

El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones

SUMARIO: I. INTRODUCCION. DELIMITACION DE LOS SUPUESTOS QUE SE EXAMINARAN. II. LA INADMISIBILIDAD DEL VIEJO DOGMA DE LA SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES DE CONCURSOS Y OPOSICIONES. 1. La postura tradicional. 2. La posible y necesaria revisión de esa postura. III. LA INEXISTENCIA DE DISCRECIONALIDAD TECNICA EN LOS CONCURSOS Y OPOSICIONES Y EL PESO DECISIVO DE DOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS: MERITO Y CAPACIDAD. 1. En torno al concepto de discricionalidad técnica. Apreciaciones técnicas y apreciaciones del interés público. 2. La incorrecta invocación de la discrecionalidad técnica en los concursos y oposiciones. La no aplicabilidad a los concursos y oposiciones de la sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo, sobre «Cuestiones de índole estrictamente técnica». 3. La plenitud (y dificultad plena) del control judicial del mérito y la capacidad en cuanto conceptos jurídicos indeterminados de contenido administrativo. Aplicación de las reglas generales del control de los actos administrativos y, en particular, la de su presunción de validez y el principio *favor acti*. 4. El juego de los principios de objetividad, imparcialidad y eficacia en el control jurisdiccional de los concursos y oposiciones. IV. EL LLAMADO PODER DE SUSTITUCION JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LAS COMISIONES Y LA PLENITUD DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA. 1. El llamado poder de sustitución y su aplicación más usual en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. 2. La plenitud de control judicial de la actividad administrativa y las facultades que dicha plenitud atribuye a los órganos jurisdiccionales en relación con los concursos y oposiciones. ANEXO. RELACION DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1981 A 1989) Y DEL TRIBUNAL SUPREMO (1986 A 1989) SOBRE CONCURSOS Y OPOSICIONES QUE SE HAN CONSULTADO. 1. Sentencias del Tribunal Constitucional. 2. Sentencias del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCION. DELIMITACION DE LOS SUPUESTOS QUE SE EXAMINARAN

El examen de las posibilidades de control jurisdiccional de los concursos y oposiciones presenta innumerables problemas y exige, pese a lo que en un primer momento pudiera parecer, cuestionarse no pocos

de los interrogantes que hoy hacen tambalear las bases mismas de las concepciones más clásicas del Derecho Administrativo.

Como digo, los temas son muchos. Algunos de ellos son propios de la materia, se manifiestan en ella con especial intensidad y son, sin duda, los que mayores desvelos pueden producir. Son éstos, precisamente, los que se abordarán en las páginas siguientes. Me estoy refiriendo, como es fácil adivinar, a las dudas que desde muchos sectores doctrinales y jurisprudenciales —con excepciones que luego veremos— se plantean ante la posibilidad misma de controlar jurisdiccionalmente el fondo, el contenido sustantivo por tanto, de las decisiones que las Comisiones de concursos y oposiciones adoptan en los procedimientos de selección de funcionarios o, si se prefiere, de empleados públicos. La cuestión, sumamente debatida y todavía no cerrada, es saber si esas decisiones son controlables o, por el contrario, su especial naturaleza de fuerte contenido técnico las excluye de la revisión jurisdiccional, constituyendo, por tanto, un verdadero ámbito exento de control. Entre quienes niegan esta posibilidad de control se alinean todos cuantos defienden la existencia de una supuesta soberanía de las Comisiones en sus funciones evaluadoras y/o califican estas funciones como expresión de la llamada discrecionalidad técnica. Ni uno ni otro argumento me parecen defendibles. Por el contrario, como luego intentaré demostrar, pienso que, por un lado, ninguna de esas posturas tiene una base suficiente y, en realidad, se apoyan en premisas erróneas; por otro, aunque tales posturas pudiesen tener una base sólida, ésta habría decaído tras la entrada en vigor de la Constitución (1).

Otros temas, por el contrario, no son específicos del control de los concursos y oposiciones, sino que se manifiestan aquí de modo semejante a como lo hacen en otros ámbitos de la actividad administrativa. Son, en efecto, problemas de alcance general a los que corresponden respuestas generales. Me refiero al control de los vicios de procedimiento, al control en base a la desviación de poder y a la apreciación de discriminación en la selección de los candidatos.

En cuanto a los vicios de procedimiento, la cuestión no plantea problemas diferentes a los que se presentan con carácter general. La legitimación, los efectos del vicio formal apreciado, el alcance expansivo

(1) Es clásica ya la obra de Enrique SERRANO GUIRADO *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956. En ella, pp. 300-302, se afirma que «el fallo del Tribunal examinador... no es un acto administrativo susceptible de impugnación», salvo cuando se justifica la existencia de dolo, coacción, violencia, error originado por tercero o «justificación de infracciones de las normas reglamentarias aplicables».

También es obligado desde el principio destacar la obra, mucho más reciente, de J. A. TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, en la que pueden encontrarse consideraciones muy interesantes sobre el tema.

de los vicios de procedimiento y tantos otros, son los mismos que ya conocemos (2).

La existencia de desviación de poder es, desgraciadamente, cada vez más moneda corriente en los concursos y oposiciones, lo que ha hecho que las sentencias sobre el tema se multipliquen (3). En cualquier caso, los problemas tampoco son en este caso exclusivos de las pruebas de selección de funcionarios, planteándose con todo su vigor los mismos que aparecen con carácter general: prueba de la desviación de poder, naturaleza de esta infracción, etc. (4). Sí hay uno, sin embargo, que merecería la pena resaltar: la a menudo injustificada exigencia que invocan los Tribunales de haber impugnado previamente la convocatoria para que pueda prosperar la alegación de desviación de poder. Esta exigencia, que como digo suele carecer de todo fundamento, contrasta con lo resuelto por la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1986 (R. Ar.3.277).

En fin, el respeto a la igualdad en el acceso a la función pública es principio que viene constitucionalmente exigido en todas las pruebas de selección de funcionarios. Tampoco, sin embargo, los problemas son exclusivos. Los parámetros utilizados, las respuestas dadas, los planteamientos, son los mismos que se dan en general al hablar de la igualdad (5).

No obstante, deben citarse dos puntos de cierta importancia. Por un lado la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril (6), que ha puesto fin a la discutible regla de computar los puntos obtenidos en la fase de concurso también en la fase de oposición, es decir, el sistema vulgarmente denominado de la «mochila» (7). En segundo lugar, los múltiples conflictos que han surgido a raíz de la exigencia en ciertas pruebas de selección de conocer la lengua autonómica, con lo que esto puede suponer de discriminación en no pocos casos. El tema, sin embargo, considero que hoy está resuelto por la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, en base a la razonabilidad o no de incluir dicha exigencia en las bases de

(2) Sobre ello, puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Tomo I, 4.ª ed., Madrid, 1989, pp. 541 y ss.; SERRANO GUIRADO, «Los actos de procedimiento de selección de funcionarios», *R.A.P.*, núm. 3, pp. 103 y ss.

(3) Pueden consultarse las sentencias que se citan en el Anexo que acompaña al presente trabajo.

(4) Sobre la desviación de poder es obligada la consulta de Carmen CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989, y la bibliografía allí citada.

(5) Sobre el derecho a la igualdad, *vid.* por todos, José SUAY RINCÓN, *El derecho a la igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, I.E.A.L., Madrid, 1985.

(6) Sus declaraciones más importantes pueden consultarse en el Anexo de este trabajo.

(7) Sobre la Sentencia 67/1989, *vid.* Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *R.A.P.*, núm. 121, pp. 247 y ss.

la convocatoria, en función del valor dado al conocimiento de la lengua y al puesto cuya vacante deba cubrirse (8).

Todos estos temas, repito, no van a ser tratados aquí. No obstante, he considerado oportuno incluir como Anexo una relación de Sentencias de los Tribunales Constitucional y Supremo sobre los concursos y oposiciones. Las del primero abarcan el periodo comprendido entre 1981 y 1989. Las del segundo entre 1986 y 1989. Todas han sido consultadas y al texto se han trasladado las más importantes. De todas formas, en lo que a las del Tribunal Supremo se refiere, no están, desde luego, todas las que son, pese a lo extenso de la relación.

II. LA INADMISIBILIDAD DEL VIEJO DOGMA DE LA SOBERANÍA DE LOS TRIBUNALES DE CONCURSOS Y OPOSICIONES

Hablar de la extensión del control jurisdiccional a los concursos y oposiciones supone como antes dije poder hablar de muchas cosas (9). La más compleja, la que sin duda está planteando más quebraderos de cabeza y requiere una mayor atención, al tiempo que admite una más difícil solución, no sólo en el ámbito de los principios teóricos, sino además en el de las consecuencias prácticas, es el control de la decisión de fondo de los órganos de la Administración al valorar y enjuiciar los concursos y oposiciones (10).

1. LA POSTURA TRADICIONAL

«En nuestra sociedad no hay caballos sin bridas». Estas palabras de Lawrence M. FRIEDMAN (11), que él mismo reconoce demasiado utópicas («la práctica —afirma— es más complicada y dista de ser per-

(8) Sobre el uso de las lenguas autonómicas, a la espera de la obra de Jesús PRIETO DE PEDRO, pueden consultarse por ahora Eduardo COBREROS MENDAZONA, «Cooficialidad lingüística y discriminación por razón de la lengua», *R.E.D.A.* núm.42, pp. 461 y ss.; José María BAÑO LEÓN, «El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública», *R.E.D.A.*, núm. 54, pp. 225 y ss.; Luis Carlos FERNÁNDEZ ESPINAR, «El alcance de la cooficialidad lingüística en el procedimiento administrativo y en la Administración de Justicia», *R.E.D.A.*, núm. 58, pp. 287 y ss.

(9) A no pocas de ellas se ha referido ya J. A. TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, op. cit.

(10) Desde el principio hemos de dejar claro que no analizamos el control de los exámenes académicos, con problemas semejantes pero no idénticos. Sobre ello puede consultarse la obra citada de TARDÍO PATO, pp. 209 y ss.

(11) *Introducción al Derecho Norteamericano*, Librería Bosch, Zaragoza, 1988, p. 15. En la misma página, el entrecorrellado transcrito a continuación en el texto.

fecta») pueden ilustrar perfectamente —y ya lo adelanto— lo que en las páginas siguientes se va a decir.

Es muy usual afirmar que la actividad que desarrollan las Comisiones y Tribunales de concursos y oposiciones constituye un ámbito exento del control jurisdiccional. Sus propuestas, se dice, al basarse en criterios estrictamente técnicos, escaparían al control de legalidad, que es el único que compete a los jueces. Pretender, por ello, que los órganos judiciales revisen las decisiones de aquellos órganos administrativos (pues órganos administrativos son, en todos los sentidos) supondría una extralimitación en la función jurisdiccional (12). La jurisprudencia, salvo algunos supuestos aislados a los que luego me referiré, ha sido, en este punto, contundente. Especialmente significativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1986 (R. Ar. 7471) que vino a zanjar una polémica abierta a raíz de una serie de sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia relativas a las conocidas pruebas de idoneidad. La Audiencia, en dichas sentencias (13), modificó la decisión de las respectivas comisiones en el sentido de considerar idóneos a los que éstas habían estimado como carentes de los méritos suficientes para superar las correspondientes pruebas. El Tribunal Supremo, en sentencia dictada en interés de ley, fue, como digo, contundente:

«TERCERO: La doctrina de la sentencia apelada ... es que la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación al estimar el recurso de alzada, en parte, porque la Comisión que había de juzgar las pruebas de idoneidad de los aspirantes y que declaró la no idoneidad de la aspirante, no justificó su decisión con los razonamientos o justificaciones correspondientes en base a la documentación aportada, sino que empleó fórmulas genéricas, sin emitir un juicio sobre cada uno de los participantes, debió, para resolver todas las cuestiones planteadas en el recurso de alzada, proceder a la calificación y, en su caso, nombramiento de la recurrente y, por tanto, ha de hacerlo la Sala sentenciadora al decidir el recurso jurisdiccional, es contraria al artículo 35 y a la disposición transitoria novena, apartado 4 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, y a los ar-

(12) Vid. por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 55; S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Ed. La Ley, Madrid, 1989, p. 108.

(13) Sobre la polémica de las sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia, vid. J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, «De nuevo sobre los límites de la discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos. Sentencias sobre las pruebas de idoneidad de los profesores titulares de Universidad», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1 de 1987, pp. 125 y ss. J. L. MARTÍNEZ MORALES, «Las pruebas de idoneidad. Un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica». *REDA*, 47, p. 413 y ss.

títulos 1, 41, 42 y 83 de la Ley reguladora de esta jurisdicción; en efecto... la competencia exclusiva para calificar las pruebas en razón de los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes está plenamente atribuida a la Comisión calificadora; la revisión de esta actuación, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional se refiere a la conformidad con las normas que regulan su actuación, no a la decisión que por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea la procedente, conocimientos que no son presumibles, posea el órgano administrativo superior, en este caso la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, dada la multiplicidad de materias de índole diversa que constituyen toda la gama del saber que es el contenido de la Universidad; e igualmente aplicable a los Magistrados componentes de los Tribunales de Justicia, incapacitados para decidir todas las cuestiones relativas al completo saber humano.

CUARTO.—Igualmente, los preceptos citados de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo atribuyen a los Tribunales competencias para anular los actos administrativos cuando incurrieren en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder; esta infracción del ordenamiento jurídico se cometió por la Comisión calificadora al no justificar, de conformidad con los documentos presentados y prueba realizada, el juicio valorativo sobre cada uno de los aspirantes a las plazas de Profesores...; y así lo acordó acertadamente la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación al resolver el recurso de alzada, pero sin incidir en una decisión, ajena a su competencia, sobre la calificación de las dotes de la concursante para desempeñar la plaza a la que aspiraba, uno de los cuales, y esencial, es la capacidad docente de la misma; la sentencia de la sala incurre en un grave error al atribuir tanto al órgano administrativo como a la jurisdicción una competencia, extraña a la fundamentación jurídica, para decidir, con plenitud de atribuciones la resolución de un concurso asignado por ley a una Comisión calificadora; y juzgar, decidir y resolver sobre una aptitud docente y posesión de conocimientos en una persona determinada, cuando los juzgadores, por razón de su función y exigencias para desempeñarla carecen de la misma; *no cabe en este caso admitir la declaración de la situación jurídica individualizada pretendida en el recurso, tanto administrativo como jurisdiccional, de que se nombre a la recurrente para la categoría de Profesor Titular cuando claramente carecen de competencia para tal decisión; y esta doctrina de la sentencia apelada, no es sólo gravemente errónea sino también dañosa en sumo grado, al alterar*

todo el sistema establecido para la calificación de aptitud, en toda clase de enseñanzas, oposiciones, concursos y demás llamamientos a plazas, puestos y categorías determinadas, y que se prive del conocimiento y decisión de tales reconocimientos a las Comisiones, Tribunales y Juntas calificadoras, designadas en razón de sus conocimientos en las materias científicas, artísticas o técnicas que han de poseer los aspirantes a tales puestos, por la decisión de quienes carecen de los mismos, en clara y evidente contradicción con lo regulado legalmente.

QUINTO.—La razón dada por la sentencia sobre la economía procesal, es claramente inaplicable al presente caso; *no hay competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo para la decisión que adopta, que sólo cabría, cuando con plena competencia, tuviese a su alcance la totalidad de los datos, circunstancias y requisitos precisos para la formulación del juicio*, lo que haría improcedente y perjudicial el volver a una actuación administrativa o jurisdiccional, totalmente innecesaria para la justa decisión del caso; y aquí falta la competencia y el *conocimiento de todos los datos suficientes para juzgar*, pues el esencial e indispensable, es el de la calificación justificada y razonada de la Comisión calificadora para cada uno de los aspirantes» (14).

Hasta aquí la cita, la larga cita, de la sentencia de revisión que vino a poner fin, como decía antes, a la serie de sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia que no sólo anularon la decisión de las correspondientes Comisiones calificadoras, sino que declararon «idóneos» a quienes éstas habían rechazado. El Tribunal Supremo no utiliza en este caso ni el término «soberanía de las Comisiones», ni el de «discrecionalidad técnica», pero ambos, sin duda, se sobreentienden. Pero también, y pese a lo que en un primer momento pudiera parecer, en ella se esconden argumentos más que suficientes para reafirmar la posibilidad de control de las Comisiones. Si he transcrito la casi totalidad de la sentencia en estas primeras páginas del trabajo es para caer en la cuenta de que, como más adelante podremos comprobar, el viejo dogma de la soberanía de las Comisiones hoy, decididamente, no se tiene en pie.

En cualquier caso, la Sentencia de 17 de diciembre de 1986 abrió un cauce que no ha sido abandonado posteriormente por el Tribunal Supremo. Las Sentencias de 18 de julio de 1988 (R. Ar. 5639), 16 de marzo de 1989 (R. Ar. 2102) y 28 de septiembre de 1989 (R. Ar. 6374), entre otras, mantienen una idéntica doctrina, que de forma semejante

(14) El subrayado es mío.

también contiene la de 26 de octubre de 1989 (R. Ar. 7246) (15).

Mucho más explícito ha sido el Tribunal Supremo en otras ocasiones. En la Sentencia de 22 de noviembre de 1983 (R. Ar. 5427), a la que más tarde ha seguido la de 27 de junio de 1986 (R. Ar. 4900), se encuentran claros exponentes de esa postura tradicional: la diferencia de puntuación —dice— «responde a criterios de *discrecionalidad técnica irreversible*»... «La puntuación asignada no es, en principio revisable jurisdiccionalmente, (salvo en el caso límite que pueda apreciarse una desviación de poder...), *dada la indiscutible soberanía de los Tribunales, a la hora de asignar sus calificaciones, que constituye un auténtico dogma en materia de oposiciones y concursos*». «No se puede entrar en los motivos que el Tribunal u órgano administrativo correspondiente tuvo para señalar las diferentes puntuaciones concedidas, ya que *ello no puede ser objeto de impugnación ante esta Sala por exceder del ámbito de la facultad revisora de esta Jurisdicción, pues hay que respetar la soberanía de los Tribunales de concursos para sentar sus juicios como resultados de los méritos ante ellos alegados*» (16).

He aquí, expuesto de forma concluyente, el criterio que predomina al enfrentarse con la posibilidad o no de controlar jurisdiccionalmente las decisiones de las Comisiones de concursos. Criterio que, por lo demás, parece contar con el más prestigioso apoyo doctrinal (17).

2. LA POSIBLE Y NECESARIA REVISIÓN DE ESTA POSTURA

Esa pretendida *soberanía* de las Comisiones y Tribunales de concursos y oposiciones, que se opone como un muro infranqueable ante los Tribunales de justicia, puede y debe dismantelarse. Algún sector doctrinal (18) ha dado ya la voz de alarma y se ha inclinado decidida-

(15) El tema de las pruebas de idoneidad ha llegado repetidas veces hasta el Tribunal Supremo. Pueden consultarse, entre otras, las Sentencias de 8 de mayo de 1987 (R. Ar. 3284), 20 de mayo de 1988 (R. Ar. 4189), 23 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9703), y 8 de junio de 1989 (R. Ar. 4365), sobre los requisitos exigidos para el acceso a las pruebas; así como, sobre otros asuntos, las de 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9392) en la que se diferencia entre control técnico y control de legalidad; 15 y 29 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9400 y 9718, respectivamente), sobre valoración de los méritos y sustitución de la Comisión; 5 de octubre de 1989 (dos sentencias, R. Ar. 6843 y 6844) sobre conservación de actuaciones en relación con quienes superaron las pruebas; 14 de noviembre de 1989 (R. Ar. 8091) sobre la imposible revisión del acuerdo de la Comisión y supuesta existencia de desviación de poder.

(16) En el mismo sentido, las sentencias de 2 de mayo de 1972 (R. Ar. 2167); 27 de octubre de 1973 (R. Ar. 4282); 24 de mayo de 1976 (R. Ar. 2116); y 19 de junio de 1980 (R. Ar. 3222), todas ellas citadas en la Sentencia de 27 de junio de 1986.

(17) Véase, por ejemplo, S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, op. cit., p. 108.

(18) TARDÍO PATO, *El control jurisdiccional...*, op. cit., MOZO SEOANE, *Discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985. GALLEGO ANABITARTE, *Prólogo al libro cit. de MOZO SEOANE*. MARTÍNEZ MORALES, «Las pruebas de idoneidad. Un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica», op. cit., pp. 413 y ss. E. COCA VITA, «Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica», RAP,

mente en favor de ese control, aunque, en honor a la verdad, he de decir que no siempre se han ofrecido soluciones completas, pues se cierra el análisis justo allí donde deben darse las respuestas prácticas.

Asimismo, los Tribunales de justicia, desde las Audiencias Territoriales, ahora Tribunales Superiores, hasta el Tribunal Supremo, pasando por la Audiencia Nacional, han ofrecido, en más de una ocasión, la posibilidad de ese control. No ya en las polémicas trece sentencias de la Audiencia de Valencia, sino en otras ocasiones con pronunciamientos quizá más ponderados (19).

La propia Sentencia del Tribunal Supremo dictada en interés de Ley que antes cité, de 17 de diciembre de 1986, lo reconoce implícitamente al afirmar que la competencia de las Salas de lo contencioso exige contar con la «totalidad de los datos, circunstancias y requisitos precisos para la formulación del juicio». Quiere esto decir que el tema no se plantea en base a la admisión o no de la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente la actividad técnico-administrativa de las Comisiones, sino en función de los elementos de juicio de que disponga el juzgador. Así lo entendió la celebrada por COCA VITA (20) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1986 (R. Ar. 2854), que, entre otras cosas, dispuso:

«La sustancial aceptación aquí hecha de las consideraciones que amparan el fallo desestimatorio del recurso contencioso-administrativo, requiere matizar la afirmación en aquéllas contenida referente a remisión de la Sala sentenciadora a los juicios técnicos del Tribunal calificador en cuanto que compuesto por especialistas en la materia, pues entendida dicha afirmación en su sentido literal, conduciría a *la incorrecta conclusión del sometimiento del juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa, lo que en el nivel pragmático implicaría claro quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal calificador, tanto en el orden cualitativo del encuadramiento de las especialidades médicas, como en el cuantitativo de puntuación de refe-*

núm. 100-102, pp. 1039 y ss. Del mismo autor, «También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales», *RAP*, núm. 108, pp. 205 y ss. J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, «De nuevo sobre los límites de la discrecionalidad técnica...», *op. cit.* A. SÁNCHEZ BLANCO, «La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos», *REDA*, núm. 30, pp. 563 y ss.

(19) Sobre alguna sentencia de la Audiencia Nacional, ciertamente progresista, puede consultarse el *Prólogo* de GALLEGO ANABITARTE al libro citado de MOZO SEOANE.

(20) En su artículo «También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales», *op. cit.*

rencia a los méritos de los concursantes; razones que inducen a atribuir a la afirmación de precedente cita el sentido de apreciación jurisdiccional de suyo análoga (art. 4, 1 del Código Civil) a la de los dictámenes periciales no vinculantes para el juzgador y sometidos a la sana crítica de conformidad con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ...; antes bien, *tales apreciaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar para que, en definitiva, el juzgador pueda pronunciarse en valoración conjunta de la prueba y con arreglo a criterios lógicos; sin posibilidad de confundir, por lo tanto, valoración del conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala de Justicia a juicios técnicos, procedan éstos de órganos de la administración demandada o bien del recurrente en su también calidad de técnico, ya directamente o a virtud de documentos o dictámenes aportados o que hubiere podido aportar al proceso».*

Luego veremos cómo esta Sentencia en concreto ha sido rechazada por el propio Tribunal Supremo en ocasiones posteriores, pero lo que no admite rechazos es esta consideración ni extensiva ni restrictiva, sino en sus justos términos, de la función jurisdiccional. El que los jueces rechacen esa posibilidad de control no es otra cosa, en realidad, que una verdadera «autorrestricción jurisprudencial», pues en absoluto cabe hablar, en este punto, de «restricción legal», utilizando términos de MUÑOZ MACHADO (21). Es cuando menos chocante que resulte tan difícil admitir aquel control pese a lo que con toda claridad preceptúan los artículos 24, 103 y 106 de la Constitución. ¿Cómo es posible mantener con la insistencia que algunas sentencias demuestran esa supuesta y carente de justificación legal y constitucional soberanía de las Comisiones de concursos y oposiciones? En la actividad administrativa, tras la Constitución, no hay «zonas exentas», como, por otra parte, han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ (22). Y admitir esa soberanía no es más que aceptar un caso de exención.

Algunos preceptos legales nos ayudarán a desmentirlo. De entrada, el propio artículo 122.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Al disponer este precepto que, a efectos de la interposición del recurso de alzada, «los Tribunales y Jurados de oposiciones y concursos se considerarán dependientes de la Autoridad que haya nombrado al Presidente de los mismos», se está reconociendo paladinamente el carác-

(21) *La reserva de jurisdicción, op. cit.*, pp. 104 y ss. El propio MUÑOZ MACHADO considera el control de las Comisiones como un «exceso» de jurisdicción.

(22) *Curso de derecho Administrativo*, Tomo I, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1989, p.

ter recurrible de estas resoluciones. Y no se diga que debe interpretarse que la LPA se refiere a los recursos que puedan interponerse por vicios de procedimiento, pues la ley no distingue, y ya sabemos lo que dice el viejo aforismo. Y si son revisables en vía administrativa (con todas las garantías que sea preciso, pero éste es otro problema sobre el que luego volveremos), con mayor motivo lo serán en vía contenciosa.

Argumentos más fuertes nos aporta el discutido artículo 43 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria:

«1. Contra las resoluciones de las Comisiones (que resuelven los concursos)... los candidatos podrán presentar reclamación ante el Rector de la Universidad a la que corresponda la plaza, excepto en el supuesto contemplado en el artículo 40 de la presente Ley (no provisión de la plaza).

2. Esta reclamación será valorada por una Comisión que, presidida por el Rector, estará constituida por seis Catedráticos de Universidad, de diversas áreas de conocimiento, con amplia experiencia docente e investigadora, elegidos por el Claustro Universitario por un período de cuatro años mediante una mayoría de tres quintos en votación secreta».

Es decir, la Ley prevé que un órgano administrativo, la Comisión usualmente llamada «de reclamaciones», pueda revisar la decisión de la Comisión inicial. La pretendida soberanía de ésta, tan enfáticamente proclamada por cierta jurisprudencia, como antes vimos, se ventila de un plumazo, al admitir que sus decisiones queden bajo el control de la Comisión que el Rector preside. Cierto que la Ley de Reforma Universitaria regula con especial cautela su composición, al objeto de garantizar su objetividad y preparación científica, y dada la naturaleza de las decisiones que se recurren, pero lo importante es que ese control existe y, lo que es tan importante o más, que las decisiones de la Comisión de reclamaciones son perfectamente recurribles ante la jurisdicción contenciosa. Admitiendo este control jurisdiccional último se garantizan plenamente los derechos de los concursantes, al tiempo que se garantiza, por cierto, la autonomía universitaria. El Tribunal Constitucional así lo ha resaltado. En su Sentencia 26/1987, de 16 de febrero, afirmó que «regulado el sistema de recursos de manera adecuada a la autonomía de las Universidades en los dos primeros apartados del artículo 43 LRU, se rompe este sistema sin justificación alguna en el apartado tercero a través de una revisión de lo resuelto por la Comisión que, presidida por el Rector, prevé el apartado segundo con composición estrictamente universitaria. La revisión de esta decisión por el Consejo de Universidades... supone una subordinación con-

traría a la autonomía universitaria. *La exigencia que el artículo 41.1 de la LRU impone a la resolución de todos los concursos y el control jurisdiccional a que dichas resoluciones quedan sometidas, son garantías suficientes que no precisan la revisión administrativa y extrauniversitaria que establece este precepto» (23).*

Que la Comisión de Reclamaciones resulte efectiva o no (parece que su utilidad es más bien escasa) es cuestión cuyo análisis no nos compete (24). Lo que nos interesa es resaltar cómo una Ley ha articulado un sistema de control de decisiones que no pocos continúan considerando intocables. Creo que ha quedado suficientemente claro que «la competencia exclusiva para calificar las pruebas» que, tal como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1986, tienen las Comisiones evaluadoras, no implica que sus apreciaciones no sean susceptibles de control jurisdiccional, sino que quienes son competentes para apreciar el mérito y la capacidad de quienes se presentan a concursos u oposiciones son precisamente esos órganos administrativos especializados y no otras unidades de la Administración. Igualmente es «competencia exclusiva» del Consejo de Ministros el acordar la separación del servicio de un funcionario, lo cual no significa que la resolución que en tal sentido se adopte no sea controlable. No hay, por tanto, exención de control, sino *peculiaridades* en ese control. De modo que, si podemos dar por superado un obstáculo —el de la inexistente soberanía de las Comisiones— nos enfrentamos ahora con otro distinto: el de la llamada «discrecionalidad técnica» que, también supuestamente, caracteriza el hacer de las Comisiones.

III. LA INEXISTENCIA DE DISCRECIONALIDAD TECNICA EN LOS CONCURSOS Y OPOSICIONES Y EL PESO DECISIVO DE DOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS: MERITO Y CAPACIDAD

«Los Tribunales están llamados a controlar la legalidad de la actuación administrativa —art. 106.1 de la Constitución— y en el ejercicio de ese control jurídico pueden valerse, cuando fuere necesario o conveniente, de conocimientos especializados que les suministre un tercero —perito—, pues no siempre la recta inteligencia de una norma, generalmente un concepto jurídico inde-

(23) F.J. 6. El artículo 41.1 LRU dispone: «En los concursos a los que se refiere la presente Ley quedarán garantizados, en todo momento, la igualdad de condiciones de los candidatos, y el respeto a los principios de mérito y capacidad de los mismos». El apartado 3.º del artículo 43, declarado inconstitucional, preveía, como señala la Sentencia, el control de la decisión de la Comisión de Reclamaciones por el Consejo de Universidades.

(24) El artículo 43 LRU fue ciertamente muy debatido al elaborarse la Ley y la efectividad de las Comisiones de reclamaciones está siendo no sin razón constantemente puesta en cuestión.

terminado (por ejemplo, el justo precio en materia expropiatoria), depende sólo de los conocimientos del juzgador. Esta es la finalidad de la prueba pericial en el recurso contencioso-administrativo —conocer o apreciar «algún hecho de influencia en el pleito» mediante los conocimientos especializados que aporta el perito ex artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, mas cuando la prueba pericial está dirigida a suministrar unos conocimientos que carecen de trascendencia para la decisión del litigio *porque el tribunal no tiene, como en este caso (pruebas de idoneidad, una vez más), potestades para fiscalizar el contenido de una actuación que por esencia es discrecional en su aspecto técnico, y esto es precisamente lo que ocurre con las valoraciones efectuadas por los órganos calificadoros, insusceptibles de control jurídico, como no sea en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad, y entonces sólo para anular las mismas, pero nunca para sustituírlas por otras, la prueba pericial deviene inoperante.* Con lo que acabamos de decir es claro que no compartimos la doctrina de la Sentencia de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal de 2 de abril de 1985, superada por la jurisprudencia a la que ya hemos hecho alusión (25), y tampoco la propugnada por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 11 de noviembre de 1985, que también se trae a colación, y lo hemos dicho respecto de ésta, con el alcance que previene el art. 101 de la Ley de esta Jurisdicción, en la Sentencia de 17 de diciembre de 1986».

El párrafo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1989 (R. Ar. 7828) que acabo de citar nos sirve perfectamente para ilustrar e introducir la cuestión de la llamada discrecionalidad técnica, utilizada como un argumento más para rechazar la revisión de las decisiones de las Comisiones de concursos y oposiciones. El Tribunal, dice la Sentencia, carece de potestades para fiscalizar una actuación «que por esencia es discrecional en su aspecto técnico».

1. EN TORNO AL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. APRECIACIONES TÉCNICAS Y APRECIACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO

El concepto de discrecionalidad técnica no es, desde luego, nuevo (26), ni tampoco exclusivo, ni mucho menos, del ámbito de los con-

(25) Se refiere a las Sentencias de 9 y 19 de diciembre de 1986, 21 de enero y 3 de febrero de 1987 y 19 de julio de 1988.

(26) SÁNCHEZ BLANCO, en «La discrecionalidad técnica de los Tribunales...», *op. cit.*, p. 563, señala que la expresión puede encontrarse en Sentencias anteriores a 1930. En el mismo

cursos y, con mayor fuerza, de las oposiciones. En un magnífico trabajo de Carlo MARZUOLI sobre la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos Regionales (TAR) italianos en materia de discrecionalidad técnica (27) analiza con detenimiento la aplicación de este concepto en el ámbito de las declaraciones histórico-artísticas, la división del territorio municipal a efectos fiscales y la valoración de las obras urbanísticas ilegales a efectos de la determinación de la sanción correspondiente. Para nada se ocupa de los concursos y oposiciones, lo cual no constituye un olvido o laguna, sino una prueba de que el concepto tiene mucho mejor encaje en esos ámbitos de la actividad administrativa que en el que ahora analizamos (28). Es más, muy bien puede decirse que entre nosotros, como inmediatamente veremos, y en función del en este punto capital artículo 103.3 de la Constitución, la discrecionalidad técnica no tiene cabida en el ámbito de los concursos y oposiciones.

Al hablar de la discrecionalidad técnica hemos de partir de la base de que tal concepto no tiene por qué coincidir con el de discrecionalidad administrativa y de que, como señala MARZUOLI, las apreciaciones técnicas y las del interés público son «entidades distintas y separadas, o separables» (29). Por ejemplo, de acuerdo a criterios estrictamente técnicos quizá proceda declarar un inmueble como bien de interés cultural, pero no si se tienen en cuenta otras consideraciones, como por ejemplo exigencias de índole económico (30). En un caso se tienen en cuenta tan sólo las valoraciones técnicas, mientras que en otro se actúa de acuerdo al interés público. En uno, por tanto, estamos en presencia de discrecionalidad técnica; en otro, de discrecionalidad administrativa, o si se quiere, de discrecionalidad técnico-administrativa.

La actividades meramente técnica de la Administración quedaría, en efecto, excluida del control jurisdiccional, pues no se valoraría el interés público. No así, como sabemos, la actividad que se desenvuelve como discrecionalidad administrativa, ya que, en este caso, aunque sean posibles varias soluciones, siempre cabe, en virtud de técnicas de so-

sentido, FERNÁNDEZ PASTRANA, en «De nuevo sobre los límites de la discrecionalidad técnica...», *op. cit.*, p. 125.

(27) «La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori», en el Libro colectivo dirigido por Umberto ALLEGRETTI, Andrea ORSI BATTAGLINI y Domenico SORACE, *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Tomo II, Maggioli Editori, Rimini, 1987, pp. 633 y ss. Entre nosotros, *vid.*, J. A. GARCÍA TREVIJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, pp. 431 a 435.

(28) Aunque en algunos casos lo que parece discrecionalidad técnica no es tal, sino discrecionalidad administrativa. *Vid.* Lucio MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1988, especialmente pp. 199 y ss.

(29) «La "discrezionalità tecnica"...», *op. cit.*, pp. 634 y 637.

(30) El ejemplo está tomado de C. MARZUOLI, *op. ult. cit.*, p. 637.

bra conocidas, el control por los jueces de la legalidad de la opción elegida.

En definitiva, pues, hablar de discrecionalidad administrativa está vinculado necesariamente a la consecución de ese interés público (31).

2. LA INCORRECTA INVOCACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LOS CONCURSOS Y OPOSICIONES. LA NO APLICABILIDAD A LOS CONCURSOS Y OPOSICIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 39/1983, DE 17 DE MAYO SOBRE «CUESTIONES DE ÍNDOLE ESTRICTAMENTE TÉCNICA»

Considerar que la actividad que desarrollan las Comisiones de concursos y oposiciones debe calificarse como discrecionalidad técnica es un error. Ni es posible estimar que en sus valoraciones pueden no tener en cuenta el interés público, ni sus decisiones están exentas, como ya nos consta, del control jurisdiccional. Dar como buena la discrecionalidad técnica es tanto como permitir que en las bases de las convocatorias se disponga que las plazas sean cubiertas no de acuerdo necesariamente a los principios de mérito y capacidad, sino de acuerdo a lo que la Comisión decida libremente, lo cual, evidentemente, sería absurdo. Máxime si esta libre decisión se configurase como irrecorrible.

Por ello, hemos de insistir en este punto: 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 este sentido, merece algún comentario la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo, en la que se trata un asunto que, si bien tiene algún punto de coincidencia con el que ahora tratamos, no es equivalente y, por tanto, lo que en ella se afirma no es trasladable a nuestro caso. En dicha Sentencia se resolvió el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 por la que se desestimó la pretensión de entrar a juzgar la decisión relativa a la clasificación de un Coronel para su ascenso al grado de General de Brigada. El recurrente, que no fue ascendido, en contra de lo acaecido a otros dos coroneles de menor

(31) Como señala MARZUOLI, la «mera discrecionalidad técnica puede transformarse en «discrecionalidad». «Se l'indeterminatezza legislativa e tale da comportare un margine di scelta in chi e chiamato ad applicare la norma, e se, d'altra parte, la norma tutela un interesse pubblico e non interessi privati, e normale concludere che quella scelta non può che cadere su (e consistere in) un apprezzamento del pubblico interesse e perciò costituire esercizio di discrezionalità amministrativa (nel senso, generalmente accolto, di valutazione del pubblico interesse). «La "discrezionalità tecnica" ...», *op. cit.*, p. 646.

antigüedad, estimó que se había violado el artículo 24.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional parte de la base de que el artículo 40, f) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe entenderse derogado por la Constitución dado que «excluía del recurso contencioso-administrativo actos que normalmente debieran permitirlo y contra los que no se admite ninguna otra clase de tutela judicial» (F.J. 2º). Sentado lo anterior, el alto Tribunal dispone, sin embargo, lo siguiente (permítaseme de nuevo una larga cita que considero imprescindible):

«3. De esta afirmación no se sigue, en este caso, que el presente recurso de amparo haya de ser estimado y, en consecuencia, anulada la sentencia impugnada. En efecto, la demanda de amparo solicita que este Tribunal Constitucional decida que por el Tribunal Supremo se dicte nueva sentencia en la que «deberá entrar a conocer de las cuestiones de fondo de las resoluciones recurridas y deberá decidir la regularidad o no a derecho de toda cuestión de legalidad en relación con los actos recurridos en el procedimiento contencioso-administrativo».

Pero como señala la Abogacía del Estado, *no se precisa en dicha demanda cuáles son las cuestiones de legalidad relativas al fondo del asunto*. De la lectura de la misma demanda, de la sentencia impugnada y demás documentación que consta en autos, se deduce que el fondo del asunto consiste solamente en la discrepancia del recurrente con la clasificación de que ha sido objeto por el Consejo Superior de la Armada para su elegibilidad al empleo de General de Brigada, por entender que *no se han valorado correctamente sus méritos y circunstancias personales, y lo que pide es una revisión de aquella clasificación*. Dado que *no se aduce ninguna otra posible causa de anulación de la clasificación impugnada, como podría ser, por ejemplo, la desviación de poder, hay que concluir que el juicio sobre el puesto que en la relación de elegibles mereció el recurrente al Consejo Superior de la Armada no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional*. Esto es lo que dice de forma expresa la sentencia impugnada al afirmar que no puede entrar en el fondo del asunto «por no tratarse de una cuestión jurídica, sino de la apreciación de las especiales aptitudes para acceder al empleo de Oficial General en el momento en que se produce la clasificación y con proyección al futuro, que es cuando ha de desempeñar dicho mando, lo que corresponde efectuar, por precepto legal y la normal organización de los Ejércitos, a quien por su función y conocimiento tiene competencia para lograr una

acertada conclusión... (La valoración conjunta) de las diversas circunstancias que concurren en un Oficial de la Marina para su aptitud previa al ascenso no pueden hacerla más que los órganos de la Administración especializados para ello, en este caso el Consejo Superior de la Armada, y no los Tribunales de Justicia; de donde se deduce que habiéndose fundado expresamente la desestimación del recurso contencioso en dicha causa hay que entender que la sentencia impugnada no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente».

Como vemos, el Tribunal Constitucional parece alinearse con las posturas más tradicionales. Consciente de ello, se esfuerza por argumentar su decisión de acuerdo a la Constitución:

«4. La conclusión a que se llega en este caso concreto no supone, naturalmente, desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sujeción a los fines que la justifican (artículo 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que *ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad*, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico. Y como en el presente recurso *no se ha concretado qué cuestiones de legalidad se suscitan ni pueden deducirse de los datos que constan en autos, al reducirse el problema a una discrepancia del interesado respecto a la valoración de sus circunstancias para su clasificación y ser esa valoración, como ya se ha dicho, de índole estrictamente técnica, procede desestimar por las razones indicadas el presente recurso de amparo*».

A la vista de estos argumentos, ¿puede considerarse que, por tratarse de una actividad estrictamente técnica, la que desarrollan las Co-

misiones se encuentra también fuera de los límites del control jurisdiccional, sin que ello suponga menoscabo del artículo 24.1 de la Constitución? Creo que no. Como ya he señalado, la doctrina del Tribunal Constitucional, que éste se preocupa de reiterar que se refiere al «supuesto concreto» que juzga, no es invocable en el caso de los concursos y oposiciones. El supuesto de los ascensos militares en absoluto es identificable con el del acceso a la función pública en virtud de los principios de mérito y capacidad. Sin entrar ahora en la justiciabilidad de los primeros, lo que es claro es que la presencia en el segundo, con un protagonismo indudable, de los citados conceptos jurídicos indeterminados permite sin duda controlarlo desde el prisma de la estricta legalidad, aun reconociendo la trascendencia que en él tienen las apreciaciones técnicas. El juicio que emitan las Comisiones no puede fundarse sólo en «elementos de carácter exclusivamente técnico», no es una mera «cuestión técnica», sino, sobre todo, una cuestión de legalidad. No otra conclusión puede derivarse del texto constitucional. Este nada dice acerca de los ascensos militares, pero sí exige expresamente que la selección de los empleados públicos se haga de acuerdo a los principios de mérito y capacidad. Por eso, sin entrar ahora en el fondo de la Sentencia 39/1983, sí puede afirmarse que la respuesta que se dé ante la impugnación de una decisión de una Comisión en un concurso u oposición debe ser diferente. El control es posible. Lo que sucede es que se configura de una forma sumamente complicada.

3. LA PLENITUD (Y DIFICULTAD PLENA) DEL CONTROL JUDICIAL DE LA APRECIACIÓN DEL MÉRITO Y CAPACIDAD EN CUANTO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE CONTENIDO ADMINISTRATIVO. APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DEL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y, EN PARTICULAR, LA DE SU PRESUNCIÓN DE VALIDEZ Y EL PRINCIPIO FAVOR ACTI

La actividad de las Comisiones no es discrecional. Ni desde el punto de vista técnico ni desde el punto de vista administrativo. No es desde luego una actividad reglada en el sentido clásico de ser respuesta casi automática a un presupuesto de hecho. Requiere, por supuesto, tomar en consideración las apreciaciones técnicas o intelectuales de sus miembros. Pero ni puede obviarse el interés público ni es igualmente justo seleccionar a un candidato o a otro. Por el contrario, debe seleccionarse, precisa y exclusivamente, al que mayor mérito y capacidad acredite.

Desde la Sentencia 50/1986, de 23 de abril, el Tribunal Constitucional ha venido reiterando que el artículo 23.2 de la Constitución, en relación con los artículos 14 y 103.3, «impone la obligación de no exi-

gir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad» (32). Ciertamente, como el propio Tribunal afirma, tanto el legislador como la Administración gozan de libertad «para dotar de contenido a dichos conceptos indeterminados» (33) pero esta discrecionalidad en su configuración no se corresponde con discrecionalidad alguna en su apreciación. Ciertamente que la resolución de los concursos y oposiciones tiene un componente técnico esencial, pero éste siempre es reconducible a criterios de legalidad (34). Por eso, aunque el Tribunal Supremo afirme en la Sentencia de 5 de octubre de 1989 (R. Ar. 6848) que «es jurisprudencia constante que los órganos administrativos a quien corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública, gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación del valor de los méritos aportados o ejercicios realizados», resulta sumamente positivo que en la misma Sentencia se añada a continuación que «ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad *discrecional no técnica* de la administración que como es sabido 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 relieve los de mérito y capacidad, expresamente señalados al efecto por el artículo 103 de la Constitución*». Más claramente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1988 (R. Ar. 5615) afirma que la apreciación de los «principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad... no es discrecional para la Administración al venir impuestos aparte de por la legalidad ordinaria, por la norma Constitucional en sus artículos 9 y 103».

Recapitulemos. Discrecionalidad supone poder optar indistintamente entre varias opciones todas ellas igualmente justas. Esto no es lo que sucede en los concursos y oposiciones, donde la Comisión está obligada a seleccionar, no a cualquiera de los candidatos, sino al «mejor», entendido éste como el que mejor mérito y capacidad acredite.

Esta conclusión, obligada tras la Constitución, no es, por otra parte, nueva. Ya en 1964 Alejandro NIETO, en un clásico trabajo sobre la

(32) En el mismo sentido, S.T.C. 148/86, de 25 de noviembre (F.J. 8), 193/87, de 9 de diciembre (F.J. 5) y 67/89, de 18 de abril (F.J. 2). Sobre la S.T.C. 50/86 *vid.* V. M.^a GONZÁLEZ-HABA GUIBADO, «En torno a las oposiciones restringidas», REDA núm. 50, pp. 275 y ss.

(33) S.T.C. 50/86, citada. F.J. 4.

(34) No es correcto, sin embargo, afirmar, como pretende el Tribunal Constitucional, que «la resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante del funcionario ha de hacerse de acuerdo a un *criterio estrictamente técnico*» (S.T.C. 193/87, de 9 de diciembre. F.J. 4), salvo que se sobreentienda el elemento legal de ese criterio técnico.

discrecionalidad, señalaba cómo la exigencia de seleccionar al concursante que «mayores méritos» reúna desvanecía la discrecionalidad de la Administración al verse sometida a la apreciación de ese concepto jurídico indeterminado, al tiempo que abría el paso al control jurisdiccional pleno de la actividad administrativa. El Tribunal Supremo, por cierto, así lo había comprendido años antes. En la Sentencia de 24 de octubre de 1959, que recoge NIETO, el Tribunal «considera que el Ayuntamiento no ha escogido al recaudador concursante que reúne mayores méritos y nombra a otro que, a su juicio, los ofrece de mayor calidad que el primeramente elegido» (35).

Por otra parte, ni siquiera la discrecionalidad, como en este caso ha señalado FERNÁNDEZ FARRERES, (36) puede ser hoy entendida como libertad de la Administración para optar por cualquier solución, todas ellas igualmente justas. La exigencia de perseguir la consecución del interés público obliga a la Administración a seleccionar precisamente aquella que más se adecúe a dicho interés, lo cual limita todavía más la libertad de maniobra de la Administración y amplía las posibilidades del control jurisdiccional.

A partir de aquí, el asunto se plantea en los siguientes términos: las Comisiones ni son soberanas ni actúan de acuerdo a criterios de discrecionalidad técnica. Sus decisiones, por tanto, están plenamente sometidas, como cualquier otra actividad administrativa, al control jurisdiccional. Es entonces cuando pueden surgir nuevas dificultades, puesto que si las posibilidades de control son todas, las dificultades en ese control son asimismo casi todas. Estas indudables dificultades no deben, sin embargo, retraer al juzgador, que puede y debe utilizar todas las posibilidades que tiene a su alcance para contar con los elementos de juicio suficientes. Ya sabemos que en no pocas sentencias el Tribunal Supremo hacía referencia, para negar la posibilidad de control jurisdiccional, al desconocimiento de «todos los datos suficientes para juzgar». Quiere esto decir que cuando estos datos se conocen y pueden contrastarse, el juicio debe ser posible.

En este caso, el órgano jurisdiccional ha de fundamentar rigurosamente su decisión, que podrá referirse a los siguientes supuestos: si es evidente, y así se prueba, que la decisión de la Comisión no se atiene

(35) «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *RAP* núm. 44, pp. 147 y ss., especialmente pp. 154 y 155. El autor distingue entre un caso de discrecionalidad pura (nombramiento de cualquier persona) y otro en el que juega un concepto jurídico indeterminado (nombrar al que reúna mayores méritos): «Mientras que en un caso no hay posibilidad de controlar esa *voluntad* (puesto que la Ley se la ha atribuido expresamente), en el otro caso siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su *juicio*, y tal error puede ser corregido en los Tribunales, ya que lo decisivo no es el juicio de la Administración, sino el que el elegido sea el que reúna mayores méritos». *Op. ult. cit.*, pp. 154-155.

(36) *La subvención. Concepto y régimen jurídico*. I.E.F., Madrid, 1983, p. 641. En igual sentido, C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Madrid, 1989, p. 150.

a los principios de mérito y capacidad y es igualmente posible probar cual de los candidatos es el mejor, el Tribunal podrá sin duda condenar a la Administración a llevar a cabo el nombramiento en favor de éste. En el apartado siguiente me ocuparé con más detenimiento de este supuesto.

Si el Tribunal no cuenta con elementos de juicio suficientes y, por tanto, no puede determinar si la decisión de la Comisión es acertada o no, deberán aplicarse, sencillamente, las reglas generales que rigen el control jurisdiccional de los actos administrativos y, especialmente, el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos y el principio *favor acti*. El primero ha sido expresamente invocado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1985 (R. Ar. 1434), en la que se afirma que el criterio de los Tribunales de concursos, por su carácter técnico, «no puede ser sustituido por el de este Tribunal, que lo es meramente de justicia, a no mediar prueba adecuada en contrario». Es decir, no es que las Comisiones gocen de soberanía en sus juicios, sino, mucho más modestamente, gozan éstos de la misma presunción de validez que la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce en su artículo 45.1 a la generalidad de los actos administrativos. Presunción que, como ya nadie discute, es sólo *iuris tantum*, nunca *iuris et de iure*, que es el carácter que se atribuiría a aquéllos si se defendiese su irrecurribilidad. Lo que ocurre es que esta presunción de validez lo es también, en nuestro caso, de certeza, al igual que la que gozan otros actos administrativos tales como los informes técnicos, actas de inspección y otros semejantes. Aceptando esta premisa, en mi opinión indiscutible, no hay más que aplicar a las resoluciones de las Comisiones de concursos y oposiciones los principios que con carácter general rigen esa presunción de certeza, tal como han sido progresivamente diseñados por la jurisprudencia en relación, fundamentalmente, con diversos informes técnicos. De este modo podemos afirmar que, si bien en un primer momento se atribuía a tales informes un valor casi indiscutible, poco a poco se ha ido admitiendo que ese viejo principio debe dejar paso a la libertad de apreciación de los Jueces y Tribunales. Los informes pueden ser puestos en tela de juicio pues, como los de cualquier otro profesional, están sujetos a error y no vinculan al juzgador. El propio Tribunal Supremo, como he tenido ocasión de señalar en otra ocasión (37), ha ido configurando las condiciones que deben reunir los informes públicos para admitir su mayor fiabilidad: en primer lugar, sus conclusiones no deben resultar contradictorias con su propia descripción de los hechos. En segundo lu-

(37) «La eficacia de los actos administrativos», en el libro colectivo dirigido por J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ceura, Madrid, 1989, pp. 294 y ss.

gar, la fuerza de convicción de dichos informes no debe quedar «desvirtuada por otra pericia dotada de, al menos, idéntica objetividad». Por último, los informes deben ser completos, si bien la parquedad en la motivación no rompe de por sí la presunción de certeza; parquedad que no debe confundirse con motivación ambigua o insuficiente. En este sentido, se ha dicho que las afirmaciones contenidas en los informes no razonados «quedan en meras aseveraciones de valoración muy discutibles al no poder ser sometidas a los debidos parangones y a las reglas de la sana crítica» (38), y que, como ya sabemos, la no justificación del juicio valorativo sobre cada uno de los aspirantes supone una infracción del ordenamiento jurídico (39).

En lo que al principio *favor acti* se refiere, las consecuencias de su aplicación son también conocidas. Los actos administrativos, y entre ellos las decisiones de las Comisiones, tienen a su favor una presunción *iuris tantum* de legalidad y acierto, en los términos que acabamos de ver, de modo que cuando no se demuestra la legalidad o el error, debe prevalecer el acto administrativo, pero cuando se aporta una prueba suficiente, dicha presunción decae (40).

Las anteriores conclusiones se encuentran claramente implícitas en la ya varias veces citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989 (R. Ar. 6848), que dispone (en realidad se trata de un Fundamento de la Sentencia apelada, que se admite):

«La declaración de nulidad de pleno derecho de la decisión resolutoria de la relación administrativa funcional establecida con el actor, conlleva la pertinencia de acceder al reconocimiento de la titularidad por el mismo de la referida situación jurídica individualizada y a la adopción de las medidas necesarias para su restablecimiento. No obstante, debe precisarse que el reconocimiento del derecho no puede tener alcance declarativo de la consolidación por el mismo del derecho al cargo policial, sino de la condición de Aspirante a Policía Segundo, correspondiente a la situación de funcionarios en prácticas, titularizada al momento de producirse las resoluciones anuladas; ya que, como se tiene razonado, la consolidación del derecho al cargo pende en el presente caso de la correcta valoración de las actividades desarrolladas en el período de prácticas por los órganos administrativos competentes y a través de los cauces procedimentales previstos; valoración que no puede ser sustituida por la apreciación que se

(38) *Op. ult. cit.*, p. 301.

(39) S.T.S. de 17 de diciembre de 1986 (R.Ar. 7471).

(40) *Derecho Administrativo. La jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 299.

pide de la Sala por carecer las actuaciones practicadas de los elementos ilustradores necesarios para la formación del juicio requerido».

Es decir, se declara que la valoración no puede ser «sustituida» por carecer de los elementos de juicio necesarios para ello, pero no porque su naturaleza lo impida. Se reconoce que los órganos administrativos colegiados de evaluación se encuentran en *mejor* posición para proceder al juicio, pero no en la *única*. Esta «mejor posición» atribuye, sin duda, a las decisiones de las Comisiones un valor que no puede ser desconocido por los Tribunales de justicia, pero que no les vincula necesariamente. Por eso, si éstos estiman que, por su composición, por la formación técnica de sus componentes o por cualquier otra circunstancia, *sólo* la Comisión inicialmente nombrada para ello está en condiciones de valorar a los candidatos, deberán disponer que esa Comisión inicial proceda de nuevo a evaluarlos, pero esta vez de forma absolutamente objetiva y, en su caso, de acuerdo a las consideraciones que los propios Tribunales hayan hecho en sus sentencias. Hemos de resaltar que esta nueva evaluación se incluye ya en el trámite de ejecución de sentencias, y que por tanto se ha de llevar a cabo bajo el control del órgano judicial correspondiente. Además, y esto es esencial, en caso de controversia entre la nueva propuesta de la Comisión y los interesados, no será necesario montar un nuevo proceso completo contra ese supuestamente nuevo e independiente acto administrativo, sino que el conflicto podrá ser resuelto en el propio incidente de ejecución. Así se desprende claramente de la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de ejecución de sentencias (41), incluida la reciente Sentencia 148/1989, de 21 de septiembre. En ella se afirma que «la naturaleza del derecho que se trata de hacer cumplir (acceso directo de los recurrentes al Cuerpo de Profesores de EGB) en la esfera de la realidad jurídico-administrativa no se agota en su propia declaración, como si de un derecho nominal o *flatus vocis* se tratara, sino que postula, por su esencia y contenido, una realización o cumplimiento, de lo cual el mismo Tribunal ejecutor ha de cuidar, como dispensador de la tutela judicial *inter partes*...; entendiéndose que, caso de discrepancia entre todos o algunos de los interesados y la Administración sobre la apreciación de aquellos requisitos, ha de ser la Audiencia o Sala sentenciadora la que deba velar, tras el trámite incidental adecuado..., oyendo a las partes, y, en su caso, con práctica de prueba, acerca del efectivo cumplimiento de la Sentencia» (F. J. 7.) Y aún más: este cumplimiento debe ser rápido. Es de-

(41) Sobre la ejecución de sentencias, *vid.*, por todos, el número 209 de *Documentación Administrativa*, monográfico sobre el tema.

cir, la Comisión no puede demorar su resolución, y si así lo hiciese, el Tribunal deberá adoptar las medidas que considere oportunas para impedirlo. También puede traerse a colación en este caso otra Sentencia del Tribunal Constitucional: la 149/1989, de 22 de septiembre. «Cuando para hacer ejecutar lo juzgado —dice el Tribunal—, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el artículo 118 de la Constitución; y cuando tal obstaculización se produzca, el juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución» (F. J. 3.).

Si, por el contrario, los jueces estimasen que la Comisión inicial no puede o no debe proceder a esa nueva valoración fruto del recurso interpuesto, podrán, sin duda, en virtud de sus competencias de pleno control y ejecución de lo juzgado, disponer el nombramiento de una nueva Comisión, de acuerdo a criterios iguales o equivalentes a los que se siguieron al seleccionar a quienes formaban parte de la primera y de acuerdo asimismo a un procedimiento de selección igual o equivalente. Esta segunda Comisión, que deberá actuar en base a principios de estricta objetividad y cuyos componentes deberán contar con semejante formación técnica o científica que la que tenían los de la primera, actúa igualmente bajo el control del juez, pues también lo hace en el mismo trámite de ejecución de sentencias, por lo que sus decisiones, en su caso, tampoco requerirían un nuevo proceso jurisdiccional en caso de controversia.

Esas posibilidades que tienen los Tribunales deben entenderse sin perjuicio de que, si cuentan con elementos de juicio suficientes para ello, puedan ellos mismos, como ya sabemos e inmediatamente desarrollaremos, condenar a la Administración a proceder al nombramiento de quien haya acreditado mayores méritos y capacidad para el acceso a la función pública.

Por último, el pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones, que viene permitido e incluso exigido por el obligado respeto a los principios de mérito y capacidad, se completa con el control de los vicios de procedimientos y de la desviación de poder. Ya señalé en las primeras páginas de este trabajo que no íbamos a analizar estos supuestos, pero sí quiero resaltar de nuevo que en no pocas ocasiones se quiere reconducir hacia tales vicios la práctica totalidad de los recursos que se interponen en la materia (sobre ello pueden consultarse algunas de las sentencias que se recogen en el anexo de este trabajo), seguramente por la seguridad que casi siempre se tiene de que un argumento diferente, en virtud del cual se pretendiese revisar la decisión de fondo, no prosperaría.

4. EL JUEGO DE LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD, IMPARCIALIDAD Y EFICACIA EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS CONCURSOS Y OPOSICIONES

Para concluir este rápido análisis de la trascendencia que tienen los conceptos de igualdad, mérito y capacidad, nos resta hacer una igualmente breve referencia a la importancia de otros tres conceptos que configuran la entera actuación de la Administración Pública, de acuerdo a lo que la propia Constitución dispone. Conceptos que guardan una muy estrecha relación con los primeros, pues si el artículo 103 de la Constitución impone la observancia de aquéllos en el acceso a la función pública es precisamente para garantizar la objetividad, imparcialidad y eficacia de la Administración.

El de objetividad es, sin duda, el de mayor importancia. La Constitución, en realidad, no lo configura como un mero principio de actuación de la Administración, sino como nota obligada caracterizadora de ésta, que, al prohibir el subjetivismo —que no la subjetividad— en su actuación, la diferencia, por cierto, de otras organizaciones o personas jurídicas que, por el contrario, se asemejan a ella, y cada vez en mayor medida, en lo que a las funciones que desempeñan se refiere.

La selección de los empleados públicos ha de responder a criterios de estricta objetividad. Por supuesto que la selección deberá hacerse en función de la persona y del puesto a desempeñar, pero, como el Tribunal Constitucional ha reiterado, eso no significa que en las convocatorias puedan establecerse referencias individuales y concretas. Antes al contrario, «las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre ellas las convocatorias de concursos y oposiciones (deben establecerse) en términos generales y abstractos» (Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1986. En igual sentido, Sentencias 42/1981, de 22 de diciembre, 193/1987, de 9 de diciembre y 67/1989, de 18 de abril), «siendo constitucionalmente inaceptable —afirma también el Tribunal— que se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas» (Sentencias constitucionales 148/1986, de 25 de noviembre y 67/1989). Esa generalidad es, precisamente, la que puede garantizar la objetividad en la selección y, por tanto, coadyuvar a la propia objetividad de la Administración.

Los citados principios de igualdad, mérito y capacidad tienen igualmente un claro reflejo en la imparcialidad que los empleados públicos deben observar en el ejercicio de sus funciones (artículo 103.3 de la Constitución), lo cual es a su vez manifestación de la imparcialidad que debe presidir la total actividad administrativa.

Quien quizá ha analizado con más detenimiento y rigor la imparcialidad administrativa es el Profesor de Florencia Umberto ALLEGRET-

TI, que ha resaltado cómo imparcialidad no es sinónimo de neutralidad (42). Mientras que la imparcialidad en sentido negativo sería sinónimo de esa neutralidad, la imparcialidad activa implica que la Administración persiga un fin público y que en su actuar se encuentre sometida al control constante de los Tribunales de justicia (43). Y para hacer efectiva esa imparcialidad, es imprescindible que la selección de los empleados públicos responda a sus postulados (44). Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de señalar, aunque sea incidentalmente, que el artículo 23.2 de la Constitución introduce «un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el artículo 103.3, *inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra*»: Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre (F. J. 5). Y en la misma Sentencia se pone en relación ese principio con los de mérito y capacidad: «Por consiguiente, en la resolución de los procedimientos de selección para ocupar un puesto integrado en la función pública, los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad», obligación ésta que ya conocíamos.

En fin, y recuerdo la brevedad de estas páginas, también el principio de eficacia debe contar en la selección de los empleados públicos, que, como seguimos apreciando, está muy lejos de ser expresión del ejercicio de una supuesta discrecionalidad técnica. He de decir, sin embargo, que la eficacia administrativa —de la que, por cierto, más que uso se ha hecho abuso en la Sentencia Constitucional de 2 de noviembre de 1989— no se proyecta con la misma fuerza con que lo hacen los otros dos principios. En este sentido, basta con recordar el en mi opinión muy bien construido voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto, en el que —a raíz de una supuesta discriminación que la mayoría del Tribunal no apreció en el límite de edad impuesto en la Ley especial del Municipio de Barcelona para acceder al puesto de Interventor de Fondos— se afirma que, «aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido por el artículo 103.1 de la Constitución, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que es no sólo un derecho individual protegible incluso por vía de amparo, sino un principio al que está sometido el legislador (arts. 14 y 9.1) e incluso un valor superior del ordenamiento (art. 1.1) ante el cual deben ceder otros de rango inferior. No puede buscarse la eficacia de la Adminis-

(42) *L'imparzialità Administrativa*, Cedam, Padova, 1965, pp. 55 y ss.

(43) *Op. ulc. cit.*, pp. 92 y ss., y 161 y ss.

(44) ALLEGRETI no se ocupa con detenimiento de las implicaciones de la imparcialidad organizativa se refleja de manera penetrante sobre los funcionarios»; *op. cit.*, p. 311, nota 368.

tración con medidas legislativas que atenten contra la igualdad de los ciudadanos».

IV. EL LLAMADO PODER DE SUSTITUCION JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LAS COMISIONES Y LA PLENITUD DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA

1. EL LLAMADO PODER DE SUSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN MÁS USUAL EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

Dando un paso más en nuestro razonamiento nos toca ahora enfrentarnos con una cuestión espinosa como pocas.

Hemos visto ya cómo el control de las decisiones que adoptan las Comisiones en los concursos y oposiciones no puede explicarse en clave de discrecionalidad, ni siquiera de discrecionalidad técnica, sino en base a conceptos jurídicos indeterminados cuya aplicación viene constitucionalmente exigida. Se trata, como sabemos, de los conceptos de mérito y capacidad. Esto facilita dogmáticamente la solución de nuestro problema (abre las puertas sin duda a la posibilidad de control pleno sobre resoluciones de órganos administrativos que en absoluto son soberanos) pero, como ya hemos ido apuntando, nos plantea un reto que no es fácil de superar. Desde luego, mucho más cómodo es mantener que las Comisiones son soberanas al hacer sus apreciaciones y emitir sus propuestas, pero se trata de una solución que siendo como es fácil, no cuenta con el más mínimo apoyo legal ni constitucional. Lo difícil es, por tanto, mantener lo contrario y buscar soluciones coherentes.

Esto nos introduce de lleno en el llamado poder de sustitución de la Administración por parte de los Tribunales, uno de los temas en torno a los cuales gira la entera revisión del sistema de justicia administrativa.

El poder de sustitución se trae a escena, fundamentalmente, cuando se habla de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Ante la pasividad de la Administración, o incluso el rechazo sin más a ejecutar una sentencia, se reconoce cada vez con más insistencia y también con más normalidad que los Tribunales pueden «sustituir» a los órganos de la Administración al objeto de hacer efectivo el derecho a la ejecución de sentencias y con él el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ejemplo, la técnica de la ejecución por comisario, «ab-

solamente frecuente en el sistema anglosajón, no es más que una ejecución por sustitución», como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (45).

Este poder de sustitución, sin embargo, no está exento de críticas, y desde luego no son pocos ni pequeños los problemas que plantea (46), pero esto no debe desanimarnos.

Dejando a un lado la experiencia anglosajona, es sin duda la doctrina y la resuelta postura de los Tribunales italianos las que por el momento han llegado más lejos a la hora de plantear y aceptar el llamado poder de sustitución (47). A través de la introducción, fundamentalmente jurisprudencial, de la técnica del *giudizio di ottemperanza* (48) es posible que los Tribunales nombren un *commisario ad acta* para resolver y cumplir lo que aquéllos han mandado ejecutar. De este modo se acepta sin traumas en Italia que el juez pueda sustituir a la Administración Pública, llegando a extremos que aquí, con seguridad, sería difícil admitir con sosiego. Ni siquiera la supuesta «infungibilidad» de la actividad administrativa (49), ni siquiera, en ocasiones, la presencia de potestades discrecionales de la Administración (50) son obstáculo insalvable para el poder de sustitución, que a veces se explica como manifestación de una suerte de abdicación de los poderes de la Administración en favor de los Tribunales cuando la primera se niega a cumplir lo que debe (51).

En suma, pues, lo que entre nosotros produce todavía mucho más recelo que confianza, en el ordenamiento italiano se acepta con toda normalidad, llegando a considerarse (el poder de corrección y sustitución) como la «*più alta espressione della potestà giudiziaria nei confronti della Publica Amministrazione*» (52).

(45) *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 64.

(46) *Vid.* el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, op. ult. cit., pp. 53 a 55 y 145. GARCÍA DE ENTERRÍA no excluye el poder de sustitución, ni mucho menos, pero exige que se mueva dentro de unos límites precisos que sólo el Derecho Administrativo puede fijar.

(47) Miguel BELTRÁN DE FELIPE ya lo ha hecho notar en «Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo», en el *Libro Homenaje al Profesor García de Enterría*, en prensa, así como en la recensión del libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia Administrativa*, publicada en la R.E.D.A., núm. 64, pp. 659 y ss.

(48) Sobre ello *vid.*, entre nosotros, Carmen CHINCHILLA, «El *giudizio di ottemperanza*», R.E.D.A., núm. 59, y la bibliografía allí citada. En todo caso, *vid.*, VARIOS AUTORES, *El giudizio di ottemperanza*, Giuffrè, Milano, 1983; Franco BARTOLOMEI, *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1987. Michela MAFFEZZONI, «Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del *giudizio di ottemperanza*», en *Il Foro Amministrativo*, 1987, pp. 2851 y ss. Asimismo, Miguel BELTRÁN, «Las exigencias constitucionales...», op. cit.

(49) Sobre ello *vid.* Vittorio DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, p. 219.

(50) *Vid.* Giglielmo ROEHRSEN, «I 150 anni del Consiglio di Stato», en la obra colectiva *Il giudizio di ottemperanza*, op. cit., p. 34. Más cauto se muestra Aldo PIRAS, «Intervento», en la obra colectiva *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'Amministrazione Locale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 54.

(51) Vincenzo CATANIELLO, *Diritto Processuale Amministrativo*, VTET, Torino, 1988, p. 427.

(52) F. BARTOLOMEI, *Giudizio di ottemperanza...*, op. cit., p. 357.

Esta predisposición a aceptar lo que para muchos sería una inadmisibile ingerencia judicial en asuntos administrativos tiene, no obstante, una explicación subyacente que no puede infravalorarse. El porcentaje de incumplimiento de la Administración italiana frente a las resoluciones judiciales es muy elevado, lo que ha impulsado a buscar soluciones que pongan fin a esa lacra. Y el poder de sustitución es, sin duda, una de las más efectivas en este campo. Esta realidad, por supuesto, en nada desmerece, sino todo lo contrario, la consistente construcción jurisprudencial y doctrinal del *giudizio di ottemperanza*, pero nos exige un esfuerzo adicional de análisis antes de intentar importar, tal cual, una técnica que en otro contexto se está demostrando sumamente eficaz. Sin perjuicio de que por desgracia la realidad subyacente española en este punto no dista mucho de la italiana, ese análisis nos lo ofrecerá en breve, con todo rigor, Miguel BELTRÁN, que ya ha adelantado que «ni cabe admitir el poder de sustitución sin más, como se ha hecho en Italia, ni tampoco negarse a su utilización por los jueces» (53). En consecuencia, no sólo debemos atemperar a nuestra situación las posibles soluciones foráneas, sino que hemos de argumentar, en base a principios propios, la justificación y los límites de lo que viene en llamarse poder de sustitución. Y hay que decir que, como es de sobra conocido, existen ya entre nosotros supuestos en los que los Tribunales han impuesto una obligación de hacer a la Administración (54), así como sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha dado entrada inequívoca a muy amplias facultades de los órganos judiciales (55).

2. LA PLENITUD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS FACULTADES QUE DICHA PLENITUD ATRIBUYE A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN RELACIÓN CON LOS CONCURSOS Y OPOSICIONES

En relación con las propuestas de las Comisiones en los concursos y oposiciones, el llamado poder de sustitución, que ahora mismo veremos que no es tal, no se manifiesta en la fase de la ejecución de sentencias, es decir, con ocasión del incumplimiento por parte de la Administración de lo mandado en una resolución judicial, sino en un momento anterior. De lo que se trata en este caso es de determinar si los órganos jurisdiccionales pueden o no modificar aquellas propuestas y,

(53) «Las exigencias constitucionales...», *op. cit.*

(54) Véase, por ejemplo, el Auto de 13, de marzo, de 1986, comentado por Ignacio BORRAJO INIESTA, «Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones públicas», *R.E.D.A.*, núm. 53, pp. 69 y ss.

(55) Por ejemplo, la citada Sentencia 148/1989, de 21 de septiembre, en la que se recoge un resumen de la evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia. Las sentencias, en cualquier caso, son ya muy numerosas.

por tanto, las resoluciones que los órganos administrativos correspondientes adopten en base a las mismas (por ejemplo, el nombramiento como funcionario de la persona seleccionada y propuesta por la Comisión).

Ya hemos visto cómo existen argumentos más que sobrados para dismantelar la vieja idea de la soberanía de las Comisiones. Sus decisiones, como cualquier acto administrativo, son recurribles en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de la Jurisdicción. Y es precisamente la posibilidad de este control, control pleno de la legalidad de toda la actuación administrativa, donde se encuentra el fundamento de las facultades del juez. No hemos de acudir, por tanto, al expediente del poder de sustitución para explicar porqué los jueces pueden revocar las resoluciones de los concursos y oposiciones, sino a la facultad y deber que tienen de controlar sin límites la adecuación a la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 de la Constitución). Es decir, cuando un Tribunal de justicia decide revisar un concurso u oposición, pudiendo, incluso, modificar su resultado, no está sustituyendo a la Administración, no está en absoluto ejerciendo facultades de administrar que no le corresponden. Muy al contrario, lo que está haciendo es cumplir con su función de control jurisdiccional tal como dispone la Constitución. Esta no permite que el juez *ocupe el lugar de la Administración*, que es en definitiva lo que implica toda sustitución, pero sí permite, sin género de dudas, y aun exige, que los Tribunales velen por la legalidad administrativa, utilizando para ello cuantas facultades puedan legítimamente hacer valer. Por ello, cuando un juez consiera que, de acuerdo a criterios de legalidad, ha de anular el nombramiento de un funcionario, debe hacerlo, y si cuenta con elementos de juicio suficientes como para estimar que la legalidad impone el nombramiento de un tercero, podrá efectivamente condenar a la Administración a que nombre a ese tercero. No está, repito, sustituyendo a la Administración. No está hurtando su responsabilidad (56). Está, simplemente, haciendo cumplir la legalidad y con ello el mandato constitucional que vincula a los jueces y Tribunales y que les obliga a tomar conciencia de la existencia de facultades que ya se encontraban latentes en la Ley de la Jurisdicción en conexión con la de Enjuiciamiento Civil, pero que ahora no pueden ignorar (57).

(56) En realidad, de este modo no estaríamos ante «exceso en la utilización de los poderes jurisdiccionales», pues, repito, no hay sustitución «lisa y llana» de los órganos técnicos, sino cabal cumplimiento de las funciones jurisdiccionales. *Vid.*, críticamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia...*, *op. cit.*, p. 55 (de donde es el entrecomillado) y S. MUÑOZ MACHADO, *Reserva de jurisdicción*, *op. cit.*, p. 108.

(57) Ya tuve ocasión de llamar la atención sobre esta necesaria toma de conciencia por parte de jueces y Tribunales en relación con sus facultades para ejecutar las sentencias contencioso-administrativas, y reitero una vez más las nuevas responsabilidades que deben asumir tras la aprobación de la Constitución: «Jurisprudencia Constitucional sobre la posición de los jueces

Y he de señalar que ya el propio Tribunal Constitucional nos ha ofrecido algún ejemplo de sentencia en la que se impone a la Administración la obligación de nombrar funcionario a una determinada persona distinta de la que en principio lo había sido. En efecto, la Sentencia ya citada 193/1987, de 9 de diciembre, fruto de un recurso de amparo en relación con la resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionario, establece en su último fundamento jurídico:

«Por lo que respecta al alcance del fallo, hay que destacar... que debe contener una declaración de nulidad no sólo de la orden ministerial impugnada, sino también de la propuesta del Ayuntamiento de León que aquélla vino a aceptar, si bien, en aras del principio de economía procesal no deben retrotraerse las actuaciones al momento anterior al que dicha propuesta se produjo, previa la correspondiente deliberación por el Pleno de la Corporación Municipal, ya que el derecho fundamental vulnerado queda plenamente restablecido con la *publicación de una nueva orden ministerial nombrando Secretario del Ayuntamiento de León al ahora demandante de amparo, que fue quien, de acuerdo al baremo reglamentariamente establecido, obtuvo la mayor puntuación entre los aspirantes a dicha plaza*».

En línea directa con lo anterior, el fallo del Tribunal Constitucional es contundente: «Reconocer el derecho al solicitante de amparo a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos establecido en el artículo 23.2 de la Constitución y, en concreto, *a ser nombrado Secretario del Ayuntamiento de León en virtud del concurso de traslado resuelto por la orden ministerial anulada*».

Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al estimar que no era procedente la resolución por la que se acordaba suspender el período de prácticas a un aspirante a ingreso a la función pública, dictó sentencia en virtud de la cual se ordenaba el nombramiento como funcionario del recurrente, con efectos desde el momento en que debía haber sido nombrado si se le hubiese aprobado en las pruebas (58).

Repito que lo anterior no es sustituir a la Administración. No se usurpan sus funciones, simplemente se ejercen con plenitud las funciones jurisdiccionales que la Constitución reserva a los jueces y Tri-

y la Administración en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Documentación Administrativa*, núm. 209, pp. 162 y ss.

(58) La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984 (R.Ar. 1114) anuló por vicios de forma el procedimiento selectivo y dispuso «la designación de la demandante para la repetida plaza pretendida preferentemente.».

bunales, todo ello de acuerdo a la superación, en los términos que hemos visto, del dogma hoy inconsistente de la soberanía de las Comisiones de concursos y oposiciones.

ANEXO. RELACION DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1981 A 1989) Y DEL TRIBUNAL SUPREMO (1986 A 1989) SOBRE CONCURSOS Y OPOSICIONES QUE SE HAN CONSULTADO (ordenadas cronológicamente)

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1981

1. STC 42/1981, 22 diciembre 1981. Rec. inconst. Ley catalana 3/81, de 22 de abril, sobre Bibliotecas. Igualdad. Titulación exigida para acceso a función pública. Una norma diferenciadora no es violatoria del principio de igualdad «siempre que la diferencia impuesta en razón de la capacitación técnica sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general» (F. J. 4).

1982

2. STC 5/1982, 8 febrero. Rec. Inconst. Ley catalana 4/81, de 4 de junio, de medidas urgentes sobre la función pública. Vías de acceso a la función pública adecuadas a los principios básicos de la legislación estatal. Contratación administrativa como vía excepcional. (F. J. 2).

3. STC 54/1982, 26 de julio. Conflicto positivo. Decreto catalán 346/81, de 10 de septiembre, por el que se determinan las funciones a realizar por el personal con categoría de administrativo y se amplía la escala de puestos de trabajo de la Generalidad, añadiendo la categoría de auxiliar administrativo. Niveles de titulación y años de servicio como criterios para determinar el mérito y capacidad. (F. J. 4).

1983

4. STC 25/1983, 7 de abril. Conflictos positivos. Normas estatales sobre régimen de concursos de traslados de funcionarios de Cuerpos Nacionales de Administración Local. Concursos nacionales. Igualdad de oportunidades y valoración objetiva de méritos. Normas básicas. (F. J. 4).

5. STC 39/1983, 17 mayo. Amparo. Límites del control jurisdiccional. «Cuestiones de índole estrictamente técnica». Ascenso de oficial de Marina. (F. J. 3 y 4).

6. STC 75/1983, 3 agosto. Cuestión inconst. Decreto 166/1960, Ley especial para el Municipio de Barcelona. Artículo 28.2. Edad máxima de sesenta años para acceso a determinados puestos. Igualdad. Definición objetiva y general de condiciones. Voto particular (de cinco Magistrados): La igualdad prevalece sobre la eficacia. La Ley a que se refiere el artículo 23 de la Constitución encuentra sus límites en la propia Constitución. (F. J. 6 y voto particular).

7. STC 76/1983, 5 agosto. LOAPA. Lenguas autonómicas. Mérito para la provisión de vacantes (pero no obligación individual de conocerlas). Derecho a usar la lengua autonómica. Prohibición transitoria a las Comunidades Autónomas de celebrar pruebas restringidas de ingreso que impliquen derecho preferente para personal contratado. (F. J. 42 y 44).

8. STC 85/1983, 25 octubre. Conflicto positivo. Real Decreto 712/1982, de 2 de abril, sobre procedimiento de ingreso en la función pública local. La reglamentación de la publicación de la convocatoria («que debe servir al objetivo de provocar la concurrencia y facilitar la divulgación») y de la composición de los Tribunales para el acceso a la función pública local (siempre que se garantice la capacidad de sus miembros y su nivel de preparación, con presencia local) no tiene que ser uniforme y única para todo el Estado. (F. J. 8).

1985

9. STC 82/1985, 5 julio. Amparo. El acto de la convocatoria es un acto general, no normativo. Emplazamiento personal. (F. J. 3).

10. STC 108/1985, 8 octubre. Amparo. Naturaleza de la convocatoria y de actos de un concurso: acto plúrimo.(F. J. 8).

1986

11. STC 50/1986, 23 abril. Amparo. Convocatoria en turno restringido. Igualdad. Artículo 14 y artículo 23.2. Diferencia de requisitos o condiciones para acceder a cargo o función públicos. Artículo 23.2: otorga un derecho de carácter puramente reaccional. Impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad. Libertad del legislador y la Administración para dotar de contenido a dichos conceptos indeterminados. (F. J. 3 y 4).

12. STC 82/1986, 26 junio. Rec. Inconst. Ley vasca 10/1982, de 24 de noviembre. Normalización del uso del euskera. «Nada se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionarios o que, en general, se considere como un mérito entre otros... el nivel de conocimiento de las mismas: bien entendido que todo ello ha de hacerse dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la CE, y sin que en la aplicación del precepto legal en cuestión se produzca discriminación» (F. J. 14).

13. STC 83/1986, 26 junio. Rec. Inconst. Ley catalana 7/1983, de 18 de abril, de Normalización lingüística en Cataluña.

14. STC 84/1986, 26 junio. Rec. Inconst. Ley gallega 3/1983, de 15 de junio, de Normalización lingüística.

15. STC 148/1986, 25 noviembre. Amparo. Integración de Profs. Agregados en cuerpo de Catedráticos. Derecho al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Principios de mérito y capacidad. «La resolución del procedimiento de selección habrá de guiarse sólo por aquellos criterios». STC 50/1986. (F. J. 6, 7 y 8).

1987

16. STC 18/1987, 16 febrero. Amparo. Nombramiento de empleado de la Caja Postal de Ahorros. El artículo 23.2 Const. prohíbe que «las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicos se establezcan, no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individuales y concretas». (F. J. 6).

17. STC 26/1987, 27 febrero. Rec. Inconst. Ley de Reforma Universitaria. Composición de las Comisiones encargadas de resolver los concursos. El respecto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 Const. y 41.1 LRU) requiere que «las áreas de conocimiento a efectos de la designación de los miembros de las Comisiones encargados de resolver los concursos sean homogéneas respecto a las plazas objeto del concurso» (F. J. 12.3.a). Composición de las Comisiones en los concursos de traslados (F. J. 12.5.c). Control sobre la resolución de los concursos: «regulado el sistema de recursos de manera adecuada a la autonomía de las Universidades en los dos primeros apartados del artículo 43 LRU, se rompe este sistema sin justificación alguna en el apartado 3.º a través de una revisión de lo resuelto por la Comisión que, presidida por el Rector, prevé el apartado 2.º con composición estrictamente universitaria. La revisión de esta decisión por el Consejo de Universidades... supone una subordinación contraria a la autonomía universitaria. La exigencia que el artículo 41.1 de

la LRU impone a la resolución de todos los concursos y el control jurisdiccional a que dichas resoluciones quedan sometidas, son garantías suficientes que no precisan la revisión administrativa y extrauniversitaria que establece este precepto» (F. J. 6). Pruebas de idoneidad: «las garantías que establece el artículo 41 de la LRU para la resolución de los concursos de acceso al profesorado y aquellos preceptos constitucionales con los que concuerda (arts. 23.2 y 103.3), han de aplicarse también a las pruebas de idoneidad... y dichas garantías, revisables ante el orden jurisdiccional competente, podrían corregir los casos concretos en que se produjera la discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución...» (F. J. 14.b).

18. Auto 437/1987, 8 abril. Inadmisión amparo. Igualdad. Lenguas autonómicas. «Peso» de la prueba de euskera.

19. STC 84/1987, 29 mayo. Amparo. El artículo 23.2 Const. especifica el derecho a la igualdad regulado en el artículo 14 (SSTC 75/83, 50/86 148/86 entre otras) (F. J. 1). No es lo mismo reingreso en servicio activo que provisión de puesto de trabajo mediante concurso de traslado (F. J. 3).

20. STC 99/1987, 11 junio. Rec. Inconst. Ley 30/84, de medidas para la reforma de la función pública. En el concepto «régimen estatutario» ha de entenderse comprendida la normación relativa al «modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública» (F. J. 3.c y d). «La decisión sobre la convocatoria de pruebas y concursos para el ingreso en Cuerpos o Escalas administrativas o para el traslado de quienes sean ya funcionarios entra, sin duda, en la función ejecutiva y de dirección de la Administración del Estado que al Gobierno le cumple (art. 97 Const.), en el bien entendido de que estas autorizaciones legislativas para la convocatoria de pruebas y concursos unitarios no podrá afectar, so pena de contrariar la *ratio* misma de las previsiones que se consideran, sino a Cuerpos homogéneos, que muestren afinidades bastantes como para justificar la adopción por el Gobierno de las medidas aquí contempladas» (F. J. 3.d).

21. STC 193/1987, 9 diciembre. Amparo. Importante. «La resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionarios ha de hacerse de acuerdo a un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante..., conforme establece el artículo 103.3 de la Const.» (F. J. 4). Se produce desigualdad «al romperse la necesaria relación recíproca entre el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, consa-

grado en el artículo 23.2 de la Const., y los principios de mérito y capacidad que deben regir dicho acceso, tal como se afirma en el artículo 103.3..., según han declarado, entre otras, las SSTC 75/83 y 50 y 148 de 1986. Relación recíproca que una interpretación sistemática no puede desconocer y que autoriza a concluir que el artículo 23.2 impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una desigualdad entre españoles (STC 50/1986). El artículo 23.2 introduce, así, un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el artículo 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra. Por consiguiente, en la resolución de los procedimientos de selección para ocupar un puesto integrado en la función pública, los órganos y autoridades competentes deben guiarse exclusivamente por aquellos criterios de mérito y capacidad (STC 148/1986, citada), incurriendo en infracción del mencionado precepto constitucional si tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos, no referidos a dichos criterios» (F. J. 5). «Por lo que respecta al alcance del fallo... en aras del principio de economía procesal... el derecho fundamental vulnerado queda plenamente restablecido con la publicación de una nueva orden ministerial nombrando Secretario del Ayuntamiento de León al ahora demandante de amparo, que fue quien, de acuerdo con el baremo reglamentariamente establecido, obtuvo la mayor puntuación entre los aspirantes a dicha plaza» (F. J. 7).

1988

22. STC 15/1988, 10 febrero. Amparo. Sistema general establecido por el Estado y las Comunidades Autónomas para coordinar los concursos de traslados de funcionarios docentes en destino provisional o pendientes de primer destino.

1989

23. STC 67/1989, 18 abril. Amparo. Igualdad. «Mochila». Concurso-oposición. Valoración como mérito en fase de concurso de únicamente los servicios prestados. «El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos... que ha de ponerse en conexión con

los principios de mérito y capacidad (STC 193/1987)... se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad...» (F. J. 1). Del artículo 23.2 de la Const. «deriva el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas (STC 50/1986). Ello significa dar relevancia constitucional a un criterio que había venido siendo exigido por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, desde la muy conocida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1971, que aplicó la teoría de la desviación de poder a un concurso establecido con el preconcebido propósito de nombrar a determinada persona. De ahí que se exija que los requisitos o méritos se establezcan con carácter general (STC 42/1981), siendo constitucionalmente inaceptable que se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas (STC 148/1986). Lo que el artículo 23.2 de la Const. Española prohíbe es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de las funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos sino mediante referencias individuales y concretas (STC 18/1987)... La posibilidad de determinación de las personas que reúnen esas condiciones establecidas genéricamente en aplicación del principio constitucional del mérito, no significa referencia individualizada y concreta, pues esa determinabilidad de personas podía darse siempre también en relación con cualquier otro mérito valorable... La consideración como mérito de la antigüedad en un empleo o función no podría considerarse como referencia individualizada y concreta, de por sí lesiva, de derecho a la igualdad» (F. J. 2). «Se plantea si es contrario al artículo 23.2 de la Const. el no valorar en la fase de concurso otro mérito que el de la antigüedad... Ello por sí solo no es en modo alguno contrario a los preceptos de la Constitución» (F. J. 3). «Problema distinto es el de si la ponderación de ese único mérito valorable ha sido tan desproporcionada e irracional que ha podido desconocer el derecho de igualdad» (F. J. 4). Se impugna también que los puntos obtenidos en la fase de concurso puedan computarse también en la fase de oposición, es decir, el sistema llamado de la «mochila». Las SSTS de 4 de marzo, 16 de mayo y 8 de junio de 1987 estimaron que no vulneraba el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos. «El que la decisión tenga su origen en un acuerdo de la Comisión Regional de la función pública..., el que se hayan se-

guido las pautas de otras convocatorias del Estado o de otras Comunidades Autónomas, y que éstas, a su vez, no hayan sido anuladas por la jurisdicción contencioso-administrativa no son razones suficientes para impedir que la decisión en sí misma pueda ser considerada contraria al artículo 23.2 de la Constitución... La convocatoria impugnada consigue así el mismo efecto práctico de concesión de ventajas y privilegios y de restricción de competencia «externa» que perseguía la práctica de pruebas restringidas para el acceso a la función pública, que fue suprimida por la legislación estatal y también por la propia Ley de la Función Pública extremeña... Esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia o no de un período previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad...» (F. J. 5). «Sin embargo, para satisfacer la pretensión del solicitante de amparo de poder realizar las correspondientes pruebas selectivas en condiciones de igualdad, debe dársele la oportunidad de concurrir a ellas con unas bases que no sean contrarias a ese derecho. Ello supone la necesidad de realizar una nueva convocatoria y anular, en consecuencia, en su totalidad la orden impugnada... La nulidad de dicha convocatoria supone de por sí la de todas las actuaciones o actos realizados a partir de la propia convocatoria... Corresponde en todo caso a la Administración autonómica, en la nueva convocatoria que realice del concurso oposición, el tomar en consideración la situación de estos opositores y sus correspondientes calificaciones» (F. J. 6).

24. STC 146/1989, 21 septiembre. Conflicto positivo. Concursos para la provisión de plazas de Cuerpos Docentes Universitarios. «Una vez establecido el sistema funcional de los Cuerpos Docentes universitarios en el artículo 33 de la LRU... es inherente a este sistema la existencia de un régimen uniforme de acceso y selección del profesorado en todas las Universidades. Porque si bien inicialmente son funcionarios de la Universidad para la que son nombrados, ello no impide su traslado a otras Universidades mediante los concursos de méritos regulados por la Ley» (STC 26/1987, F. J. 12). (F. J. 2).

25. STC 148/1989, 21 septiembre. Amparo. Ejecución de sentencias. Habilitación de funcionarios docentes. «La interpretación y aplicación del fallo de la Sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (art. 3 CC.) y en armonía con el todo que constituye la Sentencia» (F. J. 4). «Lo sucedido es dejar a una parte —la Administración— no sólo el cumplimiento (de lo que es natural destinataria), sino la ejecución propiamente dicha de la Sentencia, función que... es exclusiva de la Jurisdicción... La naturaleza, pues, del derecho que se trata de hacer cumplir en la esfera de la realidad jurídico-administrativa no se agota en su propia declaración, como si de un derecho nominal

o *flatus vocis* se tratara, sino que postula, por su esencia y contenido, una realización o cumplimiento, de lo cual el mismo Tribunal ejecutor ha de cuidar, como dispensador de la tutela judicial *inter partes*. No se trata, por supuesto de que sea dicho Tribunal el que —asumiendo una función administrativa que no le compete— haya de realizar los oportunos nombramientos, establecer la situación escalafonaria o fijar los derechos económicos, pues es claro que corresponde a la Administración examinar y comprobar si se dan o no los requisitos legalmente exigidos,... para acordar la integración efectiva de los recurrentes en el Cuerpo estatal; entendiéndose que, caso de discrepancia entre todos o algunos de los interesados y la Administración sobre la apreciación de aquellos requisitos, ha de ser la Audiencia o Sala Sentenciadora la que deba velar, tras el trámite incidental adecuado..., oyendo a las partes, y, en su caso, con práctica de prueba, acerca del efectivo cumplimiento de la Sentencia» (F. J. 7).

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1986

1. STS 4 de diciembre 1985. R.Ar. 981. Composición de Tribunal.
2. STS 17 de febrero 1986. R.Ar. 1589. Igualdad. Carácter excepcional de contratados.
3. STS 22 de febrero 1986. R.Ar. 2173. Igualdad. Desviación de poder.
4. STS 1 de marzo 1986. R.Ar. 2296. Lenguas. Igualdad.
5. STS 11 de abril 1986. R.Ar. 1879. Designación de Profesor ayudante.
6. STS 14 de abril 1986. R.Ar. 1994. Principios de mérito y capacidad.
7. STS 28 de mayo 1986. R.Ar. 3010. Profesores Agregados de Escuela Universitaria.
8. STS 11 de junio 1986. R.Ar. 3237. Desviación de poder. Inecesaria impugnación previa de las bases.
9. STS 30 de junio 1986. R.Ar. 3310. Desviación de poder. Inexistencia de arbitrariedad.
10. STS 27 de junio 1986. R.Ar. 4900. Discrecionalidad técnica. Desviación de poder.
11. STS 7 de julio 1986. R.Ar. 3856. Valoración de méritos. Baremo.
12. STS 11 de julio 1986. R.Ar. 4349. Igualdad. Reglamento de Provisión de puestos de trabajo de 9 dic. 1985.

13. STS 11 de julio 1986. R.Ar. 5053. Igualdad. Carácter excepcional contratados. Publicación convocatorias. Lenguas.
14. STS 23 julio 1986. R.Ar. 5555. Id. que núm. 14.
15. STS 6 octubre 1986. R.Ar. 5253. Agregados de Escuelas Universitarias. Acceso al Cuerpo de Catedráticos.
16. STS 17 octubre 1986. R.Ar. 5347. Id. que núm. 16.
17. STS 20 octubre 1986. R.Ar. 6563. Id. que núm. 14.
18. STS 28 octubre 1986. R.Ar. 7718. Id. que núm. 14.
19. STS 29 octubre 1986. R.Ar. 7727. Id. que núm. 14.
20. STS 10 noviembre 1986. R.Ar. 6135. Desviación de poder. Concurso de méritos.
21. STS 12 noviembre 1986. R.Ar. 6193. Catedráticos y Profesores de Escuelas Universitarias. Profesores de Universidades no estatales. Igualdad.
22. STS 14 noviembre 1986. R.Ar. 6144. Id. que núm. 12.
23. STS 9 diciembre 1986. R.Ar. 7212. Valoración de méritos. Baremo. Desviación de poder. Semejante a núms. 12 y 23.
24. STS 5 diciembre 1986. R.Ar. 996/1987. Id. que núm. 14.
25. STS 10 diciembre 1986. R.Ar. 1033/1987. Nombramiento miembro de Comisión Tribunal Administración local.
26. STS 17 diciembre 1986. R.Ar. 7471. Pruebas de idoneidad. Recurso en interés de Ley. Límite del control jurisdiccional. Revisión de la doctrina de sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia.

1987

27. STS 30 enero 1987. R.Ar. 282. Valoración de méritos. Baremo. Id. que 12.
28. STS 6 febrero 1987. R.Ar. 569. Control de las titulaciones exigidas.
29. STS 6 febrero 1987. R.Ar. 2745. Id. que núm. 14.
30. STS 23 febrero 1987. R.Ar. 610. Titulaciones. Id. que 29.
31. STS 4 marzo 1987. R.Ar. 1451. Bonificación a contratados e interinos. Igualdad.
32. STS 18 marzo 1987. R.Ar. 3635. Id. que núm. 14.
33. STS 18 marzo 1987. R.Ar. 3636. Id. que núm. 14.
34. STS 18 marzo 1987. R.Ar. 3637. Id. que núm. 14.
35. STS 24 marzo 1987. R.Ar. 3638. Id. que núm. 14, pero sin hacer referencia a las lenguas.
36. STS 30 marzo 1987. R.Ar. 3640. Id. que núm. 14.
37. STS 8 abril 1987. R.Ar. 2872. Baremos. Discrecionalidad de la Administración en la ponderación de la antigüedad. Semejante a núm. 12.

38. STS 8 mayo 1987. R.Ar. 3284. Acceso a pruebas de idoneidad.
39. STS 29 mayo 1987. R.Ar. 3842. Requisitos y titulación exigida para el acceso a la función pública.
40. STS 29 junio 1987. R.Ar. 4412. Causas de incapacidad para participar en pruebas de concurso-oposición.
41. STS 12 septiembre 1987. R.Ar. 6606. Bonificación a contratados e interinos. Igualdad. Id. que núm. 32.
41. bis. STS 28 septiembre 1987. R.Ar. 6175. Profesores de la Universidad de la Iglesia.
42. STS 5 octubre 1987. R.Ar. 6697. Desviación de poder. Ascensos militares.
43. STS 13 octubre 1987. R.Ar. 8653. Igualdad. Valoración del conocimiento de lengua autonómica.
44. STS 16 diciembre 1987. R.Ar. 9666. Lenguas. Doctrina general. Igualdad. Doctrina constitucional.
45. STS 22 diciembre 1987. R.Ar. 9601. Bonificación a contratados e interinos. Id. que núm. 32.
46. STS 23 diciembre 1987. R.Ar. 9704. Lenguas autonómicas. Igualdad. Semejante a 44.

1988

47. STS 29 enero 1988. R.Ar. 378. Profesores de la Universidad de la Iglesia. Semejante a 41 bis.
48. STS 2 febrero 1988. R.Ar. 1154. Valoración de méritos. Baremos. Id. que núm. 12.
49. STS 9 marzo 1988. R.Ar. 1818. Opción entre turno libre o turno restringido.
50. STS 6 abril 1988. R.Ar. 2622. Igualdad. Baremos. Ser natural o residente en la Comunidad Autónoma y conocer la lengua autonómica.
51. STS 18 abril 1988. R.Ar. 3350. Desviación de poder. «Conveniencias del servicio».
52. STS 18 abril 1988. R.Ar. 3353. Imposible impugnación posterior de bases de convocatoria previamente aceptadas.
53. STS 7 mayo 1988. R.Ar. 4062. Contratados: carácter excepcional. Publicación de la convocatoria. Semejante a 14.
54. STS 12 mayo 1988. R.Ar. 4063. Semejante a 53 y 14.
55. STS 20 mayo 1988. R.Ar. 4189. Admisión a pruebas de idoneidad.
56. STS 8 junio 1988. R.Ar. 4541. Pruebas idoneidad. Revocación acuerdos de la Comisión. Semejante a 27.
57. STS 13 junio 1988. R.Ar. 4617. Desviación de poder. Idoneidad. Adecuada composición de la Comisión.

58. STS 15 junio 1988. R.Ar. 4385. Baremos. Méritos acreditados, incluidos o no en la convocatoria.

58 bis. STS 16 junio de 1988. R.Ar. 4784. Pruebas de idoneidad. Sala de revisión.

59. STS 8 junio 1988. R.Ar. 5615. Principios de igualdad, mérito y capacidad. No son discrecionales. Título de Doctor y situación de parado.

60. STS 15 junio 1988. R.Ar. 5629. Oposición cuando no hay personal para presentarse a concurso de traslados.

61. STS 18 julio 1988. R.Ar. 5639. Idoneidad. Semejante a 27.

62. STS 19 de julio 1988. R.Ar. 5663. Idoneidad. No nombramiento de otra Comisión. La inicial debe evaluar de nuevo los méritos.

63. STS 23 septiembre 1988. R.Ar. 7304. Idoneidad. Profesor de Universidad de Navarra (no estatal). Debe ser admitido a las pruebas.

64. STS 28 de septiembre 1988. R.Ar. 6833. Concurso de acceso. Cómputo de servicios prestados.

65. STS 30 septiembre 1988. R.Ar. 6954. Desviación de poder. Contratación de profesores de Universidad.

66. STS 2 diciembre 1988. R.Ar. 9311. Desviación de poder Recomendados.

67. STS 14 diciembre 1988. R.Ar. 9392. Pruebas de idoneidad. Control técnico y control de legalidad.

68. STS 15 diciembre 1988. R.Ar. 9400. Pruebas de idoneidad. Valoración y sustitución de la Comisión.

69. STS 23 diciembre 1988. R.Ar. 9703. Pruebas de idoneidad. Profesores de Escuela Universitaria no estatal.

70. STS 29 diciembre 1988. R.Ar. 9718. Pruebas de idoneidad. Valoración y sustitución de la Comisión.

1989

71. STS 23 enero 1989. R.Ar. 222. Desviación de poder. Apreciado por la sentencia apelada, que es revocada.

72. STS 27 enero 1989. R.Ar. 363. Pruebas de idoneidad. Juicio de la Comisión suficientemente razonado.

73. STS 31 enero 1989. R.Ar. 414. Libertad de valoración técnica de la Comisión. Concurso declarado desierto.

74. STS 7 febrero 1989. R.Ar. 1023. Lenguas autonómicas. Valoración como mérito.

75. STS 21 febrero 1989. R.Ar. 1381. Profesor Encargado de Curso. Valoración de los méritos.

76. STS 16 marzo 1989. R.Ar. 2102. Pruebas de idoneidad. Igual doctrina que 27.

77. STS 21 marzo 1989. R.Ar. 2119. Igualdad. Doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Profesor Ayudante. Baremos.

78. STS 21 marzo 1989. R.Ar. 2396. Desviación de poder. Necesidad de indicar condiciones en la convocatoria.

79. STS 16 mayo 1989. R.Ar. 3693. Desviación de poder. Libre designación. «Autopropuesta».

80. STS 24 mayo 1989. R.Ar. 4465. Desviación de poder. Redacción de cláusula del baremo.

81. STS 24 mayo 1989. R.Ar. 3907. Baremo de méritos que viola o desconoce requisitos de mérito y capacidad en la igualdad de acceso.

82. STS 28 mayo 1989. R.Ar. 3915. Legitimación. Título exigible en convocatoria.

83. STS 8 junio 1989. R.Ar. 4365. Pruebas de idoneidad. Profesor de Universidad de la Iglesia.

84. STS 13 junio 1989. R.Ar. 4406. Composición de Tribunales de concurso-oposición. Igualdad.

85. STS 7 julio 1989. R.Ar. 5337. Provisión mediante concurso. Titulación exigida.

86. STS 14 septiembre 1989. R.Ar. 6340. Desviación de poder.

87. STS 26 septiembre 1989. R.Ar. 6504. Legitimación. Más aprobados que plazas. Declaración de invalidez de actos producidos por Comisión calificadora. Propuestas de la Comisión: vinculan pero pueden ser revisadas. Igualdad sólo dentro de la legalidad.

88. STS 28 septiembre 1989. R.Ar. 6374. Pruebas de idoneidad. Misma doctrina que 27.

89. STS 4 octubre 1989. R.Ar. 6841. «Mochila». Doctrina de la STC 67/1989, de 18 de abril.

90. STS 5 octubre 1989. R.Ar. 6843. Pruebas de idoneidad. Conservación de actuaciones correspondientes a quienes superaron las pruebas.

91. STS 5 octubre 1989. R.Ar. 6844. Id. que 90.

92. STS 5 octubre 1989. R.Ar. 6848. Importante: Distinción entre discrecionalidad técnica y no técnica. Imposible sustitución de la valoración de la Comisión por carecer de los elementos suficientes. Principios de mérito y capacidad. Funcionarios en prácticas. Defectos formales que dan lugar a la anulabilidad.

93. STS 19 octubre 1989. R.Ar. 6983. Pruebas de idoneidad. Nulidad de acuerdos de la Comisión Calificadora.

94. STS 26 octubre 1989. R.Ar. 7246. Pruebas de idoneidad. Límites del control. Actividad intelectual de la Comisión.

95. STS 27 octubre 1989. R.Ar. 7014. Nombramiento miembro Tribunal. Igual que 26.

96. STS 8 noviembre 1989. R.Ar. 7828. Pruebas de idoneidad. Tutela judicial efectiva. Prueba pericial. Procedencia del control jurisdiccional. Discrecionalidad técnica.

97. STS 8 noviembre 1989. R.Ar. 8089. Convocatoria de vacantes. Desviación de poder.

98. STS 14 noviembre 1989. R.Ar. 7978. Anula Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1984 por la que se desarrolla con carácter transitorio el Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, que regula los concursos para la provisión de plazas de cuerpos docentes.

99. STS 14 noviembre 1989. R.Ar. 8091. Pruebas de idoneidad. No revisión del acuerdo de la Comisión. Desviación de poder.

100. STS 20 noviembre 1989. R.Ar. 8311. Lenguas autonómicas. Supuestos en los que puede exigirse de forma obligatoria y eliminatória su conocimiento.

101. STS 24 noviembre 1989. R.Ar. 7838. Desviación de poder. Inexistencia. No impugnación de las bases.