



Revista Digital de Derecho Administrativo  
ISSN: 2145-2946  
Universidad Externado de Colombia

Hernández-Guijarro, Fernando  
Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal  
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 25, 2021, pp. 405-425  
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n25.13

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503867013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

# Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal

FERNANDO HERNÁNDEZ-GUIJARRO<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación versa sobre los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos realizados en el ámbito de la Administración pública y, en particular, sobre las convocatorias de personal en el que los candidatos alegan méritos o realizan alguna prueba en concurrencia competitiva. Para ello, se estudiarán los principios jurídicos como marco de juridicidad en el control de la actividad de los tribunales o comisiones de valoración constituidas a efectos de designar al candidato o candidatos ganadores de la convocatoria. También se analizarán los principios de defensa, igualdad e interdicción de la arbitrariedad como mandatos de obligado respeto por el órgano evaluador. Asimismo, se traerán a colación sentencias que analizan convocatorias públicas donde dichos principios fueron infringidos en la adjudicación del concurso.

Palabras clave: concurso público, discrecionalidad técnica, principio de defensa, principio de igualdad, interdicción de la arbitrariedad.

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, Valencia, España. Profesor de la Universitat Politècnica de València, Valencia, España. Correo-e: ferhergu@upv.es. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4200-9452>. Fecha de recepción: 30 de abril de 2020. Fecha de modificación: 30 de agosto de 2020. Fecha de aceptación: 14 de septiembre de 2020. Para citar el artículo: HERNÁNDEZ-GUIJARRO, FERNANDO, "Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2021, pp. 405-425. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.13>.

## Legal Principles as a Limit to Technical Discretionality in Competitive Personnel Selection Processes

### ABSTRACT

This research work reviews technical discretion in merit-based competitions performed within the Public Administration. In particular, it studies the calls for public employment to be provided through a competitive merit-based selection or examination process. The legal principles will be analyzed as a framework of legality in the control of the technical discretion of the Courts or Assessment Commissions constituted for the purposes of designating the candidate or winning candidates of the selection process. The principles of defense, equality and interdiction of arbitrariness are therefore proposed as compulsory mandates for the evaluating body. It also examines case-law regarding merit-based selection processes and adjudication made in contradiction to these principles.

Keywords: Competitive Personnel Selection Process, Technical Discretion, Principle of Defense, Principle of Equality, Preclusion of Arbitrariness.

### INTRODUCCIÓN

El devenir de la discrecionalidad técnica a lo largo de la historia del derecho administrativo se ha forjado entre posturas doctrinales difícilmente reconciliables: por una parte, un sector entendía que no era objeto de revisión por los órganos jurisdiccionales y, por otra, otro sector que concebía que dicha decisión sí estaba sujeta a control y, por lo tanto, expuesta a una posible anulación por un juzgado o tribunal. La primera postura, mantenida durante muchos años, otorgaba a dicha discrecionalidad una especie de inmunidad que convertía al órgano administrativo evaluador en infalible en dicha actividad y materia, y solo el resto de sus decisiones o resoluciones estaban sujetas al debido control y revisión jurisdiccional. A estos órganos administrativos se les reconocía, en definitiva, un plus de acierto y legalidad del que no disfrutaban el resto de servidores públicos. Por lo que respecta a la segunda postura, esta siempre cuestionó dicho privilegio y criticó, de forma minoritaria, pero con argumentos solventes, que en un Estado de derecho existieran actos o resoluciones administrativas que quedaran por fuera del alcance de la revisión por un juez o tribunal<sup>2</sup>. Reconociendo la especialidad y características técnicas

2 EDUARDO COCA VITA, "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales", *Revista de Administración Pública*, n.º 108, 1985, p. 213.

del concurso, defendían que ello no era obstáculo para dejar dicha decisión excluida del control jurisdiccional. Lo cual, además, podía dejar al administrado en una suerte de indefensión y, en su caso, conculcar la tutela judicial efectiva. Circunstancias estas más propias de regímenes políticos superados en los que la opacidad e infalibilidad del gobernante eran incuestionable.

Este dogma de la inoponibilidad a los actos de valoración de las comisiones formadas para concursos públicos fue descrito y criticado por Tomás Ramón Fernández cuando exponía que nuestros tribunales reconocían a dichos órganos una soberanía en sus valoraciones "cuyo juicio profesional y técnico, formulado con los méritos alegados y probados por los aspirantes, no se puede impugnar"<sup>3</sup>. Y traía a colación en su obra un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo que fundamentaban que la actividad revisora debía limitarse a la comprobación de la regularidad formal de la actividad evaluadora, pero quedaba vedada la revisión sobre el fondo<sup>4</sup>. Ello suponía un paso de gigante ¡hacia atrás! en el progreso jurídico<sup>5</sup>.

Con seguridad el término "discrecionalidad técnica" no es correcto y "la culpa la tiene el empleo del término discrecionalidad para designar lo que en uno y otro caso no es más que una valoración técnica, algo que los juristas, sean jueces o abogados, estamos bien familiarizados desde siempre y que solo se vuelve problemático por la razón señalada en el ámbito del derecho administrativo, en el que todavía se siente el eco de la vieja equiparación de lo discrecional con lo no contencioso"<sup>6</sup>.

Por todo lo expuesto, entendemos que el estudio de la discrecionalidad técnica a la luz de los principios jurídicos y su aplicación en los concursos de personal resulta interesante al saber administrativo. El derecho a acceder al empleo público, la sujeción a los principios de mérito y capacidad y el sometimiento de la Administración no solo a la ley, sino también al derecho, hacen de esta cuestión un asunto delicado y cuestionable, pero también necesario y académicamente forzoso. Por ello, queremos contribuir a dar un poco de claridad sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional que los tribunales tienen sobre los actos dictados bajo el amparo de la discrecionalidad técnica. El

3 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Navarra: Aranzadi, 2008, pp. 40 y 41.

4 En este sentido, véase, entre otros, a ALEJANDO NIETO, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964, p. 157. No obstante, este autor reconoce que los tribunales puede realizar un "control material lícito –ejercido de ordinario mediante la aplicación de los principios generales del derecho–". Que es, precisamente, lo que se estudia en este trabajo.

5 EDUARDO COCA VITA, "Legalidad constitucional, exclusión de control jurisdiccional y discrecionalidad técnica", *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983.

6 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece", *Revista de Administración Pública*, n.º 196, 2015, p. 216.

control judicial es sobre la conformidad a derecho del acto impugnado<sup>7</sup>, y ello incluirá a la ley y a los principios jurídicos que afectan al actuar administrativo<sup>8</sup>.

Asimismo, el artículo 23.2 de la Constitución española señala que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, siendo este un derecho fundamental dado su encuadre en la Carta Magna. Además, el artículo 103.3 de la CE establece que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, por lo que el control jurisdiccional de estas pruebas de valoración adquiere una relevancia máxima para el derecho administrativo.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado una esperanza al control de los actos administrativos y, sobre la base de los principios jurídicos, ha establecido una doctrina que permite entrar a conocer la valoración realizada por el órgano evaluador atendiendo a los límites y garantías que se establecen en la Constitución y que garantizan una revisión sobre los principios jurídicos que seguidamente estudiaremos<sup>9</sup>.

De conformidad con todo lo expuesto y con la finalidad de verificar la eficacia de los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica de las comisiones evaluadoras, vamos comenzar exponiendo sucintamente la función y actividad de estos órganos administrativos. Seguidamente, se estudiarán los principios jurídicos como fuente del derecho y, por lo tanto, aplicables a todas las Administraciones en su actuar. Con dicha premisa, se analizarán los principios de defensa y contradicción, el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como límites insoslayables de la discrecionalidad de las comisiones evaluadoras. Para dicho análisis se tendrá en cuenta los recientes pronunciamientos jurisprudenciales realizados sobre la cuestión objeto de estudio...

7 En este sentido, el artículo 31.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), establece que "el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a derecho".

8 Como afirma Reinosos Barbero: "los principios generales conforman no solo los cimientos sino también la estructura tipo de un sistema jurídico dado. De manera que las normas concretas y particulares de este sistema obtendrán coherencia a la sombra de los principios sobre los que se construyen. Además, y quizás más importante, la aplicación de estas normas específicas deberá efectuarse en conexión con sus principios generales. En esta acepción el principio se presenta en su vis informadora e incluso integradora del derecho". FERNANDO REINOSO BARBERO, *Los principios generales de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid: Dykinson, 1987, p. 115.

9 A lo largo del trabajo se irán citados las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre la aplicación de los principios jurídicos en el control de esta discrecionalidad técnica.

## 1. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LAS COMISIONES EVALUADORAS

Las comisiones evaluadoras son órganos designados para realizar una labor técnica de ponderación y puntuación sobre los méritos y capacidades demostrados por los aspirantes al concurso, y para ello, se requieren unos conocimientos y experiencia. Es a esa decisión, basada en su capacidad intelectual de juzgar méritos científicos, técnicos o artísticos, a lo que llamamos discrecionalidad técnica. Dicha valoración y ponderación es de vital importancia para la Administración dado que los concursos públicos de personal deben designar al futuro funcionario o empleado público sobre la base del mérito y capacidad. Además, dicha decisión se perpetuará en el tiempo en la medida que la persona designada ocupará el puesto ofrecido en la oposición mientras no se den las causas de pérdida de dicha condición.

Como toda actividad administrativa, la convocatoria y el procedimiento de selección debe estar reglado y sujeto a trámites, criterios y plazos. A tal efecto, las propias bases de la convocatoria recogerán, o deberán recoger, las fases, pruebas y baremos de puntuación para asignar en las mismas. Por todo ello, y como acto administrativo, la valoración y resolución de la convocatoria quedarán sujetas al régimen de revisión que establezca la ley. Y los participantes e interesados en la convocatoria, en el caso de no estar conforme con la resolución administrativa, tendrán derecho a su impugnación<sup>10</sup>.

La primera y fundamental característica de los actos que afecten a derechos e intereses legítimos de los particulares es el deber de motivación que pesa sobre quien los profiere. Junto a ello, la Ley 39/2015, de 1.º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece la obligatoriedad de motivar los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales<sup>11</sup>, por lo que, en los actos de valoración de un concurso público, se deberá incluir la misma. Como lo recuerda el Tribunal Supremo "cabe recordar que la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad (sentencia de este Tribunal de 11 de junio de 1991), pues, en suma, la motivación de la decisión es el medio que hace posible diferenciar lo discrecional de lo arbitrario"<sup>12</sup>.

10 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid: Civitas, 2001, p. 51.

11 Concretamente, el artículo 35.i de la LPAC establece que serán motivados "los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa".

12 STS 5168/2006, de 27 de julio, número de recurso 2393/2003, y junto a lo expuesto determinó que "la revisión jurisdiccional de los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento ha de descansar, en primer término, en la verificación de la realidad de los

Además del derecho que tiene el interesado a conocer los motivos de la prelación establecida por la Comisión Evaluadora<sup>13</sup>, cabe recordar que el órgano jurisdiccional también debe tener conocimiento de la justificación del pronunciamiento administrativo para poder revisar dicho actuar. Y ello, hay que recordar, no es objetable por la Administración ni supone un exceso de la jurisdicción, dado que, como tiene establecido el Tribunal Supremo, dicho conocimiento "tampoco ha invadido potestades de la administración sino que se ha limitado a controlar la actividad de la administración conforme a lo establecido en la Constitución, arts. 106.1 CE y 117 CE, dando una respuesta a la pretensión ejercitada respecto a lo acontecido en un proceso selectivo interpretando las bases de la convocatoria"<sup>14</sup>. En esta misma sentencia se subraya, con acertada conclusión, que "las bases de la convocatoria son la ley del concurso"<sup>15</sup> y, por lo tanto, el Tribunal tiene el derecho/deber de conocer su aplicación para determinar si ha sido conforme o no a derecho.

Un claro ejemplo de este enjuiciamiento es la sentencia del Tribunal Supremo 4226/2016, de 27 de septiembre, número de recurso 1491/2014, en la que, además de estimar la anulación del acto impugnado, dictaminó sobre la valoración de ciertos méritos alegados por la parte que, "si una vez añadidos los puntos correspondientes, su calificación final igualare o superare la del último aspirante que obtuvo plaza, la estimación del recurso comprende su derecho a ser nombrado funcionario con todos los efectos desde el momento en que se produjeron para quienes fueron nombrados en su día". Por lo tanto, además del derecho a la revisión jurisdiccional de los actos que afecten a los interesados en un concurso público, el Tribunal también puede, si así se le solicita, reconocer una situación jurídica individualizada tal y como dispone el artículo 31.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vista la actividad discrecional de las comisiones evaluadoras, conviene seguir el presente estudio analizando los principios jurídicos como fuente del derecho y límite de toda actividad administrativa. Para ello, en el siguiente punto se expondrá la función primordial de estos principios y las consecuencias que se derivan de su naturaleza jurídica.

hechos, pues la existencia y las características de estos escapan a toda discrecionalidad, ya que son tal como la realidad los exterioriza; y, en segundo lugar, en la valoración de si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

13 Dicho órgano puede recibir distintas denominaciones: tribunal calificador, comisión técnica o comisión asesora. Para este trabajo se utilizará el término "comisión evaluadora" para referirse a todos ellos.

14 STS 5473/2016, de 15 de diciembre, número de recurso 881/2015.

15 *Ibíd.*

## 2. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUENTE DEL DERECHO

Los principios jurídicos han sido uno de los conceptos más tratados a lo largo de la historia del derecho. Desde la filosofía y la teoría general del derecho hasta cualquier rama del ordenamiento jurídico actual aborda, siquiera de forma sucinta, esta materia de forma general y, en ocasiones, pormenorizada<sup>16</sup>. Especial relevancia tiene, por supuesto, en el derecho administrativo esta institución. En este sentido, doctrina autorizada reconoce que esta parte del ordenamiento jurídico se inicia mediante el desarrollo de principios jurídicos; "los principios generales son criterios inspiradores de nuestra disciplina. De este modo, los principios generales, que son la esencia del ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueve y actúa en el marco del derecho"<sup>17</sup>. En otras palabras "el derecho se encuentra en los principios generales del derecho, que son su verbo"<sup>18</sup>.

Los principios, tal y como los define el *Diccionario de la lengua española* de la RAE, son la primera manifestación del ser de algo, justifican su existencia, dan su motivo o razón, y en definitiva, son todas y cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias<sup>19</sup>. Y si entendemos el derecho como el conjunto de normas que regulan la convivencia humana bajo la exigencia de justicia, podemos concluir que "los principios de derecho son aquellos enunciados jurídicos que tienen su origen en la razón humana, cuya orientación es la justicia y que previos o establecidos en un ordenamiento jurídico, reconocen o regulan derechos o situaciones jurídicas en una comunidad de personas"<sup>20</sup>.

Vista la relevancia que ostentan los principios jurídicos en el derecho administrativo<sup>21</sup>, conviene hacer ahora referencia a su naturaleza jurídica y

16 La obra coordinada por FERNANDO REINOSO BARBERO, *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Navarra: Aranzadi, 2014, es un gran ejemplo de este interés por los principios del derecho a lo largo de la historia y de las diversas ramas jurídicas. En dicho libro participan catedráticos de derecho romano, filosofía del derecho, de derecho tributario, de derecho comparado, de derecho civil, de derecho internacional, así como exmagistrados del Tribunal General de la Unión Europea.

17 JAIME RODRÍGUEZ ARANA, "El derecho administrativo global: un derecho principal", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 76, 2010, p. 51.

18 ALEJANDRO NIETO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona: Ariel, 2010, p. 13.

19 FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO, *Los principios y garantías constitucionales en las ordenanzas fiscales*, Navarra: Aranzadi, 2015, p. 33.

20 *Ibíd.*

21 A tal efecto, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández afirman que "todo el derecho, pero de manera muy particular el derecho administrativo, según hoy impone inequívocamente la Constitución, se constituye necesariamente sobre un sistema de principios

funciones para determinar la eficacia de estos en el control de las convocatorias públicas de personal. Esto, en la medida en que no cabe duda de que si los principios jurídicos son fuente del derecho son derecho<sup>22</sup>. Y a tal efecto, la actuación administrativa quedará sujeta a dichos principios de conformidad con el mandato del artículo 103.1 de la Constitución española.

Como hemos anticipado, los principios jurídicos son derecho. Es cierto que tienen una singularidad propia, y es que se trata de mandatos abiertos, con carácter general y expresan valores de justicia<sup>23</sup>, pero su existencia está tan arraigada en los ordenamientos jurídicos que proceden del derecho romano, que algunos autores les otorgan una función genérica respecto a las normas singulares<sup>24</sup>. Podemos afirmar, a la luz de lo visto hasta el momento, que los principios jurídicos forman parte del ordenamiento jurídico y que por prescripción de nuestra Carta Magna deben ser observados por los distintos operadores jurídicos tanto en la formación y aplicación de las normas en general, como, específicamente, en el derecho administrativo. Por todo ello, en las convocatorias objeto de estudio del presente trabajo, tanto en la preparación de la convocatoria y sus bases, así como en la actividad valorativa que realizarán posteriormente las comisiones de valoración, deberán estar presentes los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica de que gozarán los órganos administrativos actuantes.

Por lo que respecta a la función que realizarán los principios jurídicos dentro del procedimiento administrativo que se realice para cubrir una convocatoria de personal público, debemos traer a colación las tres funciones que la doctrina les otorga, a saber: la informadora, integradora e interpretativa<sup>25</sup>. La primera de ellas es, a nuestro entender, la más genuina de todas y está recogida en el artículo 1.4 del Código Civil, en el que se establece que los principios generales del derecho tienen un carácter informador del ordenamiento jurídico. De hecho, algunos autores califican esta función como fundamento del ordenamiento jurídico<sup>26</sup>. A ello hay que añadir, obviamente, que multitud de principios jurídicos han sido positivizados en nuestra Constitución o en el resto

generales del derecho que no solo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a estas todo su sentido y presiden toda su interpretación". EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo II*, Pamplona: Aranzadi, 2017, p. 91.

22 MARGARITA BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, Navarra: Civitas, 2010, pp. 101-103.

23 JOSÉ SUAY RINCÓN, *La doctrina de los principios generales del derecho. Separata de estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid: Civitas, 1993, p. 381.

24 EMILIO BETTI, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 356.

25 *Ibíd.*, pp. 343-369. MARGARITA BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, *óp. cit.*, pp. 129-153.

26 FRANCISCO LÓPEZ MENUÑO, "Los principios generales del procedimiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 129, 1992, p. 22. En este artículo, el autor indicará que Lacruz dice de los principios que son la "guía del legislador y contraste y medida de la justicia".

de las leyes, por lo que la fuerza de su aplicación vendrá, asimismo, otorgada por el rango de la norma que los acoge. Sin embargo, compartimos con Tardío Pato, que incluso los principios jurídicos no acogidos en la Constitución pueden también afectar al poder legislativo o reglamentario. Por ejemplo, el caso de una norma que no superase el juicio de racionalidad o razonabilidad pues, a tal efecto, sería aplicable el artículo 9.3 de la Ley Fundamental, que establece la interdicción de la literalidad de todos los poderes públicos<sup>27</sup>. Es por ello que, en definitiva, a la hora de preparar un concurso público, la Administración deberá observar los principios jurídicos aplicables a su actuar, no pudiendo dejar conceptos, condicionantes o trámites procedimentales sujetos a albur o capricho del que aplique la citada convocatoria.

También resultan aplicables las funciones interpretativa e integradora de los principios generales. A tal efecto, los órganos administrativos y los jurisdiccionales, cuando tengan que interpretar enunciados oscuros, ambiguos e incluso contradictorios, deberán hacerlo conforme a los principios jurídicos aplicables al caso<sup>28</sup>. Y es por ello que "la infracción del deber jurídico de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con los principios generales del derecho otorga al perjudicado por la incorrecta interpretación un derecho subjetivo reaccional o impugnatorio que le permite recurrir para que se reconozca su derecho a que los actos jurídicos se interpreten según ordenan estas fuentes del derecho"<sup>29</sup>. En nuestro caso, por lo tanto, una interpretación contraria a los principios jurídicos otorgará al concursante el derecho a interponer el correspondiente recurso (administrativo o jurisdiccional) en la defensa de sus intereses legítimos.

Solo resta abordar la función integradora de estos principios. Para esto, acudimos de nuevo al artículo 1.4 del Código Civil, que reza: "los principios generales de derechos aplicarán en defecto de ley o costumbre". Esta función tiene un gran papel tanto para los órganos de aplicación como los de revisión, pues los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver todos los

27 JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO, *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch, 2011, p. 121. En el capítulo X, punto 5, hará una brillante exposición de la importancia de los PGD en el derecho administrativo. En esta misma línea, citando a Manuel Atienza, dice que una ley es irracional, en el sentido de la racionalidad jurídico-formal (que se produce cuando incurre en lagunas y contradicciones, cuando introduce criterios ajenos a la lógica), en el caso de que contradiga los principios del ordenamiento. MANUEL ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas, 1997, p. 33.

28 En este sentido, el artículo 1.4 del Código Civil señala que "los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico" y la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar los principios generales del derecho, tal y como dispone el artículo 1.6 del citado código.

29 MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Los principios jurídicos*, óp. cit., pp. 152-153.

asuntos de que conozcan atendiendo al sistema de fuentes establecido<sup>30</sup>. Por ello, en defecto de norma administrativa expresa, se podrá acudir a la aplicación de estos principios generales.

De conformidad a todo lo expuesto hasta el momento, a continuación, vamos a analizar los principios jurídicos que, entendemos, son más relevantes en el actuar administrativo dentro de un concurso público de personal dado que afectan a la esfera de los derechos y garantías más fundamentales. Ello no cierra la puerta, evidentemente, a que puedan ser aplicables otros principios (seguridad jurídica, legalidad, publicidad, transparencia<sup>31</sup>, etc.). Sin embargo, y por acotar el objeto del presente estudio, seguidamente atenderemos a los principios de defensa y contradicción, al principio de igualdad y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

### 3. EL PRINCIPIO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA MOTIVACIÓN

Uno de los pilares sobre los que se construye el Estado de derecho es el principio de defensa que consagra nuestra Constitución. No es por ello extraño que nuestra norma fundamental la recoja dentro de los derechos fundamentales, concretamente, en el artículo 24.1 de la CE. Dicho precepto establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. La formulación del principio de defensa es realizada en negativo "sin que [...] pueda producirse indefensión" y es de destacar que viene reafirmada con el tajante "en ningún caso". Es decir, el constituyente quiso dejar de forma clara y sin dar lugar a dudas que "todas las personas" tienen derecho a la defensa. Lo que implica reconocer, entre otros aspectos, la preceptiva audiencia durante el procedimiento y el derecho a presentar las pruebas que se estimen oportunas. Este principio es, como reconoce la doctrina, consustancial al principio de contradicción<sup>32</sup>.

Llevar este principio a los concursos públicos de personal implica que el expediente que se instruya al efecto debe albergar los documentos que soportan los criterios y la ponderación de los méritos individuales (uno a uno) de los

30 El artículo 1.7 del Código Civil determina que "los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

31 Sobre estos principios, véase JUAN DAVID DUQUE BOTERO, "Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2020, pp. 79-101.

32 Véase ÁNGEL MENÉNDEZ, BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES y JUAN ANTONIO CHINCHILLA, *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2005.

aspirantes a la plaza o puesto en cuestión. Todo ello de acuerdo con la forma y el modo que indiquen las bases de la convocatoria, cierto, pero teniendo siempre presente el respeto al mandato de motivar que preceptúa el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Y, por ende, al derecho a conocer, acceder y poder alegar y aportar los documentos que el interesado estime oportuno. La valoración de los méritos es, por antonomasia, un acto discrecional. Por ello, el requisito de justificar y razonar la decisión resulta más necesaria si cabe, pues, en estos casos, la diferencia entre discrecionalidad o arbitrariedad nos vendrá dada, precisamente, por la motivación dada en la resolución administrativa<sup>33</sup>.

El requisito de la motivación, hay que recordar, no es un acto de cortesía por parte de la Administración, sino un deber legal para evitar la arbitrariedad que consta proscrita por nuestra Constitución en su artículo 9.3. Sobre la necesaria obligación de motivar las decisiones administrativas de valoración existe numerosa jurisprudencia que afirma que "las valoraciones practicadas por la Administración (además de ser emitidas por funcionario idóneo) deben ser fundadas, lo que equivale a expresar los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta para determinar el valor a que se refieren, pues en otro caso se produce una situación de indefensión para el sujeto pasivo que carece de medios para combatirlas"<sup>34</sup>.

Entrando específicamente en los supuestos de concursos públicos, por su interés y claridad, se trae a colación un caso en el que en una convocatoria de personal público el Tribunal Supremo critica la valoración administrativa porque "en su actuación ni desglosa su puntuación entre esos diversos parámetros, ni expone otros criterios utilizados de valoración, de forma que no es posible conocer cómo llega la Administración a la puntuación final obtenida por cada licitador respecto a esos concretos elementos, a qué le han dado más preponderancia, en definitiva cuál es el criterio seguido que finalmente

33 El artículo 35.1.i de la LPAC establece que serán motivados "los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa". A mayor abundamiento, dicho precepto, en su punto 2, reforzará la obligación de justificar la decisión administrativa al establecer que "la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte".

34 Entre esta jurisprudencia se quiere citar las recientes sentencias del Tribunal Supremo de fechas de 18 enero 2016, recurso de casación n.º 3379/2014 (RJ 2016\348) y 26 de noviembre de 2015, recursos de casación 3369/2014 (RJ 2015, 5704). Estas sentencias hacen referencia a la motivación de las valoraciones en las comprobaciones de valor de la Administración tributaria, pero muestran el deber general de expresar los criterios de la Administración cuando emite una valoración que afecta a los intereses de los ciudadanos. Por lo que su *ratio decidendi* es extrapolable a las valoraciones de concursos públicos.

cristaliza en la puntuación obtenida"<sup>35</sup>. Esta inexistencia de explicación deja inerme al candidato al concurso que no puede conocer el cómo y el porqué de las puntuaciones asignadas. Esta omisión nos conduce al conocido aforismo jurídico, "*quod non est in actis non est in mundus*" y, por lo tanto, a la anulación de la adjudicación del concurso.

Un caso parecido al mencionado en el párrafo anterior es el que versaba sobre una convocatoria de premios académicos que fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En su recurso, el demandante alegó indefensión ante la misma falta de motivación del acta de la Comisión que realizó las valoraciones de los méritos. Sobre dicho documento el Tribunal afirmó "el tribunal tiene a la vista el acuerdo de esa Comisión Evaluadora (que aparece en el expediente administrativo, sin foliar, que le ha remitido la Universidad de Valencia) de 28.2.1997. Y, con esta base, afirma rotundamente que tal decisión administrativa carece de los componentes explicativos mínimos que posibiliten a la misma superar el cedazo o tamiz jurídico establecido por el artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992"<sup>36</sup>.

La decisión de la Comisión Evaluadora únicamente recogía la puntuación parcial obtenida por los candidatos en los apartados que establecía la convocatoria y el número de puntos totales que corresponden a cada uno de ellos, sin detallar, en modo alguno, las circunstancias objetivas que conducían a alcanzar esa puntuación y el modo específico en que se había practicado la valoración de los méritos que ostentaban los candidatos. Es decir, el acuerdo se limitaba a establecer una puntuación sin un solo dato objetivo que permitiese a terceros conocer cuáles fueron los presupuestos fácticos y jurídicos en función de los que esa Comisión Evaluadora asignaba los puntos a cada candidato<sup>37</sup>. Entender que la propia puntuación resulta justificación suficiente de la valoración formulada resulta contrario al más mínimo sentido de contradicción y de posibilidad de defensa en los procedimientos administrativos. En definitiva, dicho proceder constituye un solar labrado para la más burda arbitrariedad administrativa al suponer que, cualquier puntuación que se declare por el órgano calificador conlleva, sin otro soporte o sustento, el concepto de motivación por más que entre puntuación y datos de hecho y jurídicos no se trace vinculación explicativa alguna.

Por todo lo expuesto, no puede sostenerse la conformidad a derecho de un acuerdo de valoración en un concurso público de personal que no lleve una motivación clara y contrastada con las bases de la convocatoria. Ello implicará

35 STS 3944/2014, de 24 de septiembre, número de recurso 1375/2013.

36 STSJ-CV 1137/2001, de 6 de julio, número de recurso 2980/1997. Dicha sentencia fue recurrida en casación, pero, por ATS 4068/2003, de 10 de abril, número de recurso 5786/2001, fue inadmitido el recurso y, por consiguiente, declarada firme la sentencia de instancia.

37 Acuerdo de la Comisión Evaluadora de la Universidad de Valencia sobre los premios extraordinarios de tesis doctoral de fecha 28 de febrero de 1997.

conocer la concreta y específica asignación de los puntos otorgados a los méritos aportados al concurso en cuestión. No hacerlo así deja sin capacidad de reacción al aspirante, que no puede aceptar o discrepar de las valoraciones y, por lo tanto, solo le queda la impugnación alegando la indefensión producida. Vicio este que, cuando sea apreciado en la revisión correspondiente, no podrá menos ser subsanado retrotrayendo el expediente al momento de la valoración para que esta sea realizada con las debidas garantías jurídicas. No pudiendo, obviamente, el órgano revisor sustituir a la Comisión Evaluadora en dicha misión. En definitiva, tanto en la vía de gestión como en la resolución del expediente de los concursos públicos de personal, la Administración debe respetar las normas más elementales y fundamentales que regulan su actuar y, por dicho motivo, la valoración de la Comisión Evaluadora y la asignación de la plaza ofertada deberá contener los elementos necesarios para conocer la aplicación concreta de los puntos a cada aspirante<sup>38</sup>. A partir de ahí, y si dicha justificación incurriese en algún vicio o quiebra del ordenamiento jurídico o principio general del derecho, al menos, el recurrente podrá alegar e impugnar con conocimiento de causa.

#### 4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS CONCURSOS PÚBLICOS

Cuando hablamos del principio de igualdad hacemos referencia a uno de los principios constitutivos y esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. Este papel le viene dado, entre otras razones, porque la igualdad forma parte de los valores superiores de nuestra Constitución (artículo 1.1 de la CE). De igual modo, el artículo 9.2 de la CE impone el deber a los Poderes Públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Y, por último, el artículo 14 de la CE reconoce la igualdad de los españoles ante la ley. Por tanto, no cabe duda de que dicho principio estará presente y deberá respetarse en los procedimientos que estamos analizado.

Esta exigencia de igualdad de trato ante y entre los ciudadanos es de tal importancia que el Tribunal Constitucional no dudó en afirmar que “impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación”<sup>39</sup>. Este deber resulta trasladable sin matices a la Administración

38 IRIT MILKES S., “Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, p. 155.

39 Entre otras, SSTC 22 julio 1996 (RTC 1996, 134) y 19 octubre 2001 (RTC 2001, 212).

pública en su actuar y, por lo tanto, en las convocatorias públicas en las que se pretende ordenar a los aspirantes en función de sus méritos. Y ello es así porque “la regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del Poder Legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”<sup>40</sup>.

Junto a lo anteriormente expuesto, dentro de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público, nos encontramos también con los recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. El primero de estos preceptos establece un derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, y el segundo dictamina que el acceso a la función pública será conforme a los principios de mérito y capacidad. De esta manera, nuestra Carta Política otorga al derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad el mayor rango de protección que pueden merecer los derechos de las personas<sup>41</sup>.

Sobre la posibilidad de que un tribunal jurisdiccional pueda conocer de la discrecionalidad técnica de la Administración, la jurisprudencia reciente está llena de casos en los que el órgano revisor ha entrado a conocer la misma sin objeción ni impedimento. Es posible mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo número 1765/2016, de 13 de julio, número de recurso 2036/2014, que estableció 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.º de

40 STC 49/1982, de 14 de julio. La STC 114/1992, de 14 de septiembre, se pronunció en los siguientes términos: “el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 de la C.E. consiste en que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales, y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro se encuentre carente de fundamento racional y sea, por tanto, arbitraria porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador”. En idéntico sentido, STC 68/1990, de 5 de abril.

41 La STS 5608/2012, de 1.º de junio, número de recurso 564/2010, sintetizó de forma concisa las implicaciones de este principio al afirmar que “el artículo 23.2 garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad con la consiguiente prohibición de establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio, concretándose así el principio de igualdad jurídica –en sus vertientes constitucionales del artículo 14 de la Constitución, de igualdad ante la ley y de igualdad en la aplicación de la ley– en el concreto ámbito del acceso al cargo público, de tal suerte que los poderes actuantes están obligados a dispensar a todos los que se presentan a un determinado proceso de concurrencia competitiva, un trato igual, en virtud de las previsiones constitucionales de los artículos 14 y 23.2 de la CE”.

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". En este caso, el órgano administrativo incurrió en una infracción, en principio, de igualdad de trato y por ello resulta del todo aplicable la doctrina del alto tribunal. Pero, además, esta sentencia avala y confirma la petición del recurrente en el sentido de otorgar la puntuación solicitada dado que, la misma, ha sido reconocida a los ganadores del premio que alegaron idéntico mérito. Y ello sobre la base de que, como sostiene la citada sentencia del Tribunal Supremo (FD 11.º): "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. Adolfo, es decir, treinta y un puntos, pues, efectivamente, sus respectivos ejercicios son similares"<sup>42</sup>.

El control pleno de la actividad administrativa por los jueces y tribunales (artículo 106.1 de la CE) incluye los aspectos reglados de la decisión, en nuestro caso, la valoración de los méritos, pero también del respeto de los principios generales del derecho a que la Administración se encuentra siempre sometida<sup>43</sup>. Esto no excluye la sustitución de la Administración por el juez en los supuestos de reducción a cero de la discrecionalidad o cuando la quiebra de los principios jurídicos fundamentales aplicables a la actividad administrativa ha sido manifiesta. Por ejemplo, que, ante un mérito idéntico alegado por varios aspirantes, la Administración haya otorgado distinta puntuación<sup>44</sup>. Como se ha expresado, el órgano revisor podrá reconocer como situación jurídica individualizada que dicha puntuación sea igualada.

## 5. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN LOS CONCURSOS PÚBLICOS

Para comenzar este apartado hay que tener presente que la interdicción de la arbitrariedad es una garantía constitucional frente a los poderes públicos. Dicho mandato está previsto en el artículo 9.3 de la CE. La fijación de este principio en la Carta Magna es muy significativa dado que la arbitrariedad siempre ha ido de la mano de lo carente de razón o de la deficiencia de un verdadero Estado de derecho<sup>45</sup>. En cuanto a lo carente de razón, podemos citar

42 Tribunal Supremo, sentencia 1765/2016, de 13 de julio, número de recurso 2036/2014.

43 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi, 2012, p. 1154.

44 La STC 30/2008, de 25 de febrero, afirma de forma contundente sobre esta cuestión que "el artículo 23.2 CE garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo".

45 Sobre esta cuestión, véase FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO, "El principio de interdicción de la arbitrariedad en las Ordenanzas Fiscales", *Quincena Fiscal*, n.º 7, 2016.

a Montesquieu, quien sostenía que "la ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana"<sup>46</sup>, lo que implica que, todo gobernante, debe de dar razón a sus normas o decisiones que afecten a sus ciudadanos. De ello se deriva la principal diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad pues, "discrecionalidad no es arbitrariedad [...] son, más bien, como subraya la sentencia de 21 de noviembre de 1985 –conceptos antagónicos–, que, en palabras de la sentencia de 13 de julio de 1984 –nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero consideraciones en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino, pura y simplemente, la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entrada, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad—" <sup>47</sup>. En cuanto a la deficiencia de un verdadero Estado de derecho, es porque el capricho o la arbitrariedad son más propios de regímenes políticos autoritarios con gobernantes que detentan un poder absoluto e ilimitado, y por lo tanto, carecen del control de racionalidad y razonabilidad de sus decisiones. Siendo sus normas y resoluciones soportadas, simplemente, sobre su mera voluntad arbitraria.

Para determinar el control que pueden realizar los tribunales de la jurisdicción sobre la aplicación de este principio en los concursos, el TS ha elaborado una clara y sólida definición de lo que debe entenderse por el control de la discrecionalidad de la Administración sobre la base de:

– Por una parte, un control de los hechos determinantes que escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal y como la realidad los exterioriza. No le es dable a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

– Y por otra, mediante el enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho que son "la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas". Estos principios informan todo el ordenamiento jurídico (artículo 1.4 del Código Civil) y, por lo tanto, son de obligada consideración a la hora de formular las bases de la convocatoria y en su aplicación. No hay que olvidar que la Administración no está solamente sometida a la ley, sino también al derecho (artículo 103.1 de la CE)<sup>48</sup>.

46 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Tecnos, 2007, p. 17.

47 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, óp. cit, pp. 81-82.

48 STS 1982/1992, de 8 de junio. Esta sentencia citará como antecedentes de su fundamento las sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986; 19 de mayo y 21 de diciembre de 1987; 18 de julio de 1988; 23 de enero y 17 de junio de 1989; 20 de marzo y 22 de diciembre de 1990; 11 de febrero, 27 de marzo y 2 de abril de 1991; 20 de enero,

Por todo lo expuesto, resulta evidente que los actos de valoración de las comisiones quedan sujetas al filtro de este principio<sup>49</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo ya indicó que los méritos deben valorarse conforme establecen las bases, sin opción a aplicaciones de las mismas que desemboquen en arbitrariedades. Por ejemplo, en su sentencia 3094/2016, afirmaba: "pues bien, tras cuanto hemos expuesto es claro que procede acoger las pretensiones de la Sra. Encarna, anular la actuación administrativa exclusivamente en lo que le afecta y reconocer su derecho a que se le valoren [sus méritos], conforme a las bases de la convocatoria"<sup>50</sup>.

También resulta interesante la doctrina establecida en su sentencia 2799/2016, en la que el alto tribunal se queja de la valoración administrativa en estos términos: "mas no se explica con un soporte objetivo y con una debida justificación por qué se llega a esos resultados deficitarios, pues lo que se ofrece con dicha finalidad son tan solo juicios subjetivos y genéricos"<sup>51</sup>. Por todo ello, la comisión administrativa tiene la obligación de valorar conforme a las bases y no puede alterar realidad de los méritos alegados o manipular ponderación de los mismos.

Otra de las cuestiones sujetas a la interdicción de la arbitrariedad es la interpretación de las propias bases. Cuestión esta de vital importancia dado que la función interpretativa de las bases por parte de la Comisión no queda amparada dentro su discrecionalidad técnica. En efecto, la STS 4549/2014, de fecha 24 de septiembre, número de recurso 917/2013, ya afirmaba que: "la interpretación de las bases que rijan la convocatoria de cualquier proceso selectivo de acceso la función pública es una tarea no encuadrable en la denominada discrecionalidad técnica, pues, al ir dirigida a determinar el alcance de una elemento reglado, es una operación de calificación jurídica que está fuera del espacio de saberes técnicos"<sup>52</sup>. En este sentido, una cosa será el juicio valorativo sobre cuestiones de carácter científico, artístico o técnico, y otra muy distinta será la decisión acerca del contenido y alcance de una base de la convocatoria, la cual, tendrá carácter jurídico. Y ello es así entre otras cuestiones porque, como tiene reiterado el Tribunal Supremo, las bases de la convocatoria son la ley del proceso selectivo y los primeros que deben observarla y respetarla son, precisamente, los miembros de la Comisión.

17 de marzo, 14 de abril y 12 de mayo de 1992. En idénticos términos, la STS 474/1994, de 9 de febrero.

49 La STS 4206/2007, de 10 de mayo, número de recurso 545/2002, ponía de manifiesto que la "constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencioso sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trata". JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ, "El acceso a la función pública en Colombia: Discrecionalidad del ejecutivo y control judicial de sus decisiones", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2020, pp. 41-70.

50 Tribunal Supremo sentencia 3094/2016, de 28 de junio, número de recurso 1886/2015.

51 Tribunal Supremo, sentencia 2799/2016, de 26 de mayo, número de recurso 1785/2015.

52 Tribunal Supremo, sentencia 4549/2014, de 24 septiembre, número de recurso 917/2013.

## CONCLUSIONES

Los concursos públicos de personal son procedimientos administrativos de gran importancia para la vida y pervivencia de las Administraciones públicas. Es por ello que la Constitución española reserva varios preceptos de su texto a garantizar el acceso en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Siendo este derecho de acceso uno de los establecidos como fundamentales y, por lo tanto, protegidos en última instancia por el amparo del Tribunal constitucional. Para la selección del candidato ganador de la plaza ofertada, la legislación española establece un órgano evaluador dotado de conocimientos científicos, técnicos o artísticos, el cual, deberá realizar el trabajo de ponderar los méritos alegados o pruebas realizadas por los candidatos de cara a establecer una prelación de los mismos. Dicha valoración y cuantificación es lo que denominamos discrecionalidad técnica, y la misma, como el resto de actos o actuaciones administrativas, queda sujeta al control jurisdiccional.

La Constitución española establece también que las Administraciones públicas están sometidos a la ley y al derecho, y este último, como reconoce la más autorizada doctrina, hace referencia a los principios generales del derecho. En este sentido, el control de los tribunales sobre los actos dictados en base a la discrecionalidad técnica quedará sujeto a estos principios jurídicos. Y entre ellos, se elevan los de defensa, igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Este marco de juridicidad permitirá el control del acto administrativo sin entrar a sustituir la función evaluadora del órgano administrativo. Por un lado, el principio de defensa implicará el deber de motivar la resolución y dar cuenta del porqué de los puntos asignados a los méritos o pruebas realizadas; el principio de igualdad permitirá comprobar el otorgamiento de un trato igual para los iguales y desigual para los desiguales; y por último, la interdicción de la arbitrariedad permitirá expulsar las valoraciones o criterios que carezcan de racionalidad o razonabilidad. En definitiva, entendemos que estos principios jurídicos otorgan al aspirante garantías de control jurisdiccional suficiente sobre su participación en el concurso y que, asimismo, no se invade el juicio técnico del órgano evaluador.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

ATIENZA, MANUEL. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

BELADIEZ ROJO, MARGARITA. *Los principios jurídicos*. Navarra: Civitas, 2010.

BETTI, EMILIO. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

COCA VITA, EDUARDO. "Legalidad constitucional, exclusión de control jurisdiccional y discrecionalidad técnica". *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983, pp. 1039-1081.

COCA VITA, EDUARDO. "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales". *Revista de Administración Pública*, n.º 108, 1985.

DUQUE BOTERO, JUAN DAVID. "Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado". *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2020.

FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece". *Revista de Administración Pública*, n.º 196, 2015.

FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *De la arbitrariedad de la Administración*. Navarra: Aranzadi, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y RICARDO ALONSO GARCÍA. *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial*. Navarra: Aranzadi, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo II*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid: Civitas, 2001.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, FERNANDO. *Los principios y garantías constitucionales en las ordenanzas fiscales*. Navarra: Aranzadi, 2015.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, FERNANDO. "El principio de interdicción de la arbitrariedad en las ordenanzas fiscales". *Quincena Fiscal*, n.º 7, 2016.

LÓPEZ MENUÑO, FRANCISCO. "Los principios generales del procedimiento administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 129, 1992.

MENÉNDEZ, ÁNGEL, BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES Y JUAN ANTONIO CHINCHILLA. *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2005.

MILKES S., IRIT. "Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales". *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 2007.

NIETO, ALEJANDRO. "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria". *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964.

NIETO, ALEJANDRO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Barcelona: Ariel, 2010.

RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ. "El acceso a la función pública en Colombia: discrecionalidad del ejecutivo y control judicial de sus decisiones". *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2020.

RODRÍGUEZ ARANA, JAIME. "El derecho administrativo global: un derecho principal". *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 76, 2010.

REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Los principios generales de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Dykinson, 1987.

REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*. Navarra: Aranzadi, 2014.

SUAY RINCÓN, JOSÉ. *La doctrina de los principios generales del Derecho. Separata de Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Madrid: Civitas, 1993.

TARDÍO PATO, JOSÉ ANTONIO. *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 2011.

#### JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo, sentencia 5168/2006, de 27 de julio, número de recurso 2393/2003.

Tribunal Supremo, sentencia 4206/2007, de 10 de mayo, número de recurso 545/2002.

Tribunal Supremo, sentencia 5608/2012, de 1.º de junio, número de recurso 564/2010.

Tribunal Supremo, sentencia 3944/2014, de 24 de septiembre, número de recurso 1375/2013.

Tribunal Supremo, sentencia 4549/2014, de 24 de septiembre, número de recurso 917/2013.

Tribunal Supremo, sentencia 5306/2015, de 26 de noviembre, número de recurso 3369/2014.

Tribunal Supremo, sentencia 14/2016, de 18 enero, número de recurso 3379/2014.

Tribunal Supremo, sentencia 2799/2016, de 26 de mayo, número de recurso 1785/2015.

Tribunal Supremo, sentencia 3094/2016, de 28 de junio, número de recurso 1886/2015.

Tribunal Supremo, sentencia 1765/2016, de 13 de julio, número de recurso 2036/2014.

Tribunal Supremo, sentencia 4226/2016, de 27 de septiembre, número de recurso 1491/2014.

Tribunal Supremo, sentencia 5473/2016, de 15 de diciembre, número de recurso 881/2015.