

Nº 14
Segundo trimestre
2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 14. Junio 2018

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Socio Fundador de la Consultoría en Contratación Pública Jaime Pintos.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	9
-------------------------------	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE.

D. Ángel Cea Ayala	15
--------------------------	----

LA CONSIDERACIÓN DE ASPECTOS AMBIENTALES Y SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. RÉGIMEN DE SU NUEVA REGULACIÓN.

D ^a Purificación López Toledo	47
--	----

COMENTARIO DE SENTENCIAS

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN 6^a, 359/2018 DE 6 DE MARZO (REC. 4726/2016). CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

D ^a Antonia Gómez Díaz-Romo	101
--	-----

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2018. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 210/2016.

D ^a Belén López Donaire	125
--	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL

LAS UNIONES TEMPORALES DE PROVEEDORES (UTP) Y
LAS DIFICULTADES EXISTENTES EN TORNO A SU
IMPLEMENTACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
CHILENA.

D^a Natalia Francisca Cáceres Luarte 145

BASES DE PUBLICACIÓN183

EDITORIAL

La Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha creó el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno para garantizar los derechos de acceso a la información pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno en el ámbito de aplicación de aquella.

No obstante, la constitución efectiva del Consejo estaba pendiente del Reglamento que fuera aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha y se preveía que debería contener en todo caso, su estructura, competencias, organización y funcionamiento.

Pues bien, el pasado 29 de junio de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha el mencionado Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, lo que supone un hito importante en la decidida apuesta de nuestra Comunidad Autónoma por la transparencia y buen gobierno.

Ahora solamente queda desear que el mencionado órgano cuente con los medios personales y materiales para desarrollar sus importantes funciones, y especialmente que la elección de los miembros de la Comisión Ejecutiva recaiga en personas cualificadas en la materia que permitan impulsar este órgano en sus comienzos.

En efecto, estamos ante la puesta en marcha de un nuevo órgano, sus cimientos, y para ello no cabe duda que la correcta elección de las personas encargadas de ello va a ser esencial para su buen funcionamiento y devenir futuro, confiando plenamente que será así.

Por otro lado, resultará igualmente muy útil la labor que desarrolle la Comisión Consultiva del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno que se constituye como órgano colegiado de participación y consulta en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y como órgano de apoyo y asistencia a la Comisión Ejecutiva del Consejo. En ese sentido, resulta muy positivo y acertado el carácter transversal de los sujetos que pueden formar parte del mismo (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, entidades representativas de consumidores y usuarios o de los intereses económicos y sociales...). Por ello, esperamos que todas estas instituciones y entidades tengan una participación muy activa lo que redundará, sin duda, en todos los ciudadanos/as castellano manchegos.

En definitiva, deseamos todo lo mejor a las personas que formen parte del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno en esta nueva andadura en defensa de unos de los grandes principios del siglo XXI, la transparencia y el buen gobierno.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**COMENTARIOS DE
SENTENCIAS SENTENCIAS**

**“COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA
SALA TERCERA DEL TRIBUNAL
SUPREMO, SECCIÓN 6ª, 359/2018 DE 6
DE MARZO (REC. 4726/2016).
CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD
TÉCNICA”**

Dª Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-
La Mancha
Doctora en Derecho

SUMARIO:

- I-ANTECEDENTES**
- II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA**
- III- CUESTIONES JURÍDICAS**
- IV-CONCLUSIONES**

I. ANTECEDENTES

1º. La recurrente se presentó al concurso-oposición para cubrir cinco plazas del cuerpo de Letrados del Consejo General del Poder Judicial, convocado mediante acuerdo

de la Comisión Permanente de dicho órgano constitucional de 3 de febrero de 2015.

2º. Al último ejercicio, de carácter práctico, llegaron únicamente tres aspirantes, entre los que se hallaba la recurrente. Dicho ejercicio consistió en la resolución de un recurso administrativo y la redacción de un dictamen sobre un proyecto de reglamento.

3º. Con fecha 30 de diciembre de 2015, el Acta nº 14 del Tribunal Calificador fue publicada en la página web del CGPJ. En ella aparecían como aprobados los otros dos aspirantes. La recurrente no aprobó este último ejercicio.

4º. La recurrente solicitó acceso al expediente y a los exámenes de los tres aspirantes finales e interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por la Comisión Permanente del CGPJ, que confirmó la decisión del Tribunal Calificador.

5º. Frente a la desestimación del recurso de alzada interpuso el recurso contencioso administrativo 4726/2016 ante el Tribunal Supremo, que fue desestimado por la Sentencia 359/2018 de 6 de marzo, objeto del presente comentario.

La demanda interpuesta se sustentaba en tres motivos: falta de motivación, error manifiesto en la valoración del ejercicio de la recurrente e infracción del principio de igualdad y discriminación por razón de sexo, que supone la inversión de la carga de la prueba reconocida en el art. 60.7 de la LJCA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

Reproducimos los Fundamentos de Derecho Tercero a Quinto de la Sentencia, que desestiman el recurso:

“TERCERO.- Esta Sala ha examinado el expediente administrativo y, en particular, el Acta nº 14 del Tribunal Calificador. De la lectura de ésta última resulta que las páginas 9 a 14 de dicho documento se dedican exclusivamente a analizar críticamente las dos pruebas del último ejercicio de la recurrente, indicando sus errores y deficiencias. Una vez hecho el análisis, concluye diciendo: «Por todas estas razones, el Tribunal considera por unanimidad que no debe ser aprobada al no alcanzar la puntuación mínima exigida.»

A la vista de ello, no cabe afirmar que la decisión de no aprobar el último ejercicio de la recurrente carezca de motivación. Independientemente de que se esté de acuerdo o no con las valoraciones del Tribunal Calificador, es innegable que éste expresó pormenorizadamente las razones por las que consideró que las pruebas de la recurrente no satisfacían el mínimo exigible. Y al Acta nº 14 tuvo acceso la recurrente, por lo que no puede alegar falta de motivación.

Debe añadirse que la decisión fue adoptada por unanimidad de los miembros del Tribunal Calificador; algo que, en todo caso, indica que no se trató de una valoración dudosa o influida por consideraciones meramente subjetivas.

Y en cuanto a la falta de calificación numérica de su ejercicio, la verdad es que las bases del concurso-oposición no establecían que tal calificación numérica hubiera de darse a aquellos aspirantes que no superasen el mínimo exigible en cada ejercicio. En efecto, las bases se fijaron en el acuerdo del Pleno del CGPJ de 29 de mayo

de 2014, recogido en el expediente administrativo. Al tratar del tercer ejercicio, dispone textualmente: «La puntuación total de este ejercicio será de 40 puntos, y para su superación habrá de obtenerse una puntuación mayor a 20 puntos.» Nada más. De aquí sólo se sigue que para aprobar era necesario obtener más de 20 puntos, no que fuese preceptivo expresar la nota exacta otorgada a los candidatos que no superasen ese listón. No se trata sólo de que ello podría ser innecesariamente desagradable para el aspirante afectado, tal como se observa en el acto impugnado: se trata de que no es preciso dar una calificación numérica cuando las bases no lo exigen expresamente y, además, todos los miembros del Tribunal Calificador están de acuerdo en que el aspirante no satisface el mínimo exigible. La unanimidad misma de la decisión despeja cualquier sombra de duda a este respecto.

La conclusión de todo lo anterior es que el Tribunal Calificador no se desvió de las bases del concurso-oposición y que motivó suficientemente su decisión, por lo que carece de fundamento sostener que se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica.”

CUARTO.- Una vez sentado lo anterior, es claro que la alegación de error manifiesto no puede prosperar. El análisis comparado de su ejercicio con los de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición.

Ésta es una cuestión que –más allá del respeto a los límites de la discrecionalidad técnica, ya examinados- queda fuera del control jurisdiccional, por corresponder exclusivamente a los especialistas en el correspondiente sector de la ciencia o la técnica sobre el que verse el

proceso de selección. Ni siquiera en un caso como éste, en que el concurso-oposición trataba fundamentalmente de conocimientos jurídicos, podría esta Sala sin pecar de extralimitación aventurarse a revisar la valoración de quienes fueron llamados como expertos a valorar los ejercicios de los aspirantes.

QUINTO.- Tampoco es convincente, en fin, la alegación de que la recurrente ha sido víctima de un trato discriminatorio por razón de sexo, ni existe ninguna buena razón para sostener que es aquí aplicable la inversión de la carga de la prueba prevista en el último apartado del art. 60 de la Ley Jurisdiccional. En efecto, del expediente administrativo no resulta indicio alguno de que hubiera intención de favorecer a los varones sobre las mujeres en el concurso-oposición aquí considerado, ni de que la condición femenina de la recurrente tuviera algo que ver en el resultado del tercer ejercicio. Ni siquiera en el escrito de demanda se aporta algún dato que permita llegar a una conclusión de esa índole. Antes al contrario, la afirmación de que ha habido discriminación por razón de sexo es puramente apodíctica, por lo que no puede ser acogida. Y por ello mismo, a falta de algún indicio que objetivamente señale tal posibilidad, no procede aplicar la mencionada inversión de la carga de la prueba."

III. CUESTIONES JURÍDICAS

1. Control de la discrecionalidad

El control de la discrecionalidad técnica, se encuadra, en palabras de García De Enterría, en la “lucha contra las inmunidades del poder”. En el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica se ha producido una importante y constante evolución jurisprudencial¹ destinada a limitar la discrecionalidad al exclusivo núcleo esencial de la decisión, exigiendo la motivación del juicio técnico, para cumplir el mandato de los artículos 24 y 103 CE y 54 ley 30/1992 (actual 35 de la ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las AA.PP.) y permitiendo el control jurisdiccional de las decisiones de los órganos de selección, de conformidad con el art. 106 CE y la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal evolución ha sido ampliamente aplaudida por la doctrina especializada.²

La propia Sección 6ª del TS, que ha dictado la sentencia comentada, en la Sentencia de 3-11-2016, nº 2356/2016, rec. 2679/2015, con cita de otras muchas, recoge la evolución jurisprudencial del control de la

¹ Recogida en el *Vademécun de oposiciones y concursos*, CHAVES, JOSE RAMÓN, Ed. Amarante 2017.

²Entre otros muchos, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública* nº 196 (págs. 211 a 227); FERNÁNDEZ ESPINAR L.C: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista jurídica de Castilla y León* n.º 26, Valladolid, enero 2012; RIVERO ORTEGA, R: “¿Acaso existe discrecionalidad técnica? En virtud de la STS de 19 de julio de 2010”, en *Administración y Justicia. Liber amicorum FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN* (coord. por GARCÍA DE ENTERRÍA, E y ALONSO GARCÍA, R), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.

discrecionalidad técnica en su Fundamento de Derecho Segundo:

"...es preciso recordar la doctrina de esta Sala sobre la discrecionalidad técnica en procesos selectivos, representada, entre otras, por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, 2407/2014, de 4 de junio (rec. 376/2013), que contiene la evolución jurisprudencial en la materia. Así, señala esta sentencia que la jurisprudencia de la discrecionalidad técnica, procedente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, está caracterizada por «el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE), y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue.

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional (...)

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:

"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente

en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE ".

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

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

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

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SSTS de 28 de enero de 1992, recurso 17267/1990; de 11 de diciembre de 1995 recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002:

"(...) Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto

último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".

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

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponentes de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004), sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004); o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas (STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012)".»."

En el presente caso, se citaba en el recurso de alzada y en la demanda la jurisprudencia antecedente, y se alegaba que, del análisis de las Actas y de los ejercicios

de los tres aspirantes no era posible conocer cuáles habían sido los criterios cualitativos establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de los mismos, y muy especialmente, las exigencias inexcusables para obtener la puntuación mínima necesaria para el aprobado, tanto en lo relativo a cuestiones y datos del expediente sobre los que versaba el tercer ejercicio que deberían ser objeto de obligada mención por el aspirante en su escrito, como en la clase de respuestas que se considerarían aceptables sobre todas esas cuestiones o datos; ni la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto; ni por qué los ejercicios de cada uno de los aspirantes merecían el concreto nivel que exteriorizó la concreta puntuación aplicada y en la no puntuación de la demandante.

Afirmaba la demandante que, analizadas las Actas del Tribunal Calificador, no constaban los criterios previos de valoración cualitativa que se utilizaron para emitir el juicio técnico; ni se expresaba por qué la aplicación de esos criterios conducía al resultado individualizado que lleva a otorgar un 35 y un 26 a los aspirantes aprobados y considerar que su ejercicio no llega a la puntuación mínima, dejando tres plazas vacantes. Se otorga una puntuación global a los dos aspirantes aprobados, sin puntuación individualizada de cada miembro del Tribunal, ni de cada uno de los dos dictámenes que componían el tercer ejercicio y al ejercicio de la demandante no se le otorga ninguna puntuación, tan sólo se dice que no alcanza la puntuación mínima; se explican las razones del Tribunal para decidir que no alcanza dicha puntuación, sin que sean criterios previos aplicados por igual a todos los exámenes, sino crítica a sus dictámenes sin ninguna comparación con los de los otros dos aspirantes, en contra de la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que exigía una explicación de la motivación de las calificaciones cuando era requerida por el aspirante. Así, entre otras, la

sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, de 26-10-2015, rec. 2934/2014, en la que se afirma: *“El motivo ha de ser igualmente estimado. En efecto, ha de partirse de que en el presente caso, como la parte recurrente afirma, se producen una serie de defectos procedimentales en el proceso selectivo, como la ausencia de notas parciales de los miembros del Tribunal Calificador, solicitadas por la recurrente en su reclamación y recurso, con lo que, incluso en la tesis más favorable a la imposibilidad de controlar la discrecionalidad técnica estaríamos ante los aledaños del núcleo de la misma, la necesidad de motivar las calificaciones, máxime si se ha solicitado expresamente por quien se considera discriminado, produciéndose su indefensión al no poder comparar estas calificaciones con las de otros opositores, que el recurrente concreta nominalmente en los cinco aprobados con su mismo tema de examen. Igualmente la ausencia de criterios objetivos sobre la solución acordada por el Tribunal Calificador al caso práctico planteado, que el propio Tribunal dice que aplica según el acto de sesión de fecha 25 de enero de 2010; el modo de calcular la puntuación media; la aplicación concreta de los criterios de corrección a cada examen; o como dice la recurrente unas mínimas justificaciones o razonamientos que permitan conocer los motivos que llevaron a los miembros del Tribunal Calificador a dar las notas del segundo examen del proceso selectivo.”*

Frente a tales alegaciones, la sentencia TS 359/2018 ignora la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en cuanto al control de la discrecionalidad técnica, pero ni la cita, ni afirma que es un cambio de doctrina, ni justifica la razón de no aplicarla.

Así, considera que es suficiente motivación la crítica a un examen sin comparación con los otros, ya que la decisión fue tomada por unanimidad y avala que no sea necesario

otorgar nota, ya que las bases del concurso-oposición no establecían que tal calificación numérica hubiera de darse a aquellos aspirantes que no superasen el mínimo exigible en cada ejercicio.

Es sorprendente tal afirmación. La puntuación es la expresión de la valoración de su examen, impidiéndole a la demandante, ante su falta de calificación, conocer dicha valoración y el grado en que no ha cumplido con los requerimientos mínimos de forma que le permita revisarlo y discutirlo en su caso. Es evidente que no otorgar puntuación a la demandante genera indefensión, ya que, aunque acredite que alguno de los motivos citados para suspenderla incurren en evidente error, se le dice que no es suficiente para aprobar.

2. Comparación de los exámenes

El Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia comentada afirma que *El análisis comparado de su ejercicio con los de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición. Ésta es una cuestión que –más allá del respeto a los límites de la discrecionalidad técnica, ya examinados- queda fuera del control jurisdiccional, por corresponder exclusivamente a los especialistas en el correspondiente sector de la ciencia o la técnica sobre el que versa el proceso de selección. Ni siquiera en un caso como éste, en que el concurso-oposición trataba fundamentalmente de conocimientos jurídicos, podría esta Sala sin pecar de extralimitación aventurarse a revisar la valoración de quienes fueron llamados como expertos a valorar los ejercicios de los aspirantes.*

Es necesario leerlo varias veces para confirmar que, efectivamente, afirma que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, máximo órgano judicial del orden contencioso-administrativo, no puede, sin extralimitarse, ni siquiera cuando se trata de conocimientos jurídicos administrativos, revisar la valoración de quienes fueron llamados como expertos a valorar los ejercicios de los aspirantes, por ser una cuestión que queda fuera de control jurisdiccional.

Afirmar en un Estado de Derecho que hay decisiones de órganos administrativos fuera de control jurisdiccional, choca frontalmente con los arts. 9, 24, 103 y 106 de la Constitución. La Ley 29/1998, en su Exposición de motivos afirma que dicha ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho.

La STC 86/2004, de 10 de mayo, ya indicó que: Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de subrayar que «ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica» (STC 138/2000, de 29 de mayo, F. 4). Y es que «debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese "prudente y razonable" arbitrio, nunca "excesivo" (STC 48/1998; F. 7.a), "las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se

justifican en una 'presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación'. Una presunción iuris tantum, de ahí que siempre quepa desvirtuarla "si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado', entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993)" (STC 34/1995, F. 3)» (STC 73/1998, de 31 de marzo, F. 5).

El Tribunal Supremo, en esta controvertida sentencia, deja fuera de control jurisdiccional las decisiones discrecionales de los órganos de selección, incluso, en materias jurídicas, en una decisión que ha sido calificada de preocupante por José Ramón Chaves en su blog <https://delajusticia.com/> . Preocupante para ciudadanos, preocupante para opositores, preocupante para abogados y preocupante para jueces. La inseguridad jurídica no es buena y los ámbitos inmunes a control, tampoco.³

No existiendo criterios previos de valoración de los exámenes que se aplicaran por igual a todos los aspirantes, la demandante, en el recurso de alzada, y posteriormente en la demanda, realiza una comparación de los exámenes, para acreditar el error manifiesto en la calificación como suspenso de su ejercicio. En cambio, opta el CGPJ por negar la comparativa entre los exámenes aludiendo a que se trata de un criterio no establecido en las bases y no ofrece explicación alguna que justifique la nota asignada a los dos opositores

³ <https://delajusticia.com/2018/03/14/retroceso-del-supremo-en-el-control-de-la-discrecionalidad-tecnica/>

hombres, muy superior a los puntos mínimos exigidos, y que justifique por qué ni tan siquiera se ha puntuado a la demandante, excluyéndola de la lista de aprobados, y dejando tres plazas vacantes. La sentencia comentada confirma la actuación del CGPJ y afirma que *"El análisis comparado de su ejercicio con los de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición."*

Esta afirmación es contraria a la jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad antes citada. Así, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 31 julio 2014, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), que reconoce la facultad revisora de la decisión por el propio órgano judicial cuando se trata de cuestiones jurídicas de las que se conocen en el orden contencioso-administrativo y afirma que *"La jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad técnica, en especial la emanada en supuestos semejantes al presente [sentencias de 27 de enero de 2010 (RJ 2010, 1358) (recurso 34/2007) y de 1 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1955) (recurso 88/2007)], no es contraria a que se revise el proceder de dichos tribunales cuando las circunstancias acreditadas en el proceso pongan de manifiesto que sus decisiones incurren en error o son arbitrarias... Cabe, perfectamente, en aquellos casos en que se alegue error o arbitrariedad, por ejemplo, por no seguir el mismo criterio respecto de todos los aspirantes, lo cual, si se produce, supone, además, apartarse de las bases e introducir un trato desigual a los aspirantes."*

(...) *"La comparación entre el ejercicio del actor y los de los aspirantes que éste señaló podía hacerla por sí misma la Sala porque el caso práctico que constituyó el objeto del segundo ejercicio de la fase de oposición versaba sobre una materia jurídica de las que conoce el orden"*

jurisdiccional contencioso-administrativo y los integrantes de la misma estaban en condiciones de apreciar por sí mismos si existía o no la identidad afirmada por el Sr. Carlos desde el momento en que disponían de todos esos ejercicios.

...Ahora bien, cosa distinta es la existencia de criterios distintos con independencia de que se hayan debido a la diversa formación del tribunal calificador o a otra razón. Aquí el Sr. Carlos ha sostenido que efectivamente se le trató de modo diferente, estableció el término de comparación --los ejercicios de los otros aspirantes que identificó y respecto de los cuales puso de relieve las coincidencias con el suyo- - y, además, subrayó que la ausencia de todo razonamiento sobre la forma en que el tribunal calificador llegó a los veinticuatro puntos que le asignó, impidió saber dónde radicaban las posibles diferencias que pudieran explicar el distinto trato recibido."

La única forma de cumplir con la exigencia de igualdad derivada de los artículos 14 y 23 CE y de los Tratados internacionales, es comparar los exámenes aplicando los mismos criterios. No hacerlo, deja en la más absoluta indefensión a la recurrente.

3. Inversión de la carga de la prueba (art. 60.7 LJCA).

La demandante alegaba finalmente que se había producido una vulneración del derecho a la igualdad y discriminación por razón de sexo, afirmando que operaba la inversión de la carga de la prueba recogida en el art. 60.7 de la LJCA 29/1998, introducido por la Ley Orgánica 3/2007, que afirma que *"en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte*

actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad"

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, hoy absorbida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006.

De acuerdo con la jurisprudencia europea, la existencia de discriminación requiere un trato menos favorable respecto a otra persona que se halle en situación similar. Se requiere, por tanto, una «referencia comparativa»: es decir, una persona que se halle en circunstancias sustancialmente iguales y cuya principal diferencia respecto a la otra persona sea un «motivo protegido»

La discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, por lo que la prueba de la discriminación directa suele resultar difícil. En cualquier caso, los autores no siempre declaran que aplican un trato menos favorable a unas personas que otras, ni tampoco los motivos por los que lo hacen. Una mujer puede ser rechazada para un puesto indicando simplemente que está «menos cualificada» que el candidato masculino, en cuyo caso a la víctima le puede resultar difícil probar que ha sido objeto de una discriminación directa por razón de género.

Para compensar la dificultad de acreditar que una diferencia de trato se debe a un motivo protegido, la legislación europea contra la discriminación establece el reparto de la carga de la prueba, de modo que si el reclamante puede acreditar la existencia de unos hechos de los que pueda presumirse la existencia de una

discriminación, corresponderá al autor la carga de la prueba de su inexistencia.

Nuestra legislación nacional, garantiza la igualdad en el acceso a la función pública en los arts 14 y 23.2, y conforme a la LO 3/2007 y el art. 60.7 de la LJCA invierte la carga de la prueba en caso de que se alegue discriminación por razón de sexo.

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la regla procesal de inversión de la carga de la prueba por considerar que la invocación de la de la referida discriminación por sexo es una mera afirmación apodíctica, y que, por tanto, no resulta de aplicación la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 60.7 de la LJCA.

La Sala parece olvidar que para aplicar el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba sólo se exige la denominada prueba indiciaria o prueba indirecta, puesto que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 74/2008, de 23 de junio), la discriminación, a menudo, es una realidad de prueba extremadamente compleja y porque, precisamente por ello, únicamente con el canon elaborado para ese tipo de supuestos es posible hacer aflorar, para corregirlas, las vulneraciones en su caso existentes.

Parece suficiente indicio de discriminación el hecho de que la única suspensa es mujer, a la que ni siquiera se le otorga puntuación, no habiendo justificado los criterios de valoración, dejando plazas vacantes y negando la comparación de los exámenes, porque, se dice en la resolución desestimatoria del recurso de alzada, que el denominado criterio "por comparación" no está en las bases; sin que esté a mi juicio justificado en la sentencia que deje de aplicar una normativa procesal en vigor y

exija una prueba directa de discriminación, como la constancia en el expediente de la preferencia del varón sobre la mujer, ya que eso dejaría sin contenido las normas procesales antes citadas, dictadas precisamente para tratar de superar la dificultad de prueba en estos casos.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario supone un indudable paso atrás en el control de la discrecionalidad técnica, dejando fuera de control jurisdiccional las decisiones de los órganos de selección de la Administración y atribuyéndoles una presunción de acierto "iuris et de iure" poco compatible, a mi juicio, con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24CE), y el control judicial de la actividad administrativa (106 CE). Se aparta esta sentencia de una jurisprudencia consolidada, pero no la cita, ni justifica la razón para no aplicarla, ni afirma que se trate de un cambio de criterio e introduce una inquietante inseguridad jurídica en la aplicación de las normas y de la jurisprudencia.

Los letrados de las Administraciones Públicas la citaremos para la mejor defensa de los intereses de la Administración a la que representamos, ya que deja fuera de control jurisdiccional las decisiones de los órganos de selección de la Administración, blindándolas ante cualquier crítica y habrá órganos judiciales que se basen en ella para desestimar los recursos. Ya los hay, entre otras, STSJ Valencia 177/2018, rec 350/2015 que para desestimar afirma: *Lo hasta aquí concluido, es por lo demás, conforme a la más reciente jurisprudencia en la materia en cuanto (...) deja expuesto como "la decisión fue adoptada por unanimidad de los miembros del Tribunal Calificador; algo que, en todo caso, indica que*

no se trató de una valoración dudosa o influida por consideraciones meramente subjetivas" (..) y que "no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición" (STS, Sc. Sexta 359/2018, de 6 de marzo - casación 4726/2016, ponente LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ); mientras que otros órganos judiciales seguirán aplicando la jurisprudencia consolidada más garantista a la que hemos hecho referencia en este comentario y seguirán controlando las decisiones discrecionales de los órganos de selección de la Administración, conforme exigen los arts. 24 y 106 CE y la propia Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Afortunadamente, parece que no supone un cambio de criterio del Tribunal Supremo en cuanto al control de la discrecionalidad técnica, ya que sentencias posteriores vuelven a citar la evolución jurisprudencial del control de la discrecionalidad y estiman recursos contencioso-administrativos interpuestos por aspirantes en procesos selectivos, entre otras, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª núm. 412/2018 de 14 de marzo, número del procedimiento 2334/2015 en la que estima el recurso por falta de motivación del órgano de selección o la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª núm. 674/2018, rec. 4987/2016, de 25 de abril, que resuelve el recurso interpuesto en un proceso selectivo para proveer entre el personal laboral del Senado dos plazas de Guía al que concurren dos aspirantes (uno suspendió, el otro superó el proceso selectivo) y anula determinadas preguntas del test, alguna sobre cuestiones no jurídicas.

Tal vez sea un cambio de criterio de la Sección 6ª del Tribunal Supremo o, simplemente, una sentencia aislada pero introduce una indudable distorsión en el sistema,

que sería conveniente eliminar, bien a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que delimite el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública de los opositores, así como el alcance de la inversión de la carga de la prueba en caso de alegación de discriminación por razón de género; bien a través de recursos de casación que se interpongan frente a sentencias de las Salas o Juzgados que sigan el criterio de la sentencia comentada, para que el Tribunal Supremo fije una doctrina clara en la materia.