

## COMENTARIO MONOGRÁFICO

# **SOBRE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y LA SANA CRÍTICA** **(Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.<sup>a</sup>, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013)**

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Alcalá

### RESUMEN

En los últimos años, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina favorable a un control judicial profundo de la denominada discrecionalidad técnica de los órganos de selección de empleados públicos, aunque respetando en última instancia el núcleo esencial del juicio técnico emitido por dichos órganos. En esta sentencia se plantea si puede sustituir el resultado de ese juicio técnico por una decisión judicial basada en la opinión contraria expuesta en un dictamen pericial.

*Palabras clave:* discrecionalidad técnica; control judicial; selección de empleados públicos.

### ABSTRACT

In recent years, the Supreme Court has established a favorable doctrine for a deep judicial review of the so-called «technical discretionary powers» exercised by the Civil Servants selection authorities, while respecting as a last resort the essential core of the technical judgment issued by these authorities or committees. In this judgment arises whether the result of that technical judgment can be substituted by a court decision based on the contrary opinion exposed in an expert report.

*Key words:* technical discretion; judicial review; civil servants selection.

1. Versa la sentencia que aquí se comenta sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, y en particular de lo que se conoce como discrecionalidad técnica. Como es sabido, es ésta una cuestión ampliamente debatida en nuestra doctrina jurídica, sobre todo hace algunos años. No es mi intención en estas breves páginas reabrir ese debate, por lo demás nunca agotado. La pretensión, mucho más modesta, es exponer algunas consideraciones con finalidad práctica a la luz de una sentencia interesante, que se refiere a un supuesto paradigmático: el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección en los concursos y oposiciones de acceso a la función pública. Modesta pero espero que no inútil, ya que en la solución de los casos de la vida real las teorías jurídicas se enfrentan a la prueba del nueve.

El interés de la sentencia radica en que aborda un aspecto esencial de esa cuestión: hasta qué punto puede un órgano judicial valorar el juicio técnico motivadamente expuesto por un órgano de selección y si es posible, a tenor de la prueba pericial aportada en el proceso, sustituir ese juicio técnico, que no es patente o manifiestamente erróneo, por la propia estimación del órgano judicial sobre los méritos o conocimientos de los candidatos. Es decir, se llega en este caso al punto crucial del control judicial de la discrecionalidad. Y el interés aumenta, si cabe, porque la sentencia contiene una clara fundamentación doctrinal, aunque expuesta de modo escueto, que pretende rebatir el voto particular añadido a la misma. Se deduce de ello que en la propia Sala y Sección ha tenido lugar la confrontación dialéctica de dos concepciones diferentes de la discrecionalidad y de las facultades judiciales de control, que quedan suficientemente reflejadas en la resolución y en el voto particular, respectivamente.

2. No obstante, antes de analizar la sentencia conviene recordar algunos antecedentes jurisprudenciales y doctrinales para centrar el problema, ya que en materia de control de las decisiones de los órganos que resuelven los concursos y oposiciones de acceso al empleo público se ha producido una evolución muy significativa en los últimos tiempos. La propia sentencia que ahora se comenta menciona sucintamente esa evolución jurisprudencial<sup>1</sup>, que recogen también de manera más detallada algunos trabajos doctrinales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase su Fundamento Jurídico Quinto.

<sup>2</sup> Así, E. LÁZARO ALBA y F. GONZÁLEZ BOTIJA, «A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 127, 2005; J. R. CHAVES GARCÍA, *Control de concursos y oposiciones*

El punto de partida es, a estos efectos, la jurisprudencia tradicional que consideraba imposible controlar judicialmente las decisiones de los tribunales de oposiciones y concursos sobre la base del carácter *soberrano* de éstos, esto es, de la exclusiva y absoluta atribución de competencia a los mismos para dirimir los correspondientes procedimientos selectivos. La doctrina de la *soberanía* de los órganos de selección operó durante mucho tiempo como una barrera insalvable para el control judicial, inclusive en supuestos en que se alegaban por los recurrentes vicios esenciales de procedimiento o inaplicación de los baremos o criterios previos de valoración, en el caso de que existieran.

Los principios de tutela judicial efectiva y control judicial pleno de la Administración consagrados por la Constitución de 1978 llevaron a cambiar el fundamento de la doctrina jurisprudencial, que empezó a centrarse exclusivamente en el concepto de *discrecionalidad técnica*. El cambio no era ni mucho menos nominal, ya que se vino a reconocer la posibilidad de enjuiciar el resultado de los procesos de selección en virtud de cualquier tipo de irregularidad jurídica, tales como los vicios de forma o la incorrecta interpretación y aplicación de las bases de la convocatoria por el órgano de selección, lo que hasta entonces no era frecuente, aparte otros elementos reglados de la decisión. Sin embargo, quedaba exento de control jurídico «por su propia naturaleza» el juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico. Este reconocimiento de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección para el acceso a la función pública se asumió tanto por el Tribunal Constitucional, desde la STC 39/1983, de 16 de mayo<sup>3</sup>, como por el Tribunal Supremo, y así en numerosísimas sentencias de los años ochenta y no-

---

en la jurisprudencia, Reus, Barcelona, 2009; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 8.ª ed., 2014, págs. 151 ss.; B. MARINA JALVO, «El acceso al empleo público», en J. CANTERO, J. A. FUENTETAJA, L. F. MAESO y B. MARINA, *Régimen jurídico de la función pública*, Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 279 ss.

<sup>3</sup> Según dicha sentencia, dicho reconocimiento «... no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al derecho (art. 103.2) ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sujeción a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico».

venta y otras posteriores, prácticamente hasta el día de hoy<sup>4</sup>. El reconocimiento de la discrecionalidad técnica de dichos órganos de control se fundamenta en la especialización e imparcialidad de los órganos de selección —que la jurisprudencia presume sin más—, lo que a su vez comporta una presunción *iuris tantum* de acierto de sus decisiones, tal como expresó la STC 34/1995, de 6 de febrero, seguida de otras muchas<sup>5</sup>. Sin embargo, se reconocía igualmente que dicha presunción podría ser desvirtuada por una prueba en contrario lo suficientemente concluyente para evidenciar el *error patente* de una decisión<sup>6</sup>.

La STC 215/1991, de 14 de noviembre, abrió una vía conceptual para penetrar en el ámbito hasta entonces considerado como propio de la discrecionalidad técnica, al distinguir dentro del juicio técnico del órgano de selección entre su *núcleo material*, no susceptible de control jurídico, y los *aledaños* del mismo. Esta imprecisa expresión de los «aledaños» venía a hacer referencia a todas aquellas actividades preparatorias e instrumentales necesarias para formular ese juicio técnico y que permiten determinar que el mismo se basa en los principios de mérito y capacidad y en la ausencia de discriminación o trato desigual a los candidatos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>7</sup> comenzó entonces a apoyarse en ese concepto para extender el control propiamente jurídico al análisis de la objetividad y razonabilidad de los criterios de evaluación fijados por el propio órgano de selección —y a la necesidad misma de fijar tales criterios—, así como para verificar que los criterios fijados se aplican por igual a todos los candidatos.

Sobre esta base teórica —expresada o no en la sentencias—, los tribunales han anulado el resultado de determinados procedimientos de selección porque el órgano de selección introdujo exigencias o méritos valorables no contemplados en las bases de la convocatoria<sup>8</sup>, porque las

<sup>4</sup> Por ejemplo, STS de 17 de noviembre de 1986, núm. 738, dictada en interés de la ley, que fija la siguiente jurisprudencia: «declaramos gravemente dañosa y errónea la doctrina (...) de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa puede y debe, en su función revisora, proceder, sin un criterio de legalidad aplicable, a revisar los criterios de un Tribunal calificador; que han de basarse en conocimientos técnicos, y en contra de las bases de convocatoria del concurso, competencia que no tiene atribuida la Jurisdicción». En el mismo sentido, SSTS de 3 de febrero de 1987 (núm. 52), de 18 de enero de 1990 (núm. 27), de 25 de octubre de 1992 (núm. 3369), de 8 de julio de 1994 (rec. 1086/1992) y de 11 de octubre de 1997 (rec. 7379/1992), entre otras muchas.

<sup>5</sup> Por ejemplo, SSTC 48/1998, de 2 de marzo; 73/1998, de 31 de marzo; 86/2004, de 10 de mayo; 219/2004, de 29 de noviembre.

<sup>6</sup> SSTC 353/1993, de 29 de noviembre, y 73/1998, de 31 de marzo, entre otras.

<sup>7</sup> Así, SSTS de 28 de enero de 1992 (rec. 1726/1990), de 11 de diciembre de 1995 (rec. 13272/1991), de 15 de enero de 1996 (rec. 7895/1991), de 1 de julio de 1996 (rec. 7904/1990) y, más recientemente, SSTS de 18 de marzo de 2011 (rec. 1920/2010) y de 12 de diciembre de 2012 (rec. 204/2010).

<sup>8</sup> SSTS de 14 de septiembre de 2010 (rec. 303/2007) y de 6 de octubre de 2011 (rec. 5891/2009).

preguntas formuladas a los aspirantes en pruebas de tipo test no eran suficientemente claras o exactas<sup>9</sup>, o bien porque las respuestas tachadas de incorrectas en ese mismo tipo de pruebas eran en realidad correctas<sup>10</sup>, cuando se ha producido un error aritmético de puntuación fácilmente detectable<sup>11</sup>, o cuando es posible constatar una desigualdad en los méritos que se valoran a unos u otros candidatos<sup>12</sup> o no se justifica la diferente puntuación otorgada a dos o más de ellos que realizan ejercicios sustancialmente iguales<sup>13</sup>.

Más adelante, a partir de la STS de 10 de mayo de 2007<sup>14</sup>, el Tribunal Supremo dio un paso más afirmando la necesidad de que los órganos de selección motiven el juicio técnico en que fundan sus decisiones, al menos en aquellos casos en que las razones de dicho juicio técnico hayan sido demandadas por cualquier candidato insatisfecho o cuando se haya solicitado por los cauces adecuados la revisión del resultado del proceso selectivo alegando la improcedencia de dicho juicio técnico. En tales casos no solo es jurídicamente inaceptable y, por tanto, causa de nulidad que no se lleguen a exteriorizar las razones del juicio técnico, sino que también cabe controlar por los órganos judiciales si la motivación es *suficiente* o *adecuada*, o sea, que explique con claridad dichas razones.

Desarrollando o complementando ese tipo de *control a través de la motivación*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado incluso cuál debe ser el contenido de la motivación para que se considere válida, y así: a) debe expresar el material o fuentes de información sobre los que va a operar el juicio técnico; b) consignar los criterios de valoración cualitativa aplicables; c) expresar por qué la aplicación de dichos criterios conduce a otorgar preferencia a un candidato sobre los demás<sup>15</sup>.

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reciente obliga a los órganos de selección a un esfuerzo adicional de justificación

<sup>9</sup> SSTS de 18 de mayo de 2007 (rec. 4793/2000) y de 2 de junio de 2010 (rec. 1491/2007).

<sup>10</sup> Por ejemplo, STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2012 (rec. 466/2010).

<sup>11</sup> STC 219/2004, de 29 de noviembre; SSTS de 9 de abril de 2007 (rec. 1755/2002) y de 8 de marzo de 2010 (rec. 4194/2008).

<sup>12</sup> STC 138/2000, de 29 de mayo.

<sup>13</sup> Así, dos SSTS de 31 de julio de 2014 (recs. 2001/2013 y 3779/2013).

<sup>14</sup> Rec. 545/2002: «... 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 trate».

<sup>15</sup> SSTS de 27 de noviembre de 2007 (rec. 407/2006), de 19 de mayo de 2008 (rec. 4049/2004) y de 18 de diciembre de 2013 (rec. 3760/2012).

de sus decisiones —lo que no está de más— y, como he señalado en otro lugar<sup>16</sup>, adopta e impone (a sí mismo y a los tribunales inferiores) un *hard look* del asunto sometido a revisión judicial. En consecuencia, este parámetro de control obliga a un esfuerzo de estudio y comprensión de las circunstancias de cada caso, que, por cierto, no todos los órganos competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa suelen llevar a cabo en la práctica y de manera habitual. Más bien se diría lo contrario (si he de juzgar por mi propia experiencia). No solo eso, sino que exige un análisis cuidadoso de las razones expresadas de una decisión, para evitar o reducir el riesgo de error judicial, lo que en este tipo de cuestiones puede tener consecuencias muy graves para terceros.

Dicho lo cual y hasta ahora —sin perjuicio de decisiones aisladas que en la práctica lo hacen—, el Tribunal Supremo no se había planteado si puede incluso llegar a controlar y sustituir lo que se venía considerando el *núcleo material del juicio técnico*, de tal manera que puedan los órganos judiciales comprobar si es *técnicamente* correcto o no y, en su caso, anularlo o sustituirlo por una resolución propia en contrario. El único límite reconocido al respecto, como se ha dicho, es que el resultado de dicho juicio técnico fuera manifiestamente erróneo, como, por ejemplo, cuando se aprecia con criterios de lógica elemental, que no requieren saberes especializados, que un órgano selectivo ha puntuado como incorrecta una respuesta que no lo era, o viceversa<sup>17</sup>. La cuestión es si el control del juicio técnico en sí puede ser apurado en sede judicial, incluso si no hay error patente. Eso es lo que la sentencia que comentamos dilucida.

3. La sentencia de 16 de diciembre de 2014 resuelve un recurso de casación contra otra de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de julio de 2013, que desestimó un recurso interpuesto por una concursante-opositora que optaba a obtener una plaza de Medicina Intensiva en el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA). La sentencia tiene como Ponente al Magistrado D. Nicolás A. Maurandi Guillén, que ha sido también Ponente en otras sentencias anteriores en las que la Sala ha precisado su doctrina en favor de un control más exhaustivo de las decisiones de los órganos de selección, a través del examen de la motivación. Con posterioridad, la sentencia de la misma Sala y Sección de

<sup>16</sup> *Derecho de la Función Pública*, cit., pág. 154.

<sup>17</sup> Por ejemplo, STS de 14 de septiembre de 2009 (rec. 4922/2005). En este caso, la apreciación del error por parte del órgano judicial era más fácil por tratarse de una prueba sobre materias jurídicas.

23 de diciembre de 2014 (rec. 3462/2013, Ponente: Celsa Pico Lorenzo) ha reiterado literalmente la doctrina de aquélla.

En el asunto enjuiciado, la recurrente fue suspendida en el segundo ejercicio de la fase de oposición, que consistía en la resolución de dos casos prácticos. Solicitó entonces la revisión de su examen y el tribunal calificador le entregó copia del mismo y de la nota media obtenida, así como le facilitó la vista de una plantilla de respuestas. No conforme con la puntuación obtenida, la interesada interpuso recurso de alzada alegando error técnico del tribunal al valorar sus respuestas, que ella entendía correctas, y ausencia de motivación. En la tramitación del recurso de alzada se recabó informe del tribunal calificador, que lo emitió exponiendo las razones por las que no consideraba correctas las respuestas de la recurrente, siendo desestimada la alzada por resolución del Consejero de Hacienda y Sector Público. En esta resolución se rechazaron las alegaciones de arbitrariedad, error manifiesto y falta de motivación, se dejó constancia de las explicaciones contenidas en el informe del tribunal calificador y se concluyó que lo que pretendía la recurrente era sustituir el juicio técnico del órgano de selección por el suyo propio.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la interesada alegó la jurisprudencia reciente favorable a la revisión judicial de la discrecionalidad técnica sobre la base de los errores técnicos del órgano de selección y aportó un informe pericial, firmado al parecer por una prestigiosa especialista, en el que se establece que el tribunal calificador incurrió en errores manifiestos en la valoración de la prueba. Adujo asimismo arbitrariedad, porque el tribunal calificador no había motivado, en las actas, el material sobre el que operó el juicio técnico, los criterios de valoración cualitativa y por qué la aplicación de esos criterios condujo al resultado que le perjudicaba.

En la contestación a la demanda, la Administración señalaba que el tribunal calificador justificó de manera suficiente en su informe previo a la resolución del recurso de alzada las razones de su decisión y que lo que se pretendía era sustituir el juicio técnico de un órgano colegiado, siete de cuyos ocho miembros eran especialistas en la materia, por otro también técnico pero individual e «interesado», al venir formulado por perito de parte.

La Sala de instancia, que declaró admisible la prueba pericial propuesta por la actora, concluyó que se trataba de una prueba insuficiente para desvirtuar el criterio del órgano de valoración, pues no ponía de relieve que éste hubiera incurrido en error patente y no expresaba más que la opinión de una especialista frente a la de los miembros que com-



ponían el tribunal calificador del proceso selectivo. Asimismo, rechazaba que dicho tribunal hubiera actuado con arbitrariedad y falta de motivación. En concreto, no consideraba necesario, a efectos de motivación, que la puntuación asignada a cada pregunta deba ir acompañada de una explicación complementaria que venga a justificar dicha puntuación.

El hecho de que la sentencia de instancia valore de manera tan genérica la insuficiencia de la prueba pericial aportada al proceso por la recurrente le parece al Tribunal Supremo razón para estimar que dicha sentencia debe ser casada, por incumplir el canon de motivación de las resoluciones judiciales que impone el artículo 120.3 CE. A partir de ahí, anulada la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo pasa a enjuiciar directamente la controversia.

4. A tal efecto, la sentencia de 16 de diciembre de 2014 recuerda su propia doctrina sobre el control de la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos, incluidas sus más recientes decisiones, más arriba mencionadas, que imponen una motivación estricta y rigurosa de la expresión del juicio técnico. Pero —y esto es lo novedoso— declara que la doctrina jurisprudencial elaborada debe complementarse con otras consideraciones, que expone en su Fundamento Jurídico Sexto, en los siguientes términos:

«I. La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, 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 éstas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse.

Así debe ser por estas razones: (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 calificadores 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.

II. La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador.

Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacierto técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error».

En el caso enjuiciado no hubo falta de motivación de la decisión del tribunal calificador relativa a la recurrente, ni en el aspecto formal ni sustantivo, porque dicho tribunal le informó primero verbalmente de sus razones y porque en el informe que elevó para resolver el recurso de alzada frente a la puntuación constaban los tres elementos requeridos de la motivación: el objeto de la valoración, el criterio cualitativo seguido para decidir sobre tal puntuación y la explicación del porqué el examen de la recurrente se ajustaba en mayor o menor medida a ese criterio previamente aprobado por el tribunal. No existiendo defecto de motivación, la cuestión se reduce a determinar si el tribunal calificador incurrió en error patente, que es lo que se afirma en el dictamen pericial aportado por la actora al proceso. En dicho dictamen se manifiesta la discrepancia del perito con las respuestas previamente aprobadas como correctas por dicho tribunal, en tanto que criterio cualitativo de valoración, y con la explicación que luego ofreció para justificar la concreta puntuación otorgada. Pero no se acredita en ese dictamen que aquellas respuestas y razones hayan sido calificadas como

un error claro, inequívoco y patente por la generalidad o la mayoría de la comunidad científica. De manera que solo permite constatar un distinto parecer técnico. Eso no es suficiente para deducir la arbitrariedad o manifiesta equivocación del tribunal calificador, por lo que debe respetarse el margen de apreciación de este tribunal, «por ser legítimo en cuanto inevitable».

Éstos son, en resumen, los fundamentos que dan lugar a la desestimación del recurso.

5. El voto particular a la sentencia, que firma el Magistrado José Díaz Delgado, parte de negar que la llamada discrecionalidad técnica sea verdadera discrecionalidad, «pues cuando se trata de alcanzar una verdad técnica nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado», que exige un esfuerzo interpretativo de concreción para deducir, en el caso de los procesos selectivos, cuál es el aspirante más capaz y con más mérito. Éste es, según el autor del voto particular, un problema de prueba.

Tras indicar que la dificultad de concretar el concepto jurídico indeterminado no es en este caso muy distinta de la que aparece a la hora de determinar la mejor oferta en los procedimientos de contratación o el valor del justiprecio, u otros casos en que no se acude al concepto de discrecionalidad técnica para establecer una inmunidad jurisdiccional, niega que tras la aprobación de la Constitución pueda existir tal inmunidad. Y aunque reconoce que el Tribunal Constitucional ha venido afirmando la existencia de tal discrecionalidad técnica, recoge algunos pasajes de doctrina constitucional en los que se niega «un pretendido derecho de exclusión del control de la llamada discrecionalidad técnica» (SSTC 138/2000, de 29 de mayo; 219/2004, de 29 de noviembre) y en los que se declara que la discrecionalidad técnica no es sino una presunción *iuris tantum* de certeza o razonabilidad de la actuación administrativa, que es posible desvirtuar, entre otras cosas, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (SSTC 86/2004, de 28 de mayo, y otras). Así entendida, la discrecionalidad técnica

«... 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 cuan-

do 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».

A renglón seguido, se critica en el voto particular que la demandada no formuló alegaciones contra las «extensas razones» expuestas en su informe por «la prestigiosa perito interviniente» rebatiendo los motivos del acuerdo recurrido. También disiente de que se admita la motivación que el tribunal calificador expuso *a posteriori* en el informe que elaboró para la resolución del recurso de alzada contra su propia decisión, cuando esa motivación no se expuso antes, ni siquiera en el acto de protesta de la aspirante, después recurrente. Pues afirma el voto particular que en el momento de motivar el acto de calificación el tribunal habría perdido ya su imparcialidad, dado que lógicamente trataría de defender el acto administrativo impugnado. En fin, concluye el autor de ese voto que «a mi juicio la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia».

Pero lo que en el voto particular se estima adecuado como conclusión, al tratarse de un proceso selectivo en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, es que la estimación del recurso conlleve no una revisión de la calificación otorgada a la recurrente, sin más, sino la retroacción de actuaciones para que por un tribunal calificador distinto se proceda a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los nuevos criterios de valoración.

6. Laten en la opinión mayoritaria y en el voto particular dos concepciones muy distintas del control de lo que solemos llamar la discrecionalidad técnica. Mas lo que verdaderamente importa no es la disputa teórica o conceptual, sino reflexionar sobre cuál es la solución más correcta en casos como el que se plantea y en términos de justicia material.

Seleccionar no es tarea fácil, y cuando entre los candidatos en un proceso selectivo no se advierten diferencias sensibles de conocimientos, decidir a favor de unos u otros tiene muchas veces algo de aleatorio, ya que se basa en matices o detalles prefigurados como relevantes por quien selecciona. Si he de apelar a mi propia experiencia, pues varias veces he formado parte de tribunales de selección para el acceso a la función pública —y no me refiero ahora a concursos de los cuerpos

docentes universitarios—, creo tener algunas cosas claras. Primero, que nunca he estado seguro de que diera mi voto al mejor candidato para desempeñar un puesto de funcionario, sino tan solo a quien demostraba mayores conocimientos de la materia objeto de cada prueba. Segundo, que ni siquiera puedo afirmar que haya votado a quien realmente tuviera más conocimientos, sino a quien en la forma y en el contenido de la exposición se aproximaba más a lo que yo personalmente consideraba que debía exponerse. Muy probablemente, de ser otro el responsable de la selección el resultado hubiera sido diferente, pues, salvo si se advierten ostensibles diferencias entre los candidatos, todo depende de la opinión de quien valora sus ejercicios. Decir que en los procedimientos de selección solo hay un resultado justo puede ser cierto en términos ontológicos, pero en la práctica lo decisivo es quién dice cuál es el resultado justo.

A efectos del control judicial se puede reproducir el argumento. Un órgano administrativo de selección, colegiado y especializado, puede alcanzar una solución injusta. Para tratar de evitarlo, en la medida de lo posible, la jurisprudencia ha venido imponiendo pautas que deben servir de guía a la decisión: la predeterminación de los criterios a tener en cuenta en la valoración y una motivación singularizada de la aplicación de esos criterios. Con ello se pretende garantizar que la selección se funda en criterios objetivos y no discriminatorios y que no se ha incurrido en algún tipo de parcialidad o en un error patente, craso, palmario. En otros términos, se persigue asegurar que la decisión no es arbitraria, pues de serlo está vedada por el ordenamiento jurídico. Otra cosa es asegurar el acierto.

¿Puede asegurar un órgano judicial que, en ausencia de elementos que demuestren un proceder arbitrario, el órgano de selección ha incurrido en un error y que el resultado justo del proceso selectivo debe ser necesariamente otro? El voto particular a la sentencia que comentamos viene a afirmarlo, sobre la base de que, cuando valora las pruebas del proceso y llega a una conclusión razonable según las reglas de la sana crítica, *no aplica su propio criterio*, sino lo que sería el resultado objetivo del proceso. Pero lo cierto es que el juez ha de valorar esas pruebas y expresar un juicio personal o subjetivo sobre ellas, como el autor del propio voto particular viene a reconocer implícitamente: «... a mi juicio la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora...». Otra cosa sería tanto como sostener la infalibilidad judicial.

Ahora bien, entre la opinión fundada en criterios objetivos de un tribunal calificador, que no sea manifiestamente errónea, y la opinión de un órgano judicial fundada en las pruebas practicadas en el proceso, un

mero cálculo de probabilidades de acierto inclina la balanza hacia la primera. No se trata solo de que el órgano de selección se componga de especialistas en la materia de que se trate, a diferencia (normalmente) del órgano judicial que controla su decisión. Ni la razón esencial reside en la presunción de imparcialidad de dicho órgano, que, por cierto, no puede ponerse en tela de juicio por el mero hecho de que justifique *a posteriori* sus propias decisiones. Lo que sucede es que dicho órgano de selección se encuentra más próximo a la realidad, ya que ha tramitado directamente todo el proceso selectivo y sus integrantes han podido valorar personal y comparativamente a todos los candidatos.

Por el contrario, el proceso judicial no deja de ser una representación de la realidad, una *performance* en la que las partes personadas y solo ellas exponen su versión de los hechos. A lo que se añade, como en el caso comentado, una prueba pericial —sea de parte o no— que expone la opinión fundada de quien la emite, no directamente sobre el proceso selectivo, sino sobre lo que otros han resuelto al respecto. Los elementos de juicio a disposición del órgano judicial son los que en el proceso *se representan* y, salvo que se aportara alguna evidencia o prueba concluyente del error, eso supone que de hecho los jueces no fallan sino en virtud de *opiniones ajenas*, sean las de los abogados de las partes, sean las de los peritos. Probablemente es más fácil equivocarse así.

En fin, mientras que si se verifica la existencia de criterios objetivos de selección y ausencia de arbitrariedad puede presumirse que todos los candidatos están en situación de igualdad ante el órgano de selección, no ocurre lo mismo en el proceso judicial, pues no todos los interesados tienen por qué ser parte, ni normalmente lo son, y no todas las partes tienen la misma posibilidad real de contar con buenos defensores o de aportar pruebas periciales de profesionales prestigiosos. De modo que el resultado de la representación procesal depende en buena medida de la capacidad económica de cada parte. Quizá por ser consciente de esta desigualdad procesal, el Magistrado firmante del voto particular considera que la estimación del recurso debería suponer no aceptar sin más como resultado justo de la selección la opinión del perito de parte, sino la retroacción de actuaciones para que por un *tribunal distinto* se proceda a una nueva valoración *de todos los ejercicios*. Solución ésta que suscita cierta perplejidad en cuanto a su fundamento —pues nadie había cuestionado en tiempo y forma, que se sepa, la composición del tribunal— y en cuanto a sus efectos prácticos, entre otros la no improbable presentación de ulteriores impugnaciones sobre el mismo asunto, de ser el resultado del segundo procedimiento selectivo diferente del primero.

La teoría de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, llámese como se llame, se basa en sólidas razones y no por casualidad se reconoce prácticamente en todos los ordenamientos de nuestro entorno<sup>18</sup>. El reconocimiento del margen de apreciación técnica en que consiste está sometido a límites cada vez más rigurosos, según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se ha visto. Pero eso no significa eliminar ese margen de apreciación en favor de la también llamada *sana crítica*, que de hecho no supone sino sustituir una opinión de especialistas o expertos en cada materia por otra opinión de quien no lo es. Así lo ha entendido acertadamente la mayoría de la Sala en la sentencia que comentamos.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en el Derecho francés se sigue reconociendo la *soberanía* de los órganos de selección en lo que se refiere a la valoración de los méritos de los candidatos, de manera que sus deliberaciones al respecto no son susceptibles de control judicial (Decisiones del Consejo de Estado de 31 de diciembre de 2008, *M. Philippe A.*, y de 23 de diciembre de 2010, *M. Simon A.*, entre las últimas). Cabe recurrir la decisión del tribunal calificador por *excès de pouvoir* y, de hecho, al ser este recurso gratuito y no necesitar de abogado, es muy frecuente su interposición. Pero cuando lo que se cuestiona es la apreciación de la capacidad y mérito de los aspirantes por el órgano de selección —lo que nosotros llamaríamos «el juicio técnico»— el recurso no puede prosperar. Sobre ello, G. MARCOU, *L'accès aux emplois publics*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014. En el Derecho alemán se llega a un resultado similar en aplicación de la *teoría del margen de apreciación*, que se reconoce específicamente por la jurisprudencia en favor de los órganos administrativos que realizan exámenes de Estado y valoraciones de los funcionarios, como destaca H. MAURER, *Derecho Administrativo. Parte General*, trad. esp., Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 176 y ss. En fin, por lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria sobre el acceso a la función pública de la Unión Europea, cabe recordar que «en el marco del control jurisdiccional de la decisión mediante la que un tribunal calificador de una oposición deniega la inclusión de un candidato en la lista de reserva, el Tribunal comprueba la observancia de las normas jurídicas aplicables, que son las normas, fundamentalmente procedimentales, que se definen en el Estatuto y en la convocatoria de oposición, y las que presiden la actuación del tribunal calificador, en particular, el deber de imparcialidad, el respeto de la igualdad de trato entre los candidatos y la inexistencia de desviación de poder» (sentencias del Tribunal de Función Pública de 13 de diciembre de 2012, *Mileva/Comisión*, F-101/11, y de 12 de febrero de 2014, *De Mendoza Asensi/Comisión*, F-127/11, entre otras muchas). En lo que se refiere a la tutela de la igualdad de trato de los candidatos, la jurisprudencia precisa que «aunque el tribunal calificador disfruta de una amplia facultad de apreciación en lo relativo a las modalidades y al contenido de las pruebas, corresponde no obstante al juez de la Unión ejercer su control en la medida necesaria para garantizar la igualdad de trato entre los candidatos y la objetividad de la elección que el tribunal calificador lleve a cabo entre ellos» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de marzo de 2008, *Giannini/Comisión*, T-100/04). Ello permite al juez comunitario anular la decisión del órgano de selección inclusive si se constata un *manifiesto error de apreciación*, pero no controlar la exactitud de verificaciones o evaluaciones que no son objetivamente comprobables. Sobre ello, J. A. FUENTETAJA PASTOR, *Función Pública Comunitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 544 y ss. Es más, el control de la motivación de las decisiones de los tribunales calificadores es limitado, ya que debe conciliarse con el respeto del secreto de sus deliberaciones, reconocido por el Estatuto de los Funcionarios de la UE (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 1996, *Parlamento/Innamorati*, C-254/95 P, y sentencia del Tribunal de la Función Pública de 28 de marzo de 2012, *Marsili/Comisión*, F-19/10).