

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA FISCALIZACION JURISDICCIONAL DE LAS PRUEBAS TIPO TEST PARA EL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA

Por
MARÍA JOSÉ ALONSO MAS
Doctora en Derecho
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ARGUMENTOS LIMITATIVOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA: A) *La discrecionalidad técnica de las Comisiones evaluadoras.* B) *La atribución legal de competencia en favor de las Comisiones evaluadoras para determinar la aptitud de los aspirantes.* C) *La remisión normativa a la apreciación conjunta de los méritos y conocimientos efectuada por la Comisión calificadoradora.* D) *La especialización técnica de las Comisiones calificadoradoras.* E) *La diferenciación radical entre cuestiones jurídicas y cuestiones técnicas.* F) *La imposibilidad de efectuar una valoración comparativa de los méritos y conocimientos de los distintos opositores y concursantes.* G) *La insustituibilidad del juicio de la Comisión por el juicio de la Sala.*—3. CRÍTICA: LA DIFICULTAD EXTREMA DE CONTROL COMO RAZÓN DE SER ÚLTIMA DE LAS LIMITACIONES AL CONTROL JUDICIAL DEL ACCESO, ASCENSOS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.—4. LA JURISPRUDENCIA RELATIVA AL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS PRUEBAS TIPO TEST: A) *Sentencias que apelan a la discrecionalidad técnica y otros tópicos al uso.* B) *Sentencias que esgrimen dificultades procesales para declarar el derecho del recurrente a ser declarado apto en una prueba.* C) *Sentencias que dan por válida la respuesta del opositor recurrente, aun sin anular la respuesta de la Comisión.* D) *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

El TS es renuente a fiscalizar las pruebas de oposición (1). En estos casos, la dificultad de enjuiciamiento es extrema. Pero, si en algún caso el

(1) En este sentido, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 48. J. L. MARTÍNEZ MORALES, *Las pruebas de idoneidad: un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica*, en «REDA», núm. 47, 1985, págs. 413 y ss., señala que el concurso-oposición y la oposición parecen insusceptibles de una fiscalización total, dada la dificultad de valoración *a posteriori* de las pruebas. No obstante, afirma que en los concursos «no deben existir tantos escrúpulos para sustituir la labor o función de la Comisión calificadoradora».

Vid. SSTs de 29-5-81 (A. 2206), 4-6-94 (A. 5107), 23-9-91 (A. 7551), 13-3-91 (A. 2279), 9-4-96 (A. 3227) y 20-6-96 (A. 5096), entre otras.

J. A. TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de los concursos de mérito, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 203 y ss., es partidario de exigir la motivación de la calificación. Cita así la STS de 4-6-75 (A. 2174). Resalta asimismo los aspectos comunes de oposiciones y concursos.

control es posible, deberá efectuarse hasta el límite mismo de la posibilidad. Tal es el caso de las pruebas tipo test, donde, sin embargo, las Salas se resisten a efectuar una fiscalización total, como veremos.

De cualquier modo, en los ejercicios sencillos, la jurisprudencia no suele renunciar completamente al enjuiciamiento (2). Esto demuestra que, en última instancia, la llamada discrecionalidad técnica de las Comisiones se reduce a la posibilidad material de control y su dificultad (3).

Así, el argumento de la dificultad de control como fundamento de los límites al control judicial basados en la estructura constitucional de poderes cae por su propio peso. Esa dificultad sólo se puede medir en el caso concreto; y ha de ser el juez, que es quien tiene la última palabra al resolver los pleitos, quien debe determinar los límites de su propio razonamiento (4). Y ello, nos guste o no; podrá ser más o menos oportuno, pero es lo que la CE ha querido (5). De este modo, tan sólo cabrá en ocasiones reconocer un margen cognoscitivo de apreciación, concretamente cuando no sea posible apurar el razonamiento.

La mayor posibilidad de objetivación de las pruebas tipo test se refleja en su fiscalización jurisdiccional, que suele ser, aunque no total, sí algo más intensa que en otros casos en que el control es prácticamente inexistente; de modo que, incluso, nuestras Salas de lo contencioso han llegado en ocasiones a declarar la aptitud de un aspirante eliminado en principio en una de estas pruebas, o su derecho a pasar a la fase siguiente, al dar por buena la respuesta del opositor si la considera correcta.

La STS de 29-1-91 (A. 476), si bien no fiscaliza los resultados, sí retrotrae actuaciones, ya que como con infracción de las bases el tercer ejercicio se compuso de tres supuestos y no de dos, el opositor que entendió el tercer supuesto obligatorio dispuso de menos tiempo que el que lo entendió optativo, con infracción del principio de igualdad.

La de 30-6-86 (A. 3310) fiscaliza la importancia global de cada ejercicio dentro del conjunto de las pruebas y en función de los cometidos de la plaza. Pero no enjuicia la calificación obtenida.

En el caso de los exámenes orales no grabados, la fiscalización es prácticamente imposible por la irreproducibilidad de las pruebas. Vid. SSTS de 7-1-32 y 11-4-84 (A. 2861); así como TARDÍO, *op. cit.*, págs. 191 y ss. Asimismo, este autor, *op. cit.*, págs. 149 y ss., afirma que el señalamiento de criterios públicos y previos de evaluación puede coadyuvar a la fiscalización. También señala que tales criterios no pueden ser libres, sino que constituyen una simple concreción del Ordenamiento. Por ello, cabrá controlar tanto dichos criterios como su aplicación.

(2) Véase la STS de 30-6-86 (A. 3310).

(3) Conviene reflexionar sobre la asignación de décimas y centésimas a los ejercicios. Si los Tribunales hablan constantemente de discrecionalidad técnica, debido a la dificultad de las materias y de la función de calificar, resulta sorprendente que las Comisiones afinen hasta las centésimas en un ejercicio consistente en un tema a desarrollar.

(4) Para F. OSSENBÜHL, *Von unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung*, en «Deutsche Verwaltungsblatt», 1974, págs. 309 y ss., una de las razones del control judicial limitado de las decisiones administrativas radica en que algunas no son justificables, ya que no cabe de modo concluyente apurar el razonamiento para llegar a las mismas, e incluye entre ellas los juicios pedagógicos y científicos. No obstante, el eje de su tesis radica en quién tiene atribuida la capacidad para decidir de modo vinculante.

(5) En este sentido, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, quien sigue a RÜPP.

Esta mayor intensidad en el control judicial de estas pruebas es síntoma inequívoco de que la discrecionalidad técnica esconde en realidad el miedo de los órganos judiciales a anular o sustituir indebidamente el criterio de la Administración en supuestos que resultan, por su carácter técnico, especialmente difíciles (6). Si esto es así, los Tribunales no deben ampararse en esa supuesta discrecionalidad técnica, sino que deben expresar en cada ocasión si el control resulta imposible debido a sus dificultades, o si, por el contrario, es posible; y, si lo es, si debe detenerse en un determinado punto. Todo ello debe razonarse en atención a las circunstancias de cada caso, a fin de evitar que la motivación de las sentencias se convierta en una serie de tópicos encadenados sin ilación lógica con las circunstancias del caso. Pensemos que la motivación de las sentencias es, además de un mandato constitucional, derivación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (7).

En aras de esta más adecuada motivación de las sentencias, asimismo entiendo más lógico sustituir el tópico de la discrecionalidad técnica por la noción de margen cognoscitivo de apreciación. Entiendo por este último aquel espacio que, de hecho, resulta en ocasiones infiscalizable debido a los límites del razonamiento humano. Este margen no se confiere, pues, por norma alguna, sino que se reconoce por los Tribunales *a posteriori*, tras analizar las circunstancias del caso y en atención a las mismas. Precisamente por ello, esta noción propicia mucho mejor que la de discrecionalidad técnica una adecuada motivación de las sentencias; en la medida en que éstas no sólo deben expresar las razones del fallo, sino también las que, en su caso, han obligado al órgano judicial a detener su control en un determinado punto.

Por otra parte, el control jurisdiccional de las pruebas tipo test, y las de cualquier otra clase, adquiere tintes peculiares cuando los conocimientos a evaluar son de carácter jurídico. Este último dato ha sido un factor de gran importancia en el control judicial de muchas de estas pruebas. Precisamente, donde mayores avances se están produciendo es en las pruebas para oficiales y auxiliares de la Administración de Justicia, en las que los conocimientos evaluados son jurídicos y además de un nivel tal que es más que presumible que la Sala de lo contencioso los posea. Esto demuestra que cuando el órgano judicial tiene los conocimientos necesarios, sin necesidad del recurso a peritos, profundiza más en el control. No obstante, aun en estos casos resurgen los muchos dogmas al uso, esta vez bajo la capa de que las Comisiones poseen una competencia técnica evaluadora específica de que la Sala carece. Como si los Magistrados no estuvieran de vez en cuando en estas Comisiones.

En efecto, en estos casos lo lógico sería entender que ni siquiera es preciso acudir a la prueba pericial, sobre todo cuando se trata de conocimientos jurídico-administrativos; y que la denominada discrecionalidad técnica es aquí inadmisibles de modo más evidente que en otros supuestos. Sin em-

(6) Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, cit., págs. 44 y ss.

(7) Vid. STC de 27-1-94.

bargo, la STS de 29-7-94 (A. 6601) afirma que esas Comisiones valoran las pruebas en función de la finalidad del concurso o la oposición, de modo que según las plazas a cubrir podrá «considerar más o menos puntuales los diversos contenidos de las contestaciones», misión en la que, de acuerdo con el TS, aquéllas son insustituibles (8).

En este trabajo, estudiaremos la problemática que plantean las pruebas tipo test y su plasmación en la jurisprudencia. Sin embargo, con carácter previo debemos efectuar algunas consideraciones sobre la denominada discrecionalidad técnica, tópico éste que ha llegado al mismo Tribunal Constitucional, y sobre los demás argumentos que limitan el control jurisdiccional del acceso a la función pública (9). Su análisis es el marco necesario para la comprensión de las recientes posiciones jurisprudenciales sobre las pruebas tipo test y la problemática que plantean.

2. LOS ARGUMENTOS LIMITATIVOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad constituye un derecho fundamental, ya que los artículos 23.2 y 103.3 CE deben interpretarse conjuntamente (10).

(8) Vid. asimismo STS de 19-7-96 (A. 5734) o la de 28-5-96 (A. 4654).

La de 15-7-96 (A. 5704) se refería a la impugnación de los resultados del tercer ejercicio para el ingreso en la subescala de secretaría-intervención de la Administración local. La Sala de instancia había recabado el dictamen pericial de un catedrático de Derecho Administrativo, para quien uno de los recurrentes merecía el aprobado. El TS consideró que de dicho dictamen no se desprendería que el recurrente hubiera sido calificado de modo flagrantemente erróneo, como exigiría la estimación de un recurso contra una decisión en la que concurre discrecionalidad técnica.

Es curioso que para evaluar conocimientos jurídico-administrativos se requiriera un dictamen de un catedrático. Quizá se hizo por entender que estos últimos tienen más experiencia en evaluar conocimientos.

(9) Sobre el control jurisdiccional de las pruebas de acceso a la función pública, véase TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional...*, cit., en su totalidad; J. L. PIÑAR MAÑAS, *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, en «DA», núm. 220, 1989, págs. 135 y ss.; J. M.^o 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*, en «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid», núm. 1, 1987, págs. 125 y ss.; MARTÍNEZ MORALES, *Las pruebas...*, cit., págs. 413 y ss.; A. SÁNCHEZ BLANCO, *La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos*, en «REDA», núm. 30, 1981, págs. 563 y ss.; E. COCA VITA, *Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica*, en núms. 100-102, vol. II, de esta REVISTA, 1983, págs. 1039 y ss. —este último trabajo trata del tema de los ascensos—; del mismo autor, *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales*, en núm. 106 de esta REVISTA, 1985, págs. 205 y ss.

(10) STS de 11-3-86 (A. 1068). Vid. asimismo L. MORELL OCAÑA, *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 25 y ss. y pág. 177; así como la STC 60/94, de 28-2.

De este modo, el TC señala que en el acceso a la función pública no pueden tenerse en cuenta condiciones ajenas a la capacidad y el mérito —vid. STS de 14-12-91 (A. 9516) y SSTC 50/86, de 23-4, y 148/86, de 25-11—. En todo caso, la STC 269/94, de 3-10, afirma que también pueden tenerse en cuenta otros bienes protegidos por la CE; de modo que ha

Si estamos ante un derecho fundamental, parece haber razones reforzadas para entender que la fiscalización judicial del acceso a la función pública debe ser tan intensa como lo permita el razonamiento jurídico. En suma, si la CE quiere que se elija al *mejor* candidato, lo lógico es entender que los Tribunales puedan fiscalizar plenamente el cumplimiento de este mandato constitucional, en la medida en que el razonamiento jurídico lo permita (11).

Sin embargo, los Tribunales adoptan habitualmente, en este punto, una posición restrictiva (12). Para ello, utilizan un sinfín de argumentos, tan relacionados entre sí que muchos no son sino diferentes versiones del mismo (13). A estos argumentos subyacen límites al control judicial de estas cuestiones basados en última instancia en la división de poderes, así como en las limitaciones impuestas por las formalidades procesales. Pero la razón última radica en las extraordinarias dificultades que se dan en estos casos. Aquí pretendo precisamente desenmascararla.

En todo caso, la jurisprudencia suele decir que hay dos excepciones a estos dogmas: la desviación de poder y la apreciación de méritos de estimación reglada (14). Lo primero no es convincente, ya que la desviación de poder, debido a sus dificultades probatorias, resultará normalmente siempre más difícil de estimar que la concurrencia de arbitrariedad o de infracción de la igualdad. Además, aquélla es por lo general inútil, dado

declarado conformes a la misma los turnos restringidos para minusválidos. Vid. asimismo STS de 20-4-93 (A. 5119).

De las SSTC 75/83, de 3-8; 92/91, de 14-10, y 292/93, de 18-10, se desprende que, en la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, pueden tenerse en cuenta, además de la capacidad y el mérito, otros valores constitucionalmente protegidos. La STC 193/87, de 9-12, afirma que la capacidad y el mérito son aplicables en estos casos. Vid. asimismo STC 365/93, de 13-12.

(11) En este sentido, PIÑAR MAÑAS, *op. cit.*, págs. 153 y ss., quien añade que no estamos ante un caso de discrecionalidad, entendida como pluralidad de soluciones justas.

(12) J. M.^o PEÑARRUBIA IZA, *La moderna jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica*, en núm. 136 de esta REVISTA, 1995, págs. 331 y ss., afirma que la jurisprudencia mayoritaria entiende viable la fiscalización en casos de desviación de poder o notoria arbitrariedad —así, cita la STS de 8-11-89 (A. 7828) y la de 27-4-90 (A. 3568)—. Sin embargo, ello rara vez se plasma en una anulación. De hecho, ambas sentencias afirman que en estos casos es improcedente la prueba pericial, lo que se contradice con la STC 215/91.

(13) Sobre los mismos, TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de los concursos...*, cit., págs. 172 y ss.

(14) En este sentido, TARDÍO PATO, *op. cit.*, págs. 195 y ss.

La STS de 27-6-86 (A. 4900), so capa de esa posible desviación, analiza detalladamente los resultados de las pruebas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, págs. 44-45, resalta que aun si el Tribunal hubiera comprobado la existencia de un error habría seguramente anulado por desviación de poder. En todo caso, PIÑAR, *op. cit.*, pág. 158, recuerda que la desviación con frecuencia se alega en estos casos porque suele ser el único medio de que la pretensión sea viable.

De cualquier modo, en la sentencia citada, como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quizá pesó también el escaso nivel de conocimientos exigido. La desviación de poder resultaba así inútil, ya que era posible fiscalizar los resultados, aunque con ayuda de la pericial en el caso de la prueba práctica. Para el autor, *op. cit.*, págs. 41-42, si en ciertos casos el TS examina los méritos y pruebas para desvanecer las sospechas de desviación de poder, no se ve razón para que no pueda hacerlo en otros supuestos.

que siempre concurrirá con otros vicios (15). Ahora bien, precisamente en casos extraordinariamente difíciles, como el que nos ocupa, la desviación puede tener cierta virtualidad, ya que suele resultar operativa en casos en que no se puede probar la concurrencia de infracción alguna del Ordenamiento salvo la lesión del principio de objetividad consistente en utilizar el poder para fines privados (16). Por otra parte, en cuanto a sus dificultades probatorias, desde la Constitución su uso se ha revitalizado, debido a la modulación de los rigores de la prueba en aras de la tutela judicial efectiva (17).

Y, en cuanto a la concurrencia de méritos de estimación reglada, ¿qué mejor prueba para demostrar que, bajo todos los tópicos al uso, se esconde en realidad el miedo de nuestros Tribunales de sustituir indebidamente con su parecer subjetivo el juicio aparentemente fundado de la Administración? (18). Las Salas de lo contencioso no vacilan en fiscalizar los méritos

(15) Vid. A. MOZO SEGANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 495 y ss.

La STS de 11-4-86 (A. 1879) afirma: «La inobservancia de las bases del concurso... supone distorsionar la normal finalidad de estas convocatorias para la selección del aspirante más idóneo, utilizando... una potestad discrecional de modo divergente a la consecución del fin de interés público que ha de perseguirse por la Administración, lo cual implica un vicio de desviación de poder.» Aunque la sentencia tuvo que basarse en la desviación de poder por imperativo del antiguo artículo 94 LJCA, a los mismos resultados habría llegado a través de una adecuada fiscalización de la apreciación de los méritos —que es lo que, en definitiva, hizo—.

(16) Quizá en esta materia haya influido negativamente la antigua redacción del artículo 94.2 LJCA. En efecto, salvo en relación con la separación de funcionarios inamovibles —a la que sólo tardíamente se entendió asimilado el nacimiento de la relación funcional—, las sentencias en materia de personal sólo eran apelables por desviación de poder. Es posible que esta limitación se extendiera de hecho silenciosamente a la primera instancia. Vid. el actual artículo 93.2 LJCA.

(17) Un ejemplo de estimación de desviación de poder puede verse en la STS de 14-11-90 (A. 8695) o en la de 7-11-90 (A. 8689). Vid. asimismo las de 31-3-87, 24-4-86 (A. 3777), 6-10-86 (A. 5300), 22-1-86 (A. 65) y 26-7-93 (A. 5562), así como la de 26-5-95 (A. 4389), referente a un concurso-oposición, o las de 10-5-95 (A. 4272), 4-3-96 (A. 1856), 31-5-95 (A. 4405), 19-9-94 (A. 7274), 24-5-89 (A. 3907), 4-11-93 (A. 8238) y la de 11-6-86 (A. 3227), referente a una convocatoria *ad personam*. Un caso parecido puede ser el resuelto por la STS de 1-12-59 —comentada por M. F. CLAVERO ARÉVALO, *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del TS*, en núm. 30 de esta REVISTA, 1959, esp. págs. 123-124—.

(18) La STS de 4-10-89 (A. 6841) constituye un ejemplo de fiscalización de este tipo de méritos.

Sobre esta línea jurisprudencial puede verse J. M. ALEGRE AVILA, *Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los Tribunales y Comisiones de selección para el acceso a la función pública*, en «RVAP», núm. 42, 1995, esp. págs. 273 y ss.; PEÑARRUBIA, *op. cit.*, pág. 301, quien cita la STS de 15-3-93 (A. 2113).

Vid. asimismo TARDÍO, *op. cit.*, págs. 70 y ss. El autor cita la STS de 8-7-81 (A. 3233), así como la de 12-11-57 (A. 3336), que afirma que la aplicación de criterios reglados permite emitir juicios de comparación entre los candidatos. La STS de 11-12-30 (A. 41) declaró el mejor derecho del recurrente a obtener la plaza. Véase también las de 11-4-86 (A. 1879) ó 7-10-83 (A. 6265).

Cuando se trata de méritos de apreciación discrecional o de concursos sin baremo, el TS suele únicamente —como resalta el autor citado, *op. cit.*, págs. 109 y ss.— retrotraer actuaciones. No obstante, cita la STS de 24-10-59 (A. 4024), en sentido contrario: en todo caso, la misma entendió que concurría desviación de poder. También señala que incluso en los concursos reglados el TS no siempre ha declarado el mejor derecho del recurrente, con base en el carácter revisor.

tos «de valoración reglada», sin entender que estemos ante competencias exclusivas de las Comisiones. Simplemente, los controlan porque su estimación es fácil y, por tanto, asequible a sus conocimientos sin problemas, al igual que lo es, por ejemplo, un dictado. Todo se reduce así a una cuestión de pura dificultad de control (19).

En último término, lo que arredra a las Salas a efectuar un enjuiciamiento completo de los denominados «méritos de valoración discrecional» es esa dificultad. En ocasiones, la misma será mayor que en las oposiciones, sobre todo cuando éstas son sencillas y los baremos prevén la apreciación conjunta de méritos de carácter fuertemente valorativo. Pero dificultad no significa imposibilidad (20). Y la apreciación conjunta sólo incrementa esas dificultades, pero en ocasiones la jurisprudencia efectúa un enjuiciamiento concreto de los méritos, incluso en concursos de elevado nivel (21).

A continuación, analizaremos los argumentos más relevantes que se suelen esgrimir para frenar el control jurisdiccional del acceso a la función pública.

La STS de 17-6-86 (A. 3803) llega a decir: «... este sistema aritmético... tiene la ventaja de prevenir y evitar cualquier apreciación discrecional, más o menos arbitraria, que es lo que la reglamentación vigente quiso conseguir; misión del Tribunal no ha sido otra que constatar la legalidad estricta de todas y cada una de las cuestiones planteadas...». Véase SÁNCHEZ BLANCO, *op. cit.*, págs. 570 y ss.

La STS de 17-4-86 (A. 2795) sustituye las puntuaciones obtenidas en relación con los denominados méritos de estimación reglada. Sin embargo, no se pronuncia sobre los de carácter profesional. Sobre la misma, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, cit., pág. 50. La de 1-5-96 (A. 4049), si bien entendió computable un mérito preterido por el Ayuntamiento, no obstante, no estableció la puntuación correspondiente al mismo, dada la discrecionalidad técnica. La STS de 7-12-83 (A. 6264), tras revisar los méritos de índole reglada —número de años de docencia universitaria— y sustituir en este extremo la puntuación, entiende que la Comisión había injustificadamente otorgado menos puntos al recurrente que al codemandado en cuanto a los méritos profesionales, si bien en la sentencia apelada se señala que en este punto es superior el margen de discrecionalidad.

(19) Por otra parte, la noción de «méritos de apreciación discrecional» no se halla clara en la jurisprudencia, ya que si en ocasiones —vid. SSTs de 14-12-91 (A. 9516) y 7-12-83 (A. 6264)— se entiende por ello aquellos en cuya estimación hace falta una valoración, en otras —como la STS de 17-4-86— se hace referencia a los no expresamente consignados en el baremo, cuando éste establece un sistema de *numerus apertus*. Ahí podrían incluirse tanto méritos objetivables como otros que no lo fueran tanto.

En suma, en el primer caso, por «discrecionalidad» se entiende en la jurisprudencia imprecisión y necesidad de efectuar juicios de valor; en el segundo, se considera que hay discrecionalidad cuando el baremo es abierto, aunque lógicamente entonces la determinación de lo que deban ser otros méritos y su cuantificación también implica efectuar una operación valorativa. Pero siempre será más sencillo establecer comparaciones entre las puntuaciones dadas en concepto de «otros méritos» respecto de los «cuantificables» —esto es, los que la primera corriente denomina méritos de valoración reglada— que cuando se trate de otros que en sí mismos requieren una estimación valorativa.

(20) El hecho mismo de que se empiece a admitir la prueba en un caso parecido como el de la evaluación de los tramos de actividad investigadora lo demuestra. No obstante, debe tenerse en cuenta la doctrina de la STC 215/91, de 14-11.

(21) Así, sentencia de 14-11-78 de la Audiencia Nacional, referente a la provisión de una cátedra.

A) *La discrecionalidad técnica de las Comisiones evaluadoras*

La actitud generalizada de nuestras Salas de lo contencioso —salvo excepciones— es considerar que estamos ante la llamada *discrecionalidad técnica*, por lo que sólo llevan a cabo un control de fondo muy limitado —y eso, cuando efectivamente lo verifican—. Ese concepto se emplea como un tópico de múltiples usos (22). Pero es sobre todo en el acceso a la función pública donde se usa con mayor profusión (23).

Esa discrecionalidad técnica se vincula en la jurisprudencia a la especialización de las Comisiones de oposiciones y concursos, su supuesta competencia exclusiva y la falta de conocimientos técnicos especializados de los Tribunales de justicia. Sin embargo, se utiliza como un tópico más (24). Por otra parte, la expresión, dadas sus multívocas acepciones y el confusio-nismo que genera, debería desterrarse, y sustituirse por la de margen cognoscitivo de apreciación. Como hemos visto, esta última noción no es un tópico, sino que está en directa conexión con las circunstancias del caso, por lo que su utilización tiene un efecto muy positivo sobre la motivación de las sentencias.

El propio TC se ha hecho eco de la llamada *discrecionalidad técnica* en la sentencia 39/83, de 16-5, y en otras posteriores (25). En todas ellas, se trata de juicios sobre la aptitud para el acceso, la permanencia o los ascensos en la función pública. En las mismas, también insiste en la especialidad del órgano calificador. Hay una notable diferencia entre la primera y las restantes, pero también en éstas se reconoce la existencia de un ámbito

(22) Sobre el carácter equívoco de la expresión «discrecionalidad técnica», MOZO SEDANE, *La discrecionalidad...*, cit., págs. 336 y ss. Vid. asimismo J. M.^a PEÑARRUBIA IZA, *El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar (la STC 97/93, de 22-3)*, en núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 298-299.

(23) También, en general, en materia de evaluación de aptitudes profesionales, como ocurre en la STS de 20-9-94 (A. 7131). En todo caso, se trata de supuestos de gran dificultad de fiscalización.

(24) Véase TARDÍO, *op. cit.*, pág. 70.

En ocasiones, aparece incluso en casos en que ni se da especialización técnica ni se trata de evaluar méritos o aptitudes demostrados mediante pruebas. Vid. la STS de 5-11-90 (A. 8740), comentada por P. ESCRIBANO COLLADO, *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, dir. J. BARNES VÁZQUEZ, Civitas, Madrid, 1994, pág. 369. Esta sentencia fue confirmada por la STC 365/93, de 13-12, que no se basó tanto en la discrecionalidad técnica como en la necesidad de evaluar la idoneidad de los aspirantes para el concreto puesto.

(25) Una crítica a la misma en COCA VITA, *Legalidad constitucional...*, cit., págs. 1039 y ss.; S. DEL SAZ CORDERO, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo: su reserva constitucional», en C. CHINCHILLA MARÍN, B. LOZANO CUTANDA y S. DEL SAZ CORDERO, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo: tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 194-95; E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pág. 472. Vid. asimismo TARDÍO, *op. cit.*, págs. 166 y ss.; PIÑAR, *op. cit.*, págs. 149 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, cit., págs. 41 y ss.

Recoge esta idea de la discrecionalidad técnica en el acceso a la función pública, entre otras muchas, la STS de 2-10-73 (A. 3481) y la de 23-1-80 (A. 182). Vid. asimismo la de 28-4-76 (A. 1784) o la de 22-12-75 (A. 4745), que, no obstante, añade el argumento de la dificultad de enjuiciamiento. Véanse también las SSTs de 9-3-93 (A. 1558) y 13-3-91 (A. 2279).

de discrecionalidad técnica no sujeto al control judicial sino limitadamente (26).

En efecto, la primera entiende la discrecionalidad técnica como un ámbito exento de control judicial (27). En todo caso, creemos que cualquier limitación al enjuiciamiento de fondo de estas cuestiones no basada en los límites del razonamiento jurídico es contraria a los artículos 24 y 106.1 CE; con mayor motivo, si más que de limitaciones hablamos de exclusiones auténticas (28).

Es cierto que esta sentencia no se refería al acceso a la función pública, sino a la clasificación de un Coronel para su ascenso. Sin embargo, de una parte, el juicio técnico es semejante y, de otra, no parece haber razones para entender que en los ascensos en la función pública no deban regir los principios de igualdad, capacidad y mérito (29).

También se ha referido a la discrecionalidad técnica la STC 97/93, de 22-3 (30), referente a la denegación de la adquisición de la condición de militar profesional permanente por un suboficial de empleo, al existir informes desfavorables sobre su formación y capacidad. El TC desestimó el

(26) G. GARCÍA ALVAREZ, *La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿Los hechos como ámbito exento del control judicial?*, en «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 8, 1996, pág. 443, aprecia en todas ellas una «notable unidad».

Este autor, *op. cit.*, pág. 465, por otra parte, subraya con acierto que en todo caso la llamada «discrecionalidad técnica» podría darse en el momento de la formulación de los ejercicios, pero no en el de su corrección.

(27) Véase E. ALONSO GARCÍA, «El ámbito de decisión política y técnica del Gobierno exento de control jurisdiccional», en *El Gobierno en la Constitución y los Estatutos de autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, pág. 54, y COCA, *op. cit.*, págs. 1073 y ss.

De hecho, aunque la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo no se puede producir a *limine litis*, por no estar comprendida la discrecionalidad técnica en los artículos 71 y 62 LJ, muchas sentencias utilizan fórmulas estereotipadas en las que se aduce, como cláusula de estilo, que sólo en casos de desviación de poder o error flagrante se puede fiscalizar la actuación de las Comisiones. Da la impresión de que nuestras Salas no entran en realidad en el fondo, aunque digan lo contrario.

Por otra parte, la STC 39/83 claramente pone de relieve las relaciones entre la discrecionalidad técnica y otros argumentos limitativos del control, como la especialización de las Comisiones calificadoras y su competencia exclusiva para efectuar apreciaciones técnicas conjuntas y, sobre todo, la diferenciación radical entre cuestiones jurídicas y técnicas.

(28) La STS de 23-6-87 (A. 4281), en un caso parecido al de la STC 353/93, de 13-12, afirmó la posibilidad de fiscalizar la discrecionalidad técnica, pero sólo en caso de arbitrariedad o de ausencia de los hechos determinantes.

(29) PIÑAR, *op. cit.*, pág. 149 —vid. asimismo GARCÍA ALVAREZ, *La discrecionalidad técnica...*, cit., págs. 448 y ss.—, considera que el supuesto no es equivalente al acceso a la función pública. En todo caso, el TC sigue recogiendo la idea de discrecionalidad técnica en este último caso, aunque de modo mucho más matizado.

No faltan autores que han negado que, en relación con la función pública, el derecho fundamental del artículo 23.2 se pueda extender más allá del acceso a la misma y la extinción de la relación funcional. Por ejemplo, J. GARCÍA ROCA, *La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos fundamentales del artículo 23.2 CE*, en «RCG», núm. 34, 1995, pág. 80, entiende que si esa extensión se produce en el caso de los cargos públicos representativos, ello se debe a la necesidad de preservar la voluntad popular; cosa que lógicamente no pasa cuando se trata del acceso a la función pública.

(30) Comentada por PENARRUBIA, *El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar...*, cit., págs. 287 y ss.

amparo, con base en la discrecionalidad técnica. Sin embargo, la misma ya no se entiende como una exclusión del control judicial; así, el TC afirma la posibilidad de un «mínimo enjuiciamiento» de aquélla (31). De hecho, alude a la necesidad de que tenga base fáctica.

Pero la sentencia entiende que el examen queda satisfecho con la comprobación de que la decisión del órgano calificador no resulta manifiestamente arbitraria, aunque racionalmente cupiera otra diferente. Considera, pues, que existen límites al control judicial de lo que denomina discrecionalidad técnica, que se plasman en la insustituibilidad de un juicio técnico por otro, con base en la especialidad del órgano administrativo calificador.

A mi juicio, la limitación del control sólo podría basarse en razones cognoscitivas, como el hecho de que son normalmente los superiores del recurrente quienes mejor conocen sus aptitudes. Pero esto supone que la Sala no debe limitarse a un enjuiciamiento mínimo. Los límites de su control se deberán determinar por la misma en cada caso, sin que sea lícito circunscribirlo *a priori* al rechazo de decisiones manifiestamente arbitrarias.

La sentencia 353/93, de 22-11, asimismo ha tratado el tema de la discrecionalidad técnica, esta vez en relación con el acceso a la función pública, si bien introduce algunas matizaciones de interés a la STC 39/83 (32). No obstante, esa sentencia, así como la STC 34/95, de 6-2, será objeto de análisis más adelante, ya que ambas se referían a pruebas tipo test.

B) *La atribución legal de competencia en favor de las Comisiones evaluadoras para determinar la aptitud de los aspirantes*

En ocasiones, se afirma que las Comisiones ostentan, por atribución legal, la competencia exclusiva para evaluar a los aspirantes (33). Este argu-

(31) En esta sentencia, por otra parte, queda claro que no corresponde al TC enjuiciar el uso de esa discrecionalidad técnica, sino solamente determinar si se produjo o no infracción de la tutela judicial por la sentencia de instancia, que es la encargada de efectuar ese «mínimo enjuiciamiento» sobre aquélla.

(32) Para PÉNARRUBIA, *La moderna jurisprudencia...*, cit., pág. 342, esta sentencia supone asimismo un avance respecto de la 97/93, ya que si en ésta se hablaba de un mínimo enjuiciamiento, en la 353/93 se habla de una mera especialidad del control.

(33) La STS de 18-7-88 (A. 3639) afirma la competencia exclusiva de la Comisión, con base en su especialización técnica. Vid. asimismo STS de 31-1-73 (A. 182) o la de 3-2-72 (A. 3302). Puede también consultarse J. M.º GIMENO FELIÚ, *La necesidad de particularización en la valoración de méritos en la aplicación de baremo*, en «REDA», núm. 63, 1989, pág. 486.

La STS de 21-1-87 (A. 258) señala que «la Administración se encuentra, en principio, vinculada por las resoluciones de los Tribunales u órganos calificadores... y prueba de que las calificaciones efectuadas por aquéllos no pueden ser sustituidas por una decisión de la Administración es que, cuando ésta revisa, conforme a los artículos 109 y ss. de la LPA... (o en vía de recurso), las resoluciones de esos órganos, deben activarse de nuevo las pruebas y trámites afectados por la irregularidad. Así... se reitera en el nuevo Reglamento General para el ingreso de personal al servicio de la Administración del Estado...». El artículo 14 del RD 364/95, de 10-3, establece una regulación distinta.

Vid. asimismo SSTS de 3-2-87 (A. 561), 24-5-76 (A. 2116) y 25-6-77 (A. 2971).

mento suele complementarse con otros, como la especial cualificación técnica de esas Comisiones. En este sentido apunta la STC 39/83.

El argumento de la competencia exclusiva se ha utilizado, por ejemplo, en el voto particular a la STS de 23-5-92 (A. 3663), donde se afirma que el CGPJ no podía revisar si concurría en una persona la cualidad de «jurista de reconocida competencia» a efectos del acceso a la categoría de Magistrado por el cuarto turno, ya que esa condición afecta tanto a la capacidad como al mérito; y, en la medida en que concierne a este último, su apreciación es de la competencia exclusiva de la Comisión (34).

Uno de los autores que han sostenido esta atribución legal de competencia exclusiva a favor de las Comisiones calificadoras es NIETO GARCÍA (35), quien, siguiendo a KELLNER, sostiene que, en casos extraordinariamente difíciles, como las oposiciones y los juicios pedagógicos, el control judicial está limitado porque existe una habilitación legal personalísima de discrecionalidad en favor del órgano calificador, cuyo fundamento material es la extraordinaria dificultad de objetivación de estos

El argumento de la competencia exclusiva se apoya asimismo en el carácter del derecho del artículo 23.2 CE como de configuración legal —STS de 8-7-94 (A. 6478); sobre la misma, J. M. ALEGRE AVILA, *Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los Tribunales y Comisiones de selección para el acceso a la función pública*, en «RVAP», núm. 42, 1995, págs. 267 y ss.—.

(34) El TS entendió que no se había vulnerado el principio de especialidad ni producido una indebida sustitución del juicio de la Comisión por el hecho de que el CGPJ no hubiera reconocido esa condición al recurrente, al tener éste antecedentes penales cancelados. Considera que existen ciertas facultades revisoras del juicio de fondo de la Comisión por el Consejo General, no obstante —dice— su discrecionalidad técnica. Para la correcta formación del juicio de la Comisión, faltaba un dato que el Consejo considera esencial; no obstante, el mismo no se limita a remitir el expediente a la Comisión para que ésta proceda de nuevo a valorar al recurrente, sino que afirma que éste carecía de ese requisito.

Podría pensarse que la condición de jurista de reconocida competencia, al ser un concepto jurídico indeterminado, encierra una sola solución correcta, que podía averiguar el Consejo. Pero la Sala afirma —un tanto contradictoriamente— que la Comisión goza de discrecionalidad técnica para evaluar ese concepto. Sin embargo, un error de hecho provoca la revisión total por el Consejo del juicio sobre la concurrencia o no del concepto en cuestión, lo que se acepta por el TS.

Esta sentencia supone un paso frente a la discrecionalidad técnica. Pero es un paso pequeño, ya que no se trataba de nada que tuviera que ver con las aptitudes del recurrente. Además, el TS se ampara también en la «naturaleza bifronte» de la cualidad de jurista de reconocida competencia; el tratarse, en suma, junto a una cuestión de mérito, otra de capacidad, verificable por el Consejo. En todo caso, este órgano también se integra por juristas.

De cualquier modo, esta sentencia de 23-5-92, y otra de 7-4-95 recaída en el mismo caso y que contiene la misma doctrina, se han anulado por las SSTC 174/96, de 11-11, y 206/96, de 16-12. La primera de ellas, tras reiterar que ningún órgano no especializado, como era el caso del CGPJ (*sic*), puede revisar la valoración efectuada por otros órganos que sí lo están, ya que la sustitución de la evaluación técnica infringiría el artículo 23 CE, concluye que, de acuerdo con el artículo 303 LOPJ, la condena seguida de rehabilitación no es causa de exclusión de un candidato, por cuya razón estima el amparo.

(35) A. NIETO GARCÍA, *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, en núm. 43 de esta REVISTA, 1964, pág. 156.

La alusión que M. MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, en núm. 54 de esta REVISTA, 1967, págs. 217-218, efectúa a la remisión a la propia intuición cuando trata de los conceptos jurídicos indirectamente determinados debe conectarse con la tesis de NIETO. Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 284-285.

supuestos; de modo que la ley transforma lo que en sentido lógico y ontológico era un juicio en un acto de voluntad; la norma *hace suyo el criterio de la Comisión*.

Sin embargo, no es técnicamente correcto, a mi juicio, decir que la discrecionalidad se confiere por la norma. En efecto, según la Exposición de Motivos de la LJCA, la discrecionalidad no es propiamente una potestad de la que emanen actos discrecionales. Esto es más que nada una precisión terminológica, pero que creo debe hacerse.

Además, no parece posible que la ley transforme un juicio en un acto de voluntad (36). La Constitución exige que accedan a la función pública los más aptos. La determinación de esa aptitud, en la medida en que resulte objetivable, es el resultado de un juicio. La Constitución se refiere —si no, habría dicho otra cosa— a los méritos y capacidades *reales*, no a los determinados por la Comisión (37).

En efecto, no se puede partir sin más de que los juicios de valor son totalmente subjetivos. Si así fuera, el sistema jurídico se vendría abajo y los profesionales del Derecho nos podríamos dedicar tranquilamente a cualquier otra cosa. Esto no significa que todos los juicios de valor sean enteramente objetivables; pero la determinación de si lo son o no, y hasta qué punto, sólo puede hacerse caso por caso. Tan erróneo es afirmar que los juicios de valor son discrecionales por no ser objetivables como decir que todo juicio de valor se puede justificar totalmente (38). En este sentido, conviene recordar las acertadas palabras de BOQUERA OLIVER (39), quien entiende que, como el Derecho es una ciencia pragmática, «para el Derecho, lo real es lo habitual: “la falsedad o veracidad depende de la adecuación que lo representado tenga con las apreciaciones comunes de la generalidad”».

El problema se plantea cuando no hay un criterio sobre el que la generalidad esté de acuerdo. Pero, en todo caso, *la negación absoluta de la posibilidad de «falsación» de los juicios de valor conduciría a eliminar toda ra-*

(36) La Constitución sí podría efectuar semejante operación, por ilógica que nos parezca, pero no la ley. Naturalmente, cuando escribía NIETO ello sí era posible, dado que las leyes eran soberanas. Pero el panorama hoy es diferente.

TARDÍO, *op. cit.*, pág. 29, resalta la contradicción que en este punto existe en la tesis de NIETO, para quien el nivel de conocimientos constituye un concepto jurídico indeterminado.

(37) De otra parte, es difícil determinar por qué esas habilitaciones se producen sólo en los exámenes oficiales, ya que hay otros supuestos también extremadamente difíciles. Y, si se admitiera también en otros casos, ¿cómo saber cuándo nos encontramos ante esa clase de habilitación?

GARCÍA ALVAREZ, *La discrecionalidad técnica...*, cit., págs. 437 y ss., afirma que el carácter vinculante de la propuesta de la Comisión tenía sentido, bajo las leyes de lo contencioso-administrativo anteriores a la vigente, cuando no existía un baremo reglado, ya que la laguna legal se identificaba con la discrecionalidad y ésta con la exención del control judicial. Sin embargo, como resalta el autor, el contexto normativo ha variado.

(38) Véase A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, CEC, Madrid, 1991, págs. 262 y ss.

(39) J. M.ª BOQUERA OLIVER, *Estudios de Derecho Administrativo*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 178-179. Vid. también, del mismo autor, *Derecho Administrativo*, 10.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 397.

cionalidad posible del Derecho, que es un sistema de valores (40). Y si simplemente se afirma que, en casos límite, esos juicios serán inverificables (41), esta aserción es indiscutible: en efecto, ni todo juicio de valor es sin más inobjetivable, ni todos ellos se pueden objetivar; todo dependerá de las relaciones entre el concepto y la realidad que pretende subsumirse en el mismo. Pero *ha de ser el titular de la potestad jurisdiccional el que, en cada caso, determine a posteriori el límite de la posibilidad de «falsación», lo que supone convertir la discrecionalidad en un mero margen cognoscitivo de apreciación* (42). *El Legislador invadiría la reserva constitucional a la jurisdicción si impidiera al juez determinar a partir de cuándo la aplicación concreta de un concepto jurídico indeterminado deviene inobjetivable.*

Así, en estos casos convendría más hablar de margen cognoscitivo de apreciación, porque el fundamento de las limitaciones al control judicial radica en los límites del razonamiento humano; por esta razón, es el juez quien debe decidir hasta dónde llega su razonamiento y dónde acaba éste para convertirse en una pura elucubración subjetiva. No hay así una pluralidad de soluciones justas (43).

Además, normalmente el razonamiento humano no dará de sí para sustituir la apreciación administrativa por la judicial, pero muchas veces sí permitirá la anulación de la decisión adoptada por haberse basado en un juicio erróneo. Ello conecta con la tutela judicial efectiva. Es incompatible con este derecho hablar de «habilitación en blanco»; su ejercicio concreto estaría siempre sujeto a los principios generales del Derecho.

Por otra parte, las tesis basadas en la atribución legal de competencia exclusiva en favor de los órganos administrativos no tienen en cuenta que esa exclusividad es predicable respecto de otros órganos de la Administración, pero no respecto de los Tribunales. En este sentido se ha pronunciado TARDÍO PATO (44), quien sigue a SCHMIDT-SALZER. Otra interpretación

(40) Véase SAINZ MORENO, *Conceptos...*, op. cit., págs. 77 y ss.; MOZO, *op. cit.*, pág. 397.

Toda la obra de PERELMANN se monta precisamente sobre la necesidad de razonar acerca de los valores; en este sentido, M. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1993, pág. 66.

(41) Como hace MOZO SEOANE, *op. cit.*, pág. 394.

(42) SAINZ MORENO, en *Conceptos...*, cit., pág. 90, resalta que «el problema de la verdad o falsedad de los juicios de valor nace, sobre todo, de una dificultad de prueba...». El autor, *op. cit.*, págs. 305 y ss., añade que «la dificultad, sin embargo, no convierte a la decisión en discrecional». Véase asimismo MOZO, *op. cit.*, pág. 383; vid., no obstante, *op. cit.*, págs. 399 y ss., donde se refiere a lo que denomina discrecionalidad atípica.

Algunas sentencias parecen sostener que el hecho de que los juicios de valor, en ocasiones, lleguen a ser inobjetivables a partir de cierto momento justifica la existencia de una pluralidad de indiferentes jurídicos. Es el caso de la STS de 30-4-90 (A. 3627). La de 9-5-86 (A. 3061) identifica la utilización por la norma de nociones tan vagas que resultan en la práctica de imposible objetivación con la existencia de discrecionalidad. En estos casos existe imprecisión normativa, pero ello no implica una pluralidad de soluciones igualmente justas.

(43) R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989, pág. 302, afirma que, aun cuando no podamos saber si en cada caso existe o no una sola respuesta correcta, los operadores jurídicos deben actuar como si realmente la hubiera. Es la tesis de la unicidad de respuesta correcta entendida como «idea regulativa» del razonamiento jurídico.

(44) *Op. cit.*, págs. 143 y ss.

haría inconstitucional la norma atributiva de competencia exclusiva, al menoscabar la función constitucional de juzgar.

Por otra parte, el mismo TARDÍO (45) ha resaltado que, en nuestro Ordenamiento, existen casos excepcionales en que esa competencia exclusiva en favor de las Comisiones calificadoras quiebra, como ocurre con la Comisión de reclamaciones regulada en el artículo 43 de la LORU, que puede fiscalizar el juicio del órgano calificador de los concursos para la provisión de plazas de los Cuerpos docentes universitarios. No obstante, la STC 215/91, de 14-11, ha hecho perder peso a este argumento, ya que afirma que dicha Comisión sólo puede controlar las infracciones a los principios de capacidad y mérito, pero no el juicio científico-técnico; de modo que, si se sustituyera este último, se estarían lesionando esos principios (46).

La dicotomía recogida por esta sentencia es, en todo caso, falaz, ya que sólo mediante la revisión del juicio técnico puede apreciarse si se han infringido la capacidad y el mérito (47).

(45) *Op. cit.*, pág. 228. Vid. asimismo PEÑARRUBIA IZA, *La moderna jurisprudencia...*, cit., pág. 342; J. J. DIEZ SÁNCHEZ, *Un órgano atípico y conflictivo: la Comisión de reclamaciones del artículo 43 LRU*, en «REDA», núm. 67, 1989, págs. 576-577.

(46) El TC se basa en que la Comisión de reclamaciones sólo tiene competencia cuando ha habido adjudicación de la plaza, pero no cuando ha quedado desierta. No tiene en cuenta que los principios de capacidad, igualdad y mérito pueden lesionarse también en este último caso: los Cuerpos docentes universitarios son únicos para todo el Estado, pero las pruebas se convocan y celebran en cada Universidad. Sobre los problemas que plantea la existencia de pluralidad de Comisiones calificadoras, G. MORANGE, «Le déclin du principe d'égalité dans les concours», en *Mélanges Waline, II*, París, 1974, págs. 621 y ss.

La STC 215/91 parece decir que la Comisión especializada es la única competente para emitir ese juicio técnico, que, en la medida en que no lesione los principios de capacidad y mérito, debe entenderse como la concreción de estos últimos —vid. asimismo STC 174/96, de 11-11—. Dado que los Tribunales de Justicia carecen asimismo de especialización técnica, podríamos preguntarnos si la afirmación del TC es extensible a los mismos. Si así fuera, resultaría que, de acuerdo con aquél, la sustitución judicial de las valoraciones técnicas de los órganos administrativos especializados sería inconstitucional. Es cierto que, en ocasiones, como acabamos de ver, se ha entendido que la competencia exclusiva de aquéllos se da sólo frente a otros órganos administrativos, y no frente a órganos judiciales. Sin embargo, esta tesis no es defendible si se adopta el punto de vista del TC, para quien no se trata de una cuestión de atribución legal de competencias exclusivas, sino de la inconstitucionalidad de aquellos preceptos que no las reconozcan como tales. No obstante, podría pensarse que estas afirmaciones deben relacionarse con la configuración legal del derecho del artículo 23.2.

Alaba la STC 215/91, de 14-11, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 147, por cuanto la misma defiende que la especialización técnica constituye una garantía.

La STS de 23-2-93 (A. 4956) razona que como los miembros de la Comisión de reclamaciones no deben poseer necesariamente formación jurídica, su ámbito de actuación no puede circunscribirse sólo al procedimiento. Sin embargo, a continuación, recoge la doctrina de la STS 215/91. Vid. también la de 28-1-92 (A. 110).

(47) J. J. DIEZ SÁNCHEZ, *La discrecionalidad técnica y la Comisión de reclamaciones de las Universidades*, en «REDA», núm. 79, 1993, págs. 507 y ss., mantiene una postura diferente. En efecto, *op. cit.*, págs. 519 y ss., pese a reconocer que las Comisiones evaluadoras tienen como misión seleccionar al mejor candidato, afirma que sus apreciaciones técnicas son insustituibles, ya que existen diversas opciones igualmente válidas y justas. «No hay —me atrevería a señalar con prudencia— candidato "mejor" absoluto, sino un "mejor" candidato de acuerdo con la valoración imparcial y objetiva que el examinador emite...» Así, señala que «la autorrestricción jurisprudencial» se fundamentaría, de una parte, en la

En cualquier caso, el artículo 14.2 del Real Decreto 364/95, de 10-3, establece la posibilidad de presentar recurso ordinario contra los actos definitivos de finalización del procedimiento selectivo (48). Esto no se contemplaba expresamente en el anterior Reglamento de ingreso, si bien se desprendía del artículo 114 de la Ley 30/92 (49). Por otra parte, si el artículo 20.2 del Reglamento antes vigente establecía que, al ser la propuesta vinculante, en caso de revisión de oficio se procedería a retrotraer actuaciones, el artículo 14.1 del Real Decreto 364/95, si bien afirma asimismo el carácter vinculante de la propuesta, no obstante, no dice nada acerca de la necesidad de retroacción al procederse a la revisión de oficio (50).

C) *La remisión normativa a la apreciación conjunta de los méritos y conocimientos efectuada por la Comisión calificadora*

Este argumento no es sino una variante del anterior. Lo que ocurre es que, cuando se alude a la competencia exclusiva de las Comisiones, se resalta la existencia de una atribución legal cuyo fundamento último radica en la división de poderes, aun cuando no se olvida que las dificultades de evaluación subyacen bajo esa atribución exclusiva. Por el contrario, cuando se aduce que la norma remite a la apreciación conjunta de méritos y conocimientos, se hace más hincapié en las dificultades de objetivación que

imposibilidad material de reproducir procesalmente ciertos datos, pero también «en la convicción de que esa sustitución entraña un nuevo juicio técnico... cuya sustitución desde esa instancia no encontraría fundamento, si no es apoyándose en apreciaciones controvertidas del juzgador». Parece así afirmar que no existen más razones para la restricción del control que las derivadas de la necesidad de que no se sustituya un criterio bien fundado por otro subjetivo y de la irreproducibilidad material de las pruebas. Sin embargo, esto puede dar pie a un margen cognoscitivo de apreciación y no a un margen de discrecionalidad, lo que no se compagina bien con ese «mejor candidato relativo».

A estas palabras subyace la tesis de NIETO. En todo caso, DIEZ SÁNCHEZ clarifica que no es lo mismo posibilidad de control que posibilidad de sustitución. Pero si la Constitución quiere que sea elegido el mejor candidato, los órganos judiciales deben velar por que así sea, y no es lo mismo elegir al mejor que rechazar decisiones flagrantemente erróneas. Y lo primero comporta, siempre que sea materialmente posible, la posibilidad de sustitución judicial.

En suma, la considerable dificultad de control no tiene por qué suponer, sin más, una implícita remisión legal al criterio del órgano calificador, ya que, si son los jueces los titulares de la potestad jurisdiccional, y siendo una cuestión jurídica la de quién sea el mejor candidato, serán ellos los que, en casos límite, reconocerán —en su caso— un margen cognoscitivo de apreciación a la Comisión, cuyos límites establecerán ellos mismos en cada supuesto.

(48) En el caso resuelto por la STC 34/95, de 6-2, el Ministerio de Justicia entró en el fondo del asunto al resolver dicho recurso.

(49) Véase PIÑAR MAÑAS, *op. cit.*, págs. 144-145. Lo que ocurre es que la STS de 17-12-86 y otras que siguen su doctrina entienden que el ámbito del recurso ordinario es, en estos casos, muy limitado —circunscrito a vicios de procedimiento e infracciones del baremo, así como a la falta de motivación, básicamente—.

(50) Sobre estas diferencias, vid. A. PÉREZ LUQUE, *El ingreso del personal de la Administración Pública de cara al nuevo Reglamento de 10 de marzo de 1995 y su aplicación a la Administración local*, en «El Consultor», núms. 15-16, agosto de 1995, pág. 2187.

se plantean al valorarlos (51). La sentencia de la Audiencia Nacional de 19-1-82, en este punto corregida por la STS de 2-4-85 (A. 2854), recoge esta doctrina (52).

En todo caso, la sentencia de la Audiencia Nacional de 14-11-78 nos descubre la falacia que este argumento encierra. Para la misma, la apreciación conjunta debe responder a una evaluación individualizada de cada una de las cuestiones a tener en cuenta. Sólo entonces podría sopesarse su valor relativo en el conjunto y, de ese modo, llegar al resultado final (53).

Además, el órgano competente debe manifestar cuál ha sido el razonamiento que le ha llevado a tales resultados; la simple expresión de que la decisión es producto de una «apreciación conjunta» dificulta considerablemente la fiscalización. En efecto, el artículo 54.2 de la Ley 30/92 se refiere a la motivación de los actos que pongan fin a procedimientos de selección y concurrencia competitiva. En este caso, la Ley se remite a las normas reguladoras de la convocatoria, aunque se afirma también que deberán «en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte» (54).

La ley exige, en todo caso, que el fundamento conste en el expediente. Pero ese fundamento debe buscarse en el análisis comparativo de los candidatos; no basta hacer referencia a las cualidades del vencedor. También es preciso detallar el proceso lógico que ha conducido a una determinada

(51) Véase J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, II, 3.ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1993, pág. 29.

Para TARDÍO, *op. cit.*, pág. 69, no está claro en la jurisprudencia si esa apreciación conjunta es la causa o la consecuencia de la discrecionalidad técnica.

(52) Vid. SSTS de 4-10-83 y 12-12-73.

La STS de 13-4-77 (A. 1573) afirma que cuando se trata de valoraciones conjuntas no hay necesidad de descomponer el juicio global en juicios parciales, ya que la Comisión dispone de una facultad soberana y discrecional de apreciación cuya revisión supondría contravenir el carácter revisor del orden contencioso-administrativo. En esta sentencia predominan los argumentos de carácter estructural.

(53) El caso, por otra parte, era flagrante, ya que el eliminado era superior al ganador en tres de los cuatro apartados del baremo. Por otra parte, la sentencia afirma que las posibilidades de revisión en estos supuestos son mínimas, dado el carácter vinculante de la propuesta y las dificultades de enjuiciamiento de la discrecionalidad técnica.

En el sentido de la sentencia citada en el texto, STS de 7-12-83 (A. 6264). Vid. también la de 22-12-75 (A. 4475). La STS de 11-11-93 (A. 8306), cuya doctrina sigue la de 20-6-96 (A. 5096), afirma que en este punto no cabe recurrir a fórmulas estereotipadas y vagas, que no contengan una verdadera individualización, pero añade que resultan lícitas las fórmulas sintéticas que contengan una valoración individualizada de los méritos.

La STS de 21-12-61 (A. 465) afirma que existe discrecionalidad selectiva cuando la Administración debe apreciar conjuntamente los méritos y éstos son muy semejantes. Pero también dijo que no se había llegado a la conclusión de que la Administración no se hubiera ajustado a Derecho al llevar a cabo esa apreciación conjunta.

(54) Para SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad...*, *op. cit.*, pág. 151, la razón de ser de este precepto radica en que «no puede tener el mismo alcance la motivación de los actos concretos o singulares que la de los actos generales y complejos». El autor, *op. cit.*, págs. 82-83, nos recuerda asimismo que, en el Derecho Comunitario, «no es obligado motivar las decisiones de promoción de funcionarios, ni con respecto a su destinatario ni con respecto a otros candidatos...». Ello no tiene en cuenta que el juicio que debe efectuarse es comparativo.

apreciación conjunta; es decir, reflejar tanto los datos como el razonamiento que conducen a ese resultado (55).

D) *La especialización técnica de las Comisiones calificadoras*

Esta especialización constituye el soporte material de la supuesta competencia exclusiva de esas Comisiones. La ley les confiere esta última precisamente porque, dada su composición, son los órganos que en mejor posición se hallan para efectuar el juicio científico-técnico.

Dicha especialización, por otra parte, se vincula a la corriente que propugna revitalizar las garantías organizativas y procedimentales de los ciudadanos frente a la Administración (56). Estas garantías, empero, con ser necesarias, son insuficientes en la medida en que se conciben como mecanismos sustitutorios de los déficits de control judicial. Este último es la garantía máxima en un Estado de Derecho, y necesario para que éste sea reconocible como tal. Una garantía que en la práctica tiene sus insuficiencias, básicamente debido a los retrasos en la Administración de Justicia, pero sin que por ello deje de ser fundamental.

Por otra parte, la especialización constituye un argumento bifronte en favor de las restricciones al control judicial. En efecto, de una parte, sus raíces son «cognoscitivas», en el sentido de que se parte de que la materia presenta grandes dificultades y de que las Comisiones la conocen mejor que los Tribunales. Pero, a su vez, tiene implicaciones con la separación de poderes, ya que, con base en esa especialización técnica, se defiende una atribución legal de competencia exclusiva en favor de aquéllas (57).

Todos estos argumentos se sintetizan en la STS de 17-12-86 (A. 7471), sobre las pruebas de idoneidad reguladas en la Disposición Transitoria novena de la LORU. La sentencia utiliza, básicamente, razones estructurales para negar que un órgano administrativo no especializado o una Sala de lo contencioso puedan sustituir el criterio de una Comisión calificadora y de-

(55) El artículo 22.2 del Real Decreto 364/95 establece que «la motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria», lo que obviamente es insuficiente.

La STS de 14-6-82 exige que se consignen las puntuaciones parciales y criterios calificadoros y sistemas de calificación; y retrotrae las actuaciones a fin de que se motive debidamente la decisión. Vid. también las de 9-6-83 (A. 3497) y 31-3-66 (A. 1927).

De otra parte, parece necesario exigir que el acta refleje el voto particularizado de cada uno de los miembros de la Comisión, incluso a efectos de depurar posibles responsabilidades penales. No obstante, véase la STS de 11-4-94 (A. 2861).

(56) Véase M. S. BULLINGER, *La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial*, en «La Ley», 30-10-87, pág. 908; V. HERNÁNDEZ MARTÍN, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 174-75; TORNOS MAS, *Medios complementarios de fiscalización judicial*, en núm. 136 de esta REVISTA, 1995, pág. 157.

(57) Véase A. EMBID IRUJO, *La relación entre los poderes del Estado en la dogmática alemana reciente*, núm. 115 de esta REVISTA, 1988, pág. 421.

clarar que el recurrente debe ser nombrado funcionario (58). Así, se afirma que tal cuestión es ajena a las *competencias* de la Secretaría de Estado y de los Tribunales. La razón parece ser, en primer lugar, que la ley atribuye esa competencia a la Comisión. Así, la discrecionalidad se basa aquí en una norma legal que la reconoce. En segundo lugar, esa atribución de competencia exclusiva se fundamenta en la especialización de tales Comisiones y en la correlativa falta de especialización de los Magistrados, así como en la calificación de estas cuestiones como «ajenas a la fundamentación jurídica». Por estas razones, la sentencia niega que se pueda declarar la situación jurídica individualizada pretendida.

Los argumentos ofrecidos por el TS son insuficientes. En efecto, la ley no puede fundamentar una inconstitucional exclusión o limitación del control judicial. Los jueces tienen atribuida potestad para juzgar en los conflictos jurídicos. Y la cuestión de quién debe acceder a la función pública es uno de ellos (59).

(58) «... La sentencia incurre en un grave error al atribuir tanto al órgano administrativo como a la jurisdicción una competencia, extraña a la fundamentación jurídica, para decidir, con plenitud de atribuciones, la resolución de un concurso asignada por la ley a una Comisión calificadoras... cuando los juzgadores, por razón de su función y de las exigencias para desempeñarla, carecen de la misma; no cabe, en este caso, admitir la declaración de la situación jurídica individualizada pretendida en el recurso... de que se nombre a la recurrente profesora titular, cuando claramente carecen de competencia para tal decisión; y en tal sentido, la doctrina de la sentencia apelada no es sólo gravemente errónea, sino también dañosa en sumo grado al alterar todo el sistema establecido para las calificaciones de aptitud... y que se prive del conocimiento y decisión de tales conocimientos, a las Comisiones... designadas en razón de sus conocimientos en las materias científicas, artísticas o técnicas que han de poseer los aspirantes a tales puestos, por la decisión de quienes carecen de los mismos, y en clara y evidente contradicción con lo regulado legalmente. QUIN-TO. La razón dada por la sentencia sobre la economía procesal es claramente inaplicable al presente caso; no hay competencia de las Salas... para la decisión que adopta, que sólo cabría, cuando con plena competencia, tuviese a su alcance la totalidad de los datos, circunstancias y requisitos previstos para la formulación del juicio, lo que haría improcedente y perjudicial, el volver a una actuación administrativa o jurisdiccional, totalmente innecesaria para la justa decisión del caso; y aquí falta la competencia y el conocimiento de todos los datos suficientes para juzgar, pues el esencial e indispensable, es el de la calificación justificada y razonada de la Comisión calificadora para cada uno de los aspirantes.»

PIÑAR MAÑAS, *op. cit.*, pág. 141, afirma que «el Tribunal Supremo no utiliza, en este caso, ni el término "soberanía de las Comisiones" ni el de "discrecionalidad técnica", pero ambos, sin duda, se sobreentienden». Vid. STS de 16-7-85 (A. 4182).

Sobre las pruebas de idoneidad pueden verse también, entre otras, las SSTS de 20-5-88 (A. 4189), 14-12-88 (A. 9392), 15-12-88 (A. 9440), 23-12-88 (A. 9703), 20-12-88 (A. 9718), 5-10-89 (A. 6843 y 6844), 14-11-89 (A. 8091) y 8-6-89 (A. 4365); así como las de 18-7-88 (A. 5639), la de 16-3-89 (A. 2102) y de 28-9-89 (A. 6374). Vid. asimismo la de 21-1-87 (A. 258) o la de 3-2-87 (A. 561). La STS de 28-1-87 (A. 277) afirma que la Secretaría de Estado no puede sustituir el nombramiento llevado a cabo por la Comisión si se tiene en cuenta que existe un apoderamiento legal en su favor y, además, que sus decisiones gozan de discrecionalidad técnica.

(59) Decir que estamos ante una cuestión ajena a la fundamentación jurídica por requerirse conocimientos técnicos supondría tanto como decir que los Tribunales penales son incompetentes para declarar si un sujeto es penalmente imputable por pertenecer tal cuestión a la Psiquiatría.

Para PIÑAR MAÑAS, *op. cit.*, págs. 143 y ss., esta sentencia, junto con razones estructurales, alude a la carencia de datos en poder de la Audiencia. Si falta la competencia, no cabe preguntarse si existen o no suficientes datos. No es válido mezclar ambos tipos de argu-

Además, existen hoy día algunas Comisiones que carecen de una completa especialización. Baste pensar, por ejemplo, que la Ley 30/84, de 2-8, prohíbe que la mayoría de sus miembros pertenezcan al Cuerpo para el que se han convocado las plazas, salvo en el caso de los Cuerpos docentes universitarios (60). De modo todavía más claro, podemos referirnos a la existencia de representantes políticos y sindicales en esas Comisiones (61).

Es más, en ocasiones esa especialización es sólo aparente: por ejemplo, las Comisiones encargadas de evaluar los tramos de investigación de los profesores de Universidad se constituyen por diversos vocales, cada uno experto en cierta materia, por lo que constantemente se ven obligadas a recurrir a dictámenes emitidos por subcomisiones de especialistas.

La existencia de Comisiones no especializadas se ha criticado por ALEGRE AVILA (62), para quien la especialización es una garantía de la objetividad e imparcialidad del proceso selectivo. Esta exigencia se inscribe en la corriente que trata de revitalizar las garantías procedimentales o preconciosas (63). Esto es importante, pero el control judicial es la principal garantía en un Estado de Derecho.

mentos. No obstante, la sentencia hace referencia a la carencia de datos sobre la hipótesis de la competencia de la Sala, que la misma niega.

(60) Otro ejemplo que podría citarse es el de la Comisión de reclamaciones del artículo 43 LORU. Pero ya hemos visto que el TC entiende que sus facultades se hallan limitadas, precisamente debido a su falta de especialización. Véase PIÑAR, *op. cit.*, págs. 145 y ss. TARDIO, *op. cit.*, págs. 42 y ss., hace hincapié en que el RD 1884/84 establece la posibilidad de que dicha Comisión recurra a asesoramientos.

El Real Decreto 364/95 reserva a los funcionarios de carrera la composición de los Tribunales encargados de resolver concursos y oposiciones —art. 11—; y asimismo establece el principio de especialidad para las Comisiones permanentes de selección —art. 12.3—. Pero la exigencia de que al menos la mitad más uno de sus miembros posean la titulación correspondiente al área de conocimientos exigida para el nuevo ingreso ha desaparecido, y se ha sustituido por una genérica alusión a este principio. Esto se ha criticado por PÉREZ LUQUE, *El ingreso del personal...*, cit., pág. 2193.

(61) Vid., por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad...*, *op. cit.*, págs. 145 y ss. No obstante, el autor observa en la actualidad una mayor sensibilidad a este tipo de garantías organizativas, aunque más tendentes a garantizar la imparcialidad que otra cosa.

La STC 193/87, de 9-12, afirma que «... la autonomía local consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legales posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política (STC 4/81, FJ 3.º)», mientras que la resolución de un concurso de méritos... ha de hacerse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad... conforme establece el artículo 103.3 CE. Criterio o juicio de naturaleza política en un caso, técnica entre otros, opuestos entre sí y emitidos, por lo demás, por órganos de carácter también diferente: un Ente o corporación local, en primer caso, una Comisión o Tribunal, en el segundo».

En cuanto a la composición de los Tribunales de selección del personal laboral, siguen teniendo su papel los representantes de los trabajadores —vid. arts. 29 y 30 del RD 364/95—, si bien matiza PÉREZ LUQUE, *op. cit.*, pág. 2197, que como éstos simplemente proponen, la Administración podría rechazar el nombramiento por no concurrir el requisito de la especialidad técnica.

(62) J. M. ALEGRE AVILA, «Objetividad e imparcialidad de la Administración: el principio de especialidad en la composición de los órganos de selección», en *Homenaje a GONZÁLEZ PÉREZ*, I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 889 y ss. Vid. asimismo M. SÁNCHEZ MORÓN, «Siete tesis sobre el control judicial de la actuación administrativa», en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, dir. F. J. DELGADO BARRIO, «Cuadernos de Derecho Judicial», núm. 32, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 158.

(63) Véase la STS de 14-4-86 (A. 1994). Vid. asimismo PIÑAR, *op. cit.*, pág. 157, quien

El argumento de la especialización técnica de ciertos órganos administrativos parece basarse, además, en que los jueces no pueden manejar más técnica que la jurídica (64). Pero la falta de especialización técnica de los órganos judiciales no les impide utilizar la prueba pericial, pensada precisamente para estos casos, como se desprende de los artículos 609 y ss. LEC. Es más, de acuerdo con su artículo 632, esta prueba debe valorarse con arreglo a la sana crítica, lo que significa que el perito no puede sustituir la decisión del juez, que debe efectuar una valoración jurídica de aquélla (65). En este sentido puede verse la STS de 2-4-85 (A. 2854) (66). Ellos nos demuestra también que los Tribunales son insustituibles en esa función de apreciación de las pruebas periciales.

Así, la Sala no debe entenderse vinculada por la prueba pericial, ya que la potestad jurisdiccional corresponde al juez y no al perito (67). Los Tribunales no deben, pues, hacer dejación de la apreciación conjunta de la prueba, si bien, cuando todos los informes se hayan emitido en el mismo sentido, la Sala deberá basarse en los mismos si no quiere incurrir en arbitrariedad, a menos que se demuestre que no se hallaban bien fundados (68).

En todo caso, la jurisprudencia civil ha señalado, en alguna ocasión, cuáles son los límites de la libre apreciación de la prueba pericial. Así, afirma que el juzgador no puede arrogarse conocimientos técnicos que no le son propios (69). No obstante, entendemos que sería posible si el juzgador

comenta la STS de 5-10-89 (A. 6848). Para este autor, junto a la especialización hay que tener en cuenta la posible parcialidad del órgano evaluador cuando ya ha calificado a un candidato y su actuación se ha anulado judicialmente.

(64) Véase MARTÍN GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 248 y ss. La posición que el autor sostiene sobre la fiscalización de lo que denomina conceptos indirectamente determinados choca claramente con esta opinión.

(65) Puede verse TARDIO PATO, *Control jurisdiccional...*, cit., págs. 179 y ss., quien cita a SCHMIDT-SALZER diciendo que «aunque a los jueces les falten esos conocimientos especializados, éste es el menor de los males en comparación con el que supondría la negación de la tutela judicial a través del reconocimiento de un espacio libre de control» —cursiva original—.

La STS de 12-7-86 (A. 4354) no duda en ponderar dictámenes periciales de alto contenido técnico relativos a una patente de invención. Vid. también la de 28-11-86 (A. 6381).

(66) La sentencia entró a enjuiciar los méritos del recurrente para el acceso a una plaza de médico especialista con base en el artículo 632 LEC; y añadió que las opiniones de la Comisión son análogas a los dictámenes periciales a que se refiere dicho precepto, y susceptibles por tanto de enjuiciarse con arreglo a la sana crítica. Esta ejemplar doctrina, no obstante, no se ha seguido por el TS.

La misma ha sido alabada por TARDIO, *op. cit.*, págs. 182-183; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, págs. 46 y ss. Vid. asimismo PINAR MAÑAS, *El pleno control...*, cit., pág. 144.

(67) Para HERNÁNDEZ MARTÍN, *op. cit.*, págs. 171 y ss., el juez en muchos casos se limitará a homologar la opinión del perito. Pero aquél efectúa una valoración jurídica de la prueba, por ejemplo, a la hora de tener en cuenta la presumible parcialidad o imparcialidad del perito, o el carácter más o menos completo de sus informes.

(68) Véase la STS de 14-11-86 (A. 8078) o la de 26-9-69 (A. 4006).

(69) La STS de 15-10-91 (Sala Primera) afirma: «Si a la prueba pericial se acude por necesitarse especiales conocimientos de los que el órgano judicial carece para poder juzgar, es incongruente que el juzgador, pese a aquella manifestación, evalúe exactamente el importe de los desperfectos... una cosa es valorar la prueba de acuerdo ante todo a las normas de la lógica elemental o a las reglas comunes de la experiencia humana, y otra sustituir la ciencia del perito por una valoración arbitraria de precio de la obra realizada apoyada en el dictamen

por sí dispusiera de esos conocimientos técnicos y expusiera su parecer de modo contradictorio en el proceso. Esto resulta de particular interés cuando se trata de evaluar conocimientos jurídicos.

No me parece, pues, de recibo la tesis de ULE (70), quien por principio rechaza la utilización de la prueba pericial en las oposiciones con base en el carácter insustituible de estas apreciaciones. Primero tendrfa que decirnos qué entiende por insustituibilidad, y segundo explicar por qué la misma lleva a la imposibilidad de utilizar peritos. Creo, por otra parte, que tampoco puede aducirse que será en muchos casos inútil la repetición de las pruebas periciales. Esto ocurrirá en ocasiones (71), pero utilizar nuevos peritos será en otras necesario. No se puede aducir tónica y apriorísticamente la economía procesal cuando la tutela judicial efectiva se halla en juego (72).

Todavía más: en la actualidad, con carácter general, el artículo 13.3 del

del mismo, que precisamente sobre este extremo falta... Lo adecuado hubiera sido dejar para ejecución de sentencia la determinación del precio de la obra...»

El supuesto no era, pues, sino un caso de falta de prueba suficiente. Quiérese decir que, ante cuestiones técnicas de gran dificultad, los límites de la labor de los Tribunales no tienen en absoluto que ver con cuestiones como la división de poderes u otras semejantes. La sentencia demuestra que los dogmas al uso referentes a los límites al control judicial de los actos administrativos imbuidos de cuestiones técnicas no son sino tópicos carentes de razón de ser, ya que también el orden judicial civil reconoce asimismo límites a su actuación en estos casos. Nada hay, pues, que tenga que ver con una supuesta atribución de discrecionalidad técnica a ciertos órganos administrativos.

(70) K. ULE, *La ley de 21-1-60, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, en «DA», núm. 73, 1964, pág. 32. Vid. asimismo W. BROHM, *Administración y jurisdicción contencioso-administrativa como mecanismos de regulación en un sistema polí-céntrico de producción del Derecho*, en «DA», núm. 234, 1993, pág. 120, quien afirma que en el procedimiento administrativo ya ha intervenido, en ocasiones, una pluralidad de expertos.

La STS de 28-3-70 declaró improcedente la prueba pericial en un caso de acceso a la función pública por entender que esas cuestiones técnicas van más allá de la competencia de la Sala. Vid. asimismo la de 28-5-96 (A. 4654). La de 27-4-90 (A. 3568) afirma que resulta improcedente la prueba pericial para verificar cuál es la respuesta correcta a una pregunta de una prueba tipo test. Y la de 15-5-91 (A. 4232), sobre oposiciones para profesorado, considera improcedente incluso solicitar la remisión de los ejercicios, dada la discrecionalidad técnica.

La STS de 8-11-89 (A. 7828) afirma que la prueba pericial no es pertinente cuando se trata de fiscalizar actuaciones discrecionales en sentido técnico e insusceptibles de control jurídico, salvo arbitrariedad o desviación de poder. Podríamos preguntarnos cómo se puede llegar a saber si la valoración de conocimientos en Física nuclear ha sido o no arbitraria si no es recurriendo a la prueba pericial.

Un auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 1993 revocó, con base en la tutela judicial efectiva, otro anterior que había inadmitido el recibimiento del pleito a prueba, en un caso en que se discutía la valoración negativa de los tramos de investigación a un profesor universitario. En efecto, nuestras Salas admiten la posibilidad de anulación por errores flagrantes en estos casos, por lo que la prueba pericial debe en todo caso admitirse. Pero, por lógica, esto es insuficiente.

(71) Vid. STS de 31-12-85 (A. 995, 1986).

(72) Otra cosa es que la Sala, en el caso concreto y dada la cualidad de experta de la Administración y las dificultades de averiguar con certeza cuál sea, en el caso concreto, la solución más plausible, dé por válida la valoración efectuada por aquélla. Pero, en tal caso, estaríamos ante un simple margen cognoscitivo de apreciación, cuyos límites se deben establecer en cada caso y que no implica una pluralidad de soluciones justas.

Real Decreto 364/95 establece la posibilidad de que las Comisiones calificadoras recurran al juicio de expertos; lo que, de una parte, es un reconocimiento implícito de su falta de especialización plena y, de otra, puede servir para contestar a quienes opinan que, en estos asuntos, los órganos judiciales no pueden auxiliarse por peritos (73).

Además, *decir que la especialización técnica de las Comisiones implica la falta de competencia del juez supone una inconstitucional limitación a la función de juzgar. Es el juez, y no la Administración, quien tiene la última palabra en los pleitos entre la Administración y los ciudadanos* (74).

E) *La diferenciación radical entre cuestiones jurídicas y cuestiones técnicas*

La especialización de las Comisiones calificadoras y su ausencia en los Tribunales, por otra parte, conecta con el tópico de la diferenciación radical entre cuestiones jurídicas y técnicas. Sólo las primeras, según la STC 39/83, serían de la competencia de los Tribunales (75). Esta opinión no tiene en cuenta que, en ocasiones, juicio jurídico y juicio técnico están tan enlazados que el primero se halla condicionado por el segundo; de modo que la formulación del juicio jurídico pasa inexcusablemente por la del juicio técnico (76). Tampoco tiene en cuenta que todo lo que tiene consecuencias jurídicas se tiñe de carácter jurídico. Y, por último, en el acceso a la función pública, si la Constitución quiere que se elija al mejor, indudablemente no existen aspectos de carácter extrajurídico (77).

(73) No se trata de que la opinión de un ignorante haya de prevalecer sobre la de un experto —como parece afirmar HERNÁNDEZ MARTÍN, *op. cit.*, págs. 81 y ss.—. En primer lugar, el experto puede equivocarse. En segundo lugar, no se puede esperar que el experto al servicio de la Administración sea siempre totalmente imparcial en sentido objetivo, salvo en casos muy concretos como las declaraciones de ruina. Baste pensar en la sentencia de 10-2-87, que anuló el justiprecio de 400.000 pesetas fijado para la *Dama de Baza* por una Comisión de académicos. En este caso, esa Comisión había pretendido ahorrar dinero al Erario público.

(74) En este sentido, SAINZ MORENO, *Conceptos...*, *op. cit.*, págs. 245 y ss.

(75) Vid. asimismo STC 353/93.

La STS de 10-2-87 (A. 580), referente a un concurso de méritos, distingue dos tipos de cuestiones: «una, referente a interpretaciones o apreciaciones jurídicas, de la competencia de los órganos jurisdiccionales; otra, aplicación de las valoraciones sobre los méritos de los concursantes, *cuya decisión incumbe al organismo encargado de esa función, de carácter técnico; en el primero se encuentra la exigencia del título necesario para acudir al concurso, la interpretación de cuál ha de ser la formación hospitalaria exigida y la disconformidad de los baremos con lo resuelto en la sentencia de la Audiencia Nacional... Las otras cuestiones exceden de la competencia y atribuciones de los Tribunales jurisdiccionales, al referirse a conocimientos científicos o técnicos... que ha de ser apreciada por la Comisión, Junta o Tribunal correspondiente, sin que se aprecie infracción en la actuación de los mismos del órgano calificador, de disposiciones legales o reglamentarias...*». Parece así rechazar cualquier otra causa de nulidad o anulación que no sea la infracción de un precepto escrito, aunque suponemos que habría admitido, en su caso, la desviación de poder.

(76) En este sentido, STS de 2-4-85 (A. 2854).

(77) Imaginemos que la mayor parte de las preguntas estuvieran mal formuladas o que, en más de la mitad de ellas, fuera posible «más allá de toda duda razonable» que el recurrente y no la Comisión hubiera acertado con la respuesta. ¿También entonces nuestras Salas de lo contencioso y el Tribunal Constitucional habrían aludido al tópico de la discrecionalidad técnica?

Además, la arbitrariedad o la desviación de poder sólo pueden detectarse enjuiciando la valoración técnica. La cuestión se debe resolver, pues, en términos de una mayor o menor dificultad de control (78).

Por otra parte, en el proceso administrativo la función jurisdiccional es de la misma naturaleza que los restantes (79). Cuando los Tribunales juzgan acerca de si una persona se halla enajenada a efectos de su responsabilidad penal, no se inhiben alegando que se trata de cuestiones técnicas. Tampoco lo hacen al enjuiciar cuestiones como si la incapacidad de una persona se produjo a consecuencia de un accidente de trabajo, o cuál es su grado de incapacidad (80).

Es cierto que en el proceso administrativo existe una previa decisión ejecutoria, a veces dictada por expertos. Su existencia no es suficiente para entender limitado el control judicial; pero esto es precisamente lo que estamos estudiando. En casos extremos en que el control de hecho no pueda ser total por no permitirlo el razonamiento jurídico, habrá que reconocer un margen cognoscitivo de apreciación, pero dicho margen no obstará a la existencia de una sola solución jurídicamente válida.

Por último, la diferenciación entre cuestiones técnicas y jurídicas se puede expandir a cualquier ámbito del actuar administrativo, con consecuencias muy negativas (81). En todo caso, la distinción es plausible siempre y cuando se parta del ámbito de lo jurídico y no del ámbito de lo técnico (82).

F) *La imposibilidad de efectuar una valoración comparativa de los méritos y conocimientos de los distintos opositores y concursantes*

Los Tribunales, en ocasiones, fiscalizan la apreciación de los méritos del recurrente, pero se niegan a compararlos con los méritos de otros (83).

(78) La STS de 13-6-88 (A. 5327) afirma que resulta *difícilísimo* sustituir la discrecionalidad técnica por los órganos jurisdiccionales, dada su falta de especialización. No obstante, añade que, de acuerdo con el baremo, existía una libertad de apreciación conjunta de los méritos, por lo que la discrecionalidad era tan amplia que excluía la posibilidad de control judicial, salvo valoración de méritos que no se hallaran en aquél.

(79) En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, op. cit., págs. 99-100.

(80) Vid., por ejemplo, STS de 29-5-89 (A. 3920).

(81) En este sentido, COCA, *Legalidad...*, op. cit., pág. 1079.

(82) Así lo hace, de modo absolutamente correcto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, en núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 172-173, al referirse a las diferencias entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.

(83) A veces, la razón esgrimida es el multívoco carácter revisor.

Nos recuerda T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *¿Debe la administración actuar racional y razonablemente?*, en «REDA», núm. 83, 1994, pág. 398, que el Tribunal Constitucional alemán, si bien considera revisables los conocimientos de los opositores, entiende que no debe entrarse en la valoración comparativa de los exámenes.

La STC 110/91, de 20-5, parece entender que siempre que exista error en la valoración de los méritos —donde se incluye haber obtenido más puntuación un concursante con menos méritos que el recurrente— hay lesión del artículo 23. 2. Así, aparentemente considera posible la valoración comparativa entre los participantes. Sin embargo, añade que «tam-

Esto parece absurdo, sobre todo dado que se trata de preservar el derecho a la *igualdad en el acceso* a la función pública, precisamente (84).

Este argumento tiene, no obstante, un carácter eminentemente procesal, ya que se basa esencialmente en la imposibilidad de que la sentencia afecte a aquellas personas que no han sido parte en el proceso. En este punto, debe tenerse en cuenta que los terceros aspirantes pueden estar de acuerdo en que el codemandado haya obtenido la plaza, pero al mismo tiempo entender que tienen más méritos que el recurrente. Estas personas difícilmente podrán defender los aducidos por el demandante y que tampoco se les computaron a ellos, a pesar de que en esta peculiar posición difícilmente cabría entender que han consentido.

Una sentencia del TSJ de Navarra, confirmada después por la STS de 8-11-90 y por la STC 353/93, desestimó un recurso contencioso-administrativo en relación con un examen tipo test por cuanto, a su juicio, de estimar lo pretendido por el opositor el resultado sería

«reordenar la recalificación de todos los opositores, corregidos por ordenador, ya que podría resultar que otros opositores excluidos hubiesen respondido también acertadamente a las mismas preguntas y el número de plazas convocadas era limitado»;

y que, de estimarse el recurso, otros opositores deberían ser llamados al proceso, lo que llevaría a un debate interminable (85).

poco la mera discrepancia con el juicio y valoración de los méritos de cada uno de los candidatos, que corresponde al Tribunal calificador dentro de un ineludible margen de apreciación, puede fundamentar la pretendida lesión de los derechos fundamentales alegados al no haberse aportado ningún argumento sólido que permita constatar la arbitrariedad o irrazonabilidad de ese juicio y valoración». Así, limita el alcance del control judicial a los casos flagrantes, y afirma que, salvo en esos supuestos, no se lesiona el artículo 23.2 CE, con lo que no estamos de acuerdo. La sentencia, además, no utiliza el término discrecionalidad técnica, sino el de margen de apreciación. Lo que ignoramos es si lo hace correctamente o, por el contrario, se refiere, bajo otro nombre, a la discrecionalidad técnica, ya que no sabemos quién determina el ámbito concreto de ese margen, ni si el mismo implica o no una pluralidad de soluciones justas.

(84) TARDÍO, *op. cit.*, pág. 18, insiste en la necesidad de efectuar un examen comparativo. Vid. asimismo STS de 23-1-90 (A. 594), referente a una solicitud de beneficios a una empresa.

La de 14-5-87 (A. 10187, 1988), sobre nombramiento de un Magistrado del TS, afirma que, si bien eran muy relevantes los méritos del recurrente, ello no implicaba que fueran mayores que los del otro candidato. En todo caso, no se efectuó comparación alguna entre ellos.

(85) Esto último tiene que ver con el tema de si existe o no plazo para recurrir los actos nulos de pleno derecho, en el que ahora no vamos a entrar. Pueden verse las posturas opuestas de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, págs. 591 y ss., y BOQUERA, *Estudios...*, cit., págs. 123 y ss. —del mismo autor, *Derecho Administrativo...*, cit., págs. 375 y ss.—

La STS de 9-9-86 (A. 6074) entendió que no procedía declarar el derecho del recurrente a la adjudicación de la vivienda litigiosa, ya que con ello se desconocerían los derechos de los terceros que no habían sido emplazados. Pues bien, como es lógico, el adjudicatario fue parte en el proceso. El problema radicaría en la eventual conformidad de los otros participantes con la primera adjudicación pero no con la efectuada al recurrente. Sin embar-

En cuanto a la recalificación de todos los opositores en caso de estimarse el recurso, hay que decir lo siguiente: por lo que respecta a los suspendidos que pudieran verse afectados favorablemente por la recalificación de las preguntas, el criterio de evaluación, de acuerdo con la opinión más extendida, no es un reglamento, aunque sea común para todos. Ahora bien, desde el momento en que estamos ante un acto de aplicabilidad general a todos ellos, podríamos entender que la estimación del recurso les afecta por efecto del artículo 86 LJCA (86). En todo caso, *de lege data* es difícil entender que la Sala, en su caso, pueda declarar que el tercero en principio suspendido tiene más puntuación que el codemandado y debe ser declarado apto. De cualquier modo, las deficiencias de la LJCA en la protección de quienes no recurrieron no puede perjudicar a quien sí lo hizo.

En efecto, la jurisprudencia afirma que en nuestro Ordenamiento no existe ni la reconvención ni el coadyuvante del demandante en el proceso administrativo (87). La segunda figura sería provechosa para el supuesto

go, si los mismos fueron emplazados personalmente tuvieron posibilidad de defenderse, aunque para ello haría falta que la Sala entrara a comparar lo ofrecido por el recurrente y por estas otras personas. Por otra parte, las SSTC 141/87, de 23-7, y 56/85, de 29-4, entendieron que si quien no habiendo sido emplazado personalmente no compareció en el proceso para sacar alguna ventaja, no puede ser favorablemente afectado por la sentencia.

La STS de 10-2-87 (A. 580) señaló que «el INSALUD... alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario... al no haber sido emplazados todos los concursantes a los que afecta la resolución recurrida... pero esa resolución, sobre nombramiento para cubrir las plazas convocadas en concurso libre de méritos, que consentida por todos los que al mismo acudieron, salvo por el señor R. V., y según la doctrina de los propios actos, carecen ya de interés legítimo en las posibles consecuencias directas de la impugnación de un acto que no les reconoce derecho alguno y con el que se han conformado...». Pero es evidente que esos terceros podrían estar de acuerdo con el primer nombramiento, mas no con el que eventualmente podría derivarse de la sentencia.

(86) Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, págs. 1086 y ss., quien pone de relieve que una jurisprudencia progresiva entiende que la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria puede abarcar no sólo la anulación, sino también el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas. Esta doctrina se basa en el principio de igualdad. Vid. asimismo J. TOLEDO JAUDENES, *Extensión «ultra partem» de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución*, en núm. 109 de esta REVISTA, 1986, págs. 247 y ss.

En el proyecto de LJCA de 30-9-95, artículo 109, se establecía la posibilidad de reconocimiento de una situación jurídica individualizada favorable en los procedimientos en materia de personal en ejecución de sentencia, siempre que se solicitara en cierto plazo, el Tribunal fuera competente y no se diera la excepción del acto consentido.

Que la sentencia afecte desfavorablemente a los que figuraban como aprobados en la relación no puede ser motivo para desestimar el recurso, porque si se recurre es precisamente porque el opositor se creía con mejor derecho que otros que figuraban como aprobados. Y que la estimación del recurso pueda afectar al orden de esa relación tampoco es motivo suficiente para desestimarlo. La desestimación del recurso sólo puede basarse en que el acto fuera conforme a Derecho; pero si el acto fuera contrario al Ordenamiento, el deber de la Sala sería anularlo. Ahora bien, si tales personas pudieron comparecer en el recurso como codemandados y no lo hicieron, les sería aplicable la doctrina de la STC 56/85.

Por otra parte, no estará de más recordar la STS de 29-7-94 (A. 6601), que declaró el derecho de la recurrente a ser incluida en la lista de aspirantes que habían superado las pruebas.

(87) SSTC de 14-10-91 (A. 7539) y de 26-11-91 (A. 8650), entre otras.

anteriormente señalado, sobre todo por cuanto la excepción de acto consentido en estos casos tiene poco sentido, al hallarse afectado un derecho fundamental; y parece que la tutela judicial efectiva de estas personas se vería más protegida que mediante el sistema que preveía el artículo 109 del Proyecto, donde sólo se les permitía participar en la fase de ejecución de sentencia (88). Y, mediante la reconvencción, los codemandados podrían eventualmente hacer valer méritos que no se les computaron, no ya sólo como motivos de oposición al recurso, sino también como base para una recalificación (89). Parece que urge, pues, la reforma de la LJCA, de manera que se contemplen ambas figuras.

Por supuesto, en el caso de que se produjera la recalificación a través de la propia sentencia, el debate ya no sería interminable porque habría cosa juzgada. Y, si la recalificación se remitiera a la Administración, ésta actuaría en ejecución de sentencia, en cuyo caso frente a sus decisiones no habría que presentar un nuevo recurso, sino un simple incidente de ejecución, de acuerdo con la STC de 27-10-87.

G) *La insustituibilidad del juicio de la Comisión por el juicio de la Sala*

Aunque la doctrina y la jurisprudencia se refieren reiteradamente a esta cuestión, no se trata de un argumento más, sino más bien constituye una condensación de los anteriores, pero que se emplea como un tópico independiente, que se sostiene a sí mismo (90).

La insustituibilidad se ha esgrimido, paradigmáticamente, por la STS de 17-12-86, que estimó un recurso presentado en interés de la ley contra otra de la extinta Audiencia Territorial de Valencia. Esta había declarado apto a un candidato para una plaza de Cuerpos docentes universitarios, considerado no idóneo por la Comisión calificadora; doctrina ésta que el TS considera gravemente dañosa y errónea (91).

Esta insustituibilidad se refleja en la tesis de ULE. Este autor (92) afir-

(88) Naturalmente, para que ello fuera cierto los coadyuvantes del demandante tendrían que tener la posibilidad de que se les computaran a ellos también los méritos alegados por éste, en su caso.

(89) Esto tendría particular interés en casos como el que sigue. Pensemos que la relación de aptos en una oposición es la siguiente: X, A, Y, B, Z, C. Supongamos que A, B y C recurren. A los codemandados Y y Z podría interesarles no sólo oponerse al recurso, sino, eventualmente, colocarse por delante de A y B; es posible que inicialmente se conformaran, pero si A, B y C recurren, parece lógico darles la oportunidad de defender esa pretensión.

(90) En este sentido, TARDÍO, *op. cit.*, págs. 176 y ss.

(91) La STS de 21-11-85 combina varios argumentos que cristalizan en esa insustituibilidad: la competencia exclusiva de la Comisión, al decir que *se le confiere* la misión de juzgar esos méritos y capacidades y su especialidad técnico-científica. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, pág. 40, afirma que bajo esta sentencia subyace la tesis del apoderamiento personal.

La STS de 4-7-93 (A. 5660), en un concurso-oposición, se limita a retrotraer las actuaciones para que la Comisión vuelva a valorar los méritos.

(92) K. ULE, *La nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, *cit.*, pág. 32.

ma que los juicios pedagógicos y científicos de valor no son discrecionales porque no existe una pluralidad de soluciones justas; sin embargo, «no son compulsables por la vía jurisdiccional administrativa porque, en cuanto prestaciones insustituibles, están sustraídas a la prueba técnica suplementaria mediante el Tribunal, ni siquiera con el auxilio de peritos. En consecuencia, sólo podrán ser examinados en lo relativo a si, tanto en el aspecto material como en el formal, han sido adoptados de modo válido e incontestable».

Así, en su opinión, la insustituibilidad no consiste en un mero resultado, sino que es una cualidad que afirma *a priori* de ciertos juicios especialmente difíciles. Esto no parece sostenible: en primer lugar, porque deberá ser la Sala —al tratarse de una cuestión meramente cognoscitiva— quien determine si esa insustituibilidad se da o no; lo contrario iría en detrimento de la función jurisdiccional. Si se trata de opciones que jurídicamente no son equivalentes, habrá que dejar que el Tribunal ejercite con plenitud su potestad jurisdiccional. Pero, en segundo lugar, menos de recibo todavía nos parece la imposibilidad de recurrir al juicio de expertos (93).

La STS de 2-4-85 revisa el juicio efectuado por la Comisión tanto para determinar la especialidad médica a la que pertenecía el recurrente como para valorar comparativamente los méritos de los concursantes. Si bien desestima el recurso, no obstante, considera que el juicio de la Comisión es análogo a los dictámenes periciales y, por lo tanto, debe evaluarse con arreglo a la sana crítica (94). Su importancia radica en que reduce toda li-

(93) Como hemos visto, en ocasiones nuestras Salas admiten el pleito a prueba en aras de la tutela judicial efectiva, si bien afirman que el objetivo no es la revisión del juicio técnico, sino la simple determinación de si se ha lesionado o no el derecho del artículo 23.2. Pero creemos que ambas cuestiones son inescindibles, pese a lo afirmado en la STC 215/91.

(94) La sentencia afirma: «Que la sustancial aceptación aquí hecha de las consideraciones que amparan el fallo... requiere matizar la afirmación en aquellas contenida referente a la remisión de la Sala sentenciadora a los juicios técnicos del Tribunal calificador en cuanto que compuesto por especialistas en la materia, pues entendida dicha afirmación en su sentido literal conduciría a la incorrecta conclusión del sometimiento del Juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa, lo que en el nivel pragmático implicaría claro quebranto de la tutela judicial efectiva... al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal calificador...; razones que inducen a atribuir a la afirmación de precedente cita el sentido de apreciación jurisdiccional de suyo análoga a la de los dictámenes periciales no vinculantes para el juzgador y sometidos a la sana crítica de conformidad con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, en un nivel o campo de planteamiento de estas cuestiones estructurado por la lógica y asequible al principio jurídico de *non liquet*, ajeno y excluyente del sometimiento del Tribunal a apreciaciones técnicas del tribunal calificador que llenaron un vacío normativo; antes bien, tales apreciaciones pueden ser destruidas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar para que, en definitiva, el juzgador pueda pronunciarse con valoración conjunta de la prueba y con arreglo a criterios lógicos, sin posibilidad de confundir, por tanto, valoración del conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala de Justicia a juicios técnicos, procedan éstos de órganos de la Administración demandada o bien del recurrente en su también calidad de técnico, ya directamente o a virtud de documentos o dictámenes aportados o que hubiera podido aportar al proceso.» Sobre esta sentencia, vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, cit., pág. 46.

La alusión a la prohibición de *non liquet* pone de relieve que la aceptación de un ámbi-

mitación del enjuiciamiento de este tipo de actos a las dificultades insalvables de carácter cognoscitivo que, de hecho, podrían darse en algún caso. Está así libre de tópicos como el de la competencia exclusiva de las Comisiones calificadoras (95).

La insustituibilidad va muy ligada al multívoco carácter revisor del orden judicial contencioso-administrativo, tan denostado por la doctrina (96). En la medida en que van ligados, la primera debe correr la misma suerte que el segundo. No es jurídicamente imposible sustituir el juicio de la Comisión por el de la Sala, ya que en nuestro Ordenamiento no se diferencian el recurso de plena jurisdicción y el de exceso de poder; en otros términos, dada la posibilidad de que se dicten sentencias de condena contra la Administración y en las que correlativamente se declaran derechos a favor del recurrente, de acuerdo con los artículos 42 y 84 LJCA (97). Lo que habrá, en su caso, será una imposibilidad material de sustitución, hasta de modo frecuente, pero nada más (98).

to de discrecionalidad técnica excluida del control judicial llevaría a consecuencias semejantes a las que se produjeron bajo la Ley de lo contencioso de 1894, durante cuya vigencia se entendió que tal prohibición no regía en lo contencioso-administrativo para los entonces llamados actos discrecionales.

Si una Sala sustituye por completo el juicio técnico del órgano calificador es porque lo considera incorrecto. Y eso presupone la utilización de la sana crítica. Creemos correcto que el parecer razonado de un órgano calificador tenga ante una Sala análogo valor al de los peritos insaculados. Siempre deberá tenerse en cuenta, por otra parte, el número de miembros del Tribunal que votaron a favor del candidato vencedor y demás circunstancias del caso, a la hora de ponderar el valor concreto del juicio de la Comisión.

(95) Así, para PISAR, *op. cit.*, pág. 158, las Salas pueden modificar el resultado de un concurso o de una oposición, *ex artículo 106.1 CE*.

Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», en *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2.^o ed., Civitas, Madrid, 1992, pág. 153, el juez no debe sustituir a la Administración al margen del Derecho. Pero si la Constitución quiere que se elija al más capaz y la Administración quiera, las Salas podrán anular ese nombramiento y sustituirlo por el procedente, si saben con certeza cuál es. Esto simplemente supone extraer todas las consecuencias del mérito y la capacidad.

(96) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Arbitrariedad...*, *cit.*, pág. 98. TARDÍO, *op. cit.*, págs. 172 y ss., resalta que el carácter revisor ha servido tanto para eludir el control de fondo como para soslayar la aplicación del artículo 42 LJ. Además, la jurisprudencia también rechaza la sustitución del juicio de tales Comisiones por otros órganos administrativos, de cuyas funciones en modo alguno se puede predicar el carácter revisor.

La STS de 21-1-87 (A. 258) apela a ese carácter revisor para declarar su incompetencia a la hora de sustituir los juicios técnicos de las Comisiones calificadoras. Vid. también la STS de 5-12-92 (A. 895, 1993), así como las SSTS de 13-4-77 (A. 1573) y 8-7-94 (A. 6478), que se basa en la antigua exigencia de retroacción de actuaciones en caso de revisión de oficio.

(97) Sobre las recientes reformas del Derecho francés en este punto, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (la ley de 8-2-95 y las nuevas reformas del contencioso francés)*, en «REDA», núm. 91, 1996, págs. 385 y ss.

(98) La STS de 24-2-84 (A. 1114), que anuló una decisión que declaraba desiertas las dos plazas convocadas, declaró el derecho de la recurrente a obtener una de ellas. Uno de sus argumentos fue que nadie más había recurrido, por lo que el TS se encuentra capacitado para declarar que en la demandante concurrían méritos bastantes. Pero no sabemos qué habría pasado si en vez de una persona hubieran recurrido tres. La sentencia demuestra que bajo el carácter revisor se esconde el miedo de nuestros Tribunales a realizar juicios sin suficiente base objetiva en este ámbito. FERNÁNDEZ PASTRANA, *De nuevo sobre la*

En suma, la imposibilidad de reconocer una situación jurídica individualizada sólo depende de la concurrencia o no en el recurrente de tal situación y de la posibilidad material de conocer su existencia, y no de la falta de competencia para declararla, que poseen las Salas al amparo del artículo 42 LJ (99).

Por otra parte, la tendencia es a identificar sin más insustituibilidad con imposibilidad de control, lo que no tiene en cuenta que éste se puede plasmar también en una anulación. La sustitución no siempre será posible aun cuando el acto se haya anulado (100). Todo dependerá de los datos disponibles y de los límites del razonamiento jurídico, así como de las pretensiones ejercitadas.

En este sentido, si, por ejemplo, se anula un examen por ser las preguntas de nivel superior al exigible, ello no llevará consigo la calificación de aprobado con carácter necesario; normalmente habrá que volver a examinar sobre la base de un nivel adecuado para saber cuál es la calificación procedente. Pero si, siendo el nivel de las preguntas razonable, se anula la calificación de suspenso y el reclamante se conforma con la de aprobado, ¿para qué volverse a examinar?

El propio TC, en su sentencia 193/87, de 19-12, ha tirado por tierra esos tópicos de la insustituibilidad y del carácter revisor, ya que declaró el derecho del recurrente a ser nombrado Secretario de un Ayuntamiento y condenó a la Administración a efectuar ese nombramiento (101). Es cierto que esta sentencia debe entenderse en sus justos términos, por cuanto se

discrecionalidad técnica..., cit., págs. 129 y ss., hace notar, en todo caso, que otra Comisión había declarado que la recurrente tenía bastantes méritos para ocupar una plaza igual en otra provincia.

La STS de 26-9-94 (A. 7110) estima parcialmente el recurso interpuesto por un aspirante a policía declarado no apto en período de prácticas, pero no reconoce su derecho al cargo policial sino tan sólo la condición de aspirante, ya que «la consolidación del derecho al cargo depende de la correcta valoración de las actividades desarrolladas en el período de prácticas a través de los cauces previstos reglamentariamente. Valoración que no puede ser sustituida por la apreciación que se pide a la Sala *por carecer las actuaciones practicadas de los elementos ilustradores necesarios para la formación del juicio requerido*». Ni rastro de tópicos ni de discrecionalidad técnica. En cambio, la de 3-10-89 (A. 6848), que resuelve un supuesto similar con el mismo fallo, sí alude a esta última, aunque afirma que se sujeta a los límites jurídicos generales. De cualquier modo, en estos supuestos no existía limitación de plazas, al ser ya el recurrente funcionario.

En cambio, la de 8-7-94 (A. 6478), dictada en interés de la ley, afirma que la sustitución, en las oposiciones, no es viable ni siquiera en caso de desviación de poder o arbitrariedad, en cuyo supuesto lo máximo que se puede obtener es la anulación. La desviación de poder o la arbitrariedad no fundamentan por sí mismas la sustitución judicial, ya que para esto último es preciso que el razonamiento jurídico permita, desde los datos disponibles, determinar cuál es la mejor solución.

(99) Contra, vid. la criticable sentencia de 17-12-86, antes citada.

(100) En todo caso, TARDÍO, *op. cit.*, pág. 178, matiza que la anulación muchas veces no será suficiente.

(101) «En aras del principio de economía procesal, no deban retrotraerse las actuaciones al momento anterior al que dicha propuesta se produjo... ya que el derecho fundamental vulnerado queda plenamente restablecido con la publicación de una nueva Orden Ministerial nombrando Secretario del Ayuntamiento de León al ahora demandante de amparo, que fue quien, de acuerdo con el baremo reglamentariamente establecido, obtuvo la mayor puntuación entre los aspirantes a dicha plaza.»

trataba de un caso en que a los baremos aplicables, de carácter reglado, se había superpuesto la facultad de la Corporación de elegir sobre la terna propuesta por la Comisión; de modo que el TC se limitó, en realidad, a aplicar el juicio de esta última en detrimento de la elección efectuada por el Ayuntamiento, que era de sentido justamente contrario. No se trataba, pues, de la sustitución del juicio de una Comisión sobre la aptitud de un funcionario, sino simplemente de hacerlo efectivo frente a un sistema de provisión de puestos de trabajo que lo relegaba a un segundo término (102). Pero, a pesar de todo, no podemos dejar de citar la sentencia, ya que revela la fragilidad del tópico de la insustituibilidad (103).

De cualquier manera, la STC 174/96, de 11-11, tras anular un acuerdo del CGPJ que negaba la concurrencia en el recurrente de la condición de jurista de reconocido prestigio a efectos del ingreso en la carrera judicial por el cuarto turno, añade que no cabía que en la sentencia de amparo se reconociera su derecho a ser nombrado magistrado, ya que ello debía hacerlo el CGPJ; de modo que se limita a retrotraer las actuaciones (104).

3. CRÍTICA: LA DIFICULTAD EXTREMA DE CONTROL COMO RAZÓN DE SER ÚLTIMA DE LAS LIMITACIONES AL CONTROL JUDICIAL DEL ACCESO, ASCENSOS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Lo que ocurre realmente es que, en estos casos, las ingentes dificultades que *de hecho* se plantean al control judicial hacen que las Salas se refugien en todos esos argumentos, que en realidad ocultan el miedo a juzgar sobre algo que desconocen (105). Sería mucho más lógico que nuestros

(102) Es cierto que, para determinados puestos —uno de cuyos ejemplos paradigmáticos puede ser precisamente el de autos—, las condiciones de aptitud no sólo pueden consistir en antigüedad, o en poseer determinados títulos académicos, o en haber realizado determinados cursos, sino también debe requerirse una idoneidad específica. Por ello, en parte es lógico un sistema como el que antes regía para estos casos.

Semejante sistema no es, *per se*, desde nuestro punto de vista, contrario a los principios de mérito y capacidad. La aptitud específica para un puesto de tales características forma parte de la capacidad que el puesto requiere. Pero ello no debe ser obstáculo para el pleno control judicial, cuando el mismo sea materialmente posible. En todo caso, el recurrente aducía que esta interpretación podía implicar en la práctica discriminaciones, ya que la aptitud concreta para un puesto de trabajo sólo se puede evaluar si se conoce personalmente a quien se presenta como aspirante a un determinado puesto; y ello resulta imposible si el funcionario ha venido ocupando una plaza en otra Corporación.

(103) En este sentido, PISAR, *op. cit.*, pág. 165.

(104) Ténganse en cuenta los límites del recurso de amparo. Además, en el caso de la STC 193/87, el asunto estaba muy claro y el TC pudo declarar el mejor derecho del recurrente. Pero, en el resuelto por la STC 174/96, el TC posiblemente desconocía cuáles eran los méritos de los otros concursantes.

(105) PISAR, *op. cit.*, págs. 154-155, afirma que esas dificultades no deben retraer al Tribunal, que debe esforzarse por contar con todos los elementos de juicio necesarios: «si es evidente, y así se prueba que la decisión de la Comisión no se atiene a los principios de mérito y capacidad y es igualmente posible probar cuál de los candidatos es el mejor, el Tribunal podría sin duda condenar a la Administración a llevar a cabo el nombramiento en favor de éste».

Tribunales trataran de efectuar un control completo de fondo; y que, llegado el caso —lo que ocurrirá casi siempre—, confirmaran la decisión de la Comisión por aparecer ésta dotada de un fundamento plausible y no haber aparecido, a lo largo del proceso, una solución mejor que la adoptada; en suma, por haberse agotado las posibilidades del razonamiento práctico —cuyos límites sólo los Tribunales pueden fijar en cada caso—. Debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba de cuál es la mejor solución corresponde al recurrente.

Así, se eliminaría la paradoja que se produce en determinados casos en que nuestros Tribunales —incluido el Constitucional— dejan de hecho infiscalizadas pruebas tipo test pese a admitir la corrección de algunas de las respuestas del recurrente calificadas como incorrectas —y que, en algunos casos, son decisivas—, o incluso se niegan a fiscalizar pruebas de nivel ínfimo sobre materias jurídico-administrativas, cuyo conocimiento por los miembros de la Sala es más que presumible.

Por lo demás, en estos supuestos están en juego dos derechos constitucionales dotados del máximo grado de protección: la tutela judicial efectiva y el acceso en condiciones de igualdad a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (106). Este último es, de acuerdo con el TC, un derecho de configuración legal, pero esta afirmación es relativa, ya que lo contrario produciría su desconstitucionalización. Por otra parte, una cosa es que estemos ante un derecho de configuración legal, y otra muy distinta que las Comisiones calificadoras puedan obviar —salvo casos flagrantes o desviación de poder— dicha configuración, lo que supondría no sólo saltarse la voluntad del Constituyente, sino también la del legislador.

Y, por lo que respecta a la tutela judicial, la misma se lesiona —diga lo que diga el Tribunal Constitucional— si nuestras Salas, sin explicación dotada de un mínimo de consistencia, limitan su enjuiciamiento del fondo del asunto; más aún, cuando en determinados casos *inadmiten* el recibimiento del pleito a prueba aduciendo la discrecionalidad técnica (107). Si no pueden efectuar de hecho un completo control por impedírsele los límites del razonamiento práctico, no deben sustituir la apreciación aparentemente razonable de la Comisión por la suya subjetiva; pero, para llegar a esa conclusión, deben apurar las posibilidades de ese razonamiento y, ade-

No obstante, no estamos de acuerdo con el autor citado cuando señala que, si no existen elementos probatorios suficientes, el Tribunal deberá aplicar el principio del *favor acti*. El fundamento del mantenimiento del acto en estos casos es otro: la interdicción de la arbitrariedad del Poder judicial. Los jueces y Tribunales sólo pueden dictar sentencias fundadas en Derecho; una sentencia que no lo esté es arbitraria. Si el razonamiento jurídico no es suficiente, en un caso concreto, para provocar la anulación del acto o su sustitución, esa anulación y esa sustitución no estarán fundadas en Derecho y, por tanto, serán arbitrarias.

(106) GARCÍA ALVAREZ, *La discrecionalidad...*, cit., pág. 444, señala acertadamente que la idea de discrecionalidad no se puede aplicar cuando hay derechos fundamentales en juego.

(107) PIÑAR MAÑAS, *op. cit.*, pág. 144.

más, decir cuál es la verdadera razón por la que no pueden efectuar de modo total su fiscalización (108).

En la línea aquí defendida, es conocida la sentencia de la extinta Audiencia Territorial de Valencia de 11-11-85, cuya doctrina, no obstante, fue declarada gravemente dañosa y errónea por la antes citada STS de 17-12-86. La Audiencia declaró que la recurrente era idónea para acceder al Cuerpo de profesores titulares de escuela universitaria (109). Se basó en las características de las pruebas de idoneidad, que, según la sentencia, suponen que los candidatos deben presumirse idóneos mientras no se pruebe lo contrario.

Asimismo, considera, frente al dogma de la competencia exclusiva de las Comisiones, que la Secretaría de Estado, al resolver el recurso administrativo, debería haber declarado la idoneidad de la recurrente; con lo que parece afirmarse que la exclusividad ni siquiera opera, en ciertas circunstancias, frente a los órganos administrativos (110). Se basó en que los artículos 93 y 119 LPA conferían al órgano que resolvía el recurso la competencia para conocer todas las cuestiones que se derivaran del expediente, así como en los principios de economía, celeridad y eficacia (111). Al no haber procedido así la Secretaría de Estado, la competencia pasaba a la Sala.

La sentencia se desprende así de tópicos como el de la insustituibilidad del juicio de las Comisiones. No se limita a anular el acto administrativo por la insuficiencia radical de motivación —que es lo que había hecho la Secretaría de Estado—, sino que, al considerar que existían datos suficientes para averiguar cuál era la única solución posible, condenó a la Administración al nombramiento.

Otra sentencia de la misma Sala, de 2-12-85, afirma algo similar, si bien la argumentación entronca de modo más claro con la naturaleza y finalidad de las pruebas de idoneidad; además, en congruencia con esto, establece una correcta doctrina sobre el reparto de la carga de la prueba en estos casos, siguiendo el modelo de la anterior (112).

(108) No faltan autores que tienen una opinión semejante a la nuestra. Así, SAINZ MORENO, *Conceptos...*, cit., págs. 244 y ss., cita a SCHMIDI-SALZER, para quien el control debe ser pleno, dado el derecho de los opositores y concursantes a que no se relativicen sus posiciones jurídicas. De este modo, se entronca el pleno control judicial de estos supuestos con el derecho a la tutela judicial efectiva.

(109) S. MUÑOZ MACHADO. «La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración», en *Homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2761 —en el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho español», en *Hacia una nueva...*, op. cit., pág. 63—, crítica esta sentencia y las que siguen su doctrina, con base en que la intromisión de los Tribunales en la discrecionalidad técnica va más allá de la función jurisdiccional. Por todos los argumentos expuestos más arriba, no podemos estar de acuerdo con esta opinión.

(110) Para FERNÁNDEZ PASTRANA, op. cit., pág. 133, la retroacción de actuaciones sólo será correcta si se nombra a una nueva Comisión; y añade que debería ser causa de recusación haber formado parte de una que haya juzgado a las mismas personas y cuya actuación se haya anulado judicialmente; y que los Tribunales pueden *ex Constituzione* declarar esa inhabilidad. Vid. asimismo TARDÍO, op. cit., pág. 33. Véanse, no obstante, SSTS de 9-12-86 (A. 7211), 11-2-86 (A. 7479), 13-3-87 (A. 1490), referentes a las pruebas de idoneidad.

(111) Véase TARDÍO, op. cit., pág. 21.

(112) A esta especial naturaleza se ha referido TARDÍO, op. cit., págs. 31-32.

Se pone así de relieve que no hace falta ningún término de comparación con los otros candidatos; la idoneidad de cada uno de ellos debe ser evaluada individualmente (113). Sólo cabe que un candidato sea idóneo o no lo sea, pero ello no depende de la mayor o menor idoneidad de los restantes participantes (114).

De la sentencia se desprende así que, en el caso de las pruebas de idoneidad, opera una presunción *juris tantum* de capacidad y mérito a favor de los candidatos, basada en los años pasados al servicio de la Universidad, situación consentida por ésta durante mucho tiempo. Además, al no existir limitación de plazas, habría que demostrar en cada caso su inidoneidad para poder ser excluidos. El hecho de que la Audiencia sustituyera el juicio de la Comisión en este caso demuestra qué es lo que hay por debajo de todos los tópicos al uso: el miedo de las Salas a equivocarse en cuestiones de extraordinaria dificultad, unido a los problemas prácticos derivados de la recalificación de los opositores debido a la limitación del número de plazas.

4. LA JURISPRUDENCIA RELATIVA AL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS PRUEBAS TIPO TEST

Hemos visto que la fiscalización jurisdiccional de las oposiciones suele ser más restringida que la de los concursos, por el sencillo motivo, aunque los Tribunales no lo digan, de que suele resultar más fácil el control en este segundo supuesto.

Sin embargo, ello no siempre es así. Concretamente, la valoración conjunta de determinados méritos, como los de carácter científico, suele ser bastante más problemática que el control de las pruebas tipo test. La proli-

MARTÍNEZ MORALES, *Las pruebas...*, cit., págs. 413 y ss., entiende que la sentencia es intachable, ya que se limitó a aplicar el artículo 632 LEC y dio de este modo más valor al criterio de los respectivos centros que al de las Comisiones. Asimismo, señala que este planteamiento fue posible debido a la naturaleza especial de estas pruebas, sin limitación de plazas y donde se presume el mérito y la capacidad.

(113) «Las pruebas de idoneidad reguladas en la DT y Orden anteriormente citadas se configuran como una suerte de concurso *sui generis* de finalidad claramente integradora de los concursantes en la categoría de profesores titulares o, conforme a los términos de la propia exposición introductiva de aquella Orden, para posibilitar el acceso a dicha categoría de todos aquellos investigadores que, de una forma continuada, vienen contribuyendo con su dedicación a las tareas universitarias, con especial vinculación a la Universidad y cualificación docente e investigadora, situación admitida por la Administración durante considerable número de años. Debe también significarse que el proceso previo de selección que supone la convocatoria pública de concursos de méritos y la falta de limitación de plazas a cubrir, refuerzan la especialidad de las pruebas de idoneidad tantas veces aludidas.»

(114) Así, la unidad de solución justa constituye en el caso de las pruebas de idoneidad mera aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, al no existir limitación del número de plazas. Y, si el candidato era idóneo, debía procederse al nombramiento. Eso es lo que hizo la Audiencia Territorial.

La falta de limitación en el número de plazas debe asimismo conectarse, de acuerdo con la STS de 3-2-87 (A. 561), con la consecvente ausencia de interés de los recurrentes en la posible exclusión de los que en principio habían sido admitidos.

feración de estas últimas en los tiempos recientes, si bien se debe a la razón fundamental de la masificación, también responde a las exigencias doctrinales de una mayor posibilidad de objetivación de las pruebas.

Debido a esto último, la jurisprudencia poco a poco ha ido progresando en esta materia, donde el control es algo más intenso, como regla general, que en otro tipo de pruebas de oposiciones. En efecto, es realmente raro que en éstas se declare la aptitud del recurrente, frente al criterio de la Comisión; sin embargo, cuando se trata de un test, en ocasiones los Tribunales dan por buena la respuesta del recurrente, aunque sin invalidar la considerada válida por la Comisión.

Esta línea jurisprudencial, sin embargo, es reciente. Han sido muchas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia —sobre todo, de la Sala de Murcia— anuladas por el Tribunal Supremo por seguir este criterio más progresivo, que finalmente, no obstante, ha calado en el mismo.

No obstante, es de hacer notar que, incluso antes de que esta nueva y progresiva doctrina fuera asumida por el Alto Tribunal, el mismo no siempre utilizaba el tópico de la discrecionalidad técnica o el de la insustituibilidad para eludir efectuar declaraciones de derechos en favor del recurrente, sino que muchas veces se basaba en razones de carácter procesal, referidas a las posiciones jurídicas de los terceros. En todo caso, aun en el momento actual, algunas sentencias siguen haciendo referencia a la discrecionalidad técnica para justificar restricciones en la fiscalización jurisdiccional de las pruebas tipo test.

De cualquier modo, el control de estas pruebas presenta en ocasiones ciertas dificultades. Las mismas se deben a dos motivos distintos. El primero es la complicación inherente a toda cuestión técnica, lo que, en el caso de las Ciencias naturales, se debe sobre todo a los constantes avances que en aquéllas se producen y a la falta de unanimidad en ciertas cuestiones; mientras que en otros campos, como la Ciencia jurídica, se deben sobre todo al carácter esencialmente opinable de muchas de las cuestiones suscitadas. El segundo de los motivos es la imprecisión en la formulación de algunas preguntas, o el carácter equívoco de las respuestas. En puridad, en estos casos se debería anular la pregunta; si no se hace, suele ser para no alterar la situación jurídica de quienes no son parte en el recurso (115).

(115) La STS de 27-4-90 (A. 3568), ante la alegación de que algunas preguntas se hallaban mal formuladas, tras afirmar que en este tipo de pruebas la comprensión del significado de la pregunta no puede aislarse de la respuesta, pasa a analizar si efectivamente aquéllas no estaban bien planteadas —si bien el examen que efectúa es gramatical—.

El TSJ de Navarra, en una sentencia después confirmada por la STS de 8-11-90 y la STC 353/93, tras afirmar que no se podía apreciar arbitrariedad alguna en la actuación de la Comisión, señaló que la interpretación de algunas de las preguntas no era unívoca y que se prestaban a confusión; e incluso añadió que «puede afirmarse que es muy posible que, más allá de toda duda razonable en la pregunta 82, ha de considerarse acertada la respuesta del opositor, y no la dada por buena por el Tribunal calificador». Esto significa que la Sala de instancia entró en el fondo del asunto, esto es, en el enjuiciamiento de la corrección en las respuestas dadas y de la claridad de las preguntas. Y no sólo eso, sino que reconoció que algunas de las preguntas estaban mal formuladas y que una de ellas, casi con toda seguridad, había sido bien contestada por el opositor, no obstante lo cual desestima el recurso, para evitar los problemas prácticos derivados de la recalificación de los opositores.

Esto es frecuente: se dan por buenas dos respuestas, en ocasiones para no alterar la situación jurídica de los opositores aprobados, pero en otras por entender que ambas son razonables, como ocurre en la STS de 29-7-94 (A. 6601).

En el control de las pruebas tipo test se pueden distinguir varias cuestiones. Una primera es la fiscalización del procedimiento, en lo que no entraremos (116). La segunda es la determinación de si las preguntas se hallan o no formuladas de un modo correcto. La tercera es el control de los concretos resultados. En relación con esto último, se plantean a su vez, desde un punto de vista teórico, varias posibilidades. La primera de ellas es que el control dé un resultado negativo, al entenderse correcta la apreciación administrativa. La segunda es la anulación judicial de alguna de las respuestas dadas por la Comisión. La tercera consistiría en la anulación de la respuesta de la Comisión y su sustitución por la que la Sala estima conveniente. Una última posibilidad sería la de aceptar como válida la respuesta de la Comisión y, además, otra que aquélla entendió incorrecta.

A su vez, esto último podría tener una doble razón de ser: o bien la consideración de que dos respuestas son a su vez válidas —lo que supone en realidad reconocer que el test se hallaba mal formulado, sin que ello conduzca a su anulación— o bien el entendimiento de que, si bien la respuesta de la Comisión no es correcta, no obstante, los Tribunales no pueden anularla. Esta última postura subyace a varias de las recientes sentencias recaídas en la materia, y supone, en realidad, la utilización de razones basadas en la división de poderes para limitar el control judicial; si bien es cierto que las mismas se entremezclan con la imposibilidad de alterar la situación jurídica de los terceros que no han sido parte en el proceso.

La jurisprudencia, en ocasiones, utiliza la cuarta opción. Sin embargo, nunca anula la respuesta dada como válida por la Comisión.

A continuación, analizaremos algunas de las sentencias recaídas en esta materia, distinguiendo según la doctrina contenida en las mismas. Los dos primeros apartados agrupan las sentencias según los argumentos que utilizan para justificar las restricciones al control jurisdiccional de las pruebas tipo test. En el primero, se estudian las referencias jurisprudenciales a la discrecionalidad técnica y los argumentos conexos con ella. En el segundo, incluimos aquellas sentencias que fundamentan las restricciones a la fiscalización judicial de las pruebas tipo test con base en argumentos de carácter procesal.

En el tercer apartado, comentaremos otras que se caracterizan por los resultados del control efectuado; concretamente, aquellas que acaban dando por válida la respuesta del recurrente.

(116) En relación con otro tipo de pruebas, la STS de 9-4-96 (A. 3227) afirma que la alteración en el orden de lectura de los ejercicios es una irregularidad no invalidante. Asimismo, señala que, en el caso de autos, atendidas las concretas circunstancias, también carecía de virtualidad anulatoria el hecho de que uno de los miembros de la Comisión no hubiera asistido desde el comienzo a la lectura del ejercicio de la opositora, dado que su intervención no había sido decisiva y que, además, cualquier duda podría haberse contrastado con el ejercicio escrito.

A) *Sentencias que apelan a la discrecionalidad técnica y otros tópicos al uso*

Existen casos en que el Tribunal Supremo, incluso en las pruebas tipo test, ha llegado a la conclusión de que sus resultados eran infiscalizables debido a la discrecionalidad técnica, la insustituibilidad y otros tópicos parecidos. Ello resulta absurdo, dado que los tests permiten de hecho un mayor control. Los Tribunales se basan en estos casos en razones puramente estructurales, y no cognoscitivas, para limitar su control; si bien estas razones se combinan con los problemas prácticos derivados de la recalificación de los opositores.

Una de ellas es la de 27-4-90 (A. 3568) (117). Esta, incluso, llega a considerar improcedente la prueba pericial en estos casos, con lo que se nos está diciendo que los Tribunales carecen de competencia para controlar las cuestiones técnicas. Esto contradice frontalmente el derecho a la tutela judicial, incluso si se parte de posiciones en principio restrictivas del control jurisdiccional. En efecto, si bien hemos visto que la STC 215/91, de 14-11, distingue el núcleo del derecho del artículo 23.2 de sus aledaños, constituidos por la cuestión técnica, es evidente que sin un examen de esta última difícilmente se podrá saber, salvo en casos excepcionales, si el mérito y la capacidad se han lesionado. Más aún, el artículo 43 LORU, que esta sentencia aplica, permite a las Comisiones de reclamaciones acudir a los dictámenes periciales —como hoy asimismo hace el artículo 13.3 del Real Decreto 364/95 en relación con los órganos administrativos calificadores—. Con mayor motivo podrán hacerlo, pues, los órganos judiciales.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8-11-90, después confirmada por la STC 353/93, se basa para desestimar el recurso, en primer lugar, en que no podía existir contravención al principio de igualdad de acceso a la función pública porque a todos los opositores se les había dado el mismo trato. Este argumento no nos parece correcto, ya que la igualdad debe conectarse con el mérito y la capacidad. Desde el momento en que se aprueba a un opositor que ha contestado a una pregunta decisiva de manera menos acertada que otro suspendido a causa de esa misma pregunta, la igualdad de acceso a la función pública según los principios de capacidad y mérito se ha vulnerado. Añade asimismo que

«no cabe duda sobre las limitaciones de la revisión jurisdiccional en cuanto afecta al contenido técnico de los ejercicios y en cuanto al acierto o desacierto del planteamiento y resolución de las preguntas formuladas en un cuestionario uniforme para todos tanto en su redacción como al baremo de valoración de las respuestas. Es más, *aun aceptando que se*

(117) Se trataba de la provisión de plazas de ginecólogos. El TS se basa en la discrecionalidad técnica de las Comisiones, que se plasma en el carácter vinculante de la propuesta; y añade que, por tanto, en estos casos los conocimientos carecen de trascendencia para la resolución del litigio.

produjo confusión en el planteamiento de una pregunta y error patente en la fijación de las respuestas señaladas como correctas para tres de ellas, no es posible concluir, aislando cuatro respuestas de un solo opositor, que esas anomalías justifiquen las pretensiones del recurrente, de que se le declare aprobado e incluido automáticamente en el número de plazas convocadas».

Aun aceptando que el TS conciba esos errores como pura hipótesis, lo dicho en el párrafo transcrito nos parece grave. En efecto, la Sala, aun en el caso de que existieran errores *patentes*, habría desestimado el recurso. No son, pues, razones cognoscitivas, que darían lugar en su caso al reconocimiento de un margen cognoscitivo de apreciación, sino unas supuestas razones de principio que la Sala tampoco explicita, las que justificarían esos límites a la revisión judicial. Lo criticable de la sentencia no es, pues, que desestimara el recurso —en la medida en que pudiera quedar alguna duda acerca de la corrección de la calificación efectuada por la Comisión—, sino que lo hiciera con base en criterios distintos de la mera dificultad de enjuiciamiento.

Es cierto que el error patente en la respuesta aceptada por la Comisión no da derecho sin más al recurrente a ser declarado apto, pero, en puridad, dicho error debería llevar a descontar la puntuación correspondiente de los codemandados. Además, el recurrente sí tendría derecho al cómputo de su respuesta si la misma hubiera sido la correcta; que lo tenga sólo él o también los demás depende de cómo interpretemos el artículo 86 LJCA.

La STC 353/93, de 22-11, confirmatoria de la anterior, afirma que la discrecionalidad técnica no supone exención del control, sino una simple modulación del mismo, cuya razón de ser es la presunción de acierto que acompaña a este tipo de juicios emanados de órganos especializados. Esta presunción, no obstante, se desvirtúa si se acredita «la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado». No obstante, la sentencia mezcla estos argumentos con el de la distinción entre cuestiones técnicas y jurídicas. Esto último no es compatible con la afirmación de que estamos ante una presunción *juris tantum* de razonabilidad, por cuanto ésta sólo podrá desvirtuarse enjuiciando la cuestión técnica (118).

En cualquier caso, algunos otros argumentos del TC son más plausibles. Así, alude —siguiendo a la Sala de Navarra— a que

«debido a las diversas interpretaciones de que son susceptibles los exámenes tipo test, el carácter esencialmente discutible de toda materia jurídica y la falta absoluta de precisión

(118) Da la impresión de que es la preocupación del TC de mantener el amparo dentro de sus justos límites la razón fundamental por la que sostiene una tan restrictiva concepción del derecho de acceso a las funciones y cargos públicos. Vid. STC 7/94, de 17-1.

de todo el lenguaje jurídico, el filo de las respuestas no era necesariamente unívoco, quedando por consiguiente sometido a la discrecionalidad técnica y al margen de apreciación del Tribunal calificador».

En este punto, pues, parece aludir a la dificultad de control que presentan supuestos como el enjuiciado, y que debe resolverse en el reconocimiento de un margen cognoscitivo de apreciación. Pero, como hemos visto, ese margen se funda en razones puramente cognoscitivas y sus límites son los del razonamiento jurídico, sin que suponga una pluralidad de soluciones justas. Y eso es incompatible tanto con la afirmación del TS de que si por hipótesis se hubiera demostrado el error, no obstante, la revisión judicial seguiría teniendo sus límites, como con el reconocimiento por el TC de la discrecionalidad técnica. Discrecionalidad técnica entendida en sentido tradicional y margen cognoscitivo de apreciación son conceptos incompatibles (119).

En otra ocasión, el recurrente había superado el primer ejercicio de las pruebas para oficiales de la Administración de Justicia. Sin embargo, en el segundo, consistente en una prueba tipo test, fue declarado no apto por haber alcanzado la puntuación de 66, siendo la mínima 67. Presentó así un recurso ante el Ministro, pese a entrar en el fondo, lo desestimó.

La Sala de instancia consideró que había existido error en la determinación de la respuesta acertada a una de las preguntas, de modo que la contestada por el recurrente había de entenderse correcta. Se basó para ello en que las apreciaciones de las Comisiones son revisables con base en la prueba pericial practicada por profesionales de igual o superior cualificación, prueba que entendió en el caso concreto innecesaria por versar los ejercicios sobre materias jurídicas.

El TS, en su sentencia de 8-10-93 (A. 7228), con base en la discrecionalidad técnica, estima el recurso interpuesto y le declara no apto. Se basó en que esa discrecionalidad técnica no se respetaría si se admitiera en estos casos la prueba pericial, ya que entonces el perito y el Tribunal sustituirían a la Comisión (120). Ya hemos visto que el propio Ministerio de Justicia parece ignorar el dogma de la insustituibilidad.

La STC 34/95, de 6-2, concluye que el recurrente había solicitado en vía contencioso-administrativa la declaración del error de la Comisión y su inclusión en la lista de aspirantes que habían superado las pruebas; y afirma que *aquél alegó y probó dicho error*. Sin embargo, añade que pedía además que

«la Sala tomase partido por la interpretación sostenida por la actora en cuanto a que la respuesta posiblemente más

(119) Sí puede ser atendible, por el contrario, la afirmación del TC de que «en momento alguno en las sentencias impugnadas se reconoce ni se estima acreditado que el recurrente en amparo debió obtener una puntuación superior a la de otros opositores incluidos en la lista de aprobados...».

(120) La STS de 30-9-93 (A. 6564) hizo exactamente lo mismo.

acertada es distinta de la que en su momento seleccionó la Comisión calificadora, computando como válida la respuesta por ella alegada, y diferenciándola del régimen de calificación por el que se regulan los demás opositores. *Esta solicitud excedía con mucho del control jurídico que incumbe realizar a jueces y Tribunales en virtud de lo antes expuesto, pues traería consigo la sustitución del criterio del órgano jurisdiccional al del órgano calificador. Por ello, no puede entenderse contraria al artículo 24 CE la resolución judicial que, consciente de ello y exponiéndose en esos términos, se abstiene de realizar un control de esa naturaleza».*

En esta sentencia aparece el argumento de la igualdad de trato entre todos los opositores, hayan sido o no parte en el proceso. No me parece que la situación de quien recurre haya de ser la misma que la de quien no lo hizo. En el apartado siguiente nos referiremos a esta cuestión.

Pero, además, y mezclado con esto, aparece la diferencia entre cuestiones técnicas y jurídicas, a lo que subyace la competencia cuasixclusiva de las Comisiones para efectuar el juicio técnico y la insustituibilidad de su juicio (121). Ello es grave en este caso, ya que el TC reconoce que el recurrente alegó y probó su error —lo que pudo decir sin necesidad de acudir a la prueba pericial, ya que se trataba de conocimientos jurídicos— (122).

La STC 34/95 adopta, no obstante, una interpretación de la noción de discrecionalidad técnica más razonable que las sostenidas en las SSTC 39/83 y 97/93. El TC afirma, en primer lugar, que de la CE se desprende una regla general de control máximo de la actuación administrativa, afirmación importante en la medida en que se refiere a la intensidad del control judicial. Sin embargo, añade que este principio tiene excepciones, como la discrecionalidad técnica, fundamentada en la especialidad de los órganos administrativos (123). Esto da pie a entender que la discrecionalidad técnica esconde en realidad esa especialización. Añade además, siguiendo a la STC 353/93, que aquélla supone una presunción *juris tantum* de razonabilidad, destructible por alguna de las causas enumeradas en aquélla.

Pese a que de modo evidente esta doctrina es mucho más progresiva que la de la sentencia 39/83, se sigue quedando corta, sobre todo desde el momento en que reconoce que el recurrente había alegado y probado el error de la Comisión y, no obstante, desestima el recurso. Esto implica que las razones por las que la sentencia se niega a efectuar un control pleno no son de carácter cognoscitivo.

(121) GARCÍA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 449, resalta que la insustituibilidad es el eje de esta sentencia; pero añade que, cuando el recurrente pide la sustitución, implícitamente también está pidiendo la anulación del juicio de la Comisión.

(122) Para G. GARCÍA ALVAREZ, *La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia...*, cit., págs. 434 y 450, en este caso lo controvertido era una simple cuestión de hecho; y de ahí que critique la sentencia que comentamos.

(123) Afirma asimismo que la ley puede, fundadamente, establecer excepciones a ese control máximo.

B) *Sentencias que esgrimen dificultades procesales para declarar el derecho del recurrente a ser declarado apto en una prueba*

La STS de 8-3-93 (A. 2108), siguiendo a la de 20-7-91 (A. 5614), afirma lo siguiente:

«1.º Que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma constante un amplio margen de discrecionalidad a los Tribunales calificadoros de oposiciones y concursos. 2.º Que los posibles errores en las respuestas a ciertas preguntas afectaron por igual, en su caso, a todos los opositores, lo que impide apreciar arbitrariedad dirigida a discriminar a alguno de ellos. 3.º Que incluso aceptando la existencia de error en la respuesta estimada como correcta para algunas preguntas, no es posible aislar y examinar exclusivamente su existencia respecto de un determinado opositor, sólo en cuanto a él y sin tener en cuenta el acierto o error en la respuesta a las demás preguntas.»

Desde nuestro punto de vista, la argumentación no resulta correcta. En primer lugar, porque no es necesario que exista una actitud arbitraria y con intenciones discriminatorias para que el acto sea contrario a Derecho. En segundo lugar, porque el examen aislado respecto de un opositor podría haberse soslayado citando en el proceso a los restantes en la misma situación. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que esas personas no recurrieron. Los que resultaron aprobados son los codemandados, a los que lógicamente debería afectarles la estimación del recurso (124). Esta afectación puede ser en dos sentidos: bien por ser anuladas algunas de sus respuestas, bien por computarse favorablemente alguna de las del recurrente.

Nuestro Derecho procesal, como hemos visto, no establece cauces adecuados para defender la situación jurídica de quienes no recurrieron pero que podrían verse positivamente afectados en caso de estimarse la demanda (125). Es decir, el Ordenamiento procesal vigente parece entender que

(124) La STS de 28-1-87 (A. 277), referente a las pruebas de idoneidad, señala que a los candidatos que habían previamente alcanzado la idoneidad no les alcanza la aplicación de los nuevos criterios producidos a raíz de una impugnación. La sentencia lo fundamenta en el hecho de que tales candidatos no recurrieron; no obstante, también debe tenerse en cuenta la ausencia de limitación de plazas.

Este último razonamiento es el contenido en la STS de 21-1-87 (A. 258), que añade la necesidad de que, en tal caso, hubieran sido emplazados todos los interesados; así como el de «las consecuencias perniciosas de orden práctico» que de otro modo se producirían, siguiendo a la STS de 19-12-86. Este último argumento creemos que debe conectarse con el principio de seguridad jurídica. De hecho, la sentencia también efectúa una expresa mención a este principio y al artículo 112 LPA —en la actualidad, art. 106 de la Ley 30/92—.

(125) En todo caso, todo dependerá, como hemos visto, de la posición que se adopte en relación con el plazo para recurrir los actos nulos de pleno derecho.

la situación de estas personas no es homologable a la de aquellas que sí recurrieron. Ya hemos visto que la única solución sería reinterpretar el artículo 86 LJCA; pero, *de lege ferenda*, haría falta un cambio. Sin embargo, la insuficiencia de las leyes procesales en relación con la situación de quienes no recurrieron no puede, evidentemente, perjudicar a quien sí lo hizo.

Por lo que respecta al aislamiento de ciertas preguntas, se trata simplemente de acomodar los poderes del Tribunal a las pretensiones de las partes. Si había personas disconformes respecto de otras preguntas, podrían haber recurrido. Incluso eventualmente podría haberlo hecho alguno de los aprobados respecto de las preguntas que les fueron calificadas negativamente; en todo caso, quizás estos últimos puedan esgrimir como motivos de oposición al recurso la existencia de preguntas calificadas positivamente al recurrente y, según los codemandados, mal contestadas. Pero habría que posibilitar la reconvencción en el proceso administrativo, como hemos visto, para que los codemandados pudieran obtener, en su caso, el cómputo de respuestas consideradas incorrectas por la Comisión.

De otra parte, la poca consistencia de estos razonamientos relativos a la recalificación de todos los opositores en caso de estimarse el recurso se avala por el hecho de que, en casos flagrantes, no parece reconocerse obstáculo alguno a la mencionada recalificación. Podemos al respecto citar la STC 117/96, de 25-6, estimatoria del recurso de amparo presentado contra otra del TSJ de la Comunidad Valenciana. En realidad, la estimación procedió por incongruencia lógica del fallo con la argumentación precedente, incongruencia que lo convertía en totalmente incomprensible. Pero la misma demuestra también lo que acabamos de señalar.

Se trataba de lo siguiente: en las bases de un concurso-oposición se establecía que para superar el primer ejercicio harían falta cinco puntos; y que, si el examen fuera un test, se descontarían 0,33 por cada respuesta incorrecta. Sin embargo, tras la celebración del mismo, la Comisión estableció que harían falta 37 puntos sobre 60 para aprobar.

La recurrente había acertado 37 respuestas y fallado 9, por lo que fue excluida por no llegar a 37 puntos. La Sala de instancia entendió que, en este caso, se habían vulnerado las bases, no obstante lo cual desestima el recurso por entender que, de haberse seguido el criterio de los cinco puntos, el resultado habría sido el mismo. Como lógicamente la traducción de cinco sobre diez cuando las preguntas son sesenta es de 30 puntos, el TC estimó el recurso por incongruencia de la sentencia y lesión de la tutela judicial, y ordenó la retroacción de actuaciones para que la Sala determinara la puntuación mínima requerida para superar el primer ejercicio.

Aunque el TC no lo hace directamente para no cometer exceso de jurisdicción, no obstante, de su sentencia se deduce claramente que con treinta puntos bastaba para superar el primer ejercicio, por lo que la recurrente debía ser considerada apta. Ahora bien, en el proceso intervinieron dos personas como coadyuvantes, aquellos que superaron el primer ejercicio. Pues bien, es evidente que, tras esta sentencia de amparo, el segundo ejercicio tendría que repetirse para que pudiera participar en el mismo la recurrente; o al menos habría que conservar las puntuaciones obtenidas por

los coadyuvantes y permitir a la misma la realización de la segunda prueba (126). En suma, la estimación del amparo tenía como consecuencia indirecta la alteración de la posición jurídica de los coadyuvantes, como no podía ser menos.

Es cierto que el problema mayor no radica en estas personas, sino en aquellos otros que, sin haber recurrido, eventualmente pudieran hallarse en la misma situación que la recurrente. La cuestión no se plantea en la sentencia del TC, pero son aplicables las consideraciones arriba señaladas. Posiblemente también influyó que se trataba de un caso de frontal transgresión de las bases de una convocatoria, y en que matemáticamente era imposible llegar a los resultados sostenidos por la Administración y ratificados por la Sala de instancia. Pero también es cierto que, en un caso en que no se plantean problemas derivados de la dificultad material de control, el TC olvida la problemática derivada de la alteración de la situación jurídica de los otros opositores.

C) *Sentencias que dan por válida la respuesta del opositor recurrente, aun sin anular la respuesta de la Comisión*

La STS de 29-7-94 (A. 6601) admite la validez de diversas respuestas, al ser razonables tanto la del opositor como la de la Comisión y negarse a sustituir el criterio de esta última.

Se trataba de una oposición para auxiliares de la Administración de Justicia. La recurrente había sido declarada no apta en el segundo de los ejercicios por haber contestado acertadamente 63 preguntas, cuando se requerían 64. La Sala de instancia entendió que una de las respuestas consideradas incorrectas por la Comisión era válida. El TS, tras declarar que sólo en caso de error evidente, manifiesto e inaceptable cabe entender que la Comisión no ha tenido en cuenta manifiestas condiciones de capacidad y mérito —lo que, añade, resulta más evidente en caso de pruebas matemáticas o numéricas—, puso de relieve que otra de las Comisiones había invalidado diez preguntas por estar mal formuladas o por exceder el nivel exigible. Pero, además, añadió —y esto es lo que aquí importa— que, si bien la respuesta dada por válida en la sentencia de instancia era correcta, la señalada por la Comisión podía entenderse aceptable, dado el nivel exigible y la discrecionalidad técnica de la Comisión. Esto es absolutamente contradictorio con la exigencia, antes formulada por el TS, de que el error de la Comisión sea manifiesto y evidente: si se produce un error de este calibre, el mismo no se puede considerar aceptable. Quizás el TS pretendió decirnos que, en caso de error patente, habrá que computar la respuesta del recurrente si la misma es la correcta, pero no anular la de la Comisión. Esto no es en absoluto lógico.

En todo caso, también podría entenderse que el TS saca a relucir la discrecionalidad técnica y afirma, por lo tanto, que hay que dar por buena

(126) Véase la STS de 10-2-92 (A. 935).

cualquier respuesta de la Comisión siempre que la misma sea razonablemente sostenible; además de la del opositor si la misma resulta ser *la correcta*. Según esta interpretación, se habría anulado la respuesta de la Comisión, con la consiguiente recalificación de los opositores, de haberse detectado ese error patente (127). Si así fuera, se estaría yendo más allá de lo afirmado en la STC 34/95, en la que si bien se señala que el recurrente alegó y probó el error de la Comisión, se entendió que no era contrario a la tutela judicial no computar como válida la respuesta del recurrente. Lo que no nos dice el TC es si habría lesionado, por exceso, la tutela judicial efectiva una sentencia como la de instancia, que había estimado el recurso. Tampoco dice qué habría pasado en caso de anulación de las respuestas de la Comisión.

Sin embargo, esta tesis ecléctica tampoco es satisfactoria. Si la respuesta de la Comisión es sólo *razonablemente sostenible*, pero no la correcta, ¿qué ocurrirá en el caso inverso, en que la correcta sea la dada por la Comisión, y la del opositor sea sólo razonablemente sostenible?

En todo caso, creo que gran parte de estas cuestiones se podrían ahorrar, en muchos casos, si simplemente se anularan las preguntas mal formuladas por admitir una pluralidad de respuestas válidas. Ahora bien, esta anulación debería afectar a todos los opositores. Dado que este tipo de ejercicios se corrigen por ordenador, no creo que en la práctica los problemas fueran tan graves. Sobre la problemática procesal, me remito a lo dicho más arriba.

Por su parte, la STS de 5-6-95 (A. 4870) llega a una conclusión semejante respecto de una de las respuestas impugnadas, pero no respecto de otra. Esta sentencia matiza la doctrina por la que acaba discurriendo la anterior, siendo un tanto más restrictiva en las posibilidades de declarar válida la respuesta del recurrente.

(127) La STS de 19-7-96 (A. 5734), frente al criterio de la de instancia, desestima el recurso y da por buena la respuesta de la Comisión. Para el TSJ, habrían hecho falta dos especificaciones para aclarar cuál era la respuesta correcta. El TS, tras considerar que la misma estaba clara —para lo que efectúa una interpretación de la misma, lo que estaba a su alcance por tratarse de conocimientos jurídicos—, desestima el recurso por cuanto la aceptada por la Comisión no constituía, a su juicio, un error manifiesto y evidente.

La sentencia efectúa alusiones constantes a la discrecionalidad técnica y la competencia exclusiva de las Comisiones, que, a su juicio, sólo cede en caso de error flagrante. En este caso, el supuesto error tenía su fundamento en una presunta mala formulación de la pregunta, lo que el TS desvirtúa efectuando para ello un análisis jurídico y lógico que no se detiene en la supuesta discrecionalidad técnica. Esto demuestra que los límites del error flagrante los marca el juez, lo que convierte aquella en un margen cognoscitivo de apreciación. Dicho de otro modo, el error flagrante es simplemente el error que la Sala detecta.

En todo caso, en relación con la otra respuesta impugnada, sí parece que se recurre propiamente a la discrecionalidad técnica, al hacerse referencia a la complejidad de los razonamientos empleados por la sentencia de instancia para desestimar el recurso. Por esta razón, podemos preguntarnos si el grado de fiscalización, más que del carácter jurídico o no de los conocimientos, dependerá de si lo impugnado es la respuesta o la formulación de la pregunta. Esto puede ser paradójico, si se tiene en cuenta que, como hemos visto, si la Administración tiene un cierto margen de opción técnica en estos casos, es en el momento de formular los ejercicios.

En efecto, el caso era del todo igual al resuelto por la STS de 29-7-94. La Sala de instancia, tras señalar las limitaciones al control de las oposiciones, aun en los casos en que los conocimientos evaluados sean jurídicos —salvo casos como el de pruebas matemáticas— (128), afirma que debe darse por válida la respuesta del opositor siempre y cuando la misma sea razonable, aun cuando no coincida con el texto de la ley, si el opositor entiende que la discordancia es deliberada. El TS corrige esta doctrina y entiende que sólo cuando exista una contradicción auténtica entre la ley y la respuesta dada por buena por la Comisión cabe dar por válida la contestada por el opositor. Así, entendió que en una de las respuestas impugnadas debía darse por buena la contestada por la opositora, dado que la misma se ajustaba a la ley y concurría un flagrante error en la dada por buena por la Comisión. Es decir, se exigen dos requisitos: que la respuesta de la Comisión sea flagrantemente errónea y que la del recurrente sea claramente la correcta, cuando en el supuesto resuelto por la sentencia anterior sólo se exige esto último para darla como válida.

En cambio, en relación con la otra respuesta, no se aceptó la contestada por la recurrente, dado que la Sala de instancia había entendido que la redacción de la dada por buena por la Comisión era errónea y a partir de ahí determinó, de entre las restantes, cuál era posible; lo que, a juicio del TS, entra dentro de la discrecionalidad técnica. Esta surge en el momento de la determinación de la respuesta correcta. Podemos preguntarnos si es que la respuesta correcta no estaba clara —en cuyo caso la pregunta debería haberse anulado por exceder del nivel exigible a los aspirantes a oficiales de la Administración de Justicia— o si es que, pese a ser evidente, el Tribunal Supremo no quiso señalarla por sí mismo debido a que, al no responder exactamente a la letra de la ley, la cuestión debía remitirse a la discrecionalidad técnica de la Comisión; lo que no tiene ninguna lógica en la medida en que la determinación de quién tiene que acceder a la función pública es siempre una cuestión jurídica.

La STS de 15-12-95 (A. 9621) afirma, en un caso de pruebas para auxiliares de la Administración de Justicia, que sólo en el caso de que manifiestamente se haya ignorado la capacidad o se hayan computado favorablemente respuestas equivocadas cabría proceder al control. En este caso, se consideró que no había error manifiesto ni evidente, ya que hacía falta razonar sobre diversas normas jurídicas, algunas de ellas de Derecho transitorio.

Si el opositor, en unas pruebas para el grupo D, efectúa unos correctos y complicados razonamientos sobre normas de Derecho transitorio, no se ve el motivo por el que esa respuesta no se le tenga que dar por válida. Podría pensarse que, tratándose de un test, lo más probable es que esa respuesta se diciera al azar. Pero esto no se puede presumir, sobre todo dada la situación laboral del país, que hace que muchos licenciados en Derecho concurren a este tipo de pruebas e incluso a otras de nivel inferior.

(128) Vid. asimismo STS de 15-12-95 (A. 9621).

En todo caso, si se computaron favorablemente respuestas equivocadas y la Sala no las anula, aun cuando dé por buena la del opositor, se está presumiendo en quienes las contestaron una capacidad y un mérito que no han acreditado. Es posible que estas personas hayan superado el ejercicio precisamente gracias a estas respuestas; y puede que el recurrente no llegue a superarlo, aun computándose la impugnada como válida, a consecuencia de la elevación de los puntos necesarios para superar el examen producida por la inclusión de los primeros entre los aptos. No es justo, y es además contrario a los principios de mérito y capacidad.

D) Conclusiones

En general, de esta nueva doctrina jurisprudencial podemos decir lo siguiente. En primer lugar, afecta de modo directo al alcance del fallo y sólo indirectamente a la profundidad del control, en la medida en que se sigue hablando de discrecionalidad técnica y de imposibilidad de fiscalización salvo en caso de error flagrante.

En segundo lugar, esto que acabamos de decir resulta paradójico. En efecto, el error flagrante, en pureza, debería conducir a la anulación de la respuesta, y no a su sustitución por otra, salvo que esta última resulte clara. Pero, además, para que se pueda dar la anulación, no hace falta que el error sea flagrante, sino que exista y sea detectado. La flagrancia es, por lo demás, un concepto de alcance subjetivo.

En tercer lugar, suponiendo que dos respuestas son razonables, habría que concluir que la pregunta está mal formulada, y anularla, por lo tanto. Esto sería lo lógico. ¿Por qué no lo hace el TS? Probablemente, por la misma razón por la que no anula jamás la respuesta dada por la Comisión: para no alterar la posición jurídica de los restantes opositores. Se trata, pues, de una razón procesal; aquí no hace falta acudir a la denominada discrecionalidad técnica. Lo que ocurre es que esa razón procesal no se halla bien fundamentada, como hemos visto al hablar de los problemas que plantea la recalificación de los opositores. A los aprobados es lógico que la estimación del recurso les afecte y que, por lo tanto, puedan ver anulada alguna de las preguntas; respecto de los que podrían verse favorecidos por lo dicho en la demanda, nos remitimos a lo señalado más arriba (129).

Además, al tratar de soslayar esos problemas de carácter procesal, el TS crea otros mayores. En efecto, computar como válida la respuesta del

(129) Pensemos que esos terceros que no recurrieron podrían verse favorecidos por la estimación del recurso, aun cuando no se les computara como válida la respuesta del recurrente, simplemente a consecuencia de la anulación de una de las respuestas señaladas por la Comisión, siempre y cuando estos terceros no la hubieran elegido. Pero esto sólo sería posible si, con carácter previo, no se hubiera establecido el número de respuestas necesarias para aprobar, lo que sería bastante lógico en caso de que el test fuera el último ejercicio —dada la limitación del número de plazas—. En todo caso, la seguridad jurídica exige, en el caso de los tests, la determinación previa del número de puntos necesario para superarlo, sobre todo si las respuestas equivocadas descuentan.

recurrente sin anular la de la Comisión no es viable cuando se trata del último ejercicio, ya que en tal caso el número de aprobados podría ser mayor que el de plazas convocadas. La única manera de evitarlo sería entender que las puntuaciones exigidas para aprobar deben ser más altas, lo que debería determinar la Administración en ejecución de sentencia (130). Pero entonces nos encontraríamos con que la misma puede haber perjudicado a personas que no fueron parte en el proceso; es decir, justamente el problema que se pretendía eludir, salvo que se haya emplazado a todos los que en principio habían sido aprobados, que es lo correcto. Además, parece una exigencia elemental el conocimiento previo por los opositores de los criterios de evaluación del test, sobre todo cuando las respuestas erróneas descuenten.

Y, si esta línea jurisprudencial se aplicara a los casos en que lo impugnado son los resultados de un ejercicio intermedio, salvo que se hubiera declarado judicialmente la suspensión de la celebración de las pruebas —lo que, en todo caso, obligaría a emplazar a todos los opositores hasta el momento aprobados en la pieza de suspensión—, los problemas prácticos serían igual de graves porque, dada la duración de estos procesos, lo normal será que las pruebas ya hayan concluido cuando se dicte sentencia.

En este caso, habría siempre que conservar las calificaciones de quienes habrían aprobado pese a los cambios producidos, por aplicación analógica de la doctrina establecida en las SSTC 67/89, de 18-4, y 93/95, de 19-6 (131).

Por último, la no anulación de las respuestas erróneas dadas por la Comisión, como hemos visto, puede provocar una clara infracción de los principios de igualdad, capacidad y mérito en la persona del recurrente.

(130) Para GARCÍA ALVAREZ, *La discrecionalidad técnica...*, cit., pág. 441, en caso de que a consecuencia de la sentencia el número de aprobados fuera superior al de las plazas convocadas, la Administración debería revisar de oficio la lista de aprobados, de la que en ningún caso, a su juicio, debería excluirse al declarado apto por la Sala, pese a que eventualmente podría tener menor puntuación que otros excluidos; lo que, por supuesto, entiendo inaceptable. A mi juicio, esto podría soslayarse entendiendo que la declaración de apto efectuada judicialmente está implícitamente condicionada a la eficacia del criterio de calificación utilizado en principio por la Comisión.

El autor propugna, para evitar estos problemas, reducir el control a una simple anulación; teniendo en cuenta que la Administración, al evaluar de nuevo a los opositores, estaría actuando en ejecución de sentencia.

(131) Estas sentencias ordenan la conservación de los nombramientos de quienes habrían aprobado sin necesidad de «mochila», después de haber anulado esta última.

Un remedio para evitar los problemas derivados de la recalificación podría ser dar opción a los opositores a volver a realizar el ejercicio o a conservar su calificación. Pero, si todos optaran por esto último, no se habría solucionado nada, dada la limitación del número de plazas. Además, en una prueba tipo test es difícil preservar la igualdad si las pruebas son distintas para unos y para otros.

De cualquier manera, pensemos que, si todos los opositores intervienen en el proceso, el único problema derivado de la recalificación consistiría en que el criterio de calificación tendría quizá que variar para respetar la limitación de plazas y el mandato de que los opositores incluidos en la propuesta no excedan del número de plazas convocadas. Pero éste no es propiamente un problema derivado de la recalificación. En efecto, si los criterios de evaluación deben ser públicos y previos, se podrían plantear problemas si, siendo el test la última prueba, de la aplicación de aquéllos resultara que el número de aprobados excede del de plazas convocadas.

Respecto de los opositores suspendidos que no recurrieron, si se entiende que en el caso de nulidad radical no se produce la excepción de acto consentido, la infracción de tales principios seguirá siendo asimismo jurídicamente relevante.

En todo caso, en todas estas sentencias, así como en la de 19-7-96 (A. 5734) (132), se contiene un párrafo que pudiera resultar clarificador: así, se afirma que, en caso de error evidente, al calificar *como correcta o incorrecta* alguna de las respuestas, resultaría permisible que los Tribunales concluyeran que de modo manifiesto se han ignorado las condiciones de capacidad y mérito del partícipe, o bien que se han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas. De aquí se puede concluir que, si el error ha consistido en considerar inválida la respuesta manifiestamente correcta del partícipe, el resultado debe ser su cómputo como válida; pero, si el error ha consistido en que se ha dado por buena una respuesta flagrantemente errónea, debe procederse a la anulación de la misma con efectos sobre todos aquellos que la eligieron.

Aun así, esta interpretación no deja de tener sus problemas. Pensemos que de modo manifiesto la respuesta del opositor es la correcta pero la de la Comisión es pasablemente razonable; en cuyo caso parece deducirse que, según esta jurisprudencia, habría que dar por buenas las dos. Pensemos en el supuesto en que las dos son pasablemente aceptables pero ninguna la correcta. ¿Qué hacer entonces? A mi juicio, en este último supuesto lo correcto sería entender que ambas respuestas son inválidas, pero de estas sentencias se desprende que habría simplemente que desestimar el recurso.

Por último, se da la paradoja de que si en las restantes pruebas de conocimientos, así como en el caso de los méritos de estimación valorativa, los Tribunales de justicia recurren a una serie de tópicos como la *discrecionalidad técnica*, la *insustituibilidad*, la *diferenciación entre cuestiones jurídicas y técnicas* o la *competencia exclusiva de las Comisiones calificadoras* para ocultar en realidad su miedo a efectuar un juicio erróneo sobre temas que ignoran, en el caso de las pruebas tipo test en las que se evalúan conocimientos jurídicos todos esos dogmas cobran fuerza por sí mismos, ya que tales pruebas son objetivables y las Salas poseen los conocimientos necesarios para juzgar por sí mismas los resultados sin acudir a peritos (133). La única razón sería que puede justificar esta actitud es la existencia de una serie de problemas debidos a las imperfecciones de nuestras leyes procesales y a la limitación de plazas, problemas que, sin embargo, no pueden afectar negativamente a quienes han recurrido conforme a aquéllas.

(132) Sentencia ésta que alude expresamente a la discrecionalidad técnica.

(133) Véase G. GARCÍA ALVAREZ, *La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pág. 434. Este autor añade que el TC parece confundir la actividad técnica de la Administración, que no se plasma en actos jurídicos que afecten a los particulares, y la llamada «discrecionalidad técnica».

