

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



Evolució del control judicial de la discrecionalitat tècnica dels tribunals qualificadors de proves selectives

15-10-2021

Amb motiu de la gran quantitat de processos selectius d'accés a l'ocupació pública que s'han convocat i es convocaran en breu, té un especial interès, principalment per als membres dels tribunals qualificadors, conèixer amb una certa concreció quin és l'estat actual de la jurisprudència sobre l'anomenada "discrecionalitat tècnica" de què gaudeixen els òrgans qualificadors i els seus límits.

Com ja coneixem, la discrecionalitat tècnica dels òrgans qualificadors de proves selectives d'accés a l'ocupació pública, de construcció doctrinal i consagrada legalment en l'article 55.2.d del text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, es pot definir com el marge de valoració basada exclusivament en un judici de caràcter tècnic que la llei atorga a un òrgan especialitzat de l'Administració i que li permet optar per una diversitat d'opcions o solucions possibles, totes vàlides i lícites sempre que la decisió no s'aparti de les limitacions jurídiques que tot seguit exposarem.

La jurisprudència constitucional sobre la discrecionalitat tècnica dels tribunals qualificadors

La primerenca jurisprudència del Tribunal Constitucional –STC 39/1983, de 16 de maig de 1983– reconeixia que el control dels tribunals de justícia es pot trobar amb limitacions en el cas de les qüestions que s'han de resoldre per un judici exclusivament tècnic, que només pot ser formulat per un òrgan especialitzat de l'Administració i que, per la seva pròpia naturalesa, escapa al control jurídic, que és l'únic que poden fer els òrgans jurisdiccionals i que s'ha d'efectuar exclusivament sobre les qüestions de legalitat.

Aquesta àrea o parcel·la d'immunitat es comença a veure a partir de la STC 215/1991, de 14 de novembre de 1991, i la STC 353/1993, de 29 de novembre de 1993. D'acord amb aquestes resolucions, la discrecionalitat tècnica que es predica de l'actuació dels tribunals qualificadors es fonamenta en una presumpció de raonabilitat o certa que deriva de l'especialització i la imparcialitat dels òrgans qualificadors, però aquesta presumpció no és absoluta sinó que es pot arribar a desvirtuar si s'acredita la infracció o el desconeixement de la conducta raonable, bé per

incórrer en desviació de poder, o bé per arbitrarietat o absència de tota possible justificació en el criteri adoptat. Les limitacions al control de la decisió discrecional només actuen en allò que s'anomena "nucli material de la decisió tècnica", i queden plenament subjectes al control judicial els aspectes qualificats com a "límitrofs", és a dir, totes les activitats de l'òrgan qualificador preparatòries i instrumentals que són necessàries per formular el judici tècnic i que permeten determinar que aquest judici es fonamenta en els principis de mèrit i capacitat i en l'absència de discriminació o tractament desigual dels candidats.

El debat doctrinal sobre els límits al control judicial de la discrecionalitat

Un debat força il·lustratiu sobre el punt determinant del control judicial de la discrecionalitat tècnica, el podem trobar en dos comentaris doctrinals en la STS de 16 de desembre de 2014, recurs núm. 3157/2013. S'hi exposen dues concepcions radicalment diferents sobre el control de la discrecionalitat tècnica, en l'opinió majoritària de la Sala i en el vot particular emès a aquest efecte.

Aquesta dualitat de plantejaments es trasllada més àmpliament al terreny doctrinal de la mà de dos comentaris de lectura recomanable per a les persones interessades a aprofundir en aquesta qüestió. D'una banda, ens trobem amb l'article "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece", del catedràtic Tomás Ramón Fernández, publicat en la *Revista de Administración Pública*, núm. 196, gener-abril de 2015 (pàg. 211-227) i, de l'altra, amb el comentari "Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica", del catedràtic Miguel Sánchez Morón, publicat també a la *Revista de Administración Pública*, núm. 197, maig-agost de 2015 (pàg. 209-222).

El primer autor aposta per bandejar el concepte de "discrecionalitat tècnica" i començar a parlar de simple "valoració tècnica", de tal manera que qüestiona que la discrecionalitat tècnica sigui en rigor una discrecionalitat perquè no ens trobem amb el supòsit en què la llei habiliti a triar entre diferents solucions possibles sinó que els tribunals han de triar únicament i exclusivament els aspirants més capaços i exclusivament aquests. Així, l'autor considera que, en determinats casos, els òrgans judicials, amb motiu de l'entrada plena de la prova pericial o documental, poden substituir la decisió tècnica de l'òrgan qualificador aplicant les regles de la sana crítica.

Per la seva banda, el catedràtic Sánchez Morón defensa el parer majoritari de la Sala Contenciosa del Tribunal Suprem en la STS de 16 de desembre de 2014, abans esmentada, i avala l'existència de sòlides raons que sustenten la teoria de la discrecionalitat tècnica dels òrgans de selecció. Conclou que el reconeixement d'aquest marge d'apreciació tècnica, sotmès cada cop més a límits més rigorosos, no es pot substituir per l'aplicació de les regles de la sana crítica, perquè si fos així estaríem substituint l'opinió d'especialistes o experts de cada matèria per una altra opinió de qui no ho és.

Al marge d'aquest interessant debat doctrinal, el cert és que el reducte de la discrecionalitat tècnica dels òrgans i tribunals que valoren les proves selectives subsisteix actualment en la jurisprudència dels tribunals, això sí, cada cop sotmès a límits i controls molt més intensos i rigorosos, com veurem seguidament.

L'evolució de la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre el control de la discrecionalitat tècnica

A partir de les línies generals exposades en les sentències del Tribunal Constitucional sobre el control judicial de l'activitat tècnica dels tribunals qualificadors, s'observa una progressiva i significativa evolució de la doctrina del Tribunal Suprem. La STS 4260/2020, de 17 de desembre

de 2020 –recurs núm. 312/2019-, s'encarrega de sintetitzar-la, tot recordant el permanent esforç dels tribunals de justícia per ampliar al màxim i perfeccionar el control jurisdiccional establert constitucionalment per a tota l'activitat administrativa.

a) El control de la competència de l'òrgan, el procediment, els fets determinats, l'adequació a la finalitat perseguida i el joc dels principis generals del dret

La STS 4260/2020, citant la STS de 16 de març de 2015 (RJ 2015/1933), explica les primeres limitacions a la discrecionalitat tècnica:

“La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así: 'Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE.'”

És extensa la jurisprudència sobre l'aplicació dels elements reglats i la subjecció del tribunal qualificador a les bases de la convocatòria com a llei del concurs. Ens trobem amb els supòsits en què el tribunal qualificador interpreta les bases i ajusta les puntuacions quan s'anul·len determinades preguntes; quan formula preguntes apartant-se clarament del temari; quan fixa un màxim d'aprovat en cada exercici quan les bases no ho disposen, etc. També ens trobem amb diferents sentències que es pronuncien sobre el control dels fets determinants, és a dir, sobre els pressuposts fàctics que s'escapen de qualsevol judici valoratiu, com és el cas del compliment dels terminis o la concreta informació proporcionada pel tribunal qualificador en relació amb els criteris de valoració dels exercicis abans d'efectuar-los. Pel que fa a la garantia del procediment, la casuística es concentra principalment en el control del compliment del procediment selectiu, les seves fases i tràmits i, específicament, sobre la correcta formació de la voluntat dels òrgans col·legiats.

S'ha de tenir en compte que l'aplicació i la interpretació de les bases de la convocatòria del procés selectiu, que correspon al tribunal qualificador davant les llacunes o els dubtes que es puguin suscitar, no és una matèria inclosa en allò que denominem "discrecionalitat tècnica". Tal com encertadament resumeix la STS de 3 de juliol de 2014, recurs núm. 2504/2013, els tribunals qualificadors disposen de marge interpretatiu de les bases de les convocatòries en els aspectes que suscitin dubtes però en cap cas poden fer una interpretació contrària a la lletra i l'esperit de les regles selectives, afegint-hi elements que no contenen o prescindint dels que s'inclouen explícitament o implícitament.

Un dels aspectes més recurrents en la jurisprudència dels tribunals és la valoració dels mèrits dels aspirants de conformitat amb els barems establerts a les bases de les convocatòries. En aquest assumpte no hi ha reconeixement de discrecionalitat tècnica, sinó que es tracta de la interpretació d'un element reglat que no ofereix marge de valoració discrecional al tribunal qualificador. Ens trobem amb supòsits com la valoració o no d'un determinat curs formatiu, la comprovació que una publicació compleix els requisits de la convocatòria perquè pugui ser objecte de valoració o la valoració d'experiències equivalents amb les funcions prestades en determinats cossos i escales de funcionaris o categories d'empleats públics.

b) El nucli material de la decisió tècnica i les altres qüestions limítrofes susceptibles de control judicial La STS 4260/2020 continua exposant un pas més en l'evolució del control judicial de les decisions discrecionals dels òrgans qualificadors:

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

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SSTS de 28 de enero de 1992, recurso 1726/1990; de 11 de diciembre de 1995, recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990)."

Com podem observar, una etapa més en aquesta evolució jurisprudencial és representada pel control judicial de les activitats preparatòries del judici tècnic, és a dir, les actuacions que delimiten la matèria o matèries que han de ser objecte de la prova o exercici, com és la comprovació de l'adequació de les proves a superar i les funcions i tasques a desenvolupar; la connexió de les proves o exercicis a superar amb el temari, i l'establiment dels criteris de correcció o valoració de les proves o exercicis.

Aquestes operacions, diferents de la confecció de les proves o exercicis que sí que s'empren en la discrecionalitat tècnica, han de tenir caràcter previ a la realització de la prova o exercici i han de tenir prou publicitat.

La fixació dels criteris de correcció o valoració de les proves o exercicis és una activitat preparatòria ineludible, de tal manera que la seva absència impossibilita valorar si el judici tècnic que es concreta en la puntuació o la qualificació s'inclou dins els marges d'apreciació tolerables en les diferents branques del coneixement especialitzat o, contràriament, respon a criteris no assumibles per il·lògics o absents de justificació tècnica.

c) La necessitat de motivar el judici tècnic

Seguint amb la STS 4260/2020, la motivació del judici tècnic és un element indispensable per controlar judicialment l'existència de desviació de poder o d'arbitrarietat, i així s'expressa:

"4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico. Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación. Así se expresa la STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002: '[...] Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia. La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate.'"

L'obligació d'explicar el judici tècnic no forma part de la discrecionalitat tècnica del tribunal qualificador i l'absència d'aquesta motivació fa que la qualificació de la prova o exercici esdevingui arbitrària, dictada en desviació de poder o privada de tota racionalitat.

D'acord amb la STS de 4 de juny de 2014 –recurso núm. 2103/2013: “[...] faltando esa detallada descripción fáctica se causa indefensión al interesado y se imposibilita el control jurisdiccional: lo primero porque no se permite a aquel la identificación del hecho que resulta inexcusable para poder articular una prueba que permita rebatir lo que se imputa; y lo segundo porque los términos genéricos de esas imputaciones no permiten valorar si la calificación otorgada a ellas ha respetado las cotas de razonabilidad y proporcionalidad que son necesarias en esta clase de evaluaciones.”

La sentència que estimi la manca de motivació o la motivació insuficient, ha de disposar la retroacció del procediment per tal que el tribunal qualificador incorpori la motivació de l'acte decisor. L'Administració, en aquest cas, no es pot limitar a oferir una explicació merament formal sinó que cal completar exhaustivament la motivació que imposa la sentència (STS de 24 de març de 2015, recurs núm. 1174/2014) i res no impedeix la prova pertinent en l'execució de la sentència per demostrar que l'acte és efectivament arbitrari.

En altres casos, s'ha suscitat no només la declaració d'invalidesa per la manca de motivació o perquè és insuficient, sinó també per reclamar la superació de la prova o l'exercici. En aquests supòsits, si la sentència aprecia que de les proves practicades resulta que no hi ha marge de discrecionalitat possible es podrà declarar l'aprovat de l'aspirant, i així se substitueix la decisió del tribunal qualificador.

d) El contingut de la motivació del judici tècnic

Finalment, la STS 4260/2020 expressa la fase final de l'evolució jurisprudencial:

"5.- La fase final de la evolució jurisprudencial la constitueix la definició de què ha de ser el contingut de la motivació para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y © expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás."

La discussió sobre el nucli de la decisió tècnica del tribunal qualificador: l'error manifest

Com ja s'ha assenyalat, la doctrina dels tribunals accepta pacíficament la presumpció de certesa de la decisió tècnica dels tribunals qualificadors basada en l'especialitat i la imparcialitat dels seus membres, no obstant això, es tracta d'una presumpció que es pot destruir si s'acredita desviació de poder, arbitrarietat o l'absència de justificació pel fet de fonamentar-se en un error manifest i palès degudament acreditat –STC 86/2004, de 28 de maig.

D'aquesta manera, el control judicial s'endinsa en el nucli de la decisió tècnica i pot arribar a anul·lar-lo quan aquest judici és il·lògic o no raonable. Ja des de la STS de 14 de juliol de 2010 – recurs 5649/2007- es manifesta que, tot i que el jutge o tribunal no pot imposar els seus coneixements per substituir la decisió dels òrgans qualificadors, s'han d'admetre tota classe de proves, especialment les pericials, per possibilitar combatre la presumpció de certesa mitjançant l'acreditació de l'error del tribunal qualificador.

S'obre pas a la prova pericial per demostrar l'equivocació del judici tècnic amb una sèrie de requisits:

a) Que la perícia identifiqui de manera clara i precisa els punts concrets de deserció tècnica de l'òrgan qualificador. b) Que assenyalï les fonts tècniques de reconegut prestigi en la matèria que posin de manifest que els punts de deserció són majoritàriament valorats en l'àmbit científic com a expressius d'un evident i inequívoc error –STS de 18 de novembre de 2011, recurs 1920/2010.

És important destacar que la prova pericial no és suficient per desvirtuar la decisió tècnica de l'òrgan qualificador si el seu resultat només expressa una valoració alternativa o quan simplement expressi una mera opinió subjectiva diferent a la que sosté el tribunal qualificador sense que es demostrï la producció d'un error manifest, clar i inequívoc considerat inacceptable pels cercles tècnics de referència –STS de 16 de desembre de 2014, recurs 3157/2013. Aquest marge de tolerància en l'actuació discrecional dels tribunals qualificadors fa que exclusivament siguin revisables judicialment els errors manifestos degudament acreditats, generalment mitjançant la prova pericial corresponent, que evidenciïn com a inacceptable la decisió tècnica del tribunal qualificador en atenció als criteris majoritàriament acceptats per la comunitat científica o àmbit d'experts corresponent.

Una singularitat és la verificació directa per part de jutges i tribunals de l'error del tribunal qualificador en matèries jurídiques. S'ha entès que és innecessària la prova pericial quan les proves a valorar són relatives a coneixements jurídics en atenció a la pròpia especialització dels jutges i tribunals contenciosos –STS de 31 de juliol de 2014, recurs 3779/2013.

Les proves tipus test: un control judicial més exhaustiu

Les característiques d'aquesta tipologia de proves selectives permeten més objectivitat en la correcció i per aquest motiu la jurisprudència exigeix la màxima precisió en la formulació tant de les preguntes com de les diferents respostes alternatives. S'ha de tenir en compte que la configuració específica de les proves tipus test únicament permet a la persona aspirant triar una d'entre les diferents alternatives plantejades pel tribunal qualificador, sense possibilitat de fer un desenvolupament expositiu que li permeti exposar les raons de la seva elecció. Per aquest motiu si hi ha dubtes raonables sobre quina ha de ser la resposta correcta o no hi ha prou justificació per acceptar la vàlida només d'una de les respostes alternatives, s'han d'anul·lar les preguntes. Les pautes de la lògica elemental i la racionalitat comuna han de ser suficients per concloure que el tribunal qualificador no ha concretat amb exactitud i amb prou precisió la formulació de les preguntes i les respostes alternatives.

Citem la il·lustrativa STS de 18 de maig de 2007, recurs 4793/2000:

“En unos casos, se trata de errores de transcripción tipográfica de normas o de la incorrecta mención del número del precepto que pueden ser detectados a través de una simple lectura material; y en otros, de indebidas omisiones y ambigüedades en la pregunta formulada o en las respuestas ofrecidas que son advertibles mediante esa simple lectura o mediante la aplicación de conceptos muy básicos de la rama jurídica a que está referido el ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (es lo que ocurre con las preguntas sobre el cómputo de los plazos y la responsabilidad de los funcionarios). La relevancia de esos errores debe aceptarse por ser todos ellos capaces de suscitar muy fundadamente una duda en el examinando.”

Finalment, s'ha de tenir en compte l'impacte sobre la qualificació de l'exercici que representa l'anul·lació de preguntes. La STS de 28 de maig de 2015, recurs 199/2014, disposa que l'anul·lació d'una o diverses preguntes no ha d'afectar la puntuació màxima assolible en l'exercici establerta en les bases de la convocatòria, i conseqüentment cal transformar el valor de cada pregunta en funció del nombre de preguntes anul·lades. No obstant això, cal considerar que és possible l'anul·lació de l'exercici si el nombre de preguntes anul·lades és significatiu.



Isidre Estivill i Galdón

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