

LA MODERNA JURISPRUDENCIA SOBRE DISCRECIONALIDAD TECNICA

Por
JOAQUÍN M.^a PEÑARRUBIA IZA

SUMARIO: I. El control de la discrecionalidad y los actos exentos: una polémica doctrinal interesante.—II. La discrecionalidad técnica.—III. Posibilidades de revisión.—IV. La moderna legislación.—V. Conclusiones: la jurisprudencia posterior a la STC 353/1993, de 29 de noviembre.

I. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LOS ACTOS EXENTOS: UNA POLÉMICA DOCTRINAL INTERESANTE

1. Control jurisdiccional del Gobierno y de la Administración

Tras la promulgación de la Constitución, la doctrina se mostró unánime en la afirmación de la plena fiscalización jurisdiccional de todos los actos emanados del poder ejecutivo, con la excepción de los que se refiriesen a las relaciones entre poderes. Sin embargo, la categoría del acto político, de oportunidad o de gobierno, continuó interesando a la doctrina y siguió siendo utilizado por la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional, al principio con cautelas y en los últimos años abiertamente, aunque de modo restrictivo.

La cuestión se ha centrado en la interpretación que ha de darse al artículo 97 de la Constitución. Para el sector doctrinal mayoritario, el Gobierno es el órgano de dirección política, ciertamente, pero es también el órgano superior de la Administración pública (1), sin que pueda llegar a hablarse de una cuarta función estatal, la función de dirección política, distinta de las tres clásicas, ejecutiva, legislativa y judicial, a las que vendría a sumarse (2). Sin embargo, otro sector doctrinal, que aumenta progresivamente en número de autores, mantiene que lo que caracteriza al Gobierno es precisamente su función de órgano responsable de la direc-

(1) Cfr. Fernando GARRIDO FALLA, *Constitución y Administración*, «REDA», núm. 20 (1979), págs. 5 a 11; «La posición constitucional de la Administración pública», en GARRIDO FALLA, BAENA y ENTRENA, *La Administración en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, 132 págs. O los comentarios al artículo 97, en *Comentarios a la Constitución*, 2.^a ed., Cívitas, Madrid, 1985, págs. 1363 y ss. Recientemente, en *El concepto de servicio público en Derecho español*, núm. 135 de esta REVISTA (1994), pág. 8, reitera su concepto institucional de la Administración pública.

(2) Ignacio DE OTTO Y PARDO, *La posición constitucional del Gobierno*, «DA», núm. 188 (1980), págs. 174 y ss.

ción y representación política del Estado; dentro de este sector, podemos dividir entre los autores para quienes el Gobierno se caracteriza solamente por esta función política (3) —como proclama la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 (4)—, por cuanto su labor de dirección de la Administración pública se enmarca dentro de la más amplia de dirección política. En el otro sector doctrinal están quienes mantienen que caracteriza al Gobierno la dirección política, pero siendo su función administrativa de gran importancia (5), argumentando que la consideración del Gobierno como órgano culminante de la pirámide administrativa provenía del régimen anterior a la Constitución y que tras su vigencia el Gobierno no es sola o principalmente Administración, por tanto (6).

2. *La discrecionalidad administrativa*

Doctrina y jurisprudencia se esfuerzan, por tanto, en deslindar los actos según su naturaleza sea administrativa o política, con el fin de saber hasta dónde es posible controlar o fiscalizar la actuación del Poder Ejecutivo por los Tribunales: los actos de gobierno están exentos de cualquier revisión por la jurisdicción, de modo que sólo las cuestiones formales —procedimiento, competencia— son revisables (doctrina de los actos separables), mientras que la actuación administrativa está plenamente sometida a la revisión judicial. La consecuencia es que los medios de control de los actos de gobierno no son los judiciales, sino que serán los políticos, por un lado (control parlamentario), y la impugnación ante el Tribunal Constitucional, por otro, aunque la doctrina se muestra unánime al pronunciarse sobre la impugnabilidad de los actos de esta naturaleza que vulneren o afecten a los derechos de los particulares (7).

La cuestión de la fiscalización jurisdiccional hace que la actuación dis-

(3) Cfr. Luis LÓPEZ GUERRA, «La posición constitucional del Gobierno», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-IEF, Madrid, 1988, págs. 17 y ss.; *Funciones del Gobierno y dirección política*, «DA», núm. 215, págs. 15 y ss.

(4) Entre otras, vid. las críticas a la exoneración de responsabilidad jurídica del Gobierno en Fernando GARRIDO FALLA, «La resurrección del acto político del Gobierno», *Anales de la R. A. de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1992, págs. 51 y ss. Del mismo autor, con J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 30-31. En sentido semejante, Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Pons, Madrid, 1993, pág. 22.

(5) Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991, 134 págs.

(6) Cfr. Luis María Díez-PICAZO, *La estructura del Gobierno en el Derecho español*, «DA», núm. 215 (1988), págs. 41 y ss.

(7) Cfr. Fernando GARRIDO FALLA, *Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la ley*, núm. 128 de esta REVISTA (1992), págs. 20-21; Enrique GARCÍA LLOVET, *Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, «REDC», núm. 36 (1992), pág. 280. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ incluye a los actos del Jefe del Estado; vid. «El control de los actos del Jefe del Estado», en *Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Madrid, 1991, pág. 1997.

crecional de la Administración sea fronteriza entre los actos de gobierno y los puramente administrativos de carácter reglado, al entrar en juego el elemento de la oportunidad. Por ello, no para la discusión en torno a los actos políticos, sino que también se ha planteado la doctrina cuál es el punto a partir del cual los Tribunales deben abstenerse en su control de los actos de naturaleza claramente administrativa, en referencia a los de carácter discrecional.

La doctrina patria, siguiendo los avances del Derecho comparado, sobre todo del alemán y del francés (control de los hechos determinantes, o por medio de los principios generales del Derecho, o bien de los conceptos jurídicos indeterminados), elaboró las posibilidades de examen para la jurisdicción con respecto a este tipo de actos con gran brillantez expositiva (8), posturas que han tenido finalmente un amplio eco en la doctrina jurisprudencial, que admite plenamente estas técnicas en la actualidad (9).

Sin embargo, existen excepciones a este normal control, en aquellos ámbitos en los que no es clara la distinción entre discrecionalidad y pura oportunidad. Aquí se ha producido recientemente una polémica doctrinal muy interesante, que no es momento de analizar extensamente. Sin embargo, refleja el estado actual de la cuestión en el Derecho español y lleva a la jurisprudencia a hacer un gran esfuerzo por realizar un control de la Administración dentro de los parámetros establecidos en la Constitución. Centrando la discusión en tres prestigiosos autores, afirman unos que el control jurisdiccional debe parar en el meramente jurídico, sin que los Tribunales puedan entrar a valorar los criterios de oportunidad (10), mientras que otro sector estima que el control debe ser total, sin que existan áreas de inmunidad (11).

Pues bien, uno de esos ámbitos fronterizos entre la oportunidad y la discrecionalidad es el de la discrecionalidad técnica (12), citado como ejemplo para mantener sus tesis por los autores en disputa, sea para adhe-

(8) Vid. el clásico trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo. Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, núm. 38 de esta REVISTA (1962), págs. 183 y ss. También es de obligada cita Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, Madrid, 1976, 364 págs.

(9) Cfr. Antonio MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración pública en España (análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983)*, con prólogo de GALLEGO ANABITARTE, Montecorvo, Madrid, 1985, 606 págs.

(10) Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, 131 págs.; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, 162 págs.

(11) Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Arbitrariedad y discrecionalidad», en *Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo III, Madrid, 1991, págs. 2256 a 2316; *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, «REDA», núm. 76 (1992), págs. 511 a 524; *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, «REDA», núm. 80 (1993), págs. 577 a 612; *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, «REDA», núm. 83 (1994), págs. 381 a 401. Estos trabajos han sido recopilados en el libro *De la arbitrariedad de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1994, 225 págs.

(12) Cfr. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, cit., págs. 29 y 50, y SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., págs. 28 y 161.

rirse a la doctrina tradicional de la jurisprudencia (13), sea para criticarla (14). En el estudio de la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo se pueden encontrar los esfuerzos llevados a cabo por la jurisprudencia para cumplir con el mandato constitucional, sin vulnerar las potestades que corresponden, también por mandato de la Constitución, a la Administración.

II. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

1. *Preámbulo*

La importancia de las declaraciones del TS en esta materia deriva, pues, del hecho de que este tipo especial de discrecionalidad, denominada como técnica, es un ejemplo de influencia de la doctrina sobre la jurisprudencia en orden a realizar un control tan amplio como sea posible.

Es aplicable tanto en los supuestos de ingreso en la Función pública como a las situaciones de la carrera administrativa, por cuanto es el sistema predicable de «toda clase de enseñanzas, oposiciones, concursos y demás llamamientos a plazas, puestos y categorías determinadas», en las que corresponde el «conocimiento y decisión» a las «comisiones, tribunales y juntas calificadoras, designadas en razón de sus conocimientos en las materias científicas, artísticas o técnicas que han de poseer los aspirantes a tales puestos» (15).

Hasta la fecha de su publicación, es un completo estudio sobre la doctrina jurisprudencial en materia de oposiciones y concursos, comisiones o tribunales de calificación y sus potestades, así como de la discrecionalidad de los mismos, un trabajo monográfico de TARDÍO PATO (16). Igualmente, PIÑAR MAÑAS tiene un exhaustivo trabajo de recopilación jurisprudencial, referido a los años 1986 a 1989 (17). Por eso, aquí nos referiremos fundamentalmente a la jurisprudencia de los últimos años (en especial, desde 1989), aunque, a veces, sentencias anteriores hayan de ser mencionadas.

2. *Declaraciones sobre la competencia para calificar*

Las consideraciones sobre la competencia para calificar realizadas por la jurisprudencia quedan plenamente plasmadas en las siguientes declara-

(13) En este sentido, PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, cit., págs. 31-32, 65-66 y 119-120; SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., págs. 23-25 y 160-161.

(14) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., págs. 2265-2273.

(15) SSTs de 16 de marzo de 1989 (Ar. 2102) y 28 de septiembre de 1989 (Ar. 6374).

(16) José Antonio TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Cívitas, Madrid, 1986, 254 págs.

(17) José Luis PIÑAR MAÑAS, *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, «DA», núm. 220 (1989), págs. 135 a 178.

ciones: «La competencia exclusiva para calificar las pruebas en razón de los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes, está plenamente atribuida a la comisión calificadora», porque «la revisión de esta actuación, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional se refiere a la conformidad con las normas que regulan su actuación, no a la decisión que por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea la procedente, conocimientos que no son presumibles posea el órgano administrativo superior (...); e igualmente aplicable a los Magistrados componentes de los Tribunales de Justicia, incapacitados para decidir todas las cuestiones relativas al completo saber humano» (18).

En efecto, declara el TS que: «Los juicios técnicos que emiten estos órganos vinculan a la Administración y por ello no pueden ser sustituidos por una decisión de ésta, ni de los Tribunales de este orden jurisdiccional, en razón del carácter revisor de sus potestades. Por eso, cuando la Administración revisa las resoluciones de los tribunales calificadores, deben practicarse de nuevo las pruebas o trámites afectados por la irregularidad, lo que revela que nunca pueden sustituirse las decisiones de aquéllos en el ejercicio de su competencia genuina» (19). En consecuencia, «la solución evidentemente corresponde al tribunal calificador y no a los Tribunales de Justicia» (20), dado que «la apreciación de la aptitud o no aptitud emana de un juicio ponderado a efectuar por el órgano competente y con discrecionalidad técnica en relación con cada candidato individualizado» (21).

3. *La discrecionalidad técnica*

«El criterio uniforme y constante de esta Sala reconoce que los tribunales calificadores de oposiciones y concursos gozan de una amplia discrecionalidad técnica, por la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas de selección, y que los Tribunales de Justicia no pueden convertirse en segundos tribunales (...) ya que por la especialidad de los conocimientos exigidos sería necesario un informe pericial cuyo criterio habría de ser confrontado con el de los especialistas que integran la comisión, discrecionalidad que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos, por razón de defectos formales sustanciales, por haberse producido indefensión, arbitrariedad, desviación de poder, etc.» (22). Por tanto, es posible la revisión y el control de estos actos administrativos por parte de la Jurisdicción, aun-

(18) SSTS de 17 de diciembre de 1986 (Ar. 7471), de 18 de julio de 1988 (Ar. 5639), de 16 de marzo de 1989 (Ar. 2102) y de 28 de septiembre de 1989 (Ar. 6374).

(19) STS de 7 de diciembre de 1990 (Ar. 10139).

(20) STS de 12 de febrero de 1990 (Ar. 2281).

(21) STS de 5 de noviembre de 1993 (Ar. 8239).

(22) SSTS de 13 de marzo de 1991 (Ar. 2279), 30 de abril de 1991 (Ar. 3364), 20 de octubre de 1992 (Ar. 8485), 11 de noviembre de 1992 (Ar. 9118, que añade una última frase: «u otra transgresión jurídica de similar trascendencia»), 9 de diciembre de 1992 (Ar. 10147), 30 de abril de 1993 (Ar. 2876).

que llegue a hablar el TS de «discrecionalidad técnica irreversible» (23), en los términos que pasamos a exponer, demostrando con ello «los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible», como dice el FJ 3.º de la STC 353/1993, de 29 de noviembre.

III. POSIBILIDADES DE REVISIÓN

Mantiene el TS dos líneas jurisprudenciales claramente definidas en cuanto a las posibilidades de control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica (24). Por un lado está la corriente tradicional y, por ello, mayoritaria hasta muy recientemente, que apreciaba de manera restrictiva las posibilidades de control, que incluso llegaba a excluirse. Frente a ella, se ha abierto camino en los últimos años otra postura, en la cual estima el TS que la discrecionalidad técnica no es un obstáculo insalvable para fiscalizar las decisiones de los órganos especializados de la Administración (25), postura que es hoy mayoritaria, como se verá en las próximas páginas. Como exponente de la evolución de la segunda corriente jurisprudencial, cada vez más importante, se suele citar la STS de 2 de abril de 1985, que admite la doctrina de la discrecionalidad técnica, pero considera que para que no se produzca un «quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del tribunal calificador, (...) tales apreciaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar, (...) sin posibilidad de confundir, por lo tanto, valoración del conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala a juicios técnicos» (26). Esta sentencia, que se hizo eco de algunas opiniones doctrinales (27), mereció alabanzas por parte de algunos autores, dado que introdujo innovaciones evidentes en la hasta entonces mayoritaria jurisprudencia del TS y, con ello, abrió una posibilidad de control en los juicios técnicos, hasta ese momento casi inalterables por los Tribunales de Justicia (28).

(23) STS de 14 de marzo de 1989 (Ar. 2301).

(24) Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, op. cit., pág. 32.

(25) Cfr. Angel SÁNCHEZ BLANCO, *La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos*, «REDA», núm. 30 (1981), págs. 563 y ss.

(26) STS de 2 de abril de 1985 (Ar. 2854).

(27) Por ejemplo, se hizo eco esta sentencia de las opiniones de COCA VITA, para quien no se puede «eximir de control la discrecionalidad técnica —eso nunca puede suceder—, sino que se convierte en difícil la posición del recurrente», pero si «acredita el error de apreciación o la mala conceptualización o calificación, o la arbitrariedad formal o de fondo, el recurso ha de estimarse». Vid. *Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica*, núms. 100-102 de esta REVISTA (1983), pág. 1075.

(28) Esta STS fue glosada elogiosamente por COCA VITA, *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales*, núm. 108 de esta REVISTA (1985), págs. 205 a 214. Es citada por otros autores, como T. R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., págs. 2265-2273.

Sin embargo, el propio TS volvió posteriormente a sus pronunciamientos anteriores e, incluso, llegó a criticar de modo expreso esta doctrina en sus sentencias de 8 de noviembre de 1989 y de 27 de abril de 1990, en las cuales se dice que la anteriormente citada, de 2 de abril de 1985, se aleja de la doctrina reiterada por la Sala, considerando, en consecuencia, que está «superada por la posterior jurisprudencia». A pesar de ello, afirma aquí el TS que esta actividad «discrecional en su aspecto técnico» es «insusceptible de control jurídico», como no sea «en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad» (29), con lo cual se admite el control como posible cuando concurren las mencionadas circunstancias. Otras sentencias posteriores han mantenido la misma postura, como cuando declara el TS que: «La intención de que se sustituya el juicio técnico de valoración del contenido intrínseco de la prueba realizada por el órgano seleccionador, por el de personas ajenas a los componentes de aquel órgano, bien sean peritos designados al efecto, o este Tribunal Judicial (...) está en contra de la jurisprudencia constante que confiere a la acción única y exclusiva de dichos órganos calificadores tal valoración, sin otros límites que los que derivan de los principios del ordenamiento jurídico» (30).

Por tanto, incluso en las sentencias en las que el TS es más restrictivo, admite con cierta amplitud la posibilidad de revisión, aun aceptando, como es lógico, la existencia de la discrecionalidad técnica, siempre que exista vulneración del ordenamiento jurídico, como no podía ser de otro modo.

Admite generalmente la jurisprudencia «el control normal de la discrecionalidad referido a la existencia de hechos determinantes, competencia del órgano, procedimiento, o en su caso la desviación de poder por indebida utilización de las potestades en atención a los fines públicos, e incluso, en último término, por el juego de los principios generales del derecho, entre el que se encuadra el de interdicción de la arbitrariedad» (31).

En efecto, son varias las ocasiones en que el Tribunal entra en el fondo del asunto cuando llega al convencimiento de que la Administración ha obrado arbitrariamente, de tal modo que revisa los actos y realiza su propio pronunciamiento, dado que la discrecionalidad técnica otorga un «libre, pero no arbitrario ejercicio de su potestad» a estos órganos administrativos (32).

Así, la sentencia de 11 de noviembre de 1992, tras realizar el reconocimiento de la discrecionalidad técnica (33), añade: «Ahora bien, corresponde a los Tribunales de Justicia salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, ejerciendo la potestad de control sobre la legalidad de las normas reglamentarias aplicadas y sobre la racionalidad y transpa-

(29) Ambas sentencias (Ar. 7829 y 3568) del mismo ponente, Excmo. Sr. D. Angel Rodríguez García, se expresan en idénticos términos.

(30) STS de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 6937).

(31) STS de 19 de febrero de 1991 (Ar. 1329). Cfr. el clásico trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, op. cit.

(32) STS de 20 de octubre de 1993 (Ar. 7640).

(33) STS de 11 de noviembre de 1992 (Ar. 9118), mencionada en nota 22.

rencia de los procedimientos, por venir impuesto así tanto por los principios de la Constitución (arts. 103, 106 y 9.3) como por la legislación ordinaria (art. 19 de la Ley 30/1984).» En este concreto supuesto de hecho, las pruebas «demuestran la falta objetiva de las garantías básicas detectada en el procedimiento selectivo, lo que justifica la necesidad de su anulación a fin de que se reproduzca aquel tramo de actividad que aparece viciado con tales defectos insubsanables», por lo que «no son argumentos los expuestos por el Abogado del Estado sobre discrecionalidad técnica de que goza el tribunal calificador», dado que las actuaciones de este tribunal y «precisamente su significado equívoco hace más perentoria la exigencia de constatación del *modus operandi*, sin cuyo cumplimiento no es posible formar juicio diferenciado entre discrecionalidad y arbitrariedad».

A la arbitrariedad como contraria a los principios de mérito y capacidad se refiere también la jurisprudencia, dado que «siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, hay que proscribir a los tribunales de concursos u oposiciones a realizar otras evaluaciones que no sean las predicadas por el propio texto constitucional: el mérito y la capacidad» (34). Así, en un supuesto en el que «mientras que la Corporación demandada ha pretendido nombrar como funcionario a los que ya prestaban el servicio, sin más que acudir al concurso y sin realizar ni superar prueba alguna, el ordenamiento lo que establece para adquirir la condición de funcionario a los que ya venían contratados es que participen en unas pruebas y que las superen sirviéndose para ello de los servicios prestados pero ello como ayuda y complemento y no como razón o causa única de su nombramiento que es lo que indebidamente la Corporación demandada ha pretendido, por lo que procede anular la resolución impugnada», puesto que se ha producido una vulneración de «los artículos 23.2 y 106.3 de la Constitución, al no respetar ni las condiciones de igualdad ni los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública» (35).

En efecto, vemos cómo alude con frecuencia el TS a los principios constitucionales de «mérito y capacidad», que son interpretados en el sentido de que «el cumplimiento de los principios constitucionales de *mérito y capacidad* a que alude el artículo 103.3 de la Constitución, configura las bases de la convocatoria en función de ambas variables recíprocamente estructuradas por la finalidad o interés público a satisfacer con la máxima eficacia, las concretas necesidades que en términos de servicio público configuran el puesto de trabajo funcional a cubrir, en el sentido de que los *méritos*, como *factor predefinido*, configuran la presunción de *capacidad*, de suyo objetiva» (36).

Acoge en este punto el TS las doctrinas del TC, diciendo: «Hay que alu-

(34) «Anulando en el presente caso las resoluciones impugnadas por no ser ajustadas a Derecho y declarando el derecho de la recurrente a la adjudicación de la plaza» (STS de 14 de diciembre de 1991, Ar. 9516), en contra esto último de la jurisprudencia mayoritaria, como las sentencias mencionadas en las notas 57, 64, 65, 66, 67 y 68.

(35) STS de 27 de marzo de 1990 (Ar. 2514), FJ único, que acepta el FJ 4.º de la sentencia apelada.

(36) STS de 14 de marzo de 1989 (Ar. 2301).

dir a la doctrina constitucional, con su constante referencia a que "lo que el artículo 23.2 de la Constitución prohíbe, es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de las funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individuales y concretas" (STC 18/1987, de 16 de febrero). Todo mérito, crea la posibilidad de que se conozca *a priori* el conjunto de quiénes lo ostentan, pero ello no autoriza a pensar que la toma en consideración de ese mérito se haya hecho para favorecer a personas concretas (cfr. STC 67/1989, FJ 2.º)» (37).

Hace suya también el TS la doctrina del Constitucional sobre el juego de estos principios en relación con el acceso a la Función pública y el desenvolvimiento de la carrera administrativa, así como la distinta intensidad en su aplicación a ambos supuestos. En efecto, varias sentencias citan la STC 192/1991, de 14 de octubre, según cuyo FJ 4.º no «debe ignorarse la distinta consideración que a estos efectos merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra —dentro ya de la misma—, el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del artículo 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios, o la protección de otros bienes constitucionales» (38). Pero hay que tener en cuenta, según establece esta misma Sentencia en el FJ anterior, que: «Enmarcado el problema en el ámbito del artículo 23.2 de la Constitución, ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada a estos efectos (SSTC 15/1988 —con remisión a la STC 75/1983— y 47/1989).» Aplicando esta doctrina, exige el TS que se tengan en cuenta estos principios incluso en las libres designaciones, evitando con ello la absoluta discrecionalidad en estos supuestos (39), en los que también cabe alegar la arbitrariedad (40).

(37) STS de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 10147).

(38) Sin ánimo exhaustivo, reseñamos algunas SSTS que citan esta STC. Así, del año 1992: 7 de abril (Ar. 2841), 8 de abril (Ar. 2717), dos de 10 de abril (Ar. 2842 y 2843), 15 de abril (Ar. 2916), 21 de mayo (Ar. 3798), dos de 9 de junio (Ar. 4794 y 4795), 11 de noviembre (Ar. 9116) y 23 de noviembre (Ar. 9182).

Del año 1993: dos de 18 de enero (Ar. 321 y 322), 26 de abril (Ar. 3260), 14 de mayo (Ar. 3589), 17 de mayo (Ar. 3895), dos de 18 de mayo (Ar. 3896 y 3897), 20 de mayo (Ar. 3963) y dos de 21 de mayo (Ar. 3967 y 3968).

(39) STS de 4 de noviembre de 1993 (Ar. 8238).

(40) STS de 10 de junio de 1993 (Ar. 4506).

Estos principios constitucionales se refieren a todo lo relacionado con el acceso a la función pública, incluso a la interpretación de las normas jurídicas por las que se rija. Por ello, «hay que tener presente que la Constitución ampara el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 106.3 CE); y que estos preceptos, sin perjuicio de su eficacia directa sobre los casos concretos, son también principios inspiradores del ordenamiento, con arreglo a los cuales deben ser interpretadas las normas. Ello significa, con referencia al caso aquí debatido, que las bases de la convocatoria —las cuales vinculan a la Administración, a los tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes toman parte en ellas—, han de ser interpretadas en el sentido finalista que mejor garantice la preservación de los citados principios, como pauta para superar las posibles ambigüedades o contradicciones» (41).

Conforme con ello, otro criterio de control es el de sujeción estricta a las bases de la oposición o el concurso, que constituye *su ley* (42), en expresión ampliamente consagrada por el TS, como cuando dice: «Siendo doctrina, que mantenida con reiteración por este Alto Tribunal se hace complementaria del ordenamiento jurídico, la de que las bases de la convocatoria son ley de los concursos y oposiciones, resulta evidente que el ordenamiento jurídico se conculcó por el tribunal calificador de la oposición al introducir en el tercer ejercicio un supuesto más de los que establecían las bases», puesto que sólo podrán estas bases ser modificadas por el procedimiento establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo (43), lo cual es consecuencia de la obligación de observar el principio de jerarquía normativa al establecer los requisitos de selección. Significativa en este sentido es la sentencia de 2 de octubre de 1990, según la cual: «Sabido es que es doctrina reiterada de este TS que las bases de la convocatoria para la provisión de vacantes por concurso u oposición constituyen su ley a la que quedan sometidos los concursantes como la propia Administración; pero sin que esta regla pueda entenderse como de carácter absoluto puesto que, como se indicó en sentencia de 10 de noviembre de 1979» (Ar. 3787), tanto si a dichas bases se las califica de acto administrativo, como de disposición general, «lo inevitable es que tengan que supeditarse al principio de jerarquía normativa, derivado del principio de legalidad», razón por la cual la jurisprudencia ha señalado que la Administración ha de atenerse, primordialmente, al fijar las mismas a las reglas jurídicas vigentes a la sazón «...por lo que no puede olvidar nunca el acatamiento de las normas legales de carácter superior» (44).

(41) STS de 9 de diciembre de 1992 (10146).

(42) «Ley» en el sentido de que vincula a la Administración, a los tribunales o comisiones calificadoras y a quienes toman parte en los concursos u oposiciones, tal y como lo entiende el propio TS. Vid. las SSTS de 15 de julio (Ar. 5639), 30 de septiembre de 1993 (Ar. 6564) y 30 de octubre de 1994 (Ar.7851).

(43) STS de 29 de enero de 1991 (Ar. 476). Pronunciamientos semejantes contienen las SSTS de 30 de abril de 1991 (Ar. 2264) y de 27 de marzo de 1992 (Ar. 2107).

(44) STS de 2 de octubre de 1990 (Ar. 7414).

Aunque afirme la jurisprudencia que las bases son *la ley* del concurso o de la oposición, carecen de la cualidad de norma jurídica, como podría pensarse por la literalidad de la expresión, sino que «como es sabido simplemente corresponde la naturaleza de actos aplicativos de carácter general» a las bases (45) y «no de normas reglamentarias» (46), lo cual es reflejo de la discusión sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos y su posible diferencia con la de los actos administrativos y, sobre todo, con los de carácter general (47). Esta caracterización no impide que las bases puedan ser impugnadas ante la jurisdicción —como cualesquiera otros actos administrativos—, pero sí que puedan dar lugar a que se estime la existencia de la excepción a la irrecurribilidad de las cuestiones de personal, basada en la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general del artículo 93.4 LJCA (48).

La arbitrariedad está también íntimamente ligada con la desviación de poder, a cuyo control suele aludir el TS, aun cuando admita la discrecionalidad técnica, como en la sentencia de 30 de noviembre de 1992, que afirma que no se aparta de la jurisprudencia mayoritaria aunque anule la resolución de un tribunal calificador, dado que éste dio primero una calificación que después sustituyó por otra, por cuanto esta causa es apreciada como desviación de poder por el Alto Tribunal. Veamos su declaración: «En cuanto a la referencia a la irrevisibilidad jurisdiccional de los juicios de los tribunales calificadores en el ámbito de la discrecionalidad técnica, debe destacarse que en este caso no se trata de sustituir esos juicios por otros del órgano jurisdiccional, sino de mantener la puntuación que el tribunal calificador dio en un primer momento, y de rechazar, como constitutivas de desviación de poder otras posteriores, que la Sala *a quo* entendió que estaban preordenadas a favorecer a un determinado candidato. La sentencia apelada, pues, no califica técnicamente por sí misma a un candidato, sino que lo que hace es mantener la calificación inicial del propio tribunal calificador del concurso y rechazar las que consideró afectas de desviación de poder, extrayendo las consecuencias jurídicas de aquella calificación. No existe, por tanto, en la sentencia apartamiento alguno de la doctrina consolidada de este TS» (49).

Acepta, pues, el TS la anulación de las actuaciones cuando aprecia la concurrencia de este vicio de los actos administrativos, puesto que «cierto es que la desviación de poder constituye también un límite de la discrecionalidad técnica» (50).

(45) STS de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 6937).

(46) ATS de 19 de julio de 1993 (Ar. 5648).

(47) Vid. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 12.ª ed., Madrid, 1994, págs. 425 y ss. Como dice este autor, «una convocatoria para un concurso —y no obstante constituir “su ley”, como reiteradamente señala la jurisprudencia— está sometida al régimen jurídico de los actos singulares».

(48) AATS de 27 de septiembre de 1993 (Ar. 6604) y de 1 de marzo de 1994 (Ar. 1625).

(49) STS de 30 de noviembre de 1992 (Ar. 9316).

(50) STS de 5 de julio de 1993 (Ar. 6026). En sentido semejante, las SSTS de 19 de septiembre (Ar. 7276) y 14 de octubre (Ar. 7994) de 1994.

Respecto a los concursos de méritos, también juega el criterio de la discrecionalidad técnica y, en consecuencia, «le está vedada a la Jurisdicción el control y la revisión de los juicios técnicos de los órganos de calificación de los concursos, respecto de los cuales opera el criterio de la discrecionalidad técnica» (51). Por ello, aunque no se puede pretender que «la Sala revise la puntuación obtenida por el tribunal calificador en la fase de concurso» (52), dado que «la existencia legal de un baremo no excluye la discrecionalidad técnica del órgano calificador en la valoración de los méritos aportados por los concursantes» (53), «la limitación mencionada no alcanza a determinar si concurren circunstancias que son valorables en la fase de concurso, aspecto sobre el que es plenamente admisible un pronunciamiento jurisdiccional», pero con la limitación de que «una vez llegados a la conclusión de que existe un mérito valorable, sin embargo la cuantificación del mismo debemos encomendarla al propio órgano calificador» (54), con lo cual la apreciación de la existencia de méritos valorables no es una cuestión de discrecionalidad técnica, mientras que sí lo es la valoración de los mismos (55).

En consecuencia, cuando anula el TS las actuaciones del órgano calificador, es doctrina general que no ha lugar a la declaración de que el recurrente obtenga el nombramiento u ocupe el puesto, «sin que sea necesario indagar la influencia que pudiera tener [el vicio invalidante] en el fondo del desarrollo de las pruebas y en el acierto de las puntuaciones finales» (56), sino que lo procedente es que las actuaciones se retrotraigan al momento oportuno, de modo que se realice correctamente la valoración pertinente (57).

IV. LA MODERNA LEGISLACIÓN

De todo lo que hasta aquí hemos dicho, resulta evidente que se ha producido una evolución sobre las posibilidades de control de las decisiones administrativas en todo lo relacionado con la selección y promoción del personal al servicio de las Administraciones públicas, tanto en la esfera legislativa como en la de la doctrina jurisprudencial, de modo que ya no es posible hablar de la *soberanía* de las comisiones encargadas de esas funciones, terminología duramente criticada por la doctrina, aunque exista un ámbito de discrecionalidad en sus decisiones —que no puede suponer, desde luego, una exención absoluta de posible control jurisdiccional—, al que se denomina como discrecionalidad técnica.

(51) STS de 12 de diciembre de 1991 (Ar. 9256).

(52) STS de 12 de junio de 1991 (Ar. 7576).

(53) STS de 19 de febrero de 1991 (Ar. 1329).

(54) STS de 15 de marzo de 1993 (Ar. 2113).

(55) STS de 14 de diciembre de 1991 (Ar. 9516), FJ 2.º de la Sentencia apelada, que el TS acepta.

(56) STS de 1 de julio de 1993 (Ar. 5613).

(57) STS de 7 de diciembre de 1990 (Ar. 10139). Vid. las SSTS citadas en las notas 34, 65, 66, 67 y 68.

La evolución legal viene determinada por tres grandes argumentos de Derecho, que son, como ha resaltado PIÑAR MAÑAS, los artículos 24, 103 y 106 de la Constitución, el artículo 112 de la LPA (58) y el artículo 43 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria (59), a lo que hay que añadir el artículo 112 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, que concede recursos tanto en vía administrativa como ante la jurisdicción contra las decisiones sobre las clasificaciones y ascensos de los militares profesionales.

Con respecto al control que pueden ejercer las llamadas Comisiones de Reclamaciones, previstas por la LRU, sobre las decisiones de las Comisiones calificadoras cuando éstas sean impugnadas (60), también otros autores han estimado que sus facultades de actuación no se circunscriben solamente a cuestiones formales, sino que puede entrar en el campo de la discrecionalidad técnica, velando por la legalidad de las decisiones de la Comisión calificadora (61), sobre la base de que la Comisión de Reclamaciones constituye un *tertium genus* «a mitad de camino entre el órgano calificador y otros órganos administrativos revisores u órganos jurisdiccionales» (62).

(58) Esta referencia al artículo 122.1 de la LPA es igualmente válida con respecto a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico y de Procedimiento administrativo, cuyo artículo 114.1 es en todo semejante, excepción hecha de la denominación del recurso, que en la nueva Ley se califica como ordinario.

(59) Vid. PIÑAR MAÑAS, *op. cit.*, págs. 136 y ss. Niega, en primer lugar, este autor lo que denomina como «supuesta y carente de justificación legal y constitucional soberanía de las comisiones de concursos y oposiciones», por cuanto admitir esa soberanía no es más que aceptar un caso de exención, contraria a la CE. Cita el artículo 122.1 de la LPA, en el cual «se está reconociendo paladinamente el carácter recurrible de estas resoluciones. Y no se diga que debe interpretarse que la LPA se refiere a los recursos que puedan interponerse por vicios de procedimiento, pues la ley no distingue, y ya sabemos lo que dice el viejo aforismo», argumento perfectamente válido con respecto al artículo 112 de la Ley del Personal Militar. Respecto a la alusión que hace de la otra previsión legal, dice que: «Argumentos más fuertes nos aporta el discutido artículo 43 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria (...) que prevé que un órgano administrativo, la Comisión usualmente llamada "de reclamaciones", pueda revisar la decisión de la Comisión inicial. La pretendida soberanía de ésta, tan enfáticamente proclamada por cierta jurisprudencia, se ventila de un plumazo, al admitir que sus decisiones queden bajo el control de la Comisión que el Rector preside.»

(60) Así lo dispone el artículo 43 de la LO 11/1983, de 25 de agosto, en sus dos primeros párrafos. Contiene un párrafo tercero, que fue declarado inconstitucional por la STC de 16 de febrero de 1987, por considerar que la autonomía universitaria quedaba rota, al pasar la decisión en última instancia al Consejo de Universidades, teniendo además en cuenta que la Ley ha «regulado el sistema de recursos de manera adecuada en los dos primeros párrafos del artículo 43» y que «la exigencia que el artículo 41.1 impone a la resolución de todos los concursos y el control jurisdiccional a que dichas resoluciones quedan sometidas, son garantías suficientes que no precisan la revisión administrativa y extrauniversitaria que establece este precepto».

(61) Cfr. Juan José DIEZ SÁNCHEZ, *Un órgano atípico y conflictivo: La Comisión de Reclamaciones del artículo 43 de la LRU*, «REDA», núm. 68 (1990), págs. 559 y ss.

(62) Vid. DIEZ SÁNCHEZ, *La discrecionalidad técnica y la Comisión de Reclamaciones de las Universidades (A propósito de la STC 215/1991, de 14 de noviembre)*, «REDA», núm. 79 (1993). Matiza este autor las afirmaciones realizadas en el trabajo citado en la nota anterior, diciendo que «en definitiva, la Comisión de Reclamaciones ha de adoptar una decisión contraria sólo cuando la adoptada por el órgano calificador ha incurrido en arbitrariedad, concepto con el que por cierto también operan los Tribunales, porque la discrecionalidad técnica no ampara apreciaciones vulneradoras de la legalidad y/o constitucionalidad vigentes» (pág. 521).

En este sentido, con respecto a la mencionada Comisión se han pronunciado diversas SSTs (63). En algunas, como la de 24 de marzo de 1992, se admite expresamente su potestad para revisar no sólo las cuestiones formales, sino también las de fondo. Así, en esta sentencia, el TS rechaza el razonamiento de la sentencia de instancia, que mantuvo que por razón de discrecionalidad técnica la Comisión de Reclamaciones no podía entrar a valorar las cuestiones suscitadas sobre el fondo del asunto, porque declara el Alto Tribunal que ello «justificaría el abstencionismo valorador de los órganos administrativos de control», con lo cual llega a la conclusión de que «debe proclamarse la potestad de la Comisión de Reclamaciones para examinar por sí misma la reclamación de fondo que el hoy apelante le sometió». Cita la STC de 14 de noviembre de 1991, según la cual se configura a dicha Comisión «como un órgano académico de garantía de la adecuación de las propuestas de provisión a aquellas condiciones y principios, y en la prestación de tal garantía encuentra la citada Comisión su propio sentido institucional dentro de la comunidad universitaria a la que ha de servir», siendo el control que está llamada a ejercer —continúa el TS en su cita del TC— «un control negativo, creado con la sola finalidad de comprobar que, sin perjuicio de la libre valoración técnica, las propuestas de los órganos técnicos calificadores no han quebrantado, por su apartamiento de los principios de mérito y capacidad, la igualdad de trato a que tienen derecho los concursantes». Examina entonces el TS el fondo del asunto y acepta la apelación, con lo cual revoca la sentencia apelada y declara la «nulidad de la propuesta de la Comisión evaluadora, cuyo efecto debe ser la necesaria retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo» (64), puesto que el efecto del control jurisdiccional no es que se realice la valoración de méritos por el Tribunal de Justicia (65), sino que sea el órgano administrativo competente quien la realice correctamente conforme a la sentencia judicial (66).

En sentido semejante, la sentencia de 14 de diciembre de 1992 acude primero a la tesis de la discrecionalidad técnica para evitar la posibilidad que «situaría a este Tribunal, de aceptar el planteamiento de la parte, en la tesitura de confrontar juicios técnicos, lo que no es sino subrogarse en el ámbito de discrecionalidad de ese signo conferido a la competencia del órgano de calificación». Sin embargo, en este supuesto se dio la circunstancia de que el interesado recurrió en vía administrativa conforme al párrafo

(63) Como en el presente trabajo nos ceñimos a la jurisprudencia más moderna, sobre las primeras decisiones en esta cuestión del TS, vid. MARTÍNEZ MORALES, *Las pruebas de idoneidad. Un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica*, «REDA», núm. 47 (1985), págs. 413 a 417. También, FERNÁNDEZ PASTRANA, *De nuevo sobre los límites de la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos. Sentencias sobre las pruebas de idoneidad de los profesores titulares de Universidad*, «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid», núm. 1 de 1987.

(64) STS de 24 de marzo de 1992 (Ar. 2805). La STC que cita es la 215/1991, de 14 de noviembre.

(65) STS de 10 de diciembre de 1993 (Ar. 9504).

(66) SSTs de 10 de junio (Ar. 4798), 18 de junio (Ar. 4943), 6 de julio (Ar. 5969), 5 de octubre (Ar. 7784) y 25 de octubre (Ar. 8490), todas ellas del año 1992.

3 del artículo 43 de la LRU (entonces aún no declarado inconstitucional) ante la Secretaría de Estado de Universidades, que estimó su recurso en el sentido de modificar los criterios de evaluación fijados por la Comisión, sin que esta circunstancia fuera tenida en cuenta por la misma, que se limitó a reproducir su calificación, lo cual hace declarar al TS que deben retrotraerse las actuaciones para que se proceda a nueva calificación (67). Semejante es el supuesto de la sentencia de 23 de febrero de 1993, en la cual declara el TS, aceptando la sentencia apelada, que el hecho de que la Secretaría de Estado modificara los criterios de valoración de la Comisión calificadora no obsta para que haya «estado en lo cierto al apreciar un hecho cuya apreciación comparte este Tribunal, el de que no hay constancia documental de labor investigadora alguna: labor, se entiende, valorable, que es la única existente o válida para quien sólo tiene la misión de valorar», con lo cual es ratificada «la calificación negativa de la valoración» (68).

Del mismo modo, cuando se estima la existencia de una irregularidad formal, como lo es la falta de las calificaciones parciales otorgadas por cada miembro de la Comisión, que son de obligada constancia, la evaluación incurre en un vicio que la hace anulable. En este caso, tampoco puede prosperar la petición de realizar el nombramiento pedido por la parte, sino que se deben «limitar los términos de la condena, a los de la convocatoria de la Comisión de Evaluación para que proceda a nueva calificación» (69).

En definitiva, el propio TS en algunas sentencias ha fijado la evolución de su jurisprudencia, así como las consecuencias que deben extraerse de la regulación que hace el artículo 43 de la LRU y de la interpretación que de este precepto ha realizado el TC. Se dice que, «independientemente de cuál sea su especialidad académica [de los miembros de la Comisión de Reclamaciones], se les considera aptos para valorar la capacidad docente e investigadora de los que participen en los concursos», dado que es posible deducir «la intención del legislador de que la posibilidad de revisión tenga el alcance» de poder realizar ciertas valoraciones, «como pone de manifiesto, por otra parte, el hecho de que reglamentariamente se le haya reconocido la posibilidad de solicitar los asesoramientos que considere oportunos». Respecto a la doctrina del TC, se dice que realiza «un encomiable intento para distinguir entre el “núcleo material de la decisión técnica”, reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños», declaración que es interpretada por el TS diciendo que «a la postre este esfuerzo dialéctico concluye en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación por la Comisión de Reclamaciones de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que (...) resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad

(67) Hay dos SSTS de 14 de diciembre de 1992 (Ar. 9965 y 9969), de semejante contenido.

(68) STS de 23 de febrero de 1993 (Ar. 1190), FJ 3.º de la sentencia apelada, que el TS acepta.

(69) SSTS de 22 de septiembre de 1993 (Ar. 7111) y de 11 de noviembre de 1993 (Ar. 8306).

que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos» (70).

V. CONCLUSIONES: LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STC 353/1993,
DE 29 DE NOVIEMBRE

En consecuencia, la moderna legislación que otorga la posibilidad de interponer en estos asuntos recursos tanto administrativos como jurisdiccionales y, con ella, la jurisprudencia, está abriendo camino no sólo a las posibilidades de control jurisdiccional de las decisiones marcadas por el criterio de la discrecionalidad técnica en materia de personal, sino también incluso en lo que se refiere a las posibilidades de impugnación en vía administrativa de esas decisiones, coincidiendo, además, con una mayor amplitud de las declaraciones jurisprudenciales del TS en orden a las posibilidades de control por parte de los órganos jurisdiccionales, como vimos más arriba.

En este contexto debe situarse la STC 353/1993, de 29 de noviembre, que demuestra también la evolución que se ha producido en la doctrina del TC. En efecto, el TC pasó de declarar a la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control jurisdiccional en la STC 39/1983, de 16 de mayo, a considerar que en todo caso los Tribunales de Justicia deberían realizar, al menos, un «mínimo enjuiciamiento» de legalidad en la actuación de los órganos en los que concurre este tipo de discrecionalidad, en la STC 97/1993, de 22 de marzo (71), para, finalmente, estimar que no existe exención de control, sino una especialidad en cuanto al mismo.

Es innegable —conforme ha declarado el TC— que la discrecionalidad técnica existe. Sin embargo, aunque los juicios emitidos bajo su amparo tienen presunción de veracidad y acierto, no puede estimarse esta presunción sino como es regla general para todos los actos administrativos. En consecuencia, dicha presunción tiene carácter *iuris tantum* y no, por tanto, *iuris et de iure* (72), como ocurre si se establece que el de la discrecionalidad

(70) SSTs de 28 de enero de 1992 (Ar. 110), 23 de febrero de 1993 (Ar. 4956) y 3 de diciembre de 1993 (Ar. 9530), con cita de la de 26 de diciembre de 1990 (Ar. 10235). En idéntico sentido, la STS de 22 de abril de 1994 (Ar. 4312).

(71) Comenté esta STC en el núm. 133 de esta REVISTA (1994).

(72) Esta presunción *iuris tantum* de veracidad y acierto es predicada por la jurisprudencia de otros órganos que, en materias distintas, gozan también de discrecionalidad técnica. Sobre la Asesoría Técnica del Registro de la Propiedad Industrial, la STS de 23 de diciembre de 1993 (Ar. 9738) dice que «la jurisprudencia viene afirmando que tras las pericias realizadas por órganos de la Administración ajenos a los intereses en juego, cuando se realizan con todas las formalidades legales y garantías procedimentales, por su competencia, imparcialidad y objetividad, han de gozar de todo crédito, cercano al de una presunción *iuris tantum*». Sobre esta misma Asesoría, vid. la STS de 30 de septiembre de 1993 (Ar. 6951). Sobre la discrecionalidad técnica de los Tribunales médicos, la STS de 21 de junio de 1993 (Ar. 4642). Muy frecuentes son los pronunciamientos en este sentido sobre los Jurados Provinciales de Expropiación, como las SSTs de 1 de junio (Ar. 4357), 6 de julio (Ar. 5465), 8 de julio (Ar. 5497), 3 de noviembre (Ar. 8184), 10 de noviembre (Ar. 8199), 11 de noviembre (Ar. 8248), 4 de diciembre (Ar. 10052), 9 de diciembre (Ar. 9256) y 13 de

dad técnica es un ámbito exento de todo control, un ámbito de soberanía, en terminología ya superada por el propio TS (73). Pero el hecho de que se admita prueba en contrario no significa que el juzgador necesite conocimientos técnicos a los que no está obligado, sino que exclusivamente deberá aplicar sus conocimientos jurídicos para ponerlos al servicio de la potestad de control de los actos administrativos (74), que corresponde a los órganos jurisdiccionales (art. 106.1 de la Constitución, arts. 5.1 y 8 de la LOPJ y art. 1 de la LJCA), porque «una cosa es la verificación y control de legalidad de la actividad administrativa en orden a la estricta observancia de las reglas del concurso desde la perspectiva finalista de los principios básicos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y otra, sustancialmente distinta y ajena a la potestad jurisdiccional, la de sustituir a los órganos administrativos en los criterios técnicos de valoración de los conocimientos o de la suficiencia profesional de quienes participan en las pruebas selectivas» (75).

Sin embargo, hasta ahora el TS apenas se ha hecho eco expresamente de la doctrina plasmada en la STC 353/1993, de 29 de noviembre, a la que muy escasas sentencias posteriores hacen referencia (76). Ciertamente, en sus justos términos se ha pronunciado el TS cuando cita esta STC, diciendo que con el reconocimiento de la discrecionalidad técnica «no se está propiciando la supervivencia de áreas de inmunidad o de excepción al ejercicio de la potestad revisora jurisdiccional reconocida en la Constitución (arts. 117.3 y 106.1), sino tratando de fijar los límites que definen el marco institucional de dicha jurisdicción», que, según el FJ 3.º de la STC de 29 de noviembre de 1993, «supone, simplemente, señalar que ese control judicial, del que no pueden excluirse las resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones» (77), que consisten, como recuerda GARRIDO FALLA, en que aunque la legislación establece de forma categórica la solución pro-

diciembre (Ar. 9262) de 1993, o las de 27 y 29 de enero (Ar. 256 y 263), 26 de abril (Ar. 4173), 11 de mayo (Ar. 4181), 28 de septiembre (Ar. 7274) y 4 de octubre (Ar. 7396) de 1994; otras SSTS anteriores idénticas, en María CALVO CHARRO, *La imparcialidad del Jurado de Expropiación: Comentario crítico a la jurisprudencia del TS*, «REDA», núm. 78 (1993), pág. 350.

(73) Aunque alguna sentencia reciente lo utilice todavía, como la de 11 de abril de 1994 (Ar. 2861), para referirse a la imposibilidad de repetir un ejercicio oral en fase de oposición, supuesto en el que es evidente que la discrecionalidad técnica es más fuerte que en la apreciación de méritos en un concurso, como dice esta misma sentencia. Semejante es la STS de 11 de octubre de 1994 (Ar. 7987).

(74) También en este aspecto aporta matices la doctrina. Así, mientras que para L. PAREJO (*Administrar y juzgar...*, cit., págs. 24 y ss., 36 y ss.) y M. SÁNCHEZ MORÓN (*Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., págs. 91 y ss.), el control que efectúan los Tribunales es un juicio de legalidad, que debe impedir la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial, para T. R. FERNÁNDEZ (*De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, cit., pág. 584), los Tribunales realizan un control de juridicidad sobre la total actuación administrativa.

(75) STS de 22 de abril de 1994 (Ar. 2965). Semejante es la STS de 15 de abril de 1994 (Ar. 2829).

(76) Sí lo hace la STS de 18 de marzo de 1994 (Ar. 2183).

(77) SSTS de 1 de marzo de 1994 (Ar. 1627) y 21 de septiembre de 1994 (Ar. 7100).

cedente, por lo que es posible el control de los Tribunales, éstos deben actuar mediante la aplicación de criterios jurídicos, lo cual puede hacer difícil la fiscalización de estos actos administrativos (78).

Porque como es obligado en un Estado de Derecho, «en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales» (79).

(78) Vid. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 12.ª ed., Madrid, 1994, págs. 184 y ss.

(79) STS de 14 de abril de 1994 (Ar. 3124).