



Roj: STS 2433/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2433  
Id Cendoj: 28079130072016100190  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 7  
Nº de Recurso: 1740/2015  
Nº de Resolución: 1225/2016  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: CELSA PICO LORENZO  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el recurso de casación núm. 1740/2015, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Miguel Velasco Muñoz de Cuellar en nombre y representación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contra la sentencia de 3 de marzo de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha con sede en Albacete, en el recurso núm. 280/2011, seguido a instancias de D<sup>a</sup> Celsa contra la Resolución de fecha 31 de enero de 2011 dictada por la Dirección General de Recursos Humanos del SESCOG que desestima el recurso de alzada contra la Resolución de 13 de diciembre de 2010 por la que se aprueba la relación de aspirantes aprobados en fase de oposición y plazo para la presentación de méritos del proceso selectivo para el ingreso por los sistemas general de acceso libre y de promoción interna en la categoría de grupo auxiliar de la función administrativa de las Instituciones Sanitarias del SESCOG convocadas mediante Resolución de 5 de octubre de 2009 del SESCOG. Ha sido parte recurrida D<sup>a</sup> Celsa representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Andrea de Dorremochea Guiot.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 280/2011 seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha con sede en Albacete, se dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2015 que acuerda: " 1.º Rechazamos las causas de inadmisibilidad opuestas por la representación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. 2.º Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto. 3.º Anulamos la resolución recurrida. 4.º Como reconocimiento de la situación jurídica individualizada de la parte recurrente declaramos su derecho a tener por superada la fase de la oposición de las pruebas a las que concurrió con derecho a participar en la siguiente fase de concurso del proceso selectivo en la que deberá ser evaluada por el Tribunal de las pruebas de acuerdo a las bases de la convocatoria de dicho proceso, quien decidirá conforme a derecho y su saber y entender el resultado global del proceso selectivo según la puntuación obtenida en la oposición a la que se añadirá la que consiga en el concurso de méritos que le queda por realizar. Esta declaración y reconocimiento se hace sin merma ni perjuicio para los derechos de tercero que superaron dichas pruebas selectivas. 5.º No hacemos pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de la junta de Comunidades de Castilla La Mancha se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal, por escrito presentado el 14 de mayo de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** La representación procesal de D<sup>a</sup> Celsa por escrito de fecha 9 de octubre de 2015 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

**QUINTO.-** Por providencia de 20 de enero de 2016 se señaló para votación y fallo para el día 25 de mayo de 2016, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha interpone recurso de casación contra la sentencia estimatoria de 3 de marzo de 2015 dictada por el TSJCastilla La Mancha en el recurso 280/2011 deducido por doña Celsa contra la Resolución de fecha 31 de enero de 2011 dictada por la Dirección General de Recursos Humanos del SESCAM que desestima el recurso de alzada contra la resolución de 13 de diciembre de 2010 que aprueba la relación de aspirantes aprobados en fase de oposición y plazo para la presentación de méritos del proceso selectivo para el ingreso por los sistemas general de acceso libre y de promoción interna en la categoría de grupo auxiliar de la función administrativa de las Instituciones Sanitarias del SESCAM convocadas mediante Resolución de 5 de octubre de 2009 del SESCAM.

La sentencia en su PRIMER fundamento (completa en Cendoj: **Roj:** STSJ CLM 585/2015 - **ECLI:** ES:TSJCLM:2015:585) identifica el acto impugnado al tiempo que reseña lo esencial de la pretensión actora y la oposición de la administración.

En el SEGUNDO rechaza las causas de inadmisibilidad esgrimidas por la administración, mientras en el TERCERO reproduce prolijamente la doctrina de esta Sala acerca de la discrecionalidad técnica.

Tras ello señala que *"a pesar del informe del Tribunal de la oposición que se recoge en la resolución de 31-1-2011 de que los exámenes de los dos turnos de mañana y tarde tuvieron la misma dificultad técnica con la misma estructura y criterios, siendo homogéneos en su dificultad científica con el fin de ahuyentar cualquier atisbo de discriminación para que los aspirantes pudieran afrontar las pruebas en condiciones de absoluta igualdad con independencia de su preparación académica y científica, la Sala aprecia que existe una prueba concluyente de que la actuación del Tribunal no se ajustó a esos criterios igualitarios y equitativos a la hora de evaluar las pruebas y ejercicios en que consistía la fase de oposición. La prueba más evidente de que no fue así son los concluyentes resultados de la prueba. Por la mañana tan solo aprobaron el 28% de los presentados y por la tarde el 72% . Si las matemáticas no fallan estos datos significan que mientras en el turno de mañana aprobó 1 de cada cinco candidatos- concretamente 1,4 de los presentados- en el de la mañana por el contrario los aprobados fueron casi cuatro- concretamente 3,6- de los cinco presentados. Estos datos aportados por la parte recurrente no son controvertidos por la Administración demandada y ponen de manifiesto las mayores ventajas a la hora de aprobar que tuvieron los que se presentaron en el turno de tarde con relación a los de la mañana, es decir que las oportunidades no fueron las mismas para los de una tanda con relación a los de la otra"*.

Examina luego cual pudiera ser la causa de esa desigualdad y si es constitutiva o no de violación del art. 14 CE .

Descarta la diferencia de criterios de corrección por parte del Tribunal de la oposición al haber uno solo. No cree que al concurrir un elevadísimo número de aspirantes (se trataba de cubrir 483 plazas), hubiese una distribución tan desigual de preparación entre candidatos, concentrándose casi la totalidad de los mejores en el grupo de la tarde mientras que a los de la mañana solo concurren los peores.

Tampoco reputa lógico que la diferencia de aprobados estuviera en el empleo de medios fraudulentos ya que no existe ningún rasgo indiciario de denuncia o prueba.

Analiza otras variables como podrían ser la duración de los exámenes o el número de las preguntas formuladas, pero las bases de la convocatoria - base 6.2- eran uniformes en cuanto al establecimiento de una misma duración de 150 minutos y un cuestionario de 100 preguntas de manera que ninguna influencia tuvieron esos factores en tan anómala división de resultados. Tampoco atribuye esa influencia a la hora en que se realizaron los exámenes.

Rechazadas todas esas alternativas *"todo apunta a la importancia que tuvo en unos resultados tan desiguales y desproporcionados el distinto grado de dificultad de las preguntas de uno y otro examen. Esta causa la señala la recurrente insistentemente en su demanda y la da a entender la Administración en su contestación cuando afirma en la página 8 de su contestación que se elaboraron dos cuestionarios distintos si bien a continuación sostiene que la demandante no ha acreditado la mayor dificultad del ejercicio celebrado por la mañana respecto del de la tarde. Para la Sala esta última apreciación de la demandada resulta equivocada y desmentida con la prueba de los porcentajes de aprobados tan extravagantes que se dieron en uno y otro grupo. Estos resultados ponen de manifiesto sin duda que el examen de la mañana fue mucho más difícil que el de la tarde y que las probabilidades de aprobar eran más altas para los del turno de la tarde que los de la*

*mañana. Muestra evidente de esta desigualdad en la dificultad de los exámenes es que al turno de mañana concurren los opositores del turno de promoción interna y tan solo uno de ellos superó la puntuación de 25. No se respetó el estricto cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades por el que el Tribunal debería velar según la base 5.6 de la convocatoria, resultando arbitraria tanta desigualdad en las complicaciones de los exámenes con significativas y enormes ventajas para el turno de tarde con porcentaje de aprobados del 44% con relación al grupo vespertino".*

Siendo esta la causa de las diferencias reputa arbitrario y contrario a la racionalidad que *"la superación de la oposición dependiese de un factor tan aleatorio como la suerte en el llamamiento que le pueda corresponder al aspirante, siendo esa suerte o el azar extraño y contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad que presiden el acceso a la función pública según el art. 23.2 de la Constitución . Sin duda estuvo al alcance del Tribunal de acuerdo con la base 5.6 ya señalada corregir esa desigualdad fijando unos exámenes equiparables en el grado de dificultad y al provocar con su actuación unos resultados tan acusadamente diferenciados incurrió en arbitrariedad en el señalamiento de las preguntas, lo que está proscrito por el art. 9.3 de la Constitución "*.

Luego en otro TERCERO indica que la superación de unas pruebas no puede hacerse depender de la suerte en el llamamiento que uno tenga sino de la capacidad o el mérito adquirido. *"Esta facultad del Tribunal se ha tratado de ejercer en este caso planteando la tesis en virtud de proveído de fecha 16-12-2014 conforme al art. 33.2 de la LJCA con el sano propósito de recurrir a criterios correctores, incrementando la puntuación de la recurrente en un 22% que es la mitad de la diferencia entre el porcentaje de aprobados de la tarde, que fue del 72% con relación al turno de la mañana que fue del 28%. La Junta en sus alegaciones a esa tesis considera que la actuación del Tribunal tendría un encuadre más adecuado en la fase de ejecución de la sentencia, siendo asimismo incongruente con lo suplicado por la recurrente".*

La Sala rechaza el informe y alegaciones de la representación letrada de la Junta. Con la tesis planteada *"trata de solucionar el caso concreto enjuiciado y la Sala lo ha preferido antes que anular un proceso selectivo multitudinario, conforme a lo suplicado en demanda, con nada menos que mas de 400 afectados que superaron las pruebas y obtuvieron plaza, que como consecuencia de la invalidación de las pruebas se verían separados del servicio y sometidos nuevamente y abocados a presentarse a pesar de haber demostrado ya su mérito y capacidad. Ante una alternativa con unos resultados tan injustos y desproporcionados la Sala ha preferido dar una salida concreta y específica al caso de la recurrente incrementando su calificación de 26,50 en un 22% que le permite superar la nota de corte establecida en 27,84 puntos, quedando con una puntuación final para la oposición de 32,33 puntos, que le garantiza sin más dilaciones y contratiempos tener por superada la oposición con derecho a proseguir el proceso selectivo, facilitando de esta manera su derecho a la tutela judicial efectiva con evitación de las complicaciones de una tortuosa ejecución.*

Sienta que no le corresponde a la Administración ejercer las funciones de portavoz de los intereses de la contraparte a la que no representa. *" Por lo pronto quien estaba más interesada en el alegato ha dado la callada por respuesta, interpretando esa Sala el silencio como aquietamiento a dicha tesis. Efectivamente, la solución que se anuncia le beneficia, frente a la anulación de todo el proceso que le perjudicaría en cuanto le obligaría a tener que superar de nuevo una fase de las pruebas como es la oposición que aquí se le da por aprobada y permitiéndole la continuación del proceso selectivo en la situación en que quedó. Se trata de una solución que la recurrente no descarta y que acepta, cabiendo como solución más limpia y sencilla dentro del pretendido fin de superación del proceso. La propia Junta incurre en cierto grado de incoherencia cuando después de aceptar que la tesis tendría un encuadre más adecuado en la fase de ejecución de sentencia a continuación se desmarca de ese planteamiento y mantiene la incongruencia de la propuesta. No resulta comprensible para la Sala que ese planteamiento de la tesis se hiciera en fase de ejecución cuando de estimarse la demanda lo que habría que hacer sería la eliminación de las pruebas y tener que volver a repetir las".*

Dedica el CUARTO a explicar el criterio corrector con apoyo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de setiembre 2010 y 11 de octubre de 2005 .

Añade que la singularidad del caso está en la actuación de un Tribunal único que debió actuar con un cierto grado de homogeneidad a la hora de confeccionar las preguntas del proceso selectivo en su fase de oposición porque, a ello le obligaban no solo las bases del proceso selectivo sino también el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución . *"Como quiera que las posibilidades de acceso a la función pública no pueden depender de la ventura, la suerte o el azar el Tribunal, con su actuación poco cuidadosa al confeccionar un cuestionario con preguntas que, forzosamente habrían de ser diferentes para evitar con su repetición su conocimiento por los alumnos del segundo turno, pero que llegaron a un grado de complicación tan extremo en una de las tandas hasta provocar una desproporción de aprobados tan acusada*

del 72% en el turno de la tarde frente al 28% en el de la mañana, incurrió en arbitrariedad prohibida por el ordenamiento jurídico, lo que debe dar lugar a su corrección por parte de esta Sala".

Con base en los principios de proporcionalidad y ponderación "la Sala trata de equilibrar la lista de aprobados de los dos turnos corrigiendo su desigual proporción, y aumentando la puntuación de la perjudicada con el fin de paliar esa notable diferencia en los listados de aptitud. Para restaurar el principio de igualdad de oportunidades desatendido se enmienda al alza la puntuación de la recurrente dándole un incremento proporcional del 22% sobre su calificación que es la mitad de la diferencia entre el porcentaje de aprobados del turno de la tarde con relación al de la mañana. Con esta corrección se conseguiría, ya que la nota de corte se tomó a partir de las puntuaciones del turno de tarde, subsanar el desequilibrio producido, acercando y aproximando el porcentaje de los declarados aptos en el grupo diurno al de los más favorecidos en el vespertino, de esta manera se evitaría el efecto tan descompensado que ha tenido en los resultados de este proceso la suerte de presentarse en uno u otro turno".

**SEGUNDO.-** 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. c) LJCA aduce incongruencia "extra petita" de la sentencia, con vulneración del art. 218.1 LEC y de la jurisprudencia.

Alega que la pretensión de la recurrente se limitaba a la anulación de una prueba selectiva, y la sentencia va más allá de lo pretendido, pues anuda a aquella la propia superación de la oposición por la actora.

1.1. Refuta el motivo la parte recurrida.

Objeta que la Sala de instancia hizo uso del art. 33.2 LJCA sin que la actora en instancia hiciera alegaciones por estar de acuerdo con el planteamiento mientras si se opuso la representación del SESCOAM.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA sostiene infracción de los arts. 25.1 , 28 y 69.c ) y e) de la Ley 30/1992 , en relación con el art. 107 de la misma.

Alega que no se ha recurrido la resolución de 16 de febrero de 2011 por la que se publican las calificaciones definitivas de las pruebas selectivas, ni se ha tenido a bien atacar resolución alguna del proceso selectivo que pudiera tener un carácter cualificado o generador de expectativa jurídica, por lo que el recurso contencioso-administrativo debió de haberse inadmitido.

2.1. Muestra su oposición la parte recurrida en razón de que tales alegatos no fueron suscitados al contestar la demanda.

3. Un tercer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA invoca infracción de los arts. 9.3 y 23.2 CE en relación con el art. 103.3 de la misma, al infringir la sentencia los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y por infracción del art. 55.1 y 2.d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril , en relación con los arts. 319 , 326 y 386 de la LEC en relación con el art. 24.1 CE , por valoración arbitraria de la prueba.

Alega que la sentencia reconoce como probado que la diferencia de dificultad entre los dos exámenes ha determinado una conculcación de los principios de igualdad, y llega a tal conclusión sin haberse practicado prueba alguna que avalara tal parecer, basándose en un mero dato estadístico.

3.1. Tampoco lo acepta la recurrida en razón de que la valoración de la prueba incumbe a la Sala de instancia.

4. Un cuarto motivo al amparo del art. 88. 1. d ) LJCA sostiene lesión de los arts. 19.1 de la Ley 30/1984 y 9.3 , 14 y 23 CE , así como de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica.

Mantiene que la actuación de la Sala de instancia se sitúa por completo al margen de las posibilidades de control de la discrecionalidad técnica, procediendo a sustituir al Tribunal Calificador.

4.1. Asimismo lo refuta la recurrida. Defiende que la Sala de instancia no ha sustituido al tribunal calificador sino que corrige el desequilibrio producido frente a la actora.

5. Un quinto motivo al amparo del art. 88. 1. d ) LJCA aduce infracción de la jurisprudencia relativa a que las bases de las convocatorias de los procesos selectivos de acceso a la función pública comprometen tanto a la Administración convocante como a los aspirantes.

Alega que la Base 8.3 in fine establece que "Solamente podrán ser declarados aprobados en las pruebas selectivas los aspirantes que obtengan plaza", y la Sala sentenciadora ha obviado dicha previsión, pues determina en la práctica que resulten aprobados en el proceso selectivo un número mayor al de plazas convocadas.

5.1. También es rechazado por la parte recurrida.

Objeta que no se entiende que en el motivo segundo alegue que el acto recurrido era de mero trámite no cualificado y ahora diga que la decisión del tribunal de instancia conculca la legalidad de las leyes.

Sostiene que la sentencia no aprueba la oposición a la recurrente (hoy recurrida) y ha sido la Administración la que ha conculcado la legalidad. Se pregunta ¿ hubiese preferido la Administración una anulación completa del acto recurrido perjudicando a más de cuatrocientos opositores que por el acto recurrido pudieran ganar la oposición pudiendo perderla ante un nuevo examen?.

**TERCERO.-** Procede lo primero despejar el vicio de forma esgrimido.

Esta Sala Tercera se ha pronunciado reiteradamente sobre el vicio de incongruencia (por todas FJ Tercero Sentencia de 30 de octubre de 2014, recurso de casación 421/2014 ).

En concreto la denunciada incongruencia "extra petita" tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones no formuladas, también denominada incongruencia positiva o por exceso ( Sentencias de 24 de mayo de 2010, rec. casación 6182/2006 , y de 23 de diciembre de 2010, rec casación 4247/2006 ).

Como dijo nuestra Sentencia de 5 de mayo de 2009, recurso de casación 1298/2007 la incongruencia por exceso no solo está vedada por nuestras leyes procesales, sino también constitucionalmente al lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues también se incardina en ésta la discordancia entre el fallo judicial y la pretensión ejercitada por las partes.

Es evidente la importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición lo cual se encuentra plasmado en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma . Obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso y evitar, por ende, la incongruencia por exceso.

Si atendemos a lo que acabamos de exponer no cabe atribuir a la sentencia incongruencia "extra petita".

Ciertamente la demandante en instancia, solo interesó la nulidad de la lista de opositores, con base en el quebranto del art. 14 CE por la diferente dificultad de los exámenes según fuera el turno de mañana o el de tarde.

Sin embargo la Sala de Castilla La Mancha al poner de manifiesto a las partes sus consideraciones sobre el incremento de la nota mediante el proveído de 16 de diciembre de 2014, rectificado el 2 de febrero siguiente, al que se refiere el fundamento tercero, cumplió con las exigencias del art. 33.1 LJCA .

No se acoge el motivo.

**CUARTO.-** Para examinar el segundo motivo hemos de partir de que los preceptos invocados como infringidos en su interpretación o como vulnerados por su falta de aplicación en la sentencia no puede ser esgrimidos por vez primera en sede casacional.

Está vedada la introducción de cuestiones no suscitadas previamente ya que ello conduce a la inadmisión del motivo como reiteradamente mantiene este Tribunal (por todas, Sentencia de 28 de noviembre de 2011, recurso de casación 6316/2009 ).

Quiero ello decir que tampoco es factible en sede casacional subsanar omisiones acontecidas en instancia introduciendo cuestiones nuevas ( Sentencia de 7 de marzo de 2011, recurso de casación 3097/2009 .) o invocando preceptos ausentes tanto de la demanda como del escrito de contestación o de la propia Sentencia (Sentencia de 21 de julio de 2015, recurso de casación 2062/2014 ).

No tiene razón la parte recurrida al aducir constituye cuestión nueva el alegato de no haber recurrido la resolución de 16 de febrero de 2011 por la que se publican las calificaciones definitivas de las pruebas.

Justamente fue una de las causas de inadmisibilidad opuesta por la administración a la que se refiere la sentencia en su fundamento segundo al entender que se deben tener por atacadas al recurrir el resultado de una de ella.

Compartimos lo afirmado al sostener que *"la parte recurrente según la resolución de fecha 18 de enero de 2011 de la Dirección General de Recursos Humanos del SESCOAM impugnó en reposición la resolución de 13 de agosto de 2010 por la que se publica el lugar, fecha y hora de realización de la fase de oposición en turno de mañana y tarde y también ataca enalzada la resolución de 13 de diciembre de 2010 por la que se aprueba la lista de aspirantes aprobados en la fase de oposición desestimándose en virtud de resolución de 31*

de enero de 2011 de la misma Dirección General de Recursos Humanos. Entendemos que estas actuaciones previas impiden que se tengan los actos controvertidos como firmes, admitidos y consentidos y que se aprecie agotada correctamente la vía administrativa previa".

Debemos recordar que las Sentencias de esta Sala de 25 de abril de 2012 ( recurso de Casación 7091/2010), de 16 de enero de 2012 ( recurso de Casación 4523/2009) de 18 de mayo de 2011 ( recurso de Casación 3013/2008 ) han aceptado, de acuerdo con una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional [por todas SSTC 87/2008, de 21 de julio FFJJ 3 y 4; 107/2003 FFJJ 2 y ss.] que cuando esta en juego la vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y empleos públicos ( art. 23.2 CE ) el recurrente queda eximido de la carga de impugnar las bases de una convocatoria siempre que recurra la resolución final que lesiona su derecho.

Tal doctrina resulta aquí aplicable. La demandante en instancia doña Celsa realizó las impugnaciones reflejadas en el fundamento de la sentencia impugnada por lo que debe ser rechazada la objeción planteada.

No prospera el segundo motivo.

**QUINTO.-** Para enjuiciar el tercer motivo debe reiterarse que la posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito casacional se encuentra absolutamente limitada.

No debe olvidarse que la finalidad del recurso es uniformar la interpretación del ordenamiento jurídico por lo que no cabe revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia a la que incumbe tal función sin que este Tribunal constituya una segunda instancia.

Este Tribunal insiste en que no corresponde al mismo en su labor casacional revisar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia ante el mero alegato de la discrepancia en la valoración efectuado por la parte recurrente.

No incluye nuestra norma reguladora de la jurisdicción como motivo de casación general el error evidente en la apreciación de la prueba. Fue excluido como motivo casacional en el art. 88.1. LJCA 1998 tras la previa implantación del recurso de casación por la Ley 10/1992, de 30 de abril , que lo suprimió en el orden jurisdiccional civil.

Si cabe esa revisión cuando se produzca una interpretación irracional o arbitraria, tal cual aquí se aduce.

No obstante tal alegato lo cierto es que se encuentra huérfano de prueba. Es cierto, como afirma la administración recurrente, que la Sala de instancia llega a la conclusión expuesta en el fundamento cuarto de su sentencia sin haberse practicado prueba. Ello es así porque ni la actora ni la administración interesaron el recibimiento a prueba del pleito.

La Sala de instancia tras excluir una serie de supuestos (fraude, presencia masiva de los mejores/peores opositores en un turno, etc.) establece la prueba de presunción de la gran desproporción entre el número de aprobados en el cuestionario con preguntas entre el turno de mañana y el de tarde.

Como dijo la Sentencia de la Sala Primera de 23 de junio de 2015, recurso casación 1356/2013 la presunción judicial requiere tres requisitos conforme al artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : un hecho probado; un enlace preciso y directo; el razonamiento que justifica la presunción. Y recuerda que las sentencias de dicha Sala Primera de 14 mayo 2010 y 15 diciembre 2010 dicen, respecto a las presunciones:

*"Se ha dicho que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado. Como afirma la sentencia de 23 febrero 2010, "[...]la elaboración de las presunciones judiciales forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico-institucional que deben llevarse a cabo para fijar los hechos en los que debe fundarse la decisión[...]", de modo que, como afirma la sentencia de 6 noviembre 2009 , las presunciones judiciales admitidas como medio de prueba en el art. 386 LEC deducen "a partir de un hecho admitido o probado, la certeza de otro hecho siempre que entre el primero y el segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" y añade dicha sentencia que "solo cuando sentada la realidad del hecho-base, el tribunal se aparta de tales reglas para llegar a conclusiones ilógicas en su proceso deductivo, puede entenderse que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE ) [...]". Por tanto, a pesar de que la valoración de la prueba corresponde al juzgador de instancia, esta Sala ha admitido la revisión en casación de las reglas del criterio humano recogidas antes en el art. 1253 CC ( STS 29-9-2006 ), o del art. 386 LEC , en cuyo caso, según la sentencia de 16 marzo 2010 , con cita de otras sentencias, "[...]lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva,*

quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre los diversos resultados posibles" (asimismo, la STS de 28 junio 2002 )."

Aquí no se vislumbra que la deducción llevada a efecto por la Sala de instancia fuera irracional o arbitraria.

Antes al contrario resulta plausible su conclusión de que las pruebas de la sesión de tarde tuvieron que ser de un grado de complicación tan extremo como para provocar la desproporción de aprobados acreditada: 72% en el turno de tarde, 28 % en el turno de mañana partiendo del elevado número de opositores que se presentaron en el denominado llamamiento único (base 7.3 convocatoria).

No se acoge el tercer motivo.

**SEXTO.-** Para resolver el cuarto motivo que gira sobre la doctrina de la discrecionalidad técnica resulta oportuno reproducir el FJ Tercero de la Sentencia de 11 de febrero de 2016, recurso de casación 3834/14 , reiterando lo dicho en la Sentencia de esta Sala y Sección de 4 de junio de 2014, recurso de casación 376/2013 , pronunciadas también en un marco de concurrencia competitiva de acceso a la función pública, que ilustra la evolución de la doctrina al respecto. "El debido análisis de lo suscitado en los motivos de impugnación suscitados en la demanda formalizada en la instancia aconseja recordar, con carácter previo, la jurisprudencia sobre el significado y ámbito que ha de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, y sobre las posibilidades que ofrece el control jurisdiccional frente a los actos de calificación especializada en los que se proyecta dicha doctrina, en especial en lo referente al nivel de motivación que les es exigible.

Esa jurisprudencia, procedente de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), está caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa ( artículo 106.1 CE ), y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue.

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

*"Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)"*

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

*"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la **competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho** , entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE "*

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

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los *aledaños*) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese

estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

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

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

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

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

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

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

*"(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.*

*La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ).*

*Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.*

*Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".*

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

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

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales ( STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006 ), sobre concursos de personal docente universitario ( STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004 ), sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos ( STS de 10 de

octubre de 2007, recurso 337/2004 ); o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas ( STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012 )".

De lo doctrina expuesta se colige inequívocamente que aquí no está en juego la discrecionalidad técnica sino la distinta forma de realizarse las pruebas, según fuera turno de mañana o de tarde, cuestión que no se enmarca en aquella.

No prospera.

**SÉPTIMO.-** Para examinar el último motivo resulta conveniente reproducir el penúltimo fundamento de la Sentencia de 16 de noviembre de 2015, casación 348/2014 sobre " *cuanto hemos dicho respecto de quienes, años después de concluir el correspondiente proceso selectivo y haber sido nombrados funcionarios de carrera o personal estatutario fijo, ven sus nombramientos anulados como consecuencia de recursos interpuestos por otros aspirantes y sin que quepa reprocharles la causa de la anulación de la actuación administrativa. En este sentido, en la sentencia de 18 de enero de 2012 (casación 1073/2009) hemos dicho que en lo posible debe respetarse el derecho de esos aspirantes ; en las de 17 de junio de 2014 (casación 1150/2013 ), 24 y 29 de septiembre de 2014 ( casación 2467 y 2428/2013 ), las dos de 8 de octubre de 2014 (casación 2457 y 2458/2013), de 15 de diciembre de 2014 ( casación 2459/2013 ) y de 22 de abril de 2015 (casación 2460/2013 ) hemos confirmado la decisión de la Sala de instancia de mantener como funcionarios a quienes se hallaban en tal situación; y hemos seguido directamente ese criterio en la sentencia de 29 de junio de 2015 (casación 438/2014 ), por entender que así lo exigen consideraciones de seguridad jurídica, buena fe y de equidad, de obligada observancia por el valor que los artículos 9.3 de la Constitución y 3.2 y 7.1 del Código Civil les atribuyen de principios jurídicos o de elementos de necesaria ponderación en toda labor de interpretación y aplicación normativa."*

Significa, pues, que si el resultado final es que resultan aprobados mayor número de concurrentes que las plazas convocadas tal situación ha sido ajena a la conducta de los participantes y si provocada por la administración por lo que aquellos no pueden resultar perjudicados.

No prospera.

**OCTAVO.-** Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 3000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contra la sentencia estimatoria de 3 de marzo de 2015 dictada por el TSJCastilla La Mancha en el recurso 280/2011 deducido por doña Celsa .

En cuanto a las costas estése al ultimo fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos  
**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.