
Cuestiones de interés sobre las bases de procesos selectivos.

Kanela Jurídica

1. ¿Pueden incluirse medidas de discriminación positiva en las bases de procesos selectivos para el acceso y la promoción del empleo en la función pública?

Sí, a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas puede concedérseles la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto en un proceso selectivo. No obstante, dicha potestad no es incondicionada, debiendo atenderse los siguientes requisitos:

- Que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes.
- Que se respeten los principios constitucionales de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE), y el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE.
- Que las medidas adoptadas no se estimen desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido.
- Que no se establezca un sistema de selección que otorgue una preferencia automática a la mujer. Deben articularse reglas en el procedimiento que garanticen el examen de todas las circunstancias personales de los candidatos, susceptibles de ser tenidas en cuenta en la ponderación de los méritos exigidos.

(STS 798/2021 de 4 de Junio del d2021, Rec. 13/2020; STJUE de 28 de marzo de 2000; STJUE de 6 de julio de 2000, en el asunto C-407/98; doctrina ATC11972018; Auto TC 119/2018 de 13 de noviembre de 2018, Rec. 3883/2017)

La STS 798/2021 de 4 de Junio de 2021, Rec. 13/2020 determina, en relación con esta cuestión que, en su sentencia de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros; el Tribunal de Justicia había declarado que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario:

- cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y
- cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

Por su parte la STJUE (Sala Quinta) de 6 de julio de 2000, en el asunto C-407/98, señalaba:

" (...) aun cuando el artículo 141 CE, apartado 4, con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, no puede deducirse de ello que esta disposición permita un método de selección como el controvertido en el litigio principal que, en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación con el objetivo perseguido. Procede, pues, responder a la primera cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos".

(...) Procede, pues, responder a la tercera cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Sobre la valoración de los méritos de los Magistrados concurrentes a la plaza".

(...) Pero no podemos obviar la doctrina sostenida en el ATC11972018, en el que se señala que "A modo de recapitulación, se extrae de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la constitucionalidad de acciones positivas en favor de la mujer, las siguientes notas definitorias:

- (i) su fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE;*
- (ii) para su exigibilidad es preciso una concreción normativa previa;*
- (iii) la medida en todo caso debe resultar proporcionada;*
- (iv) su vigencia se presupone temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; y*
- (v) en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, no puede suponer la conculcación de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)".*

Sobre la base de lo anterior, concluye la STS de referencia que las medidas de acción positiva que pudieran fijarse en el acceso y la promoción del empleo en la función pública, no pueden dictarse ni ser aplicadas al margen de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) que se integran en el contenido del derecho fundamental de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Y conforme al ordenamiento de la Unión europea que nos vincula y es fuente a su vez de interpretación de nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE), tampoco es posible establecer un sistema de selección en el empleo que otorgue una preferencia automática a la mujer, sin articular reglas en ese procedimiento que garanticen el examen de todas las circunstancias personales de los candidatos, susceptibles de ser tenidas en cuenta en la ponderación de los méritos exigidos.

2. ¿Cuál es la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso-oposición, si las bases de la convocatoria no establecen una fecha límite?

Considerando que la ausencia de conocimiento de los candidatos en un proceso selectivo acerca del momento temporal en que se cierra la valoración de los méritos, deriva en una desconfianza sobre el desarrollo igualitario del procedimiento, y tomando en consideración, además, que las reglas de la valoración no pueden ser inciertas e indefinidas, el Tribunal Supremo en la Sentencia 1594/2019 de 15 de Noviembre del 2019, Rec. 2810/2017 estimó que, cuando las bases de la convocatoria guardasen silencio sobre la fecha tope para valorar los méritos, los tribunales de selección no podrán fijarla en un momento posterior a la fase de oposición, sino que debe ser la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias.

3. ¿Es posible invertir las fases del sistema de selección del concurso-oposición?

No, a pesar de ser una práctica habitual en muchas entidades locales, invertir el orden del sistema selectivo, valorando en primer lugar los méritos (fase de concurso) y posteriormente valorando los conocimientos de los participantes en una prueba (oposición) supone una desnaturalización de la fase de oposición y una infracción de lo dispuesto en el art. 4.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.

(STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de diciembre de 1991; SAN de 30 de abril de 2021, recurso 524/2020.)

4. ¿La regla general en la selección de funcionarios de carrera es la opción por el sistema de oposición?

Sí, la sentencia del TS 1026/2023 de 18 de Julio del 2023, Rec. 4284/2021 determina, en casación que para la selección de los funcionarios de carrera de las entidades locales, la regla general será la opción por el sistema de oposición prevista en el art. 2 RD 896/1991, de 7 de Junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local.

La cuestión de interés casacional sobre la que se pronuncia dicha resolución se ciñe a determinar si, para la selección de los funcionarios de carrera de la Administración Local, cabe optar indistintamente por el sistema de oposición o concurso-oposición o prevalece, como regla general, el de oposición tal y como prevé el artículo 2 del Real Decreto 896/1991, precepto que el Ayuntamiento recurrente considera derogado por la normativa posterior. Su tesis es que al ser indistinto el sistema de oposición y de concurso-oposición, la elección entre uno u otro dependerá de la naturaleza de la plaza y de la función que en la misma se desarrolla, lo que apreciará en cada caso la entidad local.

EL TS difiere de ese planteamiento señalando que:

1º El artículo 91.2 de la LRBRL, como ya lo hacía desde antes el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, prevé como sistemas de selección el concurso, la oposición o el concurso-oposición libre, sistemas que relaciona sin establecer una especial preferencia entre sistemas.

2º El artículo 92.1 de la LRBRL en su redacción originaria, se limitaba a establecer un orden de prelación de fuentes y así determinaba que el régimen de los funcionarios de la Administración Local se regulaba, primero, por la propia LRBRL; en lo que no regulase, por la legislación estatal en materia de empleo público y en tercer lugar, por la autonómica.

3º Posteriormente, en 1986, se aprueba el TRRL en cuyo artículo 169.2.c) del TRRL prevé que "el ingreso en la Subescala Administrativa se hará por oposición libre".

4º Esta normativa estatal tuvo cumplimiento desarrollado con el Real Decreto 896/1991, norma de carácter básico (cfr. disposición final. Primera) y que, como hemos visto, da prioridad a la oposición y el concurso-oposición la tendrá si resulta, como sistema, más adecuado según "la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar".

5º Con la normativa posterior nada cambia. El EBEP de 2007 de nuevo preveía -en lo que ahora interesa- como sistemas selectivos los de oposición y concurso-oposición sin dar prioridad a uno respecto del otro (artículo 61.6). Lo que sí hizo fue derogar el artículo 92.1 de la LRBRL [cfr. disposición derogatoria única . e)] de forma que la selección de los funcionarios locales quedaba sujeta a sus reglas generales para el empleo público que, como vemos, en este punto, no difieren del artículo 91.2 de las LRBRL cuya vigencia se mantuvo.

6º En puridad, la situación no cambió cuando la Ley de Racionalización reinstaura el artículo 92 de la LRBRL, en el que la única novedad es que para el segundo puesto en el orden de prelación de fuentes, la antigua llamada a la "legislación del Estado", se concreta ya en el EBEP de 2007, luego tras esa reforma, la LRBRL sigue siendo la norma de primer grado. Y las previsiones del EBEP de 2007 se mantienen en el vigente de 2015. (y también en el actual 2024)

A la misma conclusión; señala dicha resolución; se llega en el ámbito del empleo público gallego en general y de la Administración Local en particular. Así, el artículo 57.1 de la Ley gallega 2/2015 considera la oposición y el concurso-oposición, indistintamente, como los sistemas ordinarios a diferencia del siempre excepcional concurso, precepto aplicable al ámbito de la función pública local al haber derogado en este punto a la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia [cfr. disposición derogatoria primera.1.e) de la Ley gallega 2/2015].

Sobre la base de lo anterior, concluye: *"en el ámbito del régimen local se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real Decreto 896/1991, como norma de desarrollo, conforme a la cual se da preferencia a la oposición. Tal preferencia es la que la Administración del Estado establece para seleccionar a su propio funcionariado: en desarrollo de la Ley 30/1984, el artículo 4, segundo inciso, del Reglamento de Ingreso aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, fija la oposición como sistema selectivo prioritario.... por lo que el sistema de oposición es el general y el concurso-oposición será el aplicable cuando así se justifique por ser más adecuado atendiendo a la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar."*

5. ¿En un proceso selectivo de concurso-oposición, acarrea invalidez dar mayor relevancia a la fase de oposición que a la fase de concurso? ¿Y qué ocurre si se da más relevancia a la fase de concurso?

Según la STS 1546/2022 de 22 de Noviembre de 2022, Rec. 7718/2020, que las bases de una convocatoria den más relevancia a la fase de oposición no acarrearán, por sí misma, la invalidez de las pruebas selectivas; siendo este el sistema ordinario de ingreso en la función pública. Y, si bien es cierto, que no se puede conferir una preferencia absoluta a ninguna de las fases, tampoco se exige una igualdad completa y plena entre ambas fases. Lo que sí debe existir es un cierto equilibrio entre la fase de concurso y la de oposición.

Además, señala el referido fallo judicial que, en caso de que la fase de concurso prime sobre la fase de oposición, dicha descompensación tiene más posibilidades de resultar lesiva del

ordenamiento jurídico, pudiendo entenderse vulnerado lo establecido por el art. 61 del TREBEP que *"pone un énfasis rotundo en todo lo relativo a la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes"*.

6. ¿Es posible la impugnación indirecta de las bases de las convocatorias de procesos selectivos?

Sí, será posible impugnar indirectamente las bases de las convocatorias de procesos selectivos a plazas de empleados públicos objeto de la Oferta de Empleo Público cuando incurran en infracción de derechos fundamentales, de conformidad con la STS 1328/2022 de 18 de Octubre del 2022, Rec. 2145/2021.

7. ¿Puede establecerse una diferente valoración de los servicios prestados en la misma o en otras Administraciones?

Sí, pero dicha distinción en la valoración de los servicios prestados deberá justificarse en diferencias del contenido funcional entre ambos puestos, no siendo posible privilegiar a las personas que hubiesen ocupado un concreto puesto en la Administración que lleva a cabo el proceso selectivo.

(STS 1328/2022 de 18 Oct. 2022, Rec. 2145/2021; STC 281/1993, de 27 de septiembre; STS 18 de mayo de 2011 rec. 3013/2008)

En concreto, determina la STS 1328/2022 de 18 de Octubre de 2022, Rec. 2145/2021 que:

"se trata de saber si está justificado o no, supuesto el ejercicio de las mismas funciones por todos los aspirantes, que el desempeño del puesto de trabajo incluido en la convocatoria deba implicar, por esa sola circunstancia, una valoración doble respecto de la que recibe el desempeño de otro con el mismo contenido funcional pero no incluido en la convocatoria.

Ninguna razón se ha dado por la Administración convocante para justificar tal disparidad establecida en las bases. Tampoco puede deducirse del conjunto del expediente y de las actuaciones el motivo por el que el mismo trabajo deba valorarse de tan diferente manera cuando de lo que se trata es de apreciar la experiencia, o sea los servicios prestados. A falta de la imprescindible explicación e, insistimos, aun dando por cierto que, además del recurrente, los dos recurridos que vieron amortizadas sus plazas, ejercieron continuamente funciones de guarda, debemos concluir que el distinto trato dado a uno y a otros carece de justificación objetiva y razonable y, por tanto, incurre en la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución y, en relación con él, de su artículo 103.3."

8. ¿Puede valorarse el empadronamiento en un municipio como mérito en un proceso selección?

No, ya que según la reiterada jurisprudencia, el empadronamiento como mérito objeto de valoración supone la vulneración del principio de igualdad protegido por el artículo 14 de la Constitución, y de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (arts. 23.2 y 103 de la CE)

(STC 200/2001, de 4 de octubre, 59/2008, de 14 de mayo, 130/2009, de 1 de junio y 16 de mayo de 2011)

Cosa diferente es que prime la tenencia de conocimientos específicos en relación con el concreto ámbito territorial municipal que convoca la plaza por ejemplo; con cuestiones teóricas y/o prácticas integrantes en la fase de oposición relativas a la realidad municipal y vinculadas en las funciones a desempeñar que aparecen adscritas al puesto de trabajo al que se pretende dar cobertura.

En cuanto a exigirlo como requisito de participación en un proceso selectivo, la Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz de fecha 18-1-2013 formulada en la queja 12/5535 dirigida al Ayuntamiento de Torrox (Málaga) relativa a la improcedencia de establecer el empadronamiento como requisito y como mérito en procedimiento selectivo acceso al empleo público, señaló lo que sigue:

“Entendiendo que el empadronamiento, incluido como requisito para poder acceder a la Bolsa de Trabajo y como mérito objeto de baremación, podría ser contrario a las disposiciones vigentes en materia de acceso al empleo público local y, por tanto, la actuación administrativa debería adecuarse a los principios de eficacia y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho contemplados en el art. 103 de la Constitución Española —CE—, es por lo que formulamos las siguientes [...]”

Por tanto, el empadronamiento como requisito y como mérito carece de una justificación objetiva y razonable, por lo que resulta discriminatorio y atenta contra el principio constitucional de igualdad. En este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988, entre otras.

9. ¿Puede un tribunal calificador preguntar sobre un tema que no está expresamente previsto en el temario?

No, según lo manifestado en la STS 1455/2020 de 5 de noviembre del 2020, Rec. 5229/2018, en la que se concreta que un sistema de oposición en el que se prevé un temario que relaciona los contenidos teóricos de inexcusable demostración por el aspirante, el tema o temas que sean objeto de exposición deben responder a los enunciados y contenido del temario o programa, resultando contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas objeto de exposición otros no expresamente previstos en el temario, aun relacionados con él, quedando ese temario no como la pauta de los conocimientos teóricos que deben demostrarse sino como referencia.

10. ¿Cuál es el plazo de subsanación de méritos? ¿Qué ocurre en caso de no subsanar durante el plazo concedido?

El plazo para subsanar méritos durante un proceso selectivo es de 10 días, pudiendo ser ampliado hasta 5 días más, en virtud del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, en los siguientes términos:

“1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66, y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días,

subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21.

2. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales."

Para entender que existe válido desistimiento se precisa de una "previa resolución" emitida por la Administración. En caso de no existir la citada resolución, la jurisprudencia se ha mostrado favorable a la posibilidad de que los méritos defectuosamente acreditados en los procesos selectivos puedan ser subsanados de manera extemporánea.

(STS de 4 de mayo de 2016 (recurso de casación n.º 3221/2014) y de 16 de noviembre de 2015 (recurso de casación n.º 348/2014), de 18 de enero de 2012 (recurso de casación n.º 1073/2009), de 17 de junio de 2014 (recurso de casación n.º 1150/2013), STS núm. 362/2022 de 22 de marzo del 2022, Rec. 4644/2020, entre otra muchas)

Así pues, mientras la acreditación defectuosa e incluso la omisión de acreditación es subsanable de conformidad con la jurisprudencia el TS, resultando posible la subsanación de méritos convenientemente alegados en los plazos establecidos al efecto, lo que éste niega, no obstante, en todo caso; es la posibilidad de subsanar las omisiones o defectos en la alegación de méritos para su valoración en el proceso selectivo.

11. ¿Puede el órgano de selección o tribunal calificador delegar la valoración de los aspirantes en un proceso selectivo?

No, de conformidad con la STS 198/2023 de 16 de Febrero del 2023, Rec. 3686/2021, el tribunal calificador puede contar con la colaboración o auxilio de vocales especializados que propongan una valoración de los conocimientos, habilidades o exigencias técnicas de los aspirantes. No obstante, dicha labor auxiliar, no excluiría la obligación de *"que sea el tribunal calificador el que deba, antes de resolver al respecto, conocerlos en su totalidad y no sólo mediante un "cuadro-resumen detallado de la fase de valoración" "en formato anónimo", pues es al tribunal al que las bases encomiendan la decisión."*

12. ¿Puede tener lugar una entrevista personal en un proceso selectivo de acceso a empleo público?

Sí, sin embargo, de conformidad con el fallo del Alto Tribunal 1290/2020 de 14 de Octubre del 2020, Rec. 1342/2018, no resultaría coherente su inserción en la fase oposición, dónde se valoran los conocimientos o capacidad de los aspirantes; siendo la misma, por el contrario, propia de la fase de concurso de méritos. Asimismo, no resultaría conforme con los principios de igualdad, mérito y capacidad de acceso al empleo público (arts. 23.2 y 103.3 de la CE) la realización de un proceso selectivo por el sistema de concurso-oposición, en el que una entrevista personal tenga demasiado valor decisivo en la fase de oposición, suponiendo el 50% de la máxima puntuación.

13. ¿Deben ser publicados los criterios de calificación de los ejercicios de procesos de selección? ¿Cuándo?

Sí, los criterios de calificación de los ejercicios de procesos de selección en la Administración Pública deben ser previos a la calificación, y, además, los mismos deben ser publicados para conocimiento de todos los aspirantes antes de la realización de los ejercicios.

(SSTS de 28 de octubre de 2003, de 25 de junio de 2013, de 20 de octubre de 2014 y de 21 de enero de 2016, 382/2022 de 28 de Marzo de 2022, Rec. 6160/2020)

14. ¿Puede ser “estar desempleado” un requisito en una convocatoria de proceso selectivo?

En virtud de la STS 958/2023 de 12 de Julio del 2023, Rec. 7815/2020; estar en situación de desempleo tiene cabida como requisito específico en un proceso selectivo, en caso de que se estime congruente, ya no con el contenido funcional de la función que se desempeñe, sino con el tipo de relación de servicios de que se trate. Su inclusión en las bases de un proceso selectivo como requisito será admisible si responde a una razón justificada, y en el caso que la referida sentencia estudiaba se entendía que superaba dicha exigencia por cumplir las siguientes razones:

“1º Se trata de una convocatoria para seleccionar a quienes vayan a ser contratados por un tiempo limitado y para un cometido concreto, no se trata de acceder a la condición de funcionario público de carrera ni a la de contratado laboral fijo.

2º Siendo tan limitado su objeto, las exigencias de tiempo y cometido justifican que la Administración ciña el abanico de aspirantes a quienes lleven más tiempo desempleados por presumirse en ellos una mayor necesidad de trabajar, al menos durante ese tiempo limitado, frente a los que llevan poco tiempo en esa situación.

3º Aun así, estos no quedan excluidos de raíz, pues pueden de ser preseleccionados en caso de insuficiencia de candidatos que cumplan el requisito general cuestionado y, en último término, puede acudir a los que estén en situación de mejora de empleo.”

15. ¿El Tribunal calificar debe limitarse a indicar la puntuación de cada ejercicio o debe justificar dicha puntuación?

Según la STS de 18 de diciembre del 2023, Rec. 8217/2021 el órgano de selección cuando califique cada ejercicio debe motivar sus puntuaciones, y no limitarse a indicar el dígito romano, sino que junto con la nota deben señalarse las concretas razones que determinaron esa cifra. Además, cuando en las bases del proceso se contemple que en la calificación de un ejercicio se desglose la puntuación de cada miembro del tribunal de selección, será necesario conservar los documentos que reflejen la citada puntuación individual, o, será necesario, al menos, incorporar esa información al acta final del proceso selectivo.

16. ¿Los actos administrativos que ponen fin a un proceso selectivo declarando derechos en favor de los interesados, que se dicten en sustitución de otros anulados judicialmente y que determinaron la exclusión de aspirantes, tienen eficacia retroactiva?

Sí, los mismos comportarán eficacia retroactiva, en virtud del artículo 39.3 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en consecuencia:

- Podrá entenderse que en dichos aspirantes concurren los supuestos de hecho necesarios ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto.
- Deberán ostentar la misma posición jurídica que los demás aspirantes que superaron el mismo proceso selectivo.

(STS Sentencia 407/2022 de 31 de Marzo del 2022, Rec. 2346/2021)

17. ¿Es la motivación un límite a la “discrecionalidad técnica” en la valoración de méritos de pruebas selectivas?

Sí, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 31 de enero de 2019, recurso 1306/2016, y de 14 de marzo de 2018, recurso de casación 2762/2015, resume el estado de esta cuestión señalando que:

“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, como son los 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”.

La evolución jurisprudencial posterior perfecciona este control distinguiendo, 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”.

...“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 tenga 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".

La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Así, este 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".

El control jurisdiccional debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, 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 específico sector de conocimientos de que se trate cuando éstas no rebasen los límites expuestos, pues "(i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14y23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos".

La prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando. En concreto, ha de cumplir las siguientes exigencias: "(a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error".

Sobre la base de los criterios jurisprudenciales antes expuestos, la sentencia del TSJ gallego 149/2021 de 10 de Marzo de 2021, Rec. 196/2018 determinó que la revisión de la valoración de méritos sólo resultaría jurídicamente procedente de acreditarse error grave o manifiesto, arbitrariedad o desviación de poder en la actuación del órgano de selección. La existencia de motivación adecuada -entendida ésta en los términos antes citados-, eliminaría la posible concurrencia de una conducta arbitraria en este concreto ámbito.