



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 31 de julio de 2014*

*Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª)*

*Rec. n.º 2001/2013*

#### **SUMARIO:**

**Funcionarios públicos. Adquisición de la cualidad de funcionario. Procesos selectivos. Concurso-oposición. Discrecionalidad técnica. Alcance y límites. Acceso a la función pública.** El Tribunal Supremo delimita de manera clara lo que cabe entender por discrecionalidad técnica de los órganos de selección de acceso a la función pública, corrigiendo lo razonado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, pues dicha discrecionalidad no ha de impedir la posibilidad de revisar el proceder de los tribunales calificadoros cuando las circunstancias acreditadas en el proceso evidencien que sus decisiones incurren en error o son arbitrarias. En este sentido, no cabe confundir la imposibilidad de sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que su juicio no sea absurdo, y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado, máxime cuando la calificación numérica no se haya suficientemente motivada, como acontece en el caso que aquí examina el Alto Tribunal, es decir, la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros no justifica atribuir puntuaciones diferentes a ejercicios sustancialmente iguales sin expresar ninguna razón que lo explique.

#### **PRECEPTOS:**

Constitución Española, arts. 14 y 23.

Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 54 y 62.

Ley 7/2007 (Estatuto Básico del Empleado Público), arts. 22 a 27.

#### **PONENTE:**

*Don Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.*

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 2001/2013, interpuesto por don Secundino , representado por el procurador don Pedro Antonio González Sánchez, contra la sentencia nº 980, dictada el 21 de diciembre de 2012 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso nº 609/2008 , sobre resolución de 13 de diciembre de 2007 del tribunal calificador del concurso oposición en el marco del proceso de consolidación de empleo interino correspondiente a la convocatoria aprobada mediante Orden APU/244/2007, de 29 de enero (BOE de 9 de febrero de 2007), y desestimación expresa, por resolución de 14 de febrero de 2008, del recurso de alzada interpuesto contra la misma interesando la inclusión del



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

recurrente en la mencionada relación de los que aprueban el segundo ejercicio de la fase de oposición (caso práctico) con la nota igual o superior a 30 puntos y la inclusión del aspirante entre los que han superado la oposición en el anterior proceso selectivo.

Se ha personado, como recurrida, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

En el recurso nº 609/2008, seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 21 de diciembre de 2012 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo núm. 609/2008 promovido por el Procurador D. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ actuando en nombre y representación de D. Secundino contra la Resolución de 13 de diciembre de 2.007 del Tribunal calificador del concurso oposición en el marco del proceso de consolidación de empleo interino correspondiente a la convocatoria aprobada mediante Orden APU/244/2007 de 29 de enero (BOE de 9 de febrero de 2007), así como contra la desestimación expresa, por resolución de fecha 14 de febrero de 2.008, del recurso de alzada interpuesto contra la misma interesando la inclusión del recurrente en la mencionada relación de los que aprueban el segundo ejercicio de la fase de oposición con la nota correspondiente o igual o superior a 30 puntos y la inclusión en la lista de los aspirantes que han superado la oposición en el anterior proceso selectivo pasando a la fase de concurso; debemos declarar y declaramos que dichas Resoluciones son ajustadas a Derecho. Sin hacer expresa imposición de costas".

#### **Segundo.**

Contra la referida sentencia anunció recurso de casación don Secundino , que la Sala de Madrid tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 27 de mayo de 2013, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

#### **Tercero.**

Por escrito presentado el 15 de julio de 2013, el procurador don Pedro Antonio González Sánchez, en representación del recurrente, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que

"(...) previa su tramitación, el Tribunal dicte en su día sentencia que case y anule la recurrida y se pronuncie de conformidad con los motivos del presente recurso y los pedimientos contenidos en el original escrito de la demanda presentada, con imposición de costas a la parte recurrida".



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Por Tercer Otrosí Digo, solicitó la acumulación de los procedimientos 609/2008 y 209/2009, con devolución de la tasa judicial --dijo-- abonada por uno de ellos. La Sala, por providencia de 22 de abril del corriente, denegó dicha acumulación, por haber sido solicitada en la fase de casación respecto de procesos jurisdiccionales seguidos separadamente en la instancia por voluntad del propio recurrente y terminados con distintas sentencias, si bien, dispuso que su señalamiento se efectuara en fechas próximas.

**Cuarto.**

Revisado el recurso por la Sección Primera de esta Sala, observó que en la instancia se había pedido la acumulación de los recursos 209/2009 y 609/2008 y que se remitió conjuntamente la documentación de ambos a este Tribunal, registrándose con el número de casación 2001/13-T. Siendo las mismas partes, pero sentencias y recursos diferentes, mediante diligencia de ordenación de 21 de noviembre de 2013 se dispuso la remisión de las actuaciones junto con el expediente administrativo y demás documentos presentados correspondientes al recurso de instancia 209/2009 al Registro General, a fin de que le fuera asignado un número de recurso diferente y remitido a la Sección correspondiente.

**Quinto.**

Por providencia de 7 de enero del corriente, se admitió a trámite el recurso de casación registrado con el nº 2001/2013 y se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos. Recibidas, por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

**Sexto.**

Evacuando el traslado conferido, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, se opuso al recurso por escrito registrado el 10 de febrero de 2014 en el que interesó la desestimación del recurso "por ser conforme a Derecho la resolución judicial impugnada".

**Séptimo.**

Mediante providencia de 17 de marzo de 2014 se señaló para la votación y fallo el día 2 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva , Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

La Orden APU/244/2007, de 29 de enero, convocó un proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Subescala de Secretaría-Intervención, mediante el sistema de concurso-oposición, en el marco del proceso de consolidación del empleo interino de las entidades locales. Fueron cien las plazas ofrecidas y la oposición se componía de dos



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

ejercicios eliminatorios. El primero consistía en responder en un máximo de dos horas a un cuestionario tipo test con cuarenta preguntas relacionadas con los temas del programa incluido en el Anexo I a cada una de las cuales se ofrecían cuatro respuestas de las que sólo una era la correcta. Se calificaba de 0 a 40 puntos y para superarlo era preciso obtener, al menos, veinte puntos. El segundo ejercicio de la fase de oposición tenía por objeto la resolución de un caso práctico relacionado con los temas del programa a elegir entre los dos propuestos por el tribunal calificador. Debía realizarse en un máximo de dos horas y los aspirantes podían servirse de textos legales. Este ejercicio debía ser leído ante el tribunal calificador, el cual valoraría la capacidad de análisis del aspirante y la aplicación razonada que había hecho de los conocimientos teóricos a la resolución del problema práctico planteado. La calificación se haría entre 0 y 60 puntos siendo necesarios al menos treinta para superarlo. La calificación final de la fase de oposición vendría dada por la suma de las correspondientes a cada ejercicio y la del proceso selectivo por la suma de las obtenidas en la fase de oposición y en la de concurso, en este caso mediante la aplicación del baremo incluido en el Anexo de la Orden.

El Sr. Secundino superó el primer ejercicio de la oposición con 26 puntos (folio 71 del expediente). En el segundo, eligió el supuesto práctico relativo a la formación de los Grupos Políticos en las corporaciones locales. Fue llamado a leerlo en la sesión de la mañana del 24 de septiembre de 2007. Fue calificado su ejercicio con veinticuatro puntos, por lo que no lo aprobó ni apareció en la relación de aspirantes que superaron la fase de oposición hecha pública el 13 de diciembre de 2007 por el tribunal calificador. El Sr. Secundino recurrió en alzada contra ella pues sostenía que su ejercicio, cuya revisión pedía, merecía ser aprobado. Con informe negativo del tribunal calificador, el Secretario General Técnico, por delegación del Ministro de Administraciones Públicas, desestimó el recurso de alzada el 14 de febrero de 2008, y contra su resolución el Sr. Secundino interpuso el recurso contencioso-administrativo nº 609/2008, desestimado por la Sección Sexta de la Sala de Madrid, en su sentencia nº 980, de 21 de diciembre de 2012 .

El Sr. Secundino impugnó posteriores resoluciones del tribunal calificador que se produjeron sobre su solicitud de revisión de su segundo ejercicio cuya desestimación dio lugar a su recurso contencioso-administrativo 209/2009, también desestimado por la Sección Sexta de la Sala de Madrid en su sentencia nº 981, de 21 de diciembre de 2012 y objeto del recurso de casación 3779/2013 , que hemos deliberado y resuelto en la misma fecha que el presente.

En la instancia, el Sr. Secundino hizo constar que, por los servicios que había prestado a lo largo de quince años en puestos de la Subescala de Secretaría-Intervención habría logrado la máxima puntuación en la fase de concurso. Explicó que el día en que leyó su segundo ejercicio, de los siete aspirantes que lo hicieron solamente una aprobó, obteniendo treinta y cinco puntos. Además de relatar las posteriores vicisitudes del procedimiento administrativo en lo que respecta a su caso práctico, adujo que el tribunal calificador había seguido distintos criterios de valoración del ejercicio, hecho que relacionó con las distintas composiciones del mismo a lo largo de los días en que hubo lectura del segundo ejercicio debidas al abuso en las sustituciones de los miembros titulares por los suplentes. Asimismo, puso de manifiesto que su ejercicio era prácticamente idéntico a otros que, sin embargo, fueron calificados con treinta o más puntos. Se refiere a siete u ocho y señaló que la decisión del tribunal calificador no estaba debidamente motivada. Alegó por todo ello arbitrariedad en la actuación administrativa e infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución .

### **Segundo.**

La sentencia ahora cuestionada, desestimó, como hemos anticipado, el recurso contencioso-administrativo del Sr. Secundino .



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Antes de resumir su contenido, debemos dejar constancia de que entre los medios de prueba que propuso y fueron admitidos por la Sección Sexta de la Sala de Madrid figuraba el de que, por el tribunal calificador se comparara su ejercicio con el de los aspirantes que habían sido aprobados y que identificaba, prueba que, sin embargo, no se practicó finalmente. Y que, ante su falta, el recurrente propuso el 2 de mayo de 2011 una prueba pericial por parte de profesores titulares de Derecho Administrativo de la UNED, que la Sala no le admitió "de momento" sin perjuicio de que pudiera acordarse para mejor proveer.

En sus fundamentos, la sentencia, además de exponer los hechos relevantes tanto del recurso 609/2008 como del 209/2009, delimita el objeto del primero y responde a los motivos de la demanda. Así, sobre los distintos criterios que, según el Sr. Secundino, habría seguido el tribunal calificador en función de la concreta composición que tuviera en cada momento, la Sala de instancia recuerda que la base 7.4 de las publicadas con la convocatoria, firme como las restantes y, por tanto, vinculante para aspirantes y Administración, decía:

"El Tribunal estará compuesto por cinco miembros funcionarios de carrera, debiendo designarse el mismo número de miembros suplentes, pudiendo actuar indistintamente cada uno de ellos. La totalidad de los miembros deberá poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en la subescala de secretaría-intervención, grupo A".

En razón de esta previsión, y de la concreta composición del tribunal calificador establecida en el Anexo IV de la Orden de convocatoria, concluye la sentencia que no podían prosperar las alegaciones del recurrente sobre la manifiesta ilegalidad del proceso selectivo porque hubiera diferentes criterios de calificación. Dice, además, al respecto que no se pueden considerar abusivas las sustituciones de los titulares por los suplentes ya que podían intervenir indistintamente. Y que los suplentes están, precisamente, para suplir a los titulares. Añade que el 24 de septiembre de 2007 por la mañana, cuando leyó su ejercicio el Sr. Secundino, el tribunal calificador estaba compuesto tal como preveían las bases. Por otra parte, recuerda que sí revisó su ejercicio y que lo hizo varias veces: al ratificar la puntuación asignada el 21 de enero de 2008 y al informar negativamente el recurso de alzada (22 de enero de 2008). Y que, todavía al recurrirse en alzada la lista de los aspirantes que aprobaron el segundo ejercicio de la oposición y la fase de oposición en su conjunto, volvió a pronunciarse sobre él en el mismo sentido que las ocasiones anteriores. Todo ello, dice, lleva a que decaigan las pretensiones de desigualdad por la existencia de criterios diferentes.

Rechaza la sentencia después que faltara la motivación exigida por el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Observa sobre este extremo que obran en el expediente las actas de las reuniones del tribunal calificador, las puntuaciones numéricas asignadas a cada aspirante y que esto es bastante en un proceso selectivo multitudinario. Distingue, pues, la alegada falta de motivación, que no aprecia, de la discrepancia del recurrente con el parecer del tribunal calificador y, en este punto, recuerda la discrecionalidad técnica que le asiste. Y dice que debe quedar fuera de la decisión de este proceso la validez sustantiva del juicio emitido por los miembros del tribunal calificador siendo suficientes para la Sala de instancia los juicios razonados que acompañan a las puntuaciones asignadas y a las actas. Aquí añade la sentencia que, no revisar las calificaciones del segundo ejercicio de ninguno de los aspirantes, no era contrario a las bases ya que no lo exigían, tal como se explica en las actas del 16 y el 18 de enero de 2008 (nº 94 y 97, folios 272 y 273 y 279 y 280).

Destaca, igualmente, que, a falta de prueba consistente sobre las alegaciones relativas a la identidad sustancial del ejercicio del recurrente con el de otros aspirantes que fueron aprobados, la comparación entra en el ámbito de la discrecionalidad técnica de que gozan los



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

tribunales calificadoros y que sus decisiones tienen presunción iuris tantum de certeza que correspondía al Sr. Secundino desvirtuar y no lo ha hecho. Insiste la sentencia en que no basta con que los ejercicios fueran muy parecidos sino que era indispensable aportar prueba o documento relevante que destruyera dicha presunción. Y niega que hubiera trato de favor para unos candidatos determinados al tiempo que afirma que la apreciación de la desviación de poder no puede sustentarse en meras presunciones, ni en suspicacias, ni en especiosas interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determina.

### **Tercero.**

(1º) El primer motivo de casación que interpone el Sr. Secundino contra esta sentencia se acoge al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y denuncia la falta de práctica de la prueba consistente en la comparación por el tribunal calificador de los ejercicios que considera sustancialmente idénticos al suyo y que, sin embargo, merecieron calificaciones de aprobado. Se trata, principalmente, de los realizados por estos aspirantes: don Laureano , don Nazario , don Sabino y don Jose Ramón . Y, también, denuncia que no se admitiera la prueba pericial propuesta ante la falta de práctica de la anterior. El motivo sostiene que por esas razones la sentencia infringe los artículos 60 y 61 de la Ley de la Jurisdicción , 317 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y le causa indefensión.

Se extiende el Sr. Secundino en consideraciones sobre el informe emitido por la presidenta del tribunal calificador el 24 de noviembre de 2010 en el que indicaba que, habiéndose disuelto aquél, no era posible el informe comparativo pretendido, y dice que no es ella la indicada para dejar sin efecto la práctica de una prueba admitida en su día por la Sala de instancia. Además, observa que sus explicaciones no sirven para sustituirla y que ese informe surtió efectos en el recurso 209/2009 y no en el que está en el origen de este recurso de casación (609/2008). Termina afirmando que la denegación de pruebas documental y pericial en los asuntos de discrecionalidad técnica puede llevar consigo una indefensión real cuando la parte perjudicada consigue acreditar que su práctica hubiera podido ser determinante en la decisión del pleito. Y que, en este caso, se han infringido los artículos 14 y 23.2 de la Constitución .

(2º) El segundo motivo sostiene, también al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , que la sentencia infringe sus artículos 33.1 y 67 y los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 y 120.3 de la Constitución porque carece de la necesaria motivación: se limita, ignorando cuanto puso de manifiesto la demanda sobre la comparación con otros exámenes que merecieron el aprobado, a aceptar de plano y sin mayores argumentos lo manifestado por el Abogado del Estado. Insiste en que no es posible que el Sr. Laureano , quien se sentó detrás de él y cuyo ejercicio tiene hojas enteras iguales a las suyas, apruebe y él no y que nada diga al respecto la sentencia salvo reconocer que hay ejercicios muy parecidos.

Afirma, además, el Sr. Secundino que de la prueba documental aportada resulta que hubo criterios distintos en las decisiones del tribunal calificador y que, pese a ser único, en la práctica fue como si existieran varios por el abuso de la presencia de los suplentes. Y, al margen de otras consideraciones, precisa el recurrente que no se concretaron las puntuaciones parciales a cada una de las tres partes del caso práctico, con lo que se infringió el artículo 54 de la Ley 30/1992 . Y, sobre todo, insiste en que, en contra de lo que dice la sentencia en su fundamento cuarto, su ejercicio no fue revisado por el tribunal calificador, el cual se limitó a confirmar la calificación que le dio. Añade que la lectura de las actas refleja claramente la existencia de distintos criterios de calificación y que incurre en nuevo error la sentencia cuando



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

dice que el tribunal calificador emitió juicios razonados cuando solamente existen las puntuaciones, las calificaciones numéricas. Y vuelve a insistir en que, siendo claro el parecido de varios exámenes, se debió aceptar la comparación pretendida. A partir de aquí, el escrito de interposición procede a contrastar el ejercicio del recurrente con el del Sr. Laureano y con el del Sr. Sabino .

(3º) El tercer motivo , como los restantes, interpuesto conforme al artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción , sostiene que la sentencia infringe las bases de la convocatoria, los artículos 33.1 , 67 , 60 y 61 de la Ley reguladora, 218, 317 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , 14 y 23.2 , 9.3 , 103 y 106 de la Constitución , 54 de la Ley 30/1992 . También afirma la infracción de los artículos 24 y siguientes 28 y 29 de la Ley 30/1992 . Combate aquí el Sr. Secundino la apreciación de la sentencia de que no hubo criterios diferentes en la actuación del tribunal calificador. Apoyándose en las actas, señala que en las sesiones en que formaron parte de él más titulares que suplentes hubo menos aprobados (del 0% al 14,25%) que cuando sucedía lo contrario (del 50% al 100%). Apunta, también, que no hay justificación de las sustituciones y vuelve a afirmar que si los exámenes son muy parecidos su calificación debe ser similar.

(4º) El cuarto motivo de casación mantiene que la sentencia infringe la jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad técnica.

(5º) Y el quinto motivo sostiene que la sentencia vulnera los artículos 317 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque desconoce la fuerza probatoria de determinados documentos administrativos obrantes en las actuaciones: los exámenes de otros opositores, muy parecidos al del recurrente y, pese a ello, con calificaciones diferentes. Insiste el Sr. Secundino en que dos exámenes iguales deben recibir igual calificación. Y en que habiendo pedido insistentemente la comparación del propio con los de determinados aspirantes no habérselo permitido es injusto y le ha causado indefensión. Para el Sr. Secundino , la Administración incurrió en desviación de poder y sus resoluciones fueron arbitrarias y la sentencia impugnada, además de los preceptos invocados, infringe la jurisprudencia de esta Sala de la que cita varias sentencias.

#### **Cuarto.**

El escrito de oposición del Abogado del Estado nos pide que desestimemos este recurso de casación pues ninguno de sus motivos, puede, a su entender, prosperar.

Así, a propósito del primer motivo, señala que el de casación no es una nueva instancia jurisdiccional sino un recurso extraordinario que tiene por objeto la sentencia y no la actuación administrativa. Y que no cabe ahora plantear una nueva valoración de la prueba. Por lo que se refiere a la inadmisión de la propuesta se remite a la jurisprudencia que no ve infracción en su denegación razonada y que exige al recurrente que la plantea que explique la relación existente entre los hechos que no se pudieron probar y las pruebas denegadas y el efecto favorable a sus pretensiones que se habría seguido de éstas. Y dice que el Sr. Secundino no ha hecho lo uno ni lo otro. Por último, invoca la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2007 (casación 1346/2005 ).

De los restantes motivos, que reduce a dos, el relativo a la discrecionalidad técnica y el que se refiere a la fuerza probatoria de los documentos administrativos, dice que deben ser desestimados porque la sentencia respeta la jurisprudencia dictada sobre el control de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores de procesos selectivos.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **Quinto.**

El primer motivo denuncia la indefensión de la que se considera víctima el recurrente porque la Sección Sexta de la Sala de Madrid no admitió las pruebas documental y pericial que propuso para comparar los ejercicios de otros aspirantes que, según mantiene, eran sustancialmente idénticos al suyo y, sin embargo, recibieron calificaciones de treinta o más puntos mientras al que escribió él solamente le dieron veinticuatro. Prueba pericial que pidió ante la negativa de la Administración a que el tribunal calificador llevara a cabo ese contraste, prueba ésta propuesta en su momento por el Sr. Secundino y admitida por la Sala de instancia.

El reproche que dirige contra la sentencia por la causa indicada no puede prosperar porque la prueba que no se practicó y la pericial que no se llegó a admitir no eran imprescindibles para resolver sobre las pretensiones expresadas en la demanda. 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. Secundino desde el momento en que disponían de todos esos ejercicios.

Es verdad que no se motivó la denegación de dicha pericia, que simplemente se dijo que no procedía "de momento" y que se dejó abierta la posibilidad de practicarla mediante diligencia para mejor proveer, cosa que finalmente no se hizo. No obstante, es claro que la Sala no la consideró pertinente por entender, según se desprende de la sentencia, que no había razones para cuestionar el ejercicio por el tribunal calificador de su discrecionalidad técnica.

En consecuencia, no hubo infracción de los preceptos invocados en el primer motivo de casación porque la prueba pericial en cuestión no era imprescindible para hacer valer las pretensiones del Sr. Secundino .

#### **Sexto.**

Mantiene el segundo motivo de casación que la sentencia carece de la motivación imprescindible. Tampoco procede dar lugar al mismo porque, tal como refleja su lectura, da cuenta del desarrollo del proceso selectivo y de las actuaciones del recurrente y de las respuestas que le dio la Administración, refleja el contenido de la demanda y se pronuncia sobre los argumentos y pretensiones del Sr. Secundino , ofreciendo respecto de ellos las razones que consideró procedentes la Sala de Madrid.

El silencio que denuncia el recurrente sobre la identidad que, nos dice, existe entre su ejercicio y el del Sr. Laureano no es tal desde el momento en que la sentencia explica que el pretendido examen del contenido de estos y otros ejercicios entra en la discrecionalidad técnica del tribunal calificador y que no se aportó prueba o documento alguno relevantes que destruyera la presunción de veracidad que asiste a sus actos.

Y también explica la sentencia por qué no advierte la existencia de criterios distintos en la actuación del tribunal calificador según intervinieran más o menos suplentes.

Así, pues, correcta o incorrecta, la sentencia ofrece una explicación de cada uno de sus pronunciamientos, de manera que no puede atribírsele falta de motivación.

#### **Séptimo.**

Los motivos tercero, cuarto y quinto deben ser abordados conjuntamente y su examen, ya lo anticipamos, conduce a su estimación.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Efectivamente, la sentencia no aplica correctamente las bases de la convocatoria, que se dirigen a la selección de los aspirantes que mayor mérito y capacidad acrediten, ni sigue la jurisprudencia que hemos sentado sobre el alcance de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros de los procesos selectivos, con la consecuencia de que infringe el derecho que al recurrente reconoce el artículo 23.2 de la Constitución ni ejerce en la medida debida el control judicial sobre la actuación administrativa, vulnerando así los artículos 106.1 y 24.1 también de la Constitución . Además, prescinde de la evidencia que suministran los ejercicios de los aspirantes cuya comparación pretende el actor.

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 (recurso 34/2007 ) y de 1 de febrero de 2010 (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. En efecto, una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que no sea absurdo su juicio y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado. No tienen razón, en este sentido, ni el informe de la presidenta del tribunal calificador, ni las manifestaciones expresadas en las actas de éste ni, tampoco, la sentencia sobre la irrevisabilidad de los ejercicios o, si se prefiere, de las calificaciones que se les otorgaron. 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.

El Sr. Secundino ha sostenido que el tribunal calificador actuó arbitrariamente porque observó, en función de su composición, criterios distintos, más flexibles o, si se prefiere, menos rigurosos, en función de la mayor presencia de miembros suplentes en su composición y, en todo caso, ha sostenido, también desde el primer momento que su ejercicio es sustancialmente idéntico a los de otros aspirantes que lo aprobaron. La respuesta de la sentencia a la primera cuestión, efectivamente despeja el problema de la legalidad de la concurrencia de los miembros suplentes porque las bases la autorizan expresamente. Cabría discutir, en principio, si es coherente con el ordenamiento jurídico una previsión que disuelve la diferencia entre titulares y suplentes, pero no en esta ocasión porque las bases no fueron impugnadas por el recurrente de manera que le vinculan al igual que a la Administración.

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. Secundino 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 donde radicaban las posibles diferencias que pudieran explicar el distinto trato recibido.

La sentencia se aparta de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica también en el extremo relativo a la motivación de las calificaciones numéricas porque esta Sala viene sosteniendo que, siendo en principio válida esta forma de medir o valorar el resultado de las pruebas en los procesos selectivos, tal como lo prevén el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 y las bases de la convocatoria, el hecho de que en éstas solamente se haga referencia a una puntuación determinada no será bastante cuando el interesado la discuta, como aquí ha sucedido [ sentencias de 29 de enero de 2014 (casación 3201/2012 ), 15 de octubre de 2012 (casación 4326/2011 ), 16 de mayo de 2012 (casación 1235/2011 ), 27 de abril de 2012 (casación 5865/2010 ), 10 de abril de 2012 (casación 183/2011 ), 19 de julio de 2010 (casación



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

950/2008 ), 2 de diciembre de 2008 (recurso 376/2006 )]. Y, en este caso, solamente nos encontramos con esa puntuación pues los juicios razonados del tribunal calificador a los que alude la Sala de Madrid no son realmente tales porque se limitan a decir que la nota asignada es función de la capacidad de análisis demostrada y de la aplicación razonada de los conocimientos teóricos a la resolución del problema práctico planteado. Es decir, se limitan a repetir la fórmula utilizada por la base 2.1 pero sin incluir ningún elemento que permita considerarlo juicio razonado. Así se aprecia en el que obra, respecto del ejercicio del recurrente, en el folio 119 del expediente.

En estas condiciones no se puede considerar motivada la calificación y la sentencia, en la medida en que mantiene lo contrario, infringe el ordenamiento jurídico.

#### **Octavo.**

Por otra parte, está la alegación de la coincidencia sustancial en los contenidos de los ejercicios del recurrente y de otros aspirantes, en especial en el del Sr. Laureano en relación con la cual se replantea la de la existencia de criterios diferentes pues, de tener razón el recurrente y existir una clara identidad entre ellos, se le habría aplicado una vara de medir diferente.

Pues bien, como se ha dicho, esos ejercicios obran en las actuaciones y el propio Sr. Secundino destacó sobre su copia con colores todos los elementos coincidentes para hacer más patente su sustancial identidad. El examen de los mismos confirma que, como viene sosteniendo el recurrente, no sólo que son parecidos, tal como viene a admitir la sentencia de instancia, sino sustancialmente coincidentes, en particular el suyo y el del Sr. Laureano . En efecto, ambos califican del mismo modo la naturaleza de los grupos políticos municipales, explican que ha de estarse al reglamento de organización y funcionamiento de la corporación en cuanto a los requisitos para su constitución y exponen en términos iguales la posición del concejal no adscrito así como la del grupo mixto respecto de la formación de las comisiones informativas municipales y, en fin, indican que el concejal que abandona el grupo de procedencia pasará a ser considerado concejal no adscrito. Por lo que se refiere a la forma de las exposiciones respectivas no se advierten diferencias de significación.

Sucede, sin embargo, que mientras el ejercicio del Sr. Secundino fue calificado con veinticuatro puntos, por debajo, pues, de los treinta necesarios para superar esta segunda prueba de la fase de oposición, el del Sr. Laureano recibió treinta y uno y superó la oposición. A falta de explicaciones por parte del tribunal calificador sobre su distinta forma de proceder, no encontramos justificación al distinto trato dispensado a ambos aspirantes o, si se prefiere, a la utilización de criterios distintos en ambos casos.

Por tanto, efectivamente, la sentencia ha confirmado una actuación administrativa que trata de manera diferente situaciones sustancialmente iguales sin que se advierta la razón que pueda explicarlo. Y tal proceder no está cubierto por la discrecionalidad técnica que asiste a los tribunales calificadores de pruebas selectivas.

Así, pues, también en este punto debe prosperar el recurso de casación.

#### **Noveno.**

La estimación de los motivos de fondo comporta la anulación de la sentencia recurrida y, conforme a lo dispuesto por el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción , nos obliga a resolver la controversia en los términos en que estuviere planteado el debate.

A la luz de cuanto hemos dicho, es claro que el recurso contencioso-administrativo del Sr. Secundino debe ser estimado y anulada tanto la calificación dada a su segundo ejercicio en



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

la fase de oposición, como, exclusivamente en tanto no le incluye, la relación de aspirantes que la superaron y las ulteriores actuaciones administrativas que confirmaron la legalidad de una y otra. Y, en su lugar, reconocemos el derecho del recurrente a que se le tenga por superado el segundo ejercicio de la fase de oposición con la misma calificación que se le asignó al Sr. Laureano y a proseguir el proceso selectivo. Asimismo, debemos reconocerle el derecho a que si, tras la fase de concurso, obtiene una puntuación total que supere a la del último de los aspirantes que logró plaza, ser nombrado funcionario con efectos desde que se produjeron para los que fueron nombrados en su momento.

#### **Décimo.**

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

#### **FALLAMOS**

(1º) Que ha lugar al recurso de casación nº 2001/2013, interpuesto por don Secundino contra la sentencia nº 980, dictada el 21 de diciembre de 2012 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que anulamos.

(2º) Que estimamos el recurso 609/2008, anulamos la resolución de 13 de diciembre de 2007 del tribunal calificador del proceso selectivo para el ingreso mediante el sistema general de acceso libre en la Subescala de Secretaría-Intervención mediante el sistema de concurso oposición en el marco del proceso de consolidación del empleo interino convocado por Orden APU/244/2007, de 29 de enero, que hizo pública la relación de aspirantes que aprobaron el segundo ejercicio de la fase de oposición exclusivamente en tanto no le incluye en ella y la resolución de 14 de febrero de 2008, desestimatoria de la alzada contra la anterior y todas las actuaciones posteriores, siempre en lo que respecta al recurrente.

(3º) Que reconocemos al recurrente el derecho a que se le tenga por superado con la calificación de treinta y un puntos el segundo ejercicio de la fase de oposición, a que se siga respecto de él el proceso selectivo y a que, si tras la fase de concurso, la puntuación total que le correspondiera superase la del último aspirante que obtuvo plaza, se proceda a su nombramiento como funcionario con efectos desde el momento en que se produjeron para los que fueron nombrados en su día.

(4º) Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martin de Hijas



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.