

LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: UN VIEJO FANTASMA QUE SE DESVANECE

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Catedrático Emérito,
Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO: I. La doctrina tradicional. II. Discrecionalidad técnica no, valoraciones técnicas. III. No valen puntuaciones, sino buenas razones. IV. ¿Es posible la sustitución? V. Ya solo queda el nombre. *

RESUMEN: Se estudia la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos siete años, que ha rectificado la anterior doctrina de la discrecionalidad técnica que postulaba la exclusión del control judicial de las calificaciones de los exámenes y de las pruebas de aptitud e idoneidad profesional por tratarse de juicios técnicos que los tribunales no pueden criticar y, menos aún, corregir. La nueva jurisprudencia exige expresar las razones, no meras puntuaciones, y no duda en sustituir, incluso, los juicios emitidos cuando sea evidente su error.

I. LA DOCTRINA TRADICIONAL

Como la mala hierba, que brota y rebrota año tras año y no hay modo de desarraigar definitivamente, así pervive en nuestra cultura jurídica el viejo y ominoso fantasma de la discrecionalidad técnica, un auténtico oxímoron, que proclama en el sustantivo inicial una libertad de decisión que el adjetivo que lo acompaña niega, porque un técnico, sea cual sea su especialidad, es, en cuanto tal, esclavo de la técnica que maneja, que puede, ciertamente, no ser unívoca, pero que en absoluto le otorga la libertad de apartarse de ella porque, si llegara a hacerlo, dejaría de ser un técnico y se convertiría pura y simplemente en un político¹.

El asunto es muy serio porque la apelación a ese falso concepto no es inocente, ni mucho menos, ya que pretende excluir *a limine* todo posible control

* El presente constituye una nueva publicación, con modificaciones menores de neto orden editorial y expresa autorización del autor, del que fuera publicado en *Revista de la Administración Pública*, N° 196, Madrid, enero-abril 2015, ps. 211-227.

¹ Así lo califican ENRIQUE y RICARDO RIVERO en “¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (COORD.), *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón*

jurisdiccional de las decisiones a las que se aplica, con la consiguiente indefensión de los destinatarios de las mismas.

Lo curioso del caso es que esa exclusión del control judicial de los actos administrativos que expresan un juicio técnico o se apoyan en él nunca se ha predicado de todos los juicios de ese tipo, sino solo de una especie concreta de ellos: los juicios pedagógicos y las declaraciones de aptitud o idoneidad profesional².

¿Son acaso más técnicos este tipo de juicios que los que se traducen en la fijación del justiprecio de una concesión de transportes o de una finca agraria de regadío? ¿Requieren una especialización mayor que la necesaria para decidir si un inmueble se encuentra en situación de ruina? Es evidente que no. En muchas ocasiones, incluso, la especialización técnica requerida para calificar los ejercicios integrantes de las pruebas selectivas para el ingreso en ciertos cuerpos de funcionarios es sensiblemente menor que la necesaria en esos otros casos. ¿Por qué entonces se apela a la discrecionalidad técnica cuando se trata de calificar ejercicios o exámenes y, en cambio, se resuelven con toda naturalidad *desde siempre* los recursos que se plantean contra el justiprecio de los bienes objeto de expropiación? La respuesta es muy simple: porque también *desde siempre* se ha proclamado la *soberanía (sic)* de los tribunales y comisiones juzgadores de oposiciones y concursos, lo que no se ha hecho nunca ni con el antiguo tercer perito ni con los actuales jurados de expropiación³. La apelación a la discrecionalidad técnica de aquellos tribunales y comisiones es simplemente un modo más fino de decir lo mismo sin incurrir en el *ex abrupto* de afirmar ni más ni menos que la soberanía de un simple órgano administrativo, afirmación que hoy sonaría a sacrilegio⁴.

Tengo que admitir por supuesto, que esta respuesta, aunque cierta, no lo dice todo y que todavía permite un nuevo porqué. La explicación última está, sin duda, donde la situó EVA DESDENTADO DAROCA en su excelente estudio sobre la discrecionalidad técnica, de 1997⁵, en el que, tras ir descartando uno a uno de

Fernández, Vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012, p. 2063 y ss.

2 A este asunto me referí ya en mi trabajo "Arbitrariedad y discrecionalidad", en el *Libro Homenaje al Prof. E. García de Entrerría. Estudios sobre la Constitución Española*, III (MARTÍN-RETORTILLO, S. coord.), Civitas, 1991, hoy recogido en mi libro *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed., Civitas, 2008, p. 40 y ss.

3 Vid. SERRANO GUIRADO, E., *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, IEP, Madrid, 1956.

4 La misma "soberanía" se ha predicado de los tribunales en la valoración de la prueba. Sobre ello, críticamente, mi discurso académico *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial* y la contestación al mismo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.

5 *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, 1997. Sobre este tema y desde la perspectiva de un teórico del Derecho debe verse también el muy notable estudio de IGARTUA SALAVERRIA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas-IVAP, 1998.

forma incontestable los argumentos que alternativa o acumulativamente se han esgrimido para intentar justificar la limitación del control judicial de las decisiones de los tribunales y comisiones de oposiciones y concursos, apunta con elegancia a un criterio de racionalidad económica, esto es, a un propósito decidido de evitar que los tribunales de la jurisdicción tuvieran que dedicarse “a corregir, por sí o con ayuda de los correspondientes informes periciales, la mayor parte de las oposiciones y concursos que se celebran en España”⁶.

La falta de fundamento real de esta doctrina de la discrecionalidad técnica es tan notoria, y tan chirriante la diferencia de trato que supone su aplicación a las calificaciones de exámenes y juicios de idoneidad profesional con respecto a otros juicios técnicos habituales que con toda naturalidad son sometidos a escrutinio por los tribunales y rectificadas, incluso, por éstos, que fue particularmente lamentable que el Tribunal Constitucional viniera inopinada e innecesariamente a respaldarla en su Sentencia de 17 de mayo de 1983, en el momento más inoportuno, además, justo cuando el artículo 24 de la Constitución poco antes promulgada parecía haberla descartado al proscribir categóricamente todo tipo de indefensión⁷.

Así fue, sin embargo, y aunque más adelante el propio Tribunal Constitucional matizó su posición primera⁸, no cabe duda de que ese posicionamiento inicial sofocó la evolución de la jurisprudencia contencioso-administrativa a la que apuntaba decididamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985⁹.

La doctrina de la discrecionalidad técnica y su aplicación a este tipo de valoraciones se ha prolongado así prácticamente hasta estos mismos días, como

6 Apelando a las enseñanzas del moderno análisis económico del Derecho, que suavizan la crudeza de la explicación que ofrece la Sentencia de 4 de marzo de 1995, vid. DESDENTADO, op. cit., p. 148 y ss.

7 Vid. el comentario de la Sentencia de COCA VITA, E., “Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica”, en *Revista de la Administración Pública*, Vol. II, Nº 100 102, p. 1039 y ss.

8 Vid. COCA VITA, E., “También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales”, en *Revista de la Administración Pública*, Nº 108, p. 205 y ss.

9 Merece la pena recordar aquí que la Sentencia, que confirma la apelada, considera necesario “matizar la afirmación en aquella contenida referente a remisión de la Sala sentenciadora a los juicios técnicos del Tribunal calificador, pues, entendida dicha afirmación en su sentido literal conduciría a la incorrecta conclusión del sometimiento del Juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo (...) lo que implicaría grave quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal calificador (...) razones que inducen a atribuir a la afirmación de precedente cita el sentido de apreciación de suyo análoga (art. 4.1 del Código Civil) a la de los dictámenes periciales no vinculantes para el Juzgador y sometidos a la sana crítica (...) tales apreciaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar para que, en definitiva, el Juzgador pueda pronunciarse en valoración conjunta de la prueba y con arreglo a criterios lógicos...”.

lo prueba la Sentencia de 21 de julio de 2009, que ante un problema de denegación del acceso excepcional al título de médico especialista en pediatría insiste en la tesis tradicional de que “en cuestiones que se han de resolver por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración” el control encuentra límites porque ese juicio “escapa por su propia naturaleza al control jurídico», a menos que “la valoración haya incurrido en error ostensible y manifiesto o en arbitrariedad” y “no alcanza a la sustitución del criterio del tribunal calificador, puesto que forma parte de la discrecionalidad técnica otorgada al mismo (por toda Sentencia de 18 de abril de 2007)”.

El considerando sexto de la Sentencia completa la doctrina tradicional rechazando el motivo de casación esgrimido por el recurrente sobre la base de que “no se ha motivado ni justificado la puntuación que la Administración concedió”, por entender que “dicha puntuación constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación, que es recogido por la Administración convocante en la resolución que pone fin al procedimiento. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en doctrina de la que es expresión la Sentencia de 14 de julio del 2000, que expone y resume los criterios a seguir”. La mera indicación de una cifra se consideraba, pues, suficiente.

II. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA NO, VALORACIONES TÉCNICAS

La situación que a grandes rasgos acabo de describir no es singular de ningún modo. Buena muestra de ello son las intervenciones producidas en el curso del VII Coloquio entre Jueces del Tribunal Supremo de España y del Consejo de Estado de Italia, celebrado en Roma del 13 al 17 de junio de 2007¹⁰. En él presentó una impecable ponencia el entonces magistrado de la Sala 3 del Tribunal Supremo y hoy magistrado constitucional RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO, que no tuvo reparo en afirmar que “la discrecionalidad técnica no es, en rigor, discrecionalidad, porque la ley no habilita, en este caso, para elegir entre distintas soluciones”. “Solo el Tribunal calificador de unas pruebas de selección de funcionarios públicos –que es el caso al que se refiere– puede determinar cuáles son los más idóneos para los puestos a cubrir, pero eso no significa que los órganos de selección puedan elegir libremente entre varios aspirantes. Tienen que elegir precisamente a los más capacitados y solo a ellos”¹¹.

Por aquí, sin duda, hay que empezar ya ese objetivo, comprobar que efectivamente se ha elegido a los más capacitados y solo a ellos debe enderezarse

10 Los trabajos aparecen recogidos en el volumen titulado *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, VII Coloquio Italo-Spagnolo, Giuffrè, Milano, 2009.

11 Vid. ENRÍQUEZ, R., “Control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica”, en *Il controllo...*, op. cit., p. 103.

siempre el control judicial cuando se haya puesto en duda que la Administración se haya atendido a él, como es su deber.

Lo que no puede hacerse con toda evidencia es negar *a priori* la posibilidad misma de combatir la decisión concretamente adoptada en cada caso poniendo en juego todos los medios disponibles en Derecho, incluida la prueba pericial, porque, como dijo muy bien ENRÍQUEZ, “desde el punto de vista lógico no se comprende por qué en estos casos –las pruebas de selección de funcionarios– la prueba pericial no vale y sí vale en cambio para ratificar la cuantía de una indemnización producida por un error médico anulando decisiones de la Administración que se han producido tras las correspondientes apreciaciones técnicas”¹².

Cuestión distinta a ésta es, naturalmente, que las posibilidades reales de combatir con éxito las decisiones de la Administración sean en estos casos limitadas. Lo son igualmente las de conseguir la revocación de las sentencias de un tribunal en aquellos casos en los que el juicio expresado se haya apoyado en la opinión de un perito y, sin embargo, nadie ha dicho nunca que tales sentencias sean expresión de una discrecionalidad técnica y que por ello no sean susceptibles de control, vía recurso, por un tribunal superior. Nadie ha dicho nunca tampoco que los jueces estén vinculados por el informe emitido en juicio por el perito designado al efecto. Afirmar tales cosas se consideraría sencillamente un disparate que descalificaría para siempre a quien lo hiciera. ¿Por qué se dicen, sin embargo, con absoluta tranquilidad cuando es la Administración quien resuelve? ¿Dónde está la diferencia?

Estas preguntas no tienen, como ya he dicho, respuesta alguna razonable.

Los juicios técnicos, tanto cuando se formulan en el marco de un procedimiento administrativo por un órgano, más o menos especializado, de la propia Administración como cuando se producen en el curso de un proceso por un perito judicial o por una academia o institución cultural o científica¹³, plantean siempre el mismo problema. Un tribunal no está en condiciones de afirmar o negar la corrección de las valoraciones realizadas por los expertos, no tanto o no solo porque carece de los conocimientos necesarios para ello, sino también y sobre todo porque no puede hablar otro lenguaje que el del Derecho ni utilizar otros instrumentos que los de naturaleza estrictamente jurídica. Ello no significa, como es obvio, que esas valoraciones le vinculen y que no pueda apartarse de ellas a la hora de resolver. Las leyes procesales le autorizan a valorarlas, “según las reglas de la sana crítica”, valoración que esas mismas leyes le obligan a incorporar a la motivación de la sentencia¹⁴.

12 Ídem.

13 Vid. artículo 340.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

14 Así lo ordena el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice así: “Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la

Sobre todo ello hay una abundantísima y bien conocida jurisprudencia, que los tribunales no dudan en aplicar cuando tienen delante el informe de un perito judicial, pero que desconocen pura y simplemente cuando no niegan si el juicio técnico procede de un órgano de la Administración y el acto administrativo enjuiciado lo ha hecho suyo. La Sentencia antes citada de 21 de julio de 2009 es un buen ejemplo de esta contradictoria actitud, no por habitual menos llamativa¹⁵.

La culpa la tiene el empleo del término discrecionalidad para designar lo que en uno y otro caso no es más que una valoración técnica, algo con lo que los juristas, sean jueces o abogados, estamos bien familiarizados desde siempre y que solo se vuelve problemático por la razón dicha en el ámbito del Derecho Administrativo, en el que todavía se siente el eco de la vieja equiparación de lo discrecional con lo no contencioso.

Como ya dije, el asunto se vive del mismo modo en Italia. Así lo manifestó ROBERTO CHIEPPA, consejero de Estado, que en el Coloquio al que antes me he referido precisó que fue hacia finales de “los noventa” cuando se afirmó por la jurisprudencia que la discrecionalidad técnica “*era pienamente sindacabile, eventualmente anche attraverso le consulenze*”¹⁶.

Refiriéndose a las pruebas escritas de los concursos para la selección de funcionarios públicos, CHIEPPA advirtió que en Italia existía un debate no definitivamente resuelto todavía acerca de si las comisiones de examen podían limitarse a atribuir un voto solo numérico o si, por el contrario, debían motivar dicho voto, interesándose a continuación en saber si en España se planteaba también una problemática de este tipo, pregunta a la que ENRÍQUEZ hubo de responder diciendo que “éste es un ámbito de la actividad administrativa en que las dificultades del control no se han superado en la jurisprudencia española”¹⁷.

Afortunadamente, hoy ya no puede decirse lo mismo porque en los siete años transcurridos desde entonces se ha ido abriendo paso una nueva doctrina jurisprudencial que ha cambiado radicalmente el panorama, como vamos a ver a continuación.

apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados *individualmente y en conjunto*, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. La doble valoración de las pruebas, individual y en conjunto, marca la diferencia con la praxis anterior de las valoraciones en conjunto y en conciencia con las que el legislador de 2000 ha querido terminar.

15 En su fundamento jurídico cuarto, en el que recuerda una vez más cómo y cuándo puede discutirse en casación la valoración de la prueba.

16 Vid. *Il controllo...*, op. cit., p. 122.

17 Ídem.

III. NO VALEN PUNTUACIONES, SINO BUENAS RAZONES

La nueva doctrina a la que acabo de aludir ha sido objeto ya de análisis detallados, que, como es natural, no voy a repetir aquí¹⁸. Destacaré solo algunos de los hitos de esta evolución, cuyo recordatorio se convirtió en una cláusula de estilo a partir de la Sentencia de 1 de abril de 2009, que las posteriores repiten sistemáticamente.

El punto de arranque se encuentra en la Sentencia de 29 de mayo de 2006, en la que la Sala 3^o rectifica expresamente la jurisprudencia establecida en sus Sentencias de 9 de diciembre de 1997 y 30 de noviembre de 1999, en las que se aceptaba “la validez y suficiencia de criterios de confianza para la provisión de la plaza de Presidente de una Audiencia Provincial”, y afirma que “esa confianza no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica sino en razones exclusivas de aptitud profesional (...) que en todo caso deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales del mérito y la capacidad”, situando, en consecuencia, en primer plano el informe de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial, al que, según la Sentencia, corresponde “hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios”.

Afirmado así el carácter “nuclear” (*sic*) de ese informe y la trascendencia invalidante de su ausencia en relación a la cobertura de los altos cargos de la carrera judicial (en este caso la presidencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), fue ya fácil profundizar en el control de las decisiones del Consejo General del Poder Judicial relativas a la provisión de cargos no jurisdiccionales. Así lo hizo la Sentencia de 10 de octubre de 2007 (Ponente: NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN) a propósito de una convocatoria para la provisión de tres puestos de jefe de unidad de la Escuela Judicial cuyo resultado fue impugnado por uno de los aspirantes, que denunció en su recurso la falta de motivación de la puntuación que le fue asignada.

18 Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los Tribunales de oposiciones (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre discrecionalidad técnica)”, en *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, op. cit., p. 1193 y ss. En esta misma obra puede verse el trabajo de ENRIQUE Y RICARDO RIVERA, op. cit. También sobre el tema, muy próximo, de los nombramientos del Consejo General del Poder Judicial, el trabajo de ICARTUA SALAVERRIA, J., “Control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del CGPJ: algunos extravíos argumentales en la Sala 3^o del Tribunal Supremo”, y el de SORIANO, J. E., “Luces y sombras de la Sala Tercera en el control de la discrecionalidad (A propósito de los nombramientos de Jueces y Magistrados)”, ambos en el mismo *Liber amicorum*, Vol. 1, ps. 1487 y ss. y 2239 y ss., respectivamente. De este último autor vid. también su libro *El poder: la Administración y los jueces*, Lustel, 2012.

La Sentencia acogió el argumento, afirmando que aunque la valoración de ciertos méritos admita un margen de apreciación al estar enunciados por la convocatoria a través de conceptos indeterminados, la Comisión de Valoración viene obligada a realizar un juicio técnico que exige una explicación de cuáles fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a las cifras finales, lo que requiere precisar los criterios que fueron preestablecidos por la Comisión para la ponderación y valoración de los méritos, la expresión de los que específicamente fueron considerados y valorados al recurrente y de los que no lo fueron, así como de la razón de dicha exclusión y, finalmente, la puntuación otorgada a cada uno de los méritos considerados y la explicación, en su caso, de cuál fue el criterio preestablecido que fue aplicado para llegar a esa concreta conclusión.

La posición así adoptada no era todavía muy firme porque, solo un mes después, otra Sentencia de 27 de noviembre de 2007, dictada con motivo de un recurso interpuesto contra la denegación de la concesión del título de médico especialista en dermatología médico-quirúrgica y venereología, volvió a afirmar que el currículum y las pruebas teórico-prácticas incluidas en el procedimiento “habrán de ser valoradas por el Tribunal calificador con arreglo a la *discrecionalidad técnica* de la que goza, sin que se haya acreditado que en el presente caso dicha valoración haya incurrido en error ostensible y manifiesto o en arbitrariedad”, bastando en estos casos la puntuación como motivación del acto final de calificación y evaluación que es recogido por la Administración en la resolución que pone fin a dicho procedimiento.

Pese a ello, la nueva jurisprudencia tuvo pronto confirmación en la Sentencia de 2 de diciembre de 2008 (Ponente: ENRIQUE CÁNCER LALANNE), que reiteró los términos de la de 10 de octubre de 2007, esta vez a propósito de unas pruebas selectivas para acceder mediante concurso de méritos a plaza de magistrado, entre juristas de reconocida competencia.

En esa misma línea se situaron las de 19 de mayo de 2008, sobre cargos docentes universitarios; de 2 de diciembre de 2008, sobre el acceso a plaza de magistrados entre juristas de reconocida competencia, y de 19 de julio de 2010, sobre este mismo asunto, que calificó de injustificada, y por ello discriminatoria, la valoración otorgada por la Administración al recurrente porque ni contaban en el expediente cuáles habían sido los criterios para decidir qué concretos hechos y actividades habían de ser considerados como méritos, ni se había ofrecido una explicación para la superior valoración otorgada a algunos de ellos, ni, en fin, se había expresado una motivación sobre la no valoración de otros, ya que la hoja de baremación y el informe obrante en las actuaciones “lo único que incluyen son expresiones abstractas y estereotipadas”.

La Sentencia de 10 de octubre de 2012 (Ponente: JOSÉ DÍAZ DELGADO), en un recurso promovido por un aspirante al ingreso en el Cuerpo Superior de Letrados

del Tribunal de Cuentas que fue eliminado en el tercer ejercicio, afirmó ya con plena seguridad que “la simple expresión de una puntuación final en una parte de la oposición, excluyendo las valoraciones del ejercicio desarrollado supone la falta de la debida motivación... ya que esa calificación no se sustenta en juicios concretos situados en el tiempo y descritos mínimamente, lo cual es inadmisibile según señala esta Sala en su doctrina jurisprudencial recogida entre otras en las SSTs de 7 de noviembre de 2011 y las de 18 y 2 de marzo de 2011”.

En los mismos términos se pronunció una muy detallada Sentencia de 27 de abril de 2012 (Ponente: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS) al comprobar la ausencia de criterios o normas de corrección de la prueba obligatoria y eliminatoria de inglés en el proceso selectivo para el ingreso en la escala de Técnicos Facultativos Superiores de Organismos Autónomos del Ministerio de Medio Ambiente, ausencia que, lógicamente, hacía imposible saber en virtud de qué razones se asignaron a la controvertida prueba las puntuaciones correspondientes y, en particular por qué el recurrente mereció precisamente 4,43 puntos.

Las sentencias más recientes discurren ya sin excepción por este camino: recuerdan la trayectoria evolutiva ya relatada, afirman el derecho de los aspirantes a que les sea comunicada la motivación de las calificaciones y puntuaciones que les hayan sido otorgadas y reiteran el contenido que debe tener esa motivación, en la que deben figurar inexcusablemente el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, los singulares criterios de valoración cualitativa que se hayan seguido para llegar a él y las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conduce, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada, ya que, como afirma la Sentencia de 29 de enero de 2014 y repiten luego las de 12 de marzo, 4 de junio y 24 de septiembre siguientes, “faltando una motivación que incluya tales elementos, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en todas las ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica, como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio fue o no igualitario”.

El razonamiento, que es irrefutable en su simplicidad, pone así fin a este lamentable eufemismo de la discrecionalidad técnica con el que unos y otros han venido engañándose y engañándonos en el ámbito del Derecho Administrativo, al situar las valoraciones técnicas en las que la Administración se apoya y hace suyas al adoptar determinadas decisiones en el mismo plano en el que desde siempre han estado y siguen estando las valoraciones técnicas que se producen en el seno de un proceso. En uno y otro caso, esas valoraciones valen lo que valen las razones con las que sus autores las respaldan, unas razones que los jueces, que

no son expertos en todas las ciencias, sino solo en Derecho, no pueden discutir, pero que sí pueden y deben someter al filtro de la “sana crítica” y rechazar, incluso, cuando no superen ese filtro, esto es, cuando omitan algún hecho relevante, contradigan los hechos que resulten probados o alteren éstos, incurran en apreciaciones jurídicas erróneas o, en fin, resulten ilógicas, arbitrarias o irrazonables o conduzcan a resultados inverosímiles, como acostumbra a destacar la jurisprudencia sobre la prueba pericial en todos los órdenes jurisdiccionales.

La Sentencia de 24 de septiembre de 2014 citada en último lugar (Ponente: CELSA PICO LORENZO) merece ser destacada aquí porque extiende la nueva doctrina establecida por las anteriores al ámbito de la contratación pública y exige, también aquí, “independientemente de que las bases [de la convocatoria] no especifiquen la necesidad de desglosar los distintos apartados”, un análisis y una valoración separados de cada uno de ellos, porque “así lo exige el principio general de la motivación (*sic*) y los principios generales de la propia normativa sobre contratos públicos”, sin que baste al efecto indicar solamente la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores, a los que la Sentencia reconoce el “derecho a conocer la motivación de las puntuaciones”¹⁹.

Es importante retener la elevación de la regla de motivación al nivel de principio general, que, a mi juicio, constituye un acierto por la íntima e inescindible relación que la motivación, entendida como justificación de las decisiones, guarda con el principio general de interdicción de la arbitrariedad que la Constitución consagra y la consiguiente proscripción de las decisiones carentes de una justificación racional y razonable.

Y también, por supuesto, la categórica condena de la jurisprudencia tradicional que esta Sentencia de 24 de septiembre de 2014 contiene, que debe ser debidamente resaltada. Dice así:

“No resulta, pues, aplicable lo vertido en la Sentencia de 21 de julio de 2009, recurso de casación 2351/2006, Sección cuarta, con cita de la Sentencia de 4 de abril de 2007, recurso de casación 951/2004, en cuanto que la puntuación en un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación *en razón a la evolución de nuestra jurisprudencia expresada en el fundamento precedente*. Ni tampoco lo vertido en la Sentencia de 6 de mayo de 2009, recurso de casación 2677/2007, con cita de la de 14 de julio de 2000, *por idéntica razón de progresión jurisprudencial*”.

Parece, pues, felizmente, que este viejo capítulo tan lleno de equívocos puede darse por definitivamente clarificado.

19 La aplicación de esta nueva doctrina a la contratación pública está llamada a jugar un papel extraordinario en la línea de la nueva legislación de contratos del sector público de asegurar una concurrencia efectivamente libre y transparente.

IV. ¿ES POSIBLE LA SUSTITUCIÓN?

La mayoría de las sentencias a las que acabo de referirme terminan con una estimación de los recursos contencioso-administrativos originarios que lleva aparejada la retroacción de las actuaciones, “a los solos efectos” de que la Administración vuelva a emitir una nueva calificación o una nueva propuesta “que motive sus puntuaciones con las exigencias que han quedado indicadas” (vid., por ejemplo, el fundamento jurídico quinto, *in fine*, de la Sentencia de 12 de marzo).

No podría ser de otro modo, en principio, ya que la vieja doctrina prohibía formalmente ir más allá. ¿Tiene que ser necesariamente así siempre? ¿No puede ser de otro modo en algunos casos?

Siempre es mucho decir y no debe decirse por eso en ningún caso. No puedo dejar de recordar a estos efectos una Sentencia emblemática, la de 13 de julio de 1984, sobre la delimitación del ámbito territorial de la denominación de origen “Jerez-Xerez-Sherry”, que yo mismo analicé hace ya muchos años²⁰, que anuló una decisión del Consejo Regulador que había dejado fuera de dicho ámbito una parte del término municipal de Lebrija y ordenó realizar una nueva delimitación de la zona de acuerdo con los estudios técnicos de la misma, todo ello por haberse demostrado a través de la compleja prueba pericial practicada en el curso del proceso que la parte excluida reunía exactamente las mismas características físicas que la incluida dentro de la delimitación impugnada.

La entrada en juego de la prueba, documental o pericial, puede, en ciertos casos, hacer inexcusable la sustitución.

Y es que se comienza por exigir que el juicio técnico que expresa el acto administrativo impugnado sea debidamente razonado, exigencia hoy inexcusable porque solo así, esto es, cuando efectivamente lo esté, puede descartarse la arbitrariedad que el artículo 9.3 de la Constitución proscribió enérgicamente. Expuestas las razones, es inevitable valorar su consistencia. En eso consiste, precisamente, la aplicación de las “reglas de la sana crítica” a la que la legislación procesal de ayer y hoy apela. Si no fuese así, la exigencia de motivación, es decir, de razones justificativas, se convertiría en un puro formalismo porque bastaría para satisfacerla con decir cualquier cosa. Esa valoración de las razones esgrimidas puede llevar y lleva muchas veces con toda naturalidad no solo a rechazar el juicio técnico encauzado, sino también a “descubrir” que la solución tiene que ser necesariamente otra. La lógica del razonamiento es inexorable y no puede cortarse a discreción en un punto determinado.

Todo esto es más difícil de formular con carácter general que de visualizar en los casos concretos. En este asunto de las calificaciones de los exámenes y de los juicios de aptitud o idoneidad profesional, la lógica puesta en marcha con la

²⁰ En mi trabajo, más atrás citado, “Arbitrariedad y discrecionalidad”, incluido en el libro *De la arbitrariedad de la Administración*, op. cit., p. 63 y ss.

exigencia de motivación de razones justificativas de esos juicios ha conducido inevitablemente en no pocos casos a este desenlace.

Reseñaré a continuación algunos de las más notables.

El primero de la serie fue, probablemente, el resuelto por la Sentencia de 10 de mayo de 2007. Se había eliminado a una aspirante a ayudante técnico sanitario por haber cometido un «error conceptual grave» en una de sus respuestas a las preguntas integrantes del ejercicio, pero la interesada presentó dos certificados de la enfermera jefe y de un médico del Hospital Miguel Servet de Zaragoza en los que se hizo constar que el tratamiento indicado por la recurrente se hacía habitualmente, y con buenos resultados, además, en dicho hospital. La Administración no combatió esta prueba y la Sentencia estimó el recurso, “estimación que –precisó– debe consistir en la inclusión de la recurrente en la relación de aprobados como resultado de calificar su tercer ejercicio con la puntuación mínima correspondiente al aprobado al no haberse formulado reclamación sobre una concreta puntuación”. ¿Puede alguien criticar esta solución en nombre de no se sabe qué ortodoxia?

Una Sentencia de 12 de marzo de 2008 dio también por aprobado el ejercicio de un aspirante a bombero del Ayuntamiento de Las Palmas porque comprobó que tres de las noventa preguntas del test en el que consistía el ejercicio admitían una doble respuesta, apartándose así de las bases de la convocatoria, que obligaban a elegir una. La Sentencia razona diciendo que “la conducta más coherente en términos de lógica con la naturaleza de las pruebas será considerar mal formuladas” estas preguntas y no tener en cuenta, en consecuencia, el descuento que se le aplicó al recurrente por no haberlas respondido.

La Sentencia de 19 de julio de 2010, que comentaron ENRIQUE y RICARDO RIVERO, ofrece también un ejemplo relevante, pues comprobado el hecho de la efectiva prestación por el recurrente de servicios en el área de la gestión financiera en un organismo autónomo del Ayuntamiento de Huelva y en una mancomunidad de municipios cuyo cómputo le había sido negado sin explicación alguna, con un escueto “no”, el Tribunal Supremo no solo revocó la sentencia de instancia y anuló las resoluciones del Instituto Andaluz de Administración Pública que eliminaron al recurrente del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores en esa concreta especialidad, sino que declaró el derecho del mismo a que se le reconociera la puntuación total que reclamaba y a que se le incluyera en el número de orden correspondiente a dicha puntuación en la lista de opositores aprobados, con los derechos administrativos y económicos que esa inclusión llevara consigo.

La Sentencia de 14 de enero de 2010 resolvió, por su parte, el recurso formulado por un candidato al ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía que fue excluido por no haber obtenido la puntuación requerida en la entrevista que seguía

al test integrante del tercer y último ejercicio. En el curso del proceso se practicó una prueba pericial que acreditó que el recurrente no padecía ninguna psicopatología, lo que echó abajo los motivos psicológicos esgrimidos para justificar la exclusión, que fue acordada sin que constaran en el expediente ni las personas que realizaron la entrevista, ni las preguntas que se le hicieron al interesado, ni las respuestas que éste dio a las mismas, circunstancias todas ellas que sí hizo constar el dictamen del perito judicial, con el resultado ya dicho.

“Visto el resultado de la pericial del juicio –dice la Sentencia en su fundamento jurídico tercero– no cabe sostener que la valoración que respaldó la declaración de no apto en la prueba de entrevista (...) había respondido a los cánones de razonabilidad y exclusión de la arbitrariedad que han de respaldar el actuar de la Administración”, por lo que –concluye– procede la revocación de la sentencia y la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo originario, “declarando el derecho del actor a ser tenido como apto en la prueba tercera, apartado b) del proceso selectivo [entrevista personal] (...) debiendo ser incluido en el puesto que le corresponda como policía alumno...”.

Semejante a ésta es la Sentencia de 29 de enero de 2014, recaída en un asunto idéntico al anterior: la exclusión de una aspirante al ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía en la tercera y última prueba, concretamente en esa entrevista final que seguía al test psicotécnico. La Sentencia es definitivamente expresiva a la hora de explicar por qué llega hasta el final y declara que la recurrente ha superado la fase de oposición y tiene el derecho a seguir el curso de formación y período de prácticas previsto en la convocatoria y, en caso de superar esta última fase, “el derecho también a ser nombrada funcionaria con los mismos efectos administrativos y económicos que los demás aspirantes seleccionados en la convocatoria”. Dice así:

“II. El proceso selectivo en lo que hace al esfuerzo exigido al aspirante para superarlo, tiene su principal elemento en la primera prueba de conocimientos. Esto a lo que conduce es a que la exclusión de quien haya superado con éxito esa primera prueba, mediante la declaración de no apto en la tercera prueba psicotécnica, requerirá que, de una manera inequívoca y rigurosa, haya quedado demostrada su falta de aptitud intelectual y la concurrencia en su personalidad de factores que revelen que la misma es incompatible con ese correcto desempeño funcional a que antes se ha hecho referencia. Y así ha de ser porque la muy grave consecuencia que supone esa exclusión, para quien realizó el enorme esfuerzo de adquirir los conocimientos correspondientes a la primera prueba, únicamente cumplirá con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad

(artículo 9.3 CE) si está justificada y explicada con ese superior nivel de rigor y exigencia que acaba de apuntarse.

III. En el presente caso el dato existente en las actuaciones de que la recurrente pasó a la entrevista, pone de manifiesto que superó el test inicial, esto es, que en el mismo demostró su aptitud intelectual y una personalidad sin elementos negativos para el desempeño funcional; y, sin embargo, esas actuaciones no han justificado debidamente la existencia de unos factores negativos de personalidad que impongan despreciar o abandonar el resultado favorable obtenido en el test”.

Las recientes Sentencias de 31 de julio de 2014 son, en fin, absolutamente concluyentes en su simplicidad.

Se trataba en ambos casos de unas pruebas de acceso a la Subescala de Secretaría-Intervención en el marco de un proceso de consolidación del empleo interino. Dichas pruebas consistían en dos ejercicios, el segundo de los cuales era un caso práctico calificable de 0 a 60 puntos, en el que era necesario obtener un mínimo de 30 para superarlo. En este segundo ejercicio los recurrentes obtuvieron 24 puntos y fueron, por lo tanto, excluidos, lo que motivó sus recursos, que fueron desestimados por sendas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 2012 por entender “que obran en el expediente las actas de las reuniones del Tribunal calificador, las puntuaciones numéricas asignadas a cada aspirante y que esto es bastante en un proceso selectivo multitudinario”.

Ambas Sentencias consideran también que “debe quedar fuera de la decisión de este proceso la validez sustantiva del juicio emitido por los miembros del Tribunal calificador siendo suficientes los juicios razonados que acompañan a las puntuaciones asignadas y a las actas”.

No lo apreció así el Tribunal Supremo, que declaró haber lugar a los recursos de casación promovidos contra ellas, pues, como observa el fundamento jurídico séptimo de las Sentencias de 31 de julio de 2014, “los juicios razonados del Tribunal calificador a los que alude la Sala de Madrid no son realmente tales porque se limitan a decir que la nota asignada es función de la capacidad de análisis demostrada y de la aplicación razonada de los conocimientos técnicos a la resolución del problema práctico planteado. Es decir, se limitan a repetir la fórmula utilizada por la base 2.1, pero sin incluir ningún elemento que permita considerarlo juicio razonado”.

Si a esto se hubiera reducido todo, el asunto hubiera terminado también con una retroacción del procedimiento para que pudiera dictarse una nueva calificación debidamente razonada. Sin embargo, en este caso los recurrentes pudieron comprobar a la vista del expediente que hubo otros ejercicios sustancialmente

coincidentes con los suyos, que fueron calificados con 31 puntos, por encima, pues, del límite necesario para aprobar.

Así pudieron constatarlo, en efecto, las Sentencias de 31 de julio de 2014, ya que –dicen– “ambos califican del mismo modo la naturaleza de los grupos políticos municipales, explican que ha de estarse al reglamento de organización y funcionamiento de la corporación en cuanto a los requisitos para su constitución y exponen en términos iguales la posición del concejal no adscrito, así como la del grupo mixto respecto de la formación de las comisiones informativas municipales y en fin, indican que el concejal que abandona el grupo de procedencia pasará a ser considerado concejal no adscrito. Por lo que se refiere a la forma de las exposiciones respectivas no se advierten diferencias de significación”.

Esta injustificada diferencia de trato de “situaciones sustancialmente iguales sin que se advierta la razón que pueda explicarlo” lleva al Tribunal a anular la calificación dada al ejercicio de los recurrentes y a reconocerles el derecho a que se les tenga por superado el ejercicio con la misma puntuación que fue otorgada a esos otros ejercicios idénticos a los suyos, a que se siga respecto a ellos el proceso selectivo y a que si, tras la fase de concurso, la puntuación total que les correspondiera superase la del último aspirante que obtuvo plaza se proceda a su nombramiento como funcionarios con efectos desde el momento en que se produjeron para los que fueron nombrados en su día.

Decir siempre es realmente mucho, demasiado decir porque la realidad es muy rica y puede poner en ridículo fácilmente a quien lo afirma *a priori* por un injustificado e inadmisibles prurito dogmático.

Hay ocasiones, como acabamos de ver, en que no solo se puede, sino que se debe llegar hasta el final, porque cuando el tribunal tiene todos los datos en su mano así lo exige el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva que reconoce y garantiza el artículo 24 de la Constitución.

V. YA SOLO QUEDA EL NOMBRE

ENRIQUE y RICARDO RIVERO se preguntaban, a la vista de la Sentencia de 19 de julio de 2010 más atrás aludida, si puede decirse que exista realmente la discrecionalidad técnica y titulaban, por ello, su comentado de la misma en forma interrogativa: ¿Acaso existe la discrecionalidad técnica?

Pues bien, yo creo que ha llegado el momento de prescindir de los signos de interrogación y de afirmar con plena convicción que de la mal llamada discrecionalidad técnica²¹ ya solo queda el nombre, el rótulo, la mera denominación, que el legislador cometió la imprudencia de utilizar cuando estaba a punto de

21 Así la denominan, con indudable acierto, ENRIQUE y RICARDO RIVERO.

quedarse sin contenido²² y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se lo ha quitado sigue usando por pura inercia.

Los juicios de aptitud o idoneidad y las calificaciones de los exámenes en los que la vieja doctrina de la discrecionalidad técnica encontró refugio entre nosotros no son, como la jurisprudencia de estos últimos siete años ha puesto de manifiesto, sino una especie del género de las valoraciones técnicas, cuyo tratamiento jurídico no merece otro trato que el que con carácter general se da a éstas.

Hay, pues, que celebrar que el Tribunal Supremo, en la vigorosa jurisprudencia que ha acertado a elaborar, haya puesto fin a la indefensión en la que la vieja doctrina venía a dejar a los destinatarios de este tipo de juicios y calificaciones. Hay que celebrarlo, por supuesto, en nombre de la justicia, que es la brújula que ha de orientar siempre el quehacer de los juristas, pero hay que celebrarlo también porque esta nueva jurisprudencia, lejos de menguar o deteriorar la posición de la Administración, contribuye a reforzarla y a aumentar la confianza en ella de los ciudadanos, porque *juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*²³.

22 Vid. el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye la discrecionalidad técnica junto a la independencia de los órganos de selección entre los principios rectores del acceso al empleo público.

23 Como ya destaqué en uno de los trabajos incluidos en mi libro *De la arbitrariedad de la Administración*, op. cit.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina