

LA FUNCION CALIFICADORA DE LOS ALUMNOS UNIVERSITARIOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL (*)

Por
JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LOS DATOS NORMATIVOS.—III. LA JURISPRUDENCIA PRODUCIDA: 1. *El control de la calificación en sí*. 2. *El control de los aspectos formales*. 3. *El reconocimiento jurisprudencial de la existencia con carácter general del derecho a una evaluación objetiva del rendimiento académico y a la impugnación de las calificaciones de tal tipo*.—IV. LAS CONCLUSIONES FINALES Y NUESTRA OPINIÓN AL RESPECTO.

I. INTRODUCCIÓN

El control jurisdiccional de las calificaciones académicas constituye uno de los supuestos-límite que plantea el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la discrecionalidad de las Administraciones públicas (1), temas capitales del Derecho Administrativo, que siguen permanentemente abiertos, tal y como lo demuestra la importante polémica suscitada recientemente sobre los mismos en la doctrina española (2).

Como ya destacamos en otro lugar (3), el sector objeto de análisis presenta importantes semejanzas con el referido al control jurisdiccional de los concursos y oposiciones, de modo que algunas de las conclusiones a que conduce su examen son extrapolables con las de éste, sin perjuicio de que podamos constatar —como hacemos *infra*— que concurren algunas diferencias con el mismo que nos permiten afirmar incluso la posibilidad de un control jurisdiccional más profundo en el presente caso.

Nuestra exposición comenzará con un análisis de los textos normativos; seguirá con un examen de la jurisprudencia recaída sobre dicho obje-

(*) El presente estudio tiene su base en la lección impartida por el autor en el «III Curso de Régimen de las Universidades Públicas» celebrado los días 6 a 10 de marzo de 1995 en la Universidad Politécnica de Madrid (su convocatoria fue publicada en el «BOE» del 31 de enero de dicho año).

(1) José Antonio TARDÍO PATO, *El control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1986, pág. 17.

También hemos abordado la presente cuestión, pero en otro contexto, el de su interacción con la autonomía universitaria y con la libertad de cátedra, en nuestro libro *El Derecho de las Universidades públicas españolas*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1994, tomo II, págs. 870 y ss. y 1118 y ss.

(2) A la bibliografía sobre dicha polémica aludiremos someramente más adelante, en la nota al pie núm. 11.

(3) *El control jurisdiccional...*, pág. 19.

to; y terminará con un relación de conclusiones, donde incluiremos nuestra opinión sobre el particular.

II. ANÁLISIS DE LOS DATOS NORMATIVOS

Aunque nuestro análisis se va a centrar en el ámbito de las enseñanzas universitarias, debemos comenzar con un repaso de las previsiones normativas de carácter general e incluso de los *otros niveles educativos*, para poder considerar el problema en toda su magnitud.

La Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (Ley 14/1970, de 4 de agosto), en su artículo 130, párrafo 3.º, encuadrado en su Título IV, dedicado al Estatuto del Estudiante, reconocía: «El derecho a una valoración objetiva de su rendimiento educativo, que se articulará reglamentariamente mediante los oportunos medios de impugnación contra cualquier actuación que en tal sentido consideren injustificada» (4).

El Estatuto de Centros Escolares (Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio), que tan sólo contemplaba los niveles Preescolar, Educación General Básica y Enseñanzas Medias, en su Disposición Final 2.ª, letra a), decía que quedaba derogado el artículo 130 de la Ley General de Educación en cuanto se opusiese a la misma. Y, ya en su articulado, al hablar en el Título IV «De los alumnos, derechos y deberes», en lugar de hacer una alusión directa al problema, tan sólo consignaba, en su artículo 36, que los alumnos tendrían el derecho a formular, ante los profesores y la dirección del centro, cuantas iniciativas, sugerencias y reclamaciones estimasen oportunas. Como el párrafo 3.º del artículo 130 de la Ley General de Educación no se oponía a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, sino que era más preciso que lo establecido en el artículo 36 de ésta, podía considerarse vigente.

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (conocida por sus siglas LODE y publicada en el «BOE» del 4 de julio del mismo año), en su Disposición Derogatoria 2.ª, letra a), deroga expresamente el Título IV de la LGE de 1970, en el que se encontraba el referido artículo 130.3. En su lugar, tan sólo ha previsto, en su artículo 6.º, letra b), el reconocimiento a los alumnos del *derecho básico «a que su rendimiento escolar sea valorado conforme a criterios de plena objetividad»*.

La LOGSE, Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo («BOE» de 4 de octubre), no hace referencia directa al problema que venimos estudiando, pero, en su Disposición Final Cuarta, punto cinco, consigna que la LODE continuará en vigor con las modificaciones derivadas de la presente Ley (las cuales no afectan a nuestro objeto de estudio).

Con anterioridad a la LOGSE fue aprobado el Real Decreto 1543/1988, de 28 de octubre, sobre derechos y deberes del alumno, en cuyo artículo 19

(4) Hay que destacar que este precepto regía para todos los niveles de enseñanzas.

se establecían previsiones sobre nuestro tema de estudio. Pero el que rige actualmente en dicho ámbito es el *Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros* («BOE» del 2 de junio), que ha derogado el citado de 1988.

En su artículo 13.1, proclama que los alumnos tienen derecho «a que su rendimiento escolar sea valorado conforme a criterios de plena objetividad».

En el párrafo 2.º de dicho artículo, prescribe que «con el fin de garantizar el derecho a la evaluación con criterios objetivos, los centros deberán hacer públicos los criterios generales que se van a aplicar para la evaluación de los aprendizajes y la promoción de los alumnos».

En el párrafo 4.º del mismo, consigna que «los alumnos o sus padres o tutores podrán reclamar contra las decisiones y calificaciones que, como resultado del proceso de evaluación, se adopten al finalizar un ciclo o curso». «Dicha reclamación deberá basarse en la inadecuación de la prueba propuesta al alumno en relación con los objetivos y contenidos del área o materia sometida a evaluación y con el nivel previsto en la programación, o en la incorrecta aplicación de los criterios de evaluación establecidos».

Y, en su párrafo 5.º, añade que «la Administración educativa establecerá el procedimiento para la formulación y tramitación de las reclamaciones contra las calificaciones y decisiones que, como consecuencia del proceso de evaluación, se adopten al final de un ciclo o curso».

En todo caso, esta normativa es de aplicación directa a aquellos centros dependientes de la Administración General del Estado o sometidos a su control y sólo de aplicación supletoria a aquellos otros dependientes o sometidos al control de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia educativa, algunas de las cuales han aprobado sus propias normas de desarrollo.

En el territorio de competencia de la Administración General del Estado, el procedimiento concreto de sustanciación de las reclamaciones está regulado por Circulares o Instrucciones internas. Concretamente, en el momento presente, está disciplinado por las Instrucciones de la Dirección General de Centros Escolares del Ministerio de Educación y Ciencia relativas al curso 1991/1992, a las que se remiten las Instrucciones para cursos posteriores.

En ellas se dispone que:

«Cuando se trata de calificaciones finales, tanto correspondientes al proceso de evaluación continua como a pruebas de suficiencia o de septiembre, en enseñanza oficial, colegiada o libre, las reclamaciones serán dirigidas al Director del Centro.

El Director del Centro, previos los informes que estime pertinentes, someterá la reclamación al Seminario o Departamento correspondiente, quien podrá ratificarse en la calificación otorgada o *estimar la procedencia de la rectificación*

reclamada. En este caso, el Director del Centro ordenará formalmente dicha rectificación.

En caso de que el Seminario o Departamento ratifique la calificación, el Director remitirá el expediente al Servicio de Inspección Técnica, para que el Director Provincial, previo informe de dicho Servicio, adopte la solución pertinente, contra la que los interesados podrán elevar su reclamación a la Dirección General de Renovación Pedagógica.

Contra la resolución de la Dirección General de Renovación Pedagógica, podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Educación en el modo y plazo establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.»

En el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana, por poner un ejemplo de normativa propia de Comunidad Autónoma en este sector, que además nos es cercano, la regulación del derecho a reclamación de las calificaciones estimadas incorrectas en los niveles de enseñanza no universitarios se ha realizado por una Orden de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia de 23 de enero de 1990 («DOGV» de 7 de febrero) y por una Resolución de 23 de enero de 1990 de la Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa de dicha Consejería, por la que se establecen los plazos para ejercer dicho derecho de reclamación («DOGV» de 7 de febrero).

Se distingue en dicha regulación entre las calificaciones de carácter ordinario derivadas del proceso de evaluación continua o de exámenes parciales, por una parte, y las calificaciones de carácter final producidas en junio o septiembre de un curso escolar o posibles convocatorias finales extraordinarias, en caso de haberlas, por otra.

Por otro lado, se destaca que el motivo de la reclamación puede ser: *a)* inadecuación de la prueba propuesta a los objetivos y a los contenidos de la materia que se somete a evaluación y al nivel previsto en la programación realizada por el órgano o Centro correspondiente, o *b)* aplicación incorrecta de los criterios de evaluación establecidos; a fin de lo cual cada Centro publicará, al comienzo de cada curso académico, los objetivos y contenidos mínimos de las distintas asignaturas y/o áreas correspondientes a las programaciones didácticas contenidas en la programación anual del Centro aprobada por el Consejo Escolar, así como los criterios objetivos de evaluación a aplicar, tal y como preveía el artículo 19 del Real Decreto estatal 1543/1988, de 28 de octubre, y prevé el artículo 13.2 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo ahora urgente.

A su vez, esta normativa hace una previsión respecto a la conservación de los instrumentos de evaluación, exigiendo que los Centros conserven durante el primer trimestre del curso siguiente, como mínimo, o en tanto se produce resolución firme del procedimiento de cualquier reclamación, cuantos documentos académicos hayan servido para establecer las calificaciones reclamadas (art. 3.º de la Orden).

El procedimiento va a ser más corto o más extenso, según se estén reclamando las calificaciones de carácter ordinario derivadas de los procesos

de evaluación continua o exámenes parciales, o según se trate de la impugnación de las calificaciones de carácter final producidas en junio o septiembre o en convocatorias finales extraordinarias.

Tanto en uno como en otro caso, el alumno o sus representantes legales podrán solicitar aclaraciones del profesorado sobre las calificaciones recibidas. Ahora bien, si el alumno o representante de dicho alumno sigue sin estar de acuerdo con estas aclaraciones, entonces ya podrá formular reclamaciones escritas ante el Director del Centro. Y, en este punto, distingue entre la reclamación de la calificación derivada de la evaluación continuada o de pruebas y exámenes parciales, por un lado, y la reclamación contra las calificaciones finales, por otro.

En el primer caso, ha de remitirse un escrito al Director del Centro, el cual constituirá una Comisión integrada por él mismo, el tutor, el profesor responsable de la calificación reclamada y dos profesores del Centro del área o de la asignatura objeto de la reclamación o, en su defecto, con titulación académica o especialización que garantice la competencia técnica de su intervención. Esta Comisión emite un dictamen que firmarán todos los que han participado en él y, con base en este dictamen, el Director resolverá confirmando o rectificando la calificación reclamada. Con este acto se agota la vía de reclamación (dice la Resolución de 23 de enero de 1990, art. 1.1, *in fine*).

Ahora bien, si se trata de reclamaciones contra las calificaciones de carácter final producidas en junio o septiembre o en convocatoria extraordinaria, una vez efectuadas las aclaraciones pertinentes y si persiste esta discrepancia, se tendrá que dirigir asimismo un escrito al Director del Centro, quien constituirá la Comisión referida anteriormente y, en este caso, dicha Comisión emitirá un informe basado en las actuaciones siguientes: a) revisar la adecuación de pruebas, exámenes y demás medios que sirvieron de base a la calificación reclamada a los objetivos y contenidos correspondientes; y b) comprobar la aplicación de los criterios de evaluación.

En el supuesto de los Conservatorios de Música, la revisión y el informe será emitido por el Tribunal examinador, cuando sea éste quien actuó, y por el Seminario correspondiente, si se trata de cursos que no constituyan final de grado o asignatura. La citada Comisión, o bien el Tribunal o Seminario citados en el caso de los Conservatorios de Música, emitirá un informe y, con base en este informe, el Director resolverá la reclamación.

Ahora bien, si se persiste en la reclamación por los interesados, éstos pueden dirigir una nueva reclamación al Director del Centro, quien la remitirá al Director Territorial de Educación y Ciencia, el cual resolverá en un plazo máximo de quince días, una vez revisado e informado el expediente por la Inspección educativa y efectuadas las consultas que estime oportunas o realizadas las actuaciones previstas en la Orden de 23 de enero de 1990 citada. Dichas actuaciones consisten en que:

- a) cuando se considera que lo que hay es una inadecuación de las pruebas en relación con los objetivos y contenidos establecidos al comienzo de curso, se ordenará la elaboración de una nueva prue-

ba, cuya evaluación y calificación será realizada por el órgano didáctico correspondiente, con la supervisión de un Inspector de Educación designado al efecto, o

- b) cuando se considera por la Inspección educativa que lo que existe es una aplicación incorrecta de los criterios de evaluación establecidos, dicha Inspección realizará una nueva evaluación de la prueba reclamada y establecerá la calificación definitiva.

Y, como ya hemos indicado, con base en los informes emitidos y efectuada la consulta o realizadas estas actuaciones por la Inspección Educativa, resuelve el Director Territorial de Cultura, Educación y Ciencia, ante cuya resolución cabe recurso de alzada (hoy debemos entender recurso ordinario) ante la Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa de la Generalidad Valenciana (art. 2.4 de la Resolución).

En último término —como recoge explícitamente la Orden—, las modificaciones de las calificaciones acordadas como consecuencia de la resolución podrán ser incorporadas a los expedientes académicos del alumnado y a las actas, mediante las oportunas diligencias.

En relación con el *Curso de Orientación Universitaria* (Curso a extinguir, por no estar previsto en el sistema de la LOGSE), la Ley General de Educación de 1970, en su artículo 35.1, fijaba criterios para la valoración final de dicho Curso. Decía expresamente que «la valoración final del curso de orientación se basará en la calidad de las actividades desarrolladas por los alumnos, acreditadas por los resúmenes orales o escritos de las explicaciones recibidas, adquisición de técnicas de trabajo intelectual y de cuantas tareas se determinen».

Y, ya en lo referente al tema de la revisión de exámenes del citado Curso, la Orden de 31 de diciembre de 1971, sobre normas complementarias de evaluación del mismo («BOE» de 24 de enero de 1972), en su artículo 10, bajo el epígrafe titulado «Rectificación de calificaciones individuales», dispone que, «sin perjuicio de la validez general del acta, cuando la calificación global otorgada a algún alumno apareciera notablemente discordante con las consignadas o comunicadas periódicamente al mismo durante todo el curso, podrá solicitarse de la Junta de Supervisión la revisión y rectificación, en su caso, de tal calificación». En su artículo 2.º, párrafo 5, señala, a su vez, que «la resolución sobre las solicitudes de rectificación de las calificaciones individuales previstas en el artículo 10 de esta Orden» corresponde a la Comisión Permanente de la Junta de Supervisión del COU.

Y la Resolución de 2 de febrero de 1972 («BOE» de 4 de febrero), por la que se dictan normas para la aplicación de la Orden de 31 de diciembre de 1971, en su artículo 10, completa y desarrolla lo señalado en la mencionada Orden, estableciendo que:

«1.º La revisión y eventual rectificación de calificaciones individuales prevista en el apartado 10 de la Orden de 31 de diciembre de 1971 podrá promoverla tanto el alumno

o sus representantes legales, como la inspección o los delegados, en solicitud razonada a la presidencia de la Junta de Supervisión, dentro de los quince días siguientes a la comunicación de la evaluación final de los alumnos, o veinte de la fecha del acta. La Comisión Permanente de la Junta de Supervisión resolverá sobre la solicitud en el plazo más breve posible, a la vista del registro personal del alumno y documentación complementaria. *Si la resolución fuese estimatoria se hará constar en el acto la rectificación correspondiente*, con expresión de la fecha en que haya sido acordada, firmada por el director en los Centros estatales y por el delegado en los no estatales. El acuerdo de la Comisión tendrá carácter definitivo.

2.º Los simples errores materiales serán enmendados por los directores o delegados de los Centros estatales o no estatales, respectivamente, sin necesidad de trámite especial.»

Por lo que se refiere a las *Pruebas de Aptitud para Acceso a la Universidad* (la comúnmente denominada *Selectividad*), la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 9 de junio de 1993 («BOE» del 10) dedica su artículo 8.º a la «Revisión de las calificaciones». En él se dice lo siguiente:

«1. En el plazo de cinco días hábiles, contados a partir del siguiente al de la publicación de las calificaciones, los alumnos podrán solicitar al Rector de la Universidad a la que esté adscrito el Centro en el que estén matriculados, mediante escrito razonado, la revisión de los ejercicios en los que se considere que se ha producido una aplicación incorrecta de los criterios específicos de corrección a que se refiere el apartado dos de la disposición quinta de la presente Orden. En dicha solicitud deberá concretar los criterios específicos de corrección que estime incorrectamente aplicados en el ejercicio de que se trate.

2. La revisión, que garantizará el anonimato, deberá realizarse según el procedimiento establecido en cada Universidad y sobre los aspectos concretos de la solicitud de revisión formulada por los alumnos.»

En lo atinente a las enseñanzas universitarias, la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria («BOE» de 1 de septiembre), nada dice sobre el tema, por lo que no contamos, en el ámbito de la legislación general para todas las Universidades, con preceptos similares a los previstos para los otros niveles educativos. Van a ser los respectivos Estatutos de las Universidades los que van a establecer las correspondientes previsiones más o menos amplias.

Por razones de economía, no vamos a transcribir el texto de los precep-

tos que los mismos dedican a la cuestión en estudio (5), pero aludiremos a las soluciones que aportan, al examinar, a continuación, todos los datos normativos referenciados, en su conjunto.

Las conclusiones que podemos extraer del citado análisis son las siguientes:

1. En primer lugar, que existe una *proclamación del derecho a la valoración objetiva del rendimiento académico y a la revisión y reclamación de las calificaciones académicas*.

Con carácter general, podemos afirmar la existencia del primer derecho, en los términos proclamados por el artículo 6.1.a) de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, «BOE» de 4 de julio; es decir, la LODE), cuyo Título Preliminar es aplicable a todos los niveles de enseñanza, incluida la enseñanza universitaria, porque, además, ha de tenerse en cuenta que la LODE deroga expresamente el Título Cuarto de la Ley General de Educación, donde se recogía el mismo derecho, que era aplicable a las Universidades.

Como puede observarse, en la LODE simplemente se proclama el derecho a la valoración objetiva del rendimiento académico. Tenemos que estar después a normas reglamentarias para la previsión del derecho a la revisión e impugnación de las calificaciones académicas, el cual constituye, en todo caso, un corolario de aquél.

En los *niveles no universitarios*, este derecho a la revisión e impugnación ha sido proclamado y desarrollado con un contenido bastante pormenorizado.

(5) Estatutos de la Universidad del País Vasco, artículo 132, letra i); EU Complutense de Madrid, artículo 119, párrafo 1.º, letra A.d); EU Islas Baleares, artículo 139.i); EU de León, artículo 79.1.f); EU de Salamanca, artículo 139.1.f); EU de Cantabria, artículo 193, párrafos 1, 2 y 3, y artículo 196, letras c), d) y e); EU de Zaragoza, artículo 164; EU de Alcalá de Henares, artículo 143, letras f), g) y h); EU de Extremadura, artículo 161.f); EU de Murcia, artículos 104, 105, 106 y 172.5; Estatutos de la UNED, artículo 44, apartados 5 y 6, y artículo 88, letra e); EU de Valladolid, artículo 144, letra f); artículos 147 y 148, párrafos 1 y 2; EU de Oviedo, artículo 142, párrafos 3 y 4, y artículo 192, letra g); EU de Barcelona, artículo 160, letras e) y f), y artículo 161; EU de Alicante, artículos 98, letra c), y 151, letra c); EU Politécnica de Valencia, artículos 74.1 y 137, párrafo 7; EU de La Laguna, artículo 33, letras h) e i); EU de Las Palmas, artículos 131 y 186; EU de Santiago de Compostela, artículo 138, letras b) y c), y artículo 158, puntos 2 y 3; EU Autónoma de Barcelona, artículo 160.1, letras h) y j), y artículos 163 y 164; EU de Cádiz, artículo 208, letras d) y e); EU de Córdoba, artículos 141, 142, 143 y 198, letras g) e i); EU de Granada, artículos 170 y 172, letra m); EU Autónoma de Madrid, artículo 64.e) y f); EU Politécnica de Madrid, artículos 112, 115, 193, 194, 195 y 197; EU de Málaga, artículo 124, letra b); EU de Sevilla, artículo 106, párrafos 1 y 5; artículo 107.4, artículo 131.2 y artículo 171, letras c) y d); EU de Valencia, Estudio General, artículos 140, 141, 142 y 177, letra h); EU de Castilla-La Mancha, artículo 79, letras f) y g); EU de La Coruña, artículo 84, letras b) y c); artículo 134, párrafos 2, 3 y 4, y artículo 222.4; EU de Vigo, artículos 170.e), 204.1 y 231, 232 y 234, párrafos 1, 2 y 3; EU Pompeu Fabra, artículos 97.b) y 101; EU Rovira i Virgili, artículo 112, letras e) y f), y EU de Lleida, artículos 115 y 119.

En los Estatutos de la Universidad Politécnica de Cataluña, tanto en su primera redacción (aprobada por Decreto del Gobierno catalán 232/1985, de 4 de julio, «BOE» de 31 de agosto de 1985) como en su vigente redacción (aprobada por Decreto 31/1995, de 7 de febrero, «BOE» del 30 de marzo), no hemos encontrado ninguna referencia a este respecto.

Téngase en cuenta, en este sentido, el *Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros*, ya que, en su artículo 13, después de proclamar que los alumnos tienen derecho «a que su rendimiento escolar sea valorado conforme a criterios de plena objetividad» (párrafo 1), añade en su párrafo 4.º que «los alumnos o sus padres o tutores podrán reclamar contra las decisiones y calificaciones que, como resultado del proceso de evaluación, se adopten al finalizar un ciclo o curso» y que «dicha reclamación deberá basarse en la *inadecuación de la prueba propuesta* al alumno en relación con los objetivos y contenidos del área o materia sometida a evaluación y con el nivel previsto en la programación, o en la *incorrecta aplicación de los criterios de evaluación* establecidos».

Esta regulación, como hemos destacado ya, se aplicará sólo con carácter supletorio en las Comunidades Autónomas que tengan reconocidas competencias en materia de educación.

Tomando como ejemplo de estas Comunidades Autónomas el de la Comunidad Autónoma Valenciana, debemos destacar la importante regulación que se ha hecho de la materia en la Orden de 23 de enero de 1990 de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia («DOGV» de 7 de febrero) y en la Resolución del mismo día y misma fecha de publicación de la Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa de dicha Consejería. En estas normas se regula el ejercicio del derecho de reclamación de calificaciones estimadas incorrectas en los niveles de enseñanzas no universitarias y se establece el procedimiento y los plazos para ejercer dicho derecho. Y, además, debemos destacar que esta normativa ha sido publicada y, por ello, es de general conocimiento, frente a las antiguas Instrucciones o Circulares internas existentes antes de la citada normativa en dicha Comunidad y que, aún hoy, siguen existiendo en el ámbito de la Administración estatal, tal y como recogemos atrás.

Es decir, existe una normativa que reconoce el derecho a la revisión e impugnación de las calificaciones académicas e incluso que la regula con cierto detalle.

¿Qué ocurre en el *nivel de las enseñanzas universitarias*? La LRU no se refiere para nada a esta cuestión y tenemos que estar, por lo tanto, a los Estatutos de las diversas Universidades, los cuales han abordado el problema con mayor o menor alcance.

El derecho a la valoración objetiva del rendimiento académico es proclamado en un gran número de Estatutos universitarios —por ejemplo, art. 151.c) de los Estatutos de la Universidad de Alicante; art. 138.b) de los Estatutos de la Universidad de Santiago; art. 186 de los Estatutos de la Universidad de Las Palmas...—.

Y el derecho a la impugnación de las calificaciones académicas consideradas injustas o arbitrarias es reconocido también en un importante número de dichos Estatutos —art. 151.c) de los Estatutos de la Universidad de Alicante; art. 143.f) de los Estatutos de la Universidad de Alcalá de Henares; art. 208.d) de los Estatutos de la Universidad de Cádiz...—.

En todo caso, la tónica general de los Estatutos es la de remitirse a Reglamentos de sus órganos: ya sea de la Junta de Gobierno, para unos; de la Junta de Centro, para otros; y del Consejo de Departamento, para otros.

Gran parte de los mismos incluyen una normación muy escueta, para diferir la cuestión a Reglamentos infraestatutarios, como, por ejemplo, los de las Universidades del País Vasco, Salamanca, Baleares, Extremadura, UNED, Alicante, Politécnica de Valencia, La Laguna, Santiago de Compostela y Cádiz.

Sin embargo, algunos Estatutos dedican cierta extensión a esta materia. Es el caso, sobre todo, de los Estatutos de la Universidad de Vigo, que establecen una regulación bastante pormenorizada del ejercicio del derecho de revisión y del procedimiento para hacerlo posible. Y, aunque en menor medida, también es el caso de los Estatutos de las Universidades de Cantabria, Zaragoza, Murcia, Valladolid, Valencia (Estudio General), Córdoba y Politécnica de Madrid.

Pero, antes de acabar con esta conclusión, sólo cabe preguntarnos qué ocurre con aquellas Universidades cuyos Estatutos no se refieren directamente a este problema, como es el caso de la Universidad Politécnica de Cataluña. Podemos decir que en este supuesto debemos tener en cuenta el artículo 6 de la LODE, que proclama con carácter general esa valoración objetiva del rendimiento académico y debemos considerar, asimismo, que la LODE desarrolla el derecho a la educación proclamado en el artículo 27 de la Constitución.

No obstante, la LODE no se refiere al derecho de la revisión e impugnación de las calificaciones académicas. ¿Qué ocurre entonces respecto de las Universidades que no contemplan ese derecho? Pues que también sería aplicable, ya que, como veremos al referirnos a la jurisprudencia en esta materia, existe alguna Sentencia que conecta dicho derecho con el derecho a la educación. Es el caso de la STS de 10 de mayo de 1988 (Ar. 4079), en la que se dice que, en el caso de la negativa a la revisión de examen por los órganos académicos, se hubiese producido tanto la vulneración del derecho a la igualdad, proclamado en el artículo 14 de la Constitución, como la vulneración del derecho a la educación, reconocido en el artículo 27 de la misma.

En síntesis, la primera nota importante que resalta, tras un repaso de los datos normativos, es que nuestro Ordenamiento jurídico prevé expresamente, con los matices señalados, ese derecho a la valoración objetiva del rendimiento académico y ese derecho a la revisión e impugnación de las calificaciones académicas. Y esto es muy importante, porque *aquí se marca una diferencia frente al ámbito de los concursos y las oposiciones*, donde ese reconocimiento normativo del derecho a la revisión e impugnación a las calificaciones o no existe o no es afirmado explícitamente y, por ello, se acude a los recursos y vías de revisión previstos con carácter general en las leyes procedimentales (hoy fundamentalmente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) y casi exclusivamente desde la perspectiva de los vicios formales.

2. Una segunda nota que se infiere de este repaso normativo es que nuestro Ordenamiento jurídico consagra en esta materia la *exigencia del establecimiento y publicación con carácter previo de los criterios de evaluación y calificación*.

Así lo hace, en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, el artículo 13, párrafo 2, del *Real Decreto 732/1995*, cuando prescribe que «... los centros deberán hacer públicos los criterios generales que se van a aplicar para la evaluación de los aprendizajes y la promoción de los alumnos».

En el mismo sentido se pronuncia la Orden de 23 de enero de 1990 de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana mencionada, que, invocando el Real Decreto estatal de 1988 citado, recuerda que cada Centro publicará al comienzo de curso los objetivos y contenidos mínimos de las distintas asignaturas, así como los criterios objetivos de evaluación que se aplicarán.

Un repaso de los Estatutos universitarios también nos lleva a la misma conclusión. Un número importante de los mismos han previsto, precisamente, la necesidad de esta publicación de los criterios de evaluación, al menos los generales, con carácter previo a la realización de las evaluaciones. Así, los Estatutos de las Universidades de León, Cantabria, Baleares, Zaragoza, Alcalá de Henares, Extremadura, UNED, La Laguna, Las Palmas, Cádiz, Politécnica de Madrid, Sevilla, Castilla-La Mancha, La Coruña y Universidad de Valencia. Incluso algunos llegan a enumerar los aspectos que necesariamente han de tenerse en cuenta en los sistemas de evaluación, como es el caso del artículo 141 de los Estatutos de la Universidad de Valencia o del artículo 142 de los Estatutos de la Universidad de Córdoba.

Y esta previsión de la publicación con carácter previo de los criterios de evaluación y calificación es importante, porque los mismos van a operar como un *parámetro de dicha evaluación*, como un elemento necesariamente reglado de la misma, que nos lleva, incluso para aquellos que afirman la discrecionalidad en el proceso evaluador, a la posibilidad de un control de fondo del asunto a través de este elemento reglado.

Así, claramente, en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, el Real Decreto 732/1995 prevé como una de las posibilidades de impugnación de las calificaciones académicas la consistente en la invocación de la incorrecta aplicación de los criterios de evaluación establecidos (art. 13.4). Y en el mismo sentido se pronuncia la Orden de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana de 23 de enero de 1990 (art. 2.2).

En el ámbito de las enseñanzas universitarias, es significativo el artículo 142 de los Estatutos de la Universidad de Valencia (Estudio General), al prever que el alumno pueda solicitar del profesor responsable, junto con la revisión, o independientemente de ella, la ponderación obtenida por los diferentes criterios contemplados en el artículo 141 antes señalado, es decir, el que establece los aspectos que necesariamente hay que tener en cuenta en los sistemas de evaluación, que, en este caso, son «la participación en las clases teóricas y prácticas, seminarios y otras actividades complemen-

tarias; los trabajos presentados en relación con esa asignatura; y los exámenes parciales y finales que se realicen».

Por lo tanto, la previsión de la existencia y la publicación con carácter previo de estos criterios de evaluación y calificación constituyen un elemento reglado que permite un control de la calificación y de la evaluación realizada y, a su vez, como decíamos en nuestro libro de 1986, ponen de manifiesto que el Ordenamiento jurídico se remite al órgano calificador, no para que califique según su voluntad, sino para que juzgue con base en los parámetros marcados por el Ordenamiento, tarea en relación con la cual establece, en primer término, unos criterios de valoración generales que deberán ser pormenorizados a lo largo del proceso evaluador y calificador.

3. Una tercera nota importante es la referencia a la necesidad de que las calificaciones académicas sean «*motivadas*».

A dicho requisito se refieren los Estatutos de la Universidad de La Coruña, en su artículo 134.4, cuando dicen que, «en el caso de que el estudiante considere que la calificación recibida no es justa, éste se dirigirá al profesor, que tiene la obligación de justificarla ante el estudiante».

Y los Estatutos de la Universidad de Valencia (Estudio General) aluden al mismo requisito, al reconocer, en su artículo 142, el derecho de los estudiantes a solicitar del profesor responsable la ponderación de los criterios generales de evaluación del artículo 141 de sus Estatutos y al proclamar el derecho no sólo a una valoración objetiva, sino también justificada, en el artículo 177.1) de los mismos; así como el derecho a ejercer las medidas de impugnación correspondientes contra cualquier actuación que consideren injustificada.

Esta última referencia, el derecho a la reclamación frente a calificaciones *injustificadas o arbitrarias*, es decir, la mención a que, *a sensu contrario*, las calificaciones deben ser justificadas y no deben ser arbitrarias, se encuentra en numerosos Estatutos, tales como los de las Universidades de León, Alcalá de Henares, Valladolid, Alicante, Santiago, Cádiz y Valencia.

Tanto el término «injustificado» como el vocablo «arbitrario» no sólo aluden a que la calificación sea injusta, sino también a la falta de motivación de la misma.

El término «injustificado», según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (20.^a edición, Madrid 1992), significa «no justificado». Y el vocablo «justificado» significa, por un lado: «conforme a justicia y razón», «que obra según justicia y razón»; y, por otro, en tanto que participio pasado del verbo «justificar», «que prueba una cosa con razones convincentes, testigos o documentos».

Y, en cuanto al concepto de «arbitrariedad», como nos ha recordado Tomás Ramón FERNÁNDEZ, supone en la actualidad, por un lado, el reverso o el negativo de la Justicia y el Derecho, pero, en un sentido más concreto, «todo aquello que se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de toda razón capaz de explicarlo».

o ajeno a ella». La arbitrariedad, concluye Tomás Ramón FERNÁNDEZ, se vincula así al concepto de motivación. «El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, su naturaleza es la de justificar decisiones, actuaciones» (6).

Tengamos en cuenta, en este mismo sentido, que existe jurisprudencia que conecta perfectamente la arbitrariedad con la falta de motivación. Por ejemplo, la STS de 4 de julio de 1986, Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo (Ar. 4076).

Y tengamos presente asimismo que, además, hoy en día, ya el artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, prevé como uno de los tipos de actos que deberán ser motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Es decir, que incluso si sostuviéramos que estamos ante una actividad discrecional de la Administración (lo cual rechazamos de antemano), ello nos llevaría necesariamente a que dichos actos deberían estar motivados.

Lo que ocurre es que, en este ámbito, la motivación de la calificación sólo es exigible si lo solicita el interesado, como precisan perfectamente los Estatutos de la Universidad de La Coruña, en su artículo 134.4, y los Estatutos de la Universidad de Valencia, en su artículo 142. Sería exagerado exigir que en la publicación de las calificaciones en las correspondientes listas o en su notificación personal mediante «papeletas de examen» tuviera que constar la citada motivación. Ahora bien, el profesor o Tribunal calificador debe conservar las correspondientes anotaciones o registros, con el fin de poder justificar la calificación otorgada, para el caso de que el interesado lo solicite.

4. Otra conclusión del examen de los datos normativos que salta a la vista es que en nuestro Ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito de las enseñanzas no universitarias como en el ámbito de las enseñanzas universitarias, *se prevé la existencia no sólo de una instancia revisora de las calificaciones emitidas por el órgano calificador, sino incluso de varias instancias revisoras de la calificación emitida por aquel órgano*; por lo tanto, la previsión de varias instancias revisoras de la calificación en vía administrativa.

Si aludimos al caso de las enseñanzas no universitarias, la normativa de la Comunidad Autónoma Valenciana mencionada señala las siguientes: la primera instancia revisora es el Director del Centro Educativo; la segunda, el Director Territorial; y la tercera, el Director General correspondiente de la Consejería de Educación y Ciencia. Tres instancias revisoras.

Y, en el ámbito de las enseñanzas universitarias, también se prevén varias instancias revisoras en vía administrativa, tanto en los Estatutos como en los Reglamentos de desarrollo de los mismos en esta materia (y aquí tengo en cuenta los que conozco de la Universidad de Alicante, pero creo

(6) Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Ed. Cívitas, S.A., Madrid, 1994, págs. 159 a 161.

que lo mismo ocurre en otras Universidades). Si tomamos como ejemplo los Estatutos de la Universidad de Vigo, podemos observar una primera instancia revisora que se centra en un Tribunal de tres profesores de la misma área de conocimiento o de áreas de conocimiento afines (dice el artículo 234.2 de dichos Estatutos); una segunda instancia revisora determinada por el Rectorado; y una tercera instancia revisora configurada por el Tribunal de Garantías, el cual, incluso, si lo estima oportuno, propondrá la convocatoria de un nuevo examen ante un Tribunal de otra Universidad.

Así pues, nadie puede negar que nuestro Ordenamiento jurídico prevé varias instancias revisoras en vía administrativa.

5. Por otra parte, si bien algunas de estas disposiciones normativas hacen una previsión expresa de que los miembros de estos órganos revisores tienen que poseer la competencia técnica suficiente, dicha *competencia técnica no está siempre presente en todas las instancias revisoras*.

La exigencia de competencia técnica la encontramos, en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, en la Resolución de 23 de enero de 1990 que desarrolla la Orden de misma fecha que regula el derecho a la reclamación de calificaciones estimadas incorrectas en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana. El artículo 1.1 de dicha Resolución dice que, en relación con la primera instancia revisora, la determinada por el Director del Centro, se constituirá una Comisión integrada por él mismo, el tutor, el profesor responsable de la calificación reclamada y dos profesores del Centro del área o asignatura objeto de la reclamación o, en su defecto, *con titulación académica o especialización que garantice la competencia de su intervención*.

Y, en el ámbito de las enseñanzas universitarias, tenemos el ejemplo de los Estatutos de la Universidad de Vigo, que exigen, en relación con la primera instancia revisora (la determinada por un Tribunal compuesto por tres profesores), que estos profesores sean del área o áreas afines a aquella respecto de la cual se ha emitido la calificación académica revisada.

Sin embargo, como decíamos anteriormente, no siempre se exige esta competencia técnica o se manifiesta esta exigencia de competencia técnica en la composición de los órganos revisores. No hace falta más que examinar las otras instancias revisoras previstas en la Universidad de Vigo. La segunda instancia se sitúa en el Rector. El Rector puede proceder de cualquier área de conocimiento de las impartidas en la Universidad y, por ello, lo ordinario es que no posea competencia técnica en la materia cuya calificación académica se revisa.

O incluso puede suceder que se prevea expresamente que formen parte del órgano revisor profesores que no tengan la especialización técnica de la materia objeto de revisión. Así, los Estatutos de la Universidad de Murcia dicen, en su artículo 104, que se constituirá un Tribunal de tres miembros nombrado por la Junta de Centro, en el que uno de ellos será profesor responsable de la asignatura; otro pertenecerá al mismo Departamento *sin relación directa con la asignatura*; el tercero será ajeno al Departamento; y formará parte como observador un alumno de tercer ciclo propuesto por

la representación estudiantil y nombrado por la Junta de Centro. Es el caso más patente de la configuración de un órgano revisor sin exigencia de competencia técnica en la materia.

Y, en las normas de la Comunidad Autónoma de Valencia citadas para las enseñanzas no universitarias, tampoco se exige estrictamente competencia técnica en la segunda instancia revisora, es decir, en la determinada por la revisión solicitada ante la Dirección Territorial. El Director Territorial no tiene por qué ser especialista en la materia cuya calificación se está revisando.

Por ello, precisamente también se contempla en esta normativa la *posibilidad de solicitar asesoramientos técnicos*. En el ámbito de las enseñanzas no universitarias, la normativa de la Comunidad Valenciana citada prevé que la revisión realizada por el Director Territorial de la Consejería de Educación y Ciencia, antes de resolver, ha de realizar consultas y ha de tener en cuenta los informes de la Inspección Educativa. Y, en el ámbito de las enseñanzas universitarias, en los Estatutos de Vigo, en relación a la tercera instancia revisora, es decir, la determinada por el Tribunal de Garantías previsto en dichos Estatutos, el citado precepto, 234.2, consigna que el Tribunal de Garantías recabará toda la información que precise del Departamento implicado. Es decir, que, cuando los componentes del órgano revisor no tienen competencia técnica en la materia que se revisa en cada caso, lo normal es acudir a asesoramientos técnicos: tener en cuenta los informes del Departamento y de especialistas en general en la materia.

6. La sexta conclusión que nos ofrece el análisis de los datos normativos es que nuestro Ordenamiento jurídico no sólo contempla como *resultado*, en el ámbito de la revisión de las calificaciones académicas, la mera rectificación de errores o la mera retroacción del expediente, en las reclamaciones fundadas en motivos formales, sino *también la modificación de la calificación en sí*. Es decir, contemplan indirectamente un examen del fondo del asunto de la corrección o incorrección de la calificación emitida, desde un punto de vista técnico, puesto que prevén que el resultado del proceso revisor sea la modificación de la calificación en sí.

Si tenemos en cuenta, en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, la normativa de la Comunidad Valenciana a la que nos venimos refiriendo, el artículo 6 de la Orden de 23 de enero de 1990 dispone expresamente que la conclusión del proceso revisor podrá perfectamente ser la modificación de las calificaciones acordadas; modificación que ha podido venir determinada por la consideración de que, o bien ha existido una aplicación incorrecta de los criterios de evaluación, o bien porque se ha producido una inadecuación de la prueba, de los ejercicios del examen, a los objetivos y contenidos mínimos de las distintas asignaturas o áreas correspondientes a las programaciones didácticas contenidas en la programación anual del Centro aprobada por el Consejo Escolar (aunque, en este último caso, la modificación tiene que ser precedida de la realización de una nueva prueba por el alumno).

Y, en el ámbito de las enseñanzas universitarias, en los Estatutos de la Universidad de Vigo, en el marco de la primera instancia de revisión, la realizada por el Tribunal constituido al efecto, se prevé expresamente que éste confirme o modifique la calificación emitida, una vez analizada la solicitud y de estimarlo conveniente la mayoría simple de los miembros del mismo. Por su parte, los Estatutos de la Universidad de Las Palmas, en su artículo 131, prevén reclamaciones fundadas no sólo en razones legales o formales, sino también en razones de otro tipo (lo que claramente permite que éstas sean de tipo técnico). Es decir, que el control realizado en el proceso revisor no sólo será un control de los aspectos formales o de la legalidad, sino también un control de otro tipo, que no puede ser distinto al control del fondo del asunto, de carácter eminentemente técnico.

7. Por lo tanto, como apreciaciones finales de las conclusiones anteriores, podemos decir que, si nuestro Ordenamiento jurídico prevé una revisión no sólo de los aspectos formales, sino también del fondo del asunto —como hemos comprobado—, y, además, una revisión realizada por varias instancias revisoras, no siempre compuestas totalmente por técnicos, con la necesidad consiguiente de acudir a asesoramientos e informes técnicos, el ámbito de la revisión de las calificaciones académicas se aleja, porque así lo establece directamente nuestro Ordenamiento jurídico, de aquella conclusión a que llegaba la STS de 29 de mayo de 1981 (Ar. 2206), en relación con la revisión de las calificaciones de los ejercicios de las oposiciones, según la cual las puntuaciones del ejercicio no podían ser modificadas sin repetición de las pruebas.

En el ámbito de las calificaciones académicas, nuestro Ordenamiento jurídico prevé, por lo tanto, la posibilidad de revisión de dichas calificaciones y que el proceso revisor conduzca a una modificación de las calificaciones emitidas, sin necesidad de repetición de las pruebas.

La necesidad de repetición de las pruebas, en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, viene restringida a aquel supuesto en el que, en definitiva, lo que se impugna y lo que queda acreditado es que la prueba ha sido mal planteada y, por lo tanto, es necesario realizar otra prueba. Pero en el supuesto en que no se invoque ni se demuestre que la prueba ha sido mal planteada, sino que el error de la calificación viene determinado por la incorrecta aplicación de los criterios evaluadores, en este caso se producirá una modificación de la calificación académica sin la realización de nuevas pruebas.

Y estas consecuencias son importantísimas, porque ello nos permite afirmar que decaen plenamente aquellos argumentos formulados por la doctrina y la jurisprudencia en materia de la denominada «discrecionalidad técnica», como es el que afirma la «insustituibilidad de los juicios y de los examinadores por otros juicios de instancias revisoras», basado en que el órgano calificador es el único que tiene competencia técnica en la materia; o bien basado en que estamos ante juicios de valor reservados a determinadas personas u órganos o que recaen sobre aspectos opinables (y, por

ello, existiendo dicho apoderamiento personal, es de competencia exclusiva suya y su juicio no puede ser sustituido).

Como vemos, en nuestro Ordenamiento jurídico, las notas inducidas del análisis de los datos normativos nos llevan a que estos argumentos se encuentran directamente contradichos por nuestro Ordenamiento jurídico en el ámbito de la revisión de las calificaciones académicas. *Al igual que también viene contradicha por nuestro Ordenamiento jurídico la exclusión de las pericias en esta materia.* Si nuestro Ordenamiento jurídico prevé que el órgano revisor, cuando no es competente técnicamente, acuda a asesoramiento, a consultas, a informes, se está permitiendo, por lo tanto, que la decisión se base en pericias de otros órgano.

Y, si ello es posible en el ámbito administrativo (que es al que nos venimos refiriendo), con mayor razón deberá serlo en el ámbito jurisdiccional. Porque recordemos que importantes preceptos de nuestra Constitución nos llevan a dicha conclusión. Entre otros, el artículo 117, que atribuye a los Tribunales la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; el artículo 106, que atribuye a los Tribunales el control de la actuación administrativa sin establecer distinciones y conectado a ese sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que proclama el artículo 103.1 de la Constitución (es decir, el control de que esa actividad administrativa se someta plenamente a la Ley y al Derecho); y el artículo 24, que establece la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso puede producirse indefensión.

8. Estas son las notas principales que se infieren, a nuestro entender, de un examen de lo dispuesto por nuestro Ordenamiento jurídico en la materia y las conclusiones fundamentales que podemos extraer de dichas notas. Ahora bien, también de dicho análisis podemos extraer *otras notas que, sin ser tan principales, no por ello dejan de ser importantes.* Vamos a referirnos a ellas para completar lo anterior:

a) *La previsión de la conservación de los elementos de prueba* para poder ejercer posteriormente dicha revisión.

Así lo contempla expresamente, en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana de 23 de enero de 1990, que nos dice, en su artículo 3, que los Centros quedan obligados a conservar durante el primer trimestre del curso siguiente, como mínimo, o en tanto no se produce resolución firme del procedimiento de cualquier reclamación, cuantos documentos académicos hayan servido para esclarecer las calificaciones reclamadas.

En el ámbito de las enseñanzas universitarias, una previsión semejante se encuentra en el artículo 141 de los Estatutos de la Universidad de Valencia, que dispone que *cualquier documento entregado al profesor para su evaluación deberá conservarse en el Departamento*, al menos hasta que finalice el plazo de reclamación.

Y, en semejante línea, también contemplan esta problemática los Estatutos de la Universidad de Córdoba, en su artículo 143, cuando consignan

que el alumno tendrá *derecho a solicitar una fotocopia del examen*, siempre que formule una reclamación oficial; previsión que también realizan los Estatutos de la Universidad de Oviedo, en su artículo 142.

b) Otra prevención importante es *que no forme parte del órgano revisor el profesor que ha calificado o en general las partes implicadas en el proceso calificador*. Así lo contemplan los Estatutos de la Universidad de Sevilla, en su artículo 131.2; los Estatutos de la Universidad de Zaragoza, en su artículo 164; o los de la Universidad de Vigo, en el artículo 234.2.

Por el contrario, sí que prevén que forme parte del Tribunal revisor el profesor responsable de la asignatura los Estatutos de la Universidad de Murcia, en su artículo 104, y los de la Universidad de Cantabria, en su artículo 183, en cuyo párrafo tercero dicen que el Tribunal de revisión estará formado por tres profesores, siendo uno de ellos uno de los profesores responsables de la asignatura. Esto último llevó, por cierto, a la anulación de un proceso revisor por la STS de 28 de octubre de 1991 (como veremos más adelante), la cual rechazó la presencia en el Tribunal revisor del mismo profesor que había realizado la evaluación, en virtud del principio de que «nadie puede ser juez de su propia causa», considerando que ello determinaba una nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

c) Otra previsión incluida en los datos normativos analizados es la *necesidad de audiencia en el proceso revisor de las partes implicadas*. Así lo disponen expresamente los Estatutos de la Universidad de Sevilla, en su artículo 131.2. Con especial referencia al alumno afectado, contemplan dicha exigencia los Estatutos de la Universidad de Cantabria, en su artículo 193.3, y, con especial referencia al profesor afectado, hacen dicha previsión los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid, en su artículo 106.5.

d) Otro aspecto recogido en alguna de dichas normas es precisamente la *posibilidad de que la revisión incluya un análisis comparativo del ejercicio del reclamante respecto a otros alumnos que realizaron el mismo examen*. Esto viene contemplado como un derecho al alumno en el artículo 131.2 en los Estatutos de la Universidad de Sevilla, que consigna que el alumno tiene el derecho a exigir la comparación de su examen con otros, en el marco del derecho a la revisión de examen, e indirectamente viene también previsto en los Estatutos de la Universidad de Valladolid, en su artículo 148.2, puesto que disponen que, en el caso de que la solicitud alegue infracción de los derechos reconocidos con carácter general y particularmente del principio de igualdad, la Junta de Centro nombrará una Comisión para verificar la infracción y ordenará, si es el caso, la realización de un examen por el tribunal designado al efecto.

e) Otro aspecto al que se refieren también las normas examinadas es precisamente el de la conflictiva *cuestión de la realización de nuevos exáme-*

nes en vía de reclamación. Esta previsión es recogida, expresamente, en el artículo 148.2 de los Estatutos de la Universidad de Valladolid (como acabamos de ver) para el supuesto de que se alegue infracción de los derechos reconocidos con carácter general y particularmente del principio de igualdad. También recogen dicha previsión los Estatutos de la Universidad de Vigo, en su artículo 234.2, cuando, ante la tercera instancia revisora, es decir, ante el Tribunal de Garantías previsto en dichos Estatutos, éste estime oportuno promover la convocatoria de un Tribunal de examen de otra Universidad, añadiendo en su párrafo tercero que dicho procedimiento se aplicará en el caso de que concurran, en uno de los profesores evaluadores, algunas de las causas de recusación a las que se refiere el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Y, asimismo —como hemos visto—, es ésta una previsión que recoge la normativa reguladora de las reclamaciones de exámenes de la Comunidad Valenciana, en el ámbito de las enseñanzas no universitarias, al prever la posibilidad de realización de nuevas pruebas, cuando se llegue a la conclusión de que las calificaciones son injustificadas, por inadecuación de las pruebas a los objetivos y contenidos establecidos a principios del curso escolar.

III. LA JURISPRUDENCIA PRODUCIDA

Al analizar la jurisprudencia producida en esta materia, vamos a diferenciar lo que es el tratamiento del control de fondo del asunto (es decir, del control de la calificación en sí) de lo que es el control de los aspectos formales.

1. *El control de la calificación en sí*

No conocemos Sentencias del Tribunal Constitucional que se hayan pronunciado sobre el particular. Ello quizá ha sido debido a la dificultad de justificar la lesión de un derecho fundamental que abriese la vía del recurso de amparo ante dicho Tribunal (7).

(7) Hay que subrayar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional sí que ha producido jurisprudencia sobre la denominada «discrecionalidad técnica» y sobre el problema del control jurisdiccional y administrativo de los concursos y oposiciones.

En sus Sentencias 39/1983, de 16 de mayo, y 97/1993, de 22 de marzo, invoca la «discrecionalidad técnica» para justificar la exclusión del control jurisdiccional en el ámbito de la selección y ascensos en las Escalas Militares.

En la Sentencia 39/1983, de 16 de mayo, utiliza por vez primera la doctrina de la «discrecionalidad técnica» para resolver un recurso de amparo interpuesto por un Coronel de la Armada que consideró lesivo a su derecho la clasificación de ascenso a generalato que hizo el Consejo Superior de la Armada, por privarle de la posibilidad de ascenso a dicho grado.

En ella nos dice que en el supuesto de hecho en cuestión el juicio recae no sobre una cuestión de legalidad, ni siquiera sobre una cuestión jurídica, sino sobre una cuestión técnica (argumento de la negación de juridicidad de la actividad técnica) y que, por ello, escapa al control jurisdiccional. Añade que, además, estamos ante un caso de «valoración con-

No obstante, sí que hemos encontrado Sentencias emitidas en la vía jurisdiccional previa a dicho recurso de amparo, es decir, en la vía del procedimiento contencioso-administrativo especial para la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, y en dicha vía se ha invocado la le-

« junta » de las diversas circunstancias que concurren en aquel cuya actitud se juzga. Y, como consecuencia de lo anterior, concluye que dicho juicio sólo puede realizarse por órganos de la Administración especializados para ello y no por Tribunales de Justicia (argumento de « insustituibilidad » del juicio y del juzgador vinculado al de la exigencia de competencia técnica especializada del mismo y al de las « valoraciones conjuntas o globales »).

Y en su *Sentencia 97/1993, de 22 de marzo*, resuelve el recurso de amparo interpuesto por un Cabo Primero de la Armada al que le fue denegada la adquisición de la condición de militar profesional permanente por la Junta de Clasificación correspondiente.

Invoca aquí, de nuevo, el TC la doctrina de la « discrecionalidad técnica », tal como la recoge en su *Sentencia 39/1983* citada, para rechazar que haya sido vulnerado el artículo 24.1 de la CE, subrayando que la revisión judicial no alcanza lo que propiamente es discrecionalidad técnica, porque « otra cosa, más que un control de legalidad, supondría la superposición del juicio discrecional del Tribunal sobre el del órgano técnico ».

No obstante, ya nos dice que cabe el control judicial para la *comprobación del fundamento fáctico del juicio técnico* (los datos objetivos que permitan deducir la aptitud o inaptitud del aspirante). Es lo que conocemos como el control de la discrecionalidad a través de los « hechos determinantes ».

Pero también ha trasladado su doctrina sobre la « discrecionalidad técnica » al ámbito del control de las resoluciones de las oposiciones y los concursos para la selección y provisión de puestos de trabajo de funcionarios no militares y, en especial, en dos Sentencias que resuelven sendos recursos de amparo interpuestos por dos participantes en las Pruebas Selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia.

En su *Sentencia 353/1993, de 29 de noviembre*, después de invocar la doctrina de la discrecionalidad técnica para justificar la exclusión del control jurisdiccional sobre el fondo del asunto y que éste conduzca al reconocimiento de situaciones jurídico-individualizadas del recurrente (el reconocimiento de su derecho a una plaza por haber obtenido la nota mínima exigida), precisa que procede la fiscalización cuando se acredite que el órgano administrativo calificador *ha incurrido en error grave o manifiesto fundado en malicia o en desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia, fuera apreciable en su actuación atisbo de arbitrariedad o desviación de poder*.

Y —resalta— que, como ya indicara en su Auto 1239/1987, lo que no cabe pedir en la vía del recurso de amparo es que el TC entre a examinar y, en su caso, a revisar o a rectificar la estimación que de los méritos y capacidades de los aspirantes a determinados puestos se lleve a cabo por los órganos calificadores de los concursos y oposiciones, pues ello no entra en su jurisdicción.

Y en su *Sentencia 34/1995, de 6 de febrero*, reitera la invocación de la doctrina de la « discrecionalidad técnica », pero intentando suavizar su contradicción con la proclamación por la Constitución del « sometimiento pleno a la Ley y al Derecho » de la actividad administrativa, en su artículo 103, y del principio de interdicción de arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos, en su artículo 9.3, subrayando que se trata de una excepción fundada en motivos suficientes a la prohibición generalizada de áreas de inmunidad administrativa, que dichos principios comportan.

Su justificación —precisa— está en « una presunción de certeza o de razonabilidad administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación », presunción de carácter *iuris tantum* y que, por lo tanto, puede ser desvirtuada.

El control jurisdiccional sobre el fondo del asunto es posible, por lo tanto, si se acredita la *existencia de infracción del Ordenamiento Jurídico o que el órgano calificador ha procedido de modo irrazonable*, bien por *desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado*, lo que puede fundarse, entre otros motivos, en que el órgano calificador ha cometido patente error.

Lo que no cabe es que el Tribunal Contencioso-Administrativo, más allá de la mera anulación de los actos calificadores, compute como válida la respuesta dada por la recu-

sión del artículo 14 de la Constitución y la del artículo 27, que proclama el derecho fundamental a la educación. Lo que ocurre es que, en las Sentencias analizadas, el pronunciamiento ha sido siempre la desestimación del recurso. En todo caso, podemos encontrar, dicho sea de paso, cierta vinculación entre el derecho a una valoración objetiva del rendimiento académico y su corolario que es el derecho a la revisión e impugnación de las calificaciones contrarias a dicha objetividad (calificaciones que no hayan sido objetivas) con el derecho fundamental a la educación. Así creemos que se manifiesta el Auto del Tribunal Constitucional 457/1989, de 18 de septiembre, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1988 (Ar. 4079).

El Auto del Tribunal Constitucional 457/1989 acuerda la inadmisión

rente en el proceso selectivo, pues ello traería consigo la sustitución del criterio del órgano calificador por el del órgano judicial.

Este tipo de limitaciones frente a la doctrina de la discrecionalidad técnica, ya las había comenzado a manifestar en su *Sentencia 215/1991, de 14 de noviembre*.

En ella admite que la Comisión de Reclamaciones prevista en el artículo 43 de la LRU realice una comprobación de los currícula de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos (publicaciones, etc.), así como de los criterios de valoración de las pruebas, de los informes emitidos por los miembros del órgano calificador y de los restantes obrantes en el expediente administrativo (calificando tal revisión como censura que no se sitúa en el propio núcleo material de la decisión técnica, sino en sus alrededores), *sólo cuando «resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento de los principios del mérito y capacidad que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos propuestos»*.

Y en sus Sentencias, anteriores a las últimas citadas, 193/1987, de 9 de diciembre, y 110/1991, de 20 de mayo, ni siquiera menciona el TC la doctrina de la discrecionalidad técnica, pareciendo admitir el pleno control jurisdiccional de los Tribunales de Justicia y el control pleno del propio TC, frente a relaciones de concursos contrarias al derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.

La *Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre*, no sólo la dicta el TC, después de haber realizado un control sobre el fondo del asunto, sino que se pronuncia sobre el mejor derecho del recurrente a la plaza controvertida (Secretaría del Ayuntamiento de León), subrayando que, «por lo que respecta al alcance del fallo, hay que destacar... que debe contener una declaración de nulidad no sólo de la Orden Ministerial impugnada, sino también de la propuesta del Ayuntamiento de León que aquélla vino a aceptar, si bien, en aras del *principio de economía procesal*, no deben retrotraerse las actuaciones al momento anterior al que dicha propuesta se produjo ... ya que el derecho fundamental vulnerado queda plenamente restablecido con la publicación de una nueva Orden ministerial nombrando Secretario del Ayuntamiento de León al ahora demandante de amparo, que fue quien, de acuerdo con el baremo reglamentariamente establecido, obtuvo la mayor puntuación entre los aspirantes a dicha plaza».

Y en la *Sentencia 110/1991, de 20 de mayo*, aunque desestima el recurso de amparo, muestra haber realizado un control del fondo del asunto, señalando que, «desde el punto de vista del mérito y capacidad, del examen de las actuaciones y del propio razonamiento del Tribunal Supremo, no se deduce que haya existido una valoración errónea o de carácter discriminatorio de esos méritos por parte del Tribunal calificador, ni que el recurrente reuniera méritos superiores a los de los candidatos efectivamente seleccionados».

Destaca que no existe lesión de los derechos fundamentales alegados (14, 23.2 y 24.1 CE), al no haberse aportado ningún argumento sólido que permita constatar *la arbitrariedad o irrazonabilidad de ese juicio y valoración*.

Y subraya que el Tribunal calificador goza de un *«ineludible margen de apreciación»* en la valoración de los méritos de cada uno de los candidatos; lo que parecía indicar que estaba considerando la cuestión como un problema de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad) y no como un supuesto de discrecionalidad administrativa.

del recurso de amparo interpuesto por un profesor de Universidad frente a una serie de Acuerdos tomados por la Junta de Gobierno de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la Universidad Complutense, con invocación del derecho a recibir una valoración objetiva de los conocimientos de los estudiantes proclamado en el artículo 119.1.A).d) de los Estatutos de dicha Universidad. Y justifica el Tribunal Constitucional dichos Acuerdos en la garantía por parte de la Universidad del derecho fundamental a la educación, que juega aquí un papel limitador de la libertad de cátedra proclamada en el artículo 20 de la Constitución, tal y como señala el párrafo cuarto de dicho artículo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1988, a pesar de que la misma niega la posibilidad de realización de un control jurisdiccional del fondo del asunto, es decir, de la calificación en sí, no obstante, dice que se habría producido la vulneración del derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 y el derecho a la educación del artículo 27 si se hubiese negado la revisión del examen en concreto.

Pero, dejando a un lado ahora esta problemática y entrando ya en el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales contencioso-administrativos, yo distinguiría dos grandes fases: la anterior a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1986 (Ar. 7471), dictada en un recurso de apelación extraordinario de interés de ley, y la jurisprudencia recaída con posterioridad a dicha Sentencia.

A) *Con anterioridad a la referida Sentencia de apelación en interés de ley*, la tónica general jurisprudencial es negadora del control jurisdiccional del fondo del asunto. Las Sentencias que conforman esa jurisprudencia son básicamente las que recogemos en nuestro libro publicado en 1986 (8). Deberíamos por ello remitirnos a las Sentencias allí referidas, sobre las cuales reflexionamos en el último capítulo de dicho libro. De forma sumaria podemos decir que estas Sentencias son las del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1970 (Ar. 1512), la de 26 de enero de 1972 (Ar. 279) y la de 26 de febrero de 1979 (Ar. 1000).

Por el contrario, se pronuncia en un sentido algo diferente la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1974 (Ar. 3639), que nos dice que sólo es posible el control jurisdiccional cuando se demuestre la existencia de un error o cuando la calificación haya sido realizada con base en finalidades espurias. Lo que rechaza es la invocación de la mera discrepancia con el juicio del Tribunal calificador, pues la estimación de un recurso contencioso-administrativo requiere —dice— la existencia de una infracción jurídica.

Donde sí que encontramos con rotundidad la afirmación del pleno control jurisdiccional en esta materia es en la denominada jurisprudencia menor y especialmente en la *Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Teritorial de Valencia (hoy Tribunal*

(8) José Antonio TARDÍO PATO, *El control jurisdiccional...*, págs. 230 y ss.

Superior de Justicia de dicha Comunidad) 291/1986, de 22 de abril (Ponente: Magistrado don José Díaz Delgado), sobre la que, asimismo, reflexionamos en nuestro citado libro de 1986.

Esta Sentencia proclama que la jurisdicción contencioso-administrativa puede revisar perfectamente los actos de calificaciones académicas en sí, por considerar que estamos ante auténticos actos administrativos y que no existen actos de tal cualidad exentos al control jurisdiccional tras la aprobación de la Constitución de 1978; de tal modo que, en todo caso, estaremos ante un problema de dificultad de prueba.

Los hechos antecedentes a esta Sentencia son los siguientes: suspendida una alumna en la asignatura de Religión, en la convocatoria de septiembre del año 1983, el padre de la misma presentó reclamación contra dicha calificación ante la Inspección de Enseñanzas Medias. Recabado por la misma informe del centro de referencia, que por cierto era Colegio Privado, éste se ratifica en el suspenso. Posteriormente, se eleva la documentación a la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana, quien, a su vez, solicita informe del Arzobispado y de tres profesores de Religión de tres Institutos de Bachillerato de la provincia. Siendo favorable al suspenso el del Arzobispado y al aprobado el de los otros tres profesores, la Dirección General estima la reclamación interpuesta, revisa la calificación impugnada y ordena que se sustituya ésta por la de «suficiente». Interpuesto recurso de alzada por el centro docente señalado ante el Conseller de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana, éste, aunque estima parcialmente el recurso de alzada, confirma la resolución recurrida en cuanto al fondo, por lo que el centro docente interpone el recurso contencioso-administrativo que la Sentencia que vamos a comentar resuelve, en el sentido de desestimar el recurso y, por tanto, de considerar ajustada a Derecho la revisión de la calificación que hace la Dirección General de Enseñanza Media, previa reclamación del padre de la alumna.

Podemos resumir la doctrina manejada por la Sentencia en sus correspondientes fundamentos de derecho, en los siguientes extremos:

1. No existen actos administrativos exentos de fiscalización jurisdiccional, en virtud de los siguientes preceptos de la Constitución española: el 9.1, que establece el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico; el 9.3, que proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; el 103.1, que dispone que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales..., con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»; y, finalmente, el artículo 106.1, que señala que «los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

2. La calificación de exámenes académicos constituye un auténtico acto administrativo, que, en el supuesto de los centros privados, puede entenderse en virtud de la figura de la «delegación» prevista en el artículo 28.4.b) de la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo vigente.

3. No existiendo actos administrativos exentos de fiscalización jurisdiccional y constituyendo las calificaciones de exámenes un verdadero acto administrativo, «ha de sostenerse que las calificaciones de exámenes en cualquier nivel son susceptibles de impugnación», de tal modo que sostener lo contrario supondría vulnerar los principios y preceptos constitucionales *supra* mencionados.

4. Por otro lado, tanto del artículo 130.3 de la Ley General de Educación de 1970 como del artículo 36.1 de la Ley Orgánica que regula el Estatuto de Centros Escolares, de 19 de julio de 1980, se desprende «un derecho a la impugnación de dichas calificaciones».

5. «Otra cosa es que en ésta, como en otras muchas materias, pueda existir una mayor dificultad de prueba, pero ello supone trasladar el problema a un ámbito muy distinto».

6. En este sentido, en el fundamento de derecho 7.º, después de señalar que en vía jurisdiccional no se ha practicado prueba alguna, entra en la valoración de los informes evacuados en vía administrativa, destacando que, si bien el Arzobispado tiene bastante cualificación para conocer de la materia (Religión), sin embargo, los profesores de Religión de los Institutos de Bachillerato tienen más cualificación «para calificar el grado o nivel exigibles». Y subraya también que la Sala, teniendo a la vista, además de los informes señalados, los ejercicios realizados, «no ve razón para anular la resolución administrativa impugnada» (es decir, para anular la revisión de la calificación hecha por la propia Administración educativa).

7. Por último, destaca que, en lo relativo a los aspectos procedimentales (como el tipo de recurso utilizado, etc.), aparte de que el actor renuncia explícitamente en la formulación de su demanda al análisis de estas cuestiones, lo cierto es que «un principio de economía procesal hace que la Sala tampoco se plantee de oficio cuestiones de ámbito procedimental que llevarían a una retroacción del procedimiento, con detrimento del principio de tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución».

Como podemos observar, esta Sentencia viene a proclamar de forma tajante el control jurisdiccional de las calificaciones académicas, cualquiera que sea el nivel educativo, y no ya sólo a través de los aspectos formales del acto, sino, y sobre todo, de la propia calificación académica en sí (es decir, del fondo del asunto).

Aunque, en el ámbito del control jurisdiccional de las calificaciones académicas, dicha Sentencia manifiesta una doctrina que parece minoritaria, hay que recordar que, en el sector del control jurisdiccional de los concursos de méritos (respecto del cual también se ha venido predicando la denominada «discrecionalidad técnica»), se habían venido emitiendo ya desde hacía bastantes años una serie de Sentencias del Tribunal Supremo que admitían el control sobre el fondo del asunto e incluso se pronunciaban sobre el mejor derecho del recurrente. Estas Sentencias las hemos citado igualmente en nuestro libro de 1986. Se trata, básicamente, de las siguientes Sentencias.

Por un lado, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1965 (Ar. 4230) y 15 de febrero 1980 (Ar. 545), que entran en el fondo del asunto, pero en su fallo simplemente ordenan la realización de una nueva calificación ajustada de derecho.

Y, por otro, en la misma línea de control de fondo, pero que, sin embargo, van más allá, en cuanto que ordenan a la Administración nombrar al recurrente para la plaza controvertida y declaran el derecho de éste a la plaza impugnada, de las SSTs de 11 diciembre de 1930 (Ar. 41), 11 de diciembre de 1930 (Ar. 42), 18 de marzo de 1936 (Ar. 652), 21 de mayo de 1944 (Ar. 627), 20 de junio de 1945 (Ar. 764), 24 de octubre de 1959 (Ar. 4020), 2 de julio de 1976 (Ar. 3295), 7 de diciembre de 1983 (Ar. 6265) y 24 de febrero de 1984 (Ar. 1114); aparte de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia (hoy Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad) encabezadas por la de 11 de noviembre de 1985 y seguidas por la núm. 14, de 2 de diciembre; la núm. 18, de 7 de diciembre; la núm. 19, de 7 de diciembre, asimismo; y la núm. 23, de 11 de diciembre, todas ellas de 1985.

B) *Con estos fallos jurisprudenciales pretende terminar (especialmente con los que acabamos de citar de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia) la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1986 (Ar. 7471), que resuelve un recurso de apelación extraordinario en interés de ley y que va a marcar la jurisprudencia actual, tanto de los concursos y oposiciones como del presente tema, el control jurisdiccional de la calificación de los exámenes académicos.*

Dicha Sentencia, que es capital en toda esta materia, como decíamos, resuelve el recurso extraordinario de apelación de interés de ley interpuesto por la Administración General del Estado, concretamente por la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, frente a la Sentencia de 11 de noviembre de 1985 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, que, en relación con las pruebas de idoneidad, no sólo entró en el examen del fondo del asunto, sino que reconoció el derecho de la recurrente a la plaza de Profesor Titular y ordenó a la Administración su nombramiento. Frente a esta Sentencia se interpone el recurso extraordinario de apelación señalado, y en la Sentencia que resuelve dicho recurso, *la de 17 de diciembre de 1986, el Tribunal Supremo emite las siguientes declaraciones.*

En primer lugar, nos dice que la competencia exclusiva para calificar las pruebas en razón de los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes está plenamente atribuida a la Comisión Calificadora, mientras que la revisión de esta actuación, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, se refiere exclusivamente a la conformidad con las normas que regulan su actuación, no a la decisión que por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea la procedente. Y ello porque es-

tos conocimientos no es presumible que los posea el órgano administrativo superior, al igual que tampoco sean poseídos por los Magistrados componentes de los Tribunales de Justicia, incapacitados para decidir todas las cuestiones relativas al completo saber humano.

En segundo lugar, destaca que los preceptos de la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo citados por la Sentencia recurrida sólo atribuyen competencia a los Tribunales de Justicia para anular los actos administrativos cuando incurrieren en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder; pero no les atribuyen competencia para incidir en una decisión que es ajena a su competencia, cual es la calificación de las dotes de la concursante en cuestión, para desempeñar la plaza a la que aspiraba, una de las cuales, y esencial, es la capacidad docente de la misma.

Nos dice, en tercer lugar, la Sentencia del Supremo Tribunal que la Sentencia apelada incurre en un grave error, al atribuir tanto al órgano administrativo como a la jurisdicción contencioso-administrativa una competencia extraña a la fundamentación jurídica, para incidir con plenitud de atribuciones en la resolución de un concurso asignado por la Ley a una Comisión Calificadora, cuando los juzgadores, por razón de su función y exigencia para desempeñarla, carecen de la misma.

En cuarto lugar, subraya que, por lo tanto, la doctrina de la Sentencia apelada no sólo es gravemente errónea, sino también dañosa en grado sumo, *al alterar todo el sistema establecido para las calificaciones de aptitud en toda clase de enseñanzas*, oposiciones, concursos y demás llamamientos a plazas, puestos y categorías determinados y permitir que se prive del conocimiento y decisión de tales reconocimientos a las Comisiones, Tribunales y Juntas Calificadoras designados en razón de sus conocimientos en las materias científicas, artísticas o técnicas que han de poseer los aspirantes a tales puestos, sustituyéndola por la decisión de quienes carecen de los mismos.

Y, por último, nos dice que la invocación por la Sentencia apelada del principio de economía procesal para pronunciarse sobre el mejor derecho de la recurrente es claramente inaplicable al presente caso, porque no hay competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo para la decisión que se adopta. Falta la competencia y falta el conocimiento de todos los datos suficientes para juzgar, pues el esencial e indispensable es el de la calificación justificada y razonada de la Comisión Calificadora para cada uno de los aspirantes.

Y esta Sentencia es la que se ha configurado como paradigma de la jurisprudencia que invoca la denominada «discrecionalidad técnica» de los órganos administrativos calificadores, para excluir un control jurisdiccional sobre el fondo del asunto e incluso para rechazar la procedencia de la prueba pericial en la línea de demostrar el derecho del recurrente a la calificación solicitada o el mejor derecho del mismo a la plaza impugnada.

La estela de esta Sentencia se manifiesta en las posteriores del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1988 (Ar. 4079) y 25 de abril de 1990 (Ar. 2773), negadoras igualmente del control jurisdiccional plenario de las calificaciones académicas.

La *Sentencia de 10 de mayo de 1988 (Ar. 4079)* afirma que el Tribunal de Justicia *no puede modificar la calificación impugnada, sustituyendo el criterio de la autoridad académica* en lo relativo a la apreciación del aprovechamiento del alumno. Y añade que, por ello, *la prueba* tendente a que el Tribunal efectúe una nueva calificación *es impertinente*. Tan sólo podrían considerarse lesionados los derechos de igualdad del artículo 14 de la Constitución y de enseñanza del artículo 27, si se comprueba que se ha negado la revisión de exámenes en vía administrativa. Y considera, finalmente, esta Sentencia que la reclamación de errores tiene su adecuada vía jurídica.

En la misma línea, la *Sentencia de 25 de abril de 1990 (Ar. 2773)* nos dice que el enjuiciamiento de los Tribunales contencioso-administrativos *se realiza desde la órbita del control de la legalidad, sin poder penetrar, ni menos sustituir a la autoridad académica*, en las evaluaciones, revisiones e impugnaciones propiamente académicas (FJ 2.º). Y afirma a continuación que *es imposible enjuiciar desde el prisma de la legalidad la actuación (calificación) técnica* llevada a cabo por la profesora examinadora, pues: *a)* el criterio del profesor, por su carácter técnico, no puede ser sustituido por un Tribunal de Justicia, ya que resulta inasequible al control jurisdiccional sustituir por un juicio de legalidad lo que es un mero juicio técnico; *b)* *la cuestión responde a criterios de discrecionalidad irrevisable, dada la indiscutible soberanía de los Tribunales a la hora de asignar sus calificaciones*, y *c)* la discrecionalidad se acepta como cosa irremediable, ya que de lo contrario se necesitaría constituir otro Tribunal sobre el primero, que, a su vez, suscitaría en sus decisiones las mismas dudas y perplejidades, lo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica.

El paso siguiente que da esta Sentencia es afirmar, además, la *inadmisibilidad de la prueba pericial*, debido a dicha discrecionalidad, destacando que, por ello, no es aplicable la STS de 2 de abril de 1985, que sí permitía el control de fondo y la realización de la prueba pericial. Y nos dice, finalmente, que a la jurisdicción contencioso-administrativa le cabe exclusivamente comprobar: *a)* si se ha cumplido con los mecanismos de control académico, o *b)* si se ha producido desviación de poder.

Y, en la denominada jurisprudencia menor, se enmarcan en esta misma dirección la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de febrero de 1990 y la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de marzo de 1993.

La *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de febrero de 1990* declara que el enjuiciamiento de lo que es estricta valoración académica no corresponde a los Tribunales de Justicia. Y entra a continuación a examinar un problema estrictamente formal, determinado por la problemática derivada de que uno de los tres integrantes del Tribunal de Revisión no asistió a la sesión en la que se dio audiencia al examinado.

Y, por otro lado, la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de marzo de 1993*, situándose en la más pura línea ortodoxa de negación del control jurisdiccional, nos dice que los órganos calificadoros tienen *discrecionalidad técnica*, por lo que los Tribunales del Poder Judicial no pueden sustituir lo establecido por dichos órganos, ni siquiera acudiendo a la prueba pericial, so pena de suplantar el ejercicio de una competencia que no les corresponde; salvo que no se hayan cumplido los requisitos formales y de procedimientos establecidos. Los Tribunales de Justicia —matiza— están llamados a un control de legalidad y no a un control de tipo técnico.

Pero, junto a estas Sentencias negadoras del control jurisdiccional sobre el fondo del asunto, podemos encontrar *otra dirección de sentencias que han afirmado el citado control*. Se sitúan aquí como destacables la STS de 31 de octubre de 1988 (Ar. 8349) y, dentro de la jurisprudencia menor, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Murcia de 21 de febrero de 1989 y la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres de 29 de abril de 1989.

La STS de 31 de octubre de 1988 (Ar. 8349) resuelve el recurso de apelación frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia núm. 291/1986, de 22 de abril, cuyo contenido hemos resumido en líneas precedentes.

Declara la Sentencia del Tribunal Supremo que, en primer lugar, *la acción impugnatoria frente a las calificaciones académicas deriva del derecho a la valoración objetiva de su rendimiento escolar* y que dicha acción procede tanto en vía administrativa (fundamentos jurídicos núms. 2 y 3) como en vía judicial (fundamento jurídico núm. 5, al final).

En segundo lugar destaca que *se admiten para dicha revisión informes periciales*, aunque subraya aquí, frente a la Sentencia de 22 de abril de 1986 de la Audiencia Territorial de Valencia, que en ésta debería haber sido tenido en cuenta el Informe pericial realizado por el Obispo antes que el de los profesores, por la mayor competencia técnica de aquél en esta materia y también por la mayor distancia del Obispo de los intereses particulares en juego. Y subraya que la asignación de los tres profesores peritos se hizo unilateralmente, sin garantías del principio de contradicción.

Por otro lado, afirma que los tres profesores peritos no siguieron las pautas de la Administración, pues llegaron a conocer el nombre de la alumna y del profesor. Asimismo, subraya que los informes periciales de los profesores manifiestan importantes contradicciones. Y, por último, matiza la Sentencia que *lo que no puede hacer la Administración revisora es sustituir, con apreciaciones subjetivas carentes de las correlativas pruebas de homologación final de dicho rendimiento escolar, la calificación realizada por la instancia calificadora.*

Ya en la jurisprudencia menor, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Murcia de 21 de febrero de 1989 (9) nos dice que los actos de calificación académica son impugnables jurisdiccionalmente, frente a la invocación de la excepción de inimpugnabilidad que sostiene el Letrado del Estado. Y esto porque, a pesar de que la libertad de cátedra y la autonomía universitaria permiten reconocer una cierta esfera de discrecionalidad técnica, que ensancha el campo en el que se ha de concretar cada juicio o calificación académica, ello no convierte en modo alguno esa función en una potestad discrecional, puesto que sigue estando absolutamente reglada, aunque *los elementos reglados, en este caso, estén definidos mediante conceptos jurídicos indeterminados. No actúa el profesorado con la libertad inherente a toda potestad discrecional. El profesorado, ante determinado rendimiento académico, no es libre para determinar el contenido del dictamen que ha de emitir. El Ordenamiento Jurídico sólo le autoriza una única calificación de las varias preestablecidas, consistiendo su función en averiguar, no en elegir, cuál entre todas ellas corresponde a ese concreto hecho.*

Ahora bien, añade también que la impugnación sólo alcanzará éxito cuando se pruebe que la calificación se ha producido con *evidente error; con injustificación técnica* (lo que deberá resultar de *prueba pericial de rango científico o académico equivalente*, pues el carácter revisor impide al Tribunal realizar el juicio técnico); porque la calificación se haya producido con base a la aplicación de *criterios de calificación injustificadamente discriminatorios* para el recurrente; porque la calificación se haya producido con *desviación de poder*; o, por último, porque se haya producido una infracción de nulidad del proceso de calificación, es decir, porque haya incidido algún *vicio formal en el procedimiento calificador.*

Por lo que se refiere a la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres de 29 de abril de 1989* (10), dicha Sentencia nos dice que *las calificaciones académicas* (que en este caso pertenecían a segundo curso de la Educación General Básica) *son actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo*, ya que, salvo los actos en los que la Administración actúa como comisionada del poder titular

(9) Publicada en «Revista General del Derecho», año 1989, págs. 7639 y ss.

(10) Publicada en la «Revista General del Derecho», año 1989, págs. 6190-6191.

de la soberanía y sometida a control parlamentario (claramente se está refiriendo a los actos políticos), los demás actos están incluidos en el artículo 103 de la Constitución (supongo que se está refiriendo a la proclamación de que la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho) y, por ello —añade—, *están vinculados a la cláusula del artículo 1.º de la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y bajo el mandato del artículo 106 de la Constitución* (que, como sabemos, proclama el control por los Tribunales Contencioso-Administrativos de la actividad administrativa).

Dicho esto como prolegómeno, añade, en segundo lugar, que, pese al blindaje al control de legalidad de los criterios subjetivos de los examinadores determinados por la especialidad de la materia, *procede, no obstante, entrar en el fondo del asunto por dos causas: a) en primer lugar, si no se quiere reducir la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución a una simple declaración utópica; y b) en segundo lugar, porque existe un derecho básico del alumno a que su rendimiento académico sea valorado conforme a criterios de plena objetividad*, tal como proclamaba en aquel momento el artículo 6.1.b) de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación de 1985.

Partiendo de estos postulados, entra después la Sentencia en el fondo del asunto, valorando bajo las reglas de la sana crítica la calificación académica del recurrente, con los datos objetivos que existen en el expediente, los dados por el profesor tutor o por los profesores de apoyo y por la ficha del Servicio de Orientación Escolar. Y llega finalmente a la conclusión, que plasma en el fallo, de desestimación del recurso, porque la calificación es conforme a los criterios de plena objetividad.

Aunque esta Sentencia se está refiriendo a la evaluación de un curso de Educación General Básica, esta misma dice que la doctrina que aplica es referible *mutatis mutandi* a todos los exámenes académicos. Y cita en su apoyo otras *Sentencias anteriores de la misma Sala de 11 de febrero de 1985 y 15 de febrero de 1989*.

2. *El control de los aspectos formales*

Lo que ha sido menos controvertido y podemos decir que está asumido por la casi totalidad de la jurisprudencia es el control de los aspectos formales.

Podemos clasificar la jurisprudencia que se pronuncia sobre estos aspectos en torno a tres grupos: *a)* jurisprudencia que admite el control del fondo; *b)* jurisprudencia negadora de dicho control, y *c)* aquellas Sentencias que sólo se manifiestan sobre la revisión de los aspectos formales.

a) Las Sentencias que admiten el control del fondo proclaman sin reparos, lógicamente, la procedencia de la revisión de los aspectos formales. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Murcia de 21 de febrero de 1989 citada nos dice que

la impugnación alcanzará éxito cuando se pruebe la existencia de infracciones sancionables con nulidad de pleno derecho del proceso de calificación.

b) Dentro del grupo de Sentencias negadoras del control de fondo, sin embargo, la mayor parte admite la posibilidad de un control jurisdiccional de estos aspectos formales.

La STS de 14 de marzo de 1970 se pronuncia tan rotundamente en contra del control jurisdiccional en este ámbito que ni siquiera hace alusión a la posibilidad de revisión de estos aspectos formales.

Sin embargo, la STS de 26 de enero de 1972 (Ar. 279), a pesar de negar el control jurisdiccional sobre el fondo del asunto, subrayando que la calificación en sí resulta inmune a la jurisdicción contenciosa-administrativa, afirma que los aspectos formales del proceso calificador como son *la competencia, la constitución del Tribunal censor, la formación de la voluntad colegiada, la documentación de las pruebas, etc.*, sí que son susceptibles de impugnación judicial.

Y en la misma línea se sitúa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 1978, que invoca, para ello, la Sentencia de 1972. Distingue esta Sentencia de la Audiencia Nacional entre el acto decisorio final (la calificación en sí) y los actos de carácter formal instrumental, cuales son *los relativos a constitución del Tribunal, documentación de las pruebas, práctica de examen, etc.*, que constituyen —dice la Sentencia— «trámites de un procedimiento que desemboca y finaliza en aquel decisorio de la calificación escolar y que están sometidos siempre, con mayor o menor detalle, a unas normas legales o reglamentarias de obligada observancia para los órganos administrativos docentes cuyo quebrantamiento puede determinar su anulabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo». Y «esta anulabilidad es reclamable ante la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la correspondiente acción, que necesariamente deberá acreditarse en el momento de notificar al interesado el acto administrativo de calificación escolar negativa; pues dichos actos formales previos... no ponen fin a dicho proceso ni lo suspenden para hacer imposible su continuación, manifestándose irrecurribles en la vía contenciosa, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo».

También alude a la impugnación de los aspectos formales la STS de 16 de febrero de 1979 (Ar. 1000), que viene a distinguir, asimismo, entre el acto calificador (al cual adjetiva como «acto de pura docencia y no administrativo» que se sustrae a la posibilidad revisora en vía jurisdiccional), por un lado, y «una serie de actos que, en puridad, tienen la conceptualización de revisables en el ámbito jurisdiccional, pues el pronunciamiento final se alcanza a través del adecuado procedimiento, constituyendo su observancia presupuesto ineludible para un adecuado actuar en el ámbito y competencia peculiar y propia de los órganos que han de exteriorizar su resolución», por otro lado.

Asimismo, se pronuncia en sentido semejante la STS de 25 de abril de 1990 (Ar. 2773), que, después de negar la posibilidad de la revisión jurisdiccional del fondo del asunto, dice que sólo le cabe a esta jurisdicción comprobar si se ha cumplido la obligación administrativa de posibilitar la impugnación de la evaluación y si se ha realizado la revisión del examen.

Y, en la jurisprudencia menor, debemos destacar la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de febrero de 1990*. Esta Sentencia declara la nulidad del acto de revisión de los exámenes académicos realizado por el Tribunal de tal carácter previsto en los Estatutos de la Universidad de Cantabria, por dos razones: a) *por la presencia en el Tribunal revisor del mismo profesor que firmó las actas en la evaluación inicial* (es decir, la persona cuya labor calificadora se somete a revisión), en virtud del principio de que «nadie puede juzgar en propia causa», considerando que dicho criterio tiene su plasmación legal en el artículo 20, letra d), de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando establece entre las causas de abstención la actuación en el procedimiento administrativo de quien hubiera tenido intervención como perito o testigo en el asunto sometido a su decisión, y b) *por quedar probado que uno de los tres vocales del Tribunal no asiste a la sesión en la cual se da audiencia al reclamante*. Aquí la nulidad deriva de haber prescindido de las reglas esenciales de formación de voluntad de los órganos colegiados, por aplicación del artículo 47, párrafo 1.º, letra c), de la LPA, matizando la Sentencia, en este sentido, que desde el Digesto se considera que para que exista «Colegio» se requieren al menos tres personas y, por otro lado, porque no puede juzgar el asunto un miembro de un Tribunal si deja de comparecer a la vista o sesión en la que se oyen los argumentos en defensa del interesado.

c) Entre las Sentencias que sólo se manifiestan sobre la problemática del control de los aspectos formales, sin haberse pronunciado sobre la cuestión del control del fondo del asunto, destaca la *STS de 18 de octubre 1991 (Ar. 8342)*, que ratifica la nulidad declarada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria a la que acabamos de aludir, por considerar, de modo semejante a aquélla: a) *que la presencia en el Tribunal del profesor que había realizado la evaluación es contraria al principio jurídico de que «nadie puede ser juez de su propia causa»* y, por lo tanto, supone una violación del artículo 103 de la Constitución, por contradecir la obligación de imparcialidad de la Administración Pública y, en este sentido, lo considera nulo de pleno derecho, por aplicación del artículo 47.1.c), de la LPA, por considerar que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y b) *que se ha producido una infracción determinante de nulidad esencial, al haberse pronunciado un miembro del Tribunal revisor sin asistir y sin respetar el principio de audiencia de las partes* por el Tribunal, al no estar presente en la sesión en la que se había dado audiencia al recurrente.

Y también en esta línea se enmarca la *STS de 25 de junio de 1993 (Ar. 4463)*, que declara la nulidad de la calificación de las pruebas de Se-

lectividad de la recurrente, porque el Tribunal calificó sin presencia del profesor del Centro donde la alumna había realizado el COU, considerando que con ello se habían vulnerado las reglas esenciales de formación de la voluntad de los órganos colegiados y el artículo 4.1.c) del Real Decreto 406/1988, de 29 de abril, regulador de la calificación de las pruebas de Selectividad.

3. *El reconocimiento jurisprudencial de la existencia con carácter general del derecho a una evaluación objetiva del rendimiento académico y a la impugnación de las calificaciones de tal tipo*

Antes de terminar con el análisis jurisprudencial, debemos fijarnos en la declaración que hacen algunas Sentencias de las mencionadas sobre el derecho a una evaluación objetiva del rendimiento académico y a la impugnación de las calificaciones. Vamos a dividir este análisis jurisprudencial de nuevo en torno a tres grupos de Sentencias: a) aquellas que se refieren a este aspecto concreto a la vez que han afirmado el control de fondo; b) aquellas que proclaman este derecho, a pesar de negar el control de fondo, y c) las que proclaman este derecho sin pronunciarse sobre la cuestión del control de fondo.

a) En el primer grupo se sitúa la STS de 9 de octubre de 1974 (Ar. 3639). La misma subraya que, aunque la cuestión litigiosa se haya planteado equivocadamente por el recurrente, el objeto de la litis es el derecho del estudiante a una evaluación objetiva de su rendimiento académico y el derecho a utilizar los medios articulados para la efectividad de tal derecho y para corregir las consecuencias de calificaciones injustificadas, como pueden ser las basadas en un error o las motivadas por finalidades espurias, si bien para que el recurso se pueda estimar hay que invocar y probar la existencia de una infracción jurídica.

Y también se incluye en este grupo la STS de 31 de octubre de 1988 (Ar. 8349), que parte precisamente de que tanto del artículo 130, párrafo 3.º, de la Ley General de Educación de 1970 como del artículo 36.i) de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares de 1980, así como del 6.1.b) de la LODE de 1985, se deriva el derecho a la evaluación objetiva del rendimiento académico y la posibilidad jurídica de su actuación (auténtica acción impugnatoria) ante el acto calificador realizado sin justificación. Y de aquí surge la competencia de la Administración para fiscalizar la actuación de los Centros de Enseñanza en orden a la actuación jurídica de dicho derecho, como la posterior revisión jurisdiccional de lo anterior.

En la jurisprudencia menor, también se sitúa en esta línea la Sentencia antecedente de esta última, es decir, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia núm. 291/1986, de 22 de abril, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres de 29 de abril de 1989. Precisamente esta última justifica el control de la calificación en sí,

por considerar que en este ámbito la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha de revisar si se ha respetado el derecho básico del alumno a su rendimiento académico y a ser evaluado conforme a los criterios de plena objetividad proclamados en el artículo 6.1.b) de la LODE de 1985.

b) Por lo que se refiere a las Sentencias negadoras del control de fondo del asunto, afirman algunas, no obstante, que existe un derecho a la evaluación objetiva del rendimiento académico y a la revisión del examen, pero en vía administrativa. Así, la STS de 10 de mayo de 1988 (Ar.4079), la cual, a pesar de que proclama la inimpugnabilidad de la calificación en sí, por existir discrecionalidad técnica en los órganos calificadores, nos dice que la revisión jurisdiccional es posible, si se ha negado la revisión de examen, porque ello conlleva una vulneración de los artículos 14 y 27 de la Constitución, es decir, del derecho a la igualdad, sin que pueda producirse discriminación, y del derecho a la educación.

c) Y existen Sentencias —por último— que, a pesar de no pronunciarse sobre la cuestión del fondo del asunto, no obstante, proclaman como previo este derecho a la evaluación objetiva del rendimiento académico y de la revisión correspondiente. En este sentido se sitúa la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de octubre de 1991 (citada por la STS de 23 de julio de 1993, que entiende la apelación frente a la anterior), que declara el derecho del recurrente a la revisión de la calificación del examen ya realizado sin tener que realizar otro nuevo y condena a la Administración a realizar dicha revisión administrativa.

Así terminamos el análisis jurisprudencial de las Sentencias del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las antiguas Audiencias Territoriales y los actuales Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

IV. LAS CONCLUSIONES FINALES Y NUESTRA OPINIÓN AL RESPECTO (11)

1. En primer lugar, hemos de subrayar que *las calificaciones académicas constituyen verdaderos actos administrativos*.

(11) Las aportaciones doctrinales sobre el sector específico del control jurisdiccional de las calificaciones académicas siguen siendo muy escasas. En nuestro libro de 1986 recogimos ya algunas de dichas aportaciones, además de pronunciamientos doctrinales generales sobre la denominada «discrecionalidad técnica» y sobre el sector del control jurisdiccional de los concursos y oposiciones. Nos remitimos a lo allí expuesto.

Desde aquella fecha a la actualidad hay que tener en cuenta, asimismo, aportaciones doctrinales posteriores sobre la citada problemática, pero no vamos aquí a exponerlas de forma detallada. En su lugar hemos optado por hacer a continuación la siguiente referencia a ellas y manifestar en el texto principal nuestras conclusiones personales al respecto, aludiendo, no obstante, si cabe, a algunas de dichas aportaciones, al hilo de nuestra exposición.

Con posterioridad a los trabajos citados en nuestro libro de 1986, cabe destacar los es-

Así lo han afirmado la STS de 26 de enero de 1972 (Ar. 279); la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 1978 (aunque después fue revocada por la STS de 26 de enero de 1979, que niega tal carácter); la Sentencia de la Sala de lo Con-

tudios de E. COCA VITA titulados *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales* (núm. 108 de esta REVISTA, año 1985, págs. 205 y ss.) y *La lucha jurisprudencial por la pureza de los procedimientos y sistemas de acceso a la Función Pública* («Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid», año 1989, págs. 109 y ss.), que se sitúan en la misma línea de su anterior aportación *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica*, que analizamos en nuestro libro citado y que se manifiesta en contra de la doctrina de la discrecionalidad técnica como cláusula de inmunidad de control jurisdiccional.

Asimismo, hay que hacer referencia a los trabajos que han estudiado las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la anterior Audiencia Territorial (hoy Tribunal Superior de Justicia) de Valencia sobre las «Pruebas de Idoneidad» para acceder a Profesor Titular de Universidad, de J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *De nuevo sobre los límites de la discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos. Sentencias sobre las pruebas de idoneidad de los profesores titulares de Universidad* («Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid», núm. 1 de 1987, págs. 125 y ss.), y de J. L. MARTÍNEZ MORALES, *Las pruebas de idoneidad. Un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica* («REDA», 47, págs. 413 y ss.).

Y, en relación con dichas Sentencias —a cuyo contenido aludimos, asimismo, en nuestro libro de 1986—, también hay que resaltar las reflexiones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en su libro *Hacia una nueva justicia administrativa* (Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1989), y de S. MUÑOZ MACHADO, en *La reserva de jurisdicción* (Ed. La Ley, Madrid, 1989, pág. 108). GARCÍA DE ENTERRÍA destaca que en dichas Sentencias el Juez ha sustituido lisa y llanamente el lugar de los órganos políticos o técnicos y se ha producido un exceso de jurisdicción. MUÑOZ MACHADO señala que aquí los Tribunales han extralimitado el sentido de su función renovadora, metiéndose de lleno en reductos administrativos en los que la Administración debe seguir siendo soberana en ámbitos de la discrecionalidad técnica.

En favor del pleno control jurisdiccional en el sector de los concursos y oposiciones sobresale el estudio de J. L. PIÑAR MANAS, *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones* («Documentación Administrativa», 220, año 1989, págs. 135 y ss.).

Pero, sobre todo, hay que destacar el libro de Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración* (Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1994), en el que reagrupa una serie de estudios relativos a dicha materia que se muestran claramente a favor del pleno control jurisdiccional, con ciertas matizaciones que allí se expresan. De dicho libro debemos destacar especialmente, a nuestros efectos, el epígrafe «Juicios pedagógicos y declaraciones de aptitud o idoneidad profesional» (págs. 35 y ss.) y el titulado «El polémico tema de la eventual sustitución judicial de la decisión administrativa discrecional» (págs. 167 y ss.).

Por otro lado, debe resaltarse que en algunos de los trabajos reagrupados en dicho libro se entra en pugna dialéctica con los estudios realizados por L. PAREJO ALFONSO (primero, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, sobre todo págs. 73 y ss., y, después, *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionalmente distintas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, especialmente, a nuestros efectos, págs. 31 y ss. y 62 y ss.) y M. SÁNCHEZ MORÓN (primero, *El Control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Instituto de España/Espasa-Calpe, Madrid, 1991, especialmente págs. 120 y ss., y, después, *Discrecionalidad administrativa y Control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, especialmente, a nuestros efectos, págs. 21 y ss., 31 y ss. y 129 y ss.). Y como colofón a dicha polémica debe citarse el trabajo de M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, «REDA», 85, enero-marzo 1995, págs. 5 y ss.

Finalmente, no deben olvidarse tampoco el libro de J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico* (Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1993); el análisis de J. M. PEÑARRUBIA IZA, titulado *El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar* (*La STC 97/1993, de 22 de marzo*) (núm. 133 de esta REVISTA, año 1994, págs. 287 y ss.), y las manifestaciones de L. COSCULLUELA MONTANER, en su *Manual de Derecho Administrativo* (Ed. Civitas, S.A., 5.ª ed., Madrid, 1994, págs. 168 y ss.), quien afirma que

tencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia de 22 de abril de 1986, a la que hemos aludido anteriormente; la Sentencia de dicha Sala de la Audiencia Territorial de Murcia de 21 de febrero de 1989; y la Sentencia de la misma Sala de la Audiencia Territorial de Cáceres de 29 de abril de 1989.

En contraposición a las anteriores, las SSTs de 14 de marzo de 1970 y 26 de febrero de 1979 negaron tal carácter de acto administrativo a dichas calificaciones, afirmando que estábamos ante una función técnico-docente, pero no ante una actividad administrativa.

En la doctrina, también vienen a afirmar aquel carácter E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, cuando subrayan que el profesor, al calificar, actúa como órgano de la Administración, mientras que cuando simplemente imparte clase, al tratarse de una actividad técnica, actúa como persona física y se imputa directamente a él, en principio, la actividad (11 bis).

Y, por lo que a nosotros respecta, ya en nuestro libro de 1986 (12), siguiendo la definición de acto administrativo formulada, fundamentalmente, por estos dos profesores, también intentamos demostrar, punto por punto, que las calificaciones académicas constituyen verdaderos actos administrativos. Estamos ante una declaración intelectual expresa, consistente en un juicio, realizada por una Administración Pública e imputada a la misma (las Universidades) y con producción de efectos jurídicos. La actividad de calificación con efectos oficiales es manifestación de una potestad administrativa atribuida por el Ordenamiento a los Profesores universitarios investidos legalmente.

2. En segundo lugar, se plantea la cuestión de si estamos frente a un acto administrativo reglado con inclusión de conceptos jurídicos indeterminados; o bien, ante un acto discrecional; o bien, ante un acto propio de la denominada discrecionalidad técnica.

En este punto, nosotros entendemos que *estamos ante actos que ejercitan una potestad reglada que incluye conceptos jurídicos indeterminados, no ante un acto discrecional*. En este sentido, elogiamos la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Murcia de 21 de febrero de 1989, que conceptúa dichas calificaciones como «actos reglados con aplicación de conceptos jurídicos indeterminados».

Decimos que es un acto reglado y no discrecional porque, en estos casos, el Ordenamiento jurídico no se remite a un juicio subjetivo de la Ad-

«la discrecionalidad técnica obliga a adoptar una única solución correcta en cada caso, en función de las normas técnicas, que, por lo general, proporcionan otras ciencias no jurídicas», y añade que «la jurisprudencia ha construido una doctrina incorrecta...» y que, «por el contrario, la discrecionalidad técnica es perfectamente revisable, tanto en cuanto al fondo, si mediante prueba se demuestra el error técnico cometido, como en los supuestos en los que la Administración se haya apartado sin base precisamente del informe o propuesta técnica (STC 193/1987, de 9 de septiembre)».

(11 bis) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 7.ª ed., Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1995, págs. 783 y 784.

(12) *Ob. cit.*, págs. 237-238.

ministración, sino a un juicio objetivo de la misma. No se remite a la voluntad del órgano calificador, sino precisamente a un juicio del mismo, y éste no tiene libertad de elegir entre distintos indiferentes jurídicos, sino la obligación de seleccionar la nota más apropiada, de tal modo que podemos aseverar, en la línea de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, que la cuestión sólo permite una solución justa.

Concordamos plenamente con la Sentencia de la Audiencia Territorial de Murcia citada, cuando dice que el profesorado a quien está asignada la función calificadora no actúa con la libertad que es inherente a toda potestad discrecional, para la cual, «frente a idénticas circunstancias de hecho, son admisibles varias conductas o posibilidades de actuación diferentes o, lo que es igual, caben dos o más soluciones jurídicamente fundadas», pues, en el ejercicio de la función de calificación académica, el profesorado, ante un determinado rendimiento académico —ante un mismo resultado de conocimientos—, no es libre para determinar el contenido del dictamen que ha de emitir». «El Ordenamiento jurídico sólo le autoriza a otorgar una única calificación académica de las varias preestablecidas, consistiendo su función en averiguar —no en elegir— cuál, dentro de todas ellas, corresponde a ese concreto hecho.» Aunque, no obstante, goza de cierto margen de apreciación (se le reconoce «cierta esfera de discrecionalidad técnica», dice aquí incorrectamente la Sentencia, aunque queriendo aludir, sin duda, a dicho margen de apreciación propio de los conceptos jurídicos indeterminados) para concretar cada juicio o calificación académica. Pero ello no convierte, en modo alguno —como culmina la Sentencia—, esta función en una potestad discrecional, «puesto que sigue estando absolutamente reglada, aunque los elementos reglados en este caso estén definidos mediante conceptos jurídicos indeterminados».

3. Y no sólo negamos el carácter discrecional de dicho acto, sino que también negamos que dicha actuación pueda ser calificada como *discrecionalidad técnica*, que conduce, al igual que la denominada discrecionalidad pura o discrecionalidad en sentido estricto, a una exclusión del control jurisdiccional. Por un lado, por las mismas razones que rechazamos su consideración como potestad discrecional. Y, por otro, porque, como han afirmado determinados autores, constituye una contradicción hablar de discrecionalidad técnica.

M. S. GIANNINI nos dice que «la discrecionalidad técnica no tiene nada de discrecionalidad, siendo totalmente diversa de la discrecionalidad pura o administrativa, llamándose así por un error histórico de la doctrina. Mientras que la discrecionalidad se refiere a una potestad e implica juicio y voluntad conjuntamente, la denominada discrecionalidad técnica se refiere a un momento cognoscitivo e implica sólo un juicio» (13).

R. ALESSI, en la misma línea, viene a subrayar que discrecionalidad y técnica son dos términos esencialmente inconciliables, puesto que, cuando

(13) M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1970, pág. 488.

se trata de una cuestión meramente técnica, ella se resuelve exclusivamente con base en criterios técnicos y reglas técnicas y la Administración Pública no tiene facultad alguna de separarse de dichas reglas (14).

En el mismo sentido se manifestaba J. A. GARCÍA-TREVIJANO, quien nos decía que «no se puede hablar de discrecionalidad técnica, puesto que se trata de conceptos antagónicos». «Cuando hay discrecionalidad no puede hablarse de técnica y cuando hay técnica no puede hablarse nunca de discrecionalidad.» «Lo técnico no se valora, sino que se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba, sino que se valora» (15).

Y, asimismo, puso de manifiesto esta inconsistencia MARTÍN GONZÁLEZ, cuando señaló que, en el supuesto de la denominada discrecionalidad técnica, aunque estamos ante comprobaciones valorativas distintas de las meras comprobaciones que se limitan a constatar meros conocimientos sensibles o sensoriales, la existencia, en el caso que nos ocupa, de una cierta actividad valorativa, e incluso de un verdadero juicio, no transforma tales actos en juicios de valor, puesto que falta ese ulterior elemento de transformación de acuerdo con el criterio personal del sujeto. «Se trata, en definitiva, de una constatación compleja y de carácter valorativo, pero no de una apreciación subjetiva, y las operaciones que lo integran tienen como resultado una declaración de juicio, no una manifestación de opinión» (16).

4. En cuarto lugar, diremos que *discrepamos de aquella manifestación* hecha en alguna de las Sentencias citadas, como la negadora del control de la calificación en sí de 10 de mayo de 1988 (Ar. 4079), *consistente en señalar que los Tribunales Contencioso-Administrativos, al poder solamente realizar un control de legalidad, no pueden penetrar en estas cuestiones, ni sustituir a la autoridad académica en las mismas, ya que es imposible enjuiciar desde el prisma de la legalidad la actuación técnica llevada a cabo por el órgano calificador.*

Y negamos dicha manifestación porque consideramos que no existe una contraposición entre legalidad y técnica en estos supuestos, sino que *estamos ante un reenvío de las normas aplicables a las disciplinas técnicas* a considerar en cada caso, de tal modo que un control desde la técnica aplicable en cada momento es un control de legalidad de esa actividad (17).

(14) R. ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, 1971, tomo I, pág. 218.

(15) J. A. GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, tomo I, pág. 435.

(16) MARTÍN GONZÁLEZ, *Sanidad pública: concepto y encuadramiento*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, Madrid, 1970, 3 tomos, págs. 783 y ss., en especial págs. 791 y 792.

(17) MARTÍN GONZÁLEZ nos decía que, cuando la norma se remite a reglas de disciplinas técnicas, resulta indiscutible que tales nociones adquieren cierta relevancia jurídica en virtud del dictado legislativo. Estaríamos ante un reenvío normativo que, en el presente caso, sería formal o no receptivo: las normas y los conceptos de tales disciplinas conservan los perfiles que en las mismas tengan y no adquieren, por el simple dato del reenvío, el carácter de auténticas normas y conceptos jurídicos hasta que no se hace uso de los mismos en los casos concretos. En ningún caso puede hablarse de discrecionalidad, pues, aunque el reenvío sea formal, la técnica a aplicar determina el resultado (*Sanidad Pública...*, ob. cit., págs. 87-88 y nota al pie 39).

5. En quinto lugar, *también rechazamos en este ámbito el argumento de la insustituibilidad del órgano calificador por otras instancias revisoras y por los Tribunales Contencioso-Administrativos, por considerar que estamos ante juicios para los que existe un apoderamiento personal del Ordenamiento jurídico a determinados órganos en exclusividad, que son los órganos calificadores.*

Y rechazamos dicha argumentación en contra del control jurisdiccional pleno, porque precisamente de un análisis de las normas aplicables al sector de las calificaciones académicas, hemos constatado que dichas normas prevén no sólo una sino varias instancias revisoras, con lo cual es el propio Ordenamiento jurídico el que está contemplando y permitiendo la sustitución de la calificación emitida por el órgano calificador a través de otros órganos revisores previstos en vía administrativa. Y, si ello es posible en vía administrativa, con mayor motivo lo será en vía jurisdiccional, al poseer los Tribunales del Poder Judicial el monopolio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, por atribución directa de la Constitución, en virtud de su artículo 117.3.

6. En sexto lugar, debemos destacar también *la inconsistencia del argumento de la falta de competencia técnica en los Tribunales del Poder Judicial, frente a la competencia técnica del órgano calificador, que determina que sólo éste pueda emitir un juicio al respecto (un juicio eminentemente técnico) y que los Tribunales no puedan revisarlo.*

A pesar de que dicho argumento parece convincente, porque ciertamente los Tribunales del Poder Judicial no pueden dominar todas las materias del conocimiento humano, hay que decir que, en realidad, es falaz.

a) Por un lado, *nuestro Ordenamiento jurídico, en vía administrativa—como hemos comprobado también anteriormente—, no siempre exige la especialización técnica en la materia objeto de revisión por parte de los órganos competentes para realizar ésta*, los profesores que van a efectuarla. Y, si ello se soluciona en vía administrativa mediante la posibilidad de acudir a asesoramientos técnicos, debemos concluir que éste es el mismo mecanismo que pueden utilizar, y de hecho utilizan, los Tribunales del Poder Judicial, a través de la «prueba pericial».

Lo podemos comprobar también en la previsión para la vía administrativa por nuestro Ordenamiento jurídico, en el supuesto de evaluación de los currícula de los aspirantes a los concursos para la provisión de plazas de los Cuerpos Docentes Universitarios o en el supuesto de la evaluación de la actividad investigadora de dicho profesorado.

En el primer caso se prevé por la LRU y por el Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, que regula los concursos para la provisión de plazas de dichos cuerpos, cuando permite que la Comisión de Reclamaciones prevista en el artículo 43 de la LRU pueda acudir a asesoramientos técnicos (art. 43.3 de la LRU y art. 14.4 del Real Decreto 1888/1984).

Y, en el segundo caso, asimismo, se ha previsto (en la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, primero, de 5 de febrero de 1990 y, hoy, de

13 de diciembre de 1993, que deroga la anterior, reguladora de los criterios y procedimiento de evaluación de la actividad investigadora) la posibilidad de que la Comisión Nacional Evaluadora acuda a Comités Asesores para cada uno de los campos científicos acotados, es decir, a asesoramientos técnicos, porque, en definitiva, la Comisión Nacional de la Actividad Investigadora no tiene competencia técnica en los distintos sectores científicos de las actividades investigadoras evaluadas.

Lo podemos observar, a su vez, constatando que los Tribunales de Justicia entienden ordinariamente de cuestiones eminentemente técnicas sobre las cuales no poseen conocimientos especializados los jueces y magistrados que integran aquéllos y, sin embargo, no se pone en tela de juicio que los mismos dicten sentencia al respecto.

Me estoy refiriendo, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a problemas tales como el control de las valoraciones y tasaciones justificativas del justiprecio expropiatorio, o de los expedientes administrativos de ruina; en el orden jurisdiccional civil, cuando los Tribunales de tal orden se pronuncian sobre la existencia de los vicios ruinógenos propios de la responsabilidad decenal prevista en el artículo 1591 del Código Civil; en el orden social, en lo referente al control de las resoluciones que fijan la existencia o no de enfermedad profesional o el grado de invalidez que corresponda; o, incluso, en la jurisdicción penal, al pronunciarse los Tribunales de tal orden sobre la incidencia de eximentes tales como la de enajenación mental.

En los pronunciamientos sobre todos esos asuntos subyacen cuestiones eminentemente técnicas respecto de las cuales los jueces y magistrados no poseen conocimientos especializados, pero, sin embargo, pueden dictar sentencias, en virtud, fundamentalmente, de la prueba pericial practicada. Y, además, en esta prueba pericial no hay dictámenes absolutamente vinculantes para los jueces, sino que —como señala el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— aquéllos valorarán dicha prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

b) En conexión con lo anterior, *hay que preguntarse, también, qué fundamento constitucional o legal posee la prohibición de que en los procesos contencioso-administrativos relativos a los ámbitos en estudio pueda admitirse la prueba pericial.*

Esta prohibición que proclaman algunas de las Sentencias mencionadas (STS de 10 de mayo de 1988, Ar. 4079, y STS de 25 de abril de 1990, Ar. 2773) no tiene ningún fundamento legal.

No conocemos ninguna norma sustantiva en relación con el tema que estamos analizando que excluya la prueba pericial y, por otra parte, ni el Código Civil, que se refiere a este tipo de prueba en los artículos 1242 y 1243, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 610 y ss., que regulan la prueba pericial (que son las normas a las que se remite la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, en su art. 74.4), marcan excepciones a la procedencia con carácter general de este tipo de prueba. Por lo tanto, su exclusión *a priori* constituye una excepción que no está en la

Ley, a la cual están sometidos —debemos recordar— los Tribunales del Poder Judicial, en virtud del artículo 117.1 de la Constitución.

Pero, por otro lado, y desde un punto de vista constitucional, también la exclusión *a priori* de tal medio de prueba, para la materia que nos ocupa, supondría una lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución, tal y como viene a manifestar la STS de 2 de abril de 1985 (Ar. 2854).

Esta última Sentencia destaca, contundentemente, que los juicios técnicos del órgano administrativo calificador pueden ser desvirtuados por elementos probatorios periciales, que el juzgador valorará con sometimiento a las reglas de la sana crítica, conforme dispone el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y matiza dicha Sentencia que la sujeción de la Sala de Justicia a los juicios técnicos de la Administración conduciría «a la incorrecta conclusión del sometimiento del juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa, lo que en el nivel pragmático implicaría un claro quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución, al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del mencionado tribunal calificador».

7. En séptimo lugar, esta misma *reflexión sobre* el fundamento constitucional y legal de la exclusión de la prueba pericial en este ámbito también cabe realizarla sobre *la exclusión del control jurisdiccional en sí mismo*.

En este sentido, desde un enfoque legal, también podemos decir que no conocemos norma sustantiva que excluya dicho control, como tampoco lo hace la Ley Procesal Administrativa, la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, ni en el artículo 2 ni en el artículo 40 de dicha Ley, que marcan los límites de la citada jurisdicción. No excluye del ámbito de aplicación de dicha jurisdicción el control jurisdiccional de las calificaciones académicas, como tampoco excluye el control jurisdiccional de las resoluciones de concursos y oposiciones, ni otras cuestiones calificadas como propias de la denominada «discrecionalidad técnica».

Desde un enfoque constitucional, entendemos que todavía dicha exclusión es mucho más grave, si tenemos en cuenta los preceptos que hemos venido mencionando a lo largo de nuestra exposición y que, para mayor contundencia, debemos reiterar en este apartado:

El artículo 27, que proclama el derecho fundamental a la educación, al cual se ha vinculado —como hemos visto— el derecho a una evaluación objetiva del rendimiento académico y a la impugnación de las calificaciones académicas consideradas injustificadas; el artículo 14, que proclama el derecho a la igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna; el artículo 103, que establece el sometimiento de la Administración al principio de objetividad y el pleno sometimiento a la Ley y al Derecho; el artículo 106, que establece que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, sin establecer ninguna excepción, y que hay que poner en conexión necesariamente con ese some-

timiento pleno a la Ley y al Derecho; el artículo 9.3, que proclama el principio de prohibición de la arbitrariedad de los podereres públicos; el artículo 24, que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; y el artículo 117.3, que consagra el monopolio de la función jurisdiccional por los Juzgados y Tribunales, consignando que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente*, a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes...».

8. Por lo tanto, afirmamos que, frente a los argumentos anteriores, nuestro Ordenamiento jurídico, *desde planteamientos estrictamente legales y constitucionales, nos lleva a la formulación de principio del pleno control jurisdiccional de las calificaciones académicas.*

Ahora bien, ello no significa, en modo alguno, que los Tribunales sustituyan alegre y frívolamente la calificación establecida por el órgano administrativo correspondiente, sino que *hay que partir de la presunción de validez y de legitimidad que ostentan los actos que establecen las calificaciones académicas*, como la poseen todos los actos administrativos (art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

También hay que tener en cuenta ese «*margen de apreciación*» que hay que reconocer necesariamente a los órganos calificadores en el ejercicio de dicha actividad evaluadora y que es plenamente conforme con su carácter de potestad reglada, de acto reglado, que contiene conceptos jurídicos indeterminados.

Y a ello hay que añadir que, para romper esa presunción de validez de la calificación académica, la carga de la prueba la tiene el alumno que impugna, el recurrente, y que en este ámbito la prueba siempre es una «prueba difícil». De ahí que se diga que nos encontramos ante *supuestos de «prueba diabólica»*; lo que conduce a que, en un porcentaje altísimo de los casos, la Sentencia sea desestimatoria.

Pero con carácter general y de principio no puede excluirse el control jurisdiccional, sino que hay que afirmar la primacía de un control jurisdiccional plenario en estos ámbitos; de tal modo que si, a pesar de dicha dificultad, el alumno recurrente puede demostrar ante el Tribunal, a través de los distintos medios de prueba reconocidos en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin excluir la prueba pericial, que la emisión de la calificación académica incurre en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder, o incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la Ley 30/1992, o incluso si desde un punto de vista técnico es injustificada, arbitraria o discriminatoria, en dicho caso necesariamente la Sentencia deberá ser estimatoria de su pretensión.

Ya destacó Tomás Ramón FERNÁNDEZ, en el año 1974, refiriéndose a las Leyes Fundamentales franquistas (pero esa afirmación sigue valiendo hoy

en relación con la Constitución de 1978), que nuestra Constitución ha optado formalmente por atribuir al juez la decisión última de todo litigio entre la Administración y los ciudadanos y de decidirlo en toda su integridad. «El problema —añade— se traslada entonces a un plano estrictamente material, puramente físico. El juez podrá operar la sustitución en la medida en que se le suministren por las partes elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria y fundada de la decisión atacada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consistente. En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba. Unas veces será más fácil y otras más difícil. Lo importante es que pueda hacerse y que ningún principio impide que se haga» (18).

O —como decía J. SCHMIDT-SALZER, en relación con el argumento de exclusión basado en la falta de competencia técnica de los jueces—, aunque a los jueces les falten esos conocimientos especializados, «éste es el menor de los males en comparación con lo que supondría la negación de la tutela judicial a través del reconocimiento de un espacio libre de control» (19).

También hay que recordar lo dicho por F. SAINZ MORENO, en relación con el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, consistente en que hay que tener en cuenta la distinta posición del juez y la Administración. A la Administración no se le confiere un papel de árbitro de la contienda, porque no puede considerarse neutral. Y, sin embargo, en el sentido de la creación del Poder Judicial, no sólo está su carácter de poder que contrapesa a los demás del Estado, sino también el intento de que quienes juzguen estén en la mejor posición para hacerlo, tanto por su «capacidad adquirida» (el arte de juzgar, *oficium iudicis*) como por su «posición imparcial e independiente» (20).

Y, por último, traería a colación la reflexión sobre el control de la discrecionalidad administrativa de A. GALLEGO ANABITARTE, cuando nos dice que «el estilo y el ambiente jurídico de una comunidad estatal en la cual rige el principio de que el ciudadano tiene derecho a pedir al juez —y éste el deber de hacerlo— el control integral de cualquier denegación u otorgamiento de derecho subjetivo que le afecte, son radicalmente diferentes de aquella comunidad que rige el principio de ámbitos propios y exentos al control judicial en la actuación administrativa» (21).

9. Pero, volviendo de nuevo a nuestra argumentación, como ya sostuvimos en nuestro libro de 1986, incluso si se rechaza el control jurisdiccional de la denominada discrecionalidad técnica en cuanto al fondo del asunto, entendemos que a resultados semejantes a los que conducen los

(18) Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Discrecionalidad y Jurisdicción revisora*, «REDA», núm. 2, año 1974, pág. 287.

(19) J. SCHMIDT-SALZER, *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Duncker und Humblot, Berlin, 1968, pág. 73.

(20) Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1976, págs. 355 y ss.

(21) A. GALLEGO ANABITARTE, Prólogo al libro de A. MOZO SEOANE titulado *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 30.

argumentos anteriores podemos llegar mediante la *profundización en las técnicas de control de la discrecionalidad* consistentes en la revisión de los hechos determinantes, en el control de la desviación de poder y en el realizado a través de los principios generales del Derecho, haciendo hincapié, sobre todo, en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Tengamos en cuenta, en este sentido, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1991, de 14 de noviembre, ha sentado, en relación con la actuación de las «Comisiones de Reclamaciones» previstas en el artículo 43 de la LRU, que las mismas pueden realizar una revisión del fondo del asunto, para determinar si resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y la capacidad y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos no propuestos.

Y, si esto se afirma de un órgano revisor administrativo no especializado técnicamente, cuanto más debe afirmarse de las funciones de los Tribunales contencioso-administrativos.

10. Y, aun constituyendo lo anterior (el control del fondo del asunto, es decir, de la calificación en sí) la cuestión fundamental, sin embargo, junto a ese control del fondo, *no hay que rechazar las posibilidades que nos ofrece también el control de los aspectos formales*, tal como la revisión de la motivación realizada; la verificación de la constitución y funcionamiento de los órganos colegiados en este ámbito, es decir, de los Tribunales examinadores o los Tribunales administrativos de revisión; la posible o la hipotética incidencia de dolo, coacción u otros vicios que restrinjan la formación de la decisión de los órganos calificadores; o la omisión de trámites procedimentales esenciales como la audiencia de los interesados en la revisión de las calificaciones en vía administrativa.

11. Por último, sólo queda hacer referencia a la *cuestión del alcance del fallo de las Sentencias* de los Tribunales contencioso-administrativos en el sector sobre el que estamos reflexionando.

Entendemos que la afirmación de la posibilidad de sustitución por parte de los Tribunales de Justicia de las resoluciones de los órganos calificadores, en el caso de Sentencias estimatorias de los recursos contencioso-administrativos interpuestos, normalmente conducirá a la mera anulación del proceso calificador o de la calificación en sí o, en su caso, de la revisión de la calificación realizada en vía administrativa.

Pero no debe descartarse *a priori* la posibilidad de que el fallo sea el reconocimiento de la situación jurídica individualizada, cuando esté clarísimo, a través de la prueba practicada, que se ha producido error manifiesto en la calificación, que no ha querido ser admitido por el órgano calificador, o cuando se ha producido arbitrariedad manifiesta y tenga el Tribunal suficientes criterios para restablecer el derecho lesionado.

Téngase en cuenta que el artículo 84 de la LJCA contempla, en su artículo 84.b), que, cuando la Sentencia estimare el recurso contencioso-ad-

ministrativo, si el recurrente hubiere pretendido el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, aquélla reconocerá dicha situación y adoptará tales medidas. Respecto de esta previsión, no hemos encontrado en dicha Ley excepción alguna.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 29 de abril de 1993, fundamento jurídico 6.º, aunque en ámbito material distinto al que estudiamos, «una decisión judicial que condene a la Administración a hacer algo o que sustituya con un criterio nuevo el criterio inicialmente utilizado por la Administración en el acto objeto de recurso no es una injerencia de actuación de la Administración, es, por el contrario, una medida idónea para no frustrar la efectividad de la Sentencia».

Téngase en cuenta, además, la incidencia de las calificaciones académicas en la vida del alumno, porque un fallo de mera anulación puede comportar perjuicios muy importantes para aquél, muchas veces insubsanales.

Y, finalmente, consideramos como otra posibilidad la inclusión, junto a un fallo de anulación, de la medida consistente en que sea otro órgano calificador quien vuelva a examinar la calificación del recurrente, cuando a la luz del expediente pueda presumirse claramente que la mera anulación con retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el vicio puede conducir a que el titular del órgano calificador, ya más molesto porque su calificación ha sido anulada, pueda volver a calificar con los mismos vicios que se habían denunciado o incluso dificultar con presiones corporativas la normal continuación de la vida académica del alumno.

En estos casos, entendemos que es procedente que el Tribunal, en su fallo, pueda ordenar que se encomiende la calificación a un órgano distinto, o bien para que vuelva a calificar el mismo ejercicio, o bien para que someta al recurrente a un nuevo examen, cuando dicha necesidad quede acreditada o justificada. O, en su caso, si lo que se ha impugnado ha sido la revisión, que se constituya un nuevo órgano revisor para la realización de ésta.

Esto mismo es lo que prevén —como hemos visto— los Estatutos de la Universidad de Vigo, en su artículo 234 (párrafos 2 y 3), al contemplar que su Tribunal de Garantías pueda promover la convocatoria de un Tribunal de examen de otra Universidad, lo cual tendrá lugar, en todo caso, cuando en uno de los profesores evaluadores concurren algunas de las causas de recusación previstas en nuestro Ordenamiento jurídico.

Y también nos consta la existencia en materia de concursos y oposiciones de fallos de este tipo, en los que el Tribunal ha ordenado a la Administración que constituya otra Comisión evaluadora distinta, para que vuelva a juzgar los méritos del recurrente (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1089/1994, de 30 de noviembre).

