

# CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN: ERRORES Y ABUSOS



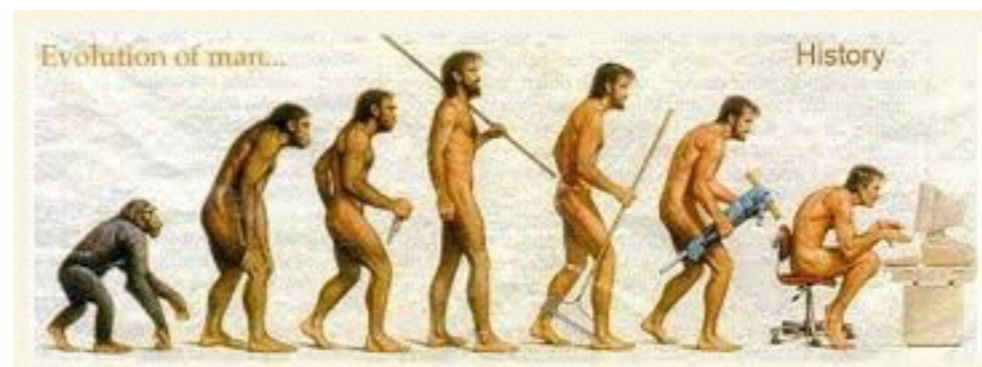
**Barcelona, 27  
de Abril de  
2016**

José Ramón Chaves García  
Magistrado Tribunal Superior de Justicia de Asturias

# VISIÓN HISTÓRICA



- Antigüedad. Modelo chino vs. modelo británico
- Edad Media. Feudalismo.
- Estado Moderno. Oficios y beneficios.  
( Clientelismo y nepotismo)
- Constitucionalismo (S XIX-XX): Decreto Bravo Murillo (1852)



- + Constitución. Ley de Medidas.
- + Eclósión
- + Restricción

# PUNTO DE PARTIDA: CLAVES CONSTITUCIONALES

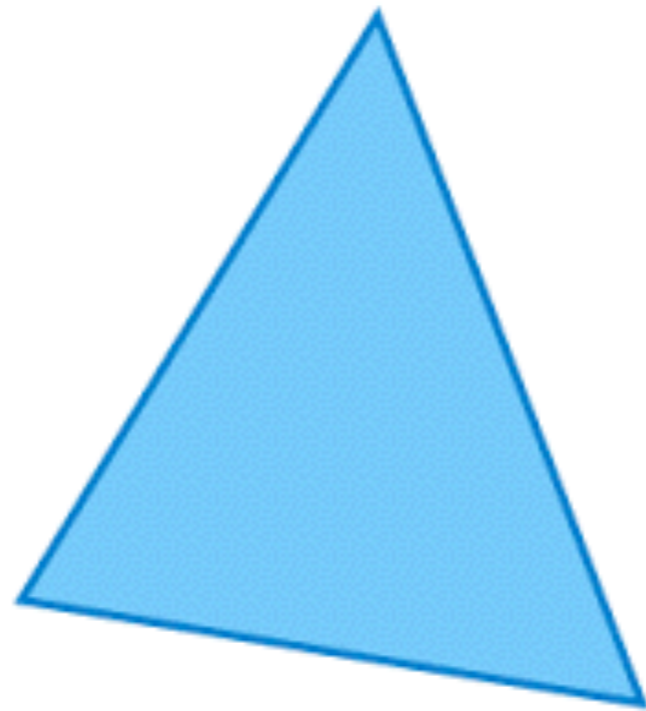
- ✓ Mérito y la capacidad (art.23 CE)
- ✓ Igualdad (art.23.2 y 14 CE) . STC 30/2008 ( No guarda la mera “legalidad”)
- ✓ Publicidad (art.9.1 CE). (No es lo mismo que publicación).



Escapismo con dos coartadas  
“paraconstitucionales” ( potestad de  
organización y discrecionalidad  
técnica)

# DIMENSIONES DEL ESCENARIO SELECTIVO

OFERTAS DE EMPLEO PÚBLICO



RELACIONES DE  
PUESTOS DE  
TRABAJO

CONVOCATORIAS

# LOS DIRECTORES DE ESCENA: TRIBUNALES CALIFICADORES



- Principio de resistencia de actuaciones de órganos colegiados (Ley 40/2015)
- Problemática de las filtraciones
- Principio de contaminación. Problema de la retroacción del procedimiento ( “ Dificultad de ...nueva valoración por mismo Tribunal”, STS 24 de Marzo de 2015, rec.1093/2014)



# LOS ASPIRANTES QUE LLAMAN A LAS PUERTAS DEL PROCEDIMIENTO



- ◆ Requisitos y méritos. La cuestión de la subsanabilidad. (STS de 22 de Julio de 2015, rec.1886/2014)
- ◆ Eliminación por incomparecencia. La cuestión de la fuerza mayor (STS de 6 de Julio de 2010,rec. 1351/2011). La libertad religiosa (STS de 6 de Julio de 2015, rec.1851/2014)

# EL CABALLO DE TROYA DE LA PUREZA DEL PROCEDIMIENTO SELECTIVO: LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

PRIMERA FASE. Espacio inmune al control judicial. STS de 17 de Diciembre de 1986, en interés de ley ( declara doctrina errónea y dañosa la aplicada por sentencia de Sala valenciana que declara el mejor derecho tras valorar los méritos del recurrente).



SEGUNDA FASE. STC 215/1991 (caso Filología de la Universidad de Salamanca): Solo puede producirse un control negativo cuando resulta manifiesta la arbitrariedad

## ¿ Y EL LEGISLADOR ?

- ✓ Ley 30/1992: motivación de actos discrecionales:  
art.54
- ✓ EBEP: art.55.2 Principio de discrecionalidad  
técnica

*El Pacto de “no agresión”*



**hasta ....LA COLONIZACIÓN O RECONQUISTA DEL  
CONTROL JUDICIAL**



PRIMERA ESTACIÓN. Lo “realmente inaceptable” o “manifiestamente equivocadas”, “perfectamente acreditada”



*STS de 5 de Junio de 1995 afirmó: "solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulte(a) permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada".*



Dos

SEGUNDA ESTACIÓN. La discrecionalidad técnica arranca allí donde acaba la precisión objetiva de los méritos reglados y bases determinadas

*“Lo debatido en el proceso de instancia y decidido en la sentencia recurrida fue el alcance que había de darse a uno de los méritos establecidos en la convocatoria, y ya se ha dicho que esta es una cuestión jurídica ajena al ámbito de la llamada discrecionalidad técnica y, consiguientemente, plenamente encuadrable dentro del objeto o espacio propio del control jurisdiccional.*

*Así ha de ser considerado porque su solución no exige aplicar conocimientos específicos de un saber especializado “(STS del 10 de junio de 2015,rec. 1263/2014).*



TERCERA ESTACIÓN. La motivación del juicio técnico debe ajustarse a unas exigencias de formalización, coherencia y solvencia

*“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” (STS de 18 de Noviembre de 2011, rec. 1920/2010).*

*Necesaria motivación del juicio numérico tras reclamación (STS del 31 de Julio de 2014, rec.379/2013)*

## CUARTA ESTACIÓN.

### La valoración de pruebas tipo test con respuesta alternativa



*“El dato es la específica configuración que tienen esas tan repetidas pruebas, consistente en que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción. (...)*

*Y la exigencia tiene que ser 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 que acaba de apuntarse». (STS de 18 de mayo de 2007, rec. 4793/2000).- STC 353/1993*

*“Actividad respetuosa aquí con el principio de igualdad al haber acordado la revisión de todos los exámenes en relación a la pregunta controvertida y el nuevo criterio de valoración” ( STS de 14 de diciembre 2010 rec. casación 1133/2008)*



QUINTA ESTACIÓN. El control de las respuestas de contenido jurídico por los tribunales, por definición, especializados

“ Si bien la doctrina es pacífica en la llamada "discrecionalidad cero" también resultará controlable allí donde la "discrecionalidad sea mínima" por tratarse de ejercicios o pruebas, como las jurídicas de respuesta sencilla sobre temarios consolidados de teoría general constitucional o administrativa, en los que se da la circunstancia de una general y práctica unanimidad científica del contenido correcto unida a la capacitación y especialización de los jueces contencioso-administrativo para valorar su acierto.”(STXGalicia de 12 de Junio de 2015,rec.10/2015) o la STSJ de Madrid de 7 de Mayo de 2012, rec.466/2010; “innecesaria en materia jurídica”, STS de 26 de Octubre de 2015, rec.2934/2014 ),)



## SEXTA ESTACIÓN.

El examen comparado de los ejercicios de los restantes competidores

*“De otro lado y al contrario de lo que defiende, las apreciaciones de la comisión de selección sobre la que llama idoneidad de los candidatos se hacen en un contexto competitivo de manera que es inevitable la relación de la valoración de unos con la de otros. Y, precisamente, porque para no ser arbitraria la apreciación de la comisión de selección se ha de hacer a partir de los mismos criterios, conocer el contenido de las otras entrevistas sirve para comprobar si se ha aplicado a todos el mismo rasero. De ahí que la jurisprudencia haya afirmado el derecho de los interesados a comparar sus ejercicios con los de otros aspirantes cuando sostenga que han obtenido una mejor valoración pese a ser su contenido sustancialmente idéntico [sentencias de 13 de julio de 2016 (casación 2036/2014) y las que en ella se citan].” (STS del 22 de Noviembre de 2016, rec. 4453/2015).*





## SÉPTIMA ESTACIÓN.

La admisión de pruebas periciales que evidencien que el juicio técnico especializado del tribunal calificador es erróneo.

*“Pero ello no puede impedir que el interesado utilice los medios de prueba que tenga a su disposición. Así lo han declarado, entre otras, las sentencias de esta Sala de 4 de enero y 14 de junio de 2006. En efecto, la naturaleza técnica de los actos administrativos no es exclusiva de los Tribunales calificadores de procesos selectivos, sino también de otros órganos administrativos, impropiaamente llamados Tribunales, como los Médicos, los Económicos, los que deciden sobre el justiprecio (Jurados de Expropiación), etc, y esa naturaleza, se da en la mayor parte de los actos administrativos, como por ejemplo, los que declaran la ruina y los que otorgan un contrato administrativo». Son las SSTS de 20 de julio 2007 (rec. 9184/2004) y 2 de marzo 2007 (rec. 855/2002).*

Pero una cosa es la admisibilidad de la pericia y otra su eficacia....



*“...resultan exigibles para que pueda quedar desvirtuada la presunción de acierto que, en razón a su objetividad y solvencia técnica, ha de otorgarse en principio al Tribunal Calificador; falta de cumplimiento que debe ser apreciada desde el momento en que dicho perito emite un dictamen discrepante con el del órgano calificador, pero no justifica, en los términos que se exponen en la doctrina que se viene mencionando, que ese parecer del Tribunal Calificador merezca mayoritariamente, en la específica rama material del saber concernida en el actual litigio, la caracterización de constituir un claro e inequívoco error. Lo que significa que ese dictamen exterioriza una mera opinión subjetiva diferente a la del Tribunal Calificador, pero sin que cumpla con las exigencias que resultan necesarias para atribuirle un superior valor técnico.”( STS del 16 de marzo de 2016, rec. 526/2015).*

# OCTAVA ESTACIÓN.

## El principio de proporcionalidad



*“Pues bien, en atención a lo expuesto, debe desestimarse el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, ya que, a pesar de las legítimas discrepancias que pueden mostrar tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal sobre los límites del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica desarrollada en este caso, el razonamiento expuesto en la resolución impugnada pone de manifiesto que el órgano judicial no entró materialmente a sustituir valoraciones técnicas sino que se limitó a corregir una actuación que consideró arbitraria sustentada en la evidencia de que existió una asignación de puntuación desproporcionada para uno de los candidatos” (ATC de 25 de Febrero de 2015)*

# NOVENA ESTACIÓN.

La conservación de plaza por los adjudicatarios si concurren factores de tiempo y/o equidad



*“Aunque las partes no se han referido a ello, no podemos dejar de poner de manifiesto que el recurso contencioso-administrativo desestimado por la sentencia cuya casación se pretende, se interpuso el 20 de octubre de 2008 . Es decir, han transcurrido más de siete años desde entonces, retraso debido principalmente a que entre el recibimiento a prueba y la fase de conclusiones pasó casi un año; otro más se consumió con estas últimas y desde que se declararon conclusas las actuaciones hasta que se hizo el señalamiento para deliberación y fallo transcurrió un año y medio. Como veremos después, esta distancia temporal entre los hechos que dieron lugar al proceso y la sentencia que estamos dictando no podrá ser pasada por alto.*

*(...)En todo caso, este pronunciamiento no supondrá la privación de su condición a aquellos aspirantes que, nombrados en su día funcionarios, ahora, como consecuencia de la aplicación de la base 6.2.5., segundo párrafo, de la Orden de 17 de junio de 2004, obtuvieran una puntuación por debajo de la que da acceso a la plaza. Razones de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, además de consideraciones de equidad, justifican esta solución pues no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso.” (STS del 4 de mayo de 2016, rec. 3221/2014).*

# DÉCIMA ESTACIÓN.

La administración debe dotar las plazas para el aspirante victorioso



*“En primer lugar como ya hemos dicho en otras ocasiones, una cosa es la prohibición de los Tribunales Calificadores de proponer más aprobados del número de plazas convocadas, y otra muy distinta los efectos jurídicos de una sentencia como consecuencia de la estimación de un recurso contencioso-administrativo. Es evidente que cuando se impone a la Administración una obligación de dar o hacer alguna cosa, la Administración ha de reaccionar modificando en su caso los presupuestos, o tomando las medidas necesarias para la ejecución de la misma, sin que por ello se entienda que los Tribunales ejercitan potestades administrativas. Aparte de que de la sentencia no se deriva dicho aumento de plazas , puesto que se limita a reconocer la situación jurídica individualizada del recurrente». (STS de 15 de Febrero de 2014,rec. 2459/2013).*



# ¿ Y LOS MÉRITOS DE LA FASE DE CONCURSO?



- Es errada la aplicación al mérito académico derivado de la posesión de titulación una fórmula de promedio por asignaturas sin brindar al interesado la posibilidad de excluir las de libre configuración, pues ello conduce a que *“un superior esfuerzo académico en lugar de ser reconocido o premiado resulta penalizado”*. (STS de 3 de Diciembre de 2014, rec.1553/2013).
- Es legítima la diferencia de valoración por el baremo entre el mérito de una actividad formativa como docente o investigador y de otra similar como discente o alumno (STS del 06 de octubre de 2014, rec.: 2905/2013)
- No cabe el despiece de las titulaciones oficiales para su valoración acumulada por cursos y créditos, salvo que las bases lo autoricen ( *“La Sala de instancia explicita claramente que, a efectos, de las Bases de la convocatoria no son equivalentes "cursos" y "asignaturas" en una Licenciatura como aquí acontece”* (STS del 13 de octubre de 2015, rec. 2333/2014).
- Ha de evitarse la duplicidad de valoración de un mismo mérito, so pretexto de distinguir entre valoración del título y valoración de las horas de asistencia o trabajos para su expedición:” *Así, si las propias bases han previsto una determinada puntuación para el título de Máster, no procede valorar adicionalmente las horas de asistencia como actividad formativa”* (STSJ de Andalucía del 30 de noviembre de 2015, rec. 388/2010).



- No puede valorarse de forma distinta dos titulaciones idénticas a tenor de su equiparación reglamentaria, so pretexto del distinto rigor de acceso, como el caso del título de Especialista obtenido vía MIR y la de aquéllos aspirantes que ejercían dicha Especialidad por otra vía (STS de 4 de Julio de 2012, rec. 4798/2010).

- No corresponde al Tribunal calificador la labor de homologación o adaptación de denominación o rango de la actividad formativa, debiendo estarse a lo que resulte de su certificación o documento de expedición: (*“Si en la época en la que la apelante realizó esos cursos no existía esa denominación o tal formación no cumplía con los requisitos establecidos en la normativa no es posible, con posterioridad, darle la equivalencia o considerarlos así sin que la normativa lo haya hecho.”* STSJ de Cataluña del 24 de noviembre de 2015, rec. 209/2015).

- Y si el aspirante considera que las menciones de la certificación o titulación fueron erróneas (denominación, duración, contenido,etc) o que la base de la convocatoria debe entenderse aplicable, no corresponde dirimirlo al Tribunal calificador pues *“ tal circunstancia sólo pudo hacerse valer frente al acto de expedición de la Titulación que así lo considera e, incluso, mediante la impugnación de las Bases de la Convocatoria”*(STSJ Andalucía del 16 de Noviembre de 2015, rec.2690/2010).

# LA FUERZA DE LA TRANSPARENCIA



- **Derecho a conocer la motivación de calificación.** Derecho a desglose si la prueba se vertebra en varias (STS de 24 de septiembre de 2014, rec. 1375/2013). En cambio, la puntuación no es necesaria si las bases solo consideran la valoración de “Apto” o “No apto” ( STS del 1 de junio de 2015,rec. 523/2013).
- +No cabe escudarse en la destrucción de exámenes (.”(STS de 16 de Mayo de 2012, rec.1235/2011). Ni en votación secreta (STS del 22 de Noviembre de 2016, rec. 4453/2015). Ni aduciendo la protección de datos ( STSJ de Castilla La Mancha de 4 de Diciembre de 2015, rec.4/2024).
- **Derecho a conocer los criterios de valoración ( y penalizaciones).** Han de publicarse antes de la celebración de las pruebas ( STC 48/1998) y conocerse por los aspirantes con anterioridad (STS de 22 de Noviembre de 2016, rec. 4453/2015). Si no se advirtió de la distinta valoración de los supuestos o partes de un ejercicio, ha de reputarse de idéntica valoración al aspirante reclamante:” (STS, del 21 de enero de 2016, rec. 4032/2014).
- **Derecho a conocer la Nota de corte.** Si faculta la convocatoria cabe que” la misma se efectúe sin conocer la identidad de los opositores”( STS del 11 de mayo de 2016, rec. 1493/2015),

# LA VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA



- ✓ La experiencia como interino debe ser valorada en términos de paridad con la de carrera ( aunque facilitando diferenciación, la STS de 3 de Septiembre de 2010, rec.665/2007).
- ✓ La experiencia como “contratado administrativo” (STS 3 de Noviembre de 2014, rec.3556/2013)¿??
- ✓ La experiencia obtenida “ilegalmente” (STS 9 de Diciembre de 2014, rec. 114/2011).
- ✓ La experiencia acreditada por sentencia social no firme (STSJ Galicia de 1 de Abril de 2015,rec.460/2014).
- ✓ La experiencia prestada en centros concertados (STS de 2 de Abril de 2014, rec.2657/2008) (¡???)

# INTERPRETAR NO ES CACIQUEAR



- ✓ Nada de decidir en la última prueba el número máximo de aprobados en cada ejercicio ( STS de 12 de Diciembre de 2013, rec.6827/2010 ).
- ✓ Nada de tantos aprobados en ejercicio tantos como plazas (STS 18 de Mayo de 2016, rec.1063/2015)
- ✓ Tampoco es posible que si el último ejercicio práctico de la oposición lo aprueban mas aspirantes que plazas, que el Tribunal calificador atribuya mayor puntuación a éste ( STS de 20 de Noviembre de 2014, rec. 50/2012 )
- ✓ Es admisible exigir puntuación mínima en prueba docente para formar parte de lista de interinos (STSJ Asturias de 29 de Junio de 2015)
- ✓ El mundo de la “funcionarización” y la “consolidación”. La STC 86/2016: excepcionalidad sobrevaloración servicios como interino.

## y unas gotas de procesal...



- ✓ Falta de acción pública en acceso al empleo público
- ✓ Prueba de la desviación de poder
- ✓ Llamamiento de interesados en el expediente (STS 3 de Julio de 2014, rec. 317/2012).
- ✓ Personación de “afectados” en incidentes de ejecución (STS de 7 de junio de 2005, rec. 2492/2003).
- ✓ El Tribunal podrá decidir sin disponer la formal retroacción de actuaciones. (STS de 14 de Mayo de 2012 (rec.6909/2009):
- ✓ Derecho del victorioso a la retroacción de efectos económicos administrativos al momento en que debió tener lugar el nombramiento /STS de 26 de Diciembre de 2012, rec.144/2012).
- ✓ Derecho a atemperar las consecuencias tras el transcurso de enojosos plazos (STS 27 de Abril de 2016, rec.1276/2014): superar o indemnizar (ij).
- ✓ + Cuidado con la “desviación procesal” .....





[www.delajusticia.com](http://www.delajusticia.com)

[www.vivoycoleando.com](http://www.vivoycoleando.com)

