



Roj: **STS 5341/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5341**

Id Cendoj: **28079130072014100422**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **16/12/2014**

Nº de Recurso: **3157/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación número 3157/2013 que pende ante ella de resolución, interpuesto por doña Laura , representada por la Procuradora doña Marta Barthe García de Castro, contra la sentencia de 22 de julio de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (dictada en el recurso número 2044/2011 ).

Ha sido parte recurrida el PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado por el Letrado de su Servicio Jurídico; y doña María Angeles , don Victor Manuel , don Constancio , don Herminio , don Onesimo , doña Eulalia , don Carlos Manuel , doña Rocío , don Baldomero , doña Bernarda y doña Josefina , representados por el Procurador don Nicolás Álvarez Real.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia recurrida es del siguiente tenor literal:

**" FALLO:**

*En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por (...) en nombre y representación de Dña Laura dictada el día 20 de octubre de 2011 por la Consejería de Hacienda y del Sector Público del Principado de Asturias, asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, resolución que confirmamos por estimar ajustada a derecho, con imposición de las costas causadas a la recurrente".*

Un posterior Auto de 30 de julio de 2013 aclaró en su parte dispositiva la sentencia anterior en estos términos:

*"(...) en el sentido de rectificar el error material del Fallo de la sentencia, donde se menciona desestimar el recurso de apelación, siendo lo correcto desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto (...) un Procedimiento Ordinario. Quedando el mismo subsanado. Sin hacer imposición de costas".*

**SEGUNDO.-** Contra la citada sentencia anunció recurso de casación doña Laura , y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y acordó el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones, por la parte recurrente se presentó el escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que

*"(...) dictando Sentencia por la que estimándolo íntegramente y declarando haber lugar a él, case y anule la sentencia de 22 de julio de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias objeto de este recurso, y en su lugar, estimando el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Laura , resuelva la nulidad de los actos administrativos impugnados; declarando, asimismo, ser de cada parte el pago de sus costas".*



**CUARTO.-** El PRINCIPADO DE ASTURIAS, en el trámite que le fue conferido, se opuso al recurso con un escrito que finalizó con esta petición:

*"(...) dicte en su día sentencia en la que, desestimando el recurso, confirme íntegramente la resolución de instancia recurrida, imponiendo las costas a la parte recurrente".*

**QUINTO.-** La representación procesal de doña María Angeles y sus litisconsortes también formalizó su oposición al recurso con un escrito que terminó así:

*"(...) tenga por formalizada, en tiempo y forma, la oposición al recurso de casación y, previos los trámites preceptivos, declare la inadmisión del mismo o, en su caso, su íntegra desestimación, con expresa condena en costas parte recurrente".*

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 1 de octubre de 2014, pero la deliberación hubo de continuarse, debido al elevado número de asuntos conocidos por la Sección y a la complejidad del alguno de ellos, en el señalamiento correspondiente al día 3 de diciembre de 2014.

**SÉPTIMO.-** Al discrepar de la decisión mayoritaria y anunciar voto particular el ponente inicialmente designado, Excmo Sr. Don Jose Diaz Delgado, se encomendó la redacción de la sentencia como nuevo ponente al Magistrado que se indica a continuación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Son datos relevantes para decidir la actual casación los siguientes:

**1.-** Doña Laura participó, optando a una plaza de "Medicina Intensiva", en el concurso oposición para el acceso a plazas de la categoría de Facultativos de Área dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), convocado por Resolución de 17 de diciembre de 2010 de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos (dictada en virtud de delegación de la Consejería de Administraciones Públicas).

Las bases de esa convocatoria establecían que la fase de oposición tendría una primera prueba consistente en un cuestionario tipo test y una segunda prueba consistente en la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre los cuatro propuestos por el Tribunal. Y en relación con esta segunda prueba establecían:

*"(...) se calificará de 0 a 50 puntos, obteniéndose su calificación final de la suma de las puntuaciones alcanzada en cada uno de los supuestos prácticos valorados de 0 a 25 cada uno de ellos. Para superar la prueba será necesario obtener una calificación mínima de 25 puntos y no ser calificado con menos de 10 puntos en cada uno de los supuestos".*

Superó el primer ejercicio de la fase de oposición.

**2.-** El Tribunal Calificador, en sesión de 21 de mayo de 2011, formalizada en el Acta 10, procedió, en primer lugar, a sortear los cuatro casos prácticos que serían objeto del segundo ejercicio, siendo elegidos estos: Caso SRDA, Caso TRAUMA, Caso INTOXICACIÓN y caso DOLOR TORÁCICO; y aprobó también los modelos de respuestas a los casos de ese segundo ejercicio y la puntuación correspondiente a cada una de ellas, adjuntándose todo ello al acta.

Posteriormente procedió, a las 12,30 horas, a la celebración del segundo ejercicio, al que se presentaron todos los aprobados en el primer ejercicio, comenzando dicha celebración a las 12,52 y concluyendo a las 14,52.

**3.-** Doña Laura no superó el segundo ejercicio al haber obtenido en él una puntuación de 23,70, inferior a la mínima establecida de 25.

**4.-** Solicitó la revisión de su examen y el Tribunal Calificador, en reunión formalizada en el acta de 7 de junio de 2011, acordó lo siguiente: (i) informarle de sus derechos de acceso al expediente y a obtener copias; (ii) entregarle copia de su examen y de la nota media obtenida; y (iii) facilitarle la vista de la plantilla de respuestas.

En el expediente consta una diligencia en la que se hace constar la comparecencia de doña Laura, así como que se le facilitó su examen y nota media obtenida y se le informó de las razones de su puntuación según el modelo de respuestas que había sido preestablecido.

**5.-** Planteó por ello recurso de alzada contra el acuerdo del Tribunal Calificador que aprobó la lista de aprobados en el segundo ejercicio, en el que incluyó como petición final la nulidad de su calificación por infracción del artículo 103.2 de la Constitución, en relación con el artículo 23.2.



Esa petición fue precedida de un apartado de fundamentos jurídicos materiales que realizó en esencia estas denuncias: (i) error de valoración del segundo examen, para lo que se exponían las consideraciones técnicas que en el criterio del recurso justificarían las respuestas dadas por doña Laura en su ejercicio; y (ii) arbitrariedad de la calificación del Tribunal Calificador por ausencia de motivación.

**6.-** En la tramitación de dicho recurso se recabó informe al Tribunal Calificador, que lo emitió el 20 de septiembre de 2011 haciendo referencia a la comparecencia de doña Laura y exponiendo las razones por las que no consideró correctas sus respuestas.

**7.-** La resolución de 5 de octubre de 2011 del Consejero de Hacienda y Sector Público desestimó el recurso de alzada.

Esta resolución administrativa, en sus fundamentos de derecho, primero, delimitó el fondo del asunto señalando que las argumentaciones esgrimidas por la recurrente para defender su disconformidad con la puntuación que le había sido otorgada fueron: error manifiesto en la calificación realizada y arbitrariedad y ausencia de motivación por parte del Tribunal Calificador.

Luego rechazó las imputaciones dirigidas al Tribunal Calificador de error manifiesto ausencia de motivación y arbitrariedad.

Para rechazar el error manifiesto dejó inicial constancia de las explicaciones que habían sido ofrecidas por el Tribunal Calificador en su Informe y, a partir de lo anterior, dijo que lo pretendido por la recurrente era sustituir el juicio técnico del órgano calificador con el suyo propio y que esta cuestión no podía ser admitida; e invocó en apoyo de lo anterior la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica.

La falta de motivación y arbitrariedad la rechazó aduciendo que había sido ofrecida por el Tribunal Calificador no una sino dos veces, primero verbalmente el 7 de junio de 2011 y luego en el informe escrito emitido el 20 de septiembre de 2011.

Por último, reaccionó frente al alegato de la recurrente de que el reparto de las puntuaciones a las distintas preguntas del segundo ejercicio se hubiese sido establecido con anterioridad, y lo hizo desde la idea principal de que ese hecho de fijar con carácter previo el criterio y procedimiento de corrección es el mecanismo más adecuado para garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

**8.-** El proceso de instancia fue iniciado por doña Laura mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido frente a esa resolución desestimatoria del recurso de alzada que acaba de mencionarse.

Y en su demanda luego formalizada dedujo estas pretensiones sustantivas:

- (i) La nulidad de la resolución directamente impugnada y la del acuerdo de la que trae su origen;
- (ii) El reconocimiento a la actora del derecho a que sean remitidas por la Administración demandada *"los criterios seguidos por el Tribunal Calificador de las pruebas selectivas"*;
- (iii) El otorgamiento de *"calificación aprobatoria del segundo examen de la actora, y en consecuencia, se declare su derecho de acceso a la plaza objeto de la convocatoria con los efectos que se deriven de tal pronunciamiento"*.

**9.-** Los alegatos fácticos y razonamientos jurídicos desarrollados por esa demanda, resumidos aquí en lo esencial, consistieron en lo que sigue.

Incluyó un inicial apartado de *"HECHOS"* que realizó una reseña de los actos que se sucedieron en el proceso selectivo desde la convocatoria hasta la resolución desestimatoria del recurso de alzada de 5 de octubre de 2011 (que la demanda fecha por error en el siguiente día 20).

Luego, dentro del siguiente apartado de *"Fundamentos de Derecho"*, dedicó su punto VI a lo que llamó *"FONDO DEL ASUNTO"*, que abordó los siguientes temas.

**A.- ALCANCE DE LA LLAMADA "DISCRECIONALIDAD TÉCNICA" DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS DE VALORACIÓN DE PRUEBAS SELECTIVAS.**

Se invocan la STC 219/2004 y la STS de 1 de febrero de 2010 en lo que declaran sobre la regla general del respeto de los juicios de discrecionalidad técnica y sobre la excepcionalidad de su revisión, limitada a casos contados, entre los que figura el error flagrante.

**B.- ALCANCE QUE HA DE TENER EN EL ÁMBITO DE LA "DISCRECIONALIDAD TÉCNICA" LA REVISIÓN JURISDICCIONAL ERRORES TÉCNICOS Y PRUEBA PERICIAL.**

Se citan varias sentencias de esta Sala como expresivas de un cambio de posición más favorable a reducir los límites del control jurisdiccional; y se mencionan también opiniones doctrinales favorables la revisión jurisdiccional del juicio técnico cuando se practique prueba adecuada a tal efecto.



### C.- INFORME PERICIAL.

Bajo esta rúbrica se dice inicialmente que los términos del debate están referidos a estas cuestiones: (i) si la calificación del tribunal Calificador es correcta o hay *"errores palmarios y manifiestos en la misma"*; (ii) así como si dicha valoración fue objetiva u obedeció a otros intereses distintos de los de la imparcialidad que debe regir en todo proceso selectivo.

Luego se dice que hubo una primera solicitud de revisión de examen que mereció como única explicación la nota total de cada uno de los supuestos prácticos; y que fue tras presentarse el recurso de alzada cuando el Tribunal Calificador explicó su actuación mediante la emisión de su Informe.

Y a continuación se reproducen las principales manifestaciones del Informe Pericial de doña Erica aportado por la demandante al proceso de instancia.

### C- [de nuevo] ARBITRARIEDAD DE LA CORRECCIÓN DE LOS EXÁMENES.

Al amparo de este enunciado se realizan estos dos básicos reproches que continúan.

Por un lado, se imputan al Informe del Tribunal Calificador (recogido en la resolución que desestimó el recurso de alzada) estas omisiones: el material sobre el que operó el juicio técnico; los criterios de valoración cualitativa utilizados para emitir ese juicio; y por qué la aplicación de esos criterios conduce al concreto resultado que otorgó la preferencia de unos candidatos frente a otros.

Y, por otro, se rechaza la inexistencia de error técnico manifiesto afirmada por la resolución administrativa que desestimó el recurso de alzada, aduciéndose a este respecto que del Informe Pericial presentado se desprende el error evidente en que incurrió el Tribunal Calificador.

### (C) [otra vez] ARBITRARIEDAD DEL ACUERDO DEL TRIBUNAL CALIFICADOR.

Lo que principalmente se aduce para sostener el anterior aserto es que en las Actas (del Tribunal calificador) existe una ausencia total de la motivación que se dio a cada uno de los apartados o preguntas de los supuestos prácticos.

**10.-** La Administración demandada, en su escrito de contestación, invocó estos principales argumentos sustantivos para justificar su oposición a la demanda ejercitada por la parte actora: inexistencia de error manifiesto; inexistencia de falta de ausencia de motivación; y rechazo del reproche de la parte actora al hecho de que el reparto de las puntuaciones a las distintas preguntas del segundo ejercicio se hubiese sido establecido con anterioridad.

Respecto del pretendido error, efectuó esta declaración: *"no se han vulnerado los límites de la discrecionalidad técnica"*; y adujo para ello que la parte actora no había probado *"la existencia de un error manifiesto, palmario, ostensible y evidente, que permita al órgano jurisdiccional revisar el juicio técnico del Tribunal Calificador"*.

Esta primera argumentación la expuso tras de poner de manifiesto que se estaba ante un debate técnico en el que se enfrentaba un órgano colegiado de ocho miembros, de los que siete eran especialistas en la materia, frente a una perito también especialista en la materia; y tras señalar también que, independientemente de la diferencia cuantitativa entre ambas posiciones, la simple lectura del informe del Tribunal Calificador, bastante motivado, era suficiente para no acoger la pretensión actora del error manifiesto y llegar a la conclusión de que se trataba de *"un intento de sustitución del juicio técnico del órgano calificador, por otro también técnico, pero interesado"*.

En cuanto a las otras argumentaciones, referidas a la ausencia motivación y a la puntuación de las preguntas del tercer ejercicio, vino a reiterar lo que sobre tales cuestiones se había razonado en la resolución administrativa que reiteró el recurso de alzada.

Luego esa misma Administración demandada, en su escrito de conclusiones, insistió en que la prueba pericial de la actora era una pericia de parte *"que pretende sustituir el criterio técnico de un órgano colegiado formado según el principio de especialidad"*.

**11.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación desestimó el anterior recurso contencioso-administrativo.

Para ello argumentó, en su fundamento de derecho -FJ- cuarto, que la prueba pericial de la actora pretendía sustituir el criterio de la Comisión de Valoración y no había puesto de manifiesto el error patente de la Comisión de Valoración. Lo explicó así:

*"Partiendo de la admisibilidad de la prueba pericial propuesta y practicada, su resultado debe coordinarse con lo expuesto anteriormente, en relación a la discrecionalidad técnica y sus límites al control judicial, lo que nos lleva*



a la conclusión de estimar insuficiente la prueba pericial de parte aportada por la recurrente para destruir y dejar sin efecto la vulneración dada por la Comisión de Valoración toda vez que por la misma, lo que en realidad se pretende, es sustituir el criterio de dicha Comisión por el aducido en dicha prueba, sin poner de manifiesto el error patente, y sin ninguna duda en el que se incidió por la Comisión al proceder a su valoración cuando dicho error se trata de evidenciar por medio de un informe pericial de parte, que aunque válido, no expresa más que la opinión de un especialista frente a la manifestado por quienes componían el Tribunal Calificador del proceso selectivo".

Más adelante, en su FJ quinto, rechazó los reproches de falta de motivación y arbitrariedad con estas declaraciones:

*"Nos resta por examinar la supuesta arbitrariedad denunciada por ausencia de motivación en el acuerdo del Tribunal Calificador que pueda preservar el control jurisdiccional sobre la legalidad del acto recurrido, bajo los principios constitutivos de igualdad, capacidad y mérito que deben prescindir los criterios de selección para el acceso a la función pública.*

*La falta de motivación se denuncia respecto de la vulneración dada por los miembros del Tribunal Calificador a cada uno de los apartados que constituían la prueba del segundo ejercicio, dado que no constaba la valoración que se iba a otorgar a cada pregunta con el fin de que los aspirantes puedan de antemano conocer el valor que se iba a dar a cada una de las respuestas, tesis que viene a apoyar en una sentencia del Tribunal Supremo que vino a confirmar otra del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha y cuyos contenidos reproduce en el escrito de demanda.*

*Lo primero que debemos determinar es si la Comisión de Valoración se aparta o incumple las bases de la convocatoria, pues solo entonces podrá invocar la falta de motivación fundada en el desconocimiento de la valoración que se iba a otorgar a cada una de las respuestas a las preguntas formuladas, pues en otro caso, admitidas las bases de la convocatoria al no haber sido impugnadas, no cabe la impugnación del resultado obtenido, en consideraciones no contenidas en el mismo, como ahora se pretende por desconocer la puntuación que se iba a dar a cada una de las preguntas formuladas.*

*Sobre este particular, en cuanto aquí interesa, las bases de la convocatoria se limitan a establecer que*

*"los supuestos serán leídos ante el Tribunal de cada especialidad en sesión pública. Concluida la lectura, el Tribunal podrá formular preguntas sobre extremos relacionados con su ejercicio, el Tribunal valorará el rigor analítico, el conocimiento teórico de las materias desarrolladas, la capacidad de síntesis, así como las conclusiones expuestas y la claridad de ideas".*

*En consecuencia, nada se indica en las bases sobre la valoración a asignar a cada una de las preguntas formuladas a fin de conocer la valoración que se iba a otorgar a cada uno de ellas, por lo que dicha falta de conocimiento no puede constituir un motivo de impugnación.*

*A lo anterior cabe añadir que el Tribunal Calificador una vez elaborados los casos prácticos que podían ser objeto de dicho ejercicio, con las preguntas y modelos de respuesta y con la puntuación asignada a cada uno de ellos, en el acta celebrada el día 21 de mayo de 2011, procedió a sortear de entre ellos cuatro casos, a desarrollar a elección de los aspirantes dos de ellos, aprobando los modelos de respuestas dadas a cada uno de ellos para régimen interno del propio Tribunal a la hora de proceder a su valoración.*

*Por último podemos indicar que la falta de motivación se podrá denunciar respecto de la resolución desestimatoria de la puntuación asignada por cada miembro del Tribunal Calificador a las respuestas efectuadas por los aspirantes a cada una de las preguntas a valorar, pues ello obedece al elemento subjetivo y técnico de cada uno de los miembros que conforman el Tribunal de Valoración, en base a sus propios conocimientos y especialización y mediante la cual exteriorizan el juicio técnico que sobre el elemento a valorar hacen cada uno de ellos, sin que pueda considerarse, desde un punto de vista formal, la necesidad de que la puntuación o valoración asignada a cada pregunta, vaya acompañada de una explicación o motivación complementaria que venga a justificar la puntuación concreta asignada, estimando en estos casos limitado el control a las Comisiones o Tribunales de Calificación o Valoración, sobre las bases fácticas o jurídicas distintas a las de carácter técnico, por incidir, como hemos indicado, en desviación de poder, arbitrariedad, clara y manifiesta indefensión, patente error o vulneración de las reglas que rigen la convocatoria, a acreditar en el proceso, supuestos que no se aprecian en el caso de autos".*

**SEGUNDO.-** El recurso de casación ha sido interpuesto también por Doña Laura que, por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA), reprocha a la sentencia recurrida la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que se indican seguidamente.

- **A)** El principio de tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 de la Constitución (CE), cuya vulneración se habría producido, en el criterio del recurso de casación, porque la valoración de la prueba pericial que



efectúa la sentencia recurrida, rechazando el error que fue imputado por la parte recurrente a la calificación otorgada a su segundo ejercicio en el proceso selectivo litigioso, no se asienta en un razonamiento que pueda ser considerado lógico o verosímil.

Ésa es la idea principal que se contiene en este primer reproche, que se completa con la denuncia también de haberse infringido los artículos 217 y 281 a 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); con la invocación de la doctrina contenida en las sentencias de 11 y 17 de febrero de 2004 de este Tribunal Supremo, en lo que proclama sobre los temas probatorios que pueden ser objeto de revisión en casación;

- **B)** Las normas relativas a la exigencia de motivación de los actos administrativos, contenidas en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ/PAC), "*como único medio para evitar la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos que han de servir únicamente al principio de legalidad y al interés general*"; y la infracción también de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en esta materia.

El desarrollo posterior de este otro reproche comienza con la invocación de la jurisprudencia, exteriorizada en las sentencias de 13 de febrero de 1992, 5 de diciembre de 1997 y 12 de enero de 1998 sobre la significación y finalidad que corresponde a la motivación como garantía del administrado para posibilitarle la impugnación de la decisión administrativa y para constatar si esa decisión merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines.

A continuación, con ese punto de partida, se combaten y critican los argumentos que sentencia de instancia desarrolla en su FJ quinto (antes transcrito).

- **C)** Los principios de acceso a la función pública de igualdad mérito y capacidad consagrados en los artículos 103.3 CE y 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Lo que básicamente se invoca en defensa de este reproche es que los anteriores principios resultarían vulnerados por haberse seguido un inaceptable proceso selectivo, unos casos indebidamente planteados y una indebida aplicación de las bases que determinaron la exclusión de la recurrente doña Laura.

- **D)** Los artículos 9.3, 24.1 y 106.1 CE "*en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, obtención de la tutela judicial efectiva y control de legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican*".

Se aduce en relación con esta pretendida infracción que la motivación para la exclusión de la recurrente resultaba necesaria aunque las bases no concretaran el modo en que habían de motivarse los resultados obtenidos, por ser "*llana la aplicabilidad*" del artículo 54 de la Ley 30/1992. Y se añade que no era válido para encarnar esta motivación el Informe que emitió el Tribunal Calificador, al proceder de sólo una parte de sus componentes y no dejar de ser "*un mero formulismo*".

- **E)** La jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en la sentencia de 1 de diciembre de 2011 y la que en ella se citan, en cuanto a la discrecionalidad técnica de los Tribunales de Selección.

Lo que se esgrime respecto de esta denuncia es que la sentencia recurrida es confusa y contradictoria en lo que argumenta sobre la discrecionalidad técnica.

- **F)** El artículo 63 de la Ley 30/1992 (LRJ/PAC), "*que sanciona con anulabilidad los actos administrativos cuando el defecto de forma de lugar a la indefensión de los interesados*".

Se completa el enunciado del reproche añadiendo esta doble argumentación: que el defecto de forma acaecido ha causado a la recurrente una gravísima indefensión; y que esta indefensión es necesariamente invalidante pues no fue purgada ni siquiera en la vía contencioso-administrativa.

- **G)** La constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas las de 15 de diciembre de 2012 y las que en ella se citan, "*respecto a que las bases de selección constituyen la "Ley" del proceso selectivo*".

Para justificar este último reproche se insiste en que la sentencia recurrida ha hecho una incorrecta aplicación de la normativa aplicable a los procesos de acceso a la función pública y de las bases contenidas en la convocatoria litigiosa.

**TERCERO.-** Es fundada esa falta de motivación que se reprocha a la valoración de la prueba pericial que fue efectuada por la sentencia recurrida y, también, la infracción del derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución que con esa base se imputa a dicho fallo.

Dicha valoración de la prueba pericial que fue aportada al proceso de instancia por la parte actora se manifiesta en términos demasiados genéricos cuando decide la insuficiencia de tal prueba para destruir la calificación que fue otorgada a la recurrente por el Tribunal Calificador del procedimiento selectivo litigioso y, por ello,



no cumple debidamente el canon de motivación que impone el artículo 120.3 de la Constitución y cuya observancia es obligada para dar adecuada satisfacción al derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

Lo cual es bastante, sin necesidad ya de examinar los restantes reproches realizados en el recurso de casación, para anular la sentencia recurrida y para que este Tribunal Supremo enjuicie directamente, como hará a continuación, la controversia que fue suscitada en el proceso de instancia (por aplicación de lo establecido en los apartados c y d del artículo 95.1 de la LJCA).

**CUARTO.-** Esa controversia del proceso de instancia que aquí ha de analizarse directamente versa, como resulta de la reseña de la demanda que se ha efectuado en el primer fundamento de la actual sentencia, sobre estas dos principales cuestiones:

(I) Si en las actuaciones hay elementos bastantes para considerar debidamente motivada, en los términos que resultan exigibles para articular su impugnación con todas las garantías que conlleva el derecho de defensa, la puntuación que fue otorgada por el Tribunal Calificador a la parte recurrente en el segundo ejercicio de la fase de oposición del procedimiento selectivo litigioso (inferior, como antes se puso de manifiesto, a la mínima establecida para este segundo ejercicio o prueba). Y

(II) Si en esas mismas actuaciones o en la prueba pericial que fue aportada por dicha parte recurrente hay datos y razones bastantes para apreciar que dicha calificación incurrió en un error patente.

**QUINTO.-** El debido análisis de lo suscitado en esos motivos de impugnación que fueron suscitados en la demanda formalizada en la instancia aconseja recordar, con carácter previo, la jurisprudencia sobre el significado y ámbito que ha de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, y sobre las posibilidades que ofrece el control jurisdiccional frente a los actos de calificación especializada en los que se proyecta dicha doctrina, en especial en lo referente al nivel de motivación que les es exigible.

Esa jurisprudencia, procedente de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), está caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa ( artículo 106.1 CE ), y esta contenida, entre otras, en la sentencia de 17 de octubre de 2012, casación 3930/2010 y en la más reciente de 4 de junio de 2014, casación núm. 2103/2013 .

Y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue.

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo , que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

*"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, (...)"*

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989 , que se expresa así:

*"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la **competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho** , entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE "*

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".



El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (*los aledaños*) comprenderían, de un lado, las 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 la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar 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.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por 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.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SsTS de 28 de enero de 1992, recurso 17267/1990; de 11 de diciembre de 1995, recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

**4.-** Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los *aledaños* de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional ( artículo 9.3 CE ) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002 :

*"(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.*

*La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ).*

*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".*

**5.-** La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este 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 ).





**SEXTO.-** La doctrina jurisprudencial que acaba de recordarse debe ser completada con estas otras consideraciones que continúan.

I.- La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse.

Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas ( artículos 14 y 23.2 CE ) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

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

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

**SÉPTIMO.-** Desde esa jurisprudencia que acaba de ser recordada ya debe decirse que en la aquí controvertida calificación otorgada a la recurrente en el segundo ejercicio de la fase de oposición no es de apreciar falta de motivación ni arbitrariedad.

No hay falta de motivación en el aspecto formal y tampoco en el sustantivo.

En el formal porque, con independencia de la diligencia en las actuaciones referida a que tras la primera solicitud de revisión de examen hubo una comparecencia de la recurrente en la que el Tribunal Calificador le informó de todo cuanto se ha expresado en el apartado 4 del primer fundamento de esta sentencia, consta fundamentalmente que, una vez planteado el recurso de alzada, fue emitido ese Informe de 20 de septiembre de 2011 por el Tribunal Calificador. Y en este informe, reproducido luego en la resolución administrativa que desestimó el recurso de alzada, se señala que las razones de la puntuación aplicada a cada uno de los supuestos prácticos fue el ajuste o no del examen de la actora al modelo de respuestas que previamente había sido aprobado por el Tribunal Calificador, como también figuran las calificaciones otorgadas a las preguntas del Caso Trauma; y aunque en este informe no figuran las del Caso Intoxicación, en el folio 533 del expediente administrativo aparece el desglose de los puntos que se otorgaron a cada una de las preguntas del mismo.

En el sustantivo porque, frente a la afirmación contraria de la demanda, sí constan estos tres elementos que según la jurisprudencia de esta Sala constituyen el contenido de la motivación. Así: se conoce el objeto de la calificación o valoración, que no fue sino el contenido del examen realizado por la recurrente (y que obra en el expediente); se sabe también cual fue el criterio cualitativo seguido para decidir la calificación (el modelo de respuestas previamente aprobado por el Tribunal Calificador); y se explica que la razón de la puntuación finalmente otorgada fue ese mayor o menor ajuste del examen con el modelo de respuestas de que se viene hablando.

Lo que acaba de exponerse pone de manifiesto que hubo motivación bastante para que la recurrente pudiera impugnar en el proceso judicial la calificación que le fue otorgada con total plenitud de las garantías que son inherentes a su derecho de defensa; y descarta, así mismo, que pueda aceptarse la arbitrariedad que también ha sido reprochada a la actuación administrativa que es objeto de la actual impugnación jurisdiccional.

**OCTAVO.-** Tampoco es de compartir el error patente que se imputa al Tribunal Calificador en el juicio técnico que exteriorizó al calificar el segundo ejercicio de la fase de oposición recurrente con una puntuación inferior a la mínima establecida para superarlo; y la razón principal de esta conclusión que acaba de avanzarse es que el informe pericial de doña Erica , aportado por la recurrente, lo que manifiesta es un desacuerdo o discrepancia técnica con el Tribunal Calificador en relación con las respuestas que este aprobó previamente como criterio



de calificación de las preguntas que fueron formuladas en los supuestos prácticos, o sobre las razones que luego ofreció para valorar con la concreta puntuación aplicada las contestaciones efectuadas por la recurrente en su ejercicio, pero no que aquellas respuestas o criterios, ni las posteriores razones, hayan sido calificadas por la mayoría o generalidad de la Comunidad Científica como un error que sea inequívoco, claro y patente.

La lectura de lo que ese informe expone sobre lo que respondió la actora en las distintas preguntas, y sobre lo que valoró el Tribunal Calificador, tan sólo permite constatar ese distinto parecer técnico sostenido por la perito que acaba de señalarse en relación con los criterios y soluciones elegidos como correctos por el Tribunal Calificador, pero no que dichas opciones de este último hayan sido mayoritariamente considerados por la Comunidad Científica como errores inaceptables o evidentes.

Por lo cual, debe reiterarse lo que ya antes se manifestó, que la revisión del núcleo del juicio técnico del órgano de calificación del proceso selectivo sólo resulta jurídicamente procedente cuando se justifica un error de la entidad y características que acaban de expresarse, pues en ese singular caso esa gravísima equivocación sí merece una calificación jurídica, que no es otra que la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución ; y, paralelamente, ha de insistirse en que dicha revisión carece de justificación jurídica cuando, como aquí acontece, lo único aportado es una mera diferencia de criterio que solo demuestra ese margen de apreciación que, como ya se ha dicho, debe respetarse por ser legítimo en cuanto inevitable.

**NOVENO.-** Todo lo antes razonado conduce a declarar haber lugar al recurso de casación, a anular la sentencia recurrida y también a desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

En cuanto a las costas, no procede hacer una especial imposición de las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación, en aplicación de lo establecido en el artículo 139, 1 y 2, de la LJCA ; y debe señalarse respecto de las costas de la instancia que, pese a que la tesis de la parte recurrente no haya alcanzado éxito, su impugnación jurisdiccional estaba fundada en una razonable duda sobre los presupuestos fácticos en que se asentó la actuación administrativa controvertida y sobre la corrección jurídica de su decisión.

## FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Laura contra la sentencia de 22 de julio de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (dictada en el recurso número 2044/2011 ), y anular dicha sentencia con la consecuencia de lo que se declara a continuación.

2.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia por Laura , al ser conforme a Derecho la actuación administrativas impugnada en lo que ha sido objeto de discusión en el actual litigio.

3.- No hacer especial imposición de las costas causadas en el proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las correspondientes a este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martin de Hijas **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

## Voto Particular

### VOTO PARTICULAR

FECHA:23/12/2014

**VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO MAGISTRADO SR. DON Jose Diaz Delgado a la sentencia recaída en el recurso de casación número 3157/2013.**

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de la Sección Séptima de esta Sala contenida en la presente sentencia emito voto parcialmente discrepante de la misma en base a las siguientes consideraciones:

**PRIMERO.- La doctrina de la llamada discrecionalidad técnica.**

Compartimos el criterio del sector doctrinal que entiende que la discrecionalidad, en cuanto supone una potestad de la Administración de decidir entre distintas opciones, todas ellas conformes con el ordenamiento jurídico, no se compadece con el calificativo de técnica, pues cuando se trata de alcanzar una verdad técnica



nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, en el caso de los procesos selectivos ante el aspirante más capaz y con más mérito, que exigirá un esfuerzo interpretativo de concreción, pero al final sólo uno reunirá esta condición. En consecuencia estamos ante un problema de prueba. Por otra lado la dificultad técnica de concretar el alcance de este concepto jurídico indeterminado no es distinta a la que nos encontramos en cualquier otro ámbito jurídico, la mejor oferta en los procedimientos contractuales, el valor de justiprecio, la valoración de una enfermedad por el EVI, o por Tribunales Calificadores en procesos selectivos, por poner tan solo unos ejemplos, en ninguno de los cuales se acude sin embargo al concepto de discrecionalidad técnica para establecer una inmunidad al control jurisdiccional, y en los que el control de los actos administrativos suele ser pleno por parte de los órganos jurisdiccionales.

## **SEGUNDO.- La ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la entrada en vigor de la Constitución.**

La sentencia recuerda acertadamente la evolución que la jurisprudencia ha venido manteniendo desde una posición que impedía cualquier tipo de prueba tendente a demostrar el error de apreciación por parte de los Tribunales Calificadores y como ya antes de la derogación de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, se vinieron estableciendo límites a dicha discrecionalidad a través del control de los hechos, de la motivación o de los principios generales del derecho y de la arbitrariedad, distinguiéndose entre lo que era el núcleo técnico de la decisión discrecional, de los llamados aledaños, entre los que se encontraba la motivación, con los requisitos que tan brillantemente destaca la sentencia de la que discrepamos.

Conviene destacar que esa vieja jurisprudencia no puede seguir siendo la misma, tras la entrada en vigor de la Constitución. En efecto la ley de 1956, cuyo valor excepcional para la configuración del Estado de Derecho no ha lugar a señalar, no establecía un control universal de todos los actos administrativos, baste recordar las importantísimas excepciones contenidas en el artículo 2, con la exclusión de los llamados actos políticos, y en el 40, así como en otras disposiciones (como en la Ley de Expropiación Forzosa, que vetaba los recursos por pequeñas diferencias en el justiprecio). Es decir establecía un control parcial de los actos administrativos.

Sin embargo, la Constitución consagra, en garantía del Estado de Derecho previsto en su artículo 1º, la fiscalización universal de todos los actos administrativos, ( artículos 9.3, seguridad jurídica, en relación con el 24.1 y 106.1). En consecuencia, el tratamiento de esa inmunidad respecto al control jurisdiccional no puede ser lo mismo antes y después de la Constitución. Y por eso precisamente las excepciones de que antes hemos hablado han ido siendo eliminadas por las decisiones de esta Sala y por la doctrina del Tribunal Constitucional.

La sentencia recuerda que el Tribunal Constitucional ha venido considerando la existencia de esta doctrina jurisprudencial de la discrecionalidad técnica, pero también la sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 29-11-2004, nº 219/2004, BOE 3/2005, de 4 de enero de 2005, rec. 2773/2000. Pte: Rodríguez Arribas, Ramón, sostiene en su fundamento jurídico sexto que:

*" Este Tribunal ya desde su STC 39/1983, de 16 de mayo, FJ 4, afirmó al respecto 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".*

Sin embargo sostiene que:

*Este Tribunal ha afirmado, por una parte 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**" ( SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, ( declara la nulidad del artículo 40.f) de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto excluye del recurso aquellos actos en que se disponga por una Ley, dado el carácter universal del control de la Administración Pública por los Tribunales).*

Añade dicha sentencia que :

*(...) aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de justicia en el control de esta actividad administrativa, también este 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.(...)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" .*

Por su parte la sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 10-5-2004, nº 86/2004, BOE 129/2004, de 28 de mayo de 2004, rec. 3062/2001. Pte: Delgado Barrio, Francisco Javier sostiene que en realidad la llamada discrecionalidad técnica no es sino una presunción iuris tantum, así se dice en el fundamento jurídico tercero que:

**"ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE, art. 23.2 art. 24.1 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 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 EDJ1993/10810) - ( STC 34/1995, FJ 3 EDJ1995/123 )" ( STC 73/1998, de 31 de marzo, FJ 5 EDJ1998/1486).**

En consecuencia, entendida la discrecionalidad técnica como una presunción iuris tantum, si se quiere más fuerte, dada la naturaleza especializada de los órganos de procedencia, podrá ser vencida en juicio por los procedimientos y pruebas legalmente establecidas y valoradas con arreglo a la sana crítica. Desde ese punto de vista es evidente que el órgano judicial, salvo en cuestiones jurídicas en que debe conocer el derecho, no puede sustituir el criterio de los Tribunales Calificadores por el suyo propio, pero cuando valora las pruebas del proceso y llega a una conclusión razonable según las reglas de la sana crítica no aplica su criterio propio, sino el resultado del proceso que pone de manifiesto el error en que ha incurrido la Administración.

### **TERCERO.- Aplicación al caso cuestionado en el presente recurso de casación.**

Comparto el criterio de la Sala en que el recurso de casación ha de ser estimado y anulada la sentencia recurrida que amparándose en el concepto de discrecionalidad técnica rechaza sin un control efectivo el acto administrativo impugnado. Entiendo que debe rechazarse además el argumento de que la recurrente se limita a aportar prueba pericial de parte, pues esta es una de las modalidades que prevé la ley de Enjuiciamiento Civil, y no puede privársele de valor simplemente por su utilización y no por solicitar prueba insaculada.

No consta que en la realización pública de la misma se haya opuesto la parte recurrida ni haya formulado alegaciones contra las extensas razones que por la prestigiosa perito interviniente se vierten en el informe pericial rebatiendo los motivos del acuerdo recurrido que recoge un informe del Tribunal Calificador, emitido sin traslado a la recurrente, a petición del órgano resolutorio de la alzada durante la tramitación de ésta.

Por ello entiendo que no puede hacerse desde la sentencia la defensa de la parte recurrida contra el informe y que su silencio merecería la estimación del recurso.

Disiento de la sentencia recurrida en cuanto admite que la motivación se cumple solicitando en alzada un informe al autor del acto administrativo. En primer lugar porque este es un requisito del acto administrativo, como claramente se desprende de lo dispuesto en el artículo 54 de la ley 30/1992, y no del recurso que ha de ser congruente y resolverse de conformidad con los términos de éste y dentro de los límites del planteamiento del acto administrativo recurrido, sin que dicho defecto sea subsanable, y prohibiendo además expresamente el artículo 110.3 de la ley 30/1992, que los defectos formales que causen indefensión puedan beneficiar a la Administración autora del mismo. Por otra parte es evidente que el Tribunal Calificador que no motivó en su momento el acto de calificación, no puede hacerlo "a posteriori", habiendo perdido además su imparcialidad, pues lógicamente trataría de defender el acto administrativo impugnado. Por otra parte, al no haber dado traslado del informe al recurrente, es evidente que el recurso se resolvió sin la tutela efectiva del mismo.

Por otra parte queda claro de las actuaciones, donde únicamente consta que en el acto de protesta ante el Tribunal Calificador se le puso de manifiesto el expediente, que no consta allí motivación alguna, no solo de



su calificación, sino tampoco de las de los demás intervinientes, con lo que el recurrente no pudo realizar elemento de comparación alguno.

Por otra parte, a mi juicio la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia. En cualquier caso, al tratarse de un proceso selectivo, en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera hacer supuesto la retroacción de actuaciones para que por un Tribunal Calificador distinto, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los criterios de valoración.

D. Jose Diaz Delgado

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ