuentemente por la jurisdicción social), porque precisamente el control jurisdiccional está “ante un problema de prueba, especialmente la pericial, aunque cabría cualquier otra que fuera pertinente, que llevara al juzgador, mediante las reglas de la sana crítica, al convencimiento de que el acto impugnado es contrario a derecho o no, para resolver apoyándose en estas pruebas. En ningún sitio de nuestro ordenamiento jurídico, tras disponer la constitución la cláusula universal de revisión de toda la actuación administrativa (artículo 106.1), se establece una excepción al principio de tutela judicial efectiva de todos los intereses de los ciudadanos (artículo 24.1)⁷³”.

Es más, esta misma jurisprudencia afirma que “esta Sala viene sosteniendo que la prueba pericial es el único medio de que dispone el interesado para demostrar que el acto resolutorio de un proceso selectivo es contrario a derecho, así como

⁶⁹ STS, contencioso sección 3, de 5 de diciembre de 2000 (ROJ: STS 8932/2000) N.º de Recurso: 7366/1993 | Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ. Doctrina que contrasta, por ejemplo, con la afirmada por la STS, contencioso sección 7, de 14 de enero de 2010 (ROJ: STS 27/2010) N.º de Recurso: 2820/2006 | Ponente: ENRIQUE CANCER LALANNE: “Ello no ha sucedido en el presente caso, la pericial, examinada en conciencia, en el acto de ratificación de la pericia nos dice que la evaluación psicológica realizada por la Administración ha sido arbitraria, ya que como pone de relieve en las conclusiones de su estudio el recurrente no adolece de patología alguna”.

⁷⁰ STS, contencioso sección 5, de 2 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1458/2010) N.º de Recurso: 7601/2005 | Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE.

⁷¹ STS, contencioso sección 7, de 30 de junio de 2014 (ROJ: STS 2862/2014) N.º de Recurso: 2821/2013 | Ponente: CELSA PICO LORENZO.

⁷² Art. 61.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁷³ STS, contencioso sección 7, de 16 de septiembre de 2008 (ROJ: STS 5242/2008) N.º de Recurso: 5934/2004 | Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

que el tribunal calificador de unas pruebas selectivas “(...) no goza de una potestad infiscalizable jurisdiccionalmente, sino que sus actos, administrativos, están sometidos como todos, al control jurisdiccional (artículo 106.1 de la Constitución en relación con el artículo 24.1), pues como ya se ha dicho por esta Sala, la llamada discrecionalidad técnica, no es un punto de partida que exima del control jurisdiccional, sino un punto de llegada, tras dicho control, tras verificarse que la actuación de los mismos ha estado ajustada a la ley y al ordenamiento jurídico. Otra cosa es que, dada la cualidad técnica de quienes forman estos Tribunales, a la hora de valorar las pruebas, se le otorgue una presunción de legalidad, de la que gozan por cierto todos los actos administrativos⁷⁴”. No se trata de sustituir, repetimos, un criterio técnico por el propio del juez sino que “a través de los elementos probatorios del proceso, y en especial de las pruebas documentales y pericial que obren en el expediente o se realizan en el proceso, y que lleven a la convicción del Juez de que, pese a la presunción de legalidad que adorna las decisiones de los Tribunales calificadores, aparece evidente el error, y en consecuencia la vulneración de los principios de mérito y capacidad previstos en el artículo 23 de nuestra norma constitucional, y en la legislación de desarrollo⁷⁵”. Incluso se llega a reprochar a la Administración que no se tuviera en cuenta un dictamen pericial que, como prueba, le fuera admitido al recurrente⁷⁶.

Admitida esta importancia capital de la prueba dentro del conjunto del proceso de control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica, recientemente, se ha ido más allá y, aún admitiendo que un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos, establece que como consecuencia precisamente de esta limitación la prueba pericial ha de 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 error⁷⁷”.

⁷⁴ STS, contenciosos sección 7, de 11 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6329/2011) N.º de Recurso: 2297/2009 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

⁷⁵ STS, contencioso sección 7, de 18 de febrero de 2013 (ROJ: STS 755/2013) N.º de Recurso: 5655/2011 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

⁷⁶ STS, contencioso sección 7, de 4 de junio de 2008 (ROJ: STS 3856/2008) N.º de Recurso: 452/2004 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁷⁷ STS, contencioso sección 7, de 16 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5341/2014) N.º de

Jurisprudencia que no hace sino cumplir con lo que el Tribunal Constitucional exige de los propios Tribunales de justicia: “*pero aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de justicia en el control de esta actividad administrativa, también este Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1 CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial [al], dar por buena, sin más comprobación, la nota obtenida por el recurrente, sin realizar el control sobre la actuación de los órganos calificadoros en cuanto a la aplicación de la mencionada fórmula matemática*”⁷⁸.

Y que tampoco ofrece duda alguna al Tribunal que, “*con arreglo a nuestra doctrina reflejada en la antedicha sentencia [se refiere a la Sentencia de 12 marzo 2014, recurso de casación 23/2013], pueden ser revisadas las calificaciones de una comisión de valoración mediante prueba que la desvirtúe*”⁷⁹. Al respecto, puede objetarse que las comprobaciones matemáticas o aritméticas o la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en la convocatoria están excluidas del núcleo duro de la discrecionalidad según esta misma jurisprudencia⁸⁰ pero esto no descarta que la prueba pericial pueda extenderse precisamente hacia ese núcleo duro. Bien es verdad que no existe, en principio, obstáculo alguno para la admisión de la prueba, cuando ésta pueda versar sobre extremos de carácter fáctico, adecuadamente delimitados pero, “*por el contrario, no resulta admisible una prueba que implique en realidad un pretendido juicio global del ejercicio de su discrecionalidad técnica por los órganos de calificación, oponiendo a ello lo que, de aceptarse la prueba, no constituiría sino la sumisión global de la selección de los candidatos a lo que no dejaría de ser la discrecionalidad técnica del perito.(...)*”⁸¹.

¿Podría ser revisada la calificación de los órganos administrativos evaluadores y ejecutorios de la discrecionalidad técnica? A priori, “*de los órganos calificadoros*

Recurso: 3157/2013 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁷⁸ STC, constitucional sala 2ª, del 29 de noviembre de 2004 (STC 2219/2004) | Ponente: RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS.

⁷⁹ STS, contencioso sección 7, de 30 de junio de 2014 (ROJ: STS 2862/2014) N.º de Recurso: 2821/2013 |Ponente: CELSA PICO LORENZO. También la STS, contencioso sección 7, de 24 de junio de 2012 (ROJ: STS 4484/2012) N.º de Recurso: 3726/2011 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

⁸⁰ STS, contencioso sección 8, de 29 de junio de 2010 (ROJ: STS 3927/2010) N.º de Recurso: 488/2008 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO. También véase la STS, contencioso sección 7, de 24 de febrero de 2010 (ROJ: STS 722/2010) N.º de Recurso: 857/2007 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁸¹ “*Por ello, sin perjuicio del derecho a la prueba, cuya procedencia en el caso corresponde decidir al órgano judicial, la inadmisión de una prueba que por su inconcreción fáctica, por su globalidad y por su generalización, supone en sí un puro intento de oponer a la discrecionalidad técnica del órgano de calificación la del perito, resulta razonable, y al no admitirla el órgano jurisdiccional por la razón referida no se produce la vulneración que aduce el motivo*”. STS, contencioso sección 7, del 9 de enero de 2013 (ROJ: STS 217/2013) N.º de Recurso: 6299/2010 |Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

[se] exige solo únicamente la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico, siendo ello bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica, por lo que no es necesario una explicación o motivación complementaria, y que se encuentre amparada esta decisión por “una presunción de certeza o razonabilidad” apoyada por la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para este cometido”, pero también se dice que “solo puede desvirtuarse por la acreditación de la infracción o desconocimiento de proceder razonable, calificado de desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación de criterio adoptado⁸²”. Y también “que sin perjuicio de las evidentes dificultades que existen para lograr la revisión administrativa o jurisdiccional de dichas valoraciones, debido a la discrecionalidad técnica que normalmente es necesario reconocer a las mismas, sin embargo también es preciso tener en cuenta que así como la práctica actual hace que las pruebas orales no sean reproducibles, lo que hace ineludible su publicidad, en función del control social al que nos referíamos, por el contrario, las pruebas escritas permanecen en la posibilidad de ser revisadas y comparadas, lo que desde este punto de vista les da una garantía más intensa que las celebradas con publicidad, en forma oral⁸³”.

Por lo que el sentido de la prueba pericial en pruebas evaluadoras de acceso a la función pública, en las que el núcleo material de la discrecionalidad técnica –juicio técnico– tiene un alto contenido en la decisión (pruebas y exposiciones verbales...), ha de limitarse casi en exclusiva a la observancia de los criterios de evaluación que pudieran establecerse en las bases de convocatoria y los que procedieran por iniciativa del Órgano calificador en interpretación de aquéllos criterios porque “una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate⁸⁴”. Pero, sin duda, que el criterio pericial puede contrastar la eficacia y razonabilidad de los que hayan sido emitidos por el órgano evaluador para estos casos. Parece, en cambio, que en otros tipos de pruebas evaluadoras (dictámenes, proyectos, exposiciones escritas, casos prácticos...) se han de mostrar especialmente útiles las

⁸² STS, contencioso sección 7, de 10 de marzo de 2011 (ROJ: STS 1218/2011) N.º de Recurso: 6331/2008 |Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

⁸³ STS, contencioso sección 1, de 13 de marzo de 1991 (ROJ: STS 14603/1991) Recurso de apelación |Ponente: RAMON TRILLO TORRES.

⁸⁴ STS, contencioso sección 7, de 4 de junio de 2008 (ROJ: STS 3856/2008) N.º de Recurso: 452/2004 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

apreciaciones periciales traídas al proceso⁸⁵.

Por lo que la jurisprudencia admite la posibilidad de revisión del juicio técnico mediante el recibimiento de prueba pericial, bajo las condiciones que ella misma determina con el objeto de fundamentar técnicamente la decisión judicial. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la decisión del juez/Tribunal ponderada en derecho y equidad ponderada en la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, es una exigencia clara para el Tribunal /juez: *“no obstante lo anterior, esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico”*⁸⁶. Equidad que desde luego se extiende también a la interpretación de las bases de una convocatoria de pruebas selectivas⁸⁷.

Por tanto, el sentido de la jurisprudencia más reciente es avanzar, por principio, permanentemente en el control jurisdiccional de los contenidos de la discrecionalidad técnica, lo que nos vuelve a reafirmar en que la prueba pericial adquirirá un papel cada vez más importante en este proceso de garantía de los derechos de acceso a la función pública en condiciones de igualdad: *“la reciente sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2014 (Rec. 3157/2013) ha recapitulado la evolución jurisprudencial sobre la naturaleza, alcance y límites de la revisión judicial de la llamada “discrecionalidad técnica”, explicando que la jurisprudencia actual y vigente ha declarado que el control judicial puede y debe extenderse a la garantía del derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, y a que el criterio de calificación del órgano de selección responda a los principios de mérito y capacidad y observe el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad”*⁸⁸. Es más, se la

⁸⁵ STS, contencioso sección 7, de 16 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5341/2014) N° de Recurso: 3157/2013 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

⁸⁶ STS, contencioso sección 7, de 19 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 6481/2013) N° de Recurso: 1240/2012 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN. En cuanto a los límites de la declaración de nulidad, en los procesos selectivos, basándose en los principios de la equidad, véase la STS, contencioso sección 7, de 15 de abril de 2013 (ROJ: STS 2304/2013) N° de Recurso: 6449/2011 | Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. Aunque también *“la equidad que no es fuente autónoma del Derecho ni se superpone a la utilización conjunta de los diferentes criterios interpretativos”* tiene sus límites, véase para ello la STS, contencioso sección 2, de 20 de febrero de 2012 (ROJ: STS 1087/2012) N° de Recurso: 5687/2010 | Ponente: RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO.

⁸⁷ STS, contencioso sección 7, de 13 de marzo de 2013 (ROJ: STS 1963/2013) N° de Recurso: 385/2012 | Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

⁸⁸ STS, contencioso sección 1, de 12 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1029/2015) N° de Recurso:

considera complemento imprescindible dentro de la evolución jurisprudencial: *“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”⁸⁹*. Como señalaba el voto discrepante de la STS de 16 de diciembre de 2014, realmente *“estamos ante un problema de prueba”*.

Entonces, la prueba pericial ¿a qué debe circunscribirse? ¿puede sustituir o simplemente configurar la decisión jurisprudencial? Como punto de partida nada impide que una presunción *iuris tantum* sea desvirtuada mediante prueba practicada con todas las garantías⁹⁰, por lo que podría abarcar todo el contenido de la discrecionalidad técnica. La jurisprudencia afirma que es propio de una prueba pericial que entrañe valoraciones en función de criterios técnicos, no jurídicos y que un ejercicio puramente jurídico, es impropio de una auténtica prueba pericial⁹¹. Pero también es verdad que desde la estricta perspectiva jurídica, la argumentación pericial puede –debe– ayudar a configurar en uno u otro sentido la decisión judicial⁹². Este es el caso, por ejemplo, en unas pruebas selectivas de acceso a un cuerpo de funcionarios cuando se dice que *“en oposición a esa valoración, la prueba documental aportada por la demandante para justificar el valor didáctico de las publicaciones que adujo como mérito, resulta convincente respecto de dicho valor, sobre todo, al no obrar en el expediente, ni haberse aportado al proceso, ninguna otra prueba que, en su caso, pudiera oponérsele”⁹³*. Porque corresponde al Tribunal ante una prueba pericial, practicada o traída al procedimiento judicial, el ejercicio de *“la regla esencial de la sana crítica, su adecuada valoración y no una mera asunción sin más de sus pronunciamientos”⁹⁴*. Incluso, el mismo

442/2013 | Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ.

⁸⁹ STS, contencioso sección 7, de 26 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5314/2014) N.º de Recurso: 3462/2013 | Ponente: CELSA PICO LORENZO.

⁹⁰ STS, contencioso sección 7, de 26 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2427/2014) N.º de Recurso: 2075/2013 | Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁹¹ STS, contencioso sección 7, de 13 de enero de 2015 (ROJ: STS 58/2015) N.º de Recurso: 2875/2013 | Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

⁹² STS, contencioso sección 4, de 7 de enero de 2015 (ROJ: STS 129/2015) N.º de Recurso: 487/2013 | Ponente: RAMON TRILLO TORRES.

⁹³ STS, contencioso sección 7, de 10 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5352/2014) N.º de Recurso: 3754/2013 | Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

⁹⁴ STS, contencioso sección 7, de 12 de noviembre de 2014 (ROJ: STS 5352/2014) N.º de Recurso: 2077/2011 | Ponente: CELSA PICO LORENZO.

Tribunal está facultado para llegar por sí mismo a concluir si hubo desigualdad en la calificación de uno u otro ejercicio en las pruebas de acceso a la función pública, mediante la simple comparación⁹⁵. De igual forma, se ha abierto paso la rectificación total del juicio técnico en el caso de las decisiones de Tribunales Calificadores y especialmente en relación a exclusiones de aspirantes a policías, en virtud de pruebas periciales practicadas en el seno del proceso judicial⁹⁶.

En realidad, la prueba pericial no sustituye sino que debe ayudar a configurar la decisión judicial. Esa es precisamente su misión por lo que aducir que la prueba pericial adoptada por el Tribunal /Juez en el seno de un procedimiento judicial propicia la sustitución de un juicio técnico —el del órgano técnico enjuiciado— por otro, carece de fundamento. Precisamente la prueba certifica la imposibilidad de este extremo, ya que *“el control de los hechos determinantes --es decir la realidad de lo ocurrido-- que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad, en cuanto los hechos son tal como la realidad la exterioriza, sin que a la Administración le sean dados inventarlos o desfigurarlos”*⁹⁷. Es decir, cómo ha actuado el órgano técnico en sus funciones de garante del proceso selectivo conforme a las reglas constitucionales del mérito y la capacidad.

6. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El punto de partida que ofrece la STS de 7 de junio de 1972, cuando afirmaba que *“en la actual técnica administrativa no hay actos reglados ni discrecionales cualitativamente definidos, sino sólo actos en los que la discrecionalidad está cuantitativamente más acentuada que la regulación, y a la inversa”*⁹⁸, da pie a que

⁹⁵ *“La comparación entre el ejercicio del actor y los de los aspirantes que éste señaló podía hacerla por sí misma la Sala porque el caso práctico que constituyó el objeto del segundo ejercicio de la fase de oposición versaba sobre una materia jurídica de las que conoce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y los integrantes de la misma estaban en condiciones de apreciar por sí mismos si existía o no la identidad afirmada por el Sr. desde el momento en que disponían de todos esos ejercicios”*. STS, contencioso sección 7, de 31 de julio de 2014 (ROJ: STS 3719/2014) N.º de Recurso: 2001/2013 |Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁹⁶ STS, contencioso sección 7, de 17 de febrero de 2014 (ROJ: STS 658/2014) N.º de Recurso: 4173/2012 |Ponente: CELSA PICO LORENZO, que además contiene la referencia a una línea jurisprudencial consolidada respecto de la rectificación de juicio técnico: las SSTs, 3ª, 7ª de 20 de julio de 2007 (rec. cas. 9184/2004), 3 de noviembre de 2008 (rec. cas. 8586/2004), 9 de diciembre de 2008 (rec. cas. 11454/2004), 17 de junio de 2009 (rec. cas. 6755/2005), 18 de enero de 2010 (rec. cas. 4204/2006), 14 de junio de 2010 (rec. cas. 5649/2007), 23 de septiembre de 2010 (rec. cas. 2488/2007), 18 de marzo de 2011 (rec. cas. 5928/2009) y 14 de junio de 2011 (rec. cas. 6636/2009).

⁹⁷ STS, contencioso sección 3, de 2 de octubre de 1990 (ROJ: STS 11837/1990) Recurso de apelación |Ponente: MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ.

⁹⁸ STS, contencioso sección 1, de 7 de junio de 1972 (ROJ: STS 1436/1972) Recurso de apelación

las categorías administrativas deban ser tomadas con cierta precaución cuando nos encontremos con la realidad de los hechos.

Porsu parte, la STS de 16 de diciembre de 2004 señalaba que la “discrecionalidad técnica” se caracteriza por la exigencia de saberes especializados y comportar un cierto margen de apreciación. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales⁹⁹, pero dicha afirmación adolece de cierta imprecisión técnica. Incluso se ha llegado a sugerir que la discrecionalidad técnica es una valoración que puede corregir las posibles disfuncionalidades del procedimiento reglado¹⁰⁰, aunque la discrecionalidad técnica basada en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, también puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado¹⁰¹. Pero, desde luego, el criterio que encarna esta doctrina está referido a datos o cualidades cuya apreciación o valoración hace necesario poseer un saber especializado¹⁰². Aunque la doctrina del Tribunal Constitucional, excluye por esta razón del control judicial a dichas decisiones técnicas “ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica¹⁰³”.

Pero sobre el ropaje total “discrecionalidad técnica” con el que se atribuye al conjunto, tanto de la ejecución del procedimiento de elección como del resultado final, se ha precisado, por ejemplo, que “*la fijación del criterio de valoración de un determinado mérito no forma parte de la discrecionalidad técnica de los órganos encargados de la selección del personal*¹⁰⁴”. Es decir, que realmente se

| Ponente: FERNANDO VIDAL GUTIERREZ.

⁹⁹ STS, contencioso sección 4, de 9 de diciembre de 2004 (ROJ: STS 7939/2004) N.º de Recurso: 5769/2001 | Ponente: CELSA PICO LORENZO; en este mismo sentido la STS, contencioso sección 4, de 16 de diciembre de 2004 (ROJ: STS 8190/2004) N.º de Recurso: 5766/2000 | Ponente: CELSA PICO LORENZO y la STS, contencioso sección 4, de 26 de noviembre de 2008 (ROJ: STS 6996/2008) N.º de Recurso: 2682/2006 | Ponente: CELSA PICO LORENZO.

¹⁰⁰ STS, contencioso sección 7, de 23 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 7064/2008) N.º de Recurso: 105/2002 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

¹⁰¹ STS, contencioso sección 4, de 6 de marzo de 2008 (ROJ: STS 536/2008) N.º de Recurso: 595/2007 | Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA.

¹⁰² STS, contencioso sección 7, de 12 de noviembre de 2008 (ROJ: STS 6502/2008) N.º de Recurso: 5184/2004 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

¹⁰³ STS, contencioso sección 7, de 15 de diciembre de 2005 (ROJ: STS 7775/2005) N.º de Recurso: 917/2000 | Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

¹⁰⁴ STS, contencioso sección 7, de 28 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7969/2012) N.º de Recurso: 332/2012 | Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

está reservando el término discrecionalidad técnica para el núcleo decisional dentro del conjunto de técnicas formalmente adscritas a dicho concepto. Ya que se ha dado a la llamada discrecionalidad técnica una amplitud que rebasa los estrictos límites a los que la jurisprudencia la ha circunscrito, pues ignora esos aledaños que, antes se han diferenciado, y lo que ellos imponen sobre la necesidad de justificar y motivar debidamente el dictamen que encarna el estricto juicio técnico¹⁰⁵. De ahí que –si es que se quiere continuar con la no revisión del juicio técnico–, la doctrina señale que *“no sólo ha de exigirse una decisión fundada en criterios de carácter científico o técnico, sino que ha de recabarse igualmente una cierta dificultad en la reproducción del juicio técnico que haga deseable la pervivencia del dictamen administrativo”*¹⁰⁶.

Sin embargo, el mandato del art. 106.1 CE no contiene limitación alguna en el control de los Tribunales respecto de la actuación administrativa por lo que también el núcleo de la decisión está igualmente sometido a revisión jurisdiccional sobre los motivos generales de legalidad y fines exigibles de la Administración, ni tampoco los artículos 23 y 24 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica. El control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica implica el control incondicionado de la misma por los Jueces y Tribunales cuando así sea demandado por los participantes en el proceso selectivo¹⁰⁷. En realidad, lo que el Tribunal Constitucional, respecto de la discrecionalidad técnica, encuentra no es tanto un ámbito exento de control como una especialidad de control jurisdiccional¹⁰⁸. Incluso *“la calificación que exteriorice ese juicio técnico 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”*¹⁰⁹.

Precisamente porque la racionalidad es el reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ha de recordarse así mismo que otro de los límites que rige en las resoluciones administrativas expresión de esa discrecionalidad técnica, son los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a

¹⁰⁵ STS, contencioso sección 7, del 25 de septiembre de 2013 (ROJ: STS 4696/2013) N.º de Recurso: 2225/2012 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

¹⁰⁶ García del Río, Luís (1996) *“El control judicial de la discrecionalidad técnica”* en la obra *“Discrecionalidad Administrativa y control judicial”*. Ed. Civitas, S.A. Madrid. Pág. 377.

¹⁰⁷ STC, 219/2004 de 29 de noviembre | Ponente: RAMÓN RODRIGUEZ ARRIBAS. La sentencia recoge también una doctrina reiterada: SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4), pero además, ha recordado (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3).

¹⁰⁸ Ildefonso Huertas, rosa María (2001) *“Los órganos de selección en el empleo público: principio de especialidad y discrecionalidad técnica”* Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, núm. 12. Pág. 50.

¹⁰⁹ STS, contencioso sección 7, de 2 de junio de 2010 (ROJ: STS 3627/2010) N.º de Recurso: 1491/2007 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

la igualdad del artículo 14 CE¹¹⁰, y su explicitación a través del art. 23 CE, en el acceso a las funciones y cargos públicos. De ahí que también sea necesario para encontrar el concepto positivo, señalar el concepto negativo, es decir, qué no es discrecionalidad técnica para el Tribunal Supremo. Y así, los criterios de actuación y calificación en este tipo de actuaciones preparatorias -encaminadas a fijar los criterios de calificación de las pruebas selectivas- no forman parte del núcleo del juicio técnico sobre el que opera la discrecionalidad técnica con la que cuentan los tribunales encargados de la selección de personal, pudiendo ser objeto de fiscalización jurisdiccional¹¹¹.

En suma, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, no entra dentro de la discrecionalidad técnica la corrección de un ejercicio en un proceso selectivo, y dicha circunstancia no implica sustituir la actividad de la Administración, que ha de ser controlada por los Tribunales¹¹², tampoco forma parte de la discrecionalidad técnica la “aclaración a la baremación de méritos”, objeto de la *litis*, y no forma parte de la discrecionalidad técnica del tribunal de selección, en la medida en que se trata de un acto preparatorio, de carácter reglado, que puede ser controlado por los tribunales¹¹³, como también las comprobaciones matemáticas o aritméticas de la puntuación conferida en un proceso selectivo así como la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en la convocatoria¹¹⁴. Y, desde luego, no puede confundirse discrecionalidad técnica con el incumplimiento de las bases de convocatoria¹¹⁵. En cualquier caso, la discrecionalidad técnica tiene un ámbito limitado, debiendo ajustarse a las exigencias de la Ley y de la convocatoria y a los criterios objetivos establecidos por el Tribunal calificador para el ejercicio de su función evaluadora¹¹⁶. En realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la discrecionalidad técnica, no ha sido extraña, como afirmaba PEÑARRUBIA IZA a la influencia de la doctrina siempre partidaria de realizar un control tan amplio como sea posible¹¹⁷, y esta amplitud avanza día a día en sus resoluciones más recientes, de tal manera que

¹¹⁰ STS, contencioso sección 7, de 12 de marzo de 2008 (ROJ: STS 1371/2008) N.º de Recurso: 3151/2003 |Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLÉN.

¹¹¹ STS, contencioso sección 7, de 12 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8562/2012) N.º de Recurso: 7143/2010 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

¹¹² STS, contencioso sección 7, de 13 de mayo de 2010 (ROJ: STS 2266/2010) N.º de Recurso: 368/2007 |Ponente: JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS.

¹¹³ STS, contencioso sección 7, de 28 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7969/2012) N.º de Recurso: 332/2012 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

¹¹⁴ STS, contencioso sección 7, de 30 de junio de 2014 (ROJ: STS 2894/2014) N.º de Recurso: 1550/2013 |Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

¹¹⁵ STS, contencioso sección 7, de 14 de septiembre de 2010 (ROJ: N.º de Recurso: 303/2007) |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO.

¹¹⁶ STS, contencioso sección 7, del 9 de enero de 2013 (ROJ: STS 217/2013) N.º de Recurso: 6299/2010 |Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS.

¹¹⁷ Peñarubia Iza, Joaquín (1995) “*La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica*” Revista de Administración Pública, núm 136. Pág. 330.

el proceso discursivo del juicio técnico ya no debe adolecer de zonas inmunes al control comenzando a estar sometido *en su totalidad* a la presunción *iuris tantum* que, como se afirma en el voto particular de la STS, de 16 de diciembre de 2014, “*podrá ser vencida en juicio por los procedimientos y pruebas legalmente establecidas y valoradas con arreglo a al sana crítica*”.

7. ¿DISCRECIONALIDAD TÉCNICA O CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO¹¹⁸?

El voto particular de la STS de 16 de diciembre de 2014, se iniciaba --¿con una apuesta de futuro?— de esta manera: “*en cuanto supone una potestad de la Administración de decidir entre distintas opciones, todas ellas conformes con el ordenamiento jurídico, no se compadece con el calificativo de técnica, pues cuando se trata de alcanzar una verdad técnica nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, en el caso de los procesos selectivos ante el aspirante más capaz y con más mérito, que exigirá un esfuerzo interpretativo de concreción, pero al final sólo uno reunirá esta condición*”. En efecto, en realidad, según hemos expuesto el proceso interpretativo, traducido en un juicio, viene a reducirse a una única opción de tal manera que el Órgano administrativo no tiene más opción que “afirmar”, “demostrar”, “aseverar” que este /a aspirante es el más capaz y meritorio. Ahora bien, la misma jurisprudencia admite las dificultades de concreción al único supuesto: “*como hemos dicho ya en varias ocasiones, es difícil circunscribir un concepto jurídico indeterminado de manera taxativa a una única solución adecuada, por mucho que así se haya sostenido (...) en la literatura académica (...) concepto jurídico indeterminado la “opción más recomendable” requiere una única solución, resuelve en los términos en que lo hace, constatando que la resolución impugnada es razonable y está suficientemente motivada*¹¹⁹”.

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es nueva la identificación de determinados supuestos sometidos a las “reglas” de la discrecionalidad técnica con los conceptos jurídicos indeterminados, cuando en la selección a realizar por el órgano administrativo aparecen elementos de preparación técnica exigibles a los candidatos suficientemente precisos¹²⁰. Incluso lo ha identificado con el ejercicio interpretativo del Gobierno a la hora de seleccionar el candidato más adecuado para determinadas funciones: “*el concepto jurídico indeterminado*

¹¹⁸ Sobre la denominación es interesante destacar la identificación entre “conceptos jurídicos indeterminados o normas en blanco” que realiza la propia jurisprudencia”: STS, contencioso sección 5, del 29 de diciembre de 1979 (ROJ: STS 685/1978) Recurso de apelación |Ponente: EDUARDO DE NO-LOUIS MAGALHAES.

¹¹⁹ STS, contencioso sección 3, de 3 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6192/2011) N.º de Recurso: 146/2009 |Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO.

¹²⁰ STS, contencioso sección 4, de 3 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 6549/2008) N.º de Recurso: 1141/2006 |Ponente: CELSA PICO LORENZO.

que define el único contenido posible de esa competencia de nombramiento que tiene atribuida el Gobierno. Y, por tanto, la libertad reconocida al Gobierno no es propiamente una manifestación de discrecionalidad administrativa, sino una habilitación para que desarrolle el margen de apreciación que resulta inevitable en la tarea de individualización de ese “candidato más adecuado”¹²¹; de tal manera que “la única actuación legalmente autorizada al Gobierno, para dar satisfacción a dicho interés, es la dirigida a elegir el candidato más adecuado para ese mejor desempeño”¹²². Posición que también extiende a otros procedimientos de concurrencia competitiva: “lo que implica que no nos hallemos aquí ante una discrecionalidad, que es esencialmente una libertad de elección ante alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, sino ante un concepto jurídico indeterminado, “proposición más ventajosa”, referencia legal a una esfera de la realidad cuyos límites no se dejan bien precisados en su enunciado pero los que se intenta delimitar en un supuesto concreto”¹²³. Alguna otra sentencia sobre la misma materia ha señalado que ambos conceptos, la discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados tienen su propia esfera de actuación dentro incluso del mismo procedimiento, por lo que no son excluyentes uno del otro¹²⁴.

Sin embargo, se adivina cierta confusión entre uno y otro concepto a la hora de

¹²¹ STS, contencioso sección 7, de 12 de diciembre de 2000 (ROJ: STS 9097/2000) N.º de Recurso: 233/1999 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

¹²² STS, contencioso sección 7, de 20 de octubre de 2003 (ROJ: STS 6429/2003) N.º de Recurso: 230/2000 | Ponente: MANUEL GODED MIRANDA. En el caso de la concesión de oficinas de farmacia: STS, contencioso sección 4, de 23 de febrero de 2010 (ROJ: STS 1113/2010) N.º de Recurso: 2383/2008 | Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA.

¹²³ STS, contencioso sección 7, de 7 de junio de 1999 (ROJ: STS 4003/1999) N.º de Recurso: 5613/1993 | Ponente: RAMON TRILLO TORRES. La STS, contencioso sección 4, de 27 de mayo de 2009 (ROJ: STS 3589/2009) N.º de Recurso: 4580/2006 | Ponente: CELSA PICO LORENZO, señala precisamente la evolución y cambio de línea jurisprudencial desde la consideración de dicho concepto como expresión de la discrecionalidad técnica hacia el carácter de concepto jurídico indeterminado.

¹²⁴ La “proposición más ventajosa”, concepto jurídico indeterminado, que actúa como mecanismo de fiscalización y control en el ámbito de la contratación administrativa, si bien la discrecionalidad técnica de la Administración tiene su esfera de actuación con anterioridad al trámite de adjudicación, atendiendo a la toma de la respectiva decisión en términos de libertad de criterio y en orden a determinar cuáles son los objetivos más significativos conforme a los principios de eficacia administrativa y de consecución del interés general, en coherencia con las previsiones contenidas en el artículo 103.1 de la Constitución, fue respetada en el caso examinado”. STS, contencioso sección 7, de 3 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 7244/2011) N.º de Recurso: 841/2008 | Ponente: JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS. También para el caso del planeamiento urbanístico: STS, contencioso sección 5, del 13 de septiembre de 2013 (ROJ: STS 4559/2013) N.º de Recurso: 4822/2010 | Ponente: JOSE JUAN SUAY RINCON y STS, contencioso sección 5, del 19 de septiembre de 2013 (ROJ: STS 4678/2013) N.º de Recurso: 3193/2011 | Ponente: JOSE JUAN SUAY RINCON.

enjuiciar la aplicación efectiva de los principios de mérito y capacidad: “*la libertad de apreciación que corresponde al CGPJ en los nombramientos para sus propios puestos de trabajo de nivel superior y que, descartada, en absoluto, en el presente caso la desviación de poder, se concretan: en el respeto a los principios de mérito y capacidad- conceptos jurídicos indeterminados que incorporan un margen de apreciación del Consejo delimitado por zonas de certidumbre positiva y negativa (...) sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de selección*¹²⁵”. Aunque, en líneas generales, se han identificado las diferencias entrambos juicios, el discrecional técnico y el del concepto jurídico indeterminado: “*un juicio que no es volitivo -propio de las decisiones discrecionales- sino cognoscitivo o intelectual (...) plenamente controlable y sustituible en sede jurisdiccional, sin negar la dificultad que para ello supone la propia estructura interna de dicho concepto, con zonas de determinación dudosa y precisa*¹²⁶”. Concluyendo que una y otra categoría son *conceptualmente categorías distintas, la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados*¹²⁷”.

Podríamos aventurar que la cuestión de aplicación de uno y otro concepto obedecería a una cuestión de los márgenes de apreciación de los que pudiera disponer el órgano técnico administrativo: “*ha de valorarlas aplicando conceptos jurídicos indeterminados (...) en los que, claro es, caben márgenes de apreciación*¹²⁸”. Y en el que caben también junto a los criterios lógicos, técnicos o de experiencia la interpretación normativa del propio Tribunal: “*es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa*¹²⁹”.

Por tanto, en la línea apuntada por el voto particular planteado por el magistrado discrepante de la STS, de 16 de diciembre de 2014, al final, la cuestión se reduce a la aplicación del concepto “mejor candidato en méritos y conocimientos” a uno sobre el conjunto de los participantes, lo que en definitiva se traduce en la consecución de una “verdad técnica”. La cuestión es cómo llegar a esa verdad técnica y en qué grado puede ser corregida en la instancia judicial, digo corregida, porque la “verdad técnica” es una, pero con perfiles multiformes que deben dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 23CE.

¹²⁵ STS, contencioso sección 1, de 3 de noviembre de 2014 (ROJ: STS 4936/2014) N.º de Recurso: 161/2014 | Ponente: RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO. También la STS, contencioso sección 5, de 16 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4153/2014) N.º de Recurso: 4077/2012 | Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS.

¹²⁶ STS, contencioso sección 5, de 19 de mayo de 2008 (ROJ: STS 2377/2008) N.º de Recurso: 2861/2004 | Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS.

¹²⁷ STS, contencioso sección 7, del 13 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5434/2013) N.º de Recurso: 5833/2008 | Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN.

¹²⁸ STS, contencioso sección 4, del 8 de octubre de 2013 (ROJ: STS 4915/2013). N.º de Recurso: 5847/2011 | Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ.

¹²⁹ STS, contencioso sección 4, de 8 de noviembre de 2010 (ROJ STS 5832/2010) N.º de Recurso: 1241/2007 | Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA.

8. CONCLUSIONES.

La discrecionalidad técnica es un concepto jurídico consolidado con singularidad propia y con concretas técnicas de control jurisdiccional. Bajo el “manto” de la discrecionalidad técnica, la jurisprudencia ha señalado un concepto amplio, constituido por el conjunto de procedimientos -dentro del procedimiento- vinculados directamente al órgano técnico administrativo llamados a la ejecución de la decisión administrativa, y un concepto estricto identificado con el núcleo mismo de la decisión.

La evolución jurisprudencial del control de la discrecionalidad técnica ha supuesto, en realidad, una “singularización” de los márgenes de apreciación generales de los que goza el órgano técnico administrativo en el ejercicio de su potestad. Así como el estrechamiento en dichos márgenes, de tal manera que hoy en día se plantea su identificación real con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Como consecuencia de lo anterior, la prueba pericial se ha convertido en un instrumento fundamental a la hora de atacar la presunción de acierto, racionalidad y legalidad de las resoluciones del órgano técnico administrativo en el ejercicio de la discrecionalidad técnica. En efecto, cuando se afirma que la cuestión de la discrecionalidad técnica es un problema de prueba se señala que su función no es la de sustituir una decisión técnica por otra, sino demostrar bajos los criterios científicos de especialización y racionalidad que la decisión del órgano evaluador ha incurrido en un error de apreciación evidente e inequívoco de tal manera que su juicio técnico no se ha configurado conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad. Es más, la pericia no puede ser un instrumento más de debate científico sino que debe ser un elemento determinante de la decisión jurisdiccional, aunque en algunos casos el propio Tribunal –sobre todo en pruebas selectivas con materias de marcado carácter legal—está llamado a emitir su propio juicio técnico. De ahí que su relevancia procesal exija una motivación completa y suficiente en el caso de que pudiera ser denegada su práctica por el órgano judicial.

Todo esto nos lleva a afirmar que la tramitación administrativa en los procesos selectivos de acceso a cuerpos de funcionarios, o de cualquier otro empleado público junto a otros procesos de concurrencia competitiva, han de incorporar elementos probatorios suficientes de la legalidad, acierto y racionalidad de la actuación de los órganos técnicos, máxime cuando en ellos se prevean pruebas selectivas con elementos “inmateriales” en la comprobación de los méritos de los candidatos (pruebas orales). De ahí que no estemos muy lejos de asistir a sesiones de pruebas selectivas en las que sean objeto de constatación audiovisual, las manifestaciones de los aspirantes ante los órganos técnicos evaluadores, más allá de la actual y clásica publicidad de las mismas.