

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/AD MURCIA

SENTENCIA: 00192/2021

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

N56820

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5

-DIR3:J00008051

Teléfono: Fax:

Correo electrónico:

UP3

N.I.G: 30030 45 3 2018 0002189

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000117 /2020

Sobre: FUNCION PUBLICA

De D./ña. AYUNTAMIENTO DE MURCIA

Representación D./Dª.

Contra D./Dª. MARIANO MUÑOZ DIAZ

Representación D./Dª. CATALINA ABRIL ORTEGA

ROLLO DE APELACIÓN Núm. 117/2020

SENTENCIA Núm. 192/2021

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

Compuesta por los Ilmos. Sres.:

Dª. Leonor Alonso Díaz-Marta

Presidente

Dª. Ascensión Martín Sánchez

D. José María Pérez-Crespo Payá

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A N° 192/21

En Murcia, a treinta de marzo de dos mil veintiuno.



En el rollo de apelación n.º 117/20 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia n.º 19/20, de 21 de enero, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Murcia, dictada en el procedimiento abreviado n.º 315/18, en cuantía indeterminada, figuran como parte apelante el Excmo. Ayuntamiento de Murcia, representado y defendido por el Letrado D. Carlos Alarcón Terroso, y como parte apelada D. MARIANO MUÑOZ DÍAZ representado por la Procuradora Sra. Abril Ortega y asistido del letrado Sr. Suarez -Valdés González y sobre personal.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D.^a Ascensión Martín Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. - ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Murcia lo admitió a trámite, y después de dar traslado del mismo a la parte actora para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, que designó Magistrada ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 18 de marzo de 2021.

II. - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia apelada estima el recurso interpuesto por la representación procesal de D. MARIANO MUÑOZ DÍAZ contra la resolución de fecha 17-07-2018, dictada por el Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Tribunal Calificador de la convocatoria de oposición para proveer en propiedad 30 plazas de bombero del SEIS del Ayuntamiento de Murcia de fecha 12-12-2017, por la que se resuelven las reclamaciones interpuestas por los opositores contra las calificaciones otorgadas en el cuarto ejercicio del concurso oposición, alegando, como motivos de impugnación, que el recurrente fue declarado no apto en la segunda prueba del 4º ejercicio de las pruebas de acceso, entrevista personal, siendo dicha calificación un hecho arbitrario y falta de motivación.

Se solicitaba QUE SE DECLARASE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA y , declarando al recurrente apto en la cuarta prueba, entrevista personal, del concurso oposición para proveer en propiedad 30



plazas de bombero del SEIS, incluidas en la oferta de empleo público del año 2015 y convocadas por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento en sesión de 29-04-2016, con los efectos económicos y administrativos correspondientes y con condena en costas a la demandada.

La sentencia apelada comienza señalando que el recurrente resultó como no apto en la prueba de la entrevista personal del cuarto ejercicio de la fase de oposición. Ante las alegaciones de la demanda de que hay una falta de motivación y justificación razonable de los motivos por los que ha resultado no apto en la entrevista personal y que se ha infringido el principio de publicidad por desconocimiento de los criterios de calificación aplicados en la entrevista personal, la sentencia apelada manifiesta que los órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas son órganos técnicos, y como tales gozan de lo que la doctrina ha venido a denominar como “discrecionalidad técnica”. En el presente caso, según resulta del examen del expediente expuesto en el fundamento primero, los criterios para la realización y evaluación de las pruebas psicotécnicas no constan en las bases, aunque sí en el expediente, según se desprende de las actas del Tribunal preparatorias de las pruebas, cumpliéndose así la exigencia de que la definición de los criterios tenga lugar ex ante de las pruebas y no ex post, (STS de 15-12-2005, recurso 970/2000). Sin embargo, no existe dato alguno que permita concluir que los conocieran los opositores ni, en concreto, el recurrente, antes de las pruebas lo que “supone una inaceptable condescendencia con la opacidad para el opositor de los criterios con arreglo a los cuales es evaluado”, (según la STS 15-12-2011 referida), que choca con la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica porque “Téngase en cuenta que en esos criterios no se trataba sólo de la definición de un concreto test psicológico... sino de la determinación de los factores a valorar, de la del perfil del puesto y la de los aspirantes a él, así como de la baremación de los distintos factores en función de puntuaciones necesarias para obtener la calificación de apto”, argumentos conforme a los que podemos concluir que el Tribunal Calificador se situó al margen de las bases de la convocatoria.

Y continuando con la segunda de las cuestiones apuntadas al inicio del fundamento tercero, para su resolución debemos analizar las actuaciones practicadas en el expediente administrativo y en esta sede. Así, lo expuesto en los dos primeros fundamentos de derecho acredita que:

Así, en el día 30-10-2017, día señalado para el inicio de la entrevista, y a las 8.50 horas, siendo las 9 horas cuando estaba previsto el comienzo de la prueba, se fijan por parte de los dos psicólogos asesores los criterios a



valorar, criterios que son asumidos por el Tribunal en el acta levantada el mismo día a las 9 horas, con el comienzo de la prueba, de la misma fecha, y sin que conste que los mismos fueran publicados a los opositores que concurrían a esta prueba, y, por tanto, que tuviesen conocimiento previo al inicio de la entrevista de los rasgos que se iban a valorar en la prueba. Se incumple así una regla básica de toda oposición: el derecho de los opositores que concurren a conocer los criterios a evaluar, o, en este caso, los rasgos de personalidad, si no están recogidos en las bases de convocatoria, como es el caso, antes del inicio de la prueba correspondiente, lo que no se ha cumplido en el presente supuesto.

Como dice la mentada STS de 15-12-2011 "...Si la empresa asesora del Tribunal participa en esa función en las pruebas selectivas... no resulta de recibo que, tanto el material documental usado para ejercer su función asesora... como el material documental en que se manifiesta esa función, puedan quedar ocultos al opositor que es evaluado con arreglo a ellos. No es de recibo, ni se respeta la legalidad, que la reserva propia de la función de un psicólogo, cuando éste actúa como asesor de una prueba para el ingreso en la Administración, impidan facilitar al opositor evaluado, y no a otra persona, después de haber sido examinado, los elementos documentales que, en su caso, motivan su evaluación. Aceptar la explicación que analizamos, supondría tanto como sustituir la función del Tribunal por una decisión opaca del asesor, que ni tiene cobertura en la base 5.2 de las pruebas, pues convierte al asesor en una instancia decisoria de las pruebas, ni se ajusta a los criterios de transparencia que en nuestra doctrina hemos definido como límite de la discrecionalidad técnica...".

Téngase en cuenta que la discrecionalidad técnica se predica del Tribunal, cuya composición se publica y se somete a posible impugnación por los particulares, pero aquí la resolución de la prueba la toman unos Psicólogos que, por mucho que las bases permitan el asesoramiento del Tribunal, enturbia grandemente la idea de una discrecionalidad técnica inatacable pues una cosa es el asesoramiento y otra la cesión de la competencia como, de hecho, parece que ocurrió en el presente caso según lo que venimos exponiendo.

Llegados a este punto, la cuestión que ahora se plantea es si lo actuado en el expediente judicial y en la vista de juicio a instancias de la parte demandada, (aportando documentación, interesando de modo reiterado que se requiriera de Tea Ediciones que remitiese determinada documentación que consideraba necesaria y a la que llegado el día de la vista de juicio renunció alegando que era innecesaria, solicitando la declaración de los Psicólogos asesores designados a los que se oyó sobre la controversia que nos ocupa por



vez primera en la vista), puede servir o no para subsanar el déficit de motivación en el expediente administrativo del juicio técnico del Tribunal Calificador en relación con el actor.

La STS de 7-7-2017, recurso 718/2014, remitiéndose a la de 27-1-2016, recurso 179/2014, dice que: "...la motivación de una disposición administrativa... debe proporcionarla la propia disposición, por sí misma o por su referencia al expediente administrativo tramitado al efecto, sin que impida o subsane la infracción del principio de transparencia... la posterior explicación o justificación del acto dada por la

Administración o por su representante en vía de recurso..."; lo que debe ponerse en relación con la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa cuyo objeto es la revisión del acto administrativo y no remediar los vicios de procedimiento producidos durante la tramitación administrativa.

Es decir, la Administración no puede pretender motivar sus actos fuera del expediente administrativo e intentar hacerlo en sede judicial una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo. Como hemos visto, tratándose de procesos de selección de personal, la jurisprudencia es exigente en orden a que el juicio técnico del Tribunal resulte motivado si se formula reclamación y recurso administrativo, (como ocurrió en el presente caso), y no de cualquier forma sino detallando e ilustrando documentalmente las razones del juicio y dejando constancia de ello de modo que, llegado un momento como el presente, el enjuiciamiento sea posible con el sólo examen del expediente administrativo.

Pretender juzgar la actuación municipal con lo actuado en esta sede, (como parece defender el Ayuntamiento), supondría otorgar al expediente judicial una función que no tiene, (la de suplir y completar el expediente administrativo estirando su contenido más allá de sus límites), y distorsionar la labor del juzgador al confundirse las actuaciones judiciales con las que debieron practicarse ante la Administración.

Y con cita de la sentencia de 13-1-2020 dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº6 de Murcia en el PA 336/2018. También reproduce la sentencia, en su fundamento de derecho segundo, parte de la sentencia de 19-7-19 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n º4 de Murcia en el PA 273/18, referido a otro recurrente que, en el mismo proceso selectivo, resultó también no apto en la entrevista personal, y que, en aquel caso, desestimó el recurso confirmando la legalidad del acto recurrido y de la realización de este cuarto ejercicio de la oposición.



Y CONCLUYE LA JUZGADORA (en el f j quinto) “La estimación del recurso lleva consigo el determinar cuáles son las consecuencias de dicha declaración; así, procede, como se ha indicado anteriormente, declarar al recurrente APTO en la prueba de entrevista personal del cuarto ejercicio de las oposiciones para proveer en propiedad 30 plazas de bombero del SEIS del Ayuntamiento de Murcia, el derecho a ser convocado al resto de pruebas del proceso selectivo, y, para el caso de que las supere, a ser nombrado funcionario en prácticas y a ser convocado para la realización del curso selectivo de formación, con los derechos económicos y administrativos inherentes; y, para el caso de superar el proceso selectivo de formación, se declare su derecho a las diferencias salariales entre las retribuciones que perciba en la fase de formación y las que debiera haber percibido de haber sido nombrado Bombero del S.E.I.S. en el momento que lo hicieron el resto de compañeros de la convocatoria, más los intereses legales correspondientes al momento de superar el período de prácticas y ser nombrado funcionario de carrera del S.E.I.S. del Ayuntamiento de Murcia, y con la antigüedad correspondiente al resto de sus compañeros.

El Ayuntamiento apelante basa su recurso de apelación en los siguientes argumentos. Y entiende que los razonamientos y la conclusión a la que llega el referido fundamento de derecho 8º de la sentencia que apelamos yerra y no es ajustado a derecho, y ello por las siguientes razones:

1) Al pronunciarse sobre la supuesta falta de concreción de este cuarto ejercicio en las Bases, en realidad el Juzgador está entrando a valorar y enjuiciar el contenido de tales Bases, que no se han impugnado de contrario y ni son ni pueden ser, por tanto, objeto de este recurso.

Las Bases fueron publicadas en su día con el contenido que tienen (BORM 11-5-2016, folios 41 y siguientes, en las que se indicaba expresamente su régimen de recursos). El recurrente y los demás aspirantes no las impugnaron en su momento poniendo de manifiesto alguna supuesta insuficiencia o falta de contenido. Y con ello, y su participación en el proceso, asumieron y consintieron íntegramente su contenido, en los términos en que aparecen redactadas.

No puede ser objeto de este recurso el contenido de tales Bases. Pero es que ni el actor las discutía en su escrito de demanda. De hecho, el actor, en su demanda, demuestra tener perfecto conocimiento del objeto de esta prueba cuando, tras reproducir el contenido de las Bases, señala que “tal y como se deduce de lo que antecede la prueba está encaminada a verificar la adecuación de la personalidad, aptitudes e inteligencia del opositor a las funciones públicas a las que se aspira”. Lo que discute en su demanda (a su lectura nos



remitimos) no es el contenido de las Bases o la descripción que en las mismas se hace de la prueba, sino que se haya acreditado que concurra en él de forma inequívoca y rigurosa la concurrencia de algún rasgo psicológico que le impida realizar adecuadamente las funciones de bombero.

Enjuicia por tanto la sentencia algo (contenido y redacción de las Bases en su descripción de este cuarto ejercicio) que no era discutido en demanda, y que, en todo caso, no podía ser objeto de este recurso, al no recurrirse en el momento oportuno tales Bases por el actor y haber quedado por tanto firmes y consentidas.

2) Pero además, y sin perjuicio de lo anterior, no podemos estar de acuerdo con que en tales Bases falte toda concreción de en qué deben consistir esas pruebas, o que ninguna otra base atribuya al Tribunal la función de completar o integrar las bases ni establecer la estructura de la prueba y los criterios en función de los cuales puede establecerse la adecuación entre las características de la persona y el ejercicio de las funciones y tareas de bombero, tal y como se declara en sentencia.

Las Bases señalan que las pruebas de aptitud psicotécnicas consistirán en la realización de uno o varios test dirigidos a determinar la personalidad, aptitudes e inteligencia del aspirante para el desempeño del puesto de Bombero.

Se explica con claridad y suficientemente en qué consistirá la prueba (uno o varios test), qué se evaluará en ellas (la personalidad, aptitudes e inteligencia), y en relación a qué fin (el desempeño del puesto de bombero, cuyas funciones se detallan en las propias Bases en su Anexo I). Y así fue como se desarrolló la prueba: dos test para la evaluación de las aptitudes y un test para la evaluación de la personalidad.

Es interesante advertir que en el supuesto resuelto por la STS de 15-12-2011, que el juzgador toma como base de parte de sus razonamientos, la redacción de las Bases se limitaba a indicar que las pruebas psicotécnicas estarían orientadas “a evaluar la adecuación de las características de la persona participante en relación con el ejercicio, las funciones y las tareas propias de la categoría de bombero...”. A diferencia de tales bases, en el caso de autos sí se indica aquello que sería objeto de evaluación (personalidad, aptitudes e inteligencia, que son conceptos con unos contenidos propios y definidos en el ámbito de la psicología), y no sólo la finalidad a la que se orientan.

Y no se trata de que ninguna otra Base habilite al Tribunal para establecer la estructura de la prueba o los criterios en función de los cuales puede establecerse la adecuación entre las características de la persona y el



ejercicio de las funciones y tareas de bombero, tal y como se declara en sentencia.

Es que esa habilitación la hace la propia base de la que estamos hablando cuando señala que “Para el planteamiento y corrección de este ejercicio, el Tribunal estará asistido por un equipo psicológico, formado por licenciados en psicología o titulación equivalente y con experiencia en la realización de este tipo de pruebas para el acceso a la función pública”. Es decir, la propia Base habilita y remite a que el planteamiento (estructura de la prueba o forma en la que se desarrollará) y la forma de corrección del ejercicio lo haga el Tribunal asistido por los especialistas que para tal fin nombre.

Y es que cabe preguntarse, en este y en cualquier otro proceso selectivo, ¿cuál es la función de un Tribunal Calificador sino precisamente la de establecer la estructura de las pruebas prevista en las bases que se vayan a realizar y llevar a cabo su corrección estableciendo los criterios necesarios para ello?. Nos parece que es algo intrínseco a la tarea a realizar por cualquier Tribunal calificador. Se trata de actos preparatorios o instrumentales necesarios para realizar la prueba prevista en las Bases, no se trata de una prueba distinta a la de las Bases.

El contenido de las Bases puede ser más o menos detallado. Todo es mejorable en la vida, también las bases del presente proceso selectivo y las de cualquier otro. Pero, en lo que se refiere a la descripción de este cuarto ejercicio, es suficiente en la medida que describe en qué consistirá (la realización de uno varios test), qué aspectos se evaluarán (personalidad, aptitudes e inteligencia) y en relación a qué (desempeño del puesto de bombero). Y en todo caso, tales Bases no son objeto del recurso. Por lo tanto, lo que habrá que valorar en autos es si los aspectos que se han medido en los cuestionarios utilizados pueden englobarse en lo que señalan las Bases tal y como están redactadas. Y todas las escalas o aspectos de la personalidad que se han valorado en los test realizados desde luego se refieren a la personalidad, aptitudes e inteligencia, esto ni se niega de contrario, con lo que no es posible afirmar que las Bases se hayan vulnerado.

Y las bases también recogen criterios que regirán la corrección y calificación de las pruebas cuando señala que los aspirantes serán calificados como “APTO” o “NO APTO”, y que, en este segundo caso, el aspirante quedará eliminado del proceso selectivo. Lo que determinó el Tribunal fueron los puntos de corte que determinarían esa aptitud o no aptitud.

3) Respecto a la referencia al contenido de la STS de 15-12-11 y la necesidad de que los criterios que se vayan a aplicar en la corrección deban fijarse antes de la realización de la prueba y tener la adecuada publicidad, queda acreditado en autos y así lo reconoce la sentencia, que esos criterios



para determinar cuándo se considera apto o no apto (puntos de corte o desviaciones tolerables que se recogen en el folio 455 del expediente para cada una de las escalas de personalidad que mide el test o cuestionario empleado) fueron propuestos por los asesores y aprobados y asumidos por el Tribunal antes de realizarse las pruebas. Y así quedó recogido en la correspondiente acta del expediente. Ese es el requisito que debe garantizarse, tal y como señala la citada sentencia del TS. Que los criterios a emplear en la corrección se fijen antes de conocer los resultados obtenidos por los opositores en la prueba, y no después, para evitar precisamente que tales criterios de corrección se fijen en base a unos resultados que ya se conocen y que pudieran favorecer a alguno o algunos de ellos. Y esa publicidad (que la propia sentencia reconoce que no puede referirse a los contenidos) entendemos que no exige que necesariamente el documento al que nos referimos tenga que ser conocidos por los opositores, sino por el Tribunal que ha de someterse a ellos en la corrección, publicidad que se garantiza mediante su incorporación y publicación en el expediente, como garantía de los opositores. Y ambas exigencias se cumplieron en el caso de autos.

Y señala que las sentencias a que se refiere la Juzgadora no son firmes al estar pendientes del recurso de apelación, la **sentencia de 13-1-2020 dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº6 de Murcia en el PA 336/2018. También reproduce la sentencia, en su fundamento de derecho segundo, parte de la sentencia de 19-7-19 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº4 de Murcia en el PA 273/18**, referido a otro recurrente que, en el mismo proceso selectivo, resultó también no apto en la entrevista personal, y que, en aquel caso, desestimó el recurso confirmando la legalidad del acto recurrido y de la realización de este cuarto ejercicio de la oposición.

De hecho, en las pruebas psicotécnicas tiene sentido que no se publicite de cara a los opositores el detalle de las características del ejercicio o de los criterios de corrección para garantizar que se realicen en un contexto de espontaneidad (TSJC 1258/2004, de 16 de diciembre), pues es sabido – y así lo explicaron los psicólogos en autos- que este tipo de pruebas se ensayan y se preparan por los opositores, y de lo que se trata es de poder conocer las características psicológicas reales de los aspirantes, y que estos no ofrezcan un perfil distorsionado. Además, los criterios de corrección pueden depender del cuestionario que se elija, y si se indican en determinado grado de detalle los parámetros de personalidad a medir, podría dar lugar a identificar la prueba antes de realizarla porque cada cuestionario mide los parámetros de personalidad con unas denominaciones concretas, lo que evidentemente podría fomentar una distorsión en los resultados y su fiabilidad. Además, si el documento con las notas de corte se aprobaron por el Tribunal el día de la



prueba, antes de iniciarla, ¿qué añadiría el que se pudiera dar publicidad en ese momento a los opositores, de cara a su preparación, o en qué dependería de ello el resultado de apto o no apto obtenido?.

Los opositores conocen las Bases, que como se ha dicho definen los tipos de pruebas que se realizarán y lo que se evaluará con ellas, a fin de que puedan prepararlas, y cómo se calificarán (apto o no apto). Pero no tienen necesariamente por qué conocer, como requisito de validez, el detalle de cual vaya a ser el contenido de tales pruebas (en esta y en cualquier oposición) o de los criterios de corrección que se usen, siempre que estos estén previamente establecidos, se adecúen a lo que según las Bases debe evaluarse en la prueba, y se apliquen por igual a todos los aspirantes, tal y como aquí se garantizó. ¿Cuál debería ser entonces el nivel de detalle de la descripción de una prueba para que se considere válida?. Permitase un ejemplo: en un examen teórico sobre materias jurídicas ¿es suficiente con indicar en el temario un tema dedicado a la Constitución española, o es necesario para su validez que ese tema se desglose en varios temas según la estructura interna de la Constitución?. Pues podrá hacerse de una u otra forma. Y quizá sea mejor lo segundo. Pero ¿eso hace inválida la primera opción?. ¿Estaría acaso fuera de tal temario y de las bases una pregunta que versara sobre la constitución?. Parece claro que no.

Lo que hay que garantizar es que tales contenidos concretos o criterios de corrección no vulneren las Bases, y aquí no se vulneran. Todos los aspirantes han realizado las pruebas en idénticas condiciones, conociendo el contenido de las Bases tal y como están redactadas (y muchos han aprobado, por cierto). A todos se les ha aplicado por igual unas notas de corte y criterios de corrección establecidas por el Tribunal antes de realizarse la prueba. Lo evaluado en tales pruebas ha sido exactamente lo que se decía en las bases que se iba a evaluar, y no otra cosa. ¿Dónde está la actuación arbitraria o ilegal del Tribunal, que en ésta y en las demás pruebas -véanse todas las actas preparatorias de la prueba y cómo se trató hasta el más mínimo detalle que se hiciera con las máximas garantías para los opositores- ha actuado con un exquisito respeto de las Bases y a los derechos de los opositores?.

Y añade que en el supuesto resuelto por la STS de 15-12-11, que se cita en la instancia, los criterios de evaluación de la prueba se habían fijado con posterioridad a su realización, no constaban en el expediente en lo actuado antes de dichas pruebas, sino que se habían aportado después de interponerse recurso de alzada, y no por medio de las actas correspondientes, sino por medio de un informe del tribunal calificador.

Nos parece absolutamente contrario a la realidad de lo sucedido y de lo que consta acreditado en autos el que pueda afirmarse, a la vista del expediente, que el Tribunal se situó al margen de las Bases en su actuación.



Y que por tanto se debe revocar la sentencia dictada, por no concurrir el vicio o defecto que se declara producido en el fundamento de derecho octavo, que acabamos de analizar.

Y añade en cuanto a la segunda cuestión que analiza la sentencia, en su fundamento de derecho noveno, y que motiva también la estimación del recurso, es si la actuación del Tribunal fue o no correcta al motivar la evaluación del recurrente.

Para ello lleva a cabo un análisis de lo actuado en el expediente administrativo y en sede judicial (partiendo de lo expuesto por la propia sentencia en sus fundamentos de derecho primero y segundo), y llega a las siguientes conclusiones:

- que, en el expediente administrativo, la calificación de No Apto del recurrente en el test de personalidad no está suficientemente motivada.
- que en el expediente administrativo no consta el material sobre el que recayó el juicio técnico, al no constar en el mismo las preguntas formuladas ni las respuestas dadas. Señala que es cierto que constan los criterios conforme a los que se debían valorar los factores de la personalidad buscados, pero también que no consta por qué la aplicación de aquellos criterios condujo al resultado individualizado recurrido.
- que es a partir de la formulación de la demanda y durante la celebración de la vista de juicio cuando podemos conocer parte de los datos “que permanecieron ocultos”.
- a la vista de lo anterior se plantea la sentencia (fundamento de derecho décimo) si lo actuado en el expediente judicial y en el acto de la vista de juicio puede servir para “subsana el déficit de motivación en el expediente administrativo del juicio Técnico del Tribunal Calificador en relación con el actor”. Y concluye que la Administración no puede pretender motivar sus actos fuera del expediente administrativo o intentar hacerlo en sede judicial una vez interpuesto recurso contencioso administrativo. Que tal enjuiciamiento sobre la motivación debe ser posible “con el sólo examen del expediente administrativo”. Y entendiendo que ello no habría ocurrido en el caso de autos, estima el recurso también por este motivo.

El apelado se opuso a la pretensión de la parte apelante y solicitó la desestimación del recurso. Y, dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, a lo que añade:

Comentarios al informe psicológico y la forma en que se llevó a cabo y a la falta de motivación con cita de jurisprudencia.

Y que aplicando esa doctrina al caso que nos ocupa huelga decir que si, siguiendo las palabras de la sentencia “ si en expediente administrativo no consta el material sobre el que recayó el juicio técnico, al no constar en el



mismo las preguntas formuladas ni las respuestas dadas; es cierto que constan los criterios conforme a los que se debían valorar los factores de la personalidad buscados, pero también que no consta por qué la aplicación de aquellos criterios condujo al resultado individualizado recurrido”.

Las razones por las que no están en el expediente administrativo esa justificación es porque los asesores del Tribunal han decidido encomendarle a una empresa ajena al proceso selectivo que establezca una prueba y unos criterios de valoración que se mantienen ocultos (se mencionó por D. Ángel Ruiz la existencia de un Manual Técnico de la Prueba, que nos explicaría todo, pero que no puede ser fiscalizado porque no es público y es propiedad de TEA EDICIONES). Tampoco puede perderse de vista, que el propio Ayuntamiento de Murcia renunció a la prueba anticipada, en la que requirió por dos ocasiones que se requiriera a TEA EDICIONES para que procediera a su aportación) por lo que colaboró esencialmente a mantener la oscuridad, incumbiéndole la carga de probar la motivación del juicio técnico en los términos reseñados en la jurisprudencia antes citada.

En definitiva, lo que se nos viene a decir, que tanto si el Juzgado como el recurrente pudieran conocer los criterios de corrección establecidos por TEA EDICIONES en su prueba de personalidad quedaríamos convencidos, pero que al ser propiedad de un tercero que los mantiene ocultos, tenemos que aceptar que los desconocidos psicólogos que han confeccionado la prueba son estupendos profesionales y que los criterios técnico-científicos en los que se sustenta la prueba de personalidad son también impecables. Lo que si resulta claro es que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo exige que para el caso de que un aspirante recurra su declaración de ineptitud en este tipo de prueba reciba del Tribunal de Selección una completa justificación objetiva de las razones por las que su personalidad no es adecuada a la función pública a la que aspira, justificación que debe incluir una explicación racional y técnicamente rigurosa de por qué las respuestas dadas en la prueba llevan al resultado concreto individualizado.

En este sentido, recuerda la STS de 29 de enero de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo Secc. 7ª (RC 3201/2012), con relación a la prueba psicotécnica realizada a un aspirante a la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía:

“la declaración de no apto en la tercera prueba psicotécnica, requerirá que, de una manera inequívoca y rigurosa, haya quedado demostrada su falta de aptitud intelectual y la concurrencia en su personalidad de factores que revelen que la misma es incompatible con ese correcto desempeño funcional a que antes se ha hecho referencia. Y así ha de ser porque la muy grave consecuencia que supone esa exclusión, para quien realizó el enorme esfuerzo de adquirir los conocimientos correspondientes a la primera prueba,



únicamente cumplirá con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) si está justificada y explicada con ese superior nivel de rigor y exigencia que acaba de apuntarse.”

Esta doctrina ha sido confirmada por la STS de 26 de mayo de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo Secc. 7ª (RC 1785/2015), en este caso en un proceso de acceso al mismo puesto de la Guardia Civil que aquí nos ocupa, fijando con meridiana claridad la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal sobre el control jurisdiccional de las valoraciones de este tipo de pruebas en procesos selectivos:

“Dicho de otro modo, la aplicación de esa doctrina jurisprudencial que antes se recordó, sobre las exigencias que ha de reunir la motivación que resulta obligada para que pueda considerarse correctamente cumplida, exigía lo siguiente: (a) establecer con anterioridad a la entrevista los criterios que se siguen para apreciar la existencia o no de déficit en cada una de las competencias que son objeto de evaluación para apreciar la adecuación del candidato al perfil profesional, mediante la expresión de la clase de conducta o respuesta del aspirante que será considerada como expresiva de la posesión o no de cada una de las competencias; (b) detallar las concretas respuestas que fueron ofrecidas por el aspirante y las conductas que en él fueron apreciadas en la prueba de la entrevista personal; y (c) explicar por qué esas respuestas y conductas concretamente ponderadas en el aspirante encarnan de manera positiva o negativa los criterios de evaluación que han de aplicarse.

Así ha de ser porque el proceso selectivo, en lo que hace al esfuerzo exigido al aspirante para superarlo, tiene su principal elemento en las pruebas de conocimientos de la fase de oposición que el recurrente sí superó con éxito. Esto a lo que conduce es a que la exclusión de quien haya superado con éxito esas primeras pruebas, mediante la declaración de no apto en la prueba de entrevista personal, requerirá que, de una manera inequívoca y rigurosa, haya quedado demostrada su falta de adecuación profesional y la concurrencia en su personalidad de factores que revelen que la misma es incompatible con ese correcto desempeño funcional a que antes se ha hecho referencia. Y así ha de ser porque la muy grave consecuencia que supone esa exclusión, para quien realizó el enorme esfuerzo de adquirir los conocimientos correspondientes a las primeras pruebas, únicamente cumplirá con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) si está justificada y explicada con ese superior nivel de rigor y exigencia que acaba de apuntarse.”

Tampoco puede prosperar la pretensión alegada por la administración de que la falta de motivación quedó subsanada en el procedimiento judicial, y no solo, que también, porque la motivación debe proporcionarla la propia



disposición o bien por remisión al expediente, sino porque realmente ni siquiera en el juicio se ha dado cumplida justificación de las razones por las que mi mandante ha obtenido sus concretos resultados, alegando una y otra vez que no puede darse publicidad a la prueba y los criterios de corrección para evitar perjudicar por un lado los intereses empresariales de TEA EDICIONES, o que otros opositores pudieran conocerlos para usarlos en futuras oposiciones. Causa perplejidad que se ofrezcan estas razones en un procedimiento de fiscalización de un proceso de acceso a la función pública.

Y añade que, las verdaderas razones por las que mi mandante no superó la prueba, es decir porque obtuvo unas puntuaciones en unas cuantas escalas y no otras, no se han justificado ni siquiera en el juicio por la sencilla razón de que los asesores del Tribunal, que comparecieron al mismo no las han conocido nunca, o al menos, no quieren explicarlas alegando cuestiones ajenas a los que aquí interesa.

Y con cita de la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja. Sala de lo Contencioso, de fecha: 28/03/2019, dictada en el Recurso:160/2018, por ser muy reciente y resolver una cuestión perfectamente análoga al objeto de este procedimiento, dado que coinciden la fiscalización del mismo procedimiento selectivo al mismo cuerpo, en este caso al Ayuntamiento de Logroño, y la misma falta de concreción de la justificación de la valoración por la misma empresa (TEA EDICIONES), también ajena al Tribunal de Selección:

En los mismos términos, la sentencia del mismo Tribunal y de la misma fecha, recaída en el recurso 6695/2010.

En el presente supuesto, como se ha dicho, la misma parte apelante admite que no constan en el expediente administrativo, por razones de propiedad intelectual, las preguntas/respuestas concretas, lo que resulta inadmisibles, pues impide facilitar al opositor evaluado, después de haber sido examinado, elementos documentales que, en su caso, motivan su evaluación.

A lo anterior, cabe añadir que el examen de los documentos que cita la representación del Ayuntamiento de Logroño no satisfacen los requisitos de la motivación.”

Incluso como es de ver en la propia sentencia, en este caso TEA EDICIONES llegó a enviar alguna documentación, que fue valorada por la Sala como completamente genérica, no satisfaciendo los requisitos de la motivación de acuerdo con la jurisprudencia del TS tantas veces referida, por lo que en el caso que nos ocupa, en el que ni siquiera ha enviado nada, quizá por ya saber qué valoración podría recibir por el Juzgador, es necesario concluir que la exclusión debe ser anulada por falta de motivación.



Y el alcance del efecto estimatoria de la demanda. En cualquier caso, tampoco puede olvidarse que esta parte, aportó antes de la vista, tal y como consta en el procedimiento, y que no fue impugnado por la parte contraria, un informe psicológico tras someter a numerosas pruebas clínicas y de competencias al recurrente, que determinó que no concurrían en la personalidad del aspirante ninguna incompatibilidad o limitación para el ejercicio adecuado de las funciones públicas a las que aspira.

Sin embargo, no es esta cuestión no que resulta más relevante para determinar el alcance de la sentencia, sino que la administración no ha acreditado, con los requisitos de motivación tantas veces citados, que la personalidad de mi mandante sea incompatible con la función de bombero, por lo que su derecho, superados las exigentes pruebas anteriores, es ser declarado apto en los términos fijados por la sentencia ahora recurrida.

SEGUNDO. - Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada en todo aquello que no resulten contrarios a los expuestos en la presente.

Reiteradamente viene señalándose por la Jurisprudencia que incluso en el ámbito de la potestad de autoorganización de la Administración o en el de la discrecionalidad técnica, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), así como el recto ejercicio del control jurisdiccional de la actividad administrativa (art. 106.1 CE) y la efectividad de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), además del cumplimiento de la exigencia general previsto en el art. 54.1.f) de la Ley 30/92, ha conducido a acotar el control judicial y la motivación exigible en estos casos, ya que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015, *sin motivación, sencillamente, no es posible comprobar si el acto administrativo discrecional es fruto de un adecuado ejercicio de potestades de esa naturaleza o de la pura arbitrariedad, proscrita por nuestra Constitución (art. 9.3 CE). Es más, los actos inmotivados van acompañados por la sombra de la arbitrariedad, y la motivación despeja las dudas que puedan surgir al respecto.*

El Juzgador de instancia no considera que este debidamente motivado el resultado de no apto del recurrente en la entrevista personal; criterio que esta Sala comparte dicho criterio atendiendo a los datos que constan en el expediente administrativo.

Así, las Bases de la Convocatoria publicadas en el BORM número 108, de 11 de mayo de 2016 establecían en las bases específicas que *“El proceso selectivo constará de las siguientes fases: 1. Fase oposición. 2. Reconocimiento médico. 3. Presentación de documentación. 4. Curso selectivo de formación y período en prácticas”*.



La fase de oposición constaba de cuatro ejercicios, y las Bases establecían para el ejercicio 4.º de la fase de oposición textualmente lo siguiente:

Para el planteamiento y corrección de este ejercicio, el Tribunal estará asistido por un equipo psicológico, formado por licenciados en psicología o titulación equivalente y con experiencia en la realización de este tipo de pruebas para el acceso a la función pública, constando de las siguientes dos partes:

Pruebas de aptitud psicotécnica. Este ejercicio consistirá en la realización de uno o varios tests dirigidos a determinar la personalidad, aptitudes e inteligencia del aspirante para el desempeño del puesto de Bombero.

La duración será determinada por el tribunal, siendo calificado como “apto” o “no apto”. En este segundo caso, el aspirante quedará eliminado del proceso selectivo.

Entrevista. La entrevista personal tiene por objeto verificar que el aspirante reúne las condiciones necesarias para el normal desempeño del puesto de trabajo convocado que no han podido ser evaluadas mediante las pruebas anteriores. En la entrevista se realizará un análisis global de la estructura de la personalidad debiéndose ajustar al perfil establecido por el Tribunal y valorado en la primera parte de este cuarto ejercicio.

La calificación de este ejercicio será “apto” o “no apto”, debiendo conseguir la de “apto” para poder continuar en el proceso.

Cada aspirante convocado a la realización de la entrevista, en el momento de su llamamiento y con carácter previo al inicio de la realización de la misma, deberá entregar a los miembros del Tribunal el “Modelo de autorización para la realización de las pruebas médicas” correspondiente a la siguiente fase y que figura como Anexo VI de las presentes bases, debidamente cumplimentado y firmado. La no presentación del citado modelo supone la exclusión del aspirante en el presente proceso selectivo.

Como señala la sentencia apelada en su fundamento de derecho cuarto, la entrevista personal forma parte integrante de este 4.º ejercicio, como prueba autónoma e independiente -aunque relacionada- de la previamente realizada de aptitud psicotécnica. La prueba de la entrevista tiene su propio objeto y finalidad, según queda definida en las Bases, y responde a sus propios criterios científicos y técnicos. No es un adorno o una prueba testimonial respecto a la de aptitud psicotécnica que se ha realizado previamente. No responde a criterios o apreciaciones subjetivas. Sigue diciendo el Juzgador de instancia que el mismo valor científico tiene la entrevista -si se hace conforme a criterios técnicos y profesionales, como aquí se hizo- que la prueba de aptitud psicotécnica. Pues la entrevista tiene por objeto precisamente comprobar si la personalidad del aspirante se ajusta al perfil establecido por el Tribunal que se ha valorado en la primera parte del ejercicio, con lo que no se



puede entender superado el ejercicio, en su totalidad, si no se supera esta segunda prueba. Hay que resultar apto también en esta segunda prueba para superar el 4.º ejercicio y continuar en el proceso selectivo. No basta con haber superado únicamente la primera prueba (aptitud psicotécnica). Y el resultado de este 4.º ejercicio es independiente y en nada se puede ver condicionado por los resultados que el actor haya podido obtener en los otros ejercicios de la fase de oposición.

TERCERO. - Esta Sala y Sección ya se ha pronunciado sobre este tema, en la sentencia nº 472/19 de 13-09 y **la nº 179/20 de 27** de mayo y en el RA 97/19 cuyos criterios en lo coincidente se deben mantener por congruencia y seguridad jurídica.

En la última y en lo referente a la entrevista personal se decía *“Es cierto que ha quedado acreditado, como señala la sentencia apelada, que la entrevista que el recurrente realizó el 31 de octubre de 2017 por la tarde, se efectuó ante los dos psicólogos nombrados para asistir y asesorar al Tribunal calificador, y estando presentes en todo momento al menos tres de los miembros del Tribunal, tal y como se recoge en las actas. No duda esta Sala de la profesionalidad de los asesores, ni de su experiencia en la realización de este tipo de pruebas, en especial para el acceso al Cuerpo de Bomberos. Destaca también la sentencia apelada que como consta en las actas de las diversas sesiones preparatorias de cada una de las pruebas, en especial las de 19-9-17 (folios 328 y siguientes); de 9-10-17 (folios 416 y siguientes) y de 16-10-17 (folios 439 y siguientes). En estas sesiones también se preparó la prueba de la entrevista personal, señalando el equipo de psicólogos, con la aprobación del Tribunal, que la entrevista complementaría la prueba de aptitud psicotécnica, que se realizaría a cada aspirante por el equipo de los dos psicólogos, siendo su calificación por consenso de los dos entrevistadores, que su duración sería de entre media hora y una hora aproximadamente, dependiendo de su evolución con cada aspirante, y que entregarían al Tribunal los criterios de evaluación a tener en cuenta en la entrevista (Acta de la sesión de 19-9-17, folios 328 y siguientes, que en su Anexo I incluye la propuesta de los Asesores sobre la prueba de aptitud psicotécnica).*

Es cierto que nos encontramos ante un supuesto de discrecionalidad técnica, pero la motivación del juicio técnico de un Tribunal Calificador es susceptible de control por los Tribunales. Así, es esclarecedor lo que respecto a la discrecionalidad técnica ha señalado entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2009 (rec. 6755/2004), que en su fundamento de derecho tercero que establece textualmente:

“...hay una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), 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 cuyas 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.

...

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 cuál 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. ...”

CUARTO. - Aplicando lo anteriormente expuesto al supuesto concreto, consta cómo los asesores en el acto de la vista explicaron el resultado de la entrevista personal, señalando que se apreció incongruencia entre el resultado del test de personalidad, lo manifestado por el opositor en su cuestionario biográfico (que consta aportado y lo que ellos detectaron durante la realización de la entrevista, al presentar desviaciones del perfil psicométrico en algunas de las escalas, concretamente en dos de ellas, aunque resultó apto en las pruebas de la primera fase de este cuarto ejercicio. Frente a ello el informe psicológico pericial aportado como prueba por la parte actora (realizado por la Sra. Díaz Meneses, especialista en Psicología Clínica) señala que *“La perito abajo firmante concluye que no existen factores negativos de la personalidad del Sr. Sánchez incompatibles con el correcto desempeño de las funciones de bombero”*

No constan en el expediente administrativo la forma en que se desarrolló la entrevista, no se recogen cuáles fueron las preguntas realizadas al Sr. Almagro Peñalver, ni se constata por escrito cuales fueron las respuestas que realizó en la entrevista, como tampoco las reacciones de las que, a modo de ejemplo, citaron una o dos en el acto del juicio. Sin esa constancia es imposible determinar si las conclusiones a las que llegaron los asesores es acertada o no, ni se permite la revisión del juicio técnico para determinar si al recurrente efectivamente le faltaba motivación, autocontrol, o cualquiera de los factores que en el perfil se habían destacado por los asesores como importantes para ser bombero. Es evidente que no es el acto de la vista el momento la explicar la motivación de la calificación de no apto del recurrente, que es lo que ha sucedido en este caso, sino que debe recogerse en el expediente administrativo. Por lo que la conclusión a la que debemos llegar es



que falta en el expediente administrativo la motivación necesaria en la determinación de la no aptitud del recurrente

Podemos traer a colación una sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011 (rec. 4928/2010) o la dictada el 26 de mayo de 2014 (rec. 1133/2012), la primera en un supuesto casi idéntico al que nos ocupa, pues era referido a una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. n.º 473/2006), sobre resolución desestimatoria confirmada en alzada por silencio, contra la resolución del tribunal calificador, respecto a la prueba de entrevista personal en el concurso de las pruebas selectivas convocadas para el ingreso en la Escala Básica del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad de Cataluña. Así decía dicha sentencia, tras explicar en el fundamento séptimo el significado y ámbito de la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica y el control jurisdiccional, en los fundamentos octavo y noveno textualmente lo siguiente:

<<“OCTAVO.- Expuesta la doctrina general, y retornando al planteamiento que hacíamos en el Fundamento Sexto, la primera cuestión a decidir, relativa al primero de los planos argumentales que en dicho fundamento señalábamos como contenidas en el motivo casacional, es la de si el establecimiento de los criterios que el Tribunal Calificador estableció en las sesiones cuestionadas de 29 de diciembre de 2005 y 23 de enero de 2006 y que la sentencia recurrida da como hecho probado (F.D. QUINTO), pueden insertarse, como hace la sentencia recurrida, en el ámbito del núcleo material de la decisión o si más bien se sitúa en el de sus aledaños, suscitando el problema de si el establecimiento de dichos criterios tiene, o no, cobertura en las bases de la convocatoria.

Para dar respuesta a tal cuestión, es preciso traer a colación dichas bases, en concreto las Bases 6.1.5 y la 6.1.7. La base 6.1.5 (en su traducción al castellano por nuestra parte, pues la convocatoria está redactada exclusivamente en catalán) dice:

«Quinta prueba: Evaluación psicológica. Consistirá en la resolución de unas pruebas psicotécnicas orientadas de una parte a evaluar la adecuación de las características de la persona participante, en relación con el ejercicio, las funciones y de las tareas propias de la categoría de bombero/a y de otra parte a detectar rasgos psicopatológicos o alteraciones de la personalidad que dificulten o imposibiliten el ejercicio de las funciones de bombero/a.

Esta prueba incluirá una entrevista personal a fin de contrastar la adecuación de la persona participante.

La calificación de esta prueba será de apto/a o no apto/a»

Y la Base 6.1.7 dispone:

«La puntuación final de esta fase de oposición quedará determinada por la división entre tres de la puntuación tal resultante de la suma de las



calificaciones obtenidas en el segundo ejercicio de la primera prueba, en la segunda prueba y en la tercera prueba».

Parece claro que la referida base 6.1.5 adolece de una marcada ambigüedad, pues en su referencia a "unas pruebas psicotécnica, orientadas de un lado a evaluar la adecuación de las características de la persona participante en relación con el ejercicio de las funciones y de las tareas propias de la categoría de bombero/a", falta toda concreción de en qué deben consistir esas pruebas, de las que solo se fija la finalidad a la que se orientan las mismas.

En ninguna otra base se atribuye al Tribunal Calificador la función de completar o integrar las bases, ni por tanto la de establecer la estructura de la prueba y los criterios en función de los cuales puede establecerse la adecuación entre las características de la persona y el ejercicio de las funciones y tareas de los bomberos.

Ello sentado, no resulta seguro poder afirmarse que las bases, a las que el Tribunal Calificador debe ceñirse (sumisión en abstracto que no es en modo alguno reconducible a una facultad de discrecionalidad técnica) le facultasen para regular por sí mismo los criterios que debían regir en la quinta prueba para apreciar la adecuación que en la base se regula.

Podría aceptarse, no obstante, que ante un obstáculo que, ateniéndose estrictamente a la literalidad de la base que nos ocupa, no tendría posible salida, el Tribunal Calificador, como contenido implícito de su papel institucional en el concurso-oposición, pudiera asumir la función de definir los criterios que en definitiva vaya a aplicar. Pero aun aceptando a efectos dialécticos esa posibilidad, y que los criterios así definidos pudieran reconducirse al ámbito de la discrecionalidad técnica, lo que no ofrece duda, es que el hecho de tal definición en primer lugar debiera tener lugar en todo caso ex ante de las pruebas, y no ex post (Sentencia de esta Sala y Sección de 15 de diciembre de 2005, recurso de casación nº 970/2000 -F.D. Tercero-) en segundo lugar, que a esa definición ex ante debiera darse la adecuada publicidad. La exigencia indiscutible de sumisión del Tribunal a las bases en la calificación de los ejercicios y la garantía que ello representa para el opositor desde las claves de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), no puede afirmarse que se cumplan, si los ejercicios preceden a la determinación por el Tribunal de los criterios de evaluación que han de aplicarse a ellos.

El hecho de la fijación de esos criterios corresponde a lo que antes nos hemos referido, al exponer nuestra doctrina jurisprudencial, como actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico; lo que, como dijimos, no entra en la discrecionalidad técnica, sino en sus aledaños. (Nos referimos, obviamente, al hecho de la fijación de los criterios, no al de su contenido).



Pues bien, en el caso actual, según se acredita por el examen del expediente, los criterios para la evaluación de la quinta prueba no constan en el expediente en lo relativo a lo actuado antes de aquella, sino que se han aportado al procedimiento por primera vez en el recurso de alzada contra la resolución impugnada en él, y no por medio de sus actas, sino por medio de un informe del Tribunal Calificador, lo que bastaría para afirmar que la evaluación de una prueba con arreglo a criterios que ni constan en las bases ni en el expediente, no respeta la exigencias de sumisión a las bases.

Además de eso los discutidos criterios habrían sido aprobados por el Tribunal en sesiones de 29 de diciembre de 2005 y 23 de enero de 2006.

Atendidas dichas fechas, es indiscutible que, aún ateniéndonos a la primera de ellas, en esa fecha ya se habían celebrado cuatro de las pruebas; y en cuanto a la segunda es posterior incluso a la celebración de la quinta.

Es indudable que se trata de criterios establecidos ex post de las pruebas y sin ninguna publicidad; lo que permite afirmar que la fijación de dichos criterios en las condiciones indicadas no respeta la exigencia de sumisión del Tribunal a las bases, ni tiene cobertura posible en un juicio de discrecionalidad técnica.

Comentario especial merece la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia recurrida de que "es intrascendente que los interesados conocieran los anteriores pormenores" (en referencia a los criterios establecidos en las sesiones del Tribunal Calificador de 29 de diciembre de 2005 y 23 de enero de 2006), afirmación que no podemos compartir, pues supone una inaceptable condescendencia con la opacidad para el opositor de los criterios con arreglo a los que es evaluado, lo que choca directamente con nuestra doctrina jurisprudencial, expuesta en el Fundamento de Derecho Sexto.

Lo que acabamos de razonar respecto a lo que hemos calificado al principio como el primer plano de consideraciones suscitadas en el motivo, basta por sí solo para afirmar que la decisión del Tribunal Calificador, que la sentencia recurrida considera cubierta por la discrecionalidad técnica de aquel, no lo está, pues la fijación por él de los criterios establecidos en las sesiones de 29 de diciembre de 2005 y 23 de enero de 2006, se sitúan en el plano de los aledaños de la discrecionalidad técnica, en el que, apreciamos que el Tribunal Calificador no ha actuado con sumisión a las bases de la convocatoria, sino al margen de ellas; lo que por sí solo justificaría la estimación del motivo.

NOVENO.- No obstante, y como complemento de lo razonado, debemos abordar lo atinente al segundo plano de consideraciones, pues en la concreta aplicación de esos criterios al recurrente tampoco se han respetado las exigencias jurisprudenciales de la discrecionalidad técnica.

En efecto, no resulta admisible que se le negara al recurrente el conocimiento de los criterios en función de los que iba a ser evaluado; como ya



acabamos de decir. Téngase en cuenta que en esos criterios no se trataba sólo de la definición de un concreto test psicológico, respecto de cuyo conocimiento previo por los opositores pudiera, en su caso, justificarse la reserva (en línea con lo sostenido al respecto en la Sentencia recurrida), y ello siempre que en las bases se hubiera establecido la necesidad de someterse a un test y la puntuación de su resultado, aunque el test no se publicara, sino de la determinación de los factores a valorar, de la del perfil del puesto y la de los aspirantes a él, así como de la baremación de los distintos factores en función de puntuaciones necesarias para obtener la calificación de apto. Respecto de nada de ello es justificable ninguna reserva, ni por tanto que pueda ser sustraído al conocimiento del opositor. Por el contrario, ya hemos afirmado antes, (añadido al radical defecto de su elaboración ex post al ejercicio), que supone una opacidad inaceptable, que, si lo es ya en su punto de partida, adquiere relevancia especial cuando, solicitados por el recurrente los elementos documentales indicados en su petición de revisión del día 31 de enero de 2006, que en realidad se contendrían en las actas de las sesiones de 29 de diciembre de 2005 y 23 de enero de 2006, (cuya existencia se ha considerado probada por la sentencia recurrida, pese a no constar en el expediente), le son negadas, negativa que incluso vulnera el derecho ciudadano establecido en el Art. 35.h y 37.1 de la Ley 30/1992.

Evidentemente, si nos atenemos a nuestra jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica, nada de lo indicado puede encontrar cobertura en ella.

Pero la vulneración se intensifica todavía más, cuando, pedida por el recurrente revisión de su prueba a que nos acabamos de referir, no se le da la explicación a la que tenía derecho, o al menos ese extremo no queda justificado en el expediente, como sería preciso. Se viola por ello la exigencia de motivación del acto discrecional, que, como límite de la discrecionalidad técnica, requiere nuestra jurisprudencia.

Sobre el particular es elocuentemente expresiva de lo que venimos calificando como opacidad inaceptable el acta de revisión del ejercicio, de fecha 23 de febrero de 2006, en la que por toda explicación se da la siguiente (traducción al castellano, pues consta en catalán en el original:

«Que en fecha 23 de febrero de 2006, el señor Nicolás realiza la revisión presencial solicitada ante un miembro del Tribunal Calificador y una de las psicólogas que ha participado en el proceso de selección, en la cual se da respuesta a todas la cuestiones planteadas por el participante».

A lo que, como observación del participante se añade, estampada de su puño y letra «Dejo de manifiesto mi disconformidad ya que: No se me ha dado la información requerida por mí en el primer recurso dirigido al Tribunal y también porque se me reconoce como "menos apto que el resto de los aspirante aprobados, sin ser motivado el porqué de forma objetiva.»



Si aceptásemos que el Tribunal Calificador, al que se pide explicación de los motivos por los que ha resuelto declarar no apto a un opositor disconforme con tal resolución, cumple con el deber de motivar su decisión con la sola afirmación de que ha dado la explicación que se le pedía, sin consignar en el acta correspondiente contenido alguno de la explicación que en ella dice haber dado, si aceptásemos, reiteramos, eso como motivación, habríamos abierto el paso a la pura arbitrariedad, proscrita por el art. 9.3 CE , lo que consecuentemente nos lleva a la conclusión de que la resolución referida carece de motivación. La exigencia de ésta no se sitúa en el núcleo material de la decisión técnica, cubierta por la discrecionalidad de ese signo, sino en el de sus aledaños, según se explica en el Fundamento Tercero apartado 4, párrafo final de nuestra Sentencia de 19 de julio de 2010 (Recurso 950/2008 de esta Sala y Sección) acertadamente invocada por el recurrente, en la que dijimos:

«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»

La referencia que en su oposición al motivo que analizamos hace la Generalitat a los informes de TEA Ediciones y de la asesora del Tribunal Calificador, explicando la razón por la que el recurrente fue declarado no apto, lejos de arrojar al respecto la explicación necesaria, operan en sentido contrario, como exponente de la opacidad que ha caracterizado en este caso la adopción de su decisión.

En efecto, si se examina sobre el particular el expediente administrativo, y en concreto la solicitud de revisión del recurrente de 31 de enero de 2006, y en relación con ella el informe de 9 de mayo de 2006,, firmado por el Secretario del Tribunal, de ellos no puede extraerse otra conclusión que la de que la explicación demandada se limita en realidad a la referencia a los acuerdos adoptados por el Tribunal Calificador el 29 de diciembre de 2005 y el 23 de enero de 2006, en cuanto parámetros de la prueba, y a la justificación de porqué no podía facilitarse al recurrente la documentación que solicitaba.

Pues bien, en cuanto a la posible funcionalidad de estos referidos acuerdos como parámetros para la evaluación de la aptitud del recurrente, ya nos hemos pronunciado antes, para descalificarlos en cuanto a su necesaria sumisión a las bases.



Y en cuanto a la pretendida justificación de la falta de entrega de la documentación solicitada por el recurrente, que se contiene en el apartado 5.b de dicho informe, no sólo no resulta aceptable, sino que incluso llega a causar perplejidad.

Si se pone en contraste lo dispuesto en los arts. 35.h y 37.1 Ley 30/1992, a los que nos referimos en momento anterior, con la explicación de que el código deontológico del Colegio Oficial de Psicólogos impone la reserva al uso de los psicólogos de todo tipo de material estrictamente psicológico, tanto de evaluación cuanto de intervención o tratamiento, que se abstendrán de facilitarlos a otras personas no competentes, y que el tratamiento de los test vulnera el derecho de Copyright de la empresa TEA Ediciones, la única conclusión válida en derecho es que esa pretendida explicación resulta incompatible con los preceptos legales citados. Si la empresa asesora del Tribunal participa en esa función en las pruebas selectivas (lo que, dicho sea de paso tiene su cobertura en la base 5.2 de la convocatoria) no resulta de recibo que, tanto el material documental usado para ejercer su función asesora (la única con cobertura en la base), como el material documental en que se manifiesta esa función, puedan quedar ocultos al opositor que es evaluado con arreglo a ellos. No es de recibo, si se respeta la legalidad, que la reserva propia de la función de un psicólogo, cuando este actúa como asesor de una prueba para el ingreso en la Administración, impidan facilitar al opositor evaluado, y no a otra persona, después de haber sido examinado, los elementos documentales que, en su caso, motivan su evaluación. Aceptar la explicación que analizamos, supondría tanto como sustituir la función del Tribunal por una decisión opaca del asesor, que ni tiene cobertura en la base 5.2 de las pruebas, pues convierte al asesor en instancia decisoria de las pruebas, ni se ajusta a los criterios de transparencia que en nuestra doctrina hemos definido como límite de la discrecionalidad técnica.

Todo lo razonado conduce a la estimación del segundo motivo de casación.>>

Por todo lo cual, en este caso, en el que no consta, como en el recogido en la sentencia anterior, que se haya dado la adecuada publicidad a los criterios tenidos en cuenta para realizar la entrevista, que, como ha señalado el Tribunal Supremo, no entran dentro de la discrecionalidad técnica sino en sus aledaños, y se han aportado al procedimiento por primera vez con posterioridad a la resolución impugnada ni se motiva adecuadamente el no apto del recurrente, procede estimar el recurso de apelación revocando la sentencia apelada.

QUINTO. - Una vez determinado que procede la confirmación de la sentencia y la desestimación del recurso, debemos determinar cuál es el



alcance de la estimación. Y siguiendo el criterio recogido en las sentencias del Tribunal supremo de 15 de diciembre de 2011 y 26 de mayo de 2014, debemos anular las actuaciones en lo que respecta al Sr. Muñoz Díaz y reconocerle el derecho a que se le tenga por apto en la cuarta prueba, y a proseguir el proceso selectivo hasta su finalización, y en el caso de superar el proceso selectivo de formación y periodo en prácticas, se declare su derecho a percibir las diferencias salariales entre las retribuciones que perciba en la fase de formación y las que debiera haber percibido de haber sido nombrado bombero del SEIS en el momento en que lo fueron el resto de compañeros de la convocatoria; todo ello incrementado con los intereses legales correspondientes al momento de superar el periodo de prácticas y ser nombrado funcionario de carrera del SEIS del Ayuntamiento de Murcia.

SEXTO. - En razón de todo ello, procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida, con las consecuencias mencionadas en el fundamento anterior; y sin expresa imposición de las costas de esta instancia habida cuenta de que la singularidad de la cuestión debatida en esta apelación veda estimar que se halle ausente en el caso actual "iusta causa litigandi", dadas las dudas de derecho en la controversia de autos (art. 139 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

F A L L A M O S

Desestimar el recurso de apelación 117/20, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia, contra la sentencia **n.º 19/20, de 21 de enero**, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Murcia, dictada en el procedimiento abreviado n.º 315/18, en cuantía indeterminada, que se confirma y se anula el acto administrativo impugnado, la resolución desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 12-12-2017 del Tribunal Calificador de la convocatoria de oposición para proveer en propiedad 30 plazas de bombero del SEIS del Ayuntamiento de Murcia, que se anula por no ser la misma conforme a Derecho; todo ello con las consecuencias previstas en el fundamento quinto de la presente sentencia; sin costas.

La presente sentencia solo será susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 de la Ley reguladora de la



Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el art. 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el art. 86.3 podrá interponerse, en su caso, recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

