

DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

(Comentario a la STS de 31 de julio de 2014)¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

Esta interesante sentencia el Tribunal Supremo delimita de manera clara lo que cabe entender por discrecionalidad técnica de los órganos de selección de acceso a la función pública, corrigiendo lo razonado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues dicha discrecionalidad no ha de impedir la posibilidad de revisar el proceder de los tribunales calificadoros cuando las circunstancias acreditadas en el proceso evidencien que sus decisiones incurren en error o son arbitrarias. En este sentido, no cabe confundir la imposibilidad de sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que su juicio no sea absurdo, y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado, máxime cuando la calificación numérica no se halle suficientemente motivada, como acontece en el caso que aquí examina el Alto Tribunal, es decir, la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros no justifica atribuir puntuaciones diferentes a ejercicios sustancialmente iguales sin expresar ninguna razón que lo explique.

Palabras claves: funcionarios públicos, adquisición de la cualidad de funcionario, procesos selectivos, concurso-oposición, discrecionalidad técnica, alcance y límites y acceso a la función pública.

Fecha de entrada: 03-11-2014 / Fecha de aceptación: 24-11-2014

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (Selección de jurisprudencia de Derecho administrativo del 1 al 15 de noviembre de 2014).

En el presente comentario nos adentramos en el proceloso mundo del control jurisdiccional de las calificaciones que los tribunales designados para regir las distintas oposiciones y concursos que las Administraciones públicas convocan a fin de nutrir las plantillas de las mismas otorgan a los participantes en los mismos, materia que resulta harto problemática toda vez que el concepto de discrecionalidad técnica de la que gozan estos órganos de calificación limita de manera significativa las posibilidades de revisión de lo acontecido a lo largo del proceso selectivo.

Partiendo de lo anterior, en la sentencia objeto aquí de análisis, el Tribunal Supremo da un paso al frente delimitando claramente lo que cabe entender por discrecionalidad técnica a fin de que un uso abusivo de la misma encubra, en realidad, verdaderas situaciones de arbitrariedad en la forma de comportarse de dichos órganos de selección.

Nos situamos en el año 2007 cuando se convoca por parte del Ministerio de Administraciones Públicas un concurso-oposición en el marco del proceso de consolidación de empleo interino, para el acceso libre en la sub-escala de Secretaría-Intervención, concurso-oposición en el que podía participar personal interino de las entidades locales. Un aspirante supera el primer ejercicio de la oposición, siendo convocado al segundo ejercicio que consistía en la elaboración de un caso práctico. Según las bases de la convocatoria, este ejercicio, concretamente, consistía en la *resolución de un caso práctico entre dos propuestos por el tribunal, relacionado con los temas del programa, ejercicio que debía ser leído obligatoriamente ante el tribunal por el aspirante, valorándose la capacidad de análisis y la aplicación razonada de los conocimientos teóricos a la resolución el problema práctico planteado, pudiendo calificarse de 0 a 60 puntos, siendo necesario obtener un mínimo de 30 puntos para superarlo*. Superado este segundo ejercicio se pasaba a la fase de concurso en el que debería tenerse en cuenta la trayectoria profesional del aspirante.

Pues bien, en este segundo ejercicio el aspirante obtiene tan solo 24 puntos, razón por la que no accedió a la fase de concurso, comenzando un periodo prolongado de reclamaciones y

revisiones ante el propio tribunal de oposiciones, que arroja un resultado estéril para sus pretensiones, fundamentándose el rechazo a la mismas en que se ha valorado su ejercicio bajo el principio de discrecionalidad técnica, demostrativo del juicio de valor de los profesionales que son los miembros integrantes del órgano colegiado o tribunal. Disconforme con la actuación del tribunal de oposición, el aspirante decide acudir a la vía jurisdiccional a fin de conseguir que se le apruebe el segundo ejercicio y así poder acceder a la fase de concurso, al sostener en definitiva la existencia de varios criterios de valoración por la diferente composición de los tribunales calificadoros.

Una vez presentado el recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por parte del interesado se formaliza escrito de demanda, que contiene un amplísimo elenco de reproches a la actuación del tribunal de oposiciones. Así esgrime la existencia de varios *criterios de valoración de los ejercicios*, lo que supone una clara arbitrariedad de la Administración y ello a pesar de que en la convocatoria solo existe un tribunal único, pero que de hecho se ha actuado como si hubiera varios tribunales al abusar de las sustituciones por los miembros suplentes de los titulares del tribunal, de manera que el mismo se constituía unos días *con unos miembros y otros días con otros*, dependiendo del día, y así los criterios de valoración del segundo ejercicio han ido variando, siendo diferentes dependiendo de quién estuviera ese día formando el tribunal.

También apunta que la valoración de su segundo ejercicio carece de explicación racional, pues ante los *ejercicios prácticamente idénticos* se debe dar una calificación similar, lo que no ha acontecido pues ante la existencia de siete u ocho exámenes similares se han dado calificaciones dispares, aprobando los más y suspendiendo el recurrente.

Comienza su respuesta la sala a los alegatos del recurrente, fijando claramente los límites del objeto del recurso, toda vez que en sus razonamientos se entremezclan críticas a las bases de la convocatoria del proceso selectivo con aquellos en los que se ciñe a lo que considera su injusta exclusión del propio concurso-oposición. Pues bien, con relación a la impugnación de las bases, la sala de instancia precisa que no se pueden cuestionar las bases de un concurso por quien, sin objeción ni protesta alguna, tomó parte en el mismo, toda vez que para evitar los hipotéticos perjuicios que pudieran seguirse de la aplicación de las bases se ha de empezar por impugnarlas y no esperar pasivamente a ver cuál es el resultado final, de manera que si es contrario a nuestros intereses, impugnarlas, lo que no es posible pues han devenido firmes al no haber sido combatidas en tiempo y forma. La consecuencia de todo ello es que se puede llegar a concluir que las bases de la convocatoria son la ley de las correspondientes pruebas selectivas y que vinculan tanto a la Administración convocante, como al tribunal calificador, y a los participantes.

De esta manera se concreta el objeto del recurso en las críticas que efectúa el interesado con respecto a lo acaecido en el segundo ejercicio que no superó, con la consiguiente exclusión de aquel del proceso selectivo, interpretando dicho suspenso a la luz de las bases de la convocatoria. En primer término critica la intensa intervención de los miembros suplentes del tribunal, que

hace que el mismo presente en cada sesión una composición diferente, lo que lleva aparejado que los criterios de valoración resulten tan heterogéneos que puedan llegar a calificar ejercicios que presentan una gran similitud con distinta puntuación.

Sin embargo la sala, a la vista de las bases de la convocatoria, no anuda efecto invalidante alguno a esta circunstancia, pues aquellas permiten la formación del tribunal en cada sesión con cualesquiera miembros, titulares o suplentes, sin preverse un criterio de sustitución específico.

Es cuando la sala ha de responder a la pretendida falta de motivación de las decisiones adoptadas por el tribunal de oposiciones aducida por el actor, el momento en que se trae a colación en el debate jurídico el hilo conductor sobre el que va a descansar la decisión de la sala y que no es otro que la denominada discrecionalidad técnica de la que gozan los órganos calificadores de concursos y oposiciones en el desarrollo de su cometido de valoración, de modo que solo en determinadas circunstancias tales como la existencia de dolo, coacción, infracción de las normas reglamentarias que regulan su actuación, o de las propias bases de la convocatoria, que vinculan por igual a la Administración y a los participantes en el proceso selectivo, es posible la revisión jurisdiccional de las actuaciones de tales órganos, pues de admitirse lo que defiende el recurrente los órganos jurisdiccionales tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no solo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque estos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más.

En resumidas cuentas, la Sala viene a desestimar el recurso al dejar fuera de su decisión la valoración del examen efectuado por el actor, considerando adecuadamente motivada la puntuación del tribunal al sostener que nos encontramos ante un juicio razonado de dicho órganos de selección, que no incurre en ninguno de los vicios antes descritos que podrían llegar a posibilitar la anulación de la nota otorgada al recurrente.

Disconforme con tal decisión el recurrente decide interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo recogiendo su escrito de interposición del recurso hasta cinco motivos de casación, los dos primeros de carácter formal que son rechazados por el Alto Tribunal, siendo lo más relevante la doctrina que se dicta en relación con los otros de carácter sustantivo y que dada su íntima conexión son analizados de manera conjunta. En esencia en estos tres motivos, se afirma la vulneración de las bases de la convocatoria por parte de la sala de instancia, infringiéndose por ella la doctrina jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad técnica, motivos con respecto a los cuales el Tribunal Supremo anticipa su respuesta estimatoria a las pretensiones del recurrente.

Y es que afirma el Tribunal Supremo que la sala de instancia no aplicó de manera correcta ni las bases de la convocatoria ni siquiera la doctrina jurisprudencial dictada en relación con

la discrecionalidad técnica, lo que lleva a apreciar la lesión del derecho del actor reconocido en el artículo 23.2 de la CE a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reprochando, igualmente a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que hubiera prescindido de la evidencia que suministraban los ejercicios de los aspirantes cuya comparación pretendía el actor, pues consideraba que ante ejercicios casi idénticos, la puntuación otorgada difería mucho entre ellos.

Y es que el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concurso no implica que nos encontremos ante un ámbito de impunidad para que aquel se produzca, pues el Tribunal Supremo afirma que siempre resulta posible revisar el proceder de los mismos cuando resulte acreditado que sus decisiones son erróneas o son arbitrarias, como acontece en el presente supuesto en el que el tribunal del concurso-oposición no siguió el mismo criterio respecto de todos los aspirantes, dando un trato desigual a los mismos. Eso sí, advirtiéndole al recurrente que su posición acerca de la composición variable del tribunal, participando de manera indistinta vocales titulares con los suplentes, no puede erigirse como la causa de la desigualdad en la calificación, pues son las propias bases de la convocatoria, no impugnadas por el recurrente, las que permiten, sin motivación alguna, sustituirse entre ellos cuando así lo considerasen oportuno.

Resulta muy atractiva la doctrina que el Tribunal Supremo establece con relación a la motivación de las calificaciones numéricas que presiden las oposiciones, apuntando que siendo en principio válida esta forma de medir o valorar el resultado de las pruebas en los procesos selectivos, tal como lo prevén el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 y las bases de la convocatoria, el hecho de que en estas solamente se haga referencia a una puntuación determinada no será bastante cuando el interesado la discuta, como aquí ha sucedido, siendo así que en este caso únicamente nos encontramos con esa puntuación, pues los juicios razonados 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 teóricos a la resolución del problema práctico planteado, aplicando sin más la base de la convocatoria sin razonar de manera individualizada el porqué de la nota del recurrente, no pudiendo, en consecuencia, considerar motivada la calificación otorgada.

Desciende incluso el Tribunal Supremo a comparar los ejercicios del recurrente con otros que obran en las actuaciones, llegando a concluir que nos encontramos ante exámenes sustancialmente idénticos, no alcanzándose a comprender que ante dichos contenidos idénticos al recurrente se le calificó con 24 puntos y al otro se le dieron 31 puntos, superándose con ello la fase de oposición. De esta manera resulta acreditado la lesión del derecho de igualdad del recurrente.

Una vez estimado el recurso de casación, el Alto Tribunal entra a resolver sobre el fondo de la cuestión, reconociendo el derecho del recurrente a que se le tenga por aprobado el segundo ejercicio de la fase de oposición, reconociéndole igualmente que si tras la fase de concurso obtiene una puntuación mayor al del último de los aspirantes finalmente aprobados, sea nombrado funcionario con efectos desde el nombramiento de los funcionarios que superaron el concurso-oposición.

En fin, nos encontramos ante una sentencia que podemos calificar de «valiente», pues a fin de reducir la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y situarla en su justo término, a fin de que dicho concepto doctrinal no ampare actos arbitrarios de dicho órganos al calificar los ejercicios de la misma, se exige un mayor grado de motivación de las calificaciones numéricas con las que se puntúan dichos ejercicios.