

GESTIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS, DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y CONTROL JUDICIAL*

MANAGEMENT OF SELECTION PROCEDURES, TECHNICAL DISCRETION AND JUDICIAL CONTROL

Joan Mauri Majós

Profesor Titular (EU) de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Administrativo,
Derecho Procesal y Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Barcelona
jmaurim@ub.edu

Jasota/Recibido/Received:
20/04/2018

Onartua/Aceptado/Accepted:
20/07/2018

© 2018 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObrasDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Enplegu publikoan lanean hasteko deialdi-ziklo berri baten atarian gaude. Urte asko igaro dira deialdirik egin gabe, eta helburua plantillak egonkortzea da. Une egokia da, hortaz, hausnarketa egiteko epaitegiek hautaketa-prozesuen kudeaketari eta kalifikazio-organoen erabakien gaineko kontrolari buruz sortu duten doktrinan jasota dauden datu objektiboak buruz. Azken batean, helburua zera da: aipatutako prozesuak berme osoz gauzatu ahal izatea eta benetan amaituko direla ziurtatzea. Ildo horretan, gure lanean zehaztu nahi izan dugu zer nolako kontrola egiten duten organo judizialek eta zer nolako begirunea izaten zaion oraindik hautaketa-epaimahaien berezko diskrezionalitate tekniko delakoari.

Gako-hitzak: langileen hautaketa, deialdien oinarriak, hautaketa-organok, diskrezionalitate tekniko, mamia eta ingurukoak, ziurtasunaren susmoa, motibazioa, kontrol judiziala.

Resumen: A las puertas de un nuevo ciclo de convocatorias de acceso al empleo público que permitan la estabilización de las plantillas después de un largo período de congelación, conviene reflexionar sobre los datos objetivos que emergen de la doctrina elaborada por los tribunales de justicia sobre la gestión de los procesos de selección y el control de las decisiones de los órganos de calificación con la finalidad última de que dichos procedimientos puedan realizarse con todas las garantías y permitan asegurar su conclusión efectiva. Nuestro trabajo intenta determinar el tipo de control realizado por los órganos judiciales y las deferencias que se mantienen a favor de la llamada discrecionalidad técnica propia de los tribunales selectivos.

Palabras clave: Selección de personal; bases de la convocatoria; órganos de selección; discrecionalidad técnica; núcleo y alrededores; presunción de certeza; motivación; control judicial.

Abstract: On the brink of a new cycle of notices of public employment competitions that allow the stabilization of staff after a long period of freezing, it is convenient to reflect on the objective data that emerge from the doctrine elaborated by the courts of justice on the management of selection processes and the control of the decisions of competition selection boards with the ultimate goal that these procedures can be carried out with all the guarantees and allow to ensure their effective conclusion. Our work tries to determine the type of control carried out by the judicial bodies and the deferences that are maintained in favor of the so-called technical discretion of selection boards.

Keywords: Personnel selection; notices of competition; selection boards; technical discretion; nucleus and surrounding areas; presumption of certainty; motivation; judicial control.

* La elaboración de este trabajo se enmarca en el proyecto de I+D siguiente: Referencia: DER2015-70981-P; Título: EL ALCANCE DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS COLEGIADOS DOTADOS DE AUTONOMÍA FUNCIONAL. IP: Elisenda Malaret. La versión que ahora se presenta resulta ser una redacción, corregida y ampliada, de la ponencia leída el día 13 de abril de 2018 en el Seminario de Derecho Local de la Federación de Municipios de Cataluña, con el título: «Crisis del principio de discrecionalidad técnica y control judicial».

Sumario

1. El principio de discrecionalidad técnica y su evolución.—2. Las líneas maestras y los hitos evolutivos de la discrecionalidad técnica.—3. La identificación del núcleo y de los aledaños.—4. La presunción de certeza de la decisión del órgano de selección.—5. La indudable importancia de la motivación.—6. Referencias bibliográficas.

1. El principio de discrecionalidad técnica y su evolución

La doctrina de la discrecionalidad técnica de las comisiones y los tribunales administrativos designados para valorar los procesos selectivos para el acceso al empleo público se fundamenta en una premisa clara: la resolución de una oposición o concurso para cubrir una plaza de funcionario ha de hacerse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad de los aspirantes. En consecuencia, el discernimiento de los méritos y las capacidades de los candidatos a una vacante en el empleo público ha de corresponder exclusivamente a órganos técnicos que estén integrados por personas dotadas de la debida cualificación científica en la materia propia de ese puesto, tal como se afirma en la STC 215/1991, de 14 de noviembre.

El corolario último de este planteamiento es, en palabras del ATC 681/1986, de 30 de julio, que la valoración de los tribunales examinadores no puede ser sustituida o corregida por otros órganos en lo que esta tiene estrictamente de apreciación técnica. Más concretamente, los tribunales de justicia no pueden entrar a examinar y, en su caso, a rectificar, la estimación que de los méritos y capacidades de los aspirantes a determinados puestos se pueda llevar a cabo por los órganos técnicos que han sido exclusivamente llamados por la Ley al desempeño de dicha tarea, pretensión esta que entrañaría pedir a los jueces y magistrados algo que no entra en su jurisdicción. Los tribunales del poder judicial son ciertamente competentes para enjuiciar los aspectos jurídicos de la actuación del órgano calificador de la oposición, pero

en modo alguno pueden sustituir o corregir a este en lo que su valoración tiene de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada comisión administrativa, con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada caso a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los aspirantes y, en palabras del ATC 274/1983, de 8 de junio: «tal supuesto es absurdo no sólo porque humanamente implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más».

Por tanto, de estos primeros enunciados se deduce que la discrecionalidad técnica es una capacidad de valoración en base a la utilización de criterios técnicos, esto es, de saberes especializados, habilitado por una norma jurídica que lo configura como una potestad reservada a unos determinados órganos de la Administración (Nieto García, 1964; Desdentado Daroca, 1997).

En nuestro país, la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica no es precisamente unánime, mantiene fuertes contradicciones internas y, además, parece ir evolucionado con el tiempo a través de una serie de líneas de tendencia que apuntan a un incremento del control sin que ello suponga la desaparición de una serie de deferencias en favor de las interpretaciones y juicios proporcionados por los órganos técnicos de selección.

El punto de partida en la construcción de la doctrina de la discrecionalidad técnica y su control, es sin duda la STC 39/1983, de 16 de mayo, donde se afirma sin reservas que una valoración de méritos: «no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional». Por añadidura, se declara también que una valoración conjunta de las diversas circunstancias que concurren en una

persona para acreditar su aptitud previa al ascenso a un empleo: «no pueden hacerla más que los órganos de la Administración especializados para ello».

También se dice en el mismo pronunciamiento que dicha conclusión no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.2 CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho previsto en el artículo 103.1 CE, ni tampoco la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican enunciada en el artículo 106.1 CE, concluyendo que todo ello no puede obviar que ese control puede encontrarse en determinados casos con límites determinados, señalando que: «Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundamentado 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».

La deferencia plena a favor de las decisiones técnicas de los órganos de selección que acredita el pronunciamiento citado se empieza a matizar en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, donde se enuncia la distinción entre el llamado «núcleo material de la decisión técnica», inasequible a una valoración externa, y sus «aledaños», en referencia a los criterios reglados que garantizan el efectivo cumplimiento de las exigencias constitucionales relacionadas con el principio de igualdad y mérito que ha de satisfacer el órgano técnico y que son susceptibles de control.

Paralelamente, aunque se acepta que los órganos calificadoros integrados por personas designadas mediante procedimientos basados en criterios objetivos generales que avalen su competencia científica son los únicos habilitados para emitir un juicio técnico, se advierte también que los órganos de control externos están capacitados para intervenir cuando resulte manifiesta la arbitrariedad de la selección efectuada y, por tanto, el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen el proceso de selección, y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos.

A todo esto, se subraya, en cualquier caso, el carácter meramente negativo de cualquier operación de control que se pueda ejercer legítimamente, advirtiendo de que la apreciación técnica llevada a cabo por las comisiones del concurso no puede ser objeto de sus-

titución por la que posteriormente lleve a cabo un órgano no especializado, lo que entrañaría la vulneración constitucional del mismo principio de igualdad y mérito.

La STC 353/1993, de 29 de noviembre, se esfuerza en detallar la doctrina trabada por anteriores pronunciamientos del órgano constitucional relativa a la fiscalización por parte de los jueces y tribunales de las decisiones o actuaciones de los tribunales y comisiones calificadoras que han de resolver las oposiciones y concursos. En la exposición de esta doctrina el Tribunal Constitucional, haciendo suya una consolidada opinión jurisprudencial elaborada por los órganos judiciales ordinarios, tiene ocasión de manifestar que, aunque los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos calificadoros de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a estos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, recordando al efecto que en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, dicho juicio solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración que en cuanto tal escapa al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio afecte a cuestiones de legalidad que se puedan llegar a plantear en el caso concreto, utilizando al efecto todas las posibilidades técnicas que se han ido incorporado a nuestro acervo jurídico.

Con todo, dicho pronunciamiento especificará que el reconocimiento expreso de un ámbito de discrecionalidad técnica sobre la calificación de los exámenes y las pruebas en las oposiciones y concursos, no supone la desaparición del derecho a la tutela judicial efectiva. El acto administrativo de calificación puede ser objeto de la acción fiscalizadora de los tribunales de justicia. Lo que sucede es que en tales casos la revisión jurisdiccional experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento último en una «presunción de razonabilidad» o «de certeza» de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción *iuris tantum*, también puede desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por haber incurrido en desviación de poder, arbitrariedad o por la ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.

El valor de este pronunciamiento es indudable. Los juicios técnicos de los órganos de selección dejan de

considerarse un área inmune al control judicial. Simplemente se consideran ciertos. La versión del órgano de selección sobre los hechos determinantes de la valoración que fundamentan su decisión se constituye en una «verdad interina», es decir, se considera una presunción, lo que supone para un posible interesado la carga de accionar o impugnar la decisión selectiva que le permita destruir la validez de la que se beneficia el juicio técnico a través de otros elementos de prueba que pueden de ser objeto de alegación y consideración, advirtiéndose al respecto que dichos elementos deberán acreditar la existencia en el juicio técnico de una desviación de poder o una arbitrariedad derivada de la ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en un error grave y manifiesto debidamente acreditado por la parte que lo alega, lo que por cierto parece excluir toda posibilidad de plantear una mera valoración alternativa.

Así y todo, no puede ignorarse la importancia de esta consideración: la resolución selectiva como decisión técnica no es un acto exento de control sino, sencillamente, una determinación provisoria que se puede discutir en supuestos concretos a través de los instrumentos procesales pertinentes, tal como se afirmará en las SSTC 354/1993, de 29 de noviembre, y 84/2004, de 10 de mayo.

De esta manera resulta consolidada la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la discrecionalidad técnica en los procesos de selección de personal que podemos resumir ahora de la manera siguiente:

- a) El control judicial de la actividad administrativa no alcanza a la revisión de lo que propiamente sea objeto de la discrecionalidad técnica, pues lo que no pueden hacer los tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos de selección.
- b) La deferencia de los órganos judiciales se refiere al propio núcleo de la decisión técnica y no a sus aledaños, es decir, a la fiscalización desde el plano de la legalidad de la actuación ordinaria del órgano calificador.
- c) El respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica sólo se justifica en una presunción de certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, en cuanto aplican criterios resultantes de saberes concretos especializados que comportan un cierto margen de apreciación, es decir, dicha discrecionalidad guarda una estrecha relación con una determinada composición orgánica y situación posicional de los órganos de selección que emiten los pertinentes juicios técnicos.

- d) Las modulaciones que encuentra el control judicial de la discrecionalidad técnica desembocan en una presunción de certeza de la actuación administrativa que se puede llegar a desvirtuar si se acredita en el comportamiento del órgano calificador desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otras razones, por falta de motivación o por fundarse en un patente error, debidamente acreditado a través de los correspondientes instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional.

2. Las líneas maestras y los hitos evolutivos de la discrecionalidad técnica

Sobre estos mimbres la doctrina administrativista y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo han dado algunos pasos más. En el ámbito doctrinal es bien conocido el debate producido sobre la exención jurisdiccional del núcleo de la decisión formada en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, debate que forma parte de uno más general sobre la llamada lucha contra las inmunidades del poder, como elemento propio y característico de la doctrina del Derecho Administrativo (García de Enterría, 1962; Fernández García, 1994), al que se ha contrapuesto un modelo más equilibrado de relación entre las prerrogativas de una Administración, que hay que entender ahora fundada en un modelo democrático de gobierno, y el control de los tribunales de justicia (Muñoz Machado, 1989; Parejo Alfonso, 1993; Sánchez Morón, 1994). Un debate que se nos aparece como inacabado a la vista de las últimas y recientes aportaciones sobre esta cuestión (Fernández García, 2015; Rivero Ortega, 2015; Sánchez Morón, 2015; Laguna de Paz, 2017; Igartua Salaverria, 2017).

En el ámbito judicial, es bien conocida la doctrina de las llamadas «líneas maestras e hitos evolutivos» en el control de la discrecionalidad técnica, caracterizada por lo que se entiende un permanente esfuerzo para ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (art. 106.1 CE), que se puede resumir en los puntos que siguen:

- a) La aceptación de la legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad

dad técnica a partir de la STC 39/1983, de 16 de mayo, y el señalamiento expreso de unos primeros límites para la misma que vinieron a consistir en la aplicación de las técnicas de control que significan el análisis de los elementos reglados, el estudio de los hechos determinantes y la aplicación de los principios generales del derecho. Aquí resulta de cita obligada la STS de 5 de octubre de 1989, ROJ: STS 10741/1989, donde se dice que: «Es jurisprudencia constante que los órganos administrativos a quien 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 del valor 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 o técnica de la Administración, que como es sabido 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 relieve los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el art. 103 de la Constitución».

- b) La evolución jurisprudencial posterior, parece aclarar esos límites tomando como referencia la distinción enunciada en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños». El primero estaría representado por el estricto juicio técnico, y los segundos comprenderían, por una parte, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean ese juicio para hacerlo posible, y por otra, las pautas jurídicas que son exigibles a dichas actividades. Esas actividades serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que serán utilizados y a aplicar dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resulten necesarios para

llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el 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 del mandato de interdicción de la arbitrariedad.

- c) Un punto más en esa línea evolutiva lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico derivada de la obligación de cumplir el mandato de interdicción de la arbitrariedad, lo que conlleva la necesidad de explicar las razones de esa decisión cuando hayan sido demandadas expresamente o cuando sea objeto de impugnación la calificación que exteriorice el juicio del órgano técnico, una pauta que expresa una continua jurisprudencia que toma como punto de arranque la STS de 10 de mayo de 2007, rec. 545/2002.
- d) La fase final de la evolución que comentamos la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. A ese respecto, la STS de 27 de noviembre de 2007, rec. 407/2006, ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas exigencias: 1) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; 2) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; 3) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individual que otorga preferencia a un candidato frente a los demás.

Si repasamos lo dicho hasta el momento veremos que tres son los elementos esenciales de esas líneas maestras sobre las que se asienta la progresión en el control de la discrecionalidad técnica que han llevado a término los órganos judiciales: la distinción entre el núcleo de la decisión técnica y sus aledaños, la calificación del juicio técnico como una presunción que se puede destruir y la necesaria motivación de las decisiones discrecionales y su maximización.

Procedamos uno a uno al estudio del contenido último de estos «hitos evolutivos» y exploremos las posibles consecuencias que podemos deducir de su uso para una adecuada gestión de los procesos selectivos.

3. La identificación del núcleo y de los aledaños

Nos hemos referido ya a la distinción dentro del juicio técnico emitido por el órgano de selección entre su núcleo material, no susceptible a primera vista de control jurídico, y los aledaños del mismo. Una distinción que no deja de ser imprecisa y que plantea una evidente necesidad de determinación en lo que tiene que ser la segmentación de las dos esferas de posible control.

Lo que puedan ser los aledaños de la decisión técnica parecen incluir tres territorios conceptuales, más o menos consistentes, que podemos definir de la manera siguiente:

- a) Dentro del concepto de los aledaños habrían que incluir de entrada la interpretación de las reglas y de las necesarias operaciones de calificación jurídica que pautan el ejercicio de la potestad técnica.
- b) En esta expresión debemos situar también las actuaciones encaminadas a la correcta delimitación del objeto del juicio técnico, por ejemplo, las orientadas a la determinación de los méritos por valorar y de las pruebas por superar, las dirigidas a fijar los criterios de corrección que vayan a ser utilizados, y las operaciones de aplicación individual de estos criterios a cada uno de los elementos que constituyen el objeto de la valoración.
- c) La última área susceptible de inclusión en esta noción es más especulativa y permite extender el control de los tribunales de justicia a un análisis de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de los criterios y las condiciones de selección, incluyendo las relativas a la valoración y calificación de méritos y pruebas, que en última instancia se han de inspirar y guardar una estrecha relación en lo que pueda ser su aplicación, con el principio de mérito, permitiendo también considerar si dichos requisitos y operaciones se han determinado y realizado con un respecto efectivo al principio de igualdad, requisitos y operaciones que correctamente aplicadas y realizadas alejan cualquier sombra de arbitrariedad.

Planteado de esta manera el control de los aledaños permite penetrar en ámbitos hasta el momento considerados como propios de la discrecionalidad técnica de la forma siguiente:

- a) La interpretación y aplicación de las bases que rigen la convocatoria de un proceso selectivo de acceso a la función pública es una tarea no encuadrable en la denominada discrecionalidad técnica, pues, al ir dirigida a determinar el alcance de un elemento reglado y colmar sus lagunas, es en sí misma considerada una operación de calificación jurídica que esta fuera del espacio de saberes técnicos específicos al que ha de quedar circunscrito el núcleo básico de la mencionada discrecionalidad técnica. Entiéndase bien que, en principio, los tribunales y las comisiones administrativas se encuentran legitimadas para interpretar las bases de la convocatoria en aquellos aspectos que puedan dar lugar a dudas en su aplicación, pero el ejercicio de esta facultad culmina en una operación de determinación y especificación jurídica que puede ser objeto de un enjuiciamiento crítico, habida cuenta del carácter de norma o regla que se reconoce a las bases de la convocatoria para un determinado concurso u oposición, tal como se nos dice en las SSTS de 15 de diciembre de 2011, rec. 4928/2010; y de 24 de septiembre de 2014, rec. 917/2013. Ahora bien, reconocido lo anterior, tampoco se niega que el tribunal calificador dispone de un margen en la interpretación de las bases de la convocatoria que se debe respetar, y que dicha interpretación resultará admisible siempre que no sea abiertamente contraria a las que se han aprobado para regir el proceso de selección. Es decir, la comisión de valoración se encuentra legitimada para interpretar las bases de la convocatoria en aquellos aspectos que puedan dar lugar a dudas en su aplicación, sin que pueda oponerse objeción alguna al ejercicio de dicha facultad, salvo que se realice una interpretación contraria a la letra y al espíritu de la regla de la selección, adicionándole elementos que en ella no se contienen o prescindiendo de los que en ella se incluyen expresa o implícitamente, lo que se advierte expresamente en la STS de 3 de julio de 2014, rec. 2504/2013.
- b) La consecuencia más directa e inmediata de esta tesis es que los juzgados y tribunales del orden contencioso están en condiciones de afrontar si la valoración de los méritos alegados por los interesados ha sido o no realizada conforme a las bases de la convocatoria. Así pues, el tribunal calificador de un proceso de selección no dispone de discrecionalidad técnica cuando se trata de la estimación de méritos y la aplicación del baremo correspondiente, por ser este un elemento ob-

jetivo del sistema de selección del que los órganos de selección no pueden apartarse, de tal forma que no es posible que se atribuyan méritos que expresamente no se consideren tales por las bases, no se aprecien en quienes concurren o se apliquen en porcentajes superiores o inferiores a los señalados para cada uno de ellos en las correspondientes bases, situaciones referidas a la valoración de méritos y aplicación de puntuación que pueden y deben ser objeto de control jurisdiccional. De hecho, el ATS de 28 de noviembre de 2013, rec. 1082/2013, ha señalado expresamente que: «la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria [...] no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal con su decisión de excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador», un pronunciamiento que ha sido seguido por las SSTS de 11 de diciembre de 2013, rec. 833/2012, 25 de marzo de 2014, rec. 362/2013, y 10 de junio de 2015, rec. 1263/2015; en la misma dirección, la STS de 5 de marzo de 2014, rec. 4435/2012, nos ha dicho que: «la acreditación de tales méritos no encaja en la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones, sino en la pura comprobación de si una publicación o publicaciones cumple o no con los requisitos establecidos en la convocatoria para ser objeto de valoración»; igualmente, la STS de 10 de junio de 2015, rec. 1421/2014, previene que: «Lo primero que debe decirse es que la determinación del alcance que haya de darse a determinadas bases en lo que disponen sobre méritos constituidos por experiencias total o parcialmente coincidentes con el ámbito de funciones de determinados Cuerpos de la Administración equivale a la interpretación de un elemento reglado del procedimiento selectivo, siendo por ello una cuestión ajena al espacio propio de la discrecionalidad técnica y directamente controlable por los órganos administrativos ordinarios y por los órganos jurisdiccionales; y esto porque ese ámbito funcional de los Cuerpos Administrativos es una materia directamente regulada por la legislación de la función pública aplicable a cada caso». Sencillamente, la fijación de un mérito o de un criterio de valoración de un mérito no forma parte de la discrecionalidad técnica de los órganos encargados de la selección de personal, se trata de un acto preparatorio de carácter eminente-

mente reglado que no debería ofrecer margen alguno de apreciación, y cuando este existe y se da, puede y debe ser controlado por los tribunales de justicia con arreglo a estrictos parámetros jurídicos, tal como se señala expresamente en la STS de 6 de octubre de 2011, rec. 5891/2009.

- c) También resultan susceptibles de control la existencia y correcta realización de aquellas operaciones materiales tendentes al planteamiento y fijación de las condiciones de confección, formato y realización de una prueba o ejercicio, y las de determinación de los medios auxiliares que se pueden utilizar para la resolución del mismo, como se afirma en la STS de 23 de abril de 2012, rec. 3701/2010. Cuestión distinta es que la confección del contenido del examen o supuesto práctico en sí mismo considerado pueda y deba formar parte de la discrecionalidad técnica siempre que se respete una serie de condiciones como pueden ser el cumplimiento estricto de lo previsto en las bases de la convocatoria, la comprobación del principio de adecuación entre pruebas a superar y funciones o tareas a desempeñar, la delimitación suficiente de los ejercicios y exámenes a realizar, las cuestiones que se hayan de resolver o contestar y los criterios de corrección o valoración del ejercicio, operaciones que en todo caso tienen que tener lugar siempre antes de la realización efectiva de las pruebas y no ex post, dándose al respecto la adecuada publicidad a las decisiones del órgano de selección, lo que parece aceptarse a regañadientes y con todas las prevenciones citadas en las SSTS de 15 de diciembre de 2011, rec. 4928/2010, y de 18 de julio de 2012, rec. 870/2011.
- d) Se considera que los tribunales de justicia ostentan capacidad suficiente para fiscalizar la actuación del órgano calificador orientada a la fijación de lo que puedan ser criterios de valoración o corrección suficientes, de manera que sin la existencia o definición de dichos criterios, de la correspondiente tabla de puntuación o de las reglas de conversión o transformación de la corrección en puntuaciones que resulten conocidas y admitidas por todos los miembros del tribunal de selección, resulta imposible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se mueve o no dentro de los márgenes de apreciación que resultarían tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, responde a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de to-

tal justificación técnica, como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio es o no igualitario en palabras de la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2017, rec. 28/2016. De la misma manera resulta imprescindible que dichos criterios de corrección y tabla de puntuaciones sean conocidos previamente por los aspirantes que han de realizar dichos ejercicios, pues, por ejemplo, la distinta valoración otorgada a cada una de las partes de una prueba incuestionablemente condiciona la estrategia con que han de afrontar el correspondiente examen, ya que, en caso de conocerse previamente aquellos parámetros, lógicamente, cada uno de los aspirantes puede dar preferencia y concentrarse en mayor medida en las cuestiones más valoradas de cara a obtener la mayor puntuación, adaptando las respuestas a la relevancia de las preguntas planteadas, un criterio que se sostiene en la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2017, rec. 198/2015.

Una especial mención y comentario separado merece el control de las pruebas de conocimientos tipo test que han proliferado en tiempos recientes como primer o único ejercicio de la oposición, difusión que se debe a la razón fundamental de la masificación en la participación de candidatos, aunque también responde a la necesidad y exigencia de una mayor posibilidad de objetivación en su corrección.

En esta materia la jurisprudencia ha ido progresando hacía un control más intenso de este tipo de ejercicios que se ha proyectado fundamentalmente sobre la imprecisión en la formulación de algunas preguntas, el carácter equívoco de las respuestas debido a su falta de claridad y especificación, la detección de más de una respuesta válida de entre las propuestas, y, en resumen, sus resultados concretos sobre el mantenimiento o no de un candidato en el proceso de selección (Alonso Mas, 1997).

El control judicial se refiere aquí a los requisitos que han de ser observados en la confección y corrección de esta particular prueba de conocimientos, todo ello al margen de la materia o disciplina específica sobre la que puedan versar, exigiendo en dichas pruebas una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las cuestiones como de las respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de las planteadas. La actuación judicial se mueve pues en un territorio representado por la determinación de los requisitos de precisión exigibles a las pruebas de conocimiento referidas, cuya valoración se puede efectuar con pautas de racionalidad común y, consiguientemente, sin la necesidad de servirse de conocimientos especializados. Aquí el criterio de racionalidad aplicado consiste en ponderar con respecto de

esas pruebas de conocimiento, lo que se denomina en términos muy expresivos un dato, una meta y una exigencia que difícilmente sean objetables con el parámetro de una lógica elemental.

El dato es la específica configuración que tienen esas pruebas tipo test, consistente en que lo único permitido a la persona examinada es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo en el que pueda manifestar las razones de su opción.

La meta consiste en evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las posibles respuestas, existan dudas razonables sobre cuál puede ser la contestación correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas.

La exigencia es la de una exactitud y precisión tal en la formulación de las pruebas que haga inequívoca cual es la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda a la que acabamos de referirnos.

Dicha doctrina que se mantiene constante en nuestra jurisprudencia, como acreditan las SSTS de 18 de mayo de 2007, rec. 4793/2000; de 2 de junio de 2010, rec. 1491/2010; de 6 de junio de 2013, rec. 883/2012; de 24 de marzo de 2015, rec. 1053/2015; de 17 de marzo de 2016, rec. 921/2015; y de 11 de mayo de 2016, rec. 1493/2015, lleva alternativamente a la anulación de aquellas preguntas que suscitan la más mínima duda en los aspirantes o a la consideración como correctas de aquellas respuestas calificadas como erróneas que se presumen equívocas y que permiten razonablemente elegir la contestación del opositor y de la correspondiente comisión como acertada.

Por tanto se acaba aquí con la cobertura que el concepto de discrecionalidad técnica puede propiciar al juicio de la comisión si su respuesta elegida como válida no es la única sostenible, genera la más mínima duda en los aspirantes o aparece, antes o después de la evaluación, como no justificada.

De hecho, el planteamiento es simple: el juicio técnico surge en el momento de la determinación de la respuesta correcta, si la respuesta no es clara, provoca dudas o no está correctamente motivada, se puede llegar a ignorar las condiciones de los aspirantes que tienen derecho a ser evaluados según sus méritos y capacidades o se puede avalar una conducta arbitraria del órgano técnico que se nos aparece como no justificada.

Hay que destacar que la doctrina citada tiene una derivada no menor en la necesidad de conexión de las pruebas, es decir, de las preguntas, con el tema-

rio. El temario es la relación ordenada de materias incorporadas a las bases de la convocatoria, respecto de las cuales podrán formularse las preguntas de los exámenes que compondrán todas o algunas de las pruebas a realizar para acreditar el mérito y la capacidad. Dicha relación de congruencia se ha de respetar a la hora de diseñar las correspondientes pruebas de conocimientos, pudiéndose declarar inválidas aquellas preguntas que puedan resultar ajenas a la misma por una evidente falta de conexión con los temas que resultan ser representativos de unos conocimientos que no se tienen y que se han de incorporar y acreditar.

Por tanto, se hace imprescindible que dichas preguntas se puedan relacionar de forma indiscutible con el temario de una forma lógica y racional. De hecho, la discrecionalidad técnica no ampara la formulación de aquellas preguntas que hagan referencia a especificaciones o matices que no estén expresamente contenidos en los epígrafes del temario o que no se consideren representativos de los mismos. De aquí, la necesidad de que los programas y temarios sean suficientemente claros y precisos sin que su carácter genérico o imprecisión deje un excesivo margen de determinación al tribunal calificador en la formulación de pruebas, ejercicios y preguntas (Rastrollo Suárez, 2016). También aquí el planteamiento se puede subsumir en un postulado de pura lógica: el juicio de valoración de una pregunta concreta resulta ser sustancialmente diferente al cotejo de las pruebas o ejercicios con el contenido de las materias objeto del temario, como se señala en las recientes SSTSJ de Andalucía, Granada, de 19 de diciembre de 2016, rec. 620/2015; y de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2016, rec. 419/2014.

Para terminar este apartado no estará de más advertir del reconocimiento expreso de la facultad de fijar la denominada «nota de corte» que están obteniendo los órganos de selección, nota que a todos los efectos se considera una determinación discrecional de dichos órganos que les permite señalarla expresamente en alguna prueba o en el total de puntuación resultante de las pruebas que se considera necesario para superar la fase de oposición del proceso de selección.

Es sabido que un tribunal calificador puede fijar la denominada «nota de corte», y, en particular señalar la correlación entre preguntas acertadas y la calificación que determina el aprobado en un ejercicio o una prueba de la oposición, siempre dentro de las múltiples gamas de combinaciones que pueden llegar a admitirse en unas bases que se pueden llegar a formular de una manera genérica atribuyendo dicha facultad al órgano de selección. De hecho, algunas convocatorias prevén expresamente

que el tribunal calificador, teniendo en cuenta el mínimo exigible y el nivel de conocimientos de quienes se hayan presentado, decidirá cuál será la puntuación mínima para superar cada prueba, tal como se puede acreditar en la STSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2017, rec. 128/2016. Más concretamente, la SAN de 28 de junio de 2001, rec. 25/2000, advertirá muy tempranamente que la nota de corte es un criterio discrecional del tribunal de selección que establece una correlación entre preguntas acertadas y puntuación necesaria a efectos de obtención de la cualificación mínima necesaria para superar el ejercicio.

A criterio de nuestra doctrina judicial, la fijación de una nota de corte cumple la importante misión de evitar que se produzcan más aprobados que plazas, esto es, procura armonizar el límite máximo de plazas por cubrir con un número extenso de aspirantes capacitados al estar vetada la figura del aprobado sin plaza, pero no tiene como misión, o al menos no debería tenerla, la de asegurar la cobertura de las plazas al margen de la necesaria capacitación, y en resumen, la de facilitar la superación de la fase de oposición al personal no permanente que posteriormente puede verse beneficiado por una generosa atribución en la fase de concurso de una puntuación orientada al reconocimiento de los servicios prestados, como se advierte en la STS de 18 de mayo de 2016, rec. 1063/2015.

Así, la nota de corte, ya sea la fijada por la convocatoria o por el tribunal, es una calificación o puntuación bajo referencia «objetiva», en atención a un nivel de rendimiento —aciertos en las preguntas, valoraciones positivas en las cuestiones planteadas en los casos prácticos— pero no cabe fijarla a la baja por referencia «subjetiva», esto es, predeterminando el número de aprobados mediante la técnica de garantizar un número mínimo de aspirantes aprobados al margen de la mayor o menor capacidad demostrada en las pruebas.

Pues bien, no nos parece que la fijación de notas de corte o de puntuaciones mínimas para superar la fase de oposición o una prueba de la misma pueda situarse en el ámbito de la discrecionalidad técnica, especialmente si se permite al tribunal calificador la utilización de fórmulas de ponderación que puedan resultar perjudiciales para unos candidatos o beneficiosas para otros, alterando el resultado último del proceso de selección como consecuencia de las puntuaciones obtenidas en la fase de concurso.

Lo resuelto en estos casos no se proyecta a nuestro entender sobre el núcleo técnico de la decisión sino sobre una determinada interpretación o aplicación de

una base de la convocatoria que puede y debe ser objeto de control judicial, ya que toda regla o acto jurídico general, ha de ajustarse al contexto constitucional, esto es, a los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad, en armonía con su desarrollo en las correspondientes leyes.

En beneficio de estos procedimientos que parecen utilizarse ahora en las convocatorias de estabilización o de consolidación de empleo no debería alegarse, como se hace, que con ellos se pretende facilitar la adquisición de fijeza al personal no permanente, que cuenta ya con el beneficio indudable de que su experiencia reciba la correspondiente valoración en la fase de concurso, ámbito en el que deberían agotarse las facilidades legales que se les reconocen para la obtención de plaza, ya que en lo que se refiere a la acreditación de su capacidad esta debe probarse autónomamente al margen de dicha fase de concurso y en función de la acreditación de un nivel de conocimientos que ha de ser idéntico para todos los aspirantes, con independencia de su mayor o menor experiencia.

Pero lo cierto es que nuestros tribunales vienen aceptando la legitimidad de la habilitación concedida al tribunal calificador para fijar baremos instrumentales, notas de corte o umbrales de aprobados, es decir, para que pueda con posterioridad a la celebración de los ejercicios, atendiendo a los resultados obtenidos por los aspirantes y calibrando su nivel de conocimientos, establecer la nota de corte. Es más, algún pronunciamiento, cuya confección técnica es indiscutible, nos viene a decir que siempre que la nota de corte se realice de acuerdo con la habilitación prevista en la base de la convocatoria, se determine antes de conocerse la identidad de los aspirantes y permita que las puntuaciones transformadas mantengan la misma proporción que presentaban los resultados que los aspirantes obtuvieron en la contabilización directa de preguntas acertadas y erróneas dichas operaciones pueden considerarse como legítimas, tal como parece aceptarse en la STS de 11 de mayo de 2016, rec. 1493/2015.

Un planteamiento formalmente correcto pero que olvida que el problema no ese. El problema consiste, tal como se razona acertadamente en la STS de 18 de mayo de 2016, rec. 1063/2015, en que las notas de corte, y sobre todo, determinadas interpretaciones de las notas de corte, persiguen la generalización del aprobado, degradando el peso de la prueba de oposición y primando decisiva y desproporcionadamente la fase de concurso, obviando el hecho de que situar el umbral necesario de puntuación para superar una prueba o ejercicio en un nivel mínimo evaluado o cualificado es contrario a la sustancial exigencia de capacidad que indudablemente viene a requerir el artículo 103.3 CE.

4. La presunción de certeza de la decisión del órgano de selección

La deferencia judicial hacia el juicio técnico se apoya en la presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa sustentada en la especialización y en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Dicha presunción se puede desvirtuar o destruir 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 posible justificación del criterio o la decisión adoptada por fundarse en un error patente debidamente acreditado por la parte que lo alega, como se sostiene en la STC 86/2004, de 28 de mayo.

En consecuencia, entendida la discrecionalidad técnica como una presunción, si se quiere «fuerte» dada la propia naturaleza y posición de los órganos de selección, podrá ser destruida en juicio por los procedimientos y pruebas legalmente establecidos y valorados con arreglo a la sana crítica. Desde este punto de vista resulta evidente que el órgano judicial, salvo en cuestiones jurídicas, no puede sustituir el criterio de los tribunales calificadores por el suyo propio, pero cuando valora las pruebas del procedimiento y llega a una conclusión razonable según las reglas de la crítica no aplica su criterio propio, sino el resultado de un proceso que pone de manifiesto el error en el que ha incurrido la Administración, dicho en palabras del lúcido análisis realizado en el voto particular que acompaña a la STS de 16 de diciembre de 2014, rec. 3157/2013.

Por lo tanto el planteamiento es sencillo: la solvencia técnica y neutralidad que caracterizan a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurra en un error técnico, pero la prueba pericial puede demostrar esa equivocación, lo que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador.

Admitida la importancia de la prueba dentro del sistema de control judicial de la discrecionalidad se apuntan las exigencias que ha de cumplir tal pericia para permitir al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre la existencia de un error con capacidad para enervar la presunción de acierto que se predica en abstracto del juicio técnico de la comisión calificadora.

Para ello se considera necesario lo siguiente:

- a) Que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que se advierten en el dictamen del órgano calificador.
- b) Que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos puntos concretos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco el error.

En todo caso, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que se ha de reconocer como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado. 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 sector específico de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse, tal como se sostiene en las SSTs de 2 de marzo de 2007, rec. 855/2002, y de 20 de julio de 2007, rec. 9184/2007, pronunciamiento iniciales de una línea que se mantiene en la actualidad como acreditan la STS de 23 de diciembre de 2014, rec. 3462/2013, y de 16 de marzo de 2016, rec. 526/2015.

De este modo, al decir de la STS de 3 de noviembre de 2008, rec. 8586/2004, el control judicial llega también al «núcleo material de la decisión técnica» y puede suponer la anulación de los actos que se funden en ella cuando el juicio técnico es ilógico o no razonable, indicando ya la STS de 14 de julio de 2010, rec. 5649/2007, que la imposibilidad de controlar las decisiones técnicas parece superada por la jurisprudencia, advirtiendo que, aunque el juez no puede imponer sus conocimientos sobre los de los órganos de la Administración en una cuestión técnica, puede y debe admitir toda clase de pruebas, y especialmente la pericial, con la que se consigue acreditar el acierto o error de la Administración.

Con todo, lo cierto es que, al margen de estas enfáticas declaraciones, nuestros tribunales de justicia siguen manteniendo un doble orden de deferencia a favor de las decisiones técnicas de los órganos de selección. Deferencia por el juicio técnico del tribunal calificador que solo se puede destruir a través de una prueba pericial acreditada, deferencia, también, por el contenido del juicio técnico de la comisión de selección sobre un dictamen pericial que solo postule afirmar la posibilidad de una valoración alternativa o enuncie una mera opinión subjetiva diferente a la del órgano calificador, pero sin que dicha pericia llegue a demostrar la producción de un inequívoco, claro y

patente error considerado como inaceptable por los círculos técnicos de referencia o la existencia de una contradicción radical en torno a una cuestión concreta y precisa que habrá de resolverse finalmente por el tribunal juzgador.

Es más, alguno de los pronunciamientos que aceptan esta línea subrayan expresamente, tal como lo hace la STSJ de Madrid de 14 de octubre de 2016, rec. 487/2015, que la pericia capaz de desvirtuar la decisión técnica y acreditar el patente y manifiesto error interpretativo sobre el que recae el juicio técnico, consistiría en su caso en: «una prueba auténticamente pericial practicada en las actuaciones con las debidas garantías procesales, por perito insaculado, que ostentará las garantías de credibilidad exigibles, y que practicará su cometido con indicación, dirección y presencia ante el órgano jurisdiccional y las partes y siempre y cuando su resultado de forma patente, clara y adecuadamente motivado y justificado contradiga los informes y/o conclusiones emitidos por la Comisión de Selección correspondiente, destruyendo así la presunción de veracidad y acierto de que gozan las conclusiones de la misma en base a su carácter oficial».

Es decir, la revisión del juicio técnico del órgano de calificación del proceso de selección solo resulta jurídicamente procedente cuando se justifica un error de la entidad y características expresadas, 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 CE, pero paralelamente deberá insistirse en que dicha revisión carece de justificación jurídica cuando 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, como se pregona en la STS de 14 de mayo de 2018, rec. 2762/2015.

5. La indudable importancia de la motivación

Comprobar que la determinación última de los méritos a valorar, de las pruebas a realizar, y de los criterios de valoración y calificación a utilizar, se ajusta al principio de igualdad y mérito para eliminar cualquier duda de arbitrariedad o de desviación de poder en base a una correcta interpretación y aplicación de las referencias normativas y de las propias bases de la

convocatoria, es una operación última de delimitación de los llamados «aledaños» del proceso selectivo que se lleva a cabo en función de la motivación de los diferentes actos que pueda elaborar el tribunal de selección, tal como se subraya en las SSTs de 19 de julio de 2010, rec. 950/2010, y de 4 de junio de 2014, rec. 2103/2013.

De la misma manera, nuestra doctrina judicial procurar diferenciar entre lo que es el núcleo de la decisión sobre la que opera la discrecionalidad técnica y su presunta certeza, y la obligación de explicar las razones de ese juicio cuando sean expresamente demandadas o cuando se haya planteado la revisión de las calificaciones o su impugnación, lo que hace necesario la exteriorización última de su justificación.

De hecho, la STS de 10 de mayo de 2007, rec. 545/2002, y la de 4 de junio de 2008, rec. 452/2004, nos dirán que: «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». De forma más precisa, la STS de 4 de junio de 2014, rec. 376/2013, señalara que: «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 muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica».

En los dos casos, justificación de un elemento jurídico o de un juicio técnico, la actuación administrativa que no se encuentra motivada se considera arbitraria, dictada en desviación de poder o privada de toda racionalidad última, lo que la convierte en desviada o en errónea.

Cuestión distinta la constituye la concreción de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Al respecto se ha declarado que dicho contenido debe cumplir al menos una serie de exigencias esenciales como pueden ser las siguientes:

- 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 utilizaran para emitir el juicio técnico.
- c) Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga preferencia a un candidato frente a los demás.

Dicho planteamiento se puede formular de forma diferente cuando se señala, como lo hace la STS de 24 de julio de 2014, rec. 2592/2013, que la motivación ha de explicar lo siguiente: 1) los criterios cualitativos que fueron establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de lo expuesto en el ejercicio; 2) la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto; y 3) por qué un ejercicio merecía el concreto nivel que exteriorizó la concreta puntuación.

Aún más, para las pruebas de selección fundamentales en entrevistas personales, la STS de 26 de mayo de 2016, rec. 1785/2015, exigirá: 1) que se explicita expresamente si se llegaron a establecer con anterioridad a la entrevista los criterios que se han de seguir para apreciar la existencia o no de déficit en cada una de las competencias que son objeto de evaluación y que permiten apreciar la adecuación del candidato al perfil profesional de la plaza, mediante la expresión de la clase de conducta o respuesta del aspirante que será considerada como expresiva de la posesión o no de cada una de las competencias; 2) detallar las concretas respuestas que fueron ofrecidas por el aspirante y las conductas que en él fueron apreciadas en la prueba de entrevista personal; 3) explicar por qué esas respuestas y conductas concretamente ponderadas en el aspirante encarnan de manera positiva o negativa los criterios de evaluación que han de aplicarse

En ocasiones lo cierto es que el razonamiento parece adoptar una perspectiva circular cuando se advierte que la existencia o no de una motivación razonable y coherente consiste en sí misma en un aledaño de la decisión selectiva que el tribunal de justicia puede aducir para controlarla. Es decir, la falta de motivación suficiente de una calificación otorgada en un proceso de selección permite demostrar que los pasos seguidos para fijar el juicio técnico se demuestran como arbitrarios y, por tanto, permiten cuestionar la puntuación última del mismo, como se afirma en la STS de 1 de abril de 2009, rec. 6755/2004.

En todo caso, el silencio de la Administración en los procesos de determinación de méritos o la incapacidad para explicitar los criterios de confección de determinadas pruebas o señalar sus criterios de corrección conducen a la mera asignación de puntuaciones sin fundamento alguno, con lo que procede una nueva calificación motivada del mérito o del ejercicio con los resultados que resulten proceden-

tes, como se afirma taxativamente en las STS de 16 de marzo de 2015, rec. 735/2015; de 11 de febrero de 2016, rec. 3834/2016; y de 27 de abril de 2016, rec. 1844/2016.

Para terminar, no estará de más subrayar que la estructura que parece adoptar este particular tipo de motivación, con independencia de su mayor o menor profundidad, es la de la justificación de un examen o una calificación de carácter estrictamente individual, con lo que está en juego es única y exclusivamente el juicio hecho o la calificación obtenida al margen de todo elemento comparativo, es decir, con total independencia de la decisión tomada o la puntuación otorgada al resto de los candidatos, sin elementos o términos de comparación.

Sin embargo, lo cierto es que todo proceso competitivo resulta ser un proceso de comparación de las

capacidades y los méritos de las personas aspirantes a un empleo público. Comparar capacidades y méritos de los candidatos significa relacionarlos unos con otros para evidenciar sus similitudes y diferencias, y así justificar la preferencia de unos y el apartamiento de otros. Por tanto, la motivación de una decisión selectiva debería acreditar la efectividad última de la comparación realizada en base a las pruebas realizadas y a la valoración de méritos efectuada. Lógicamente, en procesos de selección donde han comparecido un gran número de candidatos dicha justificación puede resultar muy difícil o casi imposible. Pero no parece ilógico afirmar que cuando se reclama la justificación de una decisión selectiva ésta ha de ser capaz de determinar aquellos elementos que se han tenido en cuenta para postergar un candidato en beneficio de otros que han sido preferidos en el momento de la decisión.

6. Referencias bibliográficas

- Alonso Más, M. J. (1997). La fiscalización jurisdiccional de las pruebas tipo test para el acceso a la función pública. *Revista de Administración Pública*, 144, 171-218.
- Desdentado Daroca, E. (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid: Civitas.
- Fernández García, T. R. (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.
- Fernández García, T. R. (2015). La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. *Revista de Administración Pública*, 196, 211-227.
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, 38, 159-205.
- Igartua Salaverria, J. (2017). Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, intermediación, sana crítica. *Revista de Administración Pública*, 204, 11-39.
- Laguna De Paz, J. C. (1989). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 186, 83-108.
- Muñoz Machado, S. (1989). *La reserva de jurisdicción*. Madrid: La Ley.
- Nieto García, A. (1964). Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*, 44, 147-162.
- Sánchez Morón, M. (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2015). Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013). *Revista de Administración Pública*, 197, 209-222.
- Parejo Alfonso, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos.
- Rastrollo Suárez, J.J. (2016). Sobre los límites a la discrecionalidad en las pruebas selectivas de la función pública ¿Han de ser precisos y detallados los temarios de oposición? *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, 339-366.
- Rivero Ortega, E. (2015). *El acceso a la profesión y a la función pública docente del profesorado de educación secundaria obligatoria y de bachillerato*. (Tesis Doctoral). Universidad de Salamanca, Castilla y León.