

Articulación das funcións respectivas das comisións xulgadoras e da Comisión de revisión nos procesos de selección de persoal docente universitario e o seu control xurisdiccional.

(Comentario á Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia 199/1998, do 25 de marzo)

Área de dereito administrativo.
Universidade de Santiago de
Compostela

Carmen Camba Constenla

Introducción

A recente Sentencia 199/1998 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia¹, do 25 de marzo de 1998, na que resolvía o recurso contencioso-administrativo interposto contra a Resolución do rector da Universidade de Santiago de Compostela, do 6 de outubro de 1994, é un dos últimos exemplos a que nos ten afeitos a xurisprudencia –salvo honrosas excepcións– dunha actitude autorrestrictiva no control dun amplo sector da actividade administrativa amparada na cobertura dunha suposta “discrecionalidade técnica”, autorrestrictión que se manifesta con especial intensidade no ámbito das oposicións, concursos, exames e outras probas de idoneidade.

¹ En adiante, TSX de Galicia.

Nalguns casos, como é o que nos ocupa, esta inhibición que practican os órganos xurisdiccionais reviste unha especial gravidade, tanto polo inxustificado desa, como pola deficiencia técnica da argumentación, como, en fin, polas consecuencias dende o punto de vista da vulneración da tutela xudicial que implica.

Resumo de autos

A Universidade de Santiago de Compostela convocou a concurso de méritos a provisión da praza 3007/93-94 de axudante de universidade, na Área de Coñecemento "Personalidade, avaliación e tratamento psicolóxico". Ó dito concurso presentáronse tres aspirantes, dos cales a Comisión Xulgadora seleccionou un e propúxoos para a provisión da praza. Outra das aspirantes impugnou a dita proposta, o que determinou a actuación da Comisión de Revisión que, tras examinala valoración que, dos méritos acreditados polos aspirantes, efectuara a Comisión de Provisión e logo de solicitar auxilio de dous catedráticos da Área de Coñecemento en cuestión alleos á Universidade de Santiago de Compostela, concluíu, en Resolución do 19 de setembro de 1994, que a dita valoración de méritos fora incorrecta e en consecuencia propúxolle ó rectorado a anulación da proposta inicial por entender que o candidato proposto era, dos tres, o menos idóneo.

Ámbolos dous candidatos, o inicialmente proposto e a que impugnara a proposta, formularon recurso contencioso-administrativo perante o TSX de Galicia contra a Resolución do rector da Universidade de Santiago de Compostela, do 6 de outubro de 1994 que, tendo en conta a proposta da Comisión de Revisión do Vicerrectorado de Profesores da mesma universidade², acordou a non provisión da praza litixiosa. O primeiro dos recorrentes solicitou a anulación da mencionada resolución e a confirmación da inicial da Comisión Xulgadora que o propoñía para a provisión da praza, en tanto que a segunda recorrente solicitou ademais da anulación da resolución rectoral, que lle adxudicasen a ela a praza, noutro caso que se retrotraesen as actuacións e se procedese á nova valoración dos méritos dos aspirantes e, en defecto de todo iso, que se convocase de novo a praza.

Por Auto do 13 de setembro de 1995 acordouse a acumulación de ámbolos dous recursos e a substanciación nun mesmo xuízo. O TSX de Galicia³ dictou sentenza desestimatoria o día 25 de marzo de 1998.

O primeiro que hai que dicir desta sentenza, antes incluso de entrar no exame de fondo dela, é que adoce dunha enorme

² Resolución xa mencionada do 19 de setembro de 1994.

³ Formando Sala os Ilmos. Señores don Gonzalo de la Huer-ga Fidalgo (presidente), don Juan Bautista Quintás Rodríguez e don Benigno López González. Este último foi o ponente.

confusión expositiva. Atópanse mesturados os antecedentes de feito coa parte dispositiva, polo que non é posible reconstruí-lo *iter* procedemental dela máis que tras sucesivas lecturas e con apoio nos datos que se ofrecen en sede de fundamentación xurídica⁴. Chama tamén a atención, xa en sede de fundamentación xurídica da sentenza, a ausencia absoluta de invocación dos preceptos normativos –e/ou decisións xurisprudenciais– que se examinaron para elaborala decisión, de maneira que se inclúe unha única referencia legal e iso en sede de determinación de custas.

1. A actuación das comisións de reclamación e de revisión segundo a súa caracterización legal e xurisprudencial

Un recto entendemento da problemática que se lle formula neste recurso ó TSX de Galicia esixe partir do exame da natureza e funcións das chamadas comisións de revisión. Isto é precisamente o que a sentenza estudiada non fixo. Este exame abórdase dende o dobre punto de vista legal e xurisprudencial, partindo da caracterización que fixeron a Lei de reforma universitaria por un lado e o Tribunal Constitucional por outro a propósito da Comisión de Reclamación prevista para os procedementos de selección de persoal docente funcionario. Estas apreciacións serven perfectamente de guía interpretativa para a caracterización das comisións de revisión no ámbito da provisión de prazas de persoal docente interino e contratado.

a) *A Comisión de Reclamación prevista na Lei de reforma universitaria e a Comisión de Revisión do Vicerrectorado de Profesores da Universidade de Santiago de Compostela.*

A Lei de reforma universitaria⁵, no seu artigo 43, configura as comisións universitarias de reclamación como o órgano administrativo encargado de resolver as reclamacións presentadas contra as resolucións das comisións xulgadoras dos concursos de méritos para a provisión das prazas do persoal funcionario docente: profesores titulares de escola universitaria, catedráticos de escola universitaria, profesores titulares de universidade e catedráticos de universidade, sen que sexa procedente a dita reclamación cando o recurso se resolvera coa non provisión da praza⁶.

Isto é perfectamente lóxico, porque entra dentro da discrecionalidade da Comisión Xulgadora o feito de non prove-la

⁴ Hai incluso unha inconcreción fáctica importante pois, no antecedente primeiro, dáse a entender que o que impugnou a candidata preterida é a resolución de concesión da praza ó primeiro candidato proposto, en tanto que, no fundamento xurídico segundo, se aclara que o impugnado foi a proposta mesma da Comisión de Provisión.

⁵ Lei orgánica 11/1983, do 25 de agosto. En adiante, LRU.

⁶ Dispón o apartado 2º do mesmo artigo que estas comisións estarán compostas polo rector, seis catedráticos de universidade de diversas áreas de coñecemento, con ampla experiencia docente e investigadora, os que elixirá o Claustro Universitario por un período de catro anos mediante unha maioría de tres quintos en votación secreta.

praza se entendese que ningún candidato cumpre os requisitos satisfactoriamente, e porque ademais, ó estar limitada a resolución desta comisión á anulación ou ratificación da proposta de resolución, non lle quedaría máis alternativa que ratificar de oficio en tódolos casos porque a anulación da non provisión carecería de sentido se non incorpora a designación dun candidato, o cal, como xa sabemos, cae fóra das facultades deste órgano. É, así mesmo, perfectamente adecuado á función que cumpre esta Comisión de Reclamación, que é a de garanti-la igualdade de condicións dos candidatos e o respecto ós principios de mérito e capacidade deles, de acordo cos artigos 23.2º e 103.3º da Constitución, e non a do control da oportunidade da decisión, segundo logo teremos ocasión de ver.

O réxime de selección do persoal non funcionario non se previu, como é natural, na LRU senón que sería obxecto de desenvolvemento regulamentario por cada unha das universidades, en exercicio da autonomía que a mencionada lei consagra.

Para o caso que agora interesa, a normativa aplicable é a de selección de persoal docente interino e contratado que a Universidade de Santiago de Compostela aprobou na data do 14 de xullo de 1993. Conforme a esta normativa, unha Comisión de Revisión⁷, valoraría as reclamacións que se lle dirixen no prazo de cinco días hábiles fronte ás propostas das comisións xulgadoras (artigo 30). Esta comisión podía solicita-los asesoramentos que estimase oportunos para levar a cabo o seu labor (artigo 30) e tería que resolver nun prazo de tres meses, transcorridos os cales sen resolución expresa se consideraría a reclamación desestimada (artigo 31).

Tal como sinalai máis arriba, para o exame da natureza e funcións destas comisións revisoras son de grande axuda as precisións que o Tribunal Constitucional fixo con relación ás comisións de reclamación da LRU, tendo en conta que na propia normativa se sinalaba expresamente que as funcións da Comisión de Revisión eran "semellantes ás establecidas na Comisión de Reclamacións da LRU" (artigo 30)⁸.

b) As precisións achegadas pola xurisprudencia: a Sentencia 215/1991 do Tribunal Constitucional.

O TC tivo a oportunidade de pronunciarse acerca do papel destas comisións na súa Sentencia 215/1991, do 14 de novembro, a propósito da resolución dun recurso de amparo⁹.

Para o Alto Tribunal resulta evidente que non se trata dun órgano técnico no sentido especializado, como tamén que a súa función revisora non se limita ós aspectos formais das resolu-

⁷ Esta Comisión de Revisión está integrada polo rector ou o vicerrector en quen este delegue e catro membros con voz e voto (artigo 30).

⁸ *Vid.*, decididamente a favor da dobre competencia revisora –formal e substancial– da Comisión de Reclamación, J. J. Díez Sánchez, "Un órgano atípico y conflictivo: la Comisión de Reclamaciones del artículo 43 de la LRU", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 68, 1990, páxs. 559 á 592.

⁹ *Vid.*, J. J. Díez Sánchez, "La discrecionalidad técnica y la Comisión de Reclamaciones de las Universidades (A propósito de la STC 215/1991, de 14 de noviembre)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 79, 1993, páxs. 507 á 521.

cións das comisións xulgadoras (f. x. 4º). O tribunal observa que o seu control se limita ás propostas de provisión e iso élle de utilidade para a delimitación conceptual da tarefa que lle corresponde: “non pode ser certamente a de substituír na súa integridade a decisión técnica adoptada polas comisións cualificadoras pois, se así for, a súa facultade controladora estenderíase tamén ós casos de non provisión”¹⁰. E “a única valoración que sobre os aspectos materiais dos concursos lle compete efectuar á Comisión de Reclamacións é a dirixida a verificalo efectivo respecto polas comisións xulgadoras da igualdade de condicións dos candidatos e a aplicación dos principios de mérito e capacidade deles (artigo 41. 1º LRU) no procedemento de adxudicación das prazas” (f. x. 5º).

Graficamente o TC sinala que “a censura da comisión non se sitúa no propio núcleo material da decisión técnica senón nas súas proximidades, nin a súa resolución responde ó máis puro decisionismo, senón a criterios regulados que garantan que a Comisión Xulgadora do concurso cumpra, efectivamente, as esixencias constitucionais”. A súa revisión está orientada a controlar “que as propostas dos órganos técnicos cualificadores non quebrantaron, polo seu apartamento dos principios de mérito e capacidade, a igualdade de tratamento á que teñen dereito os concursantes” e para efectos de autorizarla comprobación mencionada permíteselle-lo exame dos aspectos materiais do concurso.

Segundo a interpretación do Alto Tribunal correspóndelles pois ás comisións xulgadoras efectuar a valoración técnica inicial, a emisión do xuízo científico –son elas os órganos concibidos na lei para esta función–, pois son os que contan con coñecementos técnicos especializados para desempeñala e correspóndelle á Comisión de Reclamacións o control sobre os aspectos formais e procedementais en toda a súa extensión, pero tamén sobre os aspectos materiais para o efecto de comprobala suxeición da proposta ós criterios de mérito e capacidade e igualdade de condicións de tódolos aspirantes. Esta matización, aínda que se lle quixo dar unha dimensión residual, contén, ó meu parecer, unha gran potencialidade no tocante a clarificar a capacidade revisora desta Comisión de Reclamación¹¹. De feito no caso que resolve esta sentenza o TC admite, aínda que con limitacións, que a comisión realice unha “comprobación dos *curricula* e demais documentación achegada polos concursantes, así como –e isto é significativo– dos criterios de valoración das probas, dos informes emitidos polos membros do órgano cualificador e dos restantes obrantes no expediente administrativo”¹².

¹⁰ A cursiva é miña.

¹¹ Como xa se destacou, non é función das comisións de reclamación entrar na análise da calidade intrínseca dos méritos e das aptitudes dos concursantes nos procesos selectivos, pero si exerce-lo control sobre a recta aplicación dos criterios de mérito e capacidade nas valoracións efectuadas polas comisións xulgadoras, así como sobre o respecto ás condicións de igualdade de tódolos aspirantes, e pódense para este efecto reclamar informes especializados. Así entendido son perfectamente encaixables as funcións de ámbalas dúas clases de comisións e queda perfectamente definido o ámbito de actuación e a marxe de operatividade dunhas e doutras. Esta idea, que parece tan simple, é sen embargo difícil de facer operativa e é a miúdo obxecto de interpretacións defectuosas e inxustas.

¹² Acerca da dobre competencia revisora –formal e material– desta comisión, *vid.* J. J. Díez Sánchez, *La discrecionalidad técnica...*, *op. cit.*, páxs. 512 e 515.

Esta doutrina é plenamente aplicable, de entrada, ó caso concreto da Comisión de Revisión contemplada na normativa da Universidade de Santiago de Compostela, relativa á selección de persoal docente interino e contratado, para a cal observamos ademais que non se establece ningún límite respecto da posibilidade de controla-las propostas de non provisión das comisións xulgadoras, o que, segundo a hermenéutica constitucional debe levar á lóxica conclusión de que o control que estas exercen é un control tamén da decisión técnica da Comisión Xulgadora, á cal debe poder substituír na súa integridade¹³. O propio TC sinalou que a limitación de controlar propostas de provisión, pero non as de non provisión das prazas “resulta moi significativa para delimitar conceptualmente a tarefa que lle foi asignada a este órgano” (a Comisión de Reclamación da LRU).

c) *O defectuoso entendemento por parte do TSX de Galicia.*

A STC 215/1991 que acaba de mencionarse ten as virtudes do equilibrio e da moderación. Sen embargo a lectura que a miúdo se fixo dela esaxerou o aspecto limitador do control levado a cabo polas comisións de reclamación¹⁴.

O TSX de Galicia na Sentencia 199/1998 non soubo extraer as ensinanzas da xurisprudencia constitucional no tocante a ponderar adecuadamente as funcións das comisións xulgadoras e da de revisión e, recorrendo a unha interpretación ben simple e defectuosa, limítase a extrapola-la doutrina sinalada respecto das comisións de reclamación e aínda esta no seu alcance máis limitado, o que a leva a sinalar que “a Comisión de Revisión exerce exclusivamente un control negativo da actuación da Comisión Xulgadora, é dicir, pode ratificar ou anula-la proposta desta pero en ningún caso supli-la súa vontade ou obxectivo alterando o nome do candidato proposto” (f. x. 3º).

Xa se puxo de manifesto cómo unha correcta aplicación ó caso da doutrina xurisprudencial conduciría o tribunal a outro resultado, pero aínda sen recorrer a esta doutrina, o TSX de Galicia podería (e aínda debería) examinar con máis detemento a normativa aplicable para obter un resultado sen dúbida máis axustado a dereito.

En efecto, no caso da Comisión de Revisión do Vicerrectorado de Profesores da Universidade de Santiago de Compostela hai unha precisión legal que reforza aínda máis a atribución de capacidade de revisión que cabe inferir *a contrario sensu* da doutrina que o Tribunal Constitucional estableceu a propósito das

¹³ En pura lóxica se, segundo a argumentación do TC, a tarefa das comisións de reclamación “non pode ser, certamente, a de substituír na súa integridade a decisión técnica adoptada polas comisións cualificadoras, pois, se así for, a súa capacidade controladora estenderíase tamén ós casos de non provisión” (STC 215/1991, do 14 de novembro, f. x. 5º), cando a dita capacidade controladora alcanza a non provisión hai que concluír que o dito control inclúe a posibilidade de substituír-la decisión técnica da primeira comisión actuante.

¹⁴ *Vid.*, por exemplo, M. Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, páxs. 145 e 146 (nota ó texto n.º 130).

comisións de reclamación: trátase do feito de que a dita comisión pode reclama-los asesoramentos que estime oportunos (artigo 30 da normativa aplicable).

¿Cal sería a virtualidade dos asesoramentos técnicos reclamados se o control non puidese afectar á decisión técnica? En primeiro lugar, non se di que o dito asesoramento deba limitarse ós aspectos formais ou procedementais do asunto e en segundo lugar, é de imaxinar que para efectuar un control unicamente formal a comisión non precisa de asesoramento técnico ningún, sempre que o dito auxilio o solicite para poder entrar na "valoración da valoración", isto é, no exame da base fáctica sobre a que a Comisión Xulgadora operou a avaliación. Ben é certo que este exame debe ir circunscrito, segundo creo, á aplicación dos criterios xa mencionados de mérito, capacidade e igualdade de condicións no acceso, pois outra cousa significaría establecer de modo automático unha "segunda instancia" administrativa nos procedementos de selección, o cal non parece desexable, máxime cando, como xa se dixo, o órgano legalmente designado e verdadeiramente especializado no ámbito científico de que se trate é a Comisión Xulgadora. Entendo que só cando esta actúa contravindo os principios constitucionais tantas veces repetidos lle corresponde á Comisión de Revisión efectuarlo seu control, pero o dito control é pleno ou de substitución e non simplemente anulatorio. Noutras palabras, o que a Comisión de Revisión non pode facer é substituí-los criterios ou os baremos de selección fixados nas convocatorias, pode substituí-la aplicación que destes criterios ou baremos fixera a Comisión Xulgadora se non os atopa axustados ós mencionados principios constitucionais.

Un último argumento vén dado pola dimensión semántica dos dous termos, "reclamación" e "revisión". Segundo o *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* ámbolos dous termos non son nin moito menos sinónimos senón que a reclamación é a acción e o efecto de reclamar, oposición ou contradicción que se fai a unha cousa como inxusta ou amosando non consentila; en tanto que o significado da revisión é máis amplo, como acción e efecto de revisar, someter unha cousa a novo exame para corrixila, emendala ou reparala.

Creo que un recto entendemento da función deste órgano, avalada pola doutrina constitucional, pasa por considerar que entra dentro das súas atribucións corrixir, a prol dos principios de mérito e capacidade, as valoracións iniciais por seren estas defectuosas, por non axustarse ás bases da convocatoria, porque non se lles aplicou idéntico baremo a tódolos aspirantes, por inco-

rrer en erros manifestos ou en defectos de cálculo, porque se chegou a un resultado manifestamente arbitrario, etc. Nada impide que, efectuada a dita corrección técnica, para o cal como é o caso, se puideron solicitar asesoramentos especializados, a resultante sexa unha nova xerarquización dos aspirantes.

Como sinalou T.R. Fernández, cando na resolución impugnada e de se-lo caso anulada exista priorización expresa dos candidatos, a anulación (ou control negativo) pode equivaler á substitución (ou control positivo) pois bastará con facer corrala quenda¹⁵. Se iso o permite o órgano xurisdiccional, con maior razón o permitirá o órgano administrativo que desempeña legalmente a competencia para efectuar esa concreta fiscalización.

2. A cuestionable autorrestricción que se imponen os tribunais

a) Consideracións xerais.

Se ben é verdade que, como intentei demostrar, a postura que sostén o TSX de Galicia se fundamenta nunha errónea caracterización da natureza e funcións das comisións de revisión, a dita postura non é, en canto ó fondo, illada na xurisprudencia.

Non é dende logo este o lugar para entrar na vella polémica doutrinal acerca do alcance e da extensión do control xudicial da actividade administrativa, polémica que afunde as súas vellas raíces nas teorías da separación de poderes establecida de modo radical no momento mesmo da formación do dereito administrativo, ó día seguinte da Revolución Francesa¹⁶. Tampouco é momento de aborda-lo estudio en profundidade dos conceptos de discrecionalidade, discrecionalidade técnica e conceptos xurídicos indeterminados e as relacións entre eles, labor que excede con moito as pretensións deste traballo¹⁷. Baste dicir aquí que a noción de discrecionalidade técnica naceu en Italia¹⁸ como instrumento para a resolución dos problemas que formulaban os conceptos xurídicos indeterminados, e o certo é que non estamos perante unha noción unívoca e de perfís definidos senón pola contra perante unha categoría que designou historicamente realidades diferentes¹⁹, de maneira que non resulta doado saber en cada caso se nos encontramos perante unha potestade realmente discrecional da Administración e como tal non fiscalizable polos tribunais, ou perante unha potestade que non ten nada de discrecional pois a indeterminación legal pode ser integrada pola Administración mediante o recurso a normas ou cri-

¹⁵ Vid., T.R. Fernández Rodríguez, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994, páx. 172.

¹⁶ Refírome, como é obvio, á previsión da famosa Lei da Asemblea Constituínte do 16-24 de agosto de 1790 que decidiu que "les fonctions judiciaires sont et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions".

¹⁷ Na doutrina pódense atopar achegas valiosísimas no tocante á delimitación dos referidos conceptos. Como exemplo: E. García de Enterría, *La lucha contra las inmundades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, Madrid, 1983; F. Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; T.R. Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991; Mozo Seoane, *La discrecionalidad en la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985.

¹⁸ Os primeiros teorizadores do concepto foron F. Cammeo e E. Presutti na segunda década deste século.

¹⁹ Pódese encontrar unha interesante sistematización das distintas acepcións que se deron da noción de "discrecionalidade técnica" en E. Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, 1997.

terios técnicos²⁰, no caso do cal a actividade administrativa resultante sería perfectamente fiscalizable.

En termos xerais pódese dicir que existen tres tipos de actividade administrativa nas que os criterios técnicos teñen relevancia²¹: a) os supostos de "discrecionalidade técnico-administrativa" nos que a norma lle atribúe á Administración a potestade de elixi-lo modo de actuar, de maneira que esta, como acode a criterios técnicos, se encontra con varias opcións que son igualmente eficaces para a consecución do fin público en cuestión; b) os supostos nos que as eleccións da Administración se levan a cabo sobre a base de hipóteses científicas que non foron obxecto de corroboración, ben por estar a ciencia nun estadio pouco avanzado, ben por tratarse de actividades de prognose, en tal caso a decisión terá que facerse tamén conforme ó que a Administración considere máis conveniente para o interese público; c) os supostos de aplicación de conceptos xurídicos para a integración dos cales a Administración ha de acudir a coñecementos técnicos, de maneira que cando a operación se presenta difícil agroma unha certa discrecionalidade, denominada "discrecionalidade instrumental xurídico-técnica".

Mentres que nos dous primeiros supostos o control xudicial non pode ser senón negativo, posto que a Administración actúa segundo o que considere máis conveniente para o interese público, no terceiro suposto a decisión final correspóndelles ós tribunais, que poden anular e substituí-la integración do concepto levada a cabo pola Administración porque neste caso non lle corresponde a ela elixi-lo máis conveniente ó interese público: este foi xa apreciado e establecido pola norma e consiste en que se produza a consecuencia xurídica prevista cando concorra o suposto legalmente establecido. Non hai por iso ningún motivo para a valoración de cál sexa o modo en que se servirá mellor o interese público.

Esta discrecionalidade instrumental é plenamente controlable e substituíble polos tribunais porque as normas ofrecen os parámetros adecuados para proceder á integración da marxe de indeterminación que estas incorporan. Así o entenderon os tribunais con carácter xeral en tódalas actividades administrativas que se caracterizan por este tipo de discrecionalidade, excepto nunha: precisamente a actividade de resolución de oposicións e concursos, cualificación de exames académicos e probas de idoneidade.

²⁰ Entre ámbalas dúas posturas, certamente extremas, existe unha ampla variedade de posturas matizadas nun ou noutro sentido, pero sen que se chegara nunca a un acordo acerca da auténtica natureza destas potestades e sen que a noción de discrecionalidade técnica tivera verdadeira operatividade científica.

²¹ Sigo neste punto a E. Desdentado Daroca, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1998, páxs. 227 e segs.

b) *Os argumentos da doutrina xurisprudencial para a autolimitación no control da discrecionalidade instrumental xurídico-técnica en materia de oposicións, concursos, exames e xuízos de idoneidade.*

Non se pode falar dunha tendencia xeral autolimitadora do control da actividade técnica da Administración, senón que, como imos ver, se poden identificar diversas liñas xurisprudenciais, que van dende un control mínimo ata o pleno control, en función do tipo de actividade administrativa de que se trate.

En materia de oposicións, concursos, exames e xuízos de idoneidade, a tendencia, tanto do TS como dos tribunais superiores de Xustiza, veu sendo a de deixar fóra do control xudicial os aspectos materiais ou de fondo das resolucións administrativas. É esta unha doutrina tradicional que se mantivo dende principios de século²² e que encontra o seu último apoio no dogma elevado á categoría de mito do carácter revisor da xurisdicción contencioso-administrativa²³.

En termos xerais enténdese que o control dos tribunais non pode traspasa-lo nivel formal da decisión e que a súa fiscalización é unicamente negativa, nunca positiva ou substitutiva²⁴. Os argumentos que se dan para iso son de diversos tipos: así, en ocasións alúdese ó carácter soberano dos órganos cualificados deducido da especialización dos seus coñecementos técnicos²⁵,

²² Vid. A. Sánchez Blanco, "La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 30, 1981, páxs. 563 a 576.

²³ Vid. as apreciacións do profesor García de Enterría respecto de cómo a forza deste mito se impuxo tanto á Lei xurisdiccional de 1956 como á propia Constitución de 1978, no prólogo ó libro de J. R. Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998.

²⁴ Adóitase citar como exemplo desta postura a STS do 17 de decembro de 1986 (Arzdi. 7471) que resolveu de modo contundente a polémica suscitada por mor dunha serie de sentencias de signo contrario da (entón) Audiencia Territorial de Valencia. Veú dicir aquí o TS: "... a competencia exclusiva para cualifica-las probas en razón dos coñecementos, aptitudes e historial dos concursantes atribúeselle plenamente á Comisión Cualificadora; a revisión desta actuación, tanto na vía administrativa como na xurisdiccional refírese á conformidade coas normas que regulan a súa actuación, non á decisión que por razón dos coñecementos científicos, artísticos ou técnicos do concursante sexa a procedente" (f. x. 3º). E en concreto respecto da posibilidade de substituí-la decisión administrativa sinalou: "... non cabe neste caso admiti-la declaración da situación xurídica individualizada pretendida no recurso, tanto administrativo como xurisdiccional, de que se nomee a recorrente para a categoría de profesor titular cando claramente carecen de competencia para tal decisión; e esta doutrina da sentenza apelada é daniña en sumo grao, ó alterar todo o sistema establecido para a cualificación de aptitude". (A cursiva é miña).

²⁵ Este argumento non se acolleu xurisprudencialmente a *contrario sensu*, pois aínda naqueles supostos en que estes coñecementos especializados deban presumirse no órgano xurisdiccional, este non queda habilitado para proceder á revisión do órgano cualificador, salvo, como acontece con carácter xeral, cando

sexa evidente o erro padecido por este ó proceder á cualificación. Vid., por todas, as relativamente recentes SSTS do 28 de maio de 1996 (Arzdi. 4654) ou a do 19 de xullo de 1996 (Arzdi. 5734).

da imparcialidade que se lles presume ós membros e do feito de que interveñen directamente nas probas que se realizan²⁶; noutros casos o argumento esgrimido é a suposta existencia dunha habilitación que a lei operaría en exclusiva a favor destes órganos para a valoración da capacidade e mérito dos candidatos²⁷ sen que as súas resolucións poidan ser substituídas polas doutro órgano, nin administrativo nin xudicial²⁸; recórrese ás veces, en fin, ó carácter técnico dos coñecementos necesarios para axuiza-lo acto para sustenta-la imposibilidade do control, ben porque os órganos xudiciais carecen dos ditos coñecementos, ben porque recurrir a criterios técnicos entraña a verificación dun control que non é de estricte legalidade, que se considera o único que os tribunais poden efectuar²⁹. Este obstáculo non se pode salvar recorrendo á proba pericial porque isto significaría, sempre segundo esta liña xurisprudencial, a substitución do criterio do tribunal cualificador polo dos peritos que asesorasen³⁰.

Esta postura tradicional respecto do alcance deste control non é exclusiva do Tribunal Supremo senón que a comparten os tribunais superiores de xustiza³¹ e referéndaa o propio Tribunal Constitucional³², dito sexa sen prexuízo das liñas evolutivas que se albiscan xa.

c) A diferente solución á que se chega con carácter xeral noutros ámbitos da actuación administrativa distintos das oposicións, concursos, exames e probas de idoneidade.

No deixa de sorprender o feito de que os órganos xudiciais, que tan cautos se amosan á hora de controla-las decisións administrativas en materia de concursos, oposicións, etc., non teñan reparos en fiscalizar outro tipo de resolucións adoptadas con igual dose desa discrecionalidade que chamou "instrumental" cando do que se trata é da determinación dun prezo xusto expropiatorio³³, en tal caso non se alude nin ó carácter soberano dos xurados de expropiación, nin á dificultade técnica da valoración, nin se formulan problemas á práctica da proba pericial. Ben ó contrario, esta considérase o medio normal de salvar a complexidade das valoracións para efectuar, e a inevitable marxe de subxectividade que todo xuízo valorativo incorpora non se considera un obstáculo para o pleno control da resolución administrativa, pois o relevante é a base fáctica da decisión, os criterios valorativos que se utilicen conforme ás regras da súa crítica e a congruencia das apreciacións e ponderacións realizadas.

Acontece o mesmo noutras materias coma o outorgamento e a denegación de licencias urbanísticas³⁴, a valoración do carácter

²⁶ *Vid.*, exemplos disto nas SSTs do 13 de marzo de 1991 (Arzdi. 2279), 15 de maio de 1991 (Arzdi. 4232), 20 de outubro de 1992 (Arzdi. 8485), 11 de novembro de 1992 (Arzdi. 9118).

²⁷ É o caso das SSTs do 25 de febreiro de 1994 (Arzdi. 1301), 19 de setembro de 1994 (Arzdi. 7276) ou do 5 de xuño de 1995 (Arzdi. 4870).

²⁸ Caso da STS do 18 de abril de 1995 (Arzdi. 3176).

²⁹ *Vid.*, as SSTs do 2 de novembro de 1990 (Arzdi. 8680).

³⁰ Neste sentido, a STS do 11 de abril de 1994 (Arzdi. 2861).

³¹ A modo de exemplo poden verse as sentencias do TSX de Castela-A Mancha, do 4 de abril de 1994 ou a do 30 de setembro do mesmo ano.

³² Son claros expoñentes desta doutrina as SSTC 39/1983, 97/1993 ou 353/1993.

³³ *Vid.*, a STS do 9 de xullo de 1994 (Arzdi. 5907), 2 de febreiro de 1995 (Arzdi. 1088), 24 de febreiro de 1997 (Arzdi. 1200), 21 de marzo (Arzdi. 1932) ou do 14 de xuño do mesmo ano (Arzdi. 6270).

³⁴ *Vid.*, o detallado estudio desta cuestión, e en xeral do control da discrecionalidade no planeamento urbanístico, en E. Desdentado Daroca, *Discrecionalidade administrativa...*, op. cit.

nutricio dun produto³⁵, a estimación da inhabilitación para o traballo por causa dunha doenza³⁶, a utilidade dun novo modelo industrial³⁷, a similitude entre dúas marcas³⁸ ou a apreciación do estado ruinoso dun edificio³⁹.

É curioso que nestes ámbitos o TS teña por norma aseverar que non pode outorgárgalles preferencia, por principio, ós informes dos técnicos respecto dos dictames dos peritos que auxilian os tribunais e que, o outorgamento de tal preferencia viría deixar sen sentido a proba no proceso contencioso-administrativo, a cal é completamente procedente no sistema resultante da vixente lei da xurisdicción⁴⁰. En concreto en materia urbanística foi cando, ben é verdade que non facilmente, unha liña xurisprudencial que intenta un control máximo da discrecionalidade recorrendo tanto ó uso de certos principios xerais do dereito (igualdade, proporcionalidade ou interdicción da arbitrariedade), como ó control sobre as apreciacións dos feitos determinantes⁴¹. Neste sentido son moi significativos os termos da STS do 4 de abril de 1990 (Arzdi. 3587) cando sinala que:

“Nada ten que estrañar que, ante toda ausencia de proba en contra que practicara a Administración, o Tribunal de Instancia fixera seu, valorándoo con arranxo ás regras da sa crítica, segundo o artigo 632 da Lei de axuízamento civil, o dictame pericial, certamente detallado e explicativo, incluso cunha completa secuencia fotográfica. Xa non é polo tanto, tan só unha opinión persoal do perito, senón unha constatación xudicial de que a planificación urbanística no ámbito obxecto deste proceso foi errónea e carente de racionalidade (...)”.

En materia de oposicións e concursos é practicamente imposible encontrar declaracións da mesma solidez, ponderación e motivación. O por qué iso é así conduce inevitablemente a consideracións que pouco teñen que ver con criterios xurídicos e que no mellor dos casos se dirixen cara ó terreo das dificultades prácticas.

d) ¿Ten xustificación esta autolimitación xudicial?

A ausencia de unanimidade na doutrina científica nesta materia é absoluta. Mentres para algúns autores a posibilidade de que os órganos xudiciais revisen as resolucións dos órganos cualificadores en materias como as oposicións e concursos é unha “barbaridad que ningún principio de Derecho puede justificar”⁴², para outros o que resulta inxustificable é a propia exención que consideran insostible constitucionalmente por ser contraria ó artigo 24 CE⁴³.

Os argumentos do primeiro grupo de autores van dende a imposibilidade práctica do control⁴⁴ ata a consideración de que a

³⁵ SSTS do 17 de decembro de 1993 (Arzdi. 6531) ou do 13 de xuño de 1997 (Arzdi. 5194).

³⁶ STS de 24 de xaneiro de 1997 (Arzdi. 441).

³⁷ SSTS do 23 de decembro de 1993 (Arzdi. 9738), do 10 de marzo de 1997 (Arzdi. 2233) ou do 24 de setembro de 1997 (Arzdi. 6768). Nestes dous casos o TS confirma a valoración feita pola Administración, pero despois de contrastala cos informes periciais e tras unha exposición motivada, incluso en canto ós detalles técnicos.

³⁸ STS do 15 de outubro de 1981 (Arzdi. 3760).

³⁹ SSTS do 17 de xaneiro de 1997 (Arzdi. 173) ou do 28 de xaneiro do mesmo ano (Arzdi. 301).

⁴⁰ Así, STS do 26 de xuño de 1995 (Arzdi. 5034).

⁴¹ Vid., J. Ponce Solé, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Madrid, 1996, páxs. 152 a 225.

⁴² E. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, páx. 63. Considera que se trata dunha aplicación excesiva da teoría dos conceptos xurídicos indeterminados.

⁴³ E. Coca Vita, “También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 108, 1985, páxs. 205 a 214. Tamén do mesmo autor aínda que cun alcance máis xeral pode consultarse, “Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102; páxs. 1039 a 1081.

⁴⁴ S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989; páx. 111.

capacitación conta cunha habilitación especialísima e rigorosamente persoal, por canto a norma se remite á valoración que a Administración efectúe⁴⁵, pasando por outras consideracións como a irreducibilidade da técnica ó control xudicial⁴⁶ ou as características peculiares do proceso contencioso-administrativo⁴⁷.

En fronte sitúanse aqueles autores que se amosan críticos coa autolimitación que se impoñen os tribunais cando se encontran con valoracións técnicas das instancias administrativas. O denominador común destas posturas é a consideración de que o dito control pleno non significa de ningún modo a substitución da discrecionalidade do órgano administrativo pola discrecionalidade do órgano xudicial, porque a referida discrecionalidade non é tal⁴⁸ senón –e aquí é onde as respostas adquiren matices diversos– un suposto de remisión normativa a criterios técnicos⁴⁹, ou un suposto de determinación dun concepto in-

⁴⁵ É a postura, certamente radical e orixinal, como tamén preconstitucional, de A. Nieto García, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964, páxs. 147 a 162, "Los Tribunales --obligados por definición a examinar el caso concreto aplicando estrictamente la norma-- no pueden a veces conseguir una perspectiva amplia que les permita contemplar todas las conexiones del caso examinado, que es precisamente lo que acontece en el actuar administrativo. Dicho con otras palabras: en ocasiones sucede que un funcionario se encuentra en una situación que bordea de modo permanente la ilegalidad o que, incluso, es francamente ilegal --apreciada en conciencia--, pero lo bastante hábil para escapar a la constatación suficiente de tal ilegalidad". O subliñado é meu. Estas observacións, realizadas ó fio das cuestións disciplinarias, referidas á apreciación en conciencia da ilegalidade das situacións, han de ser obxecto de revisión no marco do actual sistema constitucional.

⁴⁶ M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit.; páxs. 153 a 162. Observo unha certa contradicción na formulación deste autor por canto sinala que o ámbito de decisión que a lei lle deixa á Administración está guiada por conceptos xurídicos indeterminados -en esencia determinables- (páx. 129), pero limita o control da decisión ós aspectos organizativos e procedementais (páx. 130). É máis, fundamenta esta postura no respecto ó propio artigo 24 CE por canto, segundo di, "una decisión judicial que no se funde en razonamientos jurídicos constituye, (...), una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte lesionada por dicha decisión" (páx. 160).

⁴⁷ M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., páxs. 120. Entende que, en tanto que o xuíz civil ou penal valoran libremente as probas en uso da súa "discrecionalidad judicial", a función do xuíz administrativo é distinta, "no es totalmente autónoma de la decisión administrativa que debe enjuiciar".

⁴⁸ Así, J. A. Tardío Pato, referíndose ás comisións avaliadoras dos exames universitarios dixo que "estamos ante actos que ejercitan una potestad reglada que incluye conceptos jurídicos indeterminados, no ante un acto discrecional", en "La función calificadora de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional", *Revista de Administración Pública*, n.º 139, 1996, páxs. 373 a 417. Do mesmo autor, e con referencia concreta ó tema que nos ocupa, *El control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid, 1986.

⁴⁹ M. Martín González, "El grado de determinación de los conceptos jurídicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 54, 1967, páxs. 197 e segs.

determinado pero determinable, e determinable non de calquera modo senón conforme ás indicacións normativamente predeterminadas⁵⁰.

Respecto do pretendido carácter soberano dos órganos cualificadores, respondeuse que aceptar este axioma sería tanto como afirma-la imposibilidade de acreditar *a priori* o erro ou desatino do xuízo técnico da Administración, o que se traduce nunha vulneración do dereito de defensa dos administrados⁵¹. Tamén se sinalou que nada, senón un vello prexuízo⁵², pode xustificar que os xuízos técnicos sexan irrevisables en materia de oposicións e concursos, en tanto que noutras materias esta revisabilidade, e incluso a substitución da decisión administrativa pola xudicial, non formula dúbida ningunha⁵³.

A falta de xustificación consistente, este rexeitamento dos xuíces en entrar a coñece-lo fondo destes asuntos tildouse de autorrestricción puramente xurisprudencial, sen que caiba falar en absoluto de restricción legal ningunha neste sentido⁵⁴.

Entendo que, máis alá do discutible que poida ser a determinación de se falamos de potestades verdadeiramente discrecionais ou non, o que non se pode perder de vista son as previsións constitucionais que con carácter xeral sinalan que os tribunais han de controla-la legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta ós fins que a xustifican (artigo 106.1 CE) e, en particular polo que se refire ó ámbito de oposicións e concursos, as esixencias de obxectividade, imparcialidade e eficacia do actuar administrativo que o artigo 103.3 impón, representan un límite infranqueable para a actividade discrecional da Administración.

O poder discrecional non existe para lexitimar *calquera* decisión que se adopte dentro das que a norma admite como posibles, senón que entraña o *deber de examinar* coidadosamente as peculiaridades de cada caso para alcanza-la mellor solución entre as posibles⁵⁵. A discrecionalidade pódese entender non como liberdade de apreciación e de decisión da Administración entre varias solucións posibles e en atención a razóns extraxurídicas, senón como deber de apreciar e valorar ante cada situación concreta a solución máis adecuada e conforme ó interese público e, consecuentemente, ó ordenamento xurídico⁵⁶.

Do mesmo xeito, a selección dun aspirante ou doutro non é un indiferente xurídico, a Administración non goza de liberdade para elixir entre opcións igualmente válidas senón que, valorando correctamente méritos e capacidades, está constitucionalmente obrigada a selecciona-lo mellor segundo os baremos preestablecidos normativamente, sen que esa determinación

⁵⁰ A. Gallego Anabitarte, no liñar ó libro de A. Mozo Seoane, *La discrecionalidad en la Administración...*, *op. cit.*; sinala que non existe o máis mínimo reducto de libre apreciación por parte da Administración que puidera quedar baixo a cobertura da discrecionalidade técnica ou de calquera outra "insignificancia semejante", pág. 28.

⁵¹ E. Coca Vita, *Legalidad constitucional...* *op. cit.*, páxs. 1076 e segs.

⁵² Sobre a pervivencia deste estado de cousas e a súa caracterización de "reminiscencia histórica", contradictoria na actualidade coa propia Lei da xurisdicción e coa Constitución, *vid.* G. García Álvarez, "La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿los hechos como ámbito exento del control judicial?", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 8, 1996; páxs. 433 a 467.

⁵³ T. R. Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, páxs. 37 a 91. Do mesmo autor, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994.

⁵⁴ *Vid.*, J. L. Piñar Mañas, "El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones", *Documentación Administrativa*, n.º 220, 1989; páxs. 135 a 178.

⁵⁵ F. Sáinz Moreno, recensión ó libro de P. Pavlopoulos, "La directive en droit administratif", publicada en *Revista de Administración Pública*, n.º 87, 1978, páxs. 647 a 650.

⁵⁶ G. Fernández Farreres, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, páxs. 632 e segs.

de quen sexa "o mellor" poida ser unha porta aberta ó subxectivismo nin moito menos á arbitrariedade⁵⁷. Esta selección ha de efectualala Administración seguindo a valoración que a norma lle impón en relación cuns feitos determinados –os méritos alegados polos concursantes–. E non hai razón válida para entender que esta función non a poida realizar tamén o xuíz⁵⁸ porque, dado que o que se controlaba non é un criterio político de decisión senón a conformidade da decisión, da selección, co interese público, o axuizamento da dita decisión non implica o exercicio dun control de oportunidade⁵⁹ que, este si, lle está vedado ó xuíz en aplicación da máis obvia das nocións de separación de poderes.

3. Indicios de evolución na batalla pola redución dos ámbitos de actuación administrativa exentos de fiscalización

No muro estanse abrindo fisgoas. Esta é a constatación á que se chega ó observar toda unha serie de sentencias de distintas instancias xurisdiccionais que dende mediados dos anos 70⁶⁰, e ás veces con argumentacións vacilantes, comezaron a camiñar pola senda da ampliación do control das resolucións administrativas tinxidas de discrecionalidade instrumental xurídico-técnica, ata alcanza-los seus elementos materiais ou de fondo⁶¹. Algunhas

⁵⁷ J.L. Piñar Mañas explicouno claramente cando dixo que "invocar, como es usual, la discrecionalidad técnica de las Comisiones para justificar su exclusión del control jurisdiccional en lo que al contenido de sus decisiones se refiere no es más que una equivocación que no encaja con nuestro sistema constitucional de control judicial pleno de la actividad administrativa", en *El pleno control jurisdiccional...*, *op. cit.*, páx. 149.

⁵⁸ Cuestión distinta é que o xuíz pode non contar cos mesmos medios de que dispón a Administración para aprecia-los feitos, co que non sempre será posible efectua-lo control último de corrección da decisión; pero desta constatación de dificultade non se pode colixi-la imposibilidade en liña de principio.

⁵⁹ G. Fernández Farreres, *La subvención...*, *op. cit.*, páx. 643.

⁶⁰ Sen prexuízo de que o primeiro pronunciamiento que lle serve de base a este entendemento é o contido na STS do 2 de outubro de 1965 (Arzdi. 4230), na que o tribunal acomete a definición da natureza do concurso como método de selección que obriga a resolver segundo as xustificacións de capacidade alegadas polos interesados. Unha análise deste pronunciamiento e a súa transcendencia pode consultarse en A. Sánchez Blanco, *La discrecionalidad técnica...*, *op. cit.*

⁶¹ Acerca de las líneas maestras de esta evolución jurisprudencial, véase J.M.^a Peñarubia Iza, "La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica", *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995, páxs. 327 a 344.

desas sentencias non anularon a solución á que se chegara na instancia administrativa, pero revisaron e iso é o realmente importante; é dicir, examinaron as valoracións técnicas que se efectuaron na dita sede e, tras comprobar que se adecuaban ós requirimentos normativos, confirmáronas.

a) *A doutrina do Tribuna Constitucional.*

A postura contraria ó control xudicial das resolucións administrativas que conteñen decisións técnicas dos órganos especializados que con tanta contundencia inaugurou o Alto Tribunal na Sentencia 39/1983 xa mencionada e que foi seguida doutras de cariz similar, coñeceu matizacións nestes últimos anos, aínda que non se pode dicir que se consolidara unha liña xurisprudencial constante, senón que os vaivéns son constantes⁶².

Esta tendencia matizadora da postura tradicional iniciouse coa STC 110/1991, do 20 de maio, na que o tribunal, aínda para desestimala pretensión do recorrente, entra a examinalas actuacións e as valoracións dos méritos alegados. Desta sentenza pódense extraer catro conclusións de grande importancia, tal como destacou E. Desdentado⁶³: a) a relación de complementariedade existente entre o dereito de acceder en condicións de igualdade á función pública (artigo 23.2 CE) cos principios de mérito e capacidade como principios rectores do dito acceso (artigo 103.3 CE) implica o dereito dos candidatos a unha adecuada valoración de méritos e capacidades; b) a defensa deste dereito debe poder facerse utilizando tódolos medios probatorios que poidan apoiala argumentación; c) ningún obstáculo pode opoñerse a que os tribunais examinen as actuacións administrativas; d) que o dito control non terá que cinxirse ás cuestións legais e/ou procedementais, senón que debe alcanza-la verificación de que os ditos órganos non cualificaran erroneamente méritos e capacidades.

Posteriormente, na STC 97/1993, do 22 de marzo, apostilou que a discrecionalidade técnica non determina que o control xudicial teña que reducirse ós aspectos puramente externos, senón que "é compatible coa esixencia dunha base fáctica, xa que o xuízo técnico sobre a capacidade dun aspirante ha de realizarse sobre uns datos obxectivos que permitan deducirla aptitude ou inaptitude do mesmo" (f.x. 3º). Sen embargo, e polo que se refire á conexión da ausencia de control de fondo co dereito á tutela xudicial, en concreto coa posibilidade de que se xere indefensión, o tribunal estima que non hai contradicción ningunha, porque a "indefensión dos propios méritos" habería de ser alegada como vulneración do dereito do artigo 23.2 en co-

⁶² Un dos últimos está representado pola recente STC 73/1998, do 31 de marzo, na que o tribunal non só renuncia a axuizalo veredicto do órgano cualificador senón que, facendo unha interpretación delirante das esixencias da legalidade dos procedementos selectivos, chega a xustificar e a dar por boas sen entrar en exame as interpretacións, manifestamente incorrectas, que este fai dos requisitos establecidos na convocatoria.

⁶³ E. Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial...*, op. cit., páxs. 91-92.

nexión co 103.3 e non autonomamente a través do 24, que impón efectivamente unha esixencia de control sobre as decisións técnicas da Administración, pero trátase dun control externo ou de legalidade⁶⁴.

Un paso adiante decisivo foi o operado coa STC 353/1993, do 29 de novembro, na que o Alto Tribunal afirmará por primeira vez que non existe exención ningunha de control da discrecionalidade técnica, senón só unha especialidade do dito control. Con iso asestóuselle o golpe definitivo á teoría da soberanía das comisións xulgadoras porque se puxo de manifesto que non gozan de exención ou inmunidade xurisdiccional ningunha, senón que só se benefician dunha aparencia de certeza que vén avalada en boa medida pola dificultade intrínseca de revisa-las súas valoracións, pero iso nada estorba ó carácter fiscalizable destas. Dificultade e imposibilidade non son, e non poden pretender ser, a mesma cousa.

Máis recentemente, e como paso obrigado, a STC 34/1995, do 6 de febreiro, aínda xustificando a "legitimidade do respecto ó que se chamou "discrecionalidade técnica" dos órganos da Administración" e as modulacións que iso introduce na plenitude do coñecemento xurisdiccional, matiza que as ditas modulacións "só se xustifican nunha presunción de certeza ou de razoabilidade da actuación administrativa, apoiada na especialización e na imparcialidade dos órganos establecidos para realiza-la cualificación. Unha presunción *iuris tantum*, por certo, de aí que sempre caiba desvirtuala se se acredita a infracción ou o descoñecemento do proceder razoable que se presume no órgano cualificador..." (f. x. 3º).

Entendo que un pronunciamento deste teor leva en si mesmo, na súa contradición co principio xeral de control limitado, o anuncio dun cambio de orientación cara á extensión do dito control ata a redución á mínima expresión das parcelas de actuación administrativa exentas de fiscalización plena.

b) A doutrina do Tribunal Supremo.

Tal como sinalei máis arriba os pronunciamentos do TS favorables ó control material das decisións dos órganos cualificadores de oposicións, concursos e procesos selectivos análogos, datan dos anos 70. En efecto, a STS do 22 de decembro de 1975 (Arzdi. 4745) constata que:

"o concursante que quedou eliminado presentaba superioridade sobre o gañador do concurso, en tres dos catro apartados (...); sen que poida presentarse como escusa para unha motivación tan sumaria e superficial como a empregada nesta oca-

⁶⁴ Unha análise pormenorizada desta sentenza pode verse en J. M. Peñarubia Iza, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar (la STC 97/1993, de 22 de marzo)", en *Revista de Administración Pública*, n.º 133, 1994.

sión, o feito do exame conxunto de tódolos factores que se terán en conta, xa que iso non debe interpretarse como a concesión dun poder discrecional (...) por canto pode influír no fin último do acto; porque toda actuación administrativa resulta regrada no seu fin xurídico, e non é certo que no acto discrecional os motivos sexan xuridicamente irrelevantes”.

A sentenza acolle a interpretación que xa mencionei máis arriba segundo a cal a discrecionalidade técnica non é tal discrecionalidade senón dun modo instrumental por canto a decisión final non é un indiferente xurídico que a Administración sexa libre de concretar, senón que a súa decisión non pode ser outra que a de selecciona-lo máis capacitado.

Na STS do 15 de febreiro de 1980 (Arzdi. 545) os termos son aínda máis rotundos, e as implicacións importantes por canto ten en conta tanto o dereito individual a acceder ás funcións públicas de acordo cos principios de mérito e capacidade, como as esixencias de sometemento da actuación administrativa a unha serie de principios que lle dan sentido á súa propia existencia:

“... cando na apreciación dos méritos que aleguen os solicitantes dunha praza non se proceda segundo unha razoable e obxectiva ponderación deses, incorrerase nunha evidente transgresión do ordenamento xurídico, pois no actuar administrativo non se tomaría en conta o interese público ou o ben do servizo, co que incorrería por iso, nunha manifesta desviación de poder, ó faltar ós postulados de ética e moral, ou mesmo á propia razón de ser e actuación das corporacións públicas que non é outra que a recta e debida administración dos intereses da colectividade”.

Outra interesante apreciación é a que efectúa a STS do 2 de abril de 1985 (Arzdi. 2854) que advirte que a autolimitación que os tribunais se impoñen respecto das valoracións dos órganos administrativos vén significa-lo sometemento daqueles a estes, cando en realidade o obxecto da revisión contencioso-administrativa é a fiscalización do acto cualificador, “o que no nivel pragmático implicaría un claro quebrantamento da tutela xudicial efectiva asegurada polo artigo 24.1 da Constitución, ó quedar así de feito inimpugnables as estimacións técnicas do mencionado tribunal cualificador”.

Continuando co acoutamento da discrecionalidade da Administración ós seus reductos máis limitados, a STS do 17 de abril de 1986 (Arzdi. 2795) separa os supostos de valoración dos exercicios de oposicións dos concursos de méritos e establece que:

“aínda que é certo que para cualifica-los exercicios, teóricos ou prácticos, dunha oposición o tribunal goza dunha sobera-

nía e discrecionalidade inevitable, que non consinte obxección, contradicción ou revisión por parte da Administración chamada a aproba-la súa proposta nin por esta xurisdicción contenciosa (...), en cambio, non dispón daquelas –e pode, en consecuencia, ser fiscalizado e revisado o seu proceder en toda a súa extensión– cando se trata da estimación de méritos e de aplicalo baremo correspondente, por ser este un elemento obxectivo e normativo que impón un respecto incluso superior ó que se lles concede ás bases específicas da convocatoria do concurso ou do concurso-oposición, aínda que destas se diga que constitúen a lei da correspondente proba selectiva”.

Máis aínda esta sentenza aclara cál é a natureza do acto de proposta do órgano cualificador: “simple carácter de proposta de selección necesitada para a súa validez da aprobación pola Administración convocante, mediante un acto de efectiva e auténtica comprobación e revisión que, pola súa vez, é comprobable e revisable perante a xurisdicción en que se actúa”.

E é que unha vez máis o propio significado dos termos debería servirmos de guía: ¿por que habería de denominarse “proposta” un acto que vinculara definitivamente non só a Administración que ten a potestade última para seleccionar, senón tamén os tribunais ós cales ha de someterse o conxunto da actividade desta?

Na STS do 28 de xaneiro de 1992 (Arzdi. 110) o tribunal, aínda compartindo e apurando ata as súas últimas consecuencias a doutrina exposta polo TC na súa sentenza 215/1991, ratifica a proposta da Comisión Xulgadora, pero motiva que iso vén dado porque, na revisión efectuada pola de reclamacións, esta non contou cos asesoramentos técnicos de que podía servirse e porque ademais do exame do expediente do reclamante non se deduce que se producira agravio. As consecuencias son obvias: non só a Comisión de Reclamación pode revisalo fondo da proposta da Comisión Xulgadora, senón que a propia resolución da Comisión de Reclamación é fiscalizable pola xurisdicción contenciosa⁶⁵.

Con alcance diverso, este tipo de pronunciamentos comeza a proliferar⁶⁶, de tal xeito que, se ben aínda cunha certa posibilidade de excepcionalidade, o TS foi matizando considerablemente aquela imposibilidade absoluta de fiscalización das decisións técnicas da Administración máis alá do control externo da pura legalidade e/ou do procedemento⁶⁷. É certo que en moitos destes supostos o resultado final é a confirmación da decisión inicial, pero o significativo é que a dita confirmación non se basea xa no carácter non fiscalizable da mesma senón na valoración coincidente que o propio TS verifica.

⁶⁵ No mesmo sentido e con idéntico resultado, a STS do 23 de febreiro de 1993 (Arzdi. 4956).

⁶⁶ Vid., as SSTS do 18 de marzo de 1994 (Arzdi. 2183), 2 de outubro de 1995 (Arzdi. 6992), do 15 de xullo de 1996 (Arzdi. 5704), 19 de xullo de 1996 (Arzdi. 5734), 1 de outubro de 1996 (Arzdi. 7084) ó 24 de abril de 1997 (Arzdi. 3370).

⁶⁷ Así, nalgúns casos o TS matiza que “ese control xudicial, do que non poden exluírse as resolucións administrativas que resolven oposicións ou concursos, ten, pola súa propia natureza, certos límites ou modulacións”. Como exemplo, a STS do 21 de setembro de 1994 (Arzdi. 7100).

c) *A doutrina dalgúns tribunais superiores de Xustiza.*

Algúns tribunais superiores de xustiza amosáronse particularmente activos e comprometidos co desenvolvemento da liña xurisprudencial que veño comentando. Son de destacar, neste sentido, varias sentencias dos TSX de Murcia⁶⁸, de Navarra⁶⁹, Andalucía⁷⁰, Cataluña⁷¹ ou de Castela-A Mancha⁷², así como as sentencias xa comentadas da anterior Audiencia Territorial de Valencia.

Tamén o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia deu mostras deste activismo. Unha das últimas ocasións foi a Sentencia do 22 de outubro de 1997⁷³ na que o tribunal, tras axuizala valoración dos méritos efectuada pola Administración e discrepar desa, estima o recurso, non obstante, en atención a irregularidades procedementais que tamén concorrían no caso. É de sospeitar que o tribunal, pragmaticamente, quixera previr unha casación por parte do TS, como de feito aconteceu en boa parte das sentencias dos TSX antes mencionadas, e fixérao recorrendo formalmente a un motivo de estimación que non é o que en realidade motivara a decisión, á vista dos razoamentos xurídicos que contén a sentenza.

4. Conclusións

O resumo valorativo da sentenza examinada cabe facelo en dúas fronteas: no terreo da cualificación da natureza e funcións da Comisión de Revisión e no da autolimitación operada en razón da suposta discrecionalidade técnica do órgano xulgador e do seu alcance.

a) *Crítica da caracterización que se fai na STSX da Comisión de Revisión.*

A argumentación do TSX a propósito da natureza da Comisión de Revisión prevista, polo que aquí importa, na normativa da Universidade de Santiago de Compostela para a selección do persoal docente contratado e interino, adoece de precipitación e de inconsistencia. O primeiro porque o tribunal non motiva en absoluto o seu razoamento, nin explica cómo chegou á convicción de que a mencionada comisión é un órgano que "exerce exclusivamente un control negativo da actuación da Comisión Xulgadora".

Ningunha dúbida pode caber de que a acertada comprensión da natureza e funcións deste órgano é de transcendental importancia para a resolución do fondo do asunto. Sen embargo o tribunal conténtase cunha definición tópica sen for-

⁶⁸ STSX Murcia, do 20 de xaneiro de 1991.

⁶⁹ A STSX Navarra do 5 de xuño de 1997 (Arzdi. 1184), recolle as apreciacións da STC 353/1993.

⁷⁰ STSX Andalucía/Granada, do 14 de outubro de 1996, n.º 1193/1996 (Arzdi. 1369).

⁷¹ STSX Cataluña, do 6 de maio de 1996, n.º 375/1996 (Arzdi. 796).

⁷² SSTSX Castela-A Mancha, do 28 de maio de 1991.

⁷³ Pode consultarse esta sentenza así como un breve comentario a ela a cargo de L. Míguez Macho, na selección de xurisprudencia da *Revista Xurídica Galega*, n.º 17, 1997, páxs. 262 e segs.

mularse nin a integración analóxica *a contrario*, con base na xurisprudencia constitucional a propósito da Comisión de Reclamación da LRU, nin a integración por vía da eséxese da normativa aplicable. De proceder así chegaría facilmente á conclusión de que, podendo o dito órgano fiscalizar tanto as propostas de provisión como as de non provisión, cabe conferirlle a facultade para revisar, na súa integridade, as resolucións das comisións xulgadoras, sen quedar limitado a un simple control externo. Por outra parte, non debe cinxirse –sempre conforme á normativa aplicable– a propoñe-la ratificación ou a anulación da proposta inicial, e cabe a posibilidade de que substitúa directamente as súas resolucións.

Ámbalas dúas deducións eran, como digo, facilmente realizables por pouco que o tribunal tivera unha mínima vocación fiscalizadora. Polo contrario limitouse a fundamenta-la súa non participación na argumentación, tan débil como socorrida, da suposta discrecionalidade técnica do órgano xulgador.

⁷⁴ Con iso non se quere dicir que os conceptos xurídicos indeterminados sexan en todo caso determinables ata as súas últimas consecuencias. Efectivamente, o “halo do concepto” do que falou F. Sáinz Moreno en *Conceptos jurídicos...*, *op. cit.*, pode constituír, nalgúns casos, un último reducto de apreciación por parte da Administración, pero isto non significa que o resultado final non poida ser fiscalizado con vistas a comproba-la súa adecuación co fin perseguido. Se ese fin puidera lograrse de igual modo recorrendo indistintamente a calquera das opcións en liza, suposto máis ben infrecuente, ningunha obxección podería facérselle á opción dos axentes administrativos. Non recoñecelo así sería admitir simplemente a substitución da discrecionalidade técnica da Administración, pola discrecionalidade técnica dos órganos xudiciais. Pero iso non significa que os tribunais non deban, e menos aínda non poidan, verificar se o concepto foi correctamente integrado. De non ser así, habería que colixir que os tribunais están vinculados polas eleccións administrativas, previamente a toda verificación.

b) *Crítica da postura autorrestrictiva adoptada polo tribunal.*

Xa sinaléi máis arriba cómo as argumentacións a favor da discrecionalidade técnica como “terra de ninguén” dentro do control xudicial da actividade administrativa non me parecen convincentes.

Sexa porque en moitos supostos a discrecionalidade técnica non é verdadeira discrecionalidade senón potestade regulada conforme a criterios técnicos que a Administración debe integrar, sexa porque noutros casos, a chamada discrecionalidade técnica se aproxima, ata confundirse con eles, ós conceptos xurídicos indeterminados; non creo que poida quedar esta parcela da actividade administrativa fóra do control último dos órganos xurisdiccionais, polo menos no que se refire ós elementos fácticos comprobables cun simple recurso a elementos probatorios de que os xuíces poden dispoñer sen problema ningún⁷⁴.

É de lamentar que o TSX de Galicia non seguira aquí a senda da súa Sentencia do 22 de novembro de 1997, á que xa me referín, e que non chegue nin sequera a formularse a procedencia de entrar no exame da resolución atacada, escudándose nun apriorístico entendemento do carácter xudicialmente inmune da actividade discrecional técnica.

Neste caso, ademais, era particularmente sinxelo para o tribunal acolle-la pretensión de exame, por canto se lle ofrecen xa, en autos, dúas valoracións técnicas: a da Comisión Xulgadora e a da Comisión de Revisión. Bastaríalle con ponderar, co


auxilio pericial oportuno en sede probatoria, cá l era máis axustada a dereito á vista das bases, verdadeira lei da convocatoria.

Cuestión distinta, aínda que complementaria e de gran transcendencia dende o punto de vista da efectividade da tutela xudicial efectiva que solicita a parte demandante, é a da procedencia ou non de que o tribunal, ó estima-la demanda, efectuase directamente a substitución do candidato adxudicatario da praza, tal como era a pretensión primeira da demandante.

Como razóns de índole procesual que impedirían esta substitución directa mencionáronse⁷⁵, entre outras, o principio de unidade de acto que impediría que se puidesen modificar os criterios de valoración de méritos dun candidato sen proceder ó mesmo tempo, á mesma operación cos demais concorrentes, o que comportaría unha extensión dos efectos dunha sentenza cara a quen non tomou parte no proceso.

Creo, sen embargo que non pode *a priori* descartarse esa posibilidade⁷⁶, por canto o tribunal contaba cunha resolución na que os candidatos estaban xa xerarquizados. O TC ofreceu algún caso no que, tras estimar que houbera vulneración do dereito contido no artigo 23.2 e, en atención ó principio de economía procesual, anula o acto e concede o dereito a ser nomeado para a praza correspondente⁷⁷.

O que en todo caso podería facer era proceder á retroacción das actuacións, como xa ocorrera noutros casos en que os tribunais acolleron pretensións deste tipo. Na miña opinión, o que o tribunal non podía en ningún caso facer era convocar de novo a provisión da praza porque iso si entra dentro das facultades discrecionais dos órganos administrativos en uso da súa potestade de autoorganización.

Non quero concluír sen mencionar unha cuestión ulterior que, pola súa complexidade e implicacións, merece ser obxecto de estudio á parte, pero sen a cal a análise precedente non estaría completa. Refírome ó tema sempre espiñento das implicacións que esta actitude autolimitadora dos órganos xudiciais pode ter dende o punto de vista da eventual vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva. O TC sinalou que o que lles garante o artigo 24.1 CE ós litigantes é "a obtención dunha resposta xudicial *motivada e razoable de contido substantivo ou material*"⁷⁸, ás pretensións que se exerceran cumprindo as condicións e os presupostos procesuais que, para tal efecto, establezan as leis"⁷⁹. Creo que paga a pena preguntarse acerca da compatibilidade desta elevación a dogma do principio revisor da xurisdicción administrativa coa efectiva tutela xudicial dos dereitos e intereses lexítimos que a Constitución consagra⁸⁰. 

⁷⁵ G. García Álvarez, *La discrecionalidad técnica...*, op. cit., páxs. 441 e 442.

⁷⁶ Na nosa doutrina amosouse decididamente a favor desta posibilidade T. R. Fernández, "Discrecionalidad y jurisdicción revisora", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 2, 1974, páxs. 285 a 289. Tamén en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991, páxs. 120 a 125.

⁷⁷ STC 193/1987, do 9 de decembro.

⁷⁸ A cursiva é miña.

⁷⁹ STC 98/1992, do 22 de xuño.

⁸⁰ Neste sentido é de grande interese a obra de J. R. Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998.