



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Óscar Rojas de la Viuda



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

NÚMERO 11. ENERO 2017

SOBRE EL CONTROL JUDICIAL EN LOS EXÁMENES TIPO “TEST”

Raimundo Prado Bernabéu
Magistrado
Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal
Superior de Justicia de Extremadura.

¿CASACIÓN “AUTONOMICA” CONTRA LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS?

Juan José González
Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Delegación
de la Junta de Castilla y León en Burgos

Óscar Luís Rojas de la Viuda
Magistrado
Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Burgos

SOBRE EL CONTROL JUDICIAL EN LOS EXÁMENES TIPO “TEST”

RAIMUNDO PRADO BERNABÉU

Magistrado Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura

Voces:

- Control Jurisdiccional
- Examen
- Funcionario
- Test
- Discrecionalidad técnica
- Formulación de la pregunta.

Éste breve artículo, estas reflexiones casi a vuelapluma, comprometidas con el Coordinador de los temas de Contencioso- Administrativo, nuestro querido Óscar L. Rojas, van dirigidas en esencia a poner de manifiesto, la rápida evolución jurisprudencial, en una materia de calado. En un ámbito que afecta a muchos españoles que desean acceder a un puesto de trabajo en las Administraciones públicas. Me refiero al control jurisdiccional de los exámenes realizados por opositores. Más en concreto, en las decisiones jurisprudenciales acerca de los denominados “test”, que como todos sabemos son aquellas preguntas realizadas, en las que de las varias propuestas efectuadas, sólo cabe una solución válida.

Los exámenes formulados en esta manera, se han generalizado a raíz de los numerosos aspirantes que pretenden obtener puestos de trabajo públicos. En muchas ocasiones, se utilizan como filtro, para con posterioridad, exigir otro tipo de prueba de conocimiento. Los exámenes tipo “test” permiten una corrección casi matemática. Una corrección rápida, a través de medios técnicos en los que el propio Tribunal calificador suele permanecer ausente, dejando las responsabilidad a “máquinas” previamente programadas con las

respuestas adecuadas. Con carácter general, debe indicarse que en materia de oposiciones y concursos y en relación con el valor decisorio de los Tribunales calificadores de las pruebas, rige la denominada “discrecionalidad técnica”. Ya la Sentencia de 6 de junio de 2013, recuerda la jurisprudencia sobre el significado y ámbito de ese concepto y sobre las posibilidades que ofrece el control jurisdiccional, si bien por lo limitado del espacio excede ahora de la cuestión. Podemos comprobar si se lee con detenimiento dicha resolución, la evolución jurisprudencial, evolución tendente a someter en la medida de lo posible, las decisiones de los denominados tribunales calificadores a un control jurisdiccional. Puesto que la denominada discrecionalidad técnica, es inabordable por su propia esencia, el Supremo intenta mediante una serie de pronunciamientos jurídicos, muy significativos, “vigilarla” y “ cercarla” en la medida de lo posible, con un fin que entiendo claro, cual es qué no se cometan arbitrariedades, al amparo de ese concepto. Centrándonos en el objeto de los exámenes “tipo test” La sentencia de 18 de mayo de 2007) (recurso 4793/2000. ECLI:ES:TS:2007:3505) es expresiva de la posibilidad de ese control jurisdiccional sobre las exigencias que son requeridas en las pruebas de tipo test, y se expresa así en lo que interesa:

“La razón principal de su pronunciamiento anulatorio no ha consistido en realizar una revisión del juicio de valoración técnica realizado por el Tribunal Calificador en el ejercicio de su cometido de corrección de las pruebas litigiosas. El control jurisdiccional de la Sala de instancia ha estado referido a este otro problema: los requisitos que han de ser observados en la modalidad de pruebas de conocimientos a que pertenecen las aquí litigiosas, y ello al margen de la específica materia o disciplina sobre la que puedan versar (jurídica en el caso enjuiciado); y el resultado del control judicial así realizado ha consistido en exigir, en dichas pruebas, una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las cuestiones como de la respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de esas cuestiones.....”

El dato es la específica configuración que tienen esas tan repetidas pruebas, consistente en que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción.

La meta consiste en evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cuál puede ser la respuesta correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas..... de la misma manera que al aspirante no se le permite ningún desarrollo explicativo de las razones de su opción, también habrá de existir una inequívoca correspondencia entre la pregunta formulada y la respuesta que se declare correcta entre las distintas alternativas enunciadas.

Lo relevante es que la pregunta no podrá incluir ningún elemento que permita razonablemente dudar sobre la validez de la respuesta elegida como correcta por el Tribunal Calificador.

Por ello cualquier error de formulación en las preguntas que pueda generar la más mínima duda en el aspirante impondrá su anulación. Así la STS de 16 de febrero de 2011 (recurso de casación 1473/2008. ECLI:ES:TS:2011:1419), estimó un recurso de casación y, posteriormente, el recurso contencioso administrativo ante la confusión a que conducía la pregunta formulada”. En las Sentencias de 18 de marzo de 2015, recurso casación 1053/2014 , 16 de febrero de 2015 (recurso de casación 3521/2013. ECLI:ES:TS:2011:1419) se recuerda las líneas maestras e hitos evolutivos de la doctrina de la discrecionalidad técnica así como las exigencias que han de cumplir las pruebas tipo test para que puedan tenerse por válidas. No obstante la Sentencia del TS de fecha 14 de septiembre de 2009 (Rec. 4922/2005, ECLI:ES:TS:2009:5750) introduce unos razonamientos extremadamente decididos cuando determina que : “ la Sala es consciente de la dificultad de combatir la decisión de un Tribunal Calificador, cuya rectitud, cualquiera que fuera el resultado de la revisión jurisdiccional, en

principio no se cuestiona, para lo que debe valerse el órgano judicial de todas las pruebas, (especialmente la pericial), de las que las partes decidan servirse y sean pertinentes, debiendo valorarse las mismas, con arreglo al principio de la sana crítica. Sin embargo, cuando las cuestiones son estrictamente jurídicas, la prueba pericial es innecesaria, pues el juez está obligado a conocer y aplicar todo el ordenamiento jurídico”. Ese criterio parece completarse definitivamente cerrando el círculo con las de 15 de junio de 2016, la Sentencia de 16 de diciembre de 2014 (recurso de casación 3157/2013. ECLI:ES:TS:2014:5341), que a su vez reitera la de 23 de diciembre de 2014, casación 3462. Llegando a dos conclusiones esenciales,

"I.- La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, 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.

Así debe ser por estas razones: 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, 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 el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

II.- 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.

Estas exigencias lo que apuntan es que 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 de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (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."

Pues bien, como corolario de lo expuesto, debemos indicar que en este tipo de exámenes por tanto, cabe la anulación, cuando las preguntas formuladas, pueden tener distintas respuestas válidas o cuando el Tribunal calificador, no motiva la decisión pese a los requerimientos explicativos de los legitimados para ello. Ahora bien, estas afirmaciones se convierten en un círculo un tanto vicioso, que el Supremo solventa a través de posibilitar la aclaración del supuesto controvertido, a través de una pericial que recoja unos criterios muy estrictos. No deja de sorprender asimismo el hecho de entender innecesaria la pericial cuando se trate de materias jurídicas. -Pensemos en un magistrado de lo Contencioso, pronunciándose categóricamente acerca de la determinación de una pena a aplicar en un concurso ideal de delitos- o sobre normativa laboral e indemnización de días por despido. Sinceramente, creo que esa afirmación del Supremo, puede provocar problemas. Una cosa es que un Juez deba conocer el Ordenamiento y otra es que se pronuncie con infalibilidad en todos los casos.

Me cabe una duda...Si en un examen preguntan...El art 1 de la Constitución dice que España se constituye en....a) Un estado social y democrático de Derecho. Diríamos que es la respuesta correcta. Pero si

el opositor expone que no se explica ni se formula con claridad a qué Constitución se refiere la pregunta y por tanto esa no es la correcta.
¿Qué decidiríamos?



A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA

¿CASACIÓN “AUTONOMICA” CONTRA LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS?

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ

Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Delegación de la Junta de Castilla y León en Burgos

ÓSCAR LUÍS ROJAS DE LA VIUDA

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Burgos.

Resumen:

Como de todos es bien conocido, el año 2015 fue un año de extraordinaria producción normativa. Existe asimismo unanimidad entre los autores doctrinales cuando afirman que, quizás por el temor a que el actual gobierno no pudiera revalidar su mandato o lo hiciera con una mayoría insuficiente, se ha procurado realizar todas las modificaciones que el ejecutivo consideraba necesarias, en prácticamente todos los ámbitos, y sin la necesaria preparación y reflexión. Pero es en el año 2016 y posteriores, cuando las leyes ya estén plenamente vigentes y se comiencen a aplicar en la vida real donde se van a comenzar a ver los problemas que esa excesiva ligereza provoca para todos los aplicadores del derecho. Este artículo trata sobre una de ellas, y no precisamente menor, nuevo régimen de casación contencioso administrativo introducido por la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en concreto sobre la casación de las sentencias de los juzgados, y se enfoca, para que pueda resultar más ameno, en dos posturas contrapuestas reflejadas en columnas. Se agradece expresamente la coautoría del Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Delegación de la Junta de Castilla y León en Burgos, D. Juan José González.

Voces:

- Nueva regulación
- Casación
- Casación Autonómica
- Casación ante el Tribunal Superior de Justicia
- Casación de las sentencias de los juzgados de lo contencioso.

Nota: *Los artículos doctrinales y comentarios de jurisprudencia expresan las ideas personales de sus autores, sin que la asociación o los emisores de los boletines asuman las consideraciones de sus autores. En todo caso la revista respeta las opiniones discordantes que en este tema existe.*

El formato a doble columna permite contrastar las diferentes formas en las que los autores analizan la misma cuestión jurídica.

A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA

**LA REFORMA LEGISLATIVA
NO CREA UN NUEVO
RECURSO DE CASACIÓN
AUTONÓMICA**

- 1.- El artículo 86.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) sólo regula el recurso de casación ante el Tribunal Supremo sin mencionar al Tribunal Superior de Justicia y sin distinguir entre supuestos de infracción de ley autonómica y estatal.
- 2.- La LJCA no establece ninguna norma procesal de ese supuesto recurso de casación.
- 3.- La norma del artículo 86.3 párrafo 2º de la LJCA (recurso por infracción de norma autonómica) se refiere a los recursos contra las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia. Regula un procedimiento similar al del antiguo artículo 99 LJCA, es decir, recursos ante sentencias del Tribunal Superior de Justicia cuando este órgano tiene varias salas o secciones
- 4.- La Exposición de Motivos no menciona ningún recurso de casación autonómico ni justifica más recurso por motivo de la seguridad jurídica que la necesidad de evitar contradicciones entre secciones de un mismo órgano.

**LA REFORMA LEGISLATIVA
PERMITE ARTICULAR UN
RECURSO DE CASACIÓN
AUTONÓMICA**

1. Aunque la LJCA no contempla expresamente el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia contra las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, existen precedentes que admiten una interpretación extensiva del régimen de recursos (Sentencia del Tribunal Constitucional 349/1993, de 22 de noviembre).
- 2.- Es posible acudir a la analogía para articular la casación autonómica, como se ha estimado necesario en el caso de la casación ante los Tribunales Superiores de Justicia contra sentencias de sus Salas o Secciones.
- 3.- La casación autonómica contra sentencias de los Juzgados presenta similitudes destacables con la derogada casación en interés de la ley (exigencia de daño para el interés general), lo que avala una interpretación que evite el vacío generado por la eliminación de ese recurso.
- 4.- La Exposición de Motivos alude al “refuerzo” del recurso de casación, lo que aboga por realizar una interpretación extensiva, dada la derogación de la casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley.

5.- El Tribunal Supremo no puede realizar la labor uniformizadora (objetivo de la reforma a tenor de la Exposición de Motivos) en los supuestos de infracción de normas de Derecho autonómico, al no ser único el Derecho autonómico sino existir tantos ordenamientos autonómicos como Comunidades Autónomas. La única armonización posible es la que se realice a nivel de cada Comunidad Autónoma y, por tanto, solo está al alcance de cada Tribunal Superior de Justicia en su ámbito jurisdiccional.

6.- A lo anterior se suma que reservar al Tribunal Supremo en exclusiva la casación contra sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no se compadece con el papel que la Constitución reserva a los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 152.1).

7.- Sin la casación autonómica contra sentencias de los Juzgados la casación autonómica prevista en el artículo 86.3 LJCA se convierte en una suerte de remedo del derogado recurso de casación para la unificación de doctrina que, además, lo haría inviable en alguna Comunidad Autónoma (La Rioja).

5.- Los trabajos y discusiones parlamentarios tampoco mencionan este recurso.

6.- El recurso de casación era, y debe entenderse que todavía es, un recurso extraordinario, o, como mínimo, limitado, que por lo tanto no puede extenderse a supuestos no previstos en la ley, sin que por ello se afecte al artículo 24 C.E. dado que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal.

7.- La exigencia del artículo 86.1 de la LJCA de que en la sentencia exista una doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos, es decir, en el ámbito tributario y de personal, provoca que podamos encontrarnos ante un recurso de acceso desigual. Esto no es especialmente problemático si se trata de un recurso en unificación de doctrina que respeta la situación jurídica de la parte que ha visto estimada su pretensión, pero no tanto si se trata de un recurso de plena jurisdicción. El que estemos ante uno u otro no queda claro en la ley, y no sólo para la casación autonómica, sino ni tan siquiera para la que resuelve el Tribunal Supremo.