

**“LA INDEFENSIÓN DE LOS OPOSITORES Y LA IMPUNIDAD DE LOS
ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LAS PRUEBAS O EJERCICIOS ORALES DE
ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: HACIA UN CAMBIO NECESARIO E
IMPRESCINDIBLE”**

D. ROBERTO MAYOR GÓMEZ

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: Marzo 2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. EL CONTROL DE LOS EJERCICIOS ORALES POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

**3. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CARGA PROBATORIA Y LA
NECESARIA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LAS PRUEBAS O EJERCICIOS
ORALES**

4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En el artículo 61.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TRLEBEB) se prevé que las pruebas en los procedimientos de selección para el acceso al empleo público, para la comprobación de los conocimientos y la capacidad de los aspirantes, pueden ser efectuadas de forma oral. Así, el citado precepto expresamente señala que *“Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas”*.¹

En este sentido, suele ser una práctica habitual, especialmente en los cuerpos del Grupo A1, que en la convocatorias de los procesos selectivos de acceso al empleo público se

¹ En el mismo sentido, por ejemplo, el artículo 51.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha que reproduce literalmente lo dispuesto en el TRLEBEB.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

contemplan una o varias pruebas consistentes en la exposición oral de temas del programa designados a las suertes, o una prueba oral en lengua extranjera.² No obstante, ni en las bases de la convocatoria, tampoco en la práctica interna de los órganos de selección, se contempla la grabación o registro de estas intervenciones orales a diferencia de los ejercicios escritos cuya realización queda incorporada en el expediente administrativo.

En cualquier caso, parece que comienza a imponerse dentro de las propias Administraciones Públicas la necesidad de garantizar los mismos derechos a los opositores en este tipo de pruebas o ejercicios orales que, por ejemplo, en las pruebas escritas, y así precisamente en el ámbito estatal parece apreciarse el inicio de una tendencia favorable a la grabación de las pruebas orales realizada por los aspirantes ante el tribunal calificador, lo que supone un cambio trascendental en los principios inspiradores de esta modalidad de ejercicios, todo ello sin perjuicio de reconocer la existencia de antecedentes previos en el ámbito local, autonómico y universitario.

Así, en la reciente Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se convocan pruebas selectivas para el acceso a la subescala de Secretaría-Intervención de la Escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2015) tras indicar que las sesiones serán públicas, tanto en las lecturas de los ejercicios de la oposición como en el ejercicio oral, que es un criterio tradicional que se incluye en la práctica totalidad de los procesos selectivos con ejercicios o pruebas orales, se añade expresamente en el apartado 5.11 de las bases que *“Las sesiones del ejercicio oral serán grabadas en audio, debiendo el aspirante identificarse con nombre y documento nacional de identidad al comienzo de la grabación”*.

Igualmente, véase el novedoso e importante cambio normativo que se contiene en el artículo 18.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en octubre en vigor, en donde se prevé que *“Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.”*; añadiendo en su apartado segundo que *“Cuando se hubiese optado por la grabación de las sesiones celebradas o por la utilización de documentos en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado”*. En efecto, este precepto aunque utiliza una fórmula

² Así, entre otras, en las convocatorias de procesos selectivos en donde se exige la exposición oral de temas se pueden citar en el ámbito estatal: el Cuerpo de Abogados del Estado, Jueces y Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Letrados de la Seguridad Social, Notarios, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, Inspectores de la Hacienda Pública...; En la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la última convocatoria para el Cuerpo de Letrados se contemplaba también exposición oral de temas (Resolución de 12/08/2013, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se convoca el proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Letrados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DOCM núm.156, de 13 de agosto de 2013).

potestativa voluntaria, “podrán”, resulta esperanzador para que se generalice su uso en los tribunales de calificación de procesos selectivos, como también apuntan expertos juristas³.

Por otra parte, y como veremos, resulta ciertamente sorprendente que en ámbito del desarrollo de los procesos selectivos la jurisprudencia haya evolucionado y avanzado notablemente en el ejercicio de un control judicial real y efectivo de las pruebas de acceso al empleo público, y que sin embargo no se haya cuestionado de forma profunda uno de los aspectos que, sin duda, ha quedado sistemáticamente al margen de cualquier control o verificación judicial por parte los órganos jurisdiccionales constituyendo un auténtico “ángulo muerto” o “punto ciego” que puede generar una indefensión material, real y efectiva para los aspirantes en este tipo de procesos selectivos, y que potencialmente es susceptible de permitir y no enmendar conductas arbitrarias o que vulneren los principios de igualdad, mérito y capacidad por parte de los órganos de selección.

2. EL CONTROL DE LOS EJERCICIOS ORALES POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Es necesario partir de la base de los criterios jurisprudenciales reconocidos por los órganos judiciales en el control de la discrecional técnica por lo que vamos a extraer de forma resumida la doctrina básica, reiterada en las resoluciones judiciales, que constituye o configura la misma actualmente:

La evolución de la jurisprudencia ha terminado por distinguir dentro del control jurisdiccional de la actuación de valoración técnica de los órganos de selección y del proceso de acceso al empleo público, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”.⁴

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los denominados “aledaños”) integrarían, por un lado, aquellas actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar y fijar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a determinar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

³ Véase el blog www.contencioso.es, entrada de 14 de octubre de 2015, en donde su autor CHAVES GARCÍA, J.R, magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Galicia señala que: “Se zanja un frecuente caballo de batalla. Además se abre la vía para la grabación de las sesiones de todos los órganos colegiados, y entre ellos, los Tribunales de calificación con su importante fuerza demostrativa del acierto de la valoración. Nótese que las Actas solo reflejaban tradicionalmente los Acuerdos y las incidencias de interés, y si se graba, quedará huella de la totalidad de las deliberaciones

⁴ La anterior distinción está presente, entre otras, en la **STC 215/1991, de 14 de noviembre** (EDJ1991/10819).

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

Y esas pautas jurídicas tienen por objeto garantizar el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad, y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Un punto más en esta línea evolutiva de la jurisprudencia está representada por la necesidad de motivar el juicio técnico, para cumplir el mandato constitucional previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española relativo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.⁵

La fase final de la evolución jurisprudencial⁶ está constituida por la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada, y así resultaría exigible:

- 1º) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico
- 2º) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico
- 3º) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás

En todo caso, este control judicial es limitado puesto que la propia jurisprudencia reconoce que en la mayoría de los supuestos, salvo excepciones⁷, los órganos jurisdiccionales carecen

⁵ Así, por ejemplo, en la **STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002** (EDJ2007/70476) se declara que: “[...] como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate. [...]”

⁶ A estos efectos, se pueden citar, entre otras, los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales, **STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006**; sobre concursos de personal docente universitario, **STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004**; sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos, **STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004**; o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas, **STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012**.

⁷ En la **sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso, de 12 de junio de 2015, recurso 10/2015** se declara que: “En consecuencia, hemos de estimar el recurso y dejar claras las excepcionales circunstancias que apreciadas en su conjunto nos llevan a ‘levantar el velo’ de la inmunidad de la discrecionalidad técnica en este singular caso:

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

de conocimientos específicos para emitir un dictamen⁸, desde una evaluación puramente técnica, que revise los criterios exteriorizados por los expertos que forman parte de los tribunales de selección, dada cuenta la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los miembros de los órganos calificadores, lo que en principio implicaría respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico, arbitrariedad, desviación de poder, o vulnerador del principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas que exigiría que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos (artículos 14 y 23.2 CE).

En mi opinión, la cuestión relativa a la sistemática falta de registro o grabación de los ejercicios orales en los procesos selectivos debe encuadrarse dentro del control de los

a) Prueba escrita que deja huella de preguntas y respuestas (no se trata de un examen 'oral' con preguntas y respuestas espontáneas sin constancia detallada).

b) Prueba de contenido jurídico-administrativo teórico, contando la Sala con conocimientos y especialización sobrada para valorarlo (no se trata de una prueba práctica que admite distintas perspectivas o soluciones abiertas).

c) Prueba sobre tema jurídico-administrativo de contenido básico, teórico y común a manuales, temarios y libros, siendo sencilla la predeterminación de la respuesta correcta, con escaso espacio para la discrecionalidad de respuestas alternativas (no se trata de temas jurídico-administrativos científicamente controvertidos, doctrinalmente complejos, novedosos o sin enfoque unívoco).

d) Perspectiva de control del derecho de igualdad en cuanto al derecho a que el nivel de rendimiento exigido para el aprobado sea el mismo sin perversiones aplicativas a la baja.

e) Ausencia de motivación específica de la valoración del ejercicio de la reclamante, y resolución estereotipada de la reclamación.

En esas circunstancias se desvanece la presunción de aplicación de igual criterio de superación del segundo ejercicio por el Tribunal calificador, y apreciando la arbitrariedad en la aplicación del criterio de valoración, se alza en cambio la necesaria extensión del aprobado del ejercicio a favor de la recurrente, por evidenciar un rendimiento claro y notoriamente por encima del rendimiento e, por evidenciar un rendimiento claro y notoriamente por encima del rendimiento demostrado por al menos dos de los aspirantes aprobados demostrado por al menos dos de los aspirantes aprobados" (F.D. 6º).

⁸ Tratándose de cuestiones o materias estrictamente jurídicas ya se han dictado algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en las que los propios magistrados se adentran en la valoración o comparación de ejercicios, y así, puede verse en la **STS de 31 de julio de 2014, recurso 2001/2013**, o en la **STS de 31 de julio de 2014, recurso 3779/2013**, en las que se indica que: "[...]"*la comparación entre el ejercicio del actor y los de los aspirantes que éste señaló podía hacerla por sí misma la Sala porque el caso práctico que constituyó el objeto del segundo ejercicio de la fase de oposición versaba sobre una materia jurídica de las que conoce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y los integrantes de la misma estaban en condiciones de apreciar por sí mismos si existía o no la identidad afirmada por el Sr. Secundino desde el momento en que disponían de todos esos ejercicios".* La valoración de los méritos y capacidad de un opositor ya no es campo vedado a los Tribunales de Justicia ni la opinión del órgano calificador goza de la presunción de infalibilidad. En palabras de la primera de las Sentencias citadas "*una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que no sea absurdo su juicio y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado".*

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

denominados “aledaños”, exigiéndose como un aspecto reglado de la decisión, así que de la misma manera que se exige por los órganos judiciales que consten los criterios técnicos a aplicar a los aspirantes para su valoración ulterior, la nota asignada, anotaciones que motiven la calificación asignada...también debiera imponerse la exigencia de la constancia física del soporte audiovisual sobre cuya juicio técnico se han pronunciado los miembros del órgano de selección.

Además, no se puede obviar que en los concretos y limitados supuestos, anteriormente indicados, que permitirían una revisión judicial del “núcleo de la decisión”, únicamente sería posible realizarlo de forma real y efectiva si el órgano judicial dispone de la realidad de los hechos, esto es, del ejercicio realizado por el aspirante⁹.

En definitiva, solamente teniendo el órgano judicial acceso al soporte audiovisual del ejercicio expuesto puede estar el aspirante en condiciones de solicitar el control de aspectos reglados de la decisión (calificaciones emitidas, ponderación de las mismas...) y, en último extremo, si existió un error patente en la valoración de los ejercicios, aspecto este que, llegado el caso, sería susceptible de control por la jurisdicción aun cuando se reconozca a los órganos de selección el margen propio de la discrecionalidad técnica.

En este sentido, autores como Pérez Luque¹⁰ ya señalaban en su momento que uno de los grandes problemas de este tipo de ejercicios era la imposibilidad del opositor de poder demostrar que su exposición oral había sido correcta y suficiente para la superación de la prueba en aquellos supuestos en los que, por el contrario, el órgano de selección considerase al aspirante como no apto, en la medida que no queda constancia documental o gráfica de la exposición¹¹.

En igual sentido, GARCÍA-TREVIJANO señalaba que prueba oral tenía como principal defecto el no dejar rastro material, lo cual era un verdadero hándicap en caso de interposición de reclamación o recurso, aunque añadía que era un defecto *"que se puede y debe subsanar mediante la utilización de sistemas mecánicos que recojan las*

⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ ESPINAR L.C., en su obra *“El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”*, Revista jurídica de Castilla y León. n.º 26 enero 2012”, pág 254, declara que: [...]Para ello, siguiendo el camino iniciado por prestigiosos autores citados en el presente trabajo, consideramos que el único y eficaz remedio es invertir la carga de la prueba y del dogma de la «presunción de legalidad del acto administrativo», siendo la administración quien tenga que acreditar y justificar previa y detalladamente el interés público de su decisión, la realidad de los hechos sobre los que va adoptar la decisión, el cumplimiento de todos los principios generales del derecho (igualdad, proporcionalidad, etc.) y del contenido de las normas aplicables en cada caso”.

¹⁰ PÉREZ LUQUE, A., *“La selección de personal permanente de las Corporaciones Locales”*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2001, pág. 325.

¹¹ Véase igualmente la obra de LÁZARO ALBA, E. Y GONZÁLEZ BOTIJA, F. *“A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concurso: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas”*, REDA, núm. 127, jul-sept.2005, págs. 551-552.

*intervenciones, no sólo de las entrevistas, sino de las deliberaciones de los miembros del tribunal que afecten a la inclusión o exclusión de los aspirantes”.*¹²

Hay que tener en cuenta que la discrecionalidad técnica actúa respecto de la consecuencia jurídica pero no sobre el supuesto de hecho, de manera que los hechos determinantes en su existencia y características estarían al margen de la invocación de la discrecionalidad.

En definitiva, el órgano jurisdiccional tiene que poder controlar la exactitud de los hechos determinantes de la concreta actuación administrativa, en la medida que un posible error sobre los hechos invalidaría el ejercicio de la potestad, por lo que la prueba de la existencia del presupuesto objetivo, en el presente caso representado por la exposición oral del aspirante, debe figurar en el expediente administrativo.

Pues bien, sobre la dificultad de control de la evaluación de las pruebas orales, el propio **Tribunal Supremo, Sala 3ª, S 13-3-1991** ya destacó que: “[...] *Es preciso tener en cuenta que así como la práctica actual hace que las pruebas orales no sean reproducibles, lo que hace ineludible su publicidad, por el contrario las pruebas escritas permanecen en la posibilidad de ser revisadas y comparadas, lo que desde este punto de vista les da una garantía más intensa que las celebradas con publicidad, en forma oral*”.

De la lectura extractada de esa sentencia judicial se puede comprobar cómo se parte de un supuesto de hecho que ha cambiado, puesto que en aquel momento no existían medios técnicos aptos para la grabación de los ejercicios orales, como sí existen actualmente, y por otra parte se reconoce de forma explícita por nuestro Tribunal Supremo un aspecto que cualquier jurista puede apreciar y sobre el que insistiremos en el presente artículo: que con esa forma de actuación son menores, a mi modo de ver casi inexistentes, las garantías de control y revisión administrativa y judicial para los aspirantes en un ejercicio oral que en un ejercicio escrito.

De forma implícita, esta falta de control judicial en esta modalidad de pruebas de acceso a la función pública es también reconocido en la **sentencia del TSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 12-6-2015, nº 371/2015, rec. 10/2015**, cuando señala que *“En consecuencia, hemos de estimar el recurso y dejar claras las excepcionales circunstancias que apreciadas en su conjunto nos llevan a “levantar el velo” de la inmunidad de la discrecionalidad técnica en este singular caso: a) Prueba escrita que deja huella de preguntas y respuestas (no se trata de un examen “oral” con preguntas y respuestas espontáneas sin constancia detallada) [...]”*

Solamente con las sentencia judiciales anteriormente transcritas se podría formular un sencillo silogismo, puesto que si resulta evidente que si no registramos o grabamos las pruebas orales el aspirante de un proceso selectivo tiene menos garantías jurídicas y procesales que en otro tipo de pruebas (escrita, test, caso práctico...), y actualmente no existe ningún impedimento tecnológico para ello, concluiremos que resulta inexplicable o ilógico desde un punto de vista jurídico que no se adopten medidas para evitarlo.

¹² GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, III Vol. I, 1970, pág 519.

Una primera aproximación a la situación de indefensión jurídica que se genera en este tipo de procesos selectivos con pruebas orales se comprueba al realizar una búsqueda jurisprudencial de procesos selectivos en los que haya sido objeto de impugnación judicial un ejercicio o prueba oral, constatándose que son escasos los pronunciamientos judiciales en comparación con impugnaciones de pruebas tipo test, ejercicios escritos o supuestos prácticos, lo que a nuestro juicio puede suponer un indicio de la dificultad extrema a la que se enfrentan los aspirantes en estos casos que, en muchas ocasiones, lleva a desistir de su inicial voluntad de cuestionar la nota asignada por el tribunal calificador.

Pues bien, en los supuestos escasos y recientes en los que se ha planteado esta cuestión jurídica, los órganos judiciales continúan sin afrontar esta problemática desde un punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva sino que limitan desestimar cualquier alegación al respecto con diversos fundamentos formales¹³.

No obstante, también se pueden encontrar pronunciamientos judiciales recientes del Tribunal Supremo de los que se puede extraer la idea nuclear del presente artículo, que la inexistencia de la grabación o registro audiovisual de la exposición oral impide o limita a los aspirantes poder ejercitar en plenitud sus derecho, y puede implicar una insuficiente o inadecuada motivación de la actuación administrativa, y así, por ejemplo, se puede citar la fundamentación jurídica de la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 7-11-2011, rec. 1253/2009**,¹⁴ aunque es necesario aclarar que está referida a una entrevista

¹³ Así, por ejemplo, en la falta de previsión en las bases, como en la **sentencia del TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 2-7-2015, nº 200/2015, rec. 81/2014** donde un aspirante cuestionaba que en relación a la prueba oral no constaba en el expediente el soporte físico del mismo considerando que tendría que existir puesto que resultaría lógico con los medios actuales y como garantía para supuestos de contradicción y comparación, se resuelve que *“no existe ninguna base de la convocatoria que obligue al Tribunal Calificador a grabar los ejercicios orales y por tanto no existe fundamento legal para tal pretensión del demandante”*.

En la **sentencia del TSJ Castilla y León (Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 19-10-2007, nº 447/2007, rec. 195/1998** en la que también se cuestionaba la nota asignada en una prueba oral se reconoce que la imposibilidad de ejercer el control judicial concluyendo que *“[...]La anterior doctrina, toda vez que lo que se discute es la calificación obtenida en la fase de la oposición, a falta de prueba de los presupuestos de hecho que ampararían los medios de control que el ordenamiento permite, como quiera que lo que en definitiva pretende el actor es que se revise el juicio técnico emitido en la calificación oral, para así superar el total proceso selectivo, según sus planteamientos, se está en el caso de desestimar las pretensiones del actor.”*

Por su parte, en la **sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 14-10-2015, nº 868/2015, rec. 467/2014** se impugna la nota asignada en el ejercicio oral cuestionando también la ausencia de criterios de valoración, declarándose que *“no cabe sino estimar en este punto la pretensión del recurrente, y con retroacción de lo actuado, reclamar de los órganos de selección la exposición de los motivos y criterios seguidos para calificar en la forma que lo hicieron las pruebas del recurrente relativas al examen de la prueba A y la defensa de la unidad didáctica.”*

¹⁴ *“Según se ha dicho, la evaluación del bloque de Habilidades Sociales y Adaptabilidad debía hacerse a partir de una entrevista personal semi-estructurada a realizar en el último trimestre después de recopilar “el máximo de información de los distintos bloques de actitud” con el objeto de profundizar y contrastar la información global obtenida del alumno a lo largo del curso básico en virtud de*

oral, y que en las propias bases de la convocatoria se exigía la transcripción de la entrevista para que quedase constancia.

3. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CARGA PROBATORIA Y LA NECESARIA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LAS PRUEBAS O EJERCICIOS ORALES

Desde un punto de vista procesal es patente el desequilibrio probatorio del aspirante que, a mi modo de ver, le lleva a una absoluta indefensión en el ejercicio de sus derechos ante los órganos judiciales de la jurisdicción contenciosa administrativa afectando a su derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵, en la medida que al no constar el contenido material del ejercicio

escalas descriptivas definidas como autocontrol, capacidad verbal comunicativa, capacidad de relación interpersonal estructurada, adaptación social, adaptación al curso y actitudes globales. Y el punto 8.2 del protocolo establecido al efecto, decía que "la entrevista quedará transcrita y formará parte del expediente individual del Área de Actitud de cada aspirante". Tal como declara la sentencia, la entrevista realizada al Sr. Humberto no se transcribió.

Esta circunstancia impide al recurrente defenderse de la actuación administrativa que tiene por soporte la valoración formada de la forma indicada ya que no es suficiente la puntuación derivada de la entrevista, ni siquiera teniendo en cuenta las notas aclaratorias de la psicóloga ya que no hace referencia al caso del recurrente, sino que se limita a explicar la metodología seguida. Esa ausencia de referencias a la que en concreto se le hizo al recurrente la tuvo presente la Sala de Pamplona para inadmitir la prueba testifical propuesta por el Sr. Humberto y la pone de manifiesto el Gobierno de Navarra al defender la corrección de esa decisión procesal. En dicho informe, decía la Sala y reitera ahora la Administración, no había hechos. Pues bien, la falta de hechos, es decir, el desconocimiento de los términos en que se realizó la entrevista hace insuficiente la motivación consistente en la puntuación. En este sentido, hemos de recordar el criterio que venimos manteniendo al respecto y que se puede resumir diciendo que la calificación numérica asignada a un aspirante en un proceso selectivo no es motivación bastante cuando sea discutida por el interesado (sentencias de 18 y 2 de marzo de 2011 (casación 4278/2009 EDJ 2011/26055 y 3512/2008 EDJ 2011/34882) y las que en ellas se citan)" (fundamento de derecho sexto).

¹⁵ El Tribunal Constitucional, desde su **STC 39/1983, de 16 de mayo** (fundamento de derecho 4º), en igual sentido la **STC 219/2004, de 29 de noviembre de 2004** ha declarado que:

"La existencia de la discrecionalidad técnica "no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico". Pero aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de justicia en el control de esta actividad administrativa, también este

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

oral lo único que puede fiscalizar y valorar el órgano judicial son los elementos probatorios que hayan sido efectuados, en su caso, por los miembros del órgano de selección (criterios de evaluación, anotaciones, puntuación numérica asignada...) y siendo ello por tanto susceptible de protección a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ¹⁶. Hay que partir de la base que la propia jurisprudencia constitucional reconoce una presunción *iuris tantum*¹⁷ de certeza y razonabilidad de la actuación administrativa por lo que correspondería al aspirante la carga probatoria de desvirtuar aquella y acreditar la concurrencia entonces de alguna de las causas que la excluyen (desviación de poder, arbitrariedad, patente error...), lo que difícilmente, por no decir casi imposible, lo tendrá en supuestos como el aquí analizado en donde el material probatorio esencial, representado por el ejercicio o prueba oral realizada, no obra en las actuaciones por causas ajenas al aspirante e imputables al proceder de la Administración. ¹⁸

Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1 CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 97/1993, de 22 de marzo, y 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 5), que es, precisamente, lo que ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia ahora impugnada, dar por buena, sin más comprobación, la nota obtenida por el recurrente, sin realizar el control sobre la actuación de los órganos calificadoros en cuanto a la aplicación de la mencionada fórmula matemática. La argumentación que realiza el Tribunal al negarse a resolver la cuestión planteada invocando la discrecionalidad técnica de la Administración, vulnera el derecho a la tutela judicial del recurrente por denegación de justicia, ya que dicha alegación nada tiene que ver, ni afecta, a la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras del proceso selectivo."

¹⁶ En el **Auto del Tribunal Constitucional 327/1995, de 11 de diciembre de 1995** se dispone que: "*Tal tarea de control del ejercicio de las potestades administrativas, no obstante, pertenece al ámbito de competencia normal de los Tribunales ordinarios, y específicamente de los propios del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; si bien cabe estimar, no obstante, que la deficiente práctica de este control consistente, por ejemplo, en una completa omisión de la verificación de hechos determinantes de la posible desviación de poder, podrá constituir en su caso una vulneración del derecho a la tutela judicial y, como tal, susceptible de protección por este Tribunal por medio del recurso de amparo; máxime si pudiera afectar al ejercicio de otros derechos y a principios esenciales de nuestro orden constitucional, como la contribución de un partido político al ámbito del debate público. Sobre ello volveremos en el siguiente fundamento jurídico, para descartar que tal control no existiera en el caso aquí debatido, pero su incardinación en el ámbito del principio de igualdad no es posible, al no existir discriminación de ningún género en la regla que fundamenta la sanción, como tampoco desigual aplicación de la Ley por el órgano judicial revisor de la potestad administrativa."*

¹⁷ MUÑOZ MACHADO, S., en el "Tratado de Derecho administrativo y derecho público general", vol 1, 2ª ed. Iustel, Madrid, 2006, pág.571, declara que es cierto que se reconoce una presunción de certeza en la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos administrativos, pero se trata de una presunción *iuris tantum* que cabe desmontar si la decisión técnica se funda en patente error, debidamente acreditado por la parte que la alega.

¹⁸ En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2004, de 10 de mayo de 2004** se declara que: "*Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de subrayar que "ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica" (STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Y es que "debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese 'prudente y razonable' arbitrio, nunca 'excesivo' (STC 48/1998; FJ 7.a), 'las modulaciones que*

No obstante, a mi juicio, debiera explorarse y analizarse en profundidad por la doctrina administrativista, y también por los órganos judiciales, si realmente en los procesos selectivos en los que se cuestiona la nota asignada a un aspirante, específicamente en aquellos supuestos que implican no superar o no poder continuar el proceso selectivo, nos encontraríamos ante un supuesto que al afectar de forma gravosa y negativa a la esfera del aspirante resultaría más semejante a aquellos casos en los que se ejercita un “ius puniendi” por la Administración, procedimientos sancionadores o disciplinarios por ejemplo, lo que a efectos probatorios implicaría una inversión de la carga probatoria establecida y comúnmente aceptada para estos supuestos, correspondiendo a la Administración acreditar los hechos, esto es la calificación de no apto, que justifican la actuación administrativa, y por tanto sería la propia Administración la principal interesada en la grabación y archivo de los ejercicios o pruebas orales al ser el sustento de la decisión adoptada.

Por otra parte, la transparencia administrativa, que se haya expresamente contemplada en la normativa administrativa¹⁹, se configura como un pilar esencial en el ámbito de los procesos selectivos de acceso al empleo público, en la medida que aquella se configura como un mecanismo que permite a la ciudadanía en general y a los aspirantes, en particular, tener un conocimiento pleno de la actuación administrativa, en este caso del desarrollo de un proceso selectivo, y por tanto poder ejercer un control real sobre dicha actuación, lo que ayudaría a legitimar a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades públicas²⁰.

encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una "presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación". Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla 'si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado', entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993)' (STC 34/1995, FJ 3)" (STC 73/1998, de 31 de marzo, FJ 5)."

¹⁹ Véanse el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y los artículos 1.3, 20.2; 33; 52 y 55.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁰ En este sentido, esta es una posición defendida en la tesis doctoral titulada “Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, Granada (2013), en donde FERNÁNDEZ DELPUECH, LUCIA, págs. 746 y 747, señala que: “Además, en el ámbito de los exámenes orales, y como indica también el citado autor, la discrecionalidad técnica del órgano de selección alcanza sus mayores cotas, siendo muy complicado después ejercer un control judicial sobre la calificación asignada. No ya solamente por virtud de la doctrina de la no revisabilidad de las decisiones adoptadas en virtud de discrecionalidad técnica, sino porque, en la valoración de una exposición oral, siempre existirá un margen razonable de apreciación del órgano de selección. En definitiva, la transparencia resulta aún más necesaria si se defiende la discrecionalidad técnica del órgano de selección, ya que la puntuación asignada por éste deviene irrevisable y, por tanto, puede aumentar el riesgo de comisión de favoritismos e injusticias amparadas en la opacidad. Además, el anonimato no es posible garantizarlo en los exámenes orales, ya que los miembros del órgano de

Por tanto, además de lo ya expuesto en los apartados anteriores, otro argumento a favor de la grabación o archivo de las pruebas o ejercicios orales, estaría representada por el cumplimiento con los principios rectores de la transparencia administrativa²¹ que se considera que debieran resultar igualmente invocables y por tanto aplicables en los procesos selectivos cualesquiera quiera que fuera el tipo o modalidad de ejercicio o prueba prevista.

4. CONCLUSIONES

A mi modo de ver, resulta imprescindible que por las Administraciones Públicas se tome conciencia del problema analizado y aquí tratado, que no tiene solamente una vertiente jurídica como hemos visto, en la medida que puede llegar a restar credibilidad o generar una sombra de sospecha en los procesos selectivos de acceso al empleo público con ejercicios o pruebas orales, y por tanto afectar a la legitimación de las Administraciones Públicas y por extensión a todos los empleados públicos que trabajan en ella.

Considero que desde un punto de vista jurisprudencial la cuestión relativa a la sistemática falta de registro o grabación de los ejercicios orales en los procesos selectivos debe encuadrarse dentro del control de los denominados “aledaños”, por lo que de la misma manera que se exige por los órganos judiciales que consten los criterios técnicos a aplicar a los aspirantes para su valoración ulterior, la nota asignada, anotaciones que motiven la calificación asignada...también debiera incluirse la exigencia de la constancia física del soporte audiovisual sobre cuya juicio técnico se han pronunciado los miembros del órgano de selección.

Además, solamente si el órgano judicial dispone de los parámetros o elementos necesarios, que en este caso están representados por el ejercicio realizado por el aspirante, se puede controlar realmente la legalidad de la actuación administrativa y en su caso, al menos teóricamente y en los casos actualmente reconocidos por la jurisprudencia, permitir una revisión judicial real y efectiva del “núcleo de la decisión”.

selección ven al candidato. Por todas estas razones, el carácter público del examen oral es esencial. Dicho carácter público, actualmente, consiste en que cualquier ciudadano pueda estar presente en la realización de dicho examen. Ahora bien, el principio de transparencia administrativa y el derecho de los participantes en el proceso selectivo a acceder al expediente administrativo, hace totalmente imprescindible que quede constancia de la realización de los exámenes orales y que la misma pueda ser visualizada por los participantes del proceso selectivo. Y esta exigencia resulta posible porque los medios tecnológicos actuales lo permiten, tal y como sucede ya en el ámbito judicial, donde se deja constancia en documento audiovisual de los juicios celebrados. Por tanto, hoy en día cualquier órgano de selección se halla en disposición de registrar audiovisualmente la celebración de los exámenes orales, y archivarlo informáticamente, incluso "colgarlo" en la correspondiente página Web, para su visualización por el resto de participantes en el proceso selectivo. Y, obvio es, que en revisión, cabe el visionado de esos archivos. Por tanto, el análisis a posteriori de la exposición oral realizada por los opositores es físicamente tan posible como el análisis de los exámenes escritos.”

²¹ Véase el artículo 5 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

A través de este artículo no se pretende cuestionar la labor de los órganos o tribunales calificadores, sino tratar de argumentar y razonar jurídicamente los motivos para considerar que en el supuesto de ejercicios o pruebas orales su actuación debe ser igual y plenamente fiscalizable por los órganos judiciales, si es cuestionado en su legítimo derecho por un aspirante, y ello únicamente puede hacerse si se dispone del material audiográfico de la exposición.

Personalmente no me cabe ninguna duda sobre la integridad, objetividad y profesionalidad de los miembros integrantes de los órganos o tribunales calificadores, pero la existencia de lo que hemos calificado como “ángulo muerto” o “punto ciego”, al no existir ninguna constancia del contenido de la prueba realizada por un aspirante en una prueba o ejercicio oral, puede generar una sombra de sospecha “ad extra” sobre la actuación o conducta del tribunal que debe ser completamente desterrada en aras de la transparencia y del derecho a la tutela judicial efectiva real de los propios aspirantes y de su legítimo derecho a cuestionar, con plenitud de garantías, la nota o calificación asignada.

Actualmente, con los medios técnicos disponibles no hay ningún impedimento, salvo una aparente e inexplicable falta de voluntad, para proceder a grabar o registrar audiovisualmente la celebración de los exámenes orales de los aspirantes lo que permitiría dejar constancia, como acontece en los ejercicios escritos, del contenido de la prueba realizada para su eventual impugnación ante los órganos judiciales, y evitar generar así un manifiesto desequilibrio probatorio que conduce necesariamente a la indefensión del aspirante en la práctica totalidad de los supuestos.

Incluso, a mi modo de ver, en una etapa como la actual en la que se está apostando decididamente por la transparencia pública de las Administraciones Públicas sería igualmente deseable que fuera objeto de grabación o registro, formando por tanto parte del expediente administrativo, no solamente el ejercicio oral de cada aspirante “stricto sensu” sino también todas las sesiones deliberatorias de los órganos de selección, lo que sin duda contribuiría a generar mayor confianza en la rectitud e integridad del proceso selectivo (posibilidad que se contempla en el artículo 18.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigor en octubre).

Por otra parte, debiera adaptarse el reconocimiento generalizado y tradicional en las convocatorias de las sesiones públicas de las pruebas orales a las posibilidades tecnológicas actuales, que permitirían sin gran complejidad la opción de acceso a tiempo real a la exposición de los aspirantes por cualquier ciudadano (por ejemplo a través de la tecnología de streaming). Igualmente, sería deseable que las grabaciones de las pruebas orales estuvieran, al menos durante el proceso selectivo en curso, accesibles a todos los aspirantes quienes, por ejemplo, podrían acceder a una plataforma donde se insertaran todos los ejercicios orales realizados por todos los aspirantes con una clave o contraseña.

Al igual que hemos indicado que no existe ningún motivo que justifique que un aspirante deba tener menos garantías en la revisión e impugnación administrativa y judicial de un prueba escrita que una prueba oral, también se debiera hacer un replanteamiento sobre si también resultaría exigible las mismas condiciones de anonimato requeridas en las pruebas

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

escritas, por ejemplo disociando la identificación nominativa del aspirante con un número correlativo asignado que es el que conocería el órgano o tribunal de calificación.

Para finalizar, hay que tener en cuenta que las propuestas expuestas pueden ser implementadas por las Administraciones Públicas sin necesidad de ningún desarrollo normativo, y sin ningún coste económico, a través de una autorregulación o códigos tipo aplicables a todos los procesos selectivos con pruebas o ejercicios orales, lo que ayudaría a fortalecer las garantías jurídicas de los aspirantes, y la transparencia en los proceso selectivo de acceso al empleo público.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAVES GARCÍA, J.R., *“Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia”*, Editorial Reus S.A, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *“Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público”*, Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ ESPINAR L.C., *“El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”*, Revista jurídica de Castilla y León n.º 26, Valladolid, enero 2012.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, III Vol. I, 1970, pág 519
- LÁZARO ALBA, E. Y GONZÁLEZ BOTIJA, F., *“A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concurso: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas”*, REDA, núm. 127, julio-sept, 2005.
- MARTÍN MORENO, J.L., *“El control de las oposiciones y concursos en el Estado Constitucional”*, Liberlex, 2007.
- MILANS DEL BOSCH, S., *“Aspectos controvertidos del derecho de acceso a la función pública: la discrecionalidad técnica y la aplicación de los coeficientes correctores en los procesos selectivos con varios tribunales evaluadores”*. Libro: Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2014. Civitas, 2014.
- MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho administrativo y derecho público general”*, vol 1, 2ª ed.lustel, Madrid, 2006.
- PARADA, R. y FUENTETAJA, J., *“Derecho de la Función Pública”* (2ª edición). OPEN Ediciones Universitarias, S.L, Madrid, 2014.
- PÉREZ LUQUE, A., *“La selección de personal permanente de las Corporaciones Locales”*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2001.
- TARDIO PATO, J.A., *“Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones, y exámenes académicos”*, Civitas, Madrid, 1986