

EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



En els exàmens teòrics d'una oposició el tribunal qualificador només pot plantejar preguntes que es corresponguin amb els enunciats concrets dels epígrafs del temari o programa

02-02-2021

La sentència del Tribunal Suprem (TS) que es comenta avança en la línia de limitar la discrecionalitat de l'Administració a l'hora d'elaborar les bases de les convocatòries, així com la que correspon als tribunals qualificadors per garantir més seguretat jurídica a les proves selectives d'accés a l'ocupació pública. Es tracta de la **Sentència del TS núm. 1455/2020, de 5 de novembre**, que versa sobre la llibertat de l'Administració per configurar les proves selectives teòriques d'una oposició i els marges que disposa el tribunal qualificador en el plantejament de les preguntes a què s'han de sotmetre els aspirants.

S'examinen les bases d'una convocatòria de l'Administració del Principat d'Astúries per accedir a un cos de veterinaris; concretament, es qüestiona la base relativa a l'exercici teòric, que consisteix a desenvolupar per escrit dos temes de caràcter general relacionats, encara que no coincidents, amb els enunciats concrets del programa annex a la convocatòria.

El problema jurídic que suscita el plantejament de l'esmentada prova selectiva, que es concreta en la Interlocutòria d'11 de febrer de 2019 d'admissió a tràmit del recurs de cassació, és determinar si la formulació d'aquesta prova en les bases de la convocatòria és compatible amb els límits de la discrecionalitat tècnica de l'òrgan de selecció i el principi de seguretat jurídica.

La sentència objecte d'aquest recurs de cassació -TSJ d'Astúries, de 14 de maig de 2018-, en el seu moment ja va estimar el recurs i va anul·lar la base de la convocatòria perquè, en síntesi, considera que si bé l'Administració està apoderada per fixar el temari, un cop aquest s'incorpora a les bases no es pot deixar a l'arbitri del tribunal qualificador la concreció dels temes a desenvolupar relacionats però no coincidents amb els enunciats concrets del programa annex a la convocatòria.

Els arguments exposats per l'Administració per defensar la correcció jurídica de la formulació d'aquesta prova selectiva en les bases de la convocatòria, van en la línia de justificar que el fet que calgui ponderar la capacitat analítica dels aspirants aconsella que els temes a desenvolupar

transcendeixin els enunciats específics del programa i es plantegin en termes que, sense desbordar l'àmbit material del programa o temari, gaudeixin de la transversalitat i la impressibilitat necessària per evidenciar aquestes qualitats dels aspirants, tot recordant que el fet que els temes a desenvolupar no hagin de coincidir amb els enunciats concrets del programa no significa que li siguin aliens, sinó que hi han d'estar relacionats.

En el fonament jurídic quart de la sentència comentada s'exposa l'argumentació de la Sala que condueix a fixar la doctrina corresponent i a desestimar el recurs de cassació.

El TS comença recordant que l'objecte d'un examen teòric és demostrar el coneixement dels temes establerts en el programa i que l'aspirant ha de tenir la certesa que són aquestes i no unes altres les matèries sobre les quals s'han de demostrar coneixements. Continua dient el TS que sobre el temari o programa han de pivotar els exercicis de tal manera que si hi ha una prova tipus test els enunciats de cada pregunta han de ser congruents amb aquest programa, si hi ha un exercici pràctic l'aspirant ha de demostrar que sap aplicar a un supòsit aquells coneixements teòrics i si hi ha un exercici teòric ha de ser el coneixement d'aquests temes el que s'ha de demostrar. Fins aquí, el TS recorda la necessària subjecció de les preguntes al contingut del temari prèviament relacionat a les bases de la convocatòria, les quals vinculen tant l'Administració com els aspirants.

El TS no es conforma a recordar la necessària adequació de les preguntes amb el temari o programa i avança un pas més en la seva reflexió per condicionar l'Administració convocant en la configuració de la prova selectiva teòrica en les bases de la convocatòria i limitar la discrecionalitat del tribunal qualificador en l'elaboració de les preguntes.

Sosté el TS que en un exercici purament teòric, en el qual hi ha un temari o programa publicat en la convocatòria, no es pot estendre, sense risc, la discrecionalitat tècnica del tribunal qualificador fins al punt d'apoderar-lo perquè fixi els temes sobre els quals els aspirants han de demostrar els seus coneixements, perquè si es fa així, més que un judici o decisió científica pròpia d'aquesta discrecionalitat, implicaria una delegació de l'Administració convocant al tribunal qualificador perquè completi o torni a elaborar les bases de la convocatòria, i el temari publicat passaria a tenir un valor merament referencial.

Aquest és el principal argument que sustenta la nova doctrina en cassació del TS, que implica un toc d'alerta a les administracions i tribunals qualificadors: si les bases de la convocatòria estableixen un exercici teòric, la formulació de les preguntes per part del tribunal qualificador s'ha de subjectar estrictament als termes en què apareixen enunciats en el temari o programa, en cas contrari es vulnera el principi de seguretat jurídica. El risc que suposa apoderar el tribunal qualificador en la formulació de preguntes per simple referència als continguts d'un programa, justifica, en nom de la seguretat jurídica, limitar-ne l'actuació obligant a predeterminar en les bases de la convocatòria el contingut de la prova teòrica en el sentit que el tema o temes objecte d'exposició per l'aspirant han de respondre exclusivament als enunciats del programa, i se substitueix d'aquesta manera la llibertat de configuració de les proves per part de l'Administració convocant.

El TS, al llarg de la seva exposició, surt al pas dels arguments principals de la defensa: d'una banda, considera que aquesta doctrina no atorga un valor determinant al factor de memorització i, de l'altra, tracta de justificar per què la seva decisió no atenta l'àmbit de la discrecionalitat

tècnica del tribunal qualificador.

Pel que fa al tema de la memorització, el TS considera que el fet que les preguntes necessàriament obeeixin a un epígraf concret del temari no atorga un valor absolut a la memorització dels seus continguts, perquè les bases poden establir estàndards per jutjar la qualitat de l'exposició teòrica com a pauta de valoració per al tribunal qualificador com, per exemple, la valoració de la capacitat de relacionar l'exposat amb altres parts del programa o altres institucions o matèries, el rigor en el maneig de conceptes i en el llenguatge, o que l'aspirant sigui sotmès a preguntes aclaridores. Com a excusa de tancament, el TS afegeix que la capacitat de discerniment i assimilació de la teoria es valora amb l'existència d'un test i, més encara, amb l'elaboració d'un exercici pràctic. Per tant, el factor de la memorització en l'exercici teòric se salva amb la incorporació a les bases de criteris de valoració específics i, en darrera instància, afegint-hi altres proves, com un exercici test o un exercici pràctic.

Malgrat l'esforç del TS, no convencen els seus arguments per atenuar l'impacte de la memorització en els exercicis així plantejats i, el que és més preocupant, dels seus arguments traspuja la pretensió d'eleva a categoria indiscutible el sistema d'exercicis teòrics de les clàssiques oposicions per a l'accés a determinats cossos estatals (judicatures, advocacia de l'Estat, etc.) davant d'una praxi més oberta, que ha estat tradicional en l'accés a altres cossos de l'Administració, que permet avaluar la capacitat analítica dels aspirants de relacionar diferents aspectes del programa.

No obstant això, sembla que el TS no queda del tot satisfet amb aquesta justificació i proposa un exemple de com configurar la prova teòrica en la línia d'atenuar la memorització i la incertesa. Proposa un exercici teòric obert o de composició de forma que el tribunal qualificador elabori una llista de matèries enunciades en termes amplis, que les anunciï perquè els aspirants les puguin preparar i el dia de l'examen se sortegin les que cal exposar. Curiosa manera de suplantar l'inexcusable paper de l'Administració per dissenyar el contorn de les proves o els exercicis a què s'han de sotmetre els aspirants.

El TS, així mateix, argumenta per què la seva decisió no atenta l'àmbit de la discrecionalitat tècnica del tribunal qualificador. Disposa que el caràcter vinculant del programa o temari no va en detriment de la discrecionalitat tècnica perquè en l'exercici d'aquesta facultat pot fixar el nivell de coneixements exigible i acordar els aspectes més rellevants o els d'exposició indispensable en cada tema o pregunta del temari. Sorprenentment, exclou l'exercici de la discrecionalitat tècnica en l'elaboració de les preguntes d'un examen teòric i la justifica només en la determinació dels criteris de correcció. Però el TS va més enllà i manifesta una clara desconfiança en l'exercici de la discrecionalitat pel tribunal qualificador. L'alt tribunal reconeix que el risc i la incertesa de l'exercici teòric plantejat en els termes de la convocatòria impugnada podria quedar salvat pel bon comportament professional del tribunal qualificador plantejant uns exercicis el contingut dels quals, de forma clara, es podria deduir del programa; no obstant això, no es refia d'aquest bon comportament professional i aposta per reduir la incertesa limitant la capacitat del tribunal qualificador en l'elaboració de les preguntes. Per aquest motiu assenyala que en aquest recurs de cassació es jutgen unes bases de la convocatòria en abstracte i, a més, aquest hipotètic ús desviat de l'exercici de la discrecionalitat conduiria a l'oportuna impugnació, i davant d'aquest risc prefereix limitar directament l'actuació del tribunal qualificador.

En conclusió, la nova doctrina fixada pel TS impedeix que en un exercici teòric es formulin preguntes que no es corresponguin amb la literalitat d'un epígraf del programa. D'aquesta manera trenca amb els pacífics criteris jurisprudencials vigents fins avui, que consideraven que en els exercicis teòrics sobre qüestions relacionades amb el temari no era necessari excloure el plantejament de qüestions no contingudes de manera exhaustiva en el temari i n'hi havia prou que guardessin una relació lògica o relacional (STSJ de Castella - la Manxa núm. 143/2001, de 17 de desembre; STSJ de Galícia núm. 227/2014, de 2 d'abril; STSJ de Cantàbria núm. 81/2014, de 10 de març, etc.).

En fi, toc d'alerta a les administracions i als tribunals qualificadors perquè, a partir d'ara, en els exercicis teòrics ja no podran plantejar preguntes que relacionin continguts del temari com, per via exemple, la distinció entre les institucions del silenci administratiu i la inactivitat de l'Administració ni tampoc preguntes que relacionin aspectes del temari amb qüestions d'actualitat com, per exemple, reflexionar sobre l'impacte de l'estat d'alarma derivat de la crisi de la covid-19 en la contractació administrativa i en les subvencions. Els tribunals qualificadors s'hauran de conformar que l'aspirant vomiti el règim jurídic del silenci administratiu o que exposi els procediments d'adjudicació dels contractes administratius. Sempre quedarà el cas pràctic, si no és que vulguin donar un pas més en la creuada contra la discrecionalitat tècnica i la desconfiança en l'actuació professional i especialitzada dels seus membres.



Isidre Estivill i Galdón

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la
Direcció General de Funció Pública