

MESA REDONDA PRIMERA.
RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL

**EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE
LOS ACTOS DICTADOS EN EJERCICIO
DE POTESTADES DISCRECIONALES**

Jesús Cudero Blas
Magistrado del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Muy resumidamente, el llamado “carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa” se fundamenta en tres proposiciones: la primera, que la Ley otorga potestades a la Administración que le permiten dictar disposiciones generales y actos que se presumen válidos y eficaces; la segunda, que se traslada al destinatario de aquella actividad la carga de impugnarla judicialmente, para lo cual habrá de justificar la invalidez invocada y los hechos constitutivos de su derecho; la tercera, que el proceso administrativo permite enjuiciar aquella actividad (o inactividad) administrativa, en el bien entendido que no se fiscaliza a la Administración para evitar que actúe, sino después de haberlo hecho (u omitido su deber de actuar).

Es evidente que después de la Constitución, ese carácter revisor debe cohonestarse necesariamente con el derecho a la tutela judicial efectiva (en la parte del mismo referida a la proscripción de la indefensión, el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes) y con el alcance del propio control judicial a tenor del artículo 106 CE, que recae no solo sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria o la legalidad de la actuación administrativa, sino también sobre el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican, lo que permite declarar nulo un acto que se aparte de esos fines

El contenido de ese carácter podríamos sintetizarlo así: a) En el proceso judicial es imprescindible la presencia de una Administración Pública (o ente sometido al Derecho Administrativo) por ser ésta el verdadero centro de imputación de la decisión,

actividad o inactividad correspondiente, que son, propiamente, las que dotan de contenido a la actividad jurisdiccional; b) El proceso se produce *ex post facto*, es decir, dictado el acto u omitida la actuación a la que –legalmente– el ente público venía obligado; c) El recurrente no solo puede interesar la declaración de nulidad de la actuación que impugna, sino que puede ejercitar una pretensión de plena jurisdicción en los términos que veremos; d) Son impugnables los actos singulares, reglamentos, vías de hecho, inejecución de actos firmes, cumplimiento de obligaciones reconocidas e inactividad jurídica en los casos de silencio; e) No todo acto es recurrible, sino sólo los que dispongan de cierta aptitud jurídica: que no sean de mero trámite; que no hayan ganado firmeza; que hayan agotado la vía impugnatoria previa o que no hayan sido consentidos por el interesado.

En la LJ de 1956 ya se afirmaba –en su Exposición de Motivos– dos cosas: la primera, que a pesar del nombre (“recurso” contencioso-administrativo) la jurisdicción no se concibe como una segunda instancia, sino como *“un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo”*; la segunda, que solo es revisora en cuanto requiere un previo acto de la Administración, *“sin que ello signifique que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración”*.

Y en nuestra ley actual (i) se parte del derecho a la tutela judicial efectiva y del art. 106 CE, que somete en su integridad la actividad administrativa al control judicial, (ii) se incorpora a la actividad impugnable actuaciones que no son propiamente actos administrativos y (iii) se afirma que la finalidad de la nueva ley es superar la concepción revisora del recurso para *“abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”*.

II. EL CARÁCTER REVISOR TRAS LA CONSTITUCIÓN

Puede afirmarse que el principio revisor debe limitarse a un núcleo irreductible constituido, de una parte, por el acto, norma, actuación o inactividad que se impugna; y de otro lado, por la pretensión ejercitada frente a ese acto, que no puede ser diferente de la articulada ante la Administración. Ahora bien, cabe afrontar la impugnación desde una perspectiva diferente a la vía previa. Así:

- Cabe suscitar hechos nuevos o distintos de los apreciados por la Administración.
- La valoración de la prueba efectuada en el expediente administrativo no conforma una verdad que no pueda ser discutida, refutada o destruida en el proceso judi-

cial, al punto de que la presunción de validez es *iuris tantum* sin que, iniciado el proceso, los hechos aportados por la Administración tengan mayor valor que los ofrecidos por el interesado (principio de igualdad de armas, que se deriva del derecho a un proceso con todas las garantías).

- Cabe proponer en el proceso nueva prueba sin ceñirse a la practicada en la vía administrativa ni limitarse a la que no pudo ser allí practicada o la referida a hechos sobrevenidos.
- Cabe esgrimir motivos nuevos -no pretensiones- no aducidos en las vías precedentes, existiendo libertad de configuración para su invocación (artículo 56.1 LJ: *“en los escritos de demanda y de contestación se consignarán...las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración (...)”*).
- Es posible solicitar que el Tribunal entre en el fondo del asunto cuando el órgano revisor administrativo no lo ha hecho, sin necesidad de retrotraer el procedimiento para que dicho órgano se pronuncie.

Merece la pena detenerse en este último aspecto, en el bien entendido de que las pretensiones deben ser diferenciadas de los motivos, pues éstos –y solo éstos– se pueden esgrimir con libertad dialéctica en el proceso, hayan sido o no utilizados ante la Administración.

Aquí la pregunta clave es si cabe el examen de la pretensión de fondo pese a no haber entrado en ella la Administración: esto se da con frecuencia en la práctica y conviene precisarlo porque a menudo se confunde la necesidad del acto previo con el supuesto derecho de la Administración a resolver sobre el fondo del asunto. Y es importante señalar que el principio revisor se satisface cuando se agota la vía impugnatoria preceptiva, sin que haya obligación de reenviar la cuestión al órgano de revisión para que entre en el fondo si inicialmente no lo hizo.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA

En el proceso se pueden practicar cuantas pruebas pretendan las partes y admita el Tribunal, sin limitación por razón de lo actuado en la vía precedente. Por tanto:

- 1) Es incorrecta la limitación de la prueba judicial a la mera crítica de la valorada en vía administrativa. La prueba administrativa, documentada en el expediente, puede ser suficiente para resolver, teniendo el órgano judicial la facultad para determinar esa suficiencia, pero ello no es obstáculo para que el recurrente pueda

- interesarse y –si resulta procedente a juicio del Tribunal– obtener el recibimiento a prueba del recurso con el fin de enervar los hechos tenidos en cuenta al dictar el acto recurrido.
- 2) Quien interese la prueba tiene la carga de expresar de forma ordenada los puntos de hecho (artículo 60.1 LJ), requisito que no es puramente formal, sino sustantivo y su infracción no es subsanable, en principio, aunque en la práctica se acepta su expresión en el recurso de reposición.
 - 3) Una norma especial para la prueba procesal que la independiza de la prueba previa es la obligación de celebrarla en caso de sanciones administrativas y disciplinarias, cuando haya discrepancia en los hechos.
 - 4) El Tribunal puede decretar de oficio, ya el recibimiento a prueba -cuando las partes no la han instado- ya la práctica de pruebas no pedidas a través de las diligencias finales, término que sustituye al antiguo de diligencias para mejor proveer.
 - 5) Puede proponerse cualquier medio probatorio pertinente y útil, para acreditar cualquier hecho de relevancia para el proceso. En particular, pueden aportarse documentos públicos, privados o mercantiles no facilitados a la Administración, aunque no sean posteriores al procedimiento.
 - 6) Procede la prueba pericial aunque no se hubiera promovido ante la Administración: será admitida en función de su previsible trascendencia, de la idoneidad del perito o del objeto de la pericia, pero no se podrá denegar sólo porque no se hubiera promovido una prueba similar ante la Administración.

IV. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

La discrecionalidad administrativa y su reflejo en los llamados actos de imperio gozaron tradicionalmente de una completa inmunidad frente al poder judicial al no preverse su impugnación mediante el recurso contencioso-administrativo. El recurso de exceso de poder (*excès de pouvoir*), el vicio de forma como motivo de impugnación y, finalmente, la desviación de poder constituyeron los primeros hitos para terminar con aquella inmunidad.

En nuestro ordenamiento actual, varios preceptos constitucionales (el artículo 24.1, el artículo 103.1 y el artículo 106.1, sustancialmente) imponen claramente un control judicial de la discrecionalidad administrativa en una doble dimensión: la institucional, derivada del mandato de servicio a los intereses generales (artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución), y la individual, que consiste en una garantía con rango de

derecho fundamental de los derechos e intereses legítimos de todos y que no es otra que la tutela judicial efectiva. La intensidad del control se encuentra en consonancia con la tutela judicial efectiva: el control debe alcanzar hasta donde sea necesario para garantizar dicha tutela.

Las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad son conocidas: el control de los elementos reglados, el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del Derecho. Merece destacarse, en relación con los elementos reglados, la desviación de poder (inserta en los elementos reglados del acto, concretamente en la extensión de la potestad), que concurre tan pronto como el fin pretendido por la Administración diverge del fijado en la norma habilitante. Como ha señalado el Tribunal Supremo (desde la conocida sentencia de 18 de marzo de 2011 (recurso núm. 1643/20017) la desviación de poder existe no solo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, sino también cuando se persigue un fin público ajeno, distinto del previsto por el ordenamiento para el caso concreto.

El verdadero problema que suscita esta técnica de control radica en su dificultad probatoria, respecto de la que la jurisprudencia viene apelando a la “convicción moral que se forme el Tribunal” o al “suficiente grado de certeza sobre el apartamiento del fin”, admitiendo presunciones a este respecto siempre que se acrediten los hechos de que parte la inferencia y el enlace preciso, lógico y directo, ambos requisitos exigidos siempre en el ámbito procesal a tenor de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El control de los hechos determinantes exige detenerse también en la aplicación por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados, pues, con ellos, la norma habilitante puede delimitar las potestades o imponer ciertos límites: si pueden expropiarse bienes en casos de catástrofe o calamidad pública, la concurrencia de esa situación es la que permite a la Administración actuar. Para la mayoría de la doctrina, el único privilegio de que goza la Administración radica en su apreciación previa de los hechos y presunción de legalidad de la dicha apreciación, pero la efectiva concurrencia de la situación puede discutirse en sede judicial: el juez ejerce un control completo sobre la concreción que la Administración ha realizado del concepto jurídico indeterminado a través del margen de apreciación, estudiando si resulta posible reconducir la zona de penumbra o halo del concepto, en el que opera dicho margen, a la zona de certeza positiva.

Por otra parte, precisa un planteamiento separado el control judicial de la (mal llamada) discrecionalidad técnica. El medio procesal apropiado para cuestionar la juridicidad de la decisión administrativa (con base en criterios técnicos y científicos) radicaría en la prueba pericial que los Tribunales han de valorar conforme a la sana crítica, en el bien entendido que debe preservarse un núcleo discrecional –según la jurisprudencia– dentro del cual puedan ampararse soluciones jurídicamente indiferentes.

No está de más señalar aquí que el término (discrecionalidad técnica) resulta inapropiado. Nos encontramos, en realidad, ante conceptos jurídicos indeterminados porque la ley define el supuesto de hecho a través de conceptos abstractos que solo pueden ser concretados en su aplicación práctica, sea porque la norma se refiere a una realidad cuyos límites no pueden ser precisados al enunciarse, bien porque el legislador ha preferido no acotarlos para permitir que la Administración se atempere a las circunstancias del caso.

Son conceptos de esta naturaleza la buena fe, interés social, calamidad o catástrofe pública, extraordinaria y urgente necesidad. Pero también lo son, sin duda, el “mérito y capacidad” a los que debe necesariamente atemperarse el acceso a las funciones públicas.

Lo importante es señalar que cuando nos hallamos ante el ejercicio de una potestad discrecional, la Administración goza de libertad de elección entre alternativas igualmente justas. Pero la aplicación al caso concreto del concepto jurídico indeterminado solo permite una solución justa.

En el estado actual de la jurisprudencia, puede afirmarse que el control de la decisión técnica solo puede recaer sobre el error manifiesto en la apreciación técnica y sobre la arbitrariedad.

Pero, ¿cuáles son los límites del control judicial?.

El primero y fundamental es destacar el carácter estrictamente legal del control; la supervisión de los jueces no puede implicar un traslado de potestades administrativas hacia el poder judicial pues la impugnación de los actos administrativos no puede convertirse en una vía para sustituir al titular de la decisión política.

Y aquí es donde se despliega en toda su intensidad el artículo 71.2 LJ: ¿pueden los jueces y tribunales sustituir las decisiones discrecionales de la Administración cuando pueda afirmarse realmente que el contenido de la decisión ha consistido en una opción entre soluciones jurídicamente indiferentes? ¿O han de limitarse siempre y en todo caso a la anulación de la decisión administrativa sin determinar el contenido correcto del acto?

Conviene aquí distinguir varios supuestos, que se desprenden de la jurisprudencia: a) Si el acto anulado concreta el resultado del ejercicio de una potestad reglada, la sustitución carece de polémica dado que el juez encuentra en el ordenamiento todas las directrices para dictar una decisión correcta; b) Si la inicial pluralidad de soluciones jurídicamente indiferentes que caracterizan la discrecionalidad se ha reducido a una única opción, es decir, queda tan solo una única actuación conforme a Derecho, se

justificaría que el juez, en un acto de economía procesal, condene a la Administración a la realización de una actuación concreta.

En cualquier caso, la práctica totalidad de las decisiones estimatorias de los Tribunales en relación con la “discrecionalidad técnica” se asienta en razones de índole puramente formal: se anula la decisión (el nombramiento del empleado público) por su deficiente motivación, ordenando a la Administración que –previa retroacción del procedimiento administrativo- adopte un acuerdo debidamente razonado.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014 (RECURSO 3157/2013): LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL.

El supuesto de hecho en el proceso era el siguiente: a) La interesada participa en un concurso oposición optando a una plaza de “medicina intensiva” para el servicio de salud de una Comunidad Autónoma; b) El proceso selectivo constaba de un test y la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre los cuatro propuestos por el Tribunal; c) No superó este segundo ejercicio al no alcanzar la puntuación mínima establecida en la convocatoria; d) Solicitada la revisión del examen, el Tribunal informó de las razones de la puntuación otorgada en atención a un modelo de respuestas que había sido preestablecido por el propio Tribunal; e) En sede judicial, se emite informe pericial en el que se interesa del perito que informe sobre (i) si la calificación del tribunal Calificador es correcta o hay “errores palmarios y manifiestos en la misma” y (ii) si dicha valoración fue objetiva u obedeció a otros intereses distintos de los de la imparcialidad que debe regir en todo proceso selectivo; d) La sentencia de instancia desestima el recurso afirmando, respecto del dictamen pericial, que el mismo es admisible pero resulta insuficiente para estimar el recurso, pues “*lo que en realidad se pretende es sustituir el criterio de dicha Comisión por el aducido en dicha prueba, sin poner de manifiesto el error patente, y sin ninguna duda en el que se incidió por la Comisión al proceder a su valoración cuando dicho error se trata de evidenciar por medio de un informe pericial de parte, que aunque válido, no expresa más que la opinión de un especialista frente a la manifestado por quienes componían el Tribunal Calificador del proceso selectivo*”.

En la sentencia de casación se contienen dos afirmaciones que completan la jurisprudencia y que tienen cierta relevancia:

La primera que, en el control jurisdiccional de la llamada discrecionalidad técnica, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida

la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse. Y ello por cuanto (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error; y para ello será necesario (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error.

El recurso no prospera, finalmente, por cuanto la lectura de lo que ese informe expone sobre lo que respondió la actora en las distintas preguntas, y sobre lo que valoró el Tribunal Calificador, tan sólo permite constatar ese distinto parecer técnico sostenido por la perito que acaba de señalarse en relación con los criterios y soluciones elegidos como correctos por el Tribunal Calificador, pero no que dichas opciones de este último hayan sido mayoritariamente considerados por la Comunidad Científica como errores inaceptables o evidentes. En definitiva, la revisión del núcleo del juicio técnico del órgano de calificación del proceso selectivo sólo resulta jurídicamente procedente cuando se justifica un error de la entidad y características que permitan singular una gravísima equivocación, que sí merece una calificación jurídica.

La sentencia cuenta con un voto particular que afirma lo siguiente:

“Entendida la discrecionalidad técnica como una presunción iuris tantum, si se quiere más fuerte, dada la naturaleza especializada de los órganos de procedencia, podrá ser vencida en juicio por los procedimientos y pruebas legalmente establecidas y valoradas con arreglo a la sana crítica. Desde ese

punto de vista es evidente que el órgano judicial, salvo en cuestiones jurídicas en que debe conocer el derecho, no puede sustituir el criterio de los Tribunales Calificadores por el suyo propio, pero cuando valora las pruebas del proceso y llega a una conclusión razonable según las reglas de la sana crítica no aplica su criterio propio, sino el resultado del proceso que pone de manifiesto el error en que ha incurrido la Administración”.

Finalmente, según el propio voto, la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia. En cualquier caso, al tratarse de un proceso selectivo, en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera hacer supuesto la retroacción de actuaciones para que por un Tribunal Calificador distinto, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los criterios de valoración.

Es obligado afirmar que esta sentencia parece dar un paso adelante en el control y otro atrás. Por de pronto, parece declarar ya que la prueba pericial es apta para determinar una eventual anulación de la resolución recurrida por error patente, es decir, por arbitrariedad. Pero parece afirmar también que lo que le atañe al perito es justificar que la discrepancia manifestada es respaldada por la mayoría de la comunidad científica. Y aquí la cuestión es simple: ¿no será una carga excesiva para el recurrente acreditar esa casi unanimidad científica?

Podría decirse –como ha apuntado un cualificado sector doctrinal– que el criterio de la opinión mayoritaria de la comunidad científica equivaldría *de facto* a cambiar un concepto (discrecionalidad técnica) por otro tanto o más inabarcable (la opinión mayoritaria de una comunidad de límites imprecisos).